FRANCISCO BERTRAND GALINDO

JOSE ALBINO TINETTI

SILVIA LIZETTE KURi DE MENDOZA

MARIA ELENA ORELLANA

SIDA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA SAN SALVADOR EL SALVADOR

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

TOMO II

Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia

ISBN Obra completa: 84-89544-00-X Tomo 1:84-89544-02-6
Tomo 11:84-89544-03-4

1ra. Edición 1992 2da. Edición 1996 3ra. Edición 1999

Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia Complejo Plan Maestro Centro de Gobierno Edificio B-2, 1a. planta, 17 Av. Norte y Alameda Juan Pablo II, Tel.: 221-3688 ext. 2110. San Salvador, El Salvador, C. A.

Hecho el depósito que manda la ley. Derecho Reservados. Impreso en El Salvador. Printed in El Salvador. Talleres Gráficos UCA

BIBLIOTECA f
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES, UES

LIBROS: i: 014295

INDICE TOMO II

Página

CAPITULO VIII

EL PUEBLO

1. Los roles de la persona humana según la Constitución 605
2. Concepto de pueblo 607
3. Pueblo y nación 608
4. Clasificación del pueblo 609
5. La nacionalidad 610

5.1. Noción 610
5.2. Naturaleza 610
5.3. Clases de nacionalidad 611
5.4. Sistemas para adquirir la nacionalidad . . 611
5.4.1 .Por nacimiento 611
A. Argumentos a favor de cada sistema 612
5.4.2. Por naturalización 613
5.5. Condición jurídica de los salvadoreños por nacimiento y de los naturalizados . . 615
5.6. Principios teóricos de la nacionalidad . . 616
5.7. Pérdida de la Nacionalidad 619

6. La nacionalidad de las personas jurídicas . . . 620

6.1. Sistemas para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas 621

Página

CAPITULO IX

LOS CIUDADANOS, SUS DERECHOS Y DEBERES POLITICOS Y EL CUERPO ELECTORAL

1. Ciudadanía 625

1.1. Noción 625

2. Los derechos políticos 626

2.1. El sufragio 626

2.1.1 .Naturaleza jurídica del sufragio . . . 627

2.1.2. Clases ..... de sufragio 629

A. Sufragio universal 629

B. Sufragio limitado 631

2.1.3. El cuerpo electoral 633

lA. De la suspensión de los .derechos políticos 634

. B/ De la pérdida de los derechos políticos 635

2.1.4.Sistemas electorales 636

A. Sistemas directo e indirecto . . . 636

B. Sistema uninominal y plurinominal 637

C. Sistema mayoritario y con representación de la minoría . . 637

a. Sistemas empíricos 638

b. Sistemas racionales o proporcionales 639

2.2. La asociación política 640

2.2.1. Noció ..... n 640

2.2.2. ..... Anteceden te s 641

Página

2.2.5. Clasificación de los partidos políticos 647

A. De clase o pluriclasista 647

B. De cuadros o de masas 647

2.2.6. Los grupos de presión.....651

2.2.7. La regulación constitucional salvadoreña.....652

2.3. La opción a cargos públicos 654

3. Los deberes políticos 654

3.1. Ejercer el sufragio.....655

3.2. El cumplimiento de la Constitución . . . .' 656

3.3. Velar porque se cumpla la Constitución 656

3.4. Servicio al Estado 656

CAPITULO X

LA CONDICION JURIDICO-CONSTITUCIONAL DEL EXTRANJERO

1. Noción.....657

2. Antecedentes generales 657

2.1. Grecia y Roma antiguas 657

2.2. El Medievo.....658

2.3. La Edad Moderna 659

2.4. La época contemporánea 660

2.5. El Derecho internacional convencional aplicable a El Salvador 661

2.6. Status constitucional del extranjero 6 6 3

Página

CAPITULO XI
INTRODUCCION A LA TEORIA DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES Y A LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

1. La dignidad humana 667
2. Precedentes de las declaraciones 672
   2.1. Concesión unilateral 672
      2.1.1 .Edad Antigua 672
      2.1.2. Edad Media 673
   2.2. Pacto o convención 674
      2.2.1 .Inglaterra 674
   2.3. Declaraciones emanadas del pueblo . . . 676
      2.3.1 .Estados Unidos de América 676
      2.3.2. Francia 677
      2.3.3. Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas 677
3. Proyección de las declaraciones 678
4. Latinoamérica 680
5. Internacionalización de los derechos 682
   5.1. Sistema mundial 683
      5.1.1 .Declaración Universal de los Derechos Humanos 684
      5.1.2. Pactos internacionales y convenciones 684
   5.2. Sistemas regionales 687
      5.2.1 .Sistema europeo 687
      5.2.2.Sistema africano 688
      5.2.3. Sistema interamericano 688
         B. Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica". . . 691

Página

■&. Derechos fundamentales 695

6.1. Denominación 695

6.2. Concepto de derechos fundamentales . . 698

6.2.1 .Concepciones iusnaturalista y positivista 698

6.3. Características de los derechos fundamentales 701

6.3.1 .Consideraciones generales 701

6.4. Clasificación de los derechos fundamentales 703

6.4.1 .Clasificación en la Constitución salvadoreña 707

6.5. La limitación a los derechos fundamentales 708

6.5.1 .Los deberes constitucionales . . .

7. Garantías constitucionales 711

CAPITULO XII

/ LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. La vida y la integridad física y moral 715

1.1. Derecho a la vida 715

1.1.1. Noción 715

1.1.2. Antecedentes generales 716

1.1.3.Ordenamientos internacionales .

1.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño 717

1.1.5. La pena de muerte 719

A. Antecedentes generales 719

B. Ordenamientos internacionales 720

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño.....720

Página

1.2. La integridad física y moral 724

1.2.1. Noció .....n 724

1.2.2. Antecedentes generales 725

1.2.3.Ordenamientos internacionales . . 726 1 .Z.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño.....726

2. La libertad y sus manifestaciones 728

2.1. La libertad 728

2.1.2. Antecedentes generales.....729

2.1.3.Ordenamientos internacionales . . 730

2.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño.....731

2.1.5. Aspectos que comporta la libertad.....732

2.1.6. Las incompatibilidades de la libertad.....734

A. Antecedentes generales 735

B. Ordenamientos internacionales 736

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño 737

2.2. Las manifestaciones de la libertad 739

2.2.1 .Libertad de intimidad 739

A. Noción 739

B. Antecedentes generales 740

C. Ordenamientos internacionales 741

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño 741

D. Proyecciones de la libertad de intimidad 742

Página

E. Clases de intimidad 743

a. Inviolabilidad dela morada . . 743

b. Inviolabilidad de la Correspondencia y Comunicación 747

2.2.2. Derecho al honor..... 752

A. Noción 752

B. Ordenamientos internacionales 752

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 753

2.2.3. Derecho a la propia imagen.

A. Noción 755

B. Antecedentes generales 755

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 756

2.2.4. Libertades de circulación y de domicilio o residencia 757

A. Noción 757

B. Antecedentes generales 757

C. Ordenamientos internacionales 759

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 759

2.2.5. Libertad de expresión, de difusión del pensamiento, de prensa. Derecho de respuesta y réplica 764

A. Noción 764

B. Antecedentes generales 765

C. Ordenamientos internacionales 766

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 767

Página

v 2.2.6.
Libertad de religión o cultos 771
A. Noción 771
B. Antecedentes generales 772
C. Ordenamientos internacionales 773
CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño 774
*,2.2.7. Libertad de reunión y asociación . .
A. Noción 777
B. Antecedentes generales 781
C. Ordenamientos internacionales 782
CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño 782
2.2.8. Libertadde trabajo 788
A. Noción 788
B. Antecedentes generales 789
C. Ordenamientos internacionales 790
CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño 790
2.2.9. Libre disposición de los bienes y libertad de contratación 792
A. Noción 792
B. Antecedentes generales 792
C. Ordenamiento jurídico salvadoreño 793
La Igualdad 795
3.1. Noción 795
3.2. Antecedentes generales 796
3.3. Ordenamientos internacionales 798
3.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño . . .

Página

3.4.1 .La igualdad como principio jurídico 801

3.4.2. La igualdad real y efectiva 806

3.5. El principio de igualdad en la justicia constitucional..... 808

*

4. .....
Derecho de propiedad.....811

4.1. Noción 811

4.2. La inviolabilidad de la propiedad..... 813

4.3. Las limitaciones a la propiedad..... 815

4.4. Antecedentes generales 816

4.5. Ordenamientos internacionales 819

4.6. Ordenamiento jurídico salvadoreño . . .
5. .....
Seguridad jurídica 848

5.1. Noción 848

5.2. Antecedentes generales 850

5.3. Ordenamientos internacionales 851

5.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño 851

5.5. Proyecciones de la Seguridad Jurídica . .

' 5.5.1 .Irretroactividad de la Ley..... 853

A. Noción..... 853

B. Antecedentes generales 854

C. Ordenamientos internacionales 855

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 855

D. Excepciones al principio de *irretroactividad*..... 859

a. Irretroactividad en materia de orden público..... 859

b. La irretroactividad en materia penal..... 860

m ^

Página

E. La ley interpretativa e irretroactividad 862

5.5.2^Garantía de audiencia"! 863

A. Noción 863

^B. Antecedentes generales 863

C. Ordenamientos internacionales 865

GH. Ordenamiento jurídico salvadoreño....865

D. Conformación de la garantía

f de audiencia 868

| a. Juicio previo....868

l b. Imposibilidad de que una \ persona sea juzgada más \ de una vez por el mismo Vjiecho 870

5.5.3. Principio de legalidad 871

A. Noción 871

B. Antecedentes generales 873

C. Ordenamientos internacionales 874

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño....874

a. Principio de legalidad general 875

b. Principio de legalidad en materia penal....877

c. Principio de legalidad en materia tributaria 883

6. Asilo 889

6:1. Noción 889

6.2. Antecedentes generales....892

Página

6.3. Ordenamientos internacionales 893

6.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño . . . .

7. Extradición 901

7.1. Noción 901

7.2. Antecedentes generales 902

7.3. Ordenamientos internacionales 903

7.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño . . . .

8. Derechos procesales constitucionales.....909

8.1. Delimitación del tema.....909

8.2. Exclusividad del desarrollo funcional de la potestad jurisdiccional. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y forma de garantizar su ejercicio 910

8.3. Jurisdicción. Titularidad de su ejercicio. Juez predeterminado por la ley; independiente e imparcial; sujeto a la Constitución, a los tratados y a la ley; con estabilidad en su cargo 912

8.4. Derecho a la jurisdicción o derecho de acción. Supuesto del mismo: derecho a la tutela judicial efectiva.....917

8.5. El proceso 923

8.5.1 .Concepto.....923

8.5.2. Principios constitucionales que lo infraestructuran.....923

CAPITULO XIII

DERECHOS SOCIALES

1. Antecedentes.....951

2. Manifestaciones de los derechos sociales . . . 953

2.1. Familia 953

2.1.1. Noción 953

2.1.2. Ordenamientos internacionales . . 954

Página

2.1.3.Ordenamiento jurídico salvadoreño.....954
2.2. Trabajo y Seguridad Social.....958
2.2.1. Noción..... 958
2.2.2. Antecedentes generales.....959
2.2.3.Ordenamientos internacionales .. 959
2.2.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño.....960
2.3. Educación, ciencia y cultura 977
2.3.1. Noción..... 977
2.3.2. Antecedentes generales.....978
2.3.3.Ordenamientos internacionales .. 978
2.3.4.Ordenamiento jurídico salvadoreño.....980
2.4. Salud pública y asistencia social 984
2.4.1. Noción..... 984
2.4.2. Antecedentes generales.....984
2.4.3.Ordenamientos internacionales . . 985
2.4.4.Ordenamiento jurídico salvadoreño.....986

CAPITULO XIV

TERRITORIO

1. Noción 991
2. Ordenamiento jurídico salvadoreño 992
3. Composición..... 1000
   3.1. Parte continental..... 1002
   3.2. Territorio insular..... 1002
   3.3. Aguas territoriales y aguas en comunidad del Golfo de Fonseca 1003
   3.4. El espacio aéreo..... 1008
   3.5. El subsuelo 1011

Página

3.6. La plataforma continental e insular ... 1012

3.7. El mar, el subsuelo y el lecho marino . .

CAPITULO XV

ORGANOS DEL ESTADO SALVADOREÑO

1. La forma del Estado 1019

1.1. La cuestión conceptual 1019

1.2. Formas jurídicas del Estado 1024

1.2.1. El Estado unitario 1025

1.2.2. Federalismo 1025

A. La confederación 1028

B. Estado federal. 1029

C. Organizaciones internacionales 1031

1.2.3. Forma jurídica del Estado salvadoreño 1034

A. El ..... pasado

B. El ..... presente

C. El futuro 1037

1.3. Formas políticas del Estado 1038

1.3.1. Tipologí ..... a

1.3.2. Forma política del Estado salvadoreño 1039

A. Forma política "strictu sensu" 1040

B. Forma socio-política 1043

a. ..... La época liberal 1043

b. El intervencionismo de Estado 1044

c. La Constitución actual . .

Página

2. La forma de gobierno 1051
2.1. Concepto 1051
2.2. Tipología 1052
2.2.1 .La antigüedad 1052
2.212. El pensamiento moderno 1056
2.2.3. El pensamiento contemporáneo 1058
A. Sistemas de gobierno con tendencia a la separación rígida entre los órganos o poderes fundamentales 1060
a. La monarquía constitucional 1060
b. El presidencialismo 1061
B. Sistemas de gobierno tendentes a la colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo . . .
a. El parlamentarismo 1062
b. El gobierno colegiado . . .
. 1065
C. Sistema convencional o
de Asamblea 1065
2.3. Forma del gobierno salvadoreño 1066
2.3.1. El enfoque clásico 1066
2.3.2. El enfoque contemporáneo 1072
3. La estructura del gobierno 1075
3.1. Noción de poder político 1075
3.2. Las funciones del Estado 1076
3.3. Los principios básicos 1078
3.3.1 La primacía del interés público . .
1078
3.3.2. El sometimiento al derecho . . .
. 1078
3.3.3. La representación política 1079

Página

3.3.4. La división de poderes 1088

3.3.5. Lascompetencias limitadas . . . 1089

3.3.6. Los controles recíprocos 1090

3.4. El Organo Legislativo 1091

3.4.1 .Antecedentes 1091

3.4.2. Tipologí.....a 1096

3.4.3. La Asamblea Legislativa salvadoreña..... 1097

A. Su formación y composición 1099

B. Su funcionamiento..... 1100

C. Sus competencias 1102

3.5. El Organo Ejecutivo 1105

3.5.1 .Antecedentes 1105

3.5.2. Tipologí.....a 1108

3.5.3. El Organo Ejecutivo salvadoreño..... 1110

A. Antecedentes..... 1110

B. El Ejecutivo, según la Constitución vigente 1111

a. .....Su formación..... 1111

b. .....Su composición..... 1112

c.Su funcionamiento..... 1116

ch. Sus competencias 1117

3.6. El Organo Judicial 1119

3.6.1 .Su importancia 1119

3.6.2.Su formación 1120

Página

3.7. Los Organos Autónomos 1128

3.7.1 .Centralización, desconcentración y descentralización o autonomía 1128

3.7.2. La descentralización por razón del territorio 1130

A. Los departamentos políticos y sus gobernadores 1130

a. Las funciones ejecutivas . 1131

b. Las funciones jurisdiccionales 1133

B. Los municipios 1133

a. Antecedentes históricos 1136

3.7.3. La descentralización por razón del servicio o institucional . . . 1147

3.8. Organos Independientes de Control Tribunal Supremo Electoral, Corte de Cuentas de la República, Ministerio Público .....

3.8.1. El control orgánico independiente..... i i;»:¡

3.8.2. Tribunal Supremo Electoral t ir>4

A. El derecho electoral ..... i ir>4

B. Antecedentes jurídicos salvadoreños..... **i ir>r >**

C. Rango y naturaleza del Tribunal Supremo Electoral

C Organización..... 11

H.

D. Competencias..... (.0

E. Los demás organismo;", electorales ..... I Mil i ii.i

F. Rol electoral de los partido:, políticos..... i i f >:

Página

3.8.3. Corte de Cuentas de la República 1164

A. Noción..... 1164

B. Antecedentes generales ... 1164

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño..... 1165

3.8.4. Ministerio ..... Público 1171

A. Noción 1171

B. Antecedentes..... 1172

C. Su composición..... 1176

a. Fiscalía General de la República 1176

b. La Procuraduría General de la República..... 1181

c. El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos 1182

CAPITULO XVI

EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Generalidades..... 1183

1.1. Régimen de excepción 1183

1.1.1. Hojeada histórica..... 1185

A. Roma 1185

B. El Medievo 1186

C. La Edad Moderna 1186

a. Los países anglosajones . . 1187

b. Francia..... 1188

c. España..... 1188

1.1.2. Institutos de defensa del orden constitucional en situaciones de emergencia 1189

Página

1.1.3. Ordenamientos internacionales 1191
1.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño 1192
1.1.5. Competencia de los tribunales militares 1201
1.2. Derecho de insurrección 1202
1.2.1 .Antecedentes generales 1205
1.2.2. Ordenamiento jurídico salvadoreño 1208

Bibliografía *1217*

CAPITULO VIII

EL PUEBLO

1. Los roles de la persona humana según la Constitución

Hay diferencias entre el rol social de una persona y el papel jurídico-político que la Constitución le asigna. André Tune, profesor de la Universidad de París, nos dramatiza este fenómeno en un párrafo magistral, que dice así: "desearía dejar constancia de que la tensión que dicho problema testimonia, entre la sociedad y la persona, es eterna e inevitable. Lo que cambia es tan sólo el reconocimiento de la persona en cuanto tal como sujeto de derechos fundamentales. Una sociedad tiene siempre tendencia, para asegurar el orden, a no ver más que personajes: el rey, la reina, el bufón, el mayordomo, el señor, el vasallo de éste y el señor del otro, el clérigo, el burgués, el comerciante, el campesino, el siervo, etc. Las palabras pueden cambiar en Japón, en la India, entre los indios de América o en Africa, pero en todas partes existen castas, jerarquías y funciones. Incluso en la misma sociedad conyugal, entre el marido y la mujer. Cada uno asume su papel, su lugar, como una máscara recibida en el momento del nacimiento. La mujer prepara la comida; el marido se sienta a la mesa; la mujer de pie, le sirve; después sirve a los niños antes de comenzar a comer ella. Se trata de un cuadro que, ni mucho menos, ha desaparecido del mundo mediterráneo. Cada uno, normalmente, acepta su papel. Sin embargo, cabe creer que la existencia de castas no es tan "natural" como "general", pues si bien es cierto lo anterior, también lo es que en todas las épocas han habido revueltas contra ellas. Antígona colocaba las leyes divinas por encima de las leyes de la ciudad. Medea, Lisístrata y otras heroínas del teatro griego se revolvían contra la condición otorgada a las mujeres y (Medea) llamaban a la "revancha". Ei Antiguo Testamento comienza a exaltar a los humildes, en el Magníficat. Cristo ataca a los ricos y a los sacerdotes y clama contra todo encasillamiento, desconoce una doble prohibición confiando su naturaleza a la Samaritana y encargando a las mujeres,

quienes jurídicamente no pueden prestar testimonio, que informen a sus discípulos de su resurrección. San Pablo escribirá "no hay ni griegos ni judíos, no hay ni esclavos ni hombres libres, no hay ni hombres ni mujeres porque todos estáis hechos en Jesucristo". Naturalmente, tras las revueltas, las fuerzas sociales dominantes reimplantan su imperio. Sin embargo, el sentimiento de unos derechos fundamentales de la persona humana permanece en el corazón de algunos. En el propio Hobbes hay un lugar para éstos. Se trata de un sentimiento que irá paulatinamente

fi7D

ganando terreno hasta culminar en Francia"..."en la Revolución"

La Constitución, aun cuando impotente para impedir la desigualdad entre los hombres, trata de nivelarlos jurídicamente, sea declarándolos iguales ante la ley, sea estableciendo diferencias legales que tratan de compensar las que nacen de la vida real o lo que es más importante, estableciendo mecanismos para que todas las personas tengan oportunidad igual para participar en el proceso de creación del Derecho y en el ejercicio del poder.

En la búsqueda de ese desiderato, en cual el hombre sea el alfa y el omegadel Derecho político y por tanto del Derecho constitucional, los textos que a éste contienen tratan de que la persona sea el eje alrededor del cual gire la gigantesca maquinaria estatal, de manera tal que esta maquinaria no sea el monstruo Leviathan que todo enguye, sino que constituya una organización al servicio del ser humano, a fin de que éste nazca, se desarrolle y viva, en pie de igualdad con sus semejantes, en libertad, con justicia y dignidad.

De esta manera la Constitución establece los diferentes papeles que el hombre puede asumir dentro de la organización estatal.

670 TrllMiimlcs < onsfiliH ionalcs Europeos y Derechos Fundamentales, cit. pp. 12 y 13, prologo drl autor nimio.

1. En un primer plano el hombre aparece como integrante del máximo poder político y social. Es miembro del pueblo constituyente, encargado de elaborar las reglas fundamentales de la sociedad política y además, puede llegar a participar de esa tarea si es elegido por sus conciudadanos.

2. En un segundo plano el hombre aparece como elemento civil del Estado. Participa de la vida cotidiana de su sociedad y como tal es sujeto del poder del Estado y tiene por tanto deberes que cumplir, los cuales podemos resumir en el respeto al orden jurídico. Aquí quedan comprendidos tanto los nacionales como los extranjeros, estos salvo algunas limitaciones.

3. En un tercer plano, que es correlativo del anterior, el ser humano aparece como sujeto activo de derechos públicos fundamentales. Estos derechos son limitaciones al poder del Estado o imponen a éste la obligación de brindar determinadas prestaciones.

4. En un cuarto plano, el hombre aparece como miembro de un elemento del Estado, ya constituido, el pueblo y dentro de éste asume la extraña posición de sujeto activo y pasivo.

    a. Como sujeto activo es titular de ciertos derechos llamados políticos, que le permiten participar en la elección de los cuadros directivos del Estado y llenando ciertos requisitos ser miembro de dichos cuadros en calidad de gobernante.

    b. Como sujeto pasivo se encuentra sometido al poder del Estado, a través de las leyes y tiene ciertas cargas que cumplir frente al Estado y a la sociedad.

2. Concepto de pueblo

La comunidad que integra al Estado, según se le considere sociológica, cultural, económica, religiosa o étnicamente, se le puede clasificar y de hecho se diversifica en diferentes clases o grupos. Sólo se le considera como entidad unitaria, en cuanto a que, en su conjunto, es

el principal elemento del Estado: el humano. Kelsen sostiene que, "una pluralidad de hombres no constituye unidad sino porque existe un orden jurídico unificado"..."El hombre forma parte del pueblo del Estado solamente en tanto que está sometido al dominio estatal, en tanto que la conducta constituye el contenido del orden jurídico"[671].

Ese sometimiento a que se refiere Kelsen no basta para determinar que una persona sea miembro o no de un determinado pueblo, es necesario examinar si ésta tiene o no determinado vínculo jurídico-político con el Estado, vinculación que es conocida con el nombre de nacionalidad y de esta manera podríamos decir que el pueblo es el conjunto de seres humanos que están vinculados jurídica y políticamente con un Estado determinado y que en virtud de esta vinculación son nacionales del mismo .

3. Pueblo y nación

La expresiones pueblo y nación suelen dar problemas de interpretación, por los diferentes sentidos en que se usan y además, su acepción suele estar referida a las legislaciones locales o a la forma semántica en que tales expresiones se entienden en determinados lugares. Por esto, trataremos de separar los dos conceptos, refiriéndolos a nuestras instituciones. Así el pueblo es, en la forma antes definida, un elemento del Estado. En cambio, la nación es un concepto sociológico, es una comunidad vinculada por la raza, el lenguaje, la religión, los usos,

671 Mans Kelsen, Teoría General del Estado, cit. p. 196.

672 Uidart Campos, considera que en su sentido lato, pueblo y población coinciden, pero haciendo una depuración conceptual admite una serie de acepciones más restringuidas. a) Pueblo es la parte estable de la población, con convivencia territorial habitual y permanente, b) Pueblo es la parte de la población con derechos políticos o más concretamente, pueblo es el cuerpo electoral. Tratado Elemental de Derecho CoiinIIIiicIoiihI Argentino, Tomo I, p. 126. Consideramos que el concepto población es eminentemente cuantitativo, expresa la totalidad de personas que habitan en el territorio de un listado -nacionales y extranjeros-. Pueblo es más restringuido designa el conjunto de miembros de un listado, es decir aquella parte de la población que tiene derechos civiles y pol/liros plenos

costumbres, las concepciones éticas, valorativas y teleológicas y más que todo por la conciencia de poseer un origen y un destino común.

La nación contiene ingredientes tanto materiales, como son los factores raciales, lingüísticos, geográficos, como espirituales: el deseo de vivir colectivamente y la adhesión al pasado histórico. Su estudio corresponde a la Ciencia Política y a la Sociología.

Quede claro, pues, que pueblo y nación son conceptos diferentes,
lo cual se demuestra fácilmente si se consideran algunos ejemplos: la nación judía a partir de la diáspora se extendió por todo el mundo, sin embargo no formó pueblo sino hasta que se fundó Israel, como Estado,
lo que es un hecho relativamente reciente, y aun después de esa fundación, muchos miembros de la nación judía forman parte de otros pueblos. En Bélgica coexisten dos naciones: los valones, de origen francés y los flamencos, de origen holandés, pero ambos grupos forman en conjunto el pueblo belga. Y para referirnos a nuestro país, alguno de los que han emigrado, por ejemplo, a los Estados Unidos, se han nacionalizado en aquel Estado y son miembros del pueblo norteamericano, pero siguen siendo parte de la nación salvadoreña, porque sus vínculos espirituales y sociológicos continúan siendo los mismos que antes del cambio de su nacionalidad.

4. Clasificación del pueblo

El pueblo se puede dividir o clasificar desde tres puntos de vista:

1. Según que tenga mayores o menores opciones políticas, por haber adquirido su nacionalidad salvadoreña al momento de nacer o por un hecho posterior, se divide en salvadoreños por nacimiento y salvadoreños por naturalización;

2. Según que tenga el ejercicio y goce de los derechos políticos o solamente tenga la capacidad de goce y no de ejercicio, se divide en: ciudadanos y no ciudadanos;

3. Según que ejerzan o no funciones públicas, en gobernantes y gobernados.

5. La nacionalidad

5.1. *Noción*

La nacionalidad consiste en el vínculo jurídico-político en virtud del cual una persona humana es o se convierte en miembro del pueblo de un Estado determinado.

Ofrece una duplicidad de aspectos:

1. Desde un punto de vista privatístico, es una cualidad, una atribución, de la persona natural, como lo son el nombre, el domicilio, etc. Este aspecto nos ha sido transmitido por los romanos, quienes diferenciaban al ciudadano del peregrino, lo que modernamente se traduce en la diferencia entre el nacional y el extranjero.

2. En otro aspecto, se nos presenta la nacionalidad como la vinculación de una persona con una organización política.

   Como titulares del vínculo, encontramos, por una parte, al Estado y por la otra, a la persona natural.

5.2. *Naturaleza*

La naturaleza del vínculo ha sido concebida de diferentes maneras. Como antecedente de la nacionalidad se cita la filiación, en virtud de la cual una persona quedaba unida a la "civis" del "pater familiae". En la época medieval se concibió a la nacionalidad como una vinculación entre el siervo y la tierra, propiedad del señor feudal. Posteriormente y cuando florecieron las ideas de libertad y respeto a la persona humana, se puso en boga la doctrina contractualista, para la cual la nacionalidad supone uri pacto entre el individuo y el Estado. Esta teoría perdió crédito porque no explicaba de manera satisfactoria los sistemas de nacionalidad por nacimiento, en los cuales la voluntad del recién nacido no puedo ser consultada. Por ello, se adoptó la teoría de que la nacionalidad es una relación jurídica bilateral entre el Estado y el nacional del mismo Demás esta decir que esa relación jurídica siempre será de

derecho público, porque el Estado como soberano, la regula atendiendo a los intereses públicos y no a los privados.

5.3. *Clases de nacionalidad*

La nacionalidad puede ser de dos clases:

1. De origen, por nacimiento, natural o biológica, que es aquella que se adquiere por el hecho del nacimiento.

2. Derivada, por naturalización o adquirida, que es la que se adnuiere por un hecho posterior al nacimiento.

5.4. *Sistemas para adquirir la nacionalidad*

5.4.1. Por nacimiento

La nacionalidad originaria se determina de acuerdo a dos sistemas principales y a dos más que derivan de los anteriores.

1. El "ius sanguinis". Es el sistema por el cual la nacionalidad de una persona se determina por su ascendencia, esto es, la nacionalidad de sus padres;

2. El "ius solí". Es aquel según el cual se determina la nacionalidad de la persona atendiendo al lugar donde nace;

3. Mixto. Es el que exige que concurran a la vez elementos del "ius sanguinis" y del "ius soli". Por ejemplo, cuando se establece que para ser nacional de un Estado es necesario que se haya nacido en él y que el padre o madre sean nacionales del mismo.

4. Acumulativo. Es aquel en virtud del cual se usan indistintamente los dos sistemas principales, es decir, el "ius soli" o el "ius sanguinis". Es decir, que si una persona tiene ascendientes, por ejemplo salvadoreños, será salvadoreña por nacimiento, y si otra persona nace en El Salvador, aun cuando sus padres no sean salvadoreños,

será también salvadoreña por nacimiento. Este sistema es el que sigue nuestra Constitución.

5. Gran naturalización. Nuestra Constitución establece que: "Loa originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo *domicilio en El* Salvador, *manifiesten* ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen", Art. 90 No. 3, se convierten en nacionales de El Salvador por nacimiento. Esta es una ficción jurídica, puesto que en realidad se trata de un caso de naturalización, que por razones de centroamericanismo y el deseo de propiciar la reconstrucción de Centro América, se le da el efecto jurídico de convertir al centroamericano en salvadoreño por nacimiento. A este sistema en doctrina se le da la denominación expresada al principio del párrafo.

A. Argumentos a favor de cada sistema

Se ha discutido entre autores y políticos sobre cual de los dos sistemas principales para determinar la nacionalidad de origen es el preferible.

En relación al "ius sanguinis", sus partidarios han alegado lH voluntad presunta del niño, el cual, de ser posible que se le consultase, optaría por la nacionalidad de sus padres. Por otra parte, se sostiene quo este sistema favorece la unidad familiar, lo que es además conven lento desde el punto de vista del Derecho internacional privado, porque In familia estaría regida por una misma legislación. Y finalmente, so considera que al Estado le interesa la lealtad de los hijos de sus súbditos,
lo cual se asegura si se les concede la misma nacionalidad. Se parte dol supuesto que los padres educaran a sus hijos en las costumbre^ tradiciones y valores de su patria.

En pro del "ius solí", se sostiene que la soberanía estatal se consolIdn mejor si en el territorio no se admiten demasiadas nacionalidades y quo, por otra parte, no obstante los lazos que genera la ascendencia hacia ol país do los padres, el medio social determina la lealtad e integración dol niño hacia el país on el cual nace y crece.

En la práctica, los estados siguen diferentes políticas, según sean sus necesidades demográficas. Un país que necesita poblarse tiende a facilitar que los que nacen en su territorio tengan su nacionalidad. En cambio, un país que tiene intereses coloniales o que está superpoblado tiende a utilizar el "ius sanguinis".

-—I *5.4.2. Por naturalización*

Los sistemas más utilizados han sido:

1. Por imposición. De acuerdo a este sistema el Estado no consulta la voluntad de las personas a la cuales les atribuye su nacionalidad. Se utilizaba en casos de cesiones o anexiones territoriales. Actualmente está proscrito por ser contrario al Derecho internacional;

2. Atribución de nacionalidad con opción de rechazo. Este sistema ha sustituido al anterior y se aplica especialmente en caso de cesión territorial voluntaria o de adjudicación, esto es que al resolverse un litigio internacional una parte del territorio, que supuestamente era de otro, cambia de soberanía.

   Normalmente en estos casos los pobladores de los territorios anexados reciben la nacionalidad del Estado anexante o victorioso en el litigio, pero tienen la posibilidad u opción de rechazarla; en algunos casos, el rechazo implica la obligación de trasladarse al Estado del cual se desmembró el territorio anexado.

3 .Voluntario. Es aquel en el cual el cambio de nacionalidad se promueve por petición del extranjero. Este sistema se puede subdividir en dos:

   a. Cuando se dan las condiciones previstas en la legislación del Estado y éste se encuentra en la obligación de otorgar la nacionalidad.

   b. Cuando el Estado se reserva la potestad soberana, de acuerdo a razones de conveniencia interna, de otorgar o no, la

nacionalidad, aun cuando el peticionario cumpla los requisitos establecidos en la ley.

Nuestra Constitución adopta en el Art. 92 ordinales 1ro y 2do. este sistema permite que se naturalicen ciudadanos originarios de cualquier Estado del globo y únicamente establece diferencias en cuanto a los requisitos exigidos, que van de menos a más, según que la afinidad con la nación salvadoreña sea mayor o menor. Así, los españoles e hispanoamericanos de origen necesitan un año de residencia en el país, mientras que los extranjeros de cualquier otro origen, cinco años[673].

4. El honorario. Este es el caso en que el Estado, como una distinción y en reconocimiento a servicios importantes que le ha prestado el extranjero, le concede la nacionalidad. Este sistema también lo sigue nuestra Constitución.

5. El matrimonio. Después de la Revolución Francesa, la nacionalidad empezó a ser objeto de una minuciosa reglamentación; que la mujer siguiese la nacionalidad del marido fue una de las normas que parecía más inconmovible. Después de la Primera Guerra Mundial se inicia una corriente en sentido contrario, ya que la igualdad de sexos y otros influjos semejantes hacen revisar las normas legales sobre nacionalidad y así se crea por la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión de la Condición de la Mujer, culminando en el Convenio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de enero de 1957, según el cual, ni la celebración o disolución del matrimonio ni el cambio de nacionalidad del marido, producirán ipso facto efectos sobre la nacionalidad de la mujer.

   Nuestro Derecho constitucional se adelantó en ochenta y seis años al mencionado Convenio, cuando en la Constitución de 1871 eliminó el sistema por el cual el matrimonio de la mujer con extranjero le hacía perder la nacionalidad salvadoreña o adquirirla si era mujer

673 lil verdadero control de la migración está en la otorgación o no de la residencia, que es roxxJirjf'm fiara Ja naturalización.

extranjera que se casaba con salvadoreño. A partir de entonces, el matrimonio no es método automático de adquisición de la nacionalidad, pero si es un medio que la facilita, tanto a hombres como a mujeres y esto en virtud del principio de igualdad ante la ley[674].

5.5. *Condición jurídica de los salvadoreños por nacimiento y de los naturalizados*

La práctica contemporánea, casi universal, consiste en considerar que los naturalizados tienen los mismos derechos civiles y políticos que los de origen. No obstante, perduran aún diferencias en uno y otro sector, por ello se suele dividir la naturalización desde el punto de vista de sus efectos, o sea la mayor o menor asimilación de los naturalizados con los de origen, en:

1. Gran naturalización, según la cual la equiparación es tota).

2. Pequeña naturalización. La cual establece diferencias entre los naturales y naturalizados. Este es el sistema que sigue nuestro ordenamiento jurídico, al establecer diferencias tanto en lo que se refiere a los derechos civiles como a los políticos. En lo que a derechos civiles se refiere, existe una excepción al principio de igualdad, al limitar el comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño, a los salvadoreños por nacimiento y centroamericanos naturalizados. Art. 115 Cn. Esta limitación y cualquiera otra que apareciere en la misma Constitución, por contraria que parezca al Derecho natural o a la ¡dea de justicia, no será inconstitucional, pues la diferencia o desigualdad la establece la propia Carta Magna y es sabido que ésta se interpreta en su conjunto.

(>74 I in su Art. 92 ordinal 4to. otorga la calidad de salvadoreño por naturalización ya sea al extranjero casado con salvadoreña o la extranjera casada con salvadoreño, siempre que acreditaren dos años de residencia en el país, pudiendo ser este período anterior o posterior a la celebración del matrimonio.

En lo que se refiere a derechos políticos, la diferencia entre naturales y naturalizados, se contrae en general, a la mayor posibilidad que tienen los primeros para optar a cargos públicos y así tenemos que sólo los salvadoreños por nacimiento pueden ser Diputados, Presidente, Vicepresidente y Designados a la Presidencia de la República, Ministros y Viceministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Arts. 126, 151, 153, 160 y 176 Cn. Cabe agregar que para ser Diputado, Presidente, Vicepresidente y Designado a la Presidencia de la República se requiere además ser hijo de padre o matare salvadoreño.

5.6. *Principios teóricos de la nacionalidad*

Teóricamente y sin que esto implique que sean reconocidos en reglas contractuales o consuetudinarias del Derecho internacional, ni por las legislaciones internas, aunque si influyendo ambos cuerpos de normas, el internacional y el *nacional, se han* elaborado cuatro principios sobre la nacionalidad, que son los siguientes:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Este principio se basa en la naturaleza jurídica de la nacionalidad. Siendo ésta la relación jurídica de una persona con un Estado determinado que le concede derechos y participación en su vida política, resultaría que si una persona no tiene o pierde la nacionalidad, quedaría en una especie de "capitus diminutio", en el campo público y político, y no podría ejercer esa facultad tan natural en el hombre de participar en el hacer social, además, en caso de conflicto, no tendría un Estado que lo defendiera o una ley que aplicarle. Hay por ello diversos instrumentos jurídicos internacionales que consideran a la nacionalidad como un derecho inherente a la persona humana. Así el Artículo 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del. Hombre establece que "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela"; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo contiene en su Art. 15.1. al estatuir que "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad". Este principio es admitido por nuestra Constitución, lo cual se desprende del Art. 90 ordinal 1ro. al

contemplar el "ius solí", por lo que tendrán nuestra nacionalidad todos los niños que nazcan aquí, independientemente de la nacionalidad de sus padres o que estos sean desconocidos. Por otra parte, da también cumplimiento a este principio al permitir en el Art. 92 ordinal 2do. Cn, que los extranjeros de cualquier origen puedan naturalizarse.

Este principio está destinado a combatir a los apatridas, es decir aquellas personas que no forman parte del pueblo de ningún Estado. Encontramos casos de personas sin nacionalidad, por ejemplo, las que renuncian a la nacionalidad de origen sin haber obtenido otra nacionalidad; cuando no concurren los elementos constitutivos de la nacionalidad, como sucede con los hijos de padres desconocidos en las legislaciones donde no se contempla esta posibilidad, ni se acepta el "ius solí", etc.

2. Toda persona no debe de tener más que una nacionalidad. Este principio ha sido adoptado por dos razones: la primera porque puede darse el caso de conflicto entre las dos naciones a las cuales pertenece el individuo, y la segunda, en caso de conflicto de leyes, habría duda sobre cuál de las legislaciones que se pueden aplicar debe ser la base para resolver el caso planteado. De la resolución de tales conflictos se encarga una rama del Derecho, el internacional privado, de ahí que el tema de la nacionalidad no sea exclusivo del Derecho constitucional. Sin embargo, encontramos excepciones a este principio en los Arts. 91, 90 ordinal 3ro., 92 ordinal 3ro. y 93 Cn., en los cuales se permite la doble o múltiple nacionalidad. La justificación que al efecto emitió la Comisión Redactora de la Exposición de Motivos del Proyecto de la Constitución de 1983 dice así: "con el objeto de dar la mayor protección a los nacionales, que por diversas circunstancias pueden optar por otra nacionalidad distinta, se consignó en el proyecto que, los salvadoreños por nacimiento tienen derecho a gozar de la doble o múltiple nacionalidad. Esta disposición, por ejemplo, podrá aplicarse a los miles de salvadoreños que han nacido durante los últimos años en el extranjero y que han adquirido por sólo ese hecho, la nacionalidad del lugar de su nacimiento. El concepto de doble o múltiple nacionalidad es relativamente común en otras legislaciones constitucionales, lo que hará que los países que la tengan

reconozcan también la nacionalidad salvadoreña"..."El artículo 93 del proyecto, contempla además, la posibilidad de que aquellos nacionales de países centroamericanos, que hayan adquirido la nacionalidad salvadoreña por naturalización puedan al mismo tiempo conservar la propia por razones de reciprocidad y mediante la suscripción de tratados por otros países. Los centroamericanos, desde luego, como se consideran salvadoreños por nacimiento cuando manifiesten ante autoridades competentes su voluntad de serlo, conservan su nacionalidad en virtud de lo dispuesto en el Artículo 91 que contempla el derecho a gozar de doble o múltiple nacionalidad"[675].

3. Toda persona puede cambiar de nacionalidad. Antiguamente cambiar de nacionalidad era lo mismo que traicionar al país de origen; modernamente y debido al intenso tráfico internacional y a la naturaleza migratoria del hombre, las ideas sobre este aspecto cambiaron y en nuestros días se considera que cambiar de nacionalidad es un derecho del individuo. Este principio esta claramente admitido en nuestro país, ya que por una parte se admite la naturalización de extranjeros y por otra parte, se permite la *renuncia* de la calidad de salvadoreños e incluso no se da tratamiento estricto a quienes lo hacen, dado que se dispone que la nacionalidad salvadoreña pueden recuperarla con una simple *solicitud ante la* autoridad competente. Art. 91, inciso 2do. Cn.

4. Principio de la dependencia y unidad familiar. Este principio consiste en que todos los miembros de una misma familia deben tener la misma nacionalidad, a fin de que la legislación que se les aplique sea igual. Se basa en la creencia, de que de esa manera la familia, célula primaria de la sociedad, será menos susceptible de ruptura. Y en caso de haber conflicto, la regla jurídica para resolver éste será más fácilmente conocida y por tanto aplicable. Como ha sido tradicional que sean el esposo o la madre, en defecto de aquél, los jefes de

675 1 '.I Siilvuilor, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto dr (itustIIluion, (Kxposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 59.

676 lisa nutoriiliiil es el Ministerio del Interior.

familia, en virtud de este principio los cambios de nacionalidad de quien tenga tal calidad, afectan a los demás miembros de la misma.

Este principio se ha visto seriamente modificado y en ocasiones suprimido ante el embate de las ideas igualitarias entre el hombre y la mujer. Nuestra Constitución, por ejemplo, lo eliminó desde 1950, consecuentes con el mencionado principio de no discriminación por razón de sexo.

5.7. *Pérdida de la Nacionalidad*

La nacionalidad puede perderse:

1. Voluntariamente. Normalmente se manifiesta a través de la renuncia, la cual puede ser expresa o presunta, caso que se da cuando la nacionalización en un Estado extranjero implica la perdida de la nacionalidad originaria. Este sistema es aceptado por nuestra Constitución en el Art. 91, inciso segundo, pero sólo cuando la renuncia es expresa.

2. Por sanción. Según la legislación aplicable, ciertos hechos de gravedad en contra del Estado, como la traición por ejemplo suelen llevar aparejadas la pérdida de la nacionalidad. En algunos estados la sanción puede ser aplicable tanto a la originaria como a la naturalización. Nuestra Constitución sólo la acepta cuando se trata de esta última. Así en el ordinal 2do. Art. 94 que dispone que la calidad de salvadoreño nacionalizado se pierde por sentencia ejecutoriada, en los casos que determine la ley y añade que quien así la pierda no podrá recuperarla. En cambio, cuando se refiere a la nacionalidad por nacimiento, el inciso segundo del Art. 91 Cn. claramente dice que sólo se puede perder por renuncia.

3. El matrimonio. En aplicación del principio de dependencia y unidad familiar, la mujer contrae nupcias con un extranjero pierde su nacionalidad. Este sistema es rechazado por nuestra Constitución.

4. El ejercicio sin autorización de un cargo público en un gobierno extranjero. Esta causal de pérdida de la nacionalidad se aplica

también cuando se presta servicio militar a un ejército de otro país. Este sistema no opera en El Salvador, a menos que se trate de naturalizados que por razón de la prestación de esos servicios lleguen a incurrir en la causal a que se refiere el párrafo siguiente.

5. La migración sin intención de retorno. Este sistema se aplica generalmente sólo a la *naturalización* y consiste en que pierde la nacionalidad derivada, el quevuelveasu país de origen o se traslada a otro país por un lapso prefijado en la ley. Este sistema es adoptado por nuestra Constitución en su Art. 94 ordinal primero, según el cual un naturalizado pierde su calidad de salvadoreño cuando reside más de dos años consecutivos en el país de origen o se ausenta del territorio de la República por más de cinco años, salvo que haya obtenido permiso otorgado conforme a la ley.

6. Por imposición. Es el reverso de la adquisición por imposición. Cuando un país acepta en un tratado de paz al momento de su rendición, la cesión de parte de su territorio y el cambio de nacionalidad de los habitantes de la misma.

6. La nacionalidad de las personas jurídicas

Se ha discutido entre los autores si las personas jurídicas pueden tener o no nacionalidad, discusión que arranca de otra más importante, acerca de si tales entidades pueden ser centros de imputación jurídica, es decir sujetos de obligaciones y de derechos. Para quienes niegan la existencia real de las personas jurídicas como entes diferentes a la persona humana, con sustancia propia, es lógico que la consecuencia en lo que a nacionalidad se refiere, es que tales creaciones de la ley no pueden tenerla. En cambio^ aquellos que sostienen qu^ las personas jurídicas son entes reales, aun cuando inmateriales, con voluntad *propia,* ' -necesariamente concluyen que las personas jurídicas son susceptibles do derechos subjetivos, y de poseer cualidades propias de los sujetos de *doracho, entre los que* están el nombre, el domicilio, el patrimonio y la nacionalidad, ya que por su propia naturaleza el estado civil no se les podría aplicar

Si nos atenemos a la definición estricta de la nacionalidad que antes *hornos* adoptado y que es compartida por la gran mayoría de autores, no puede decirse que las personas jurídicas tengan nacionalidad, por cuanto el vínculo jurídico-político en virtud del cual un ser es miembro dol pueblo de determinado Estado sólo puede referirse al hombre[677]TSin nmbargo y como afirma Miaja de la Muela, "una consideración realista nos demuestra que, por una parte, las legislaciones establecen la distinción entre sociedades nacionales y extranjeras, distinción que es una realidad jurídica, como la existencia misma de las personas jurídicas, poro que la nacionalidad de éstas se configura de manera muy distinta a la de los individuos, lo mismo en cuanto a sus formas de adquisición y pérdida que a las posibilidades de cambio, y sobre todo, que en su mutilación juegan unos factores muyxítstintos de los que influyen en la ululación de la nacionalidad para los individuos^yPor ello, hablar de nacionalidad para las personas jurídicas significa algo distinto que la misma cualidad referida a seres de carne y hueso. Del mismo modo, la olíIl (lición de derechos y deberes que un Estado hace a la sociedad a la i|iio considera como nacional es muy diferente de la que realiza a sus i ludadanos[678]".

(U. Sistemas para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas

Son muchos los sistemas que se han sugerido para determinar i liando una persona jurídica tendrá la nacionalidad de un Estado ilulHrminado, lo que tiene importancia como punto de conexión para nlinili. cuando sea el caso, qué legislación extranjera es la aplicable. Los jiilncipal(!s sistemas son:

K

I I >i imicilio de la sociedad. Algunos consideran que el mejor criterio t<\<l('l domicilio social, por cuanto suponen que en él está el asiento IH ii K ipai de los negocios, con ánimo de residir en él. La realidad es <|iir <>l domicilio es el lugar donde la ley supone presente a una

¡ *l'* Nílmyrf, Principio de Derecho Internacional Privado, traducida por Andrés M mi 111|> iic/ Ramos, Reus, Madrid, 1929, pp. 140yss.

'»> Mm|«i de laMuela.Derecho Internacional Privado,!'. 11, Atlas, Madrid, 1982,

persona, jurídica o natural, para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones y esto no siempre coincide con el lugar de residenciar*[1]"

V, lo que claramente se advierte, tanto en el caso de los menores de edad bajo potestad, que siguen el domicilio de su representante legal, como en el de las personas jurídicas que está determinado ejn _ las de carácter público, por el decreto de creación o autorización y en el de las de carácter privado, por la voluntad de los socios, es decir, es un domicilio contractual que no siempre revela la verdadera intención de los socios de vincularse a un Estado determinado.

2. El lugar de constitución. No se *considera* muy conveniente, porque se presta al fraude de ley, ya que se puede perfectamente constituir una sociedad en un país para que opere en otro, a fin de evitar el cumplimiento de determinadas obligaciones o cuando algún Estado, para propiciar la inversión de capital extranjero, establece un régimen preferencial para las sociedades extranjeras.

3. El país que crea o autoriza la sociedad. Este criterio tiene el mismo problema del anterior, ya que también se presta al fraude de ley, porque una compañía, para evadir regulaciones de orden fiscal o de otra clase, puede ser fundada por los socios de un país en otro, donde los régimenes legales sean menos estrictos.

4. Nacionalidad de los socios. Este criterio es insuficiente cuando los socios tienen diferentes nacionalidades. Para corregir este sistema se adoptó el de la nacionalidad de la mayoría de los socios, pero puede suceder que la mitad de ellos tenga una misma nacionalidad y la otra mitad, otra. *En este supuesto el criterio correctivo es* inaplicable.

5. Nacionalidad de los directores o gerentes. Este sistema presenta los mismos inconvenientes que el anterior. Ahora bien, si los directores o los gerentes de la compañía, son mayoritariamente de una misma nacionalidad, la compañía estará efectivamente vinculada al Estado del cual aquellos son miembros.

6. Lugar donde se ha suscrito el capital social. En algunas legislaciones el lugar de suscripción del capital, al menos inicial, coincide con el

lugar de constitución, pero no siempre. En uno y otro caso, se presenta posibilidad de fraude.

7. Lugar del asiento principal de los negocios. Este criterio es más realista, por cuanto el hecho mismo de que los centros de la empresa estén en un lugar determinado vincula a la compañía con el Estado respectivo y facilita a éste el control de la misma.

Como todos esos criterios, individualmente considerados, parecen MU insuficientes, las legislaciones de los diferentes países suelen combinarlos. A nivel internacional los precedentes que existen son o; ¡casos.

El más reciente es el fallo del 5 de febrero de 1970 de la Corte Internacional de Justicia, dictada en el caso de la "Barcelona Traction". '> I n este caso el tribunal aplicó lo que en sus propias palabras es la regla ^ lindlcional, de acuerdo a la cual una sociedad tiene la nacionalidad "del l utado bajo cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su

Nuestra Constitución en su Art/§5sha adoptado un sistema mixto.
Un combinado los criterios del lugarerel domicilio de la sociedad y su i onslilucion de conformidad a las leyes salvadoreñas. Agrega el tuquiólo de que las regulaciones establecidas en la ley en beneficio de lou salvadoreños no pueden vulnerarse por medio de personas jurídicas unlvndoroñas, cuyos socios o capitales sean en su mayoría extranjeros.

CAPITULO IX

LOS CIUDADANOS, SUS DERECHOS Y DEBERES POLITICOS Y EL CUERPO ELECTORAL.

1. Ciudadanía

1.1. Noción

La expresión ciudadanía que hace referencia etimológicamente a la I>urtonenc¡a a la ciudad, es un término usado desde la antigua Grecia. Actualmente es utilizado de diferentes modos o maneras. Así, para rilljunos es sinónimo de miembro del Estado o sea de nacionalidad, por njnmplo los norteamericanos usan la expresión "citoyen" para significar t |i 10 se es miembro del pueblo de ese Estado. En cambio, para nosotros «l termino ciudadanía tiene un ámbito más restringido, es una especie iltmlro del género que es la nacionalidad. Esta es el vínculo jurídico liiilftico en virtud del cual una persona está unida a un Estado ilnlmminado y por consiguiente, es miembro del pueblo del mismo. En i nmhio, la ciudadanía es el status jurídico del nacional que se encuentra lutlillitado para ejercer los derechos políticos.

Do acuerdo a nuestro derecho esta habilitación se obtiene por el «¡Implo transcurso del tiempo, al cumplir el nacional los dieciocho años iln miad. Es decir que la ciudadanía no coincide con la mayoría de edad i|iiti un obtiene a los veintiún años, salvo caso de emancipación. Puede «un odor entonces que una persona que está entre los dieciocho y los vmliiIliiii años tenga el goce y ejercicio de los derechos políticos, pero «»li|n >in|(>to a patria potestad o tutoría.

I a calidad de ciudadano sólo tiene sentido en un Estado en el cual un ni (mito la participación del pueblo en las funciones públicas. En el i «un do los estados autocráticos, que no permiten la participación de Inn uobornados en la formación de la ley ni designación de los ynl mi liantes, no cabe hablar de ciudadanos, sino simplemente de

2. Los derechos políticos

A diferencia de los derechos civiles que pertenecen a todos los habitantes de la república, los derechos políticos están restringidos a los nacionales. Incluso éstos los tienen desde su nacimiento, pero sólo potencialmente; es decir que tienen la capacidad de goce de los mismos, más la de ejercicio, la adquieren al cumplir la mayoría de edad política, la cual de acuerdo a nuestra Constitución es de dieciocho años.

Estos derechos políticos están constituidos por el conjunto de facultades que los ciudadanos tienen para participar en los procesos políticos d*el* país, sea para la elección de ciertos gobernantes, sea para la posibilidad de optar a cargos públicos, es decir convertirse en gobernantes, sea para ejercer determinados derechos que son privativos de los ciudadanos.

De acuerdo al Art. 72 Cn. esos derechos políticos del ciudadano son:

"1 o.- Ejercer el sufragio;"

"2o.- Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos;"

"3o.- Optar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias".

2.1. El sufragio ;■■■

El sufragio es una función política de carácter individual por medio de la cual cada ciudadano puede elegir a los titulares de algunos de los órganos del Estado.

Es, en cierto sentido, una forma de expresión política, ya que cuando opta por uno u otro candidato, si se trata de la Presidencia de la República o por una u otra planilla, si se trata de la Asamblea Legislativa o de las municipalidades, está manifestando su simpatía o adhesión, no

sólo con la persona de los candidatos, sino con la plataforma electoral o ideología del partido que presenta al o a los candidatos.

Las técnicas de la votación varían de acuerdo al desarrollo de los países en las cuales se lleva a cabo la elección. En los países con elevados índices de analfabetismo se utilizan papeletas de votación, las cuales tienen impresas la siglas, símbolos y colores de los partidos contendientes. En los países desarrollados se utilizan máquinas que luncionan solamente con presionar un botón, y la cual computa los votos de cada uno de los candidatos o partidos. Esta es una cuestión que cada país organiza en relación a sus necesidades, posibilidades y tradiciones.

2.1.1. Naturaleza jurídica del sufragio

Hay diferentes tesis al respecto:

Para unos el sufragio es un derecho natural. Se considera que el Individuo tiene incorporado tal derecho de forma natural, inherente a su nulidad de persona y es anterior a la existencia misma del Estado, por Imito, éste no puede excluir, ni siquiera como acto del poder constituyente, a aquéllos que han concurrido con su voluntad a la formación del pacto social, pues los constituyentes que son delegados (Iuí pueblo no le pueden suprimir sus derechos de nacionalidad ni de ciudadanía *a sus* delegantes.

De acuerdo con esta teoría, dice Natale, el sufragio como derecho •mtural: "Es la expresión de la soberanía popular, en la cual cada componente del grupo social es soberano, según sostiene Rousseau; la eniiMiouencia política de esta posición es la universalidad del sufragio, fll In porsona, por el hecho de serlo, goza del derecho de exponer su («mli.lón, ninguna ley, naturalmente, posterior al pacto social, podrá llmltai osa potestad. El sufragio será un derecho de cada una de las llamonas y el ordenamiento jurídico solamente podrá regular su »|«n li le >, pero nunca limitarlo o excluirlo a individuos o grupo alguno"[680]

film lio cit. p. 98.

Para otros el sufragio es un derecho que otorga la ley. Esta determina las condiciones que debe reunir un individuo para poder sufragar. Su origen se debe a la esencia misma del sistema de gobierno democrático representativo, que confiere a los ciudadanos la facultad de elegir y de ser electos. El sufragio es el medio por el cual el ciudadano participa en decisiones políticas importantes, tales como la elección, el referéndum, el plebiscito, la revocatoria, etc.

En la mayoría de los países el sufragio no es obligatorio. Excepcionalmente, algunos adoptan el sistema contrario, tales como El Salvador, Argentina y Venezuela.

Por lo tanto, el sufragio es un derecho político otorgado por la ley; asi como una facultad que confiere el Estado a las personas que considera capaces de ejercerlo.

Algunos otros sostienen que el sufragio es un derecho y un deber. Esta es la posición adoptada por muchos textos constitucionales y es criticada por la gran mayoría de los estudiosos del tema, por *considerar* que no puede ser a la vez un derecho, que es *facultativo* y *un deber, que* es de obligatorio cumplimiento.

Sin *embargo, quienes* sostienen esta tesis explican que es un deber en *cuanto a que no* es optativo el concurrir o no a votar y la prueba de ello es que existe sanción para los que no lo hacen. Y es derecho en cuanto a que el votante escoge libremente por que partido votar e incluso decide si anula o no su voto, sin que ninguna autoridad ni particular pueda intervenir.

Ciertos autores estiman que el sufragio es una función constitucional. Es la doctrina más aceptada por los tratadistas. Dado que a través del sufragio se determinan quienes son los titulares de los órganos principales del Estado y que a partir de tal elección se configura el resto de los cuadros de funcionarios y empleados gubernamentales, la acción de decidir quienes son aquellos titulares es una función necesaria para la conformación del gobierno y por tanto, es un función pública.

2.1.2. Clases de sufragio

El sufragio puede ser universal o limitado.

A. Sufragio universal

El sufragio universal es aquél que está establecido para todo el cuerpo de nacionales, y sólo se admiten restricciones racionales basadas, en la madurez, la honestidad y el civismo.

Sólo de esta manera se considera que el sufragio puede ser una oxpresión auténtica de la voluntad popular y para que así sea debe, además, reunir los siguientes requisitos:

1. Debe ser igualitario. Esto significa que todos y cada uno de los ciudadanos puedan votar el mismo número de veces, lo que en el *fondo se* traduce a la fórmula: un ciudadano un voto.

?. Debe ser libre. Lo que implica que nadie puede ser obligado a votar por un determinado o determinados candidatos.

a. Debe ser secreto. Para asegurar esa voluntad algunos estados adoptan el sistema secreto, lo cual no es unánimemente aceptado porque se considera que un verdadero ciudadano no puede admitir que se le coaccione para votar en determinada forma.

4 Debe ser honesto. Toda la operación electoral desde el depósito de los votos, su recepción, su recuento, su escrutinio y la declaración do los vencedores debe ser absolutamente transparente e Impecablemente moral.

l)obe ser periódico. La ciudadanía debe tener la posibilidad de cambiar a los gobernantes cuando éstos no se han conducido en la loima prometida o han defraudado al electorado. Para ello es in •cosario que hayan elecciones periódicas que permitan cambiar a lo;, gobernantes o si así se decidiere, reelegirlos.

6. Debe ser personal. El votante debe expresar su opción *personalmente o* directamente. Es decir, que no se admite el voto por representación. Se descarta, por tanto, toda posibilidad de ejercerlo por medio del voto familiar, cuya esencia era que el jefe del hogar podía en cada elección votar según el número de descendientes que estuvieran a su cargo.

7. Debe ofrecer diversas opciones políticas, es decir que no deben existir sólo una planilla o candidatos únicos.

No obstante el principio de igualdad para el ejercicio de los derechos políticos a que nos hemos referido, sí se admiten algunas restricciones, pero no arbitrarias, sino basadas en circunstancias que tienen relación con la capacidad mental y emocional, la honestidad y el civismo e incluso con la presumible vinculación con *el sentimiento* nacional, entendida esta *expresión en su* sentido sociológico.

Así, para el ejercicio del sufragio se requiere por una parte, madurez mental. Por ello, se ha establecido una edad, que se ha considerado la necesaria para que un joven promedio esté suficientemente capacitado para discernir correctamente por quien a de dar su voto. Desde luego éste es un criterio que no deja de ser un tanto arbitrario, porque a fin de cuentas se trabaja a base de promedios y nadie puede asegurar que todas las personas del país a los dieciocho años tienen clara percepción de la problemática política, así como también es cierto que algunos la adquieren prematuramente y otros no la llegan a poseer jamás. En general, se ha observado la tendencia de los partidos conservadores a aumentar esa edad, pensando que con el correr de los años las personas se vuelven más tradicionales y tratan de mantener las instituciones y el "status quo"; en cambio, los partidos *llamados* progresistas y los de *izquierda,* tienden *a* rebajar la edad porque consideran que los jóvenes entre más lo sean, son más moldeables y reclutables para inculcarles ideas de cambio, de transformación e incluso de revolución. Por supuesto, si una persona nunca adquiere su plenitud mental o la pierde en el transcurso de su vida, será ciudadano por haber cumplido los dieciocho años, pero no tendrá el ejercicio de sus derechos políticos. Esto es perfectamente comprensible.

Por otra parte, la delicadeza de la función electoral y con mayor razón el desempeño de cargos públicos, sea de elección o por designación, requiere moralidad por parte del votante o del funcionario, aogún el *caso. Por* ello, la Constitución prevé que la ciudadanía se ¡suspende o se pierde por conducta criminal y exige requisitos de moralidad notoria para el acceso a los cargos públicos.

Además, la Constitución requiere que la persona *muestre su* vocación cívica de servicio a la patria y por tanto, suspende los derechos ciudadanos a aquellos que se niegan a aceptar cargos de elección *popular,* si no prueban la existencia de un motivo válido.

B. Sufragio limitado

Esa universalidad no siempre ha existido. Se han establecido en el pasado y *en otros* lugares, restricciones por razones de sexo, religión, profesión, capacidad económica o ideas políticas.

I El sexo. Hasta hace pocos años muchos países negaban el ejercicio de los derechos políticos a las mujeres. Esmein, uno de los grandes teóricos del constitucionalismo liberal, justificaba tal posición diciendo que había que alejar a la mujer de cosas sucias como la política y que por tanto, para protegerla había que negarle los derechos políticos. Schopenhauer era más drástico y sostenía la misma tesis, pero la fundamentaba en la poca capacidad mental de las mujeres, que él les atribuía y de ellas decía que eran seres con cabellos largos e ideas cortas. En lo que a nuestro país se refiere usta discriminación nunca ha existido en los textos legales, pero sí ile alguna manera se ha considerado socialmente que la mujer no debe participar en política y de hecho muchas de ellas ni siquiera
viiian. Tan es así que el *constituyente* de 1950 consideró conveniente aclarar la cuestión y expresamente dispuso que no habría discriminación por razón del sexo, lo cual realmente era innecesario, pues ya la igualdad entre hombres y mujeres existía legalmente en el país

l a telujión. Se han establecido en algunos países restricciones para
li is ((de no practican la religión que ha sido adoptado por el Estado

como oficial. Esto ha desaparecido a medida que se ha expandido la idea de la libre expresión del pensamiento, que incluye en alguna manera, la libertad de expresión de las ideas religiosas y de practicar el culto correspondiente, con la única limitación de que estas prácticas no perjudiquen el orden público. En El Salvador durante las primeras constituciones hubo declaraciones en el sentido *de que* la religión oficial era la católica, pero en ningún momento se negó a los que profesaran otras religiones el derecho de ciudadanía.

3. Las profesiones. En el pasado, y aún actualmente, se ha discutido si algunas profesiones impiden el ejercicio de los derechos políticos. Especialmente las restricciones se han dado en relación a los militares y a los sacerdotes. En nuestro ordenamiento estas restricciones no existen en cuanto a que tanto militares como ministros de culto religioso puedan ejercer el sufragio, pero sí existen restricciones en cuanto a la participación en partidos políticos y en relación a la propaganda electoral.

4. La capacidad económica. Siendo como lo fue el constitucionalismo un producto de la lucha de la burguesía en contra del poder absoluto de los monarcas y de la nobleza, se consideró normal que se establecieran requisitos, tanto p*ara ejercer* el sufragio, como para acceder a ciertos cargos públicos, basados en la capacidad económica. En lo que al voto se refiere, se establecieron mínimos ya de capital o de renta o al menos, la demostración de que se tenían medios de vida independiente o empleos remunerados. A esto se ha llamado el voto censitario y de ello hemos visto manifestaciones en nuestro país en el siglo pasado. Incluso, este sistema se ha prestado para encubrir la discriminación racial; por ejemplo, en los Estados Unidos de América se utilizaban lo que se llamaban los "tax poli", que eran impuestos que había que pagar para poder votar, a sabiendas que los individuos de raza negra eran tan pobres que no lo podían cancelar y de esta manera se les alejó de las urnas. Felizmente, esto fue suprimido por una enmienda y ahora los negros no solamente votan como cualquier ciudadano de otra raza, sino que también ejercen cargos públicos importantes.

5. Idoas políticas. Ha sido un problema que se ha discutido, incluso en los tiempos actuales, sobre cuál es el límite o si es que no existe

ninguno, en relación a la participación de los ciudadanos en partidos que claramente van en contra de los principios básicos que informan la Constitución; se ha entendido que la prohibición de tales partidos y consiguientemente, la pertenencia a los mismos y la propaganda de las ideas respectivas, es una forma de defender a aquélla. Basado en este principio, nuestro constituyente en 1950 y en el 62 prohibió la propaganda y los partidos políticos basados en ideologías anárquicas o contrarias a la democracia. De esta manera quedaron prohibidos los partidos fascistas y comunistas. También se prohibieron los partidos internacionales, con clara relación al comunismo, cuyo punto de unión no es la nacionalidad basada en el nacimiento o en la descendencia sino en la pertenencia a la clase trabajadora o campesina; incluso se impugnó por algunos, aunque sin éxito, la existencia legal del Partido Demócrata Cristiano por considerarlo internacional, dada su vinculación con partidos de la misma ideología organizados en otros países. Esto no obstante, nunca se les negó a los miembros de tales organizaciones, fuesen legales o ilegales, el derecho al voto y la opción a los cargos públicos; osto último siempre que se presentasen como candidatos de partidos legalmente inscritos.

<» H conocimiento. También se ha discriminado a los votantes por ra/ón de su analfabetismo e incluso por su falta de grado académico. Esta ha sido una de las cuestiones de más polémica porque los que apoyan tal discriminación esgrimen el fuerte argumento de que los analfabetas son fácilmente conducidos a tendencias determinadas, las cuales no comprenden. Esto es cierto, pero también lo es, que el no permitirles votar no garantiza <|ii<! quienes supuestamente los representan se preocupen por sus problemas. Esto es especialmente cierto en países como el nuestro en que más del cincuenta por ciento es analfabeto y ese miallabetismo coincide con la condición campesina.

/ J. *l'A cuerpo electoral*

11 cuerpo electoral de acuerdo a) Art. 76 Cn. está formado por todos |Mh i luí ladanos capaces de emitir voto, los que además para poder H|tíii *m* i>l sufragio deben, conforme el Art. 77 Cn. estar inscritos en el

Registro Electoral, el cual está a cargo del Tribunal Supremo Electoral, teniendo los partidos políticos legalmente inscritos derecho a la vigilancia sobre la elaboración, organización, publicación y actualización de dicho registro.

Ya examinamos quienes son los ciudadanos, pero es necesario ver quiénes están en capacidad de votar, en otras palabras quienes conservan su capacidad de ejercicio político. Esta materia está regulada en los Arts. 74 y 75 que nos hablan respectivamente de la suspensión y de la pérdida de los derechos políticos.

A. De la suspensión de los derechos políticos

Los derechos de ciudadanía se suspenden por los motivos señalados en el primero de dichos artículos y éstos son:

1. Auto de prisión formal. La Constitución no define en que consiste esta institución, por lo que debe entenderse que está tomada del sentido usual del Derecho procesal penal salvadoreño y de acuerdo al Art. 374 *Pr* Pn., el auto de prisión formal es la resolución que dicta el juez después de que el jurado ha estimado culpable al procesado, declarando, entre otras cosas, que ha lugar a poner en prisión al reo.

2. Enajenación mental. Esta situación tampoco está definida en la Constitución, por lo tanto se debe aplicar la legislación común o sea el Código Civil y sólo puede ser decretada por la Corte Suprema de Justicia en virtud de la atribución séptima del Art. *182.*

3. Interdicción judicial. Tampoco existe un concepto constitucional de esta institución por lo que se aplica el Código Civil y su declaración es competencia de los jueces de tal jurisdicción.

4. Negarse a desempeñar sin justa causa un cargo de elección popular. Son funcionarios de elección popular, el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano y los Miembros de los Consejos Municipales, Art. 80 Cn. Esta es una suspensión temporal que dura todo «l tiempo que debiera de desempeñarse el cargo rehusado y

su declaratoria es competencia de la Corte Suprema de Justicia, Art. 182, fracción 7a.

B. De la pérdida de los derechos políticos

No existe una diferenciación en la Constitución entre la suspensión y la pérdida de los derechos ciudadanos. En teoría se ha entendido que la suspensión se refiere solamente al ejercicio de los derechos y la pérdida incluye también la capacidad de goce. Consecuentemente, se sostiene que la suspensión desaparece con la causa que la ha motivado; »>n cambio, en caso de pérdida es necesario un proceso de rehabilitación especial. Pero resulta que de acuerdo a la disposición 182 fracción 7a., ya mencionada, es competencia de la Corte Suprema de Justicia conocer de las causas de suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía en los casos ahí señalados, así como de la rehabilitación correspondiente. No distingue entonces el constituyente claramente entre una institución y otra porque ambas tienen las mismas consecuencias.

Ahora bien, de acuerdo a la Ley Suprema, pierden la ciudadanía:

l I os de conducta notoriamente viciada, la cual tendrá que ser apreciada por la Corte Suprema de Justicia a su prudente arbitrio.

;• I os condenados por delito. Estos son los casos en que el Juez de I< > Penal competente pronuncia sentencia definitiva contra un reo. I)u la rehabilitación, como se ha dicho, conoce la Corte Suprema de Justicia.

i I os que compren o vendan votos en las elecciones. Esta causal tiene más bien un valor histórico, pues en tiempos anteriores se acostumbraba comprar a los electores para que votaran a favor de ilnierminado candidato o candidatos mediante pagos en efectivo o mi especie. Esto ciertamente ya no se practica, pero posiblemente ni constituyente estimó del caso conservar la causal para no dar la Implosión, al suprimirla, de que permitía el tráfico de votos.

4. Los que suscriban actas, proclamas o adhesiones para promover o apoyar la reelección o la continuación del Presidente de la República
o empleen medios directos encaminados a ese fin. Esta causal evidentemente tiene una motivación histórica nacida de la prolongación del período de varios ex-presidente y con el afán de que no vuelvan a ocurrir sucesos semejantes. Cabe preguntarse si en ella estarían incluidos los que propusieran la reforma de los artículos de la Constitución que prohíbe la reelección.

2.1.4. Sistemas electorales

El sistema electoral, que pertenece al amplio tema del sufragio, es como éste una institución de la democracia indirecta o representativa o sea que obedece al principio de la representación política y hay diferentes puntos de vista desde los cuales se pueden clasificar los sistemas de sufragio o electorales adoptados por los diferentes estados para escoger a los representantes del pueblo y que han de gobernar el Estado, dentro de los límites que les marque la Constitución.

A. Sistemas directo e indirecto

La primera división la podríamos ver en relación a si el elector vota directamente por quien o quienes quiere que sean elegidos o si a diferencia, vota por los que han de elegir a los gobernantes. En el primer caso se llama de voto directo y el segundo de voto indirecto.

En El Salvador tenemos ambos sistemas, así vemos que el Presidente de la República, los Diputados a la Asamblea Legislativa y los Alcaldes y demás miembros de los Concejos Municipales son electos directamente por el cuerpo electoral. Cada ciudadano al depositar su voto indica que *persona* quiere que sea el Presidente de la República *dentro de los* candidatos inscritos, que planilla de diputados salga electa dentro de las que están inscritas y qué planilla de alcaldes y concejales desea que sean las que rijan la población de la cual es vecino. En cambio, los diputados eligen al Presidente y demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, al Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas, a los miembros del Tribunal Supremo Electoral, al Procurador General de la Ropública, al Procurador para la Defensa de los Derechos

Humanos, al Fiscal General de la República y a los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura. Es decir, que el votante cuando emite su voto sobre quienes deben ser los diputados a la Asamblea Legislativa está delegando en ellos la designación de todos aquellos funcionarios, así como cuando vota por alguien para Presidente de la República lo está delegando para que nombre los ministros o secretarios de Estado y demás funcionarios de su nombramiento.

En algunos países el sufragio indirecto se utiliza incluso para el Presidente de la República por medio de la elección primaria de los llamados "compromisarios", los que a través de uno o varios grados eligen a su vez a los representantes definitivos.

B. Sistema uninominal y plurinominal

Otro criterio para clasificar los sistemas electorales se refiere a la oxtensión territorial y así se llaman uninominales en contraposición a los de lista. En el primer caso, se divide el territorio en circunscripciones muy pequeñas, cada una de la cuales tiene un representante y los vecinos de l» misma votan por el candidato de su preferencia de entre los varios que ostón inscritos y uno solo es el electo. En el otro sistema cada votante vota por la lista del partido político de su preferencia, sea o no miembro diil mismo. Entre nosotros, de alguna manera el sistema uninominal está Implantado para la elección de los alcaldes municipales y el de lista para IctH demás autoridades de elección popular.

C. Sistema mayoritario y con representación de la minoría

Un tercer criterio es el llamado mayoritario, según el cual los i'Hiidklatos electos son los que obtienen la mayoría de votos. Es usado |inn« los casos de un solo funcionario, como el del Presidente de la hnpuhllca y los alcaldes y también se ha empleado y se emplea en «luimos lugares para los cuerpos colegiados, como la Asamblea. Se ha tillll/itdo en El Salvador hasta hace pocos años.

I «lo sistema no necesariamente produce la presencia de diputados »M l«t Afinmblea de un solo partido, pues puede suceder y de hecho ha

sucedido, que el partido mayoritario a nivel nacional no lo sea en determinado departamento o región. Así por ejemplo, en la constituyente de 1950, cuyo sistema fue *precisamente el que comentamos,* estuvieron representados doce diputados del Partido Acción Renovadora, que resultó minoritario frente al Partido Revolucionario de Unificación Democrática, cuyo candidato presidencial, el Cnel. Oscar Osorio, resultó vencedor y también tuvo la mayoría de los escaños legislativos.

Otro sistema es el llamado, minoritario, que tiende a asegurar representación a las minorías, a fin de obtener dentro del hacer gubernamental de alto nivel un ¿equilibrio o al menos una moderación. Este sistema no funciona en los candidatos unipersonales, para los cuales necesariamente se aplica el sistema mayoritario.

El sistema minoritario tiene diversas especies o variantes, las cuales podemos englobar en dos grupos diferentes: los empíricos y los llamados racionales o proporcionales.

a. Sistemas empíricos

El voto imperfecto o limitado. En este sistema el elector vota por un número menor de candidatos de los que se deben elegir. De esta manera, por ejemplo, si fueran tres diputados por un departamento, cada votante escogería a dos y el tercer puesto se atribuiría a las minorías.

El voto acumulado. En este sistema cada elector tiene tantos votos como candidatos a elegir, pero los debe concentrar en uno solo, lo cual permite a los que se crean en minoría acumular sus votos en una misma persona.

En mínimun electoral. Un candidato se puede presentar en varias circunscripciones *electorales y resultar electo, aunque en ninguna de* ellas *alcance* mayoría, si sumando los votos obtenidos en dichas circunscripciones alcanza una cantidad determinada de votos.

b. Sistemas racionales o proporcionales

Estos son de una variedad tan grande que su descripción es propia de un tratado o de un manual de derecho electoral, por lo que nos limitamos a los más reconocidos.

El sistema HarS:;El elector a continuación del nombre del candidato por quien vota puede añadir otros varios. Se calcula el cociente electoral dividiendo el número de votos emitidos por el de representantes a elegir; cuando un candidato ha alcanzado el número de votos representado por el cociente, se prescinde de él y el resto de sus votos se le imputan al que le sigue en orden y así sucesivamente hasta obtener el número de representantes a elegir por la circunscripción electoral de que se trata.

Sistema Hagenbach. Se vota por listas de candidatos y se obtiene el cociente electoral de la misma forma que el anterior. Este cociente se utiliza *como* divisor *común* de los votos obtenidos por cada lista y su resultado arroja el número de diputados que le corresponde a cada una de ellas.

Pero como en la práctica no suele resultar esta operación tan simple, se complementa con el sistema del residuo electoral, que es el método elegido por nuestro legislador, el cual a nivel constitucional ha dispuesto que existe para los diputados a la Asamblea Legislativa la ((¡presentación proporcional y a nivel de legislador secundario (Código Hoctoral) ha escogido este método cuando dispone que: "Si uno o más Partidos Políticos o Coaliciones no alcanzaren el cociente electoral se t< miarán sus votos como residuos. Si ningún Partido Político o Coalición idealizare el cociente electoral, se adjudicará un Diputado a cada Partido eolítico o Coalición por el orden de mayoría de votos"..."Cuando hubiere timpate, en los casos de los dos *incisos* anteriores, el Diputado lo *ganará* i>l Partido Político o Coalición que haya obtenido mayoría en el total de
Ii «i residuos generales de toda la República.", Art. 204 incisos 4to. y 5to.

Sistema del número uniforme. En este sistema no se determina de antemano el número de diputados a elegir, sino que por el contrario se fl|n la cantidad de votos que es necesaria para ser elegido Diputado, a la
i nal so le llama "número uniforme". Cada lista tendrá tantos escaños
i omo resulte de dividir el número de votos por el número uniforme. Los

restos de las diferentes circunscripciones departamentales se suman entre sí los obtenidos por los diferentes partidos y esta suma se divide por el número uniforme, lo *que puede* permitir al partido obtener uno o más escaños.

2.2. La asociación política

2.2.1. Noción

Como la sociedad civil, o sea el conjunto de nacionales no es homogénea, en cuanto a concepciones culturales, sociales, políticas, etc. tiende a dividirse en grupos formados por aquellas personas que tienen puntos de vista afines respecto a los problemas del Estado y de cuales pueden ser sus soluciones y los métodos que se deben adoptar para resolverlos. De ahí nace un derecho de asociación particular, diferente del derecho de asociación general, tendiente a formar personas jurídicas que sean el vehículo para la participación en él quehacer político. Estos son los partidos políticos. André Hauriou los define de la siguiente forma: "son organizaciones duraderas, agencias a nivel nacional y local, con vistas a obtener el apoyo popular y local, teniendo como objetivo la conquista y ejercicio del poder, para realizar un política determinada"[681]

Rubén Hernández Valle por su parte, nos dice que los partidos políticos por colaborar en la formación de la voluntad política del pueblo, han sido definidos como "asociaciones de ciudadanos que con ayuda de su propia organización aspiran a influir en un determinado sentido sobre la formación de la voluntad del Estado"[682].

De lo anterior se deduce, agrega dicho autor, "que los partidos tienen una base corporativa, pues siempre están integrados por

(>)l Ainhr I l.iunt mi, cil. |i. 306.

IvM.t dice 1 leín,mili/ Valle, es la definición del Tribunal Constitucional Federal de Alemania <ti i idciu.il, citada por Stein en su obra “Derecho Político"; Rube'n Hernández Valle, Demouiii fu y f'nrfit (pación Política, *Juricentro, San José,* 1991, p. 58.

ciudadanos en el ejercicio de su derecho de asociación, con una organización que actualiza la participación social de sus miembros. Además, son portadores, normalmente, de una determinada ideología
o, al menos, de un conjunto de creencias más o menos definido sobre los diferentes aspectos de la vida política, social económica, etc. Por tanto, los partidos políticos cumplen cuatro funciones básicas: a) seleccionar los futuros líderes; b) mantener el contacto entre el gobierno (oposición incluida) y la gente en general; c) representar los diversos grupos de la comunidad y d) integrar tantos de esos grupos como sea posible.

En efecto, detrás de cada partido existen múltiples asociaciones y grupos sociales organizados formal o informalmente. Estos grupos son expresión y representan las diferentes opiniones e intereses de los individuos en torno a determinado número de criterios e ideas"[683]

Su principal finalidad es la conquista o el mantenimiento del poder, vale decir el triunfo en las elecciones, y de esta forma gobernar y realizar los programas que se han propuesto, así como influir en la orientación política del Estado a través de una organización coordinada y estable.

En caso de no *obtener el poder,* un partido político se sitúa en un ángulo desde el cual pretende controlar y fiscalizara! partido gobernante. Como es apuntado por varios autores, el principio democrático inherente al Estado constitucional exige que gobierne la mayoría; pero con la colaboración y el control de la minoría.

2,2.2. Antecedentes

Determinar el origen de los partidos políticos es una tarea sumamente compleja, pues su formación y mecanismos de *creación* varían sensiblemente de acuerdo al país al que específicamente nos infiramos. Dependerá principalmente de factores históricos, sociales y económicos concretos.

h)t# lliíd. p. 59.

Hay antecedentes históricos de que existían partidos o grupos políticos en el antiguo Israel, se dice por ejemplo que Jesucristo era de la secta de los esenios. Otros sitúan el origen de dichas instituciones en la Grecia clásica, pues en sus ciudades o polis existía división entre los ciudadanos, determinadas por la clase social a la que pertenecían. Estas organizaciones se daban en forma espontánea y no exactamente en la forma organizada, como persona jurídica, en que los encontramos actualmente.

Según otros, las verdaderas raíces de los partidos políticos se encuentran en Inglaterra, en el siglo XV, con ocasión de la Guerra de las Dos Rosas entre las casas de York y de Lancaster, a la que puso fin el advenimiento de Enrique VII en 1485.

De acuerdo a otra corriente de opinión, aparecieron a finales del siglo XVIII, como consecuencia de los regímenes de libertad ciudadana. En este sentido Olano sostiene *que "Considerados* los partidos políticos desde un punto de vista sociológico y vistos a través de los cristales de la historia moderna, se puede decir que su verdadera aparición en el mundo de la política data de fines del siglo XVIII, cuando se estructuraron dos movimientos políticos para librar las grandes batallas que decidirían cuál de ías fuerzas principales de aquella época se iba a quedar con el poder real: la nobleza apoyada en líneas generales por los terratenientes y hombres del campo, de una parte, y la burguesía, apoyada por los asalariados de villas y ciudades, de la otra"[684].

Por último, otros estudiosos estiman que su aparición se dio a mediados del siglo pasado, es decir en 1850, pues antes de esa época ningún país del mundo (excepto Estados Unidos) conocía a los mismos, en el sentido actual de la acepción; lo que sí existían eran grupos en forma de clanes, clubes, fracciones, comités, etc., pero la existencia de los partidos políticos se consolidó hasta que se estableció con carácter duradero el régimen representativo.

684 (‘¿irlos Albulo (Mano, cit. p. 213.

2.2.3. Su fundí)n

Las opiniones sobre cuál es el papel que desempeñan los partidos políticos son muy controversiales. Algunos piensan que son instituciones independientes y separadas del gobierno; otros en cambio, sostienen que la realidad actual demuestra que éstos deben considerarse como parte del gobierno, dado que desempeñan una función de vital importancia en la selección del personal gubernamental, en los proyectos del programa político y en el control del gobierno a través de la propaganda electoral y de las expresiones de opinión pública.

Los partidos políticos compiten entre sí por el apoyo popular. Su existencia es un hecho social que tiene su fundamento en la esencia misma de la realidad política. Surgen de procesos sociales de especial trascendencia, y son considerados como canales de comunicación ***entre*** la estructura social y el poder político organizado.

Incluso algunos, como Schattschneider, sostienen que: "los partidos crearon la democracia y la democracia de nuestros días sólo cabe en función de aquéllos. La entidad de los partidos es el rasgo más acusador de la naturaleza de cualquier régimen. La distinción más Importante de la moderna filosofía política, la de entre democracia y dictadura, puede hacerse en función de la política de partido"[685]

Desde el punto de vista constitucional salvadoreño los partidos políticos son expresión del sistema pluralista y se considera que: "son el tínico instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dimtro del Gobierno", y por ello ordena que: "Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia lopresentativa".

Consecuente con ese punto de vista, la Constitución prohíbe los punidos oficiales, a los que considera incompatibles con la democracia y la lorma de gobierno establecida por ella, Art. 85.

I liinsrriU) por Segundo V. Linares Quintana, Derecho Constitucional e Instituciones Tolíflt IIS, Tomo III, cit. p. 214.

2.2.4. Los sistemas de partido

Desde el punto de vista del número de partidos que pueden haber en un Estado, la clasificación se hace así: 1. apartidismo, 2. monopartidismo, 3. bipartidismo, 4. pluripartidismo

1. Apartidismo. "Consiste en la inexistencia de partidos políticos, de manera absoluta, cuando los partidos no existen ni siquiera sociológicamente como simple agrupación de índole política, como fuera el caso excepcional de Etiopía; o bien de una manera relativa, cuando si existen sociológicamente, no tienen el reconocimiento legal como tales, que les otorga la personalidad jurídico-política con *todos los derechos y* deberes inherentes. Reconocida la indispensabilidad del partido político, cualesquiera sea el sistema institucional imperante, el apartidismo se presenta como una situación excepcional y anómala, que implica la despolitización y la asepsia política de la ciudadanía -imposibles de lograr en la actualidad- y que, por lo tanto, únicamente puede funcionar de manera artificial, temporaria y circunstancialmente"

2. Monopartidismo. Cuando sólo puede operar un partido. Puede ser de derecho, si la ley así lo dispone o de hecho, por la agresión de que son víctimas los que intentan organizar un partido diferente al oficial.

   Es forma de partido característica de los regímenes totalitarios y dictatoriales, en los cuales gozan del poder en forma exclusiva e ilimitada, como sucedió en la Italia fascista de Mussolini, la Alemania nacional-socialista de Hitler, la U.R.S.S soviética de Stalin y todavía en la Cuba comunista de Castro.

   Loewenstein considera que el partido único es un elemento indispensable del ejercicio del dominio en el Estado totalitario, y dice con mucho acierto: "Los detentadores del poder no pueden tolerar

(>K(> Segundo V 1 .inares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo VIII, ni |>. 271.

ni la fragmentación de su monopolio del ejercicio del poder, ni mucho menos cualquier tipo de oposición. Todos los impulsos de asociación que se producen entre los destinatarios del poder serán controlados por el Estado y por el partido único. Bajo el puño de hierro del Estado policíaco se elimina toda la vida orgánica de grupos y los intentos para reanimarla serán implacablemente sofocados"[687].

El partido único es una contradicción "en términos". Más que un partido, es un movimiento político que a la larga produce frustración y genera apatía entre los integrantes del pueblo. Tal sistema no permite la rotación en el poder y a breve o corto plazo, termina por sucumbir.

Nuestra Constitución rechaza esta forma de partido en su artículo 85 inciso 3, que dice "La existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución".

:i Bipartidismo. Consiste en la existencia de dos grandes partidos, conformados alrededor de dos polos diferentes de poder; se produce tanto en las formas parlamentarias como en las prosidencialistos y suelen representar puntos de vista más bien burgueses o tradicionales, pero con acentos diferentes, más conservadores unos, más liberales los otros. Por ejemplo: los partidos republicano y demócrata de los Estados Unidos y los nacionalista y liberales de Honduras.

I;l bipartidismo no es legalmente establecido, surge espontáneamente y no excluye la existencia de partidos menores <|iio se salen del esquema tradicional, pero que no alteran los insultados globales de las elecciones o terminan apoyando a uno de los (jrandes.

Actualmente, debido al aparecimiento de partidos de masas el I >I|»ilarismo partidario se ha venido presentando, más bien entre los

f I.(• 11 1 i H-wcustcm, cit. p. 423.

partidos con tendencia al capitalismo o a la economía de mercado y los partidos social-demócratas, que asignan gran participación al Estado en la solución de los problemas socio-económicos. Así, en Inglaterra la larga tradición de conservadores y liberales, es sustituida por los conservadores y laboristas.

En El Salvador todo indica que se presentará este fenómeno, pero no en forma clara, sino por la vía de las coaliciones. La economía de mercado y el pensamiento neoliberal, por un lado y el intervencionismo creciente del Estado y la economía socialista, del otro. Estos últimos posiblemente se engloben en la social-democracia.

4. Multipartídismo. Supone la existencia de tres o más partidos políticos importantes, con posibilidad de lograr una participación relativamente significativa en el seno de la representación nacional.

   Es propio de los sistemas democráticos, en los cuales se reconocen u otorgan amplías libertades cívicas, así como representación de las diferentes concepciones ideológicas. Desde luego, este sistema se presta para la proliferación de partidos, algunos de los cuales no tienen seriedad ni representación en relación al número global del cuerpo electoral.

   Lo anterior ha ocasionado tres preocupaciones. Una es que con el afán de obtener financiamiento originado de la llamada deuda política se formen partidos con fines meramente crematísticos. La otra consiste en que la representación sea tan mínima que únicamente sirvan para cabild£os-y.negocios políticos. Finalmente, el tercer problema, que es el más serio, estriba en que permite la existencia de partidos que abogan por establecer regímenes contrarios al adoptado por la Constitución.

   Para combatir los dos primeros problemas se han tomado medidas sobre mínimos de miembros que deben formar los partidos y sobre porcentajes mínimos de votos que deben de obtenerse para que subsistan los inscritos. Respecto al tercer tema, han habido serias discusiones sobre si deben limitarse o no tales partidos. Por ejemplo, Inlclalmente la Ley Fundamental de Alemania Federal prohibió los

partidos nazis; y aquí, en El Salvador, se prohibieron en 1950 los anárquicos y contrarios a la democracia. Esta prohibición ha sido desterrada del texto constitucional de 1983, pero subsiste la prohibición de hacer propaganda para subvertir el orden público, dado que el Art. 6 expresa que: "Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público...". Surge entonces la interrogante de si el organismo encargado de controlar la corrección del actuar político, el Tribunal Supremo Electoral, está obligado a evitar que los partidos políticos violen tal disposición. La respuesta parece afirmativa.

2.2.5. Clasificación de los partidos políticos

Los partidos políticos se pueden clasificar desde diferentes puntos de vista.

A. De clase o pluriclasista

Según que sus miembros pertenezcan a una sola clase social o todos los estratos, se clasifican en partidos de clase y partidos pluriclasistas. Por ejemplo el Partido Laborista Inglés es partido de clase y en general lo son todos los que están formados por trabajadores o campesinos. En cambio, todos los partidos salvadoreños son pluriclasistas? porque en ellos encontramos empresarios, trabajadores, profesionales, comerciantes, etc.

B. De cuadros o de masas

Según que esténjorganizados alrededor de personalidades o élites políticas o que, por el contrario, se basen en el número de ios afiliados, los partidos se llaman de cuadros o de élite y de masas.

:>(>()ún Duverger, los partidos de cuadros fueron los primeros en dp. in-cor y se adoptaron tanto por conservadores como por liberales de

Europa y de los Estados Unidos, que por lo general se conservan esa estructura[688].

El mismo autor subdivide los partidos de cuadros en tradicionales y modernos.

Respecto a los primeros sostiene que "tienden a reunir a notables. Les importa más la calidad que la cantidad. Se busca a estos notables, bien por su prestigio, que confiere una influencia moral, bien por su fortuna, que permite ayudar a cubrir los gastos de las campañas electorales".

Sobre los segundos expresa que los partidos de cuadros clásicos se han modernizado y dice: "Primero, los partidos americanos fueron profundamente transformados por el sistema de las "elecciones primarias", especie de preescrutinios donde se iiama ai conjunto de los ciudadanos para designar los candidatos *de los* partidos entre los que se desarrolla a continuación la elección propiamente dicha. Las "primarias" han destrozado el estrecho cuadro de los comités de notables"..."Por otro parte, el partido laborista británico inventó en 1900 un nuevo tipo de partido de cuadros, en el que los comités están compuestos de notables "funcionales", por *así decir. Los comités de* base están *formados por* los representantes de los sindicatos, mutuas, cooperativas y asociaciones intelectuales (del tipo de la Sociedad Fabiana[689], que han aceptado actuar en común en el terreno político"..."También se encuentra en algunos partidos demócratacristíanos (austríaco, belga entre 1919 y 1936) de base

(>HS Mauriee Duverger, cit. p. 85.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, "E¡ fabianismo juma su nombre del general romano Fabio Cunctator, el cauto adversario de Aníbal, inclinado a la láctica militar de no chocar de frente con el enemigo, sino envolverlo y hasta i <' li u i (li * Se i cataba de un movimiento de evolución económica y mejora social, de carácter MU i.ihM.i, impulsado por intelectuales de procedencia burguesa, que iniciaron en Inglaterra Davidson y Pordomer en 1883, y a la cual se adhirió posteriormente el diam.ihJi jv > Nhaw. 1 .as sociedades fabianas, por ellos fundadas o favorecidas, procuraron « ni onhai sulucinncs prácticas para los problemas nuevos que el maqumismo, con inicial perjuit itt para Ius trabajadores, planteaba".

corporativa, donde los comités de partido están formados por delegados de sindicatos, obreros, de organizaciones agrícolas, de asociaciones de clases medias, etc.[690]".

Los partidos de masas fueron creados por los socialistas a comienzos de este siglo, pero los han utilizado también los comunistas y los fascistas.

1. Los partidos socialistas. Según el autor citado "la mayor parte de los partidos socialistas han adoptado una estructura de partidos de masas. Incluso el partido laborista británico ha desarrollado las adhesiones directas a partir de 1927, de forma que actualmente tiene dos estructuras: una "indirecta", que se acaba de describir; la otra, semejante a la de los partidos de masas socialistas (en los que los representantes de la segunda figuran junto a los de los sindicatos, mutuas, cooperativas y clubs)"..."La estructura de los partidos de masas socialistas responde, primero, a imperativos financieros. Para hacer frente a los gastos de propaganda electoral de los candidatos socialistas, que no podían esperarlos de fondos facilitados por las empresas privadas o las personas acomodadas, se pensó inscribir directamente en un partido la mayor masa posible de partidarios, de una manera permanente, haciéndoles pagar una cotización regular (anual e incluso mensual) que alimente una caja electoral"[691].

2. Los partidos comunistas. Según el mismo autor, "La primera originalidad de los partidos comunistas se refiere al elemento de base. Los partidos comunistas, como los socialistas, procuran obtener un gran número de partidarios; pero a nivel local no los distribuyen de la misma manera. En vez de agruparlos según su domicilio, los agrupan según su lugar de trabajo: de esta forma, las "células de empresa" (célula de fábrica, de taller, de almacén, de escuela, etc.) suceden a los comités y secciones locales. Por supuesto, junto a estas células de empresas también hay que establecer células locales (células rurales, células que agrupan a los

(,'HI I hivi rj;cr, cit. p. 86.

i.'H IIml. JI. X7.

trabajadores aislados, etc)"..."La ventaja de la célula de empresa es doble. Primero, el contacto entre los miembros de esta comunidad de base es más constante y más estrecho: diariamente se ven a la entrada y salida del trabajo, cada día pueden recibir las instrucciones del partido y ponerse de acuerdo. Por otra parte, los problemas de la empresa y del trabajo proporcionan alimento a las discusiones de la célula; uniéndolos a la política general, se da a ésta una base concreta, se hace palpar a cada miembro del partido la importancia y la significación de su adhesión. La solidaridad del trabajo es más íntima que la del barrio o de la ciudad. Por lo tanto, une más

cqp

estrechamente a los miembros de un grupo que se basa en ella"

3. Los partidos fascistas. Las expresiones más importantes del fascismo se han dado entre las dos guerras mundiales: Alemania, con el nacional socialismo, Italia con el fascismo, España con el falangismo y Portugal con el corporativismo.

   Como dice Duverger "Los partidos fascistas son partidos de masas como los partidos socialistas y los comunistas: es decir, que procuran reunir el mayor número de partidarios. Pero agrupan a los partidarios de una manera original, que aplica técnicas militares al encuadramiento político de masas. Indudablemente, no todos sus partidarios forman parte de las milicias o las secciones de asalto; pero éstas constituyen el elemento esencial del partido, formando el resto una especie de "reserva" en relación al "activo". El elemento de base es, pues, una agrupación muy pequeña (una decena de hombres), fácil de reunir por su proximidad (la misma calle, el mismo bloque de inmuebles) en cualquier momento. Estos pequeños grupos se articulan entre sí, siguiendo una pirámide jerárquica de muchos grados, como en el ejército"[693].

U')/ IIm.I |>

kk (i'M llml

2.2.6. Los grupos de presión

Dentro del hacer social y político existen grupos de personas que tienen intereses comunes y determinada capacidad para influir en la vida del Estado. Estos son los llamados grupos de presión, los cuales pueden operar a través de un partido político formado y patrocinado por ellos o independientemente. También pueden tratar e incluso suelen lograrlo, introducir dentro de las estructuras gubernamentales personas que los representen a fin de que dentro del proceso de la toma de decisiones estatales o del proceso de formación de la ley, defiendan sus intereses.

No es ninguna casualidad, dice Loewenstein, "que la forma moderna de grupos de presión hayan surgido al mismo tiempo, hacia la mitad del siglo pasado, que los partidos políticos, y tampoco sorprende que sus estructuras de organización sean muy semejantes. En el primer período de la industrialización, los grupos de interés fueron asociados "ad hoc" para perseguir objetivos limitados, desapareciendo en cuanto alcanzaban su objetivo. Un ejemplo a este respecto fue la "Cobdens Anti-Corn Law League", uno de los primeros grupos de presión modernos. En la actualidad, los grupos pluralistas, igual que los partidos políticos, se constituyen generalmente como organizaciones permanentes. Igual que los partidos políticos, los grupos de interés se encuentran bajo la experta dirección de managers profesionales, están altamente burocratizados y mantienen un funcionamiento constante; aplican todos los medios técnicos conocidos de las relaciones públicas para atraer, a la mayor escala posible, adherentes que compartan sus intereses"[694].

Estos grupos de presión de diferente procedencia. Pueden ser económicos, gremiales, profesionales, intelectuales, religiosos o simplemente políticos. No tienen normalmente personalidad jurídica o al menos no constituyen una persona jurídica con el objetivo claro de formar un grupo de presión, pero pueden utilizar una gremial, sea laboral
o empresarial, para ejercer presión política y suelen hacerlo.

<*M* Op cit. p. 431-432.

"Las técnicas que utilizan los grupos de interés para influir en el proceso del poder dependen, en gran parte, del corriente tipo gubernamental y cambian de país a país. En general, su actividad va dirigida, utilizando todos los medios de información, persuasión y propaganda, a todos los detentadores oficiales del poder: al gobierno y su burocracia, al parlamento y sus políticos y a la mesa de los destinatarios del poder, en su calidad de electores, pero también, y no en último lugar, a otros grupos pluralistas. Dicho de una manera concreta: los grupos de interés intentan, bien penetrar en eí marco de los detentadores del poder oficial -en el gobierno y en el parlamento- para perforar desde dentro, o bien influyen en el miembro individual del gobierno o del parlamento desde fuera. Y cuando es posible, aplicarán ✓ fiQS ambas técnicas" .

La importancia de los grupos de presión en la gestión del Estado moderno "queda reflejada en los Estados democráticos constitucionales por la *políticadel* gobiernode consultara estos grupos sobre las medidas legislativas, o por el hecho de ser consultados por ellos"[696].

Nuestras constituciones no han regulado nada sobre estos grupos; su actividad estaría comprendida dentro de los derechos de reunión, de asociación, de petición y de libre expresión del pensamiento. En la Constitución del 83 pareciera que se trató de excluirlos de la vida política nacional al establecer que sólo los partidos políticos pueden representar a los ciudadanos, lo cual no pasa de ser, si es que esa fue la intención, una ilusión desmentida cotidianamente por la realidad.

2.2.7. La regulación constitucional salvadoreña

En forma similar a la mayoría de constituciones del mundo, nuestras constituciones guardaron silencio respecto a los partidos políticos, no porque los rechazaran o prohibieran, sino porque no los consideraban instituciones constitucionales. Es a partir de 1950 que se establece el

r.M.s ihhi pp i v> m

(')(II'MI |> 4 V7

derecho de asociación política, como derecho ciudadano. La exposición de motivos de 1950 es parca al respecto y prácticamente se limita a decir que: "la pertenencia a partidos políticos no puede ser en ningún caso obligatoria. Constituido legítimamente un partido, no es posible poner cortapisa alguna para que el ciudadano ingrese a él[1'697] Sin embargo, como ya lo hemos expresado, quedó prohibido en el Art. 160 el funcionamiento de organizaciones políticas internacionales o extranjeras, salvo las que persiguieran por vías democráticas la unión centroamericana o la cooperación continental o universal a base de fraternidad. Además, ya lo hemos indicado, quedó interdicta la propaganda de doctrina anárquica o contraria a la democracia; de lo que se interpretó que no se podían fundar partidos políticos que tendiesen a establecer cualquier sistema antidemocrático o anárquico. La Constitución de 1962 no introdujo ninguna variación.

La actual de 1983, ya se explicó cuando hablamos de la forma de gobierno, ha cambiado la función de los partidos políticos, confiándoles la expresión y el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno. Es decir, que ahora los partidos políticos además de ser personas jurídicas integradas por ciudadanos que buscan el ejercicio del poder estatal son órganos gubernamentales.

Por otra parte, no se establecieron prohibiciones en cuanto a la ideología de los partidos. Sin embargo, ha quedado vedada la propaganda subversiva y en consecuencia, no puede establecerse un partido político que tienda a trastocar el orden público.

Por otra parte, la Constitución se ha declarado irreformable *en lo* que se refiere a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la misma. Por lo tanto, tampoco podría fundarse un partido político cuyo lin fuera contrario a tal disposición, ya que ello supondría permitir W'yalmente el que se tratase de violar la Constitución.

<•) *I* I Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 66. /

2.3. La opción a cargos públicos

La actividad de un ciudadano dentro de un partido político puede limitarse a las actividades de proselitismo, propaganda y de influencia política, pero normalmente el desiderátum de todo político es el ejercicio del poder. Por ello, la Constitución no podía menos que consagrar como un derecho de los ciudadanos el presentar sus candidaturas a los cargos de elección popular y el de gestionar su nombramiento en los cargos de designación. Para optar a la representación dentro del gobierno se requiere estar afilado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente, Arts. 85 inciso 2do. y 151 parte final Cn.

Sin embargo, debido a que el ejercer el poder requiere mayor madurez y responsabilidad, así como exige antecedentes de honorabilidad de más alto nivel que los del ejercicio del sufragio y de la asociación política, se establecen diferencias para los diferentes cargos que contrastan con la simple mayoría de edad que se requiere para llegar a ser ciudadano. Para esto como alguien ha dicho, basta *haber nacido,* para ejercer el poder es *necesario* llenar *más* requisitos, unos establecidos en la propia Constitución como son; una mayor edad, mayores conocimientos, experiencia y solvencia económica, entendida ésta no en el sentido de poseer medios de fortuna sino de estar en paz con el Fisco, estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente; y otros, no escritos, como son: la vocación política, el conocimiento de la realidad nacional e internacional, el carisma, etc.

3. Los deberes políticos

El status del ciudadano, o sea de miembro político del Estado en el pleno ejercicio de su capacidad política, le acarrea derechos, de los cuales ya hemos hablado, y también deberes. Algunos, como el célebre maestro Duguit, decía que la vida social está regida por la solidaridad; esto es que todos estamos obligados respecto a todos, tanto gobernantes como gobernados y por tanto, con arreglo a esa doctrina,

"el individuo no tiene ningún derecho; no tiene sino deberes sociales. El Estado tiene, a su vez, el deber de no hacer nada que impida al individuo ol cumplimiento de estos deberes sociales, y especialmente el libre desenvolvimiento de su actividad; el Estado hace leyes para reglamentai las manifestaciones de esta actividad, limitando la actividad de cada uno para asegurar y garantizar el libre desenvolvimiento de la actividad de todos. De esta intervención del Estado no nace derecho alguno subjetivo para el individuo contra el Estado"[698]. El único derecho que tendría «ntonces el individuo sería el de cumplir sus deberes.

Nuestro constituyente se aparta de esa doctrina y como lo hemos visto separa los derechos de los deberes, pero quizá esa separación sólo os aparente porque en el fondo considera al individuo libre pero dentro do la sociedad y por consiguiente, con responsabilidades para consigo mismo, con sus semejantes y con el Estado.

Los deberes que nuestra Constitución señala y que son comunes a l<xlos los ciudadanos, están referidos en el Art. 73 y se refieren al sufragio, «ti cumplimiento de la Constitución, a la defensa de la misma y a la piostación de servicios al Estado en casos determinados por la ley.

3.1. Ejercer el sufragio ,

De este tema ya hemos hablado suficientemente y hemos visto que ul Hiilragio es una función pública y por tanto, el votar es obligatorio, no doponde de la voluntad del ciudadano y es por ello que si infringe tal dohor se le impone una sanción pecuniaria.

(iVN I ı-ı in I luguit, Manual de Derecho Constitucional, 2da Ed., Francisco Beltrán, Madrid, l'J.'f., |> 201.
/

3.2. El cumplimiento de la Constitución

Al cumplimiento de la Constitución están obligados todos aquellos que están bajo el poder del Estado y por consiguiente, deberán cumplir sus mandatos los que estén dentro de su territorio incluidos los extranjeros y además lo estarán los nacionales aun que se encuentren fuera del mismo. Esta obligación en el fondo es superflua porque el carácter mismo de norma que tiene la Constitución la vuelve vinculatoria, sin embargo no está de más que el constituyente la haya incluido para que aquellos que creen que la Constitución necesita de leyes que la desarrollen tengan claro que tienen obligación de cumplirla y que de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones correspondientes.

3.3. Velar porque se cumpla la Constitución

En esta obligación se fundamenta lo que se llama la acción popular, esto es la facultad que tienen los ciudadanos para promover determinadas acciones destinadas al mantenimiento de la Constitución. Tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad. Además, tienen la *facultad* de *denunciar* las violaciones a la Constitución: a la Asamblea Legislativa, si es el caso de antejuicio; a la Corte Suprema de Justicia, si se trata de violaciones por parte de los magistrados de cámaras, los jueces, los abogados y los notarios; y a los tribunales ordinarios si se trata de particulares.

3.4. Servicio al Estado

La Constitución permite que la ley secundaría pueda establecer obligaciones para los ciudadanos y de hecho hay numerosos casos en los cuales el legislador secundario ha hecho uso de esta competencia. La Constitución misma establece por ejemplo, la obligación de prestar el servicio militar, de contribuir a las cargas públicas mediante el pago do las contribuciones, tasas e impuestos, establecidas de acuerdo a la ley. Y en la legislación secundaria encontramos una amplia gama de tales obligaciones, unas de carácter electoral, otras de carácter jurisdiccional como los jurados, etc.

CAPITULO X

LA CONDICION JURIDICO-CONSTITUCIONAL DEL EXTRANJERO

1. Noción

Los no nacionales de un Estado son extranjeros respecto de éste. Es un concepto negativo. Sin embargo, nuestra Ley de Extranjería en su Art. 1, buscando una definición positiva, dice que: "Son extranjeros los nacidos fuera del territorio nacional, originarios de otros Estados que no lian obtenido la calidad de salvadoreños por naturalización y los originarios de los demás Estados que formaron la República Federal de Contro América, que teniendo su domicilio en El Salvador, no han manifestado ante la autoridad competente, su voluntad de ser salvadoreños por nacimiento".

La condición jurídica del extranjero está conformada por los Hnrochos y obligaciones que le reconoce el Estado en cuyo territorio se üiicuentra o en el cual tiene bienes o intereses jurídicos. Nos limitaremos un t;ste manual a señalar aquellas de esas reglas que estén contenidas nn la Constitución, sin perjuicio de una brevísima introducción desde los punios de vista histórico e internacional.

2. Antecedentes generales

1. Grecia y Roma antiguas

I n la Edad Antigua, el extranjero, por regla general, era mal visto, ni i fi. k h*)* que se le consideraba "hostes" o enemigo. Sin embargo, existían liinlUuc.iones un tanto benévolas.

I n Grecia, según Batiffol, se encontraba la institucióndel "patronaje" u In "hospitalidad", la que contemplaba la posibilidad de la admisión del n»iMn¡(>ro, el cual se hallaba bajo la protección y vigilancia de un
i lin l.ti laño griego denominado "proxene". Recuerda también los tratados

de Isopolitie, en virtud de los cuales dos ciudades del Imperio establecían las bases para otorgara sus súbditos todos sus derechos civiles o parte de ellos[69] .

En Roma, los ciudadanos estaban sujetos al "jus civile", en cambio a los extranjeros o peregrinos se les aplicaba un derecho especial con facultades menos amplias que se llamaba el "jus gentium", el cual también se destinaba a las relaciones entre peregrinos y ciudadanos[700].

2.2. El Medievo

Al disolverse el Imperio Romano, durante la baja Edad Media, se desarrolló el sistema de los estatutos personales, según los cuales las leyes seguían a la persona a donde se trasladaba y fue costumbre establecer ciertos derechos a favor de los extranjeros.

Al consolidarse el sistema feudal, los hombres de la clase baja o siervos quedaron vinculados a la tierra, la cual a su vez era propiedad del señor. Este tenía que dar autorización para que aquellos se trasladaran a otro feudo, donde los migrantes, llamados "aubanas", quedaban sometidos a varios tributos, por su calidad de extranjeros; uno de ellos era el derecho de "aubana", el de "formariage", para contraer matrimonio y el de "mano muerta", por el cual al morir sus bienes pasaban al señorfeudal[701].

Durante los siglos XIII al XIV la condición de los extranjeros mejoró un poco, se dieron algunos hechos de aceptación, entre los cuales, Batiffol cita como ejemplos; el caso del Emperador Federico II, que en 1220, bajo la influencia de la Iglesia permitió testar a los extranjeros y el de la monarquía francesa que otorgó las llamadas cartas de naturaleza

(iiail») jun I.i-onel Pereznieto Castro, Derecho Internacional Privado, 3a. Ed., Haría, Mi'xii'c, 1[1]>K\ pp. 92 y ss.

700 CmiMiliai l .up-iK- Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Nacional# México, IWO, pp J I V ss

70! Leonel IYnviin'ii» ('astro, cit, p. 93.

a los extranjeros y en algunas ocasiones derogó los derechos de aubana[702]

2.3. La Edad Moderna

En 1776, al separarse de Inglaterra, los Estados Unidos de América en la Declaración de Independencia, afirmaron: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la consecución de la felicidad". Esa afirmación es una *clara* aceptación de que todos los hombres y por tanto los extranjeros, son jurídicamente iguales, en lo que a derechos civiles se refiere. Al emitirse la Constitución en 1787, no estableció derechos ni garantías individuales y por tanto no apareció el principio de igualdad. Los autores entienden que sus redactores no lo hicieron porque lo consideraron innecesario, pues bastaba la Declaración de Independencia y además, temían que por hacer alguna enumeración de derechos, se omitiese alguno. La Nación americana, sin embargo, reclamó un catálogo de derechos individuales y ello provocó el proceso de enmiendas de la Constitución. Entre ellas se adoptó la XIV, la cual por una parte, establece que: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos, y sujetas a la jurisdicción del mismo, son ciudadanos de Estados Unidos y del estado en el cual residen". En la segunda parte, al establecer la garantía del debido proceso, lo refiere a las personas. Afirma Corwin que la Suprema Corte "ha revocado muchas leyes estaduales que limitaban severamente o excluían del todo a los, extranjeros de ciertas ocupaciones, negaban o limitaban su recepción de los beneficios educacionales o de bienestar, y les prohibían desempeñar cargos civiles públicos"..."desde hace mucho se consideró a los extranjeros "personas" amparadas por la protección de la Decimocuarta Enmienda"[703].

/<>.' Ihíil.

/(II I dward S. Corwin, cit. p. 632.

/

La Francia revolucionaria en 1790, suprimió los derechos de "aubana" y el de "formaríage" y en la Constitución de 1791 proclamó la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros.

En España y en América hispana durante la colonia se aplicaron diversos cuerpos de leyes, entre ellos el Código de las Siete Partidas, promulgado durante el reinado de Alfonso X, el Sabio, el cual, al decir de José Ma. Ots y Capdequí, distinguió "entre los naturales y los extranjeros, y, desde el punto de vista del Derecho municipal, entre los vecinos y los transeúntes. La condición de natural se perdía por desnaturalización o renuncia voluntaria de la nacionalidad por las causas previstas en las leyes; los naturales no podían seguir estudios en el extranjero, salvo en las Universidades de Bolonia, Coimbra, Roma y Nápoles. Los extranjeros no podían obtener beneficios, ni rentas eclesiásticas, ni desempeñar oficios públicos en los pueblos, ni tener carnicerías, pescaderías ni panaderías, ni ejercer el oficio de buhoneros[1'704] (Este es el antecedente del actual pequeño comercio, que entre nosotros, está reservado a los nacionales y centroamericanos por nacimiento).

En 1812, Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española decretaron la célebre Constitución de Cádiz, que influyó mucho en el Derecho constitucional centroamericano y salvadoreño. En ella no se reguló la condición jurídica del extranjero, pero implícitamente admite el derecho de éstos a ingresar al territorio español y expresamente les permite obtener de las Cortes carta de naturalización y volverse españoles si se han avecindado, de acuerdo a la ley, en cualquier pueblo de la monarquía durante diez años. Art. 5, incisos segundo y tercero[705].

2.4. La época contemporánea

Esta situación ha evolucionado lentamente hasta la época actual, en que a nivel internacional y así lo disponen las normas del respectivo

704 Jos»* Ma. Oís y Capdequí, Historia del Derecho Español en América *y* del Derecho Indiiino, A^uilar, Madrid, 1969, p. 49.

705 'lomado de \ *M S* Constituciones de España, Edición y estudio preliminar de Jorge de IínIcImu, Tjmjíu.s, Madrid, 1983, p. 46.

derecho, al extranjero se le conceden derechos similares a los del nacional, en los campos civiles, no así en los políticos. Incluso en algunas situaciones, el extranjero puede tener una condición jurídica, según el Derecho internacional, superior a la del nacional, si es que a éste su respectivo Estado no le reconoce un mínimum de derechos internacionalmente reconocidos y especialmente referidos a los derechos humanos. Así por ejemplo, si en un Estado se admitieran situaciones de servidumbre o esclavitud, el extranjero podría invocar la protección de su Estado a efecto de no ver disminuida su capacidad jurídica.

En El Salvador el problema no se presenta porque las constituciones han sido más bien generosas en esta materia, especialmente las primeras, posiblemente influenciadas por el derecho francés de la Revolución y por las necesidades de poblar el territorio y de propiciar la inmigración selectiva. Así, por ejemplo, la federal de 1824 establecía que todos los habitantes, (lo que incluye *los* extranjeros) formaban el pueblo, Art. 3. Además declaraba: "La República es un asilo sagrado para todo extrangero (sic), y la patria de todo el que quiera residir en su territorio", Art. 12. Al reformarse esta Constitución en 1835 -reformas que nunca entraron en vigor- se reprodujeron esos artículos y se estableció además en el Art. 158, que todos los ciudadanos y habitantes de la República, sin distinción alguna, estaban sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinaran las leyes.

Este sentido de igualdad entre nacionales y extranjeros, respecto a los derechos fundamentales, es la tónica constante en todas las constituciones posteriores, tanto federales como nacionales; y si bien se advierte una cierta moderación en cuanto a la apertura inicial, siempre se mantienen los principios básicos aceptados por el Derecho internacional respecto al trato hacia el extranjero.

2.5. El Derecho internacional convencional aplicable a El Salvador

El Salvador es suscriptor y ratificante del Código de Derecho Iniornacional privado, denominado Código Bustamante, aprobado timante la Sexta Conferencia Internacional Americana, que tuvo lugar en

La Habana, en 1928. En ese tratado internacional se adoptaron, entre *otras materias,* reglas sobre la extranjería. Se convino que "Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos fundamentales que se conceden a los nacionales".

Pero se permitió a cada Estado contratante, "por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a los nacionales de los demás" y a "cualquiera de esos Estados, en tales casos rehusar o subordinar a condiciones especiales el mismo ejercicio a los nacionales del primero" (Reciprocidad).

Se estableció igual trato en lo referente a las garantías individuales, salvo disposición constitucional en contra y se excluyeron las referentes al desempeño de funciones públicas al derecho de sufragio y a otros derechos políticos.

Se admitió que los estados podían hacer diferencias por razones de orden público interno, de Derecho político y de Derecho administrativo.

El Salvador concurrió con su voto a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo Art. 2.1, dispone: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". Esta declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Meses antes en Bogotá, los estados americanos adoptaron su Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo artículo 2 dice: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". Es significativo que en el considerando segundo de esa Declaración sus suscriptores afirmaron: "en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional

de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

Posteriormente, los mismos estados adoptaron en noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el llamado Pacto de San José, cuyo nombre original es Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el preámbulo, los Estados Americanos reconocieron "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"; y adoptaron el Art. 1.1, por el cual se comprometieron a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Consecuentes con la tendencia mundial de reservar el ejercicio de los derechos políticos a los nacionales, lo dijeron expresamente en el Art. 23.

Además reconocieron la igualdad ante la"ley, sin discriminación alguna. Art. 24.

De este pacto es parte El Salvador, por haberlo suscrito y ratificado.

2.6. Status constitucional del extranjero

Nuestra Constitución actual está, en nuestra opinión, enmarcada en el Derecho internacional, tanto el regional americano como el mundial. Por tanto, el extranjero tiene en El Salvador la triple protección que es usual en los países civilizados[706].

/(Ki Mundial, regional y nacional.

La condición jurídica del extranjero, restringida a la Constitución, podemos enunciarla así:

1. Derecho de ingreso. Siguiendo la tendencia general nuestra Constitución permite la inmigración, pero el Estado se reserva el derecho de condicionar el ingreso de los extranjeros a ciertas normas, Art. 97, inciso primero. Dichas normas deberán ser razonables y además generales, para no contrariar ni los principios internacionales aplicables, ni la regla de la igualdad, que es principio constitucional; por ejemplo la ley secundaria a la cual se remite la Constitución, no podría prohibir el ingreso de personas de determinada raza o nacionalidad, a menos, en este último caso, que se tratase de aquellos que estuvieran vinculados con un país con el cual El Salvador se encontrase en guerra[707].

2. El Estado tiene el derecho de expulsar a los extranjeros, por razones también legales y racionales y siempre de orden general. Incluso, la propia Constitución establece que aquellos extranjeros, que directa o indirectamente participen en la política interna del país, pierden el derecho de residir en él, Art. 97, inciso segundo; y que éstos no pueden ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación! de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expeditos, perdiendo los que contravengan esta disposición el derecho de residir en El Salvado?, Art. 99, inciso segundo.

3. El derecho de residencia. Una vez que el extranjero ha ingresado al territorio, por vía legal, adquiere el derecho a residir en él, de acuerdo a la autorización que previamente se le ha concedido y la cual especifica su calidad migratoria, Art. 97.

4. Dentro del territorio el extranjero tiene los mismos derechos fundamentales, salvo algunas excepciones, que los nacionales y

707 Kl lema de la migración está desarrollado en la Ley de Migración, que establece tres categorías de extranjeros: turistas, residentes temporales y residentes definitivos. Es conveniente consultar dicha ley y en ella se advertirá la congruencia de sus disposiciones con los principios expuestos.

especialmente goza de los mismos derechos públicos subjetivos, constitutivos de los derechos y garantías individuales, Art. 3.

5. El extranjero no tiene derechos políticos. Estos están reservados a los salvadoreños, Art. 71 y siguientes.

6. Existen algunas restricciones en cuestiones de derecho mercantil así, no pueden ejercer el pequeño comercio e industria, Art. 115; y de derecho civil, están facultados a adquirir bienes raíces rústicos sólo si en su país los salvadoreños pueden hacerlo, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales; Art. 109.

7. En el orden social se admiten restricciones a favor de los salvadoreños y la misma Constitución prohíbe que los extranjeros sean miembros de directivas sindicales, Art. 47, inciso cuarto. Sin embargo, se pueden sindicalizar y las restricciones no pueden referirse *nunca a las* condiciones de trabajo, ya que en su Art. 38, ordinal primero dispone que "en una misma empresa o establecimiento y en idénticas circunstancias, a trabajo igual debe corresponder igual remuneración al trabajador, cualquiera sea su sexo, raza, credo o nacionalidad".

H Los extranjeros gozan, como ya se dijo, de igualdad de derechos fundamentales, por tanto tienen libre acceso a los tribunales u oficinas administrativas para hacer valer sus derechos; razón por la cual no pueden ocurrir a la vía diplomática sino en los casos de denegación de justicia y después de agotados los recursos legales que tengan expeditos, Art. 99, inciso primero. De recurrir a esta vía, sin que se den los supuestos que el Derecho internacional señala para la denegación de justicia, el extranjero pierde el derecho de residir en el país[708].

/un Se entiende por denegación de justicia cí que no *se* permita a un extranjero o a una persona acudir a la vfa judicial para resolver una controversia o que pudiendo ocurrir, de In (ho se le impida el acceso a la misma.

CAPITULO XI

INTRODUCCION A LA TEORIA DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES Y A LOS DEBERES CONSTITUCIONALES

1. La dignidad humana

El artículo 1 de nuestra Constitución se abre con la declaración de que "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado..." la cual viene a reafirmar el postulado del preámbulo de que la convivencia nacional se debe establecer con base 011 el respeto a la dignidad de la persona humana. Tales fórmulas, que son ahora corrientes en el constitucionalismo contemporáneo y en las declaraciones de derechos, deben entenderse, como apunta Silvio Basile[709] como "el rechazo de toda visión totalizadora de la vida social; ni) especial, el rechazo de la idea de organismos colectivos que tengan linos o vida superiores a los de los individuos que los componen. En otros lórminos, la sociedad no se considera como otra"~cosa que la cooperación de hombres de carne y hueso, en función de exigencias Individuales o comunes- advertidas o valoradas por ellos mismos. Por lauto no hay lugar para "moloc" sociales".

La "dignidad de la persona humana", ha dicho Pérez Luño[710] que ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de li M las las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. Baste recordar ■ |ii)• la idea de *"dignitas"* del hombre, como ser éticamente libre, parte

ni'i ',iIviii lt;isilc, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y litn ii.ules públicas", La Constitución Española de 1978 (Estudio sistemático dirigidlo |uu In.'. imiIVsnrcs Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría), 2a. Ed., Civitas, M.ulml, 1w0. pp. 273-274.

'|H Anli mu i l tu n|iic Pérez l .uño, op. cit. p. 49.

todo el sistema de derechos humanos de Samuel Pufendorf, que, a su vez, fue fermento inspirador de las declaraciones americanas".

"Los derechos humanos parecen reencontrar sus viejas raíces y su apoyo en la naturaleza del hombre, si bien ahora bajo la más elaborada formulación de la dignidad de la persona humana". Las declaraciones de derecho no pudieron legitimarse debido a los sistemas de valores predominantes en cada país, por lo que se exigió una "plataforma que resulte aceptable para una serie de pueblos y regímenes políticos estructurados en torno a principios filosóficos, políticos, religiosos, económicos y culturales bastantes dispares. Pero los diversos intentos orientados a encontrar y a formular de manera expresa esa base valorativa comúnmente participable se estrellan siempre contra un cúmulo de dificultades, que parecen ser insalvables.

Existe, sin embargo, en esta fase de la evolución de los derechos humanos algo así como una plataforma o substrato ético común que puede actuar, y está actuando de hecho, como factor aglutinante y fundamentador de las diversas declaraciones supranacionales. El núcleo de esa plataforma está constituido por la afirmación y defensa de la eminente dignidad de la persona humana y por el reconocimiento de una gama de exigencias radicales e insobornables que esa dignidad proyecta sobre el sistema de las relaciones sociales. Es un substrato ético lentamente surgido de la fricción y mezcla de múltiples creencias, convicciones e idearios; es un credo social que se levanta sobre el valor central del hombre y que hunde sus raíces en subsuelos ideológicos tan dispares como el iusnaturalismo religioso o racionalista, el liberalismo, el socialismo utópico o el marxismo. Se trata, pues, de una actitud esencialmente humanista. Y este humanismo flexible, de convergencia plural, suprapositivo y transideológico, es el que está animando, con su ¡dea de que el hombre ha de ser el principio orientador de la organización social, todas las recientes declaraciones de derechos"[711].

El principio de la dignidad de la persona puede constituir por sí mismo, de acuerdo a Basile, "el fundamento ideológico no sólo de los

711 Benito ilc (astro (id, El Reconocimiento de los Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, pp. 27-2K.

derechos de libertad civil -o sea, del Estado de Derecho-, no sólo de los derechos de participación -o sea, del Estado democrático-, sino también de las iniciativas de intervención pública para la corrección de los desequilibrios implícitos en el sistema social, a las que se alude cuando se habla del Estado social"[712]

De la dignidad de la persona se pueden distinguir, de acuerdo a Joaquín Ruiz-Gimenez Cortes[710] ; al menos cuatro niveles o dimensiones:

1. "La dimensión religiosa o teológica, que considera a los hombres "hechos a imagen y semejanza de Dios";

2. La dimensión ontológica, que considera a la persona como un ser dotado de inteligencia, de racionalidad, libertad y conciencia de sí mismo. Ella tiene como eje la clásica definición de Boecio -"la persona es sustancia individual de naturaleza racional"- y se inspira en la conciencia de la libertad que viene de Rousseau y llega a muchos autores contemporáneos;

3. La dimensión ética, en el sentido de autonomía moral ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta y de esfuerzo de liberación, frente a interferencias o presiones alienantes y de manipulaciones que pretenden convertir al hombre en cosa o instrumento; y

4. La dimensión social, como estima o fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público".

En la interpretación de la expresión constitucional que nos ocupa, las modalidades o sentidos que se han dado a la “dignidad", las que

M S i l v i o Basile, cit. p. 275.

/I l lo.ic|uín Ruíz-Giménez Cortés, "Artículo 10. Derechos Fundamentales de la Persona", <'«mentarlos a las Leyes Políticas. Constitución Espaíiola de 1978. (Dirigidos por Oscar Al/aya Villamil). T. II., Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984. pp. 113-114.

parecen ser aplicables son la de carácter ético (autonomía déla persona, fin de sí misma, no medio o instrumento de nadie).

El mismo autor citado nos dice[714] que arrancando de las anteriores premisas se infieren algunas importantes consecuencias desde el punto de vista jurídico:

1. En primer término, que esa “dignidad básica o radical de la persona" no admite discriminación alguna (por razón de sexo, clase social, origen filiatorio, edad, raza, creencias, condición, etc.) dada la igualdad esencial de todos los seres humanos, que encuentra un reflejo en el artículo 3 de la Constitución y cuyo fundamento último es, precisamente, la dignidad de la persona;

2. La dignidad "ontológica" arriba conceptuada, no se menoscaba ni disminuye por la enfermedad mental de la persona, ni por la edad en sus límites extremos, que tienen, sin duda, incidencia en ciertos aspectos jurídicos de la capacidad de obrar, pero no en la personalidad profunda. Esta no está atada al desarrollo psicológico
   o cultural (el infante, el disminuido por problemas de senilidad o de otra especie, el demente y otros seres humanos con minusvalías siguen siendo personas). Antes, al contrario, en tales supuestos la sociedad, los órganos del Estado y la familia deben reforzar la tutela y la asistencia a esos seres humanos, accidentalmente disminuidos, suplir su "incapacidad de obrar" y contribuir, en la mayor medida posible, al desenvolvimiento de su personalidad. En lo que al ciclo vital del hombre se refiere, se entiende ahora que a la persona, en cada una de las etapas del ciclo, debe reconocérsele su propio valor particular en una vida humana considerada en su totalidad; pues si se tiene conciencia de su dignidad, de ello y por razones de coherencia y justicia, tanto se debe valorizar efectivamente la vida de un anciano como la de un niño, e incluso la del que está por nacer.

3. Tampoco el ser humano -hombre o mujer- que decae en vida moral y se hunde en el vicio, o que comete hechos tipificados como delitos,

714 Op. di. p|>. 114-117.

pierde por eso su dignidad; ni, en consecuencia, puede ser privado sustancialmente de sus derechos fundamentales -entre ellos los familiares-, sino suspendido -o reducido temporalmente- en el ejercicio de algunos de ellos y particularmente de los que dicen relación con su problema conductual y no de otros que nada tienen que ver con el mismo.

4. La dimensión ética de la dignidad -la persona no puede ser medio o instrumento de nadie- inspira claramente, como luego se verá, la declaración inicial del artículo primero de la Constitución.

La dignidad sustancial de la persona -dice el autor últimamente citado- está en la raíz de todos sus derechos básicos, pero hay algunos de ellos donde esa dimensión del ser humano se hace más patente. En nuestro caso, ellos serían, entre otros, los consagrados por las siguientes disposiciones constitucionales:

a. Integridad física y moral, Art. 2, primer inciso;

b. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Art. 2, segundo inciso;

c. Proscripción de todo acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona, Art. 25;

y

oh. Libertad religiosa y de culto, Art. 25;

(i. Ocupación. "El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna", Art. 37 inciso segundo;

i- Educación, cuyo fin inicial es cabalmente "lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión espiritual, moral y social", Art. 55 inciso primero; y

l Bienestar económico. "El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a

asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano", Art. 101 inciso primero.

2. Precedentes de las declaraciones

"Históricamente considerados, los derechos humanos se caracterizan por ser fruto directo, casi es posible decir consecuencia, de las incesantes y terribles convulsiones que signan la historia política de la humanidad. Así, parece claro que sólo después de nuevas y cada vez más hondas heridas, los gobernantes o, de manera más amplia, los poderes constituidos, han cedido al clamor de los pueblos en su reclamo por el respeto a la dignidad de la vida"[715]

El reconocimiento de los derechos y su manifestación en las declaraciones se ha ido conformado y concretando hasta constituir un testimonio del progreso de la conciencia moral de la humanidad. Por lo que para entender su sentido, debemos situarnos en los precedentes de las modernas declaraciones de derechos constituidos por: concesiones unilaterales, pactos o convenciones y declaraciones emanadas del pueblo.

2.1. Concesión unilateral

2.1.1. Edad Antigua

No existieron en esta época reconocimientos de los derechos humanos por parte del poder público lo cual es lógico, dice Tinetti, "pues para que surja la conciencia de que la persona es portadora de unos ciertos fines y valores, para la realización de los cuales posee unos derechos innatos es preciso, ante todo, que exista el concepto mismo de persona, el cual fue una aportación del Cristianismo".

715 Instituto Intcramericano de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos IInmunos, lülición Conmemorativa 40. Aniversario, Varitec, Costa Rica, 1988, p. 9.

"Por otra parte, la toma de conciencia deque existen unos derechos que las leyes tienen que respetar, exige la previa creencia en un Derecho que está por encima del vigente. Esta idea, aun con los escasos precedentes de iusnaturalismo en la Antigüedad, no empieza a desarrollarse sino hasta la Edad Media"[71 fi]

2.1.2. Edad Media

A pesar de que en esta época ya se contaba con la doctrina iusnaturalista, no se encuentra todavía una teoría de los derechos fundamentales, porque ella, diceTinetti, "habría de basarse, lógicamente, en una teoría de los derechos subjetivos. Los derechos humanos tienen características típicas o propias, pero son, desde luego, derechos subjetivos, facultades del sujeto. El pensamiento medieval no acierta a construir una teoría del derecho subjetivo, con lo que falta la base lógica necesaria para poder hablar de los derechos fundamentales"[717].

Sin embargo, encontramos en esta época algunos precedentes no de auténticas declaraciones de derechos sino de privilegios o concesiones unilaterales otorgadas por el Monarca, citándose como ejemplo, en España, el Ordenamiento de León o Pacto de Sobrarbe de 1188, acordado en las Cortes de León entre el rey Alfonso IX y su reino, y en Inglaterra, la famosa Carta Magna otorgada por el Rey Juan Sin Tierra, el 17 de junio de 1215, la cual constituyó uno de los más importantes documentos políticos, tanto por la amplitud de su contenido, como por el mayor número de garantías concedidas. Se reconocieron algunas prerrogativas básicas del súbdito inglés frente al poder público, para el caso la libertad personal y ciertas limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias.

/I(i lose Albino Tinetti, Derecho Constitucional, Temas Introductorios relacionados con los Derechos Fundamentales, (versión mimeografiada), pp. 3-4.

I \ l ll)íd. p. 4.

La trascendencia de la Carta Magna fue inmensa, tanto en la evolución inglesa como en el desenvolvimiento y consolidación jurídica de los derechos del hombre.

Pero es importante hacer notar que estos documentos medievales se caracterizaban:

1. Por ser concesiones otorgadas por los soberanos, generalmente bajo presión de los sectores favorecidos (nobleza), por lo que constituyeron *formalmente* decretos o cartas que emanaban unilateralmente de la voluntad del monarca sin que hubiera intervención legislativa alguna del pueblo.

2. Se limitaban al reconocimiento de ciertas garantías y derechos ya existentes.

3. Eran restricciones al poder público.

4. Beneficiaban únicamente a un determinado número de súbditos.

2.2. Pacto o convención

2.2.1. Inglaterra

Ese carácter de concesión unilateral otorgada se fue superando en los documentos que encontramos en la Edad Moderna, en el mundo anglosajón, los cuales constituyeron pactos o convenciones entre la Corona y el Parlamento, y éstos eran:

1. La Petición de Derechos o "Petition of Rights" del 7 de junio de 1628, la cual representaba una reiteración de los principios de la Carta Magna, reafirmaba las limitaciones tradicionales impuestas a la autoridad real por las violaciones cometidas y el imperio de la ley. Establecía además que para la imposición de los tributos era necesario la aprobación por parte del Parlamento y que nadie podía ser detenido o juzgado, sino conforme a las leyes comunes.

2. El "Habeas Corpus Amendment Act" o Acta de Hábeas Corpus del 26 de mayo de 1679, que consagró y reguló la de exhibición personal[71 Q]

3. La Declaración de Derechos o "Bill of Rights"[719] del 13 de febrero de 1689, que fue considerada como el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra. Era una verdadera declaración de derechos en la cual se afirmaba el sometimiento del soberano a las leyes fundamentales del Reino, se fortalecían las atribuciones del Parlamento y se reconocían además, el derecho de petición, la proscripción de penas crueles o inusitadas y el resguardo del patrimonio personal contra las multas excesivas, las exacciones y las confiscaciones.

Sin embargo, todas estas declaraciones de derechos no eran otra cosa que confirmaciones de antiguas costumbres y de preexistentes institutos jurídicos capaces de tutelar al individuo frente a la autoridad. En realidad dice Schmitt, "son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales"[720].

/|K I 'l hábeas corpus impedía toda detención arbitraria, autorizando al mismo arrestado a o .su representante a recurrir al juez competente para que por medio de un procedimiento expedito, le otorgara la libertad bajo fianza, mientras tanto el procedimiento continuaba nm la finalidad de establecer la culpabilidad o inocencia del imputado.

f r> I ira un pacto o convención entre el rey Guillermo de Orange y la princesa Mana por una p.H ie y el pueblo representado por el Parlamento por la otra.

/ '<> ('arl Schmitt, cit. p. 182.

2.3. Declaraciones emanadas del pueblo

2.3.1. Estados Unidos de América

La historia de los derechos fundamentales comenzó propiamente con las declaraciones norteamericanas del finales del siglo XVIII, a pesar de que fueron varios los estados de la unión que las formularon, la que más fama ha alcanzado fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776.

Se trataba de una declaración elaborada y aprobada por los representantes del pueblo reunido en convención o asamblea; no era, por tanto, una carta otorgada por ningún soberano (como la Carta Magna), ni tampoco un pacto entre el rey y el pueblo representado en el Parlamento (como la Declaración de Derechos de 1689), sino una declaración emanada del pueblo, considerado como el único soberano.

Era una de las más completas constituciones particulares que contenían un catálogo de derechos, y en la cual se consagraron fundamentalmente prerrogativas del gobernado frente al poder público. Sirvió de inspiración a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, y a las sucesivas declaraciones y constituciones.

El 17 de septiembre de 1787, se promulgó la Constitución Federal [721] de los Estados Unidos de América, la cual fue completada en 1791 con las diez primeras Enmiendas que consagraron las libertades religiosa, de palabra, de prensa y reunión, la inviolabilidad del hogar, la seguridad *personal,* el derecho de propiedad y algunas garantías judiciales.

721 I .ix iln / |iimu r.is Hnmiendas fueron propuestas en 1789y se aprobaron en 1791.

2.3.2. Francia

Lo ocurrido sobre el particular en Francia, lo ha recogido la historia con especial interés. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, fue promulgada teniendo en cuenta las norteamericanas, pero es indudable que fue resultado directo del movimiento filosófico del siglo XVIII, determinado por el iusnaturalismo europeo, el cual ya había influido a los constituyentes norteamericanos[722]. Esta Declaración tiene como finalidad, como lo dice su Preámbulo, recordar a todos los miembros de la comunidad sus derechos y obligaciones, además proclamar la libertad e igualdad de todos los hombres y establecer como sus derechos naturales, inalienables y sagrados, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Asimismo considera que la ignorancia, el olvido y el desprecio de estos derechos son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos.

Estas declaraciones, tanto las norteamericanas como la francesa, se caracterizaron por constituir proclamaciones de ciertos derechos de índole natural o fundamentalmente humanos, previa a toda regulación legal. Sin embargo y a pesar de haber sido la expresión de derechos concretos y reivindicaciones políticas específicas, adoptaron una formulación abstracta, general y universalista, propia de la filosofía racionalista de la ilustración.

2.3.3. Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

También la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas emitió el 6 t in enero de 1918, la Declaración délos Derechos del Pueblo Trabajador

I ,<>s antecedentes de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de I7K9 son de acuerdo con Hernández Valle de dos tipos: remotos y directos. 1. Los remotos: a. el antecedente más remoto lo constituye la doctrina Cristina; b. el segundo lo encontramos en la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, cuyos principales exponentes, son Suárcz, Victoria y Grocio, c. I Iobbes ch. Locke. 2. La fuentes directas o inmediatas son el pensamiento de Rousseau, Montesquieu y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. Rubén Hernández Valle, Las I ilx'i tades Públicas en Costa Rica, Juricentro, 1980, pp. 19 a 22.

y Explotado, proclamada por el Tercer Congreso Panruso de los Soviets, elegidos al ser disuelta la Asamblea Constituyente Rusa. Esta declaración era el más completo documento constitucional del primer período de la Revolución rusa, no reconocía derechos o garantías del individuo, sino el poder de una clase y la omnipotencia del Estado, que era el único titular de derechos. Constituyó el primer apartado de la primera Constitución de la República Soviética Rusa del 5 de julio dé 1918, la cual estructuró el Estado ruso sobre la base de la dictadura del proletariado y la abolición de la propiedad privada.

La Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas del 6 de junio de 1923, contenía en su primera parte únicamente una declaración sobre la fundación de la República Socialista Soviética, no enunciaba la Declaración de 1918, la cual se encontraba nuevamente en la tercera Constitución sancionada en 1925. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los principios esenciales de la Declaración no aparecen consagrados en las posteriores constituciones, por lo que su importancia es más bien de carácter histórico.

3. Proyección de las declaraciones

En el siglo XIX los países de reciente independencia, entre ellos el nuestro, inspirados en la Declaración de Virginia (1776), en la Constitución de los Estados Unidos (1787) y sus Enmiendas de (1791), en la Declaración Francesa (1789) y en la Constitución de Cádiz (1812), incluyeron capítulos sobre derechos en sus Cartas Magnas, imprimiendo a sus fórmulas hasta entonces abstractas, el carácter concreto de normas jurídicas positivas.

Es por ello que Gallardo, al referirse a las garantías, señala que existe una similitud extraordinaria entre los textos de las constituciones federales centroamericanas, por una parte, y las de los estados miembros de la federación norteamericana, por otra[723]. El legislador centroamericano, según dicho autor, llenó el vacío que había dejado el

72.1 Ver Ric.tnli) (¡allardo, Las Constituciones de la República Federal de Centro-Aniérica, InMiluin di* Kstudios Políticos, Madrid, 195S, pp. 301 yss.

legislador de Cádiz en su célebre Constitución de 1812 y recurrió no tanto al texto francés de 1879, sino que tuvo a la vista, además de las Enmiendas del 15 de diciembre de 1791 ala Constitución délos Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787, las teorías individualistas que se encontraban ya en las declaraciones de derechos de algunos estados norteamericanos, principalmente los de Virginia, 29 de junio de 1776; Pensilvania, 28 de septiembre de 1776; Massachusetts,
2 de marzo de 1780, y Maryland, 11 de noviembre de 1786.

El legislador salvadoreño, por su parte, en su primera Constitución de 1824, que precedió en algunos meses a la federal, también se guió por los pasos del modelo norteamericano, más que en los moldes del estilo francés. En el curso del siglo pasado, paulatinamente, las constituciones salvadoreñas dieron cada vez mayor importancia al Capítulo consagrado a los "derechos del hombre" y éste obtuvo su plenitud y su entera robustez en la Constitución de 1886, de tipo liberal[724].

A esa filosofía individualista de las primeras declaraciones[725] y constituciones que hacía del hombre el titular de derechos y deberes, se

724 Ver Ricardo Gallardo, Las Constituciones de El Salvador, Diana, Madrid, 1961, pp. 239-240.

VIS Recordemos, dice Hernández Valle, que el individualismo que caracteriza a la declaración de 1789 se manifiesta en tres vertientes:(a) En cuanto ai fin que se le asigna a la sociedad, la cual sólo existe en función del individuo;(lí} En cuanto al titular de los derechos, que sólo puede serlo la persona física y¡t)En cuanto al contenido de los derechos, los cuales sólo se refieren al ejercicio de actividades individuales y no a manifestaciones colectivas.
En relación con el primer aspecto se ha mantenido la concepción original de que la sociedad política ha sido creada en beneficio exclusivo del hombre. No obstante, las modernas Declaraciones han sustituido el término "individuo" por el de "persona humana", lo cual significa, en pocas palabras, que las nuevas concepciones consideran que el hombre no puede concebirse fuera de los grupos sociales a los cuales se encuentra integrado.
En cuanto a los titulares de los derechos, la concepción inicial ha variado bastante, al punió que hoy día se reconoce que dicha titularidad pertenece también a determinados grupos sociales, tales como la familia, los sindicatos, asociaciones, etc.
En relación con el objeto de los derechos, modernamente se ha conferido una gran importancia a los que implican un ejercicio colectivo. Ejemplos de lo anterior son, entre ni ros, el reconocimiento de la libertad de asociación, de la libertad de reunión, y en el

sumó más tarde, en especial a partir de la Constituciones de México de 1917, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1918 y la Alemana de Weimar de 1919, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales.

Nuestra Constitución Federal de 1921 consagró un título relativo a los derechos sociales denominado "Trabajo y Cooperación Social", Arts. 163 al 172, posteriormente la Constitución nacional de 1939, todo un capítulo titulado la "Familia y Trabajo", Arts. 60 al 64. Fue hasta la Constitución de 1950 cuando el legislador efectuó una transformación tanto de forma como de fondo en el enunciado de los derechos, inscribiendo por una parte los derechos individuales calcados de la Constitución de 1886 de tipo liberal y los separó de los derechos sociales, cuya cabida en la Constitución se explica por el auge incesante que habían tomado en el país los problemas de índole familiar, laboral, cultural y de asistencia social[726]. Esta transformación continua en la Constitución de 1962 y en la vigente.

También influyó notablemente la doctrina de la Iglesia Católica, especialmente con las Encíclicas Rerum Novarum (1891), Quadragesimo Anno (1931), Mater et Magistra y Pacem in Terris (1963), Populorum Progresslo (1967), Redemptor hominis (1979), de los Papas León XIII, Pío XI, Juan XXIII, Pablo VI y Juan Pablo II, el Concilio Vaticano
II y las Conferencias Episcopales de Medellín y Puebla.

4. Latinoamérica

La historia de. los derechos humanos en Latinoamérica hace referencia a la época de la conquista y consiguiente colonización, la que se puede traducir en tremendas violaciones de los derechos de los
indígenas[727], denunciadas por los frailes Antonio de Montesinos y

urden económico y social el derecho a la huelga, y en el orden político el derecho a apuparse en partidos políticos". Rubén Hernández Valle, Las Libertades Públicas en ("osla Rica, cit. p. 31.

72í> Ver Ricardo (iallardo, Las Constituciones de El Salvador, cit. p. 240.

727 A tal y,rado que se le ponía una marca de fuego en el cuerpo, que lo transformaba en

Bartolomé de las Casas y denuncias que han quedado como símbolo de la lucha por la dignidad humana en territorios americanos.

El movimiento emancipador se debió a diferentes causas, habiendo influido en el mismo, el pensamiento político norteamericano, su independencia, el enciclopedismo francés y algunos aspectos de la política española. Las declaraciones de los derechos fueron incluidas en los textos constitucionales latinoamericanos y como resultado encontramos elementos comunes en lo relativo a los derechos humanos:

1. La afirmación de la igualdad jurídica, con la supresión de los títulos nobiliarios y privilegios de la antigua nobleza. Sin embargo subsiste la desigualdad de hecho;

2. La no discriminación basada en la raza, color o sexo, aunque permanece la situación de aislamiento o marginalidad de las poblaciones indígenas y la desigualdades por origen filiatorio y por razón de sexo.

3. La supresión de la esclavitud.

4. La libertad de cultos, aunque en algunos países se tiene como religión oficial la católica.

5 . La protección del derecho a la vida, incluida la abolición o la limitación de la pena de muerte.

6. El multipartidarismo, expresión de la organización política de los estados latinoamericanos[728].

7. El reconocimiento para todos, nacionales y extranjeros, de los derechos individuales y sus garantías de protección (hábeas corpus,

olijcto de propiedad.

K I -'ii muchos de ellos se ha dado el caso del partido único o predominante, ejemplo el PRJ cn México; el PRO-PATRIA, PRUD, PCN, en El Salvador.

el amparo etc.); y los derechos económicos, sociales y culturales, así como, los derechos políticos de los ciudadanos.

Todos los documentos relativos a la protección y garantía de los derechos humanos se han encontrado, y se encuentran aún, condicionados y determinados por realidades que influyen negativamente en su vigencia. Cabe destacar; a) La influencia de los factores económicos, sociales o culturales, para el caso la concentración de riquezas en pocas manos, el analfabetismo, el marginamiento de la población, entre otras; b) El militarismo que confunde el poder militar de hecho con el poder político, resultante del libre ejercicio de la soberanía popular; c) El caudillismo tradicional, ligado en muchas ocasiones al fenómeno del militarismo, fundado en la prepotencia y el autoritarismo; ch) El presidencialismo latinoamericano, que ha hecho de la figura del presidente, el centro del poder; d) El intervencionismo extranjero; e) Los estados de excepción, los cuales a pesar de encontrarse previstos en la Constitución, han servido en reiteradas ocasiones para revertir el orden jurídico que debían de proteger.

5. Internacionalización de los derechos

La progresiva expansión de los derechos humanos se mantuvo en los planos nacionales, haciéndose efectivo en el siglo XX un movimiento para obtener el reconocimiento y protección de los mismos a nivel internacional y esto por la natural insuficiencia de los sistemas de control internos, en los cuales una de las partes es el individuo, precario y aislado y la otra, el poderoso aparato estatal. Un obstáculo a la inclusión de los mismos en las funciones de los organismos internacionales fue, naturalmente, la noción absoluta de soberanía estatal que, llevada a extremos, afirmaba la imposibilidad de cualquier actuación por encima del Estado mismo. Por ello, todos estaban de acuerdo en incluir los derechos humanos como parte de los principios de las instituciones, pero no se aceptaba por muchos la acción directa, la cual debía siempre corresponder a las autoridades estatales.

Sin embargo, y a pesar de que el tema había encontrado eco en el Pacto de la Sociedad de las Naciones fue necesario el trauma de la Segunda Guerra Mundial, las violaciones masivas del régimen nazi y en

la guerra misma, para que comprendieran las naciones que era imprescindible que se implantarán acuerdos mundiales y regionales sobre derechos humanos. La acción internacional era pues necesaria, ya que la opresión de un pueblo constituía una amenaza a la paz mundial y a la seguridad de las otras naciones.

El Derecho internacional introdujo un elemento sustantivo nuevo: el reconocimiento de la dignidad de la persona. Con ello, el individuo se incorpora progresivamente como sujeto del Derecho internacional reconociéndosele como tal, derechos que no pueden serle negados por los otros sujetos del mismo. Con esto, los derechos humanos se han convertido en materia del Derecho internacional, porque su violación o desconocimiento, en especial colectivos, repercuten en un objeto jurídico tradicionalmente considerado por el Derecho de Guter, y que es la paz internacional. Un conflicto interno que viole los derechos humanos afecta dos valores propios del Derecho internacional: la dignidad de la persona humana y la paz internacional.

Esta internacionalización de los derechos humanos no significa intervención pues son los propios estados los creadores del Derecho internacional, son ellos los que forman las instituciones, crean y asumen las obligaciones y diseñan los métodos de su cumplimiento.

Este nuevo interés internacional en el tema ha sido expresado de tres maneras: a) Declaraciones que afirman principios comunes, pero sin contener normas operativas, las cuales emanan generalmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas y sus comisiones; b) Convenciones internacionales que contienen normas tanto operativas como programáticas, pero con pocos mecanismos de control; y c) Convenciones regionales, que proveen algo parecido a un control jurisdiccional.

5.1. Sistema mundial

Surge así, en 1945, la Organización de las Naciones Unidas como un organismo internacional, haciendo alusión en su Carta Fundamental lauto en el preámbulo como en sus Arts. 1.3, 13.1.b, 55 c, 56, 62.2., 68 y *M c, a* los derechos humanos, cuyo reconocimiento los eleva al plano

internacional. Pero a pesar de ello, la Carta ni los enumeró, ni los definió, ni estableció el procedimiento o sistema de protección internacional de los mismos. Sin embargo, sus normas pueden ser interpretadas en el sentido de que obligan a los estados partes a cooperar en la difusión y adopción de medidas tendentes a la realización de dichos fines.

En 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creó la Comisión de Derechos Humanos, conformada por miembros de diferentes ideologías, los cuales, a pesar de sus discrepantes opiniones, acordaron la elaboración del Proyecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

5.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración fue adoptada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París. Constituye uno de los hitos fundamentales en la lucha del hombre por su libertad y su dignidad. Es la primera proclamación completa de los derechos del individuo por parte de una organización internacional de carácter mundial.

Difiere de las anteriores en que proclama y reconoce la importancia no sólo de los derechos civiles y políticos, sino que también de los económicos, sociales y culturales.

Poco a poco se fueron multiplicando los instrumentos internacionales, pasandose de declaraciones a convenciones, -con carácter de tratados ratificables por los estados y que generaban ¡ obligaciones específicas para los signatarios.

5.1.2. Pactos internacionales y convenciones

A principio de la década de los cincuenta, al mismo tiempo que una Comisión de las Naciones Unidas elaboraba el anteproyecto de los Pactos, la Asamblea General había aprobado una Declaración en donde afirmaba quo el goce de las libertades cívicas y políticas y el de los

derechos económicos, sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente. La importancia de la Declaración fue vital ya que hizo patente la necesidad no sólo del reconocimiento de los derechos civiles y políticos que le corresponden al individuo, sino de los derechos económicos, sociales y culturales que le interesa a la colectividad.

Como resultado positivo se adoptaron por la Asamblea General, el 16 de diciembre dos Pactos, los cuales entraron en vigor el 23 de marzo de 1976:

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[729], junto con el Protocolo Facultativo; y

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[730].

Dichos Pactos van vinculando a los estados que lo ratifican en el reconocimiento y protección de tales derechos, con lo cual se crea poco a poco la sociedad política internacional.

Como medida complementaria y con la finalidad de garantizar el respeto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este creó por medio de su Art. 28 el Comité de Derechos Humanos, que constituye un órgano autónomo, compuesto por 18 miembros que ejercen funciones a título personal.

Los mecanismos de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos están constituidos por medio de un sistema de informe y un procedimiento de denuncia. Los estados partes deben presentar

l'uc ratificado por MI Salvador, por Decreto No, 27 de la Junta Revolucionaria de C iobierno, el 23 de noviembre de 1979 y publicado en el Diario Oficial No. 218, la misma fecha.

Mu l'uc ratificado por MI Salvador, por Decreto No. 27 de la Junta Revolucionaria de (iobierno, el 23 de noviembre de 1979y publicado en el Diario Oficial No. 218 de la misma lecha.

informes al Comité "sobre las disposiciones que hayan adoptado y que de efecto a. los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos", Art. 40.1. inciso primero. Al Comité le corresponde, por su parte, estudiar los informes y transmitir sus observaciones y conclusiones a los estados partes y al Consejo Económico y Social. El procedimiento de denuncia es facultativo, sólo puede ser invocado por y contra los estados cuyos gobiernos, mediante una declaración especial hayan autorizado al Comité de Derechos Humanos a examinar sus denuncias. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su parte, establece un mecanismo similar, si bien considerablemente más atenuado, para atender las denuncias de personas que aleguen ser víctimas de una violación de derechos enunciados en el Pacto proveniente de un Estado parte.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece también el procedimiento de informes, en virtud del cual los estados miembros exponen periódicamente al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas las medidas que han adoptado y los progresos que han alcanzado para asegurar el respeto a los derechos garantizados por él; no contiene ningún mecanismo para asegurar el acatamiento por parte de los estados, lo que ha limitado severamente su importancia práctica.

Conscientes de esto y de la necesidad de hacer de la Declaración Universal un instrumento normativo de derecho internacional, los asistentes a la Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán en 1968, la declararon obligatoria para la Comunidad Internacional.

Sin embargo, existen criterios divergentes, pues un gran sector estima que la Declaración sólo comprende un conjunto de orientaciones
o recomendaciones que tienen fuerza moral, pero carecen de eficacia jurídica, mientras que otros estados estiman que, por costumbre, la Declaración es fuente de Derecho.

Con posterioridad a 1948, se han aprobado una serie do convenciones y tratados sobre derechos humanos, para el caso podemos I,i Convención de las Naciones Unidas sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención sobre la Supresión y Prevención del Crimen de Apartheid (1973), la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), la Convención sobre Derechos del Niño (1989), etc.

5.2. Sistemas regionales

La existencia de sistemas regionales para la protección de los derechos humanos puede atribuirse a que los estados partes en los grupos regionales comparten a menudo muchas tradiciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales, lo cual les permite avanzar más rápidamente en la elaboración de regímenes eficientes de protección de los derechos humanos. Existen, tres sistemas regionales: en Europa, Africa y América, que complementan los sistemas creados por las Naciones Unidas y sus organizaciones especializadas. Estos sistemas se encuentran dentro del marco institucional del Consejo de Europa, la Organización de la Unión Africana (OUA), y la Organización de Estados Americanos (OEA), respectivamente.

5.2.1. Sistema europeo

La creación del sistema de la Comunidad Europea tiene una enorme trascendencia, porque un conjunto de estados, autolimitando su soberanía se somete a una autoridad de carácter internacional.

Nace un nuevo sistema por acuerdo del Consejo de Europa, formado en 1949 por 15 estados que persiguen la unificación europea. El 4 de noviembre de 1950 suscribieron en Roma, la Carta de Roma o Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, denominada "Convención Europea de los Dorechosdel Hombre", completada por el Protocolo Adicional del 20 de marzo de 1952 y por la Carta Social de Europa, suscrita en Turín el 18 iln octubre de 1961.

La Convención Europea y sus diversos Protocolos garantizan los <l<>u*c.hos civiles y políticos. En el plano europeo, estos derechos se i>|crc(>n por medio de peticiones individuales y denuncias de estados

presentados ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La Corte y la Comisión fueron creadas por la Convención, que también confiere diversas funciones de aplicación al Comité de Ministros del Consejo de Europa. La Convención no protege los derechos económicos, sociales y culturales.

La Carta Social Europea, por su parte, tiene como objetivo específico establecer un sistema regional de promoción de los derechos económicos y sociales. No confía la aplicación de los mismos a la jurisdicción de la Comisión Europea o de la Corte Europea de Derechos Humanos. Establece en su lugar, un complejo mecanismo para examinar los informes que los gobiernos deben prestar periódicamente.

5.2.2. Sistema africano

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece el fundamento jurídico del sistema de derechos humanos de la Organización de la Unión Africana (OUA).

La Carta, que es un Tratado, fue aprobada en 1981 y entró en vigencia el 21 de octubre de 1986.

Esta Carta a diferencia de la Convenciones Europea y Americana garantiza los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en un sólo instrumento.

Prevé el establecimiento de una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero no crea un tribunal para el caso de violación de los derechos. En general las medidas de aplicación de la Carta Africana se asemejan a la incorporadas en los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

5.2.3. Sistema interamericano

El sistema interamericano por su parte, es el más antiguo de los sistemas regionales, sus antecedentes se remontan a la Carta de

Jamaica del 6 de septiembre de 1815 que plantea la idea original del Libertador Simón Bolívar y en la Doctrina de Monroe en 1823. La unión de las naciones latinoamericanas, antiguo sueño de Bolívar ocasionó el Congreso Anfictiónico de Panamá, celebrado en 1826, en el cual se dieron dos instrumentos fundamentales: el Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua y un protocolo anexo, la Convención de Contingentes. El Tratado fue suscrito por las Repúblicas de Colombia (que serían hoy, Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá), de Centroamérica (Costa Rica, Nicaragua, Honduras y El Salvador), México y Perú, el cual nunca entro en vigor.

Durante el siglo XIX se dieron una serie de Congresos Hispanoamericanos y a partir de 1889 se iniciaron las Conferencias Internacionales Americanas y al estallar la Segunda Guerra Mundial, los estados americanos iniciaron una serie de reuniones de consultas.

A. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Otras

El Sistema Regional Americano en materia de promoción y protección de los derechos humanos que tiene su precedente en 1945, comenzó a desarrollarse entonces y se elabora teniendo por base la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobada <Mi la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948, la cual al igual que la Carta de la ONU, considera a los derechos humanos pero no los define ni crea ningún órgano encargado de velar por su protección.

/ U I Trímera Conferencia Internacional Americana reunida en Washington en 1889, pudo plasmar la idea de crear el 14 de abril de 1890, la *Unión* Internacional de las Repúblicas Americanas que promovió sucesivas reuniones internacionales americanas: en México 1901, Río de Janeiro 1906, Huenos Aires 1910, Santiago de Chile 1923, La Habana 1928, Montevideo 1933, Lima 1938, Bogotá 1948, Caracas 1954, la Décima primera Conferencia i|u<- debía haberse reunido en Quito nunca se celebró, de ahíque en Caracas terminara

l.i serio de Conferencias denominadas Internacionales Americanas. Desde entonces han h.iludo un gran número de Conferencias Interamericanas Extraordinarias y, n.iiiir.ilmente, las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Asamblea General.

En la misma IX Conferencia se adoptaron:

1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que antecede en tres meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que lo que ocurrió con ésta no se considero jurídicamente obligatoria al tiempo de su proclamación, pero al transcurso de los años ha llegado a ser considerada como un instrumento normativo del Sistema Interamericano y como el decálogo de los derechos humanos. Enuncia derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales y establece también los deberes que corresponden a los beneficiarios de estos derechos;

2. La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales en la cual se declararon los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y que constituyen el mínimum de derechos que de ellos deben gozar en los estados americanos.

Cabe agregar, que se adoptaron Convenciones sobre la concesión de los derechos civiles y políticos de la mujer, la Condición Económica de la Mujer Trabajadora, entre otras.

En 1959, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago, Chile, se adoptaron algunas resoluciones relativas al desarrollo y fortalecirniento del sistema, siendo la más importante de ellas la resolución sobre derechos humanos, por la cual encomendaron al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la elaboración de un proyecto de Convención sobre derechos humanos y otro sobre la creación de una Corte Interamericana para la protección de los mismos. En la Parte II de esa misma resolución, se aprobó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada de promover, principalmente a través de informes y recomendaciones, el * respeto de los derechos consagrados en la Declaración. Los poderes
que se le otorgaron fueron muy limitados, por lo que el 25 de mayo de 1960, se dio un Estatuto de la Comisión aprobado por el Consejo de la OEA, consistiendo sus funciones en estimular la conciencia sobre derechos humanos entre los pueblos americanos, hacer recomendaciones a los gobiernos y servir de cuerpo consultivo.

Con el fin de que la Comisión pudiera llevar a cabo eficazmente la promoción y el respeto de los derechos humanos en los países del continente americano, se reformó su Estatuto en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro de 1965, ampliándole considerablemente su competencia, sus funciones y facultades, conviniéndola en un órgano con funciones cuasi-jurisdiccionales.

A pesar de las reformas, la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos continuó con la misma orientación, fue hasta en 1967, gracias a las modificaciones introducidas a la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, que fue elevada a la jerarquía de órgano de aquélla, con la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización (Art. 51, 112 y 150 de la Carta de la OEA).

B. Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica".

La necesidad de contar con un texto convencional interamericano que tratara de los derechos protegidos y que permitiera un mejor desarrollo de las funciones de la Comisión, llevó a la elaboración de proyectos que concluyeron en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, con la suscripción en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, de la Convención Americana de Derechos Humanos conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978. Constituye éste, el documento más importante del sistema interamericano, cuyo contenido y orientación se encuentran inspirados en la Convención Europea, habiendo sido influenciada igualmente por la Declaración Universal y los Pactos Internacionales de 1966. Fue ratificado por El Salvador, el 23 de julio de 1978, con algunas reservas[732], por lo que

712 "Ratifícase la presente *Convención,* interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado Parte, siempre y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso, haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las modalidades que cn la misma Convención se señalan.

Ratificase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada 'Tacto de San

de acuerdo con el Art. 144 Cn., es ley de la República. Cabe agregar que la *Convención en sus* Arts. 1 y 2 establece la obligación que tienen los estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio, comprometiéndose los estados partes, en el dado caso que no estuvieren garantizadas, a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades.

Garantiza los derechos civiles y políticos en el capítulo II y en III a los derechos económicos, sociales y culturales. La estructura institucional establecida por la Convención Americana sigue el modelo de la Convención Europea y se basa en dos órganos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuyos Estatutos fueron aprobados mediante la Resolución No.447 adoptado por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

La Comisión es un órgano de control del cumplimiento de la Convención, esta compuesta de siete miembros, elegidos por cuatro años, los cuales sólo pueden ser reelegidos por una vez, expirando el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección al cabo de dos años, Arts. 34 y 37. Su función principal es de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, Art. 41.

José de Costa Rica", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, compuesta de un preámbulo y ochenta y dos artículos, aprobada por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de junio del corriente año, haciendo la salvedad que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República.

El instrumento de ratificación, se recibió en la Secretaría General de la OEA el 23 de junio de 1978, con una reserva y una declaración. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documentos Básicos cn Materia de Derechos lliimimos en el Sistema Intcramericíino, Actualizado al lo. de marzo de 1988, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 20006, 1988, pp. SVS6.

A la Comisión pueden presentarse peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, cualquier persona o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la Organización, Art. 44, estableciendo el Art. 48 el procedimiento a seguir.

La Comisión Interamericana tiene facultades adicionales que se derivan de su condición de órgano establecido por la Carta de la OEA.

La Corte por su parte, es un órgano regional, creado por la Convención, Arts. 33, 52-73, 81 -83, no está, en la Carta Reformada de la Organización de Estados Americanos, enumerada como uno de los órganos del Sistema Interamericano, a diferencia de lo que ocurre con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Arts. 51 c, 112,150. Pero puede estimarse, que es uno de los órganos que la propia Carta reformada prevé que puedan ser creados, Art. 51 párrafo 1ro. y Art. 112 inciso 2do.

Está compuesta de siete jueces electos por un período de seis años por los estados miembros de la Organización, con base en una lista propuesta por estos. Todas las decisiones son adoptadas por el pleno de sus miembros. El quorum requerido es de cinco miembros. Desde su creación está dotada de competencia contenciosa y consultiva. Tiene competencia a pedido de un Estado parte o de la Comisión Interamericana. Un Estado parte puede someter un caso a la jurisdicción de la Corte en dos ocasiones: a) en una consulta general acerca de la aplicación del Pacto, o sobre la compatibilidad de alguna norma interna con el Pacto; b) cuando quiere cuestionar la compatibilidad de alguna medida tomada por otro Estado parte y éste ha aceptado la jurisdicción de la Corte.

Este sistema tiene como característica la posibilidad de que la Comisión reciba comunicaciones o denuncias individuales por violaciones de los derechos humanos, tanto respecto de estados que son parte en la Convención Americana, como de aquellos que aún no lo son.

La historia de la protección de los derechos humanos, desde ei punto de vista de su reglamentación jurídica, puede resumirse de acuerdo a la corriente más aceptada en tres etapas capitales:

La primera, fue el esfuerzo de los individuos para consagrar los derechos y libertades fundamentales por medio de la norma legal, a fin de ponerlos al abrigo de arbitrariedad de su primer y natural enemigo: el monarca absoluto y omnipotente. Los cuerpos legislativos aparecen, en este momento histórico, como los celosos guardianes de la libertad.

Una segunda etapa consistió en incorporar esos derechos humanos y libertades fundamentales, tan duramente arrancados a la arbitrariedad monárquica, ya no a la ley, sino a una norma de superior jerarquía, la Constitución, de modo que quedasen por encima, no solamente de las autoridades ejecutivas, sino también, de las cambiantes mayorías parlamentarias. Ya no es el Parlamento, sino el juez, el protector de los derechos humanos, como órgano encargado de reconocer y asegurar la *primacía* de la Constitución sobre la ley y las
medidas administrativas. •

Una tercera etapa, que aun no ha culminado, la constituye el
esfuerzo por llevar esos derechos humanos fundamentales y las garantías de su cumplimiento, al acuerdo o *la* convención *internacional,* de modo de hacerlos irrevocables y ponerlos incluso al abrigo del arrasamiento de las Constituciones por las dictaduras y los gobiernos de facto. La protección y *garantía suprema* y definitiva de los derechos humanos queda así confiada a una tercera y última instancia, a órganos supra-nacionales, a las instituciones organizadas de la comunidad *internacional.*

Agregaríamos nosotros que esta protección de los derechos humanos, que ha ido del Parlamento al Juez y de ellos a la Comunidad Internacional, es acumulativa y complementaria y no excluyente. La historia del Derecho y las *instituciones* internacionales de derechos humanos demuestran, dice Buergenthal, "que se ha progresado considerablemente en lo que se refiere a la legislación y creación de *instituciones. Con* todo, una cosa es proclamar leyes y otra muy distinta lograr que los gobiernos y los funcionarios públicos las acaten. El consenso internacional que existe en cuanto a la utilidad de la norma,

pese a que a menudo es más teórico que real, constituye el paso

730

indispensable en la lucha por obtener su acatamiento" .

6. Derechos fundamentales[734]

6.1. Denominación

En la doctrina existe una amplia nomenclatura para designar los derechos objeto de nuestro estudio, así para el caso se les llama derechos del hombre, derechos humanos, derechos de la persona humana, derechos naturales, libertades fundamentales, garantías fundamentales y derechos fundamentales. Este pluralismo de denominaciones es reflejo de significados distintos, basados en fundamentos filosóficos e ideológicos igualmente diferentes.

Así, contemporáneamente, la doctrina constitucional alemana M.slablece diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, entendiendo por los primeros "el conjunto de facultades (•instituciones que, encada momento histórico, concretan las exigencias «In la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y (|iio suelen gozar de una tutela reforzada. En otros términos, los di trochos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica piK's se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las Morosidades básicas de la vida humana y que, por diversas razones, no

Mi I hniu.is Buergenthal, El Derecho a la Salud cn las Américas, Estudio Constitucional (uni|i.irado, Derecho e Instituciones Internacionales sobre Derechos *Humanos,*
< ii iililu .1. Washington, 1989, p. 12.

' M l | ii i mino Derecho fundamental surgió en Francia en 1770, cuando en el movimiento pnliiim y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del 1 uní.ulano de 1789, se comenzó a hablar de "droits fondamentaux". Posteriormente el
..... es retomado por la doctrina alemana que inspiró la Constitución de Weimar de l'M'i, Im|o la terminología de "grundrechte", concepto que es también incorporado en la 1 1 Mi .iiiiicion de Bonn de 1949.

se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos. En cambio, los derechos fundamentales tienen un sentido jurídico preciso y exacto, por cuanto se refieren al conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo"[735]

Además, si diferenciamos entre derechos humanos "strictu sensu" y "latu sensu", podemos atribuir el primer sentido únicamente a las personas naturales; pudiendo incluir en el sentido amplio además a las personas jurídicas, por ser sujeto de derechos y obligaciones diferentes de las personas naturales que la conforman. Ejemplo de ello es que una persona jurídica, para el caso una sociedad anónima, puede ser propietaria de un inmueble y la propiedad es derecho humano, de donde surge la necesidad de establecer esa diferencia entre los derechos humanos propios y exclusivos de las personas humanas y aquellos otros que por extensión se le atribuyen a las personas jurídicas, a los primeros se les denominan derechos humanos y a los segundos derechos fundamentales.

Se habla también de derechos naturales, denominación que no es muy feliz por su marcada posición iusnaturalista y los consideran como "atributos o exigencias, que dimanan de la propia naturaleza humana, que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que, siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos y garantizados por éste"[736].

Otros autores y especialmente la doctrina francesa, los d inan enom ades fundamentales o públicas, ya que consideran que los derechos protegidos no son sino manifestaciones de un único valor, la libertad, respetada por los poderes públicos; sin embargo, esta expresión resulta un poco restrictiva ya que no todos los derechos son libertades, la propiedad, por ejemplo. "Aunque las libertades públicas", dice Hernández Valle "hacen alusión a facultades y situaciones jurídicas de carácter subjetivo reconocidas y tuteladas por el ordenamiento

735 Rubén I Icrnamlcz Valle, La Tutela de los Derechos Fundamentales, cit. p. 12.

73(> Hcniio de (astro Cid, cit. p. 24.

jurídico, al igual que los derechos fundamentales, las primeras se refieren exclusivamente a los derechos tradicionales de carácter individual, cuya finalidad es la de garantizar esferas de *autonomía* subjetiva. Los segundos, en cambio, tienen un significado más amplio, pues junto con las tradicionales libertades individuales, abarcan los nuevos derechos de carácter social, económico y cultural. Por ello el concepto es más omnicomprensivo que el de libertades públicas, salvo que dentro de este último se consideren también incluidos los derechos sociales, económicos y culturales, en cuyo caso ambos términos serían
. < . 717
sinonimos" .

Hay otros que prefieren hablar de garantías fundamentales pero una cosa son los derechos y otra las garantías.

Una característica importante que conviene aquí señalar "es que los derechos fundamentales, aunque normalmente se encuentran consagrados en textos constitucionales, pueden estar también incluidos dentro de los tratados internacionales, como ocurre con todos los instrumentos internacionales relativos a la tutela de los Derechos Humanos a nivel internacional, inclusive a nivel legislativo"[738].

Nuestra Constitución denomina al Título II "Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona" distinguiendo entre derechos y garantías.- Además llama a los derechos "fundamentales" queriendo destacar con ello que se puede atribuir tanto a las personas naturales ^ como a las jurídicas, así como que afecta a las dimensiones más básicas y entrañables del ser humano. Por las razones expuestas y por haber sido aceptado ese nombre por nuestra Ley Suprema es que lo utilizaremos preferentemente la denominación de "derechos" fundamentales".

737 Rubén Hernández Valle, La Tutela de los Derechos Fundamentales, cit. p. 13.

738 Rubén Hernández Valle, La Tutela de los Derechos Fundamentales, cit. p. 13.

6.2. Concepto de derechos fundamentales

Hay que reconocer, para comenzar, que no hay un concepto unitario estricto de lo que son derechos fundamentales. Este concepto está condicionado por la opinión que cada autor tiene sobre el origen de los derechos, su fundamento, su naturaleza y su alcance. Hay en este punto una elevada dosis de carga ideológica.

Durante largo tiempo se ha debatido si ellos son verdaderos derechos. Para algunos autores los mismos no eran más que principios morales, meros ideales éticos o simples principios orientadores y los han definido en consideración a tal idea. En la actualidad la doctrina dominante reconoce que son una realidad primordialmente jurídica; que las disposiciones que los proclaman o reconocen son reglas jurídicas propiamente dichas, y que las facultades que esas disposiciones configuran son derechos ejercitables por la vía jurisdiccional pertinente.

Lo cierto es que los derechos fundamentales han ¡do asumiendo diversos sentidos en su largo proceso de consolidación histórica.

6.2.1. Concepciones iusnaturalista y positivista.

La palabra derecho tiene en el ámbito de las ciencias jurídicas muchas acepciones, de ninguna manera es un vocablo unívoco, lo cual obedece a las distintas concepciones que de los derechos sé hat^i tenido desde el punto de arranque de la historia, sosteniendo algunos la posición iusnaturalista, otros la positivista. Al respecto Pérez Luño señala^ que: "las modernas tesis iusnaturalistas insisten en considerar a los derechos fundamentales como la respuesta a los intereses y exigencias que en cada momento histórico se reputan socialmente necesarias para el desarrollo pleno de la persona humana, y que deben ser captadas a través de una interpretación evolutiva de la Constitución. Partiendo del principio de que el desarrollo de la persona humana constituye un fin a realizar y no un mero dato a mantener o garantizar. La concepción positivista de los derechos fundamentales, que los concibe, como un sistema cerrado de normas jurídicas, cuya certeza sólo puede mantenerse al precio de una interpretación literal, de lo que se deduce

la imposibilidad de reconocer derechos fundamentales que no se hallen expresamente consagrados en la Carta constitucional"[739]

En lo que a nuestra legislación respecta, a partir de la Constitución de 1950, los redactores del proyecto y exposición de motivos rechazaron expresamente la teoría del derecho natural al sostener que: "El proyecto reconoce todos los Derechos que la Constitución de 1886 trata bajo el rubro de Derechos y Garantías" indicando con este Título "que el carácter de derechos naturales que sostuvieron los teorizantes de hace más de un siglo para las facultades fundamentales del individuo, ha desaparecido"[740].

La exposición de motivos de la Constitución vigente (1983) nada dice al respecto, únicamente se limita a cambiar la estructuración, colocando la parte dogmática al principio de la Constitución de acuerdo con la filosofía que transpiran una concepción personalista de la organización jurídica de la sociedad.

¿Cuál es realmente el fundamento de estos derechos?. Simplificando algo la cosa, dice Fernández, "en las doctrinas filosóficas, las opiniones, en lo que toca a los derechos del hombre, se dividen en dos grandes grupos: las que aceptan explícita o tácitamente la ley o derecho natural y las que la rechazan más o menos explícitamente. Las doctrinas de la ley natural afirman que el hombre, en virtud de las exigencias de su naturaleza racional, posee ciertos derechos fundamentales, los cuales son inalienables e imprescriptibles, anteriores por su naturaleza a las leyes positivas (tanto lógica como ■cronológicamente), limitadores de la soberanía del Estado y superiores ¡i la sociedad"..."Los que rechazan la idea de la ley natural justifican racionalmente los derechos de la persona, afirmando que el hombre, en virtud de la evolución de la sociedad, se ve revestido de derechos que son el resultado de la sociedad misma y que están, como ella, sometidos .il devenir constante, es decir, que los derechos naturales son

I l'J Ver Antonio Enrique Pérez Luño, cit. p. 325.

/■lo |*| Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 166.

esencialmente variables y se desarrollan a medida que progresa el desarrollo histórico de la sociedad"[741].

Creemos que tanto el constituyente de 1950 como el de 1983 aceptaron implícitamente la idea del derecho natural, lo cual podemos confirmarlo con algunas de sus disposiciones constituciones, para el caso, los Arts. 1 y 102 de la Constitución vigente, que nos hablan de la justicia, bien común e interés social y que la enumeración que de los derechos hace la Constitución no es taxativa, ya que los Arts. 8 y 52 inciso 2do. señalan que existe un ámbito de derechos más amplios que los expresamente contemplados; al obtener ambas normas un componente iusnaturalista que reconoce la existencia de valores que trasciende a los ya indicados y que abre la posibilidad al desarrollo constitucional.

Ahora bien, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia[742], por su parte coincidiendo con Loewenstein y con los positivistas ha sostenido que, "los llamados Derechos Individuales, Derechos del Hombre, Garantías Individuales o Garantías Fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público en favor de los gobernados.

O, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución. El propósito jurídico-político de tales Derechos es, pues, garantizar contra , toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice"[743].

741 .lulio Fausto Fernández, cit. p. 190.

742 I .lama a los "derechos del hombre" o "libertades fundamentales" esferas privadas dentro de las cuales los destinatarios del poder están libre de la intervención estatal". Karl 1 ocwcnstcin, cit. p. 390.

743 (ial>ricl Mauricio (iutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 50.

Internacionalmente, dice Tinetti, "a nivel de organismos internacionales, se ha abandonado el intento de considerar el problema de cuál es el fundamento de los derechos humanos, pues es allí donde empiezan los desacuerdos"[744].

6.3. Características de los derechos fundamentales

6.3.1. Consideraciones generales

Los derechos humanos son en principio derechos subjetivos y por tanto les son aplicables las notas que la doctrina suele asignar a éstos. Pero, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de características ya no compartidas por los otros derechos, sino exclusivas de ellos. Mencionaremos y analizaremos muy brevemente, a continuación, algunas de las características que históricamente se les han atribuido.

1. Imprescriptibles. Son imprescriptibles, es decir, no les afecta la prescripción, de normal aplicación a los demás derechos subjetivos, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo, Art. 2231 C.. En relación con este atributo de los derechos humanos, como en otros que analizaremos a continuación, conviene tener en cuenta que la característica se proclama en relación al derecho en general y no a sus aplicaciones concretas. Aclaremos lo dicho con un ejemplo: el Art. 2 Cn. nos dice que toda persona tiene derecho a la propiedad. Ese derecho genético y fundamental de ser propietario no, lo adquirimos por prescripción, ni lo podemos perder por no haber sido propietarios de ningún bien durante un largo lapso. Ahora, si concretamente venimos a ser propietarios de un bien inmueble, tal derecho subjetivo de orden privado, sí puede extinguirse por prescripción.

/•l l lost[c] Albino Tinetti, Derecho Constitucional, Temas Introductorios relacionados con los Derechos Fundamentales, cit. p. 14.

2. Inalienables. Son inalienables, esto es, no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede en los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad.

3. Irrenunciables. Los demás derechos, también por regla general, son renunciables, Arts. 12 C. y 52 inciso 1 ro. Cn..

4. Interdependientes. La interdependencia de los derechos humanos se desprende de la esencia común a todos ellos: el respeto a la dignidad humana en un orden social justo. Aun los derechos que parecen más alejados entre sí se intercomunican, aunque sea de manera indirecta.

5. Complementarios. Esto quiere decir que se apoyan unos en otros: los individuales en los sociales; los que limitan el poder y garantizan la libertad, en la participación política, y todos ellos forman un bloque compacto y armónico.

6. Paritarios. Gozan todos, en principio, de paridad jurídica. Esto significa que desde el punto de vista técnico-jurídico tan relevante es la libre expresión del pensamiento o la libertad de cátedra, como el derecho al sufragio o el derecho al trabajo.

7. Dotados de fuerza expansiva. Es decir que su lista se va incrementando; y que se van proyectando a otros campos anteriormente desconocidos. Esta fuerza fue detectada por nuestros primeros constituyentes, quienes prohibieron modificar las listas de derechos y garantías fundamentales, si no era para ampliarlo; asimismo es reconocida por la Constitución vigente en su Art. 52 inciso 2do., texto que viene desde la Constitución de 1950. La referida tendencia se puede comprobar simplemente comparando la parte dogmática de la Constitución de 1962, con la de la Constitución de 1983.

8. Universales. Particularmente en lo que respecta a los derechos individuales o civiles, la tendencia contemporánea es la de proclamar que deben tener como titular a toda persona, sin distinciones de ninguna especie, Art. 3 inciso 1 ro. Cn.

6.4. Clasificación de los derechos fundamentales

No existe uniformidad entre los tratadistas en cuanto a la clasificación de los derechos fundamentales, lo que demuestra por una parte el extraordinario interés del hombre de ubicarse dignamente en la sociedad y contar con los medios legales que le garanticen el lugar que on ella le corresponde y por otra en la imposibilidad de poner en catálogos, esquemas o determinadas fórmulas, lo que está por su naturaleza expuesto a incesantes cambios.

Pese a ello, Duverger entre otros, señala que las clasificaciones de l< >s derechos fundamentales se empezaron a esbozar desde la época de la Revolución francesa, en la obra de los autores que la influyeron.

Así, en base en la concepción liberal la limitación de los gobernantes por la existencia de libertades públicas reconocidas a los gobernados so hacía en dos planos. Por un lado las libertades definían un coto cerrado a la actividad gubernamental, es decir el campo de la actividad privada en el cual estaba vedada toda acción estatal, a este tipo de libertades, llamadas "límites" correspondían principalmente las libertades do la persona o civiles, las económicas y las de pensamiento; por el otro 011 el propio ámbito en que se manifiestaba la actividad gubernamental, las libertades procuraban medios de oposición al gobierno para evitar < |iie su imperio fuera demasiado fuerte, es decir que en la zona en la cual sí? permitía la acción estatal los gobernantes no podían actuar sin limitación, ya que los ciudadanos disponían de medios para oponerse a olios, este tipo de libertad se le llamaba "oposición" o "resistencia". I jomplos de ésta eran la libertad de prensa, la de reunión etc. Se n«conocía además, en la práctica que muchos derechos pertenecían a ambas categorías simultáneamente.

Rousseau y los jacobinos, por su parte tendieron a definir la libertad pot la participación de cada uno en la voluntad general, la cual se oponía a la libertad resistencia, al sostener que la libertad no se podía entender romo la resistencia de los ciudadanos al poder, ya que el poder reside on ol pueblo, por lo que no cabe la posibilidad de conflicto. La libertad tosido en el hecho de participar en ese poder soberano. Estas ideas inlluyoron a Marx y Lenin, y así decían que la libertad sólo puede

concebirse como una resistencia si el gobierno es malo, pero si el gobierno es bueno, si expresa la voluntad del pueblo, no cabe la resistencia[745]

Paulatinamente fueron formulando diversas clasificaciones de los derechos humanos, cabe citar para el caso Jellinek, Schmitt, Loewenstein, Hauriou, entre otros, sin embargo muchas de ella no se acomodan al desarrollo actual de los derechos.

Con base en su propia evolución, la doctrina tiende a dividir los derechos humanos en tres grupos denominados generaciones, en atención a su historia. Se habla, pues, de la primera generación de derechos humanos constituida por los derechos civiles o individuales y políticos; la segunda, formada por los derechos económicos, sociales y culturales; y una tercera, referida a los llamados derechos de los pueblos o de solidaridad.

Cada grupo de derechos presentan sus propias características. Así, la primera generación son los que primero aparecieron en la realidad política y en los sistemas jurídicos nacionales, e igualmente, varios siglos después, los que atrajeron la atención primigenia del Derecho internacional público. Están conformados por los derechos típicamente individuales, es decir, otorgados a la persona con independencia Jde su ubicación como parte de un grupo social. Su fin principal es la protección de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona.

Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales presentan características contrarias. Su aparición puede ubicarse en el siglo XIX, operándose el primer reconocimiento de los mismos, en el plano interno, por medio de su inserción en los textos constitucionales, entre los cuales merecen ser citados, entre otros, la Constitución Mexicana de 1917, la Soviética de 1918 y la de Weimar de 1919. Estos derechos están concebidos, en su mayoría, para el individuo como parte de un grupo. Su fin principal es garantizar el bienestar económico, una

745 Mauricc Duverger. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ariel, México, 1978, pp. 197 y ss.

verdadera justicia social, como así también el goce pleno de los beneficios de la educación y de la cultura.

A diferencia de los derechos de la primera generación en los cuales ol Estado tiene una obligación de abstención, de no violarlos, es decir do no lesionarlos mediante su acción u omisión, en los derechos de la segunda generación, el deber esencial del Estado es el de proporcionar los instrumentos y medios idóneos a fin de crear las condiciones necesarias para satisfacer las necesidades de carácter económico, .social y cultural de la población, o de remover los obstáculos que impiden tal satisfacción.

Los derechos de la tercera generación es decir los derechos de los pueblos, denominados también de la solidaridad, aparecieron recientemente, se empezó hablar de ellos en la década de los setenta, por lo que se encuentran en estado naciente, en proceso de elaboración y de reconocimiento, y carecen por lo general, salvo excepciones, de lequlación normativa. Sus características principales son las siguientes:

"En primer lugar, estos derechos no pertenecen ni a la tradición individualista de los derechos civiles y políticos, ni a la tradición socialista (le los derechos económicos, sociales y culturales; en segundo lugar, se encuentran al inicio de un proceso normativo que les permite ser aceptados como derechos del hombre en el curso de los años futuros; y títi tercer lugar, y respecto de su especial naturaleza, ellos son a la vez
i (punibles al Estado y exigibles de él, y en consecuencia, no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social, esto es, los Estados, los individuos y las entidades públicas y privadas"[746]. Ejemplos de estos derechos son el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos, a la calidad del medio ambiente, a la comunicación, al patrimonio cultural, etc.

/!(• Daniel Zovatto, "Educación y Derechos Humanos", Contenido de los Derechos I humillos Tipología, Instituto Interanericano de Derechos Humanos, Libro Libre, San losó, 1986, p. 92.

No obstante, existe una clasificación que tiene actualmente un buen grado de aceptación que divide los derechos del hombre en: individuales, sociales y políticos.

1. Los derechos individuales están constituidos por todos los derechos inherentes y esenciales a todo individuo y que le corresponden en cuanto a tal, es decir, en cuanto a ser individual e intransferible, Arts. 2 al 28 Cn.

2. Los derechos sociales son los que tienen los individuos en cuanto forman parte de un grupo social determinado, con el fin de asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales, Arts. 32 al 70 Cn y 119 Cn.

3. Los derechos políticos son los que permiten que una persona participe en el gobierno del Estado, en el nombramiento de sus funcionarios y en la deliberación y decisión de los asuntos públicos, vale decir en la orientación, ejecución y control de todos los asuntos del Estado, influyendo por tanto directa o indirectamente en la vida política del país, Arts. 72 y 209 inciso segundo Cn.

\ !

A pesar de su aceptación, tanto la terminología como la clasificación que se emplean no son uniformes. Hay quienes hablan de derechos individuales, derechos políticos y derechos sociales, económicos y culturales. Otro aspecto importante en la clasificación que hemos empleado, es que los derechos económicos se distribuyen entre los individuales y en los sociales, y los culturales están comprendidos en los sociales.

Desde el punto de vista lógico y metodológico resulta de acuerdo a Tinetti, "difícil trazar una clara línea divisoria entre tales tipos de derechos humanos, sobre todo en estados como el nuestro, influidos por el intervencionismo humanista, en los cuales prácticamente no existe un derecho que se considere exclusivamente referido al individuo y sin ninguna implicación social. Otro problema que complica la tarea clasificatoria es la existencia de "zonas grises" difíciles de ubicar. Por ejemplo, la propiedad privada para algunos es un derecho individual y muchas constituciones la incluyen en el capítulo que reconoce y garantiza las libertades civiles; para otros es un derecho económico y este parece haber sido el criterio de nuestro legislador, ya que la ubica

en el "orden económico" (Art. 103 inc. primero) y hay quienes lo consideran un derecho social por la función que está llamado a desempeñar en la época presente.

Hay casos en los cuales el fin perseguido o el contenido que se da a un derecho puede hacerlo cambiar de naturaleza, por ejemplo los derechos de reunión (Art. 7) y de libre expresión y difusión del pensamiento (Art. 6) pueden considerarse como civiles o individuales, o políticos si la finalidad o contenido de ellos es político, o cultural. Igual sucede con el derecho de asociación (Art. 7) que en general es individual, pero puede convertirse en político (Art. 72) cuando se utiliza con fines partidistas; laboral (Art. 47), cultural (Art. 54 parte final) y económico (Art. 114). Por todo ello los tratadistas y legisladores prefieren para obtener un mejor punto de referencia clasificatorio, recurrir a un criterio histórico, según el cual son derechos individuales y políticos los que adquieren proyección universal a partir de la revolución francesa y sociales los que empiezan a aparecer en el período de entreguerras mundiales"[747].

6.4.1. Clasificación en la Constitución salvadoreña.

La Constitución de 1950 los divide en individuales y sociales. Los primeros "son los que obtuvieron universalidad a partir de la Revolución Francesa. Los derechos con que se quizó aminorar las injusticias de la libre empresa y del desamparo del individuo, forman el grupo de los derechos sociales" [74º]

Nuestra Constitución vigente, por su parte los divide en: a) derechos Individuales, b) derechos sociales: familia; trabajo y seguridad social; educación, ciencia y cultura; salud pública y asistencia social; y c) derechos políticos o de los ciudadanos. Aun cuando explícitamente no lo diga bajo un acápite, también incluye derechos económicos.

M / lose Alhino Tinetti, Derecho Constitucional, Temas Introductorios relacionados con los Derechos Fundamentales, cit. p. 19.

MU I I Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 166.

6.5. La limitación a los derechos fundamentales

A primera vista, pudiera parecer que, afectando a las dimensiones básicas de la persona, resultaría contradictorio concebir a los derechos humanos como limitados. Pese a ello, todos los derechos nacen limitadas porque se ejercen dentro del marco de la sociedad.

En materia de reglamentación de los derechos fundamentales, la doctrina establece diferencia entre límites y limitaciones.

En efecto, los límites, dice Hernández Valle "se refieren al derecho en sí, lo mismo que a la posición en abstracto de la esfera de acción de un sujeto. Los límites se refieren a una situación abstracta y estática. A veces la Constitución consagra una libertad pública y la remite a la ley para su definición, o sea, para precisar sus límites. En tales hipótesis se trata no de limitaciones a una libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Carta Política, sino únicamente de precisar con normas técnicas el contenido de la libertad en cuestión. De manera que cuando el legislador, bajo pretexto de delimitar o precisar ei Gonteipido de una libertad pública, le introduce limitaciones no autorizadas ni previstas por el propio texto constitucional, incurre en el vicio de exceso del poder legislativo. Entre los límites podemos mencionar, el orden público, la moral, los derechos de los terceros. A este último se refieren expresamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1798) en su Art. 4 que en lo pertinente expresa: "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos"; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) en su Art. 32.2. que dice "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la-, seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

Las limitaciones, en cambio, se refieren a la restricción, o sea a una disminución de la esfera jurídica del sujeto. Por tanto, la limitación está relacionada con un momento dinámico, es decir, al ejercicio mismo de las libertades públicas. Las limitaciones deben estar contenidas en la

propia Constitución o bien que ésta autorice a la Asamblea Legislativa para imponerlas. Evidentemente las limitaciones conllevan una disminución de las libertades públicas, en cuanto restringen su ejercicio efectivo bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias"[749]. Podemos citar por ejemplo, el derecho a la propiedad privada, el cual esta limitado en función social, Art. 103.

6.5.1. Los deberes constitucionales

Estos son considerados por algún sector de la doctrina italiana como límites generales de los derechos. Tales deberes, dice Hernández Valle, "son impuestos a los particulares en razón del interés público, pueden encuadrarse dentro del concepto de "relación de sujeción del sujeto privado respecto del Estado". En efecto, la obediencia de los particulares es considerada como el presupuesto necesario para la existencia del Estado mismo. Tal relación se concreta y se articula en una serie de deberes, que tienen por objeto un comportamiento del sujeto privado, no solamente negativo, sino también positivo. Este comportamiento prescrito viene construido mediante la instauración de relaciones de correspondencia o conexión entre las diferentes figuras del ordenamiento jurídico. Todas estas figuras, ya se trate de deberes generales o de deberes especiales, tienen como común denominador el deber de fidelidad al regimen constitucional"[750].

Una de las características más notables de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es la estrecha relación de Interdependencia y complementaridad que estableció entre los derechos fundamentales y los deberes del hombre que ella enunció.

La referida declaración señala, entre otros, los siguientes deberes: • il deber de convivir con los demás, de manera que todos y cada uno puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad; el deber de asistir, alimentar y amparar a los hijos; el deber de honrar, asistir,

M'J Rubén I lernández Valle, Las Libertades Públicas en Cosía Rica, cit. pp 43-44. >M) llud. p. 50.

alimentar y amparar a los padres; el deber de instruirse; el de votar; el deber de obediencia a las leyes; el de prestación de servición civiles y militares que la patria requiere y, en caso de calamidad pública, los servicios de que cada uno sea capaz; el deber de desempeñar los cargos públicos electivos; el deber de cooperación a la asistencia y seguridad social; es el deber de trabajar; y el deber del extranjero de no intervenir en los asuntos políticos del país en que se encuentre.

A partir de tal declaración han sido varios los instrumentos internacionales y constituciones, que a la par que enumeran derechos fundamentales, enuncian deberes del hombre.

Uno de los ejemplos más recientes sería la Constitución de Colombia de 1991 que en su Art. 95 expresa lo siguiente: "La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.)
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacional;
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia;

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad"[751].

Nuestra Constitución enuncia algunos de estos deberes, e incluye otros semejantes. A vía de ejemplo citamos los siguientes artículos: 9, 50 inc. 30., 56, 59, 65, 66, 73 y 215.

7. Garantías constitucionales

Tal como lo mencionamos anteriormente al referirnos a la defensa de la Constitución[752] existe una tendencia bastante generalizada a emplear los términos, "derechos humanos" y "garantías constitucionales" como sinónimos, cuando en realidad tienen significados diferentes.

La palabra "garantía" es creación de los franceses, "ni los ingleses ni los americanos la habían utilizado, los cuales siempre habían hablado do "security" o, Blackstone, de "bulwark" ("baluarte")[753] Surgió en las declaraciones francesas de derechos, en las cuales se les dio el significado de derechos del hombre consagrados en un documento constitucional, y por este motivo dice Fix-Zamudio "el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía en su parte conducente: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada... no tiene Constitución", y por su parte, el título I de la Constitución revolucionaria de 1791 consagró los

/'>l (iinsliliición Política <le Colombia, (compilada por Jorge Ortega Torres), 20a. Ed., N.mia I'e de Bogotá, Tcmis, 1991, pp. 39-40.

I''.' Ver supra Cap. VII.

' IVilm Cruz Villalon, El lisiado de Sitio y La Consl¡Ilición, Centro de Estudios (on.slilucionalcs, Madrid, 1980, p. 225.

derechos fundamentales de la persona humana con denominación significativa de "Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución". Al respecto, el ilustre constitucionalista francés León Duguit explicaba que los autores de la mayor parte de las constituciones han creído inscribir en el texto fundamental "las garantías de los derechos" que consisten en la obligación del legislador ordinario de no
violar los principios de la ley superior" [754]

Debido a esta influencia es que algunas constituciones latinoamericanas en vigor, conservan esta imagen tradicional de las garantías constitucionales como equivalentes de los derechos fundamentales.

Esta concepción tradicional fue cuestionada por la doctrina, y así podemos mencionar dice Fix-Zamudio, el enfoque de Duguit "quien dividió -tal como lo señalamos anteriormente - las propias garantías constitucionales en "preventivas" y "represivas". Afirmó que las primeras tienden a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero cuando son insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional es necesario recurrir a las últimas, que son las únicas que en determinados supuestos sirven de freno a la arbitrariedad del Estado, y agregó, de manera significativa, que dichas garantías represivas debían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados y
hasta el mismo legislador" [756]

A partir del clásico estudio de Kelsen sobre la "garantía *jurisdiccional* de la Constitución", se inició una corriente doctrinal que desarrolló el concepto estricto de las garantías constitucionales y no en el tradicional que "identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente; es decir, como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tiene por objeto

7S'l | ló'tnr l"ix-'/.anuidio, cit. p. 42. 7.S.S V<

rsupra Cap. VII.

7Si> 11 >■•! p 11

lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas por los propios órganos del poder"[757].

Las modernas legislaciones utilizan pues el término "garantías constitucionales" para referirse dice Hernández Valle "al conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico"[758].

Como hemos podido constatar, existen diferencias entre derechos y garantías constitucionales, el primero es el reconocimiento que el Estado hace de una gama de facultades que la persona tiene por el hecho de ser tal y que son universalmente reconocidos por la humanidad, en cambio las segundas estimadas en el sentido estricto son los instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales.

Finalmente podemos decir, que en los derechos fundamentales y en los humanos especialmente el sujeto de obligación está indeterminado en el sentido de que los son todos los demás sujetos, en cambio en las garantías el único obligado es el Estado.

I II.i.l pp 17, 47.

'/> Kulirn Hernández Valle. La Tutela de los Derechos Fundamentales, op. cit. p. 15.

CAPITULO XII

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1. La vida y la integridad física y moral

1.1. Derecho a la vida

1.1.1. Noción

Desde el punto de vista filosófico la vida es el bien más grande que debe ser tutelado por las leyes, es el valor principal dentro de la escala axiológica de los derechos del hombre. Sin ella todos los demás derechos resultan inútiles. La vida debe ser especialmente protegida por el ordenamiento jurídico, pues es el fundamento mismo de la existencia de la persona. Por ello, el Derecho constitucional salvadoreño concibe al Estado como instrumento al servicio del hombre, en su doble dimensión de ser individual y ser social.

El hombre posee al igual que los demás seres de la naturaleza, una vida biológica, la cual, en su caso concreto, constituye no sólo un hecho cuya realidad e integridad deben ser protegidas por las normas, sino, además un derecho."Esto quiere decir que socialmente el hombre tiene el derecho a no ser privado injustamente de la vida, a que ésta no sufra

7CQ

alaques injustos del projimo o del poder público Inclusive, tanto l ütado y sus autoridades como la sociedad, se encuentran obligados coi relativamente de ayudarlo a defenderse de los peligros naturales y '.ocíales que lo rodean.

Lógicamente el derecho a la vida se refiere, en primer término, a la biológica del ser humano. No obstante, es conveniente recordar con l lomández Valle, "que la vida humana no se agota, como en el caso de lo-, animales, en su manifestación netamente biológica. En él, por el

contrario, lo más importante de su existencia es el aspecto espiritual, dado que es el único ser de la Naturaleza cuya conducta es teleológica, es decir, el único ser que introduce fines en ella, para tratar de conformarla de acuerdo con sus ideas y aspiraciones espirituales. En esa condición de ser cultural, que es propia, exclusiva e inherente del hombre, radica la explicación de que la vida biológica, además de ser un hecho natural, constituye un derecho humano, que se encuentra

TRO

tutelado por el ordenamiento jurídico"

1.1.2. Antecedentes generales

Un gran número de ordenamientos jurídicos no consagran expresamente el derecho a la vida porque estiman tan esencial y natural, su conservación y defensa, que no consideran necesario consignarlo. Pese a ello, su protección ha existido desde la antigüedad, castigándose el homicidio y otras formas de agresión en su contra. Otros, sí lo hacen, ya que ha sido "la experiencia histórica la que al mostrar la fragranté violación del derecho a la vida mediante prácticas tales como la supresión de vidas carentes de valor vital, exterminación de determinados grupos étnicos o religiosos y eliminación de los adversarios políticos, ha aconsejado, como reacción, su expresa consagración, tanto en las Declaraciones y Convenciones internacionales sobre derechos humanos como en las modernas Constituciones"[761].

Así, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia (1776), que ha sido considerada la más antigua y relevante declaración americana, reconocía en su Sección I, el derecho al goce de la vida, como un derecho innato a la persona humana, la cual no podía ser privada ni desposeída de la misma por ningún pacto. En cambio, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y sus Enmiendas no lo contemplan expresamente.

'/(■O Knhni IIi-mAiulez Valle. Las Libertades Públicas en Costa Rica, cit. pp. 67-68.

7(>I (mnzalo Rodríguez Molinillo, "Artículo 15. Derecho a la Vida", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española «le 1978. cil. p. 299.

1.1.3. Ordenamientos internacionales

Los instrumentos internacionales lo reconocen, así, para el caso, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su Art. 1 establece que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida...", principio que se repite en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su Art. 3; en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966) en su Art. 6.1 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) en su Art.
4.1.

1.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

El derecho a la vida fue consagrado por primera vez, en la Constitución Federal de 1898, en cuyo Art. 25 expresaba que: "La vida humana es inviolable...". Posteriormente, en la de 1921, la cual establecía en su Art. 32 que: "La Constitución garantiza a los habitantes de la República la vida...".

En las constituciones de El Salvador fue a partir de la 1841, cuando se reconoció el derecho que toda persona tiene a la vida y se consignó, nn orden a la protección a la misma, la garantía de audiencia, la cual en lo pertinente determina "que ninguna persona puede ser privada de su vida"....sin previo juicio.

La Constitución vigente en el Art. 2 de la Sección Primera, Capítulo
I, sobre los "Derechos Individuales y su Régimen", consagra, entre otros, (>l derecho de toda persona a la vida,...y a ser protegida en su conservación y defensa.

El derecho a la vida tiene por sujeto activo o de pretensión a cada individuo y por sujeto de obligación o pasivo de manera inmediata a los lili llares del poder y la autoridad pública, y de manera mediata al Estado; MI traduce en:

l El derecho que tiene toda persona a vivir, es decir el derecho a la propia existencia fisicobiológica. El concepto de vida, dice Rodríguez Mourullo, "es puramente naturalístico. Vida equivale aquí

a ser humano vivo y se presenta como una forma de ser que se contrapone, por un lado, a lo que "no es todavía vida" y, por otro, a lo que "es ya muerte". Al decir que el concepto constitucional de vida es un puro concepto naturalístico, se quiere subrayar que la existencia o inexistencia de vida no se puede hacer depender de valoraciones sociales y que, en cuanto se cumplen los correspondientes presupuestos biofisiológicos, hay que reconocer la presencia de vida, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de prestación social de su titular. Las valoraciones sociales pueden condicionar, y de hecho condicionan, ^que pl ordenamiento jurídico distinga fases en el proceso continuadó tjue es el desarrollo de la vida y, en su caso, les atribuye diverso valor y les dispense una protección o tratamiento también dispar" . Así, se discute si la garantía del Art. 2 se refiere únicamente al hombre ya nacido o también a la vida del que esta por nacer. Consideramos que la vida está protegida desde el momento de la concepción, lo que se colige: del Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), que es ley de la República, el cual establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"; del Art. 73 del Código Civil que estatuye que "La ley protege la vida del que está por nacer..." y de los Arts. 161 al 168 del Código Penal que sancionan el aborto.

2. El derecho que tiene toda persona a que el Estado y sus instituciones le protejan en la conservación y defensa de su vida:

   a. Frente a terceras personas. En este caso, el Estado y sus autoridades protegen el ataque de parte de los otros gobernados, a través de la legislación penal que crea para su tutela dos tipos básicos de delito: el uno que consiste en la destrucción del hombre: el homicidio en los Arts. 152, 153, 155 al 159, el parricidio y asesinato Art. 154, y la inducción y ayuda al suicidio en el Art. 160, y el otro que consiste en la destrucción

7f>2 (ion/alo Rodríguez Mourullo, cit. p. 300.

del feto: el aborto. Además, deben el Estado y sus autoridades establecer los sistemas adecuados de prevención del delito, que Incluyen la creación de buenas condiciones de vida, la educación y la policía.

b. Frente al Estado y sus autoridades. Implica la existencia de medios jurídicos adecuados frente al Estado, lo que incluye las garantías procesales, para el caso la de audiencia Art. 11 inciso primero. Surge aquí el problema de la pena de muerte.

1.1.5. La pena de muerte

Conocida también como pena capital, pena de la vida, y antiguamente, como pena ordinaria, "consiste en privar de la existencia, por razón de delito, al condenado a ello por sentencia firme de tribunal competente"[763].

A. Antecedentes generales

La pena de muerte ha sido reconocida desde los primeros tiempos, ya que es tal la tradición punitiva o de venganza colectiva que entraña la misma, que incluso en las constituciones se ha generalmente permitido, aun cuando su campo de aplicación varía. Fue consignada en la Declaración de Virginia (1776) la cual determinaba que el acusado, en todo proceso criminal, inclusive en aquellos en que se pide la pena capital, tenía derecho a saber la causa y naturaleza de su acusación, por lo que implícitamente aceptaba en su Sección VIII la pena de muerte. La Constitución de los Estados Unidos, por su parte, en su Enmienda V (1791), reconoce la pena capital e infamante[764], al establecer que: "Nadie ostará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital

K, # Cabanellas, T. VI, cit. p. 185.

HA Se denomina "delito infamante" al que adquiere ese carácter por el castigo que se le asigna. El delito que puede castigarse con prisión, o pérdida de los privilegios civiles o políticos, o el trabajo forzado, es de acuerdo con el fallo de la Corte "infamante'[1] en el sentido de la Constitución". Corwin, cit. p. 475.

o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas dei mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público..."

B. Ordenamientos internacionales

Con relación a la pena de muerte, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966), establece: restricciones a la misma en aquellos países que no la hayan abolido, Art. 6.2.; el derecho del condenado a muerte a solicitar indulto, Art. 6.3. y la prohibición de condenar a muerte a los menores de 18 años y a la mujeres en estado de gravidez, Art. 6.4. *J*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pació de San José de Costa Rica (1969), restringe más al agregar a las del Pacto, las de que: su aplicación no puede extenderse a delitos a los cuales no se le aplicaba al momento de la vigencia de aquél, Art. 4.2.; no puede restablecerse en los países que la han abolido, Art. 4.3.; no se puede aplicar en ningún caso por delitos políticos ni comunes conexos con políticos, Art. 4.4; no se puede condenar a los mayores de setenta años, Art. 4.5; el condenado a muerte además del indulto, puede solicitar amnistía o conmutación de pena y mientras se encuentre pendiente la solicitud ante la autoridad competente no se puede aplicar la pena, Art. 4.6.

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La primera Constitución Federal, la de 1824 contemplaba la pena de muerte únicamente para los delitos que atentaren directamente contra el orden público y los de asesinato, homicidio premeditado y seguro, Art. 152; las restantes de 1898 y 1921, abolieron la pena de muerte, Arts. 25 y 32 inciso segundo.

En la de 1824 no se mencionó la pena de muerte, posiblemente porque a ella se refería la Federal; lo mismo en la Constitución de 1841, ya Estado independiente, y es hasta, la de 1864 que se reconoció expresamente, pero aboliéndola en materia política y únicamente se establecía por los delitos de traición, asesinato, asalto e incendio, si

seguía muerte, Art. 85. Se contempló además en las constituciones de 1871, 1872, 1880 y 1883 con similar texto, en sus Arts. 112, 30, 26 y 22, respectivamente, pero con pequeñas variantes, en las tres primeras se suprimió la traición, en la de 1880 se adicionó "y en los demás que se especifique en el Código Militar" y en la última se volvió a considerar la traición.

La Constitución de 1886 establecía que se podía aplicar en los delitos muy graves, puramente militares y cometidos en campaña, y por los delitos de parricidio, asesinato, robo o incendio si se siguiere muerte, Art. 19.

En la Constitución de 1939 se amplían los delitos y así el Art. 35 decía "La pena de muerte podrá aplicarse por delitos de carácter militar o por delitos graves contra la seguridad del Estado: traición, espionaje, rebelión, sedición, conspiración o proposición para cometer éstos y por los delitos de parricidio, asesinato, robo o incendio, si se siguiere muerte on cualquiera de estos dos últimos casos"; en las de 1950 y 1962 se reducen a rebelión o deserción en acción de guerra, traición, espionaje, parricidio, asesinato, robo o incendio si se sigue muerte, Arts. 168 y en la vigente se limitó únicamente a los casos previstos por las leyes militares y durante el estado de guerra internacional, Art. 27.

Esa disposición limita seriamente la aplicación de la pena de muerte, tal como lo expresa la exposición de motivos de la Constitución vigente al manifestar: "tan antigua como la humanidad es la polémica sobre la legitimidad y conveniencia de la pena de muerte. No es el propósito de la Comisión exponer en este informe los argumentos en pro o en contra que se vertieron en su seno, para adoptar la disposición que limita la pena de muerte a los casos previstos en las leyes militares, durante el estado de guerra internacional, modificando así la disposición del artículo 168 del anteproyecto que extendía su aplicación a los delitos de parricidio, asesinato, robo o incendio si se siguiere muerte"..."Esta fue una de las pocas disposiciones adoptadas por mayoría de los miembros de la Comisión, que basaron sus argumentos en el rechazo a la teoría irtributiva de las penas, en la inefectividad de la pena de muerte como medio de disuación de los delincuentes potenciales, en la imposibilidad de corregir errores judiciales, y, especialmente en su injusticia como medida de defensa social en el mundo contemporáneo"..."La excepción

para el caso de los delitos militares en estado de guerra internacional se aceptó en consideración al hecho de que la muerte es parte inevitable del conflicto armado, en que, si la acción de matar al enemigo extranjero deja de ser ilegítima, con mayor razón deja de serlo la de suprimir la vida del nacional traidor que pone en peligro los más altos valores de la patria y la existencia misma de la República"[765]. De donde se deduce:

1. Que la pena de muerte únicamente puede imponerse en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.

   / \ j

   Se entiende que hay estado de guerra internacional, de acuerdo con el Código de Justicia Militar, "cuando ha sido oficialmehtedeclarada y cuando exista de hecho", Art. 29.

   De conformidad con este mismo cuerpo legal, los delitos a los que se les puede imponer la pena de muerte son: los de traición, Art. 54, de espionaje, Art. 64 inciso final y de rebelión, Art. 78; los dos primeros amparados bajo el rubro de los "Delitos contra la Personalidad Internacional del Estado", y el tercero bajo el rubro de los "Delitos contra la Personalidad Interna del Estado y contra la Seguridad de la Fuerza Armada Nacional[1'766].

2. Quedan, por tanto, excluidos los delitos cometidos en tiempo de paz y aun los cometidos durante el estado de guerra internacional, cuando no sean del tipo previsto en las leyes militares.

765 El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983, p. 48.

766 Art. 54. Los sujetos a la jurisdicción militar que en tiempo de guerra internacional cometan traición, serán sancionados con pena de muerte.
Art. 64 inciso final. Los espías, en tiempo de guerra internacional, serán sancionados con la pena de muerte y, en tiempo de paz, con reclusión de doce a veinte años.
Art. 7K. Un caso de efectuarse la rebelión, si fuera en tiempo de guerra internacional, se castigará con la pena de muerte a los militares que hubiesen inducido a ella a los rebeldes y a los que figuren como principales caudillos o cabecillas. Si se efectuase en tiempo de paz, la pena se reduce a la reclusión de veinte a veinticinco años para todos los culpables.

3. Pueden solicitar la conmutación[767] y el indulto[768] los condenados a la pena de muerte por el delito de traición, Art. 62 Código de Justicia Militar. En cuanto a los delitos de espionaje y rebelión, no los contempla expresamente el Código, sin embargo consideramos que de acuerdo con el Art. 4.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que es ley de la República sí pueden solicitarse, a pesar de que el Código se remite únicamente a los Tratados en el caso de los no espías, Art. 66 Código.

4. La pena de muerte se ejecuta por fusilamiento y en eJ lugar destinado por el Tribunal que imponga la pena, Art. 9 inciso 2o. Código de Justicia Militar.

La Asamblea Legislativa que finalizó sus funciones el 31 de abril de 1991, acordó por mayoría reformar el Art. 27 referente a la pena de muerte, ampliando su aplicación al parricidio, violación, asesinato, secuestro, robo o incendio si siguiere muerte. Para que este acuerdo constituya una reforma que entre en vigor, se necesita la ratificación de los dos tercios de los diputados del presente Congreso, quienes a la lecha no la han ratificado, a pesar de haberse mocionado la ratificación del mismo.

/(./ 1 ,a conmutación consiste en la sustitución de la pena principal impuesta por sentencia ejecutoriada, por otra menor, Art. 675 Pr. Pn. Se solicita ante el Ministro de Justicia, quien pasa el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que emita el informe y dictamen constitucional dentro de un término que no puede exceder de 15 días, Arts. 677, (>K0 Pr. Pn., 182 No. 8 Cn. Si el dictamen de la Corte fuere desfavorable, el Organo I 'jecutivo no puede conceder la graeia, si fuere favorable puede dicho Organo por medio <!*■ I Ministro de Justicia denegarla o concederla, Art. 681 Pr. Pn.

/Mi I I indulto es otro ocurso de gracia y consiste en "la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada. El indulto deja subsistente la responsabilidad civil y las medidas de seguridad que se hubieren impuesto y no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o la habitualidad", Art. 123 Pn. Se encuentra regulado c n el Código Procesal Penal, Arts. 660 y siguientes. Corresponde a la Asamblea I i'c.islaliva concederlos, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, Art.
1 U No. 26 y 182 No.8Cn.

De ser ratificada la reforma, esta nueva disposición constitucional vendría a contrariar lo estipulado en la Convención Americana o Pacto de San José, de la cual El Salvador es parte, ya que dispone en su Art. 4.2 que "tampoco se extenderá su aplicación a los delitos a los cuales no se la aplique actualmente". Podría alegarse que la Constitución priva sobre el Tratado, pudiendo ser esta la posición dominante en los tribunales, incluyendo la Sala de lo Constitucional, pero a nivel internacional el país sería violador de dicha obligación y estaría sujeto a responsabilidad.

1.2. La integridad física y moral

ii./

1.2.1. Noción

El más inmediato derecho vinculado al derecho a la vida es el de la integridad física y moral. El primero, o sea la integridad física "consiste en el derecho que tiene todo individuo a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabe en su persona física"[769]. Se fundamenta en la protección elemental del instinto de conservación y tiene como objetivo evitar atentados parciales a la vida de las personas, ya se trate de mutilaciones, las cuales reducen el organismo y pueden hasta suprimir algunas de sus funciones básicas, o de heridas que puede ocasionar, además del perjuicio estético, la lesión económica producida por la incapacidad temporal o permanente para el trabajo. Este es el sentido en que la doctrina penal entiende la integridad física "como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal. El concepto de "integridad física" no comprende, por supuesto, la "integridad psíquica" ni, en general, la salud, entendida como lo opuesto a la enfermedad"[770]. Es por ello, que en *la* Constitución Española de 1978, a la par de la integridad física se consagró la integridad moral, concepto complejo que "se enlaza con el principio de la dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, reconocidos constitucionalmente como fundamento del orden político y de la paz social. Con la introducción del término

7(i) 1 .mares (Quintana, Trafado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T. IV, cit. p. 329. 771) (¡on/.alo

KmJrígucz Mourutlo, cit. p. 317.

integridad moral se abarca el derecho de la persona a no ser atacada en su integridad psíquica ni, en general su salud física y mental mediante la *Inovocación* de enfermedades que no entrañan *ninguna* pérdida de miembro u órgano corporal.

Con la doble alusión a la integridad "física" y "moral", se quiere, en definitiva, garantizar la "integridad personal" en el sentido de “incolumidad personal". Incolumidad es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "estado o calidad de incólume" e incólume significa a su vez "sano, sin lesión ni menoscabo"[771].

La integridad física con su corolario de la exclusión expresa de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes, constituye garantía, con relación a la situación del detenido.

7.2.2. *Antecedentes generales*

El derecho a la integridad física lo encontramos reconocido en la Declaración de Derechos (1689), la cual en lo pertinente establecía "Que ni se infligirán castigos crueles y desacostumbrados". Esta misma prohibición aparecía en la Declaración de Virginia (1776) en su Art. IX y «mi la Constitución de los Estados Unidos, en su Enmienda VIII (1791), casi con el mismo texto, sosteniendo al respecto, la Corte Suprema de Justicia que es "seguro afirmar que el castigo de la tortura... y todos los restantes caracterizados por el mismo criterio de crueldad innecesaria, i'sián prohibidos por esta enmienda"[772]. También la Constitución de (Vuliz (1812) la consignaba expresando en su Art. 303 que "No se usará nunca del tormento ni de los apremios".

/ / / ll.i.l |i. .116,

■' /' < i n win, op. cit. p. 556.

1.2.3. Ordenamientos internacionales

El derecho que tiene todo ser humano a la integridad física y a que no se le impongan penas crueles, infamantes e inusitadas es reconocido por los ordenamientos internacionales, así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) los consagra en sus Arts. I y XXVI inciso segundo.

Este mismo derecho fue recogido por la Declaración de los Derechos Humanos (1948) en sus Arts. 3 y 5; por el Pacto International de los Derechos Civiles y Políticos (1966) en su Art. 7; y por iáCortvención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) en su Art. 5. Siendo importante destacar que el Pacto contempla además, el derecho que tiene toda persona a no ser sometida sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, Art. 7 y la Convención lo relativo a las penas y el trato que deben tener los procesados y condenados, Art. 5.4.

1.2.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La protección a la integridad física la encontramos reconocida en todos los ordenamientos constitucionales, tanto los federales como los nacionales. La Constitución Federal de 1824 lo contemplo en el Título X, relativo a las "Disposiciones Generales", estableciendo en su Art. 175 que no podían ni el Congreso, ni las Asambleas, ni las demás autoridades: 6) "permitir el uso de tormentos y los apremios; imponer confiscaciones de bienes, azotes y penas crueles". Las otras constituciones federales, es decir, las de 1898 y 1921 lo consignaron en el régimen de derechos y garantías, en sus Arts. 15 y 26, 32 y 57, respectivamente.

En las constituciones nacionales no se contempló en la de 1824, pues lo estaba en la federal. Apareció por primera vez, en la de 1841 en su Art. 79 que establecía "Todas las penas deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito: su verdadero objeto, es corregir y no oxterminar a los hombres. Por tanto todo apremio o torturas que no sean

necesarios para mantener en seguridad a la persona, es atroz y cruel y no debe consentirse". Esta misma disposición con pequeñas variantes de redacción fue reproducida en la constituciones de 1864, 1872, 1880, 1883, en sus Arts. 84, 30, 26, 22, respectivamente.

Las constituciones de 1886 y 1945, por su parte, se limitaron a expresar que se prohibían las penas perpetuas, la aplicación de palos y loda especie de tormento, Arts. 19 y 12 inciso 2do., respectivamente; las de 1939,1950,1962 y 1983 prohibieron además, las penas infamantes y proscriptlvas y suprimieron la aplicación de palos, Arts. 35 inciso 2do., 168 inciso 2do, 168 inciso 2do. y 27 inciso 2do., respectivamente.

Nuestra Constitución vigente consagro por primera vez, de manera expresa, en su Art. 2 el derecho que tiene toda persona a la integridad lísica y moral ...y a ser protegida en la conservación y defensa de las mismas, cuyo antecedente se encuentra en el Art. 15 de la Constitución Hspañola, a que nos referimos anteriormente. Prohíbe, nuestra Carta Magna en su Art. 27 inciso 2do. la penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormento. Lo que implica:

I. El derecho que tiene toda persona a su integridad física y moral. *y.* La

obligación que tiene el Estado y sus autoridades de protegerlas:

a. Contra terceros. Por ello, la legislación penal sanciona toda violencia física y moral ejecutada sobre cualquier persona y así tipifica: las lesiones en sus Arts. 170 al 172, 175, 176, 500, 502, las mutilaciones en sus Arts. 173, 174, el abandono de personas en sus Arts. 177, 178, las violaciones en sus Arts. 192 al 196, el estupro y acceso carnal por seducción, en su Art. 197.

b. Contra las actuaciones del poder público y sus autoridades, aun cuando los gobernados se encuentren sometidos a restricción de su libertad. Por ello, prohíbe toda especie de tormento, terror, mutilaciones o quemaduras, las cuales son manifestaciones dolorosas y aberrantes del comportamiento del hombre en sociedad. No pueden las autoridades apelar a tal sacrificio con

el pretexto de comprobar la verdad procesal, ni alegar para ello fines de policía o de justicia.

3. Prohíbe las pena perpetuas, las infamantes[773] y las proscriptivas[774].

2. La libertad y sus manifestaciones

2.1. *La libertad*

2.1.1. Noción

La libertad es intrínseca a la persona humana. Consiste en la potestad que ésta tiene de escoger los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad y de elegir los medios respectivos más apropiados para su obtención.

Es una potestad compleja, lo que significa que presenta múltiples aspectos de aplicación y desarrollo. Es por ello que Bidart Campos expresa que: "Cuando la constitución en su parte dogmática se propone asegurar y proteger los derechos individuales, merece la denominación de "derecho constitucional de la libertad". Tan importante resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrático, consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad" .."El deber ser ideal del valor justicia exige adjudicar al hombre suficiente espacio de libertad jurídicamente relevante"..."Ello quiere decir que no se trata de una mera libertad "de hecho", sino de una libertad que el derecho reconoce y que, dentro del

773 "La que produce infamia legal. No es exacto declarar que es aquella que priva del honor al condenado; porque este valor moral sólo se pierde o conserva por acción individual, cn el concepto moderno sobre la materia. Se consideran infamantes la degradación y algunas formas de ejecución de la pena de muerte, como la que se da en Ja horca. En la legislación francesa se estima infamante el destierro. Los trabajos forzados y la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, poseen en el concepto público carácter denigrante también por la perversidad que los originan o la incapacidad que significan". (iuillermo ('abanellas, T. VI, cit. p. 188.

774 Proscripción es "expulsar del territorio nacional, como pena". Ibíd. p. 481.

mundo jurídico, queda protegida y reconocida como para poder surtir efectos jurídicos"[775].

Desde el punto de vista jurídico, la libertad se presenta como la ausencia de coacciones, ya sean físicas o morales, sobre los hombres a fin de permitirles el desarrollo pleno de sus capacidades creadoras.

2.1.2. Antecedentes generales

La historia hace ver que en la realidad social, la libertad a que todo hombre tiene derecho, ha faltado en demasía. Basta mencionar la acentuada diferencia que existió en la antigüedad entre los hombres libres y los esclavos; en la Edad Media entre emperadores, reyes y nobles de una parte y siervos de otra; en los tiempos modernos esa carencia se traduce en los privilegios en favor de la clase social más favorecida.

Sin embargo, algunos regímenes jurídicos reconocieron la libertad del individuo como elemento inseparable de la personalidad humana o consagraron algunas de sus manifestaciones.

Así, el Pacto de Sobrarbe (1188) acordado en las Cortes del Reino de León, entre el Rey Alfonso IX y su reino, contempló varias disposiciones relativas a la libertad; cabe el caso citar el artículo 6, el cual recogía la inviolabilidad de la morada y rezaba "ni yo ni nadie puede entrar por fuerza en la casa de otro"; la Carta Magna Inglesa (1215) establecía <tn su preámbulo que "hemos concedido también a todos los hombres libres de nuestro reino, por Nos y nuestros herederos, para siempre todas las infrascritas libertades para que las tengan y posean, ellos y sus herederos de Nos y nuestros herederos para siempre"; en el Hábeas Corpus (1679) y en la Declaración de Derechos (1689) que estatuía que «xa la "Ley que declara los derechos y libertades del súbdito".

La Declaración de Virginia (1776) consagraba en su sección I, "Que t< idos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes

//*► < »rrm<in J. Bidart Campos, Trafílelo Elemental de Derecho Constilucionnl Argentino, I 1, cit. p. 251.

y tienen ciertos derechos innatos...a saber...la libertad". También la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, aprobada el 4 de julio de 1776, expresaba: "Sostenemos por evidentes, por sí por mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por el creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Estos principios fueron recogidos por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la cual establecía en su Art. 1ro. que "Todos los hombres nacen y permanecen libres..."; en su Art. 2 consideraba a la libertad como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; en su Art. 4 el límite de la libertad expresando que "La libertad consiste en poder hacer todo aquellpque no dañe a otro: por consiguiente, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que aquellos que aseguran á los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley"[776].

También la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) recoge en su preámbulo la libertad, al establecer en lo pertinente, "Nosotros, los Pueblos de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta,..y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuimos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América".

2.1.3. Ordenamientos internacionales

Los instrumentos internacionales recogen la libertad tanto como derecho innato de la persona humana como en sus diversos aspectos,

776 La libertad de! hombre no es absoluta, es decir que se encuentra exenta de restricciones o limitaciones, las cuales son impuestas por el orden y la armonía social establecidas por el derecho. Estas limitaciones o restricciones determinadas por el orden jurídico tienen diversas causas así, del Art. IV de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se colegía que la libertad humana podía ejercerse siempre que no dañara o perjudicara a otra persona. Con eí tiempo e) estricto individualismo se transformó; el simple daño a un particular no es la única limitación, sino que se estima que la libertad del individuo debe restringirse en aquellos casos en que su ejercicio signifique una vulneración al interés estatal o social. Corresponden a cada legislación en particular establecer en cada caso concreto cuando se violan dichos intereses.

así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su preámbulo dice: "Todos los hombres nacen libres...", en su Art. 1 reconoce el derecho que tiene todo ser humano a la libertad y así va contemplando la libertad de cultos, de expresión y difusión del pensamiento etc.; los mismos principios han sido reconocidos tanto en los preámbulos como en las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948) Arts. 1, 2, 3, 8 por ejemplo; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), Arts. 1, 6, 7, etc.

2.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

Todas las constituciones federales y nacionales la consagraron.

A partir de la Constitución de 1841 aparece un título, el XVI, dedicado a la "Declaración de los derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular", en su articulado se reconoce en una forma amplia las libertades. Cabe destacar la garantía de la libertad personal, o sea el hábeas corpus, la cual fue introducida en el Art. 83.

Las sucesivas constituciones tienen pocas innovaciones, haciendo notar que: en la de 1864 se reconoció en el Art. 76, derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, los cuales tenían por principio, entre otros, la libertad. Este precepto, dice Gallardo, "calcado, como todos sabemos, de los principios del Contrato Social de Rousseau, estaba destinado a desempeñar un papel de primer orden en el desarrollo de la ciencia constitucional salvadoreña, aunque, a decir verdad, no siempre fue invocado en favor de las nobles causas y n.msgrediendo la intención del Legislador sirvió de fundamento jurídico muchas veces para destruir el orden constitucional y para derribar, por medio de motines y de sediciones a algunos gobiernos cuyos derroteros '.<■ cifraban en la normalidad constitucional"[777]; en la de 1871 se

/// Un .irdo (iallardo, tais Constituciones de El Salvador, cit. p. 22.

estableció por primera vez, la libertad de enseñanza, Art. 125; en la do 1880 se garantizó la libertad de cultos, Art. 4, etc. y en la actual se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Art. 2 inciso 2do.

La Constitución vigente consagra el derecho a la libertad, su protección y conservación, en los Arts. 1 y 2; declara que toda persona es libre en la República en el Art. 4; y desarrolla la protección de la libertad y dignidad humana en los Arts. 5, 6, 7,9, 20, 22, 23 y 25.

2.1.5. Aspectos que comporta la libertad.

La libertad comporta los siguientes aspectos:

1. La libertad personal, la cual "se manifiesta como el derecho o la pretensión a que al administrado le venga respetada una cierta esfera de valores individuales, tanto por el poder público como por sus semejantes. Por otra parte, la libertad personal se manifiesta como el conjunto de barreras o defensas que tienen los administrados contra las trabas e impedimentos y, de manera especial, contra las injerencias ilegítimas de terceras personas o de los poderes públicos en su esfera propia de autonomía. En otros términos, la situación jurídica que deriva de la libertad personal implica la existencia de medios adecuados de tutela en favor del gobernado, a fin de salvaguardarle incólume una esfera de autonomía propia.

   Por ello, la libertad personal comprende dos tipos de defensa:

   a) defensa del administrado por el ordenamiento jurídico frente al Estado, lo que incluye todas las garantías procesales para su detención, determinación de los plazos máximos de incomunicación, garantías adecuadas de defensa, recurso de hábeas corpus, etc., y

   b) defensa del ser humano por el ordenamiento jurídico frente al ataque ilegítimo de sus semejantes, que incluye las normas

penales que tutelan a la libertad personal contra los actos cometidos por terceras personas, etc."[778]

En el primer caso, es decir frente al Estado, nuestra Constitución recoge todas las garantías procesales, entre las que podemos mencionar, garantía de audiencia, Art. 11 inciso primero, hábeas corpus, Art. 11 inciso 2do, etc. y en el segundo, es decir frente a los particulares, tipifica el Código Penal como delitos: la privación de libertad Art. 218 Pn.; detención ilegal 219 Pn.; y secuestro 220 Pn; y además reconoce nuestra Constitución el hábeas corpus.

?. Un status personal que proporciona al gobernado la calidad de persona jurídica con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, cuya negación absoluta es la esclavitud la cual se encuentra abolida por nuestro ordenamiento constitucional en el Art. 4.

a. Un área de intimidad que presupone la tutela jurídica de la vida privada: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, Art. 2 inciso 2do., inviolabilidad de la morada, Art. 20, inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones, Art. 24 y libertad de cultos, Art. 25.

4. Un poder de disposición susceptible de producir efectos jurídicos, para el caso la libertad de tránsito, Art. 5, la libertad de expresión y difusión del pensamiento, Art. 6, la libertad de reunión y asociación, Art. 7, la libertad de disposición de bienes, Art. 22 y la libertad de contratación, Art. 23, etc.

í>. Un principio elemental en favor del hombre, en el sentido de que todo lo que no está prohibido está permitido, recogido en nuestra Constitución en su Art. 8, que establece que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni a privarse de lo que ella no prohíbe", es decir que una vez que la ley ha regulado la conducta del hombre con lo que le manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una

[778] /K Rubén Hernández Valle, Las Libertades Públicas en Cosía Rica, cit. p.74.

esfera de libertad jurídica, en la que está permitido todo lo que 110 está prohibido. Se le conoce como "El principio General de Libertad".

2.1.6. Las incompatibilidades de la libertad

Como el derecho a la libertad emana de la naturaleza del hombre, la más inmediata manifestación de este derecho es la incompatibilidad entre libertad, por una parte y esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, por otra.

1. La esclavitud es "la condición jurídica o antijurídica más bien, de la persona humana considerada como cosa o semoviente y sometida a propiedad plena de su amo" [779]. Es una situación en la -C|ue\un individuo ejerce sobre el otro un poder legal ilimitado.

2. La servidumbre establecía "un vínculo de dependencia entre los siervos o vasallos que habitaban un feudo o señorío y el señor; y a veces un nexo entre el colono y la tierra, a la cual quedaba adscrito aquél, como siervo de la gleba, enajenado con ella, como preso en el trozo de tierra que él hacía producir para bienestar de otros, y apenas sustento de él y los suyos" [780].

3. Trabajo forzado es considerado el que se produjo en los campos de concentración nazi y se da en los regímenes totalitarios.

4. Cualquier otra situación independientemente de cual sea su nombre y de la apariencia que pueda presentar, siempre que constituya una negación o menoscabe la dignidad y la libertad esencial de la persona.

779 Guillermo Cabanellas, T. III, cit. p. 514.

780 Ibíd. T. VII, cit. p. 400.

A. Antecedentes generales

En los pueblos primitivos la esclavitud era un fenómeno normal, la cual obedecía generalmente a motivos bélicos o económicos donde el vencido y el deudor insolvente eran sometidos al poder jurídico del vencedor o del acreedor. Lo mismo sucedió en los pueblos orientales, como la India y China, y en los del medio oriente, Egipto, Caldea, Babilonia, donde reconocieron además como causa de la esclavitud, concepciones de índole religiosa. También fue conocida por los hebreos, griegos y romanos.

En la Edad Media fue considerada como una institución temporal, normada por los diferentes ordenamientos jurídicos y no fue hasta la Edad Moderna donde se consagró en los distintos pueblos la tendencia de su abolición.

En cuanto a la servidumbre, ésta apareció en el sistema feudal, y se originó, de acuerdo a Galindo Pohl, por "la falta de mano de obra; en efecto, se ha demostrado que la vinculación permanente del hombre a la tierra provino de la despoblación producida por las pestes y las guerras. Para asegurarse el aprovisionamiento de la mano de obra, los trabajadores, en calidad de siervos, quedaron atados a la gleba"[781]. Se encontraban colocados bajo la voluntad arbitraria del señor feudal, el cual los consideraba como accesorio de la tierra que cultivaban y que no les pertenecía. Les era prohibido abandonar la gleba, por lo que el señor no podía expulsarlos.

En el siglo XVIII, en la Declaración de Virginia (1776) se estableció en su sección 1 ra. "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres". Este mismo principio lo recogió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su Art. 1ro. También la Constitución de los Estados Unidos la consignó en su Enmienda XIII (1791) al establecer "Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como

781 Reynaldo Galindo Pohl, Guión Histórico de ia Ciencia del Derecho, cit. p. 600.

castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto".

B. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce, tanto en su preámbulo, como en su Art. 1 que todos los hombres nacen libres y que tienen derecho a la libertad, con lo cual quedan prohibidas la esclavitud, la servidumbre y cualquier otra forma que menoscabe la libertad y dignidad humana. También, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) consagró los mismos principios y además estableció en forma precisa en su Art. 4 que: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata/de esclavos están prohibidas en todas sus formas"; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) amplió todavía más, incluyendo en su Art. 8, además de la esclavitud y servidumbre, el trabajo forzoso u obligatorio. Lo interesante es que define en su Art. 8.3. literal c, lo que no se puede considerar como trabajo forzoso u obligatorio[782]; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), la cual en su Art. 6, prohíbe además, la trata de mujeres.

Tales instituciones aun cuando han sido reconocidas por las declaraciones de derechos, los instrumentos internacionales y las constituciones, no han desaparecido por completo de la faz de la tierra.

782 Art. 8.3. a. Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b. El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c. No se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio, a los efectos de este párrafo: c.l.. Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso c.2., se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal dec isión se encuentre en libertad condicional; c.3.. El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la)ey quienes se opongan al servicio militar por razones de e< mcienria; e.4. El servicio en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; c.5.. El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones (ivu as n< M ínales".

Quedan vestigios de la esclavitud en algunos países árabes y en ciertas costumbres jurídicas de algunos pueblos africanos y asiáticos y en cuanto a la prohibición de la servidumbre y de la represión oficial perviven, según Recasens Siches "en algunas regiones rurales montañosas de Sudamérica perviven, a pesar de la prohibición y de la represión oficial, formas de servidumbre de tipo feudal, verbigracia las instituciones del pontaje, la huasicamía, y otras similares, las cuales, aunque en principio tengan simplemente la apariencia de contratos de arrendamientos de parcelas, en los que el arrendatario se obliga no sólo al pago de un canon, sino a determinados servicios personales de sí mismo y de su familia, por espacios largos de tiempo" [83]

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La esclavitud fue abolida en Centroamérica por los Decretos de 17 y 23 de abril de 1824, emitidos por la Asamblea Nacional Constituyente a propuesta del Dr. José Simeón Cañas[784] Siendo de advertir, dice Gallardo que "por Orden Legislativa de 25 de mayo de 1824, y contrariamente a lo que sucedió en la República Federal, el 17 de abril de 1824, la abolición de la esclavitud se efectuó en El Salvador sin que mediase indemnización alauna en favor de los propietarios de los pocos esclavos que allí existían"

783 Luis Recasens Siches, cit. pp. 562 y 563.

784 "Cuéntase que el 31 de diciembre de 1823, elvirtuoso anciano, que se hallaba postrado en cama, se hizo conducir al salón de sesiones y, tomando la palabra, dijo con solemne entonación: "Vengo arrastrándome, y si estuviera agonizando, agonizando viniera, para hacer una proposición benéfica a la humanidad desvalida".."Con toda la energía con que debe un diputado promover en los asuntos interesantes a la Patria pido que ante todas cosas y en la sesión del di'a, se declaren ciudadanos libres nuestros hermanos esclavos, dejando salvo el derecho de propiedad que legalmente prueben los poseedores de los que los hayan comprado, y quedando para la inmediata discusión la creación del fondo de la indemnización de los propietarios"..."Todos saben que nuestros hermanos han sido violentamente despojados del inestimable don de su libertad, que gimen en la servidumbre suspirando por una mano benéfica que rompa la argolla de su esclavitud"..."La nación toda se ha declarado libre: lo deben ser también los individuos que la componen". Ricardo Gallardo, Las Constituciones de la República Federal de Centro América, cit. pp. 1039-1040.

/K5 Ricardo Gallardo, Las Constituciones de El Salvador, p. 241.

Apareció, la abolición, contemplada en la primera Constitución federal de 1824, la cual la consagro en su Art. 13, no encontrándose incluida en el Título X relativo a las Garantías de la libertad individual, sino que en la Sección 2 "De los ciudadanos". Posteriormente, la consignó la Constitución de 1898 en su Art. 17 que establecía "El esclavo que pise el territorio de la República queda libre", no así la Constitución de 1921.

En la Constitución de El Salvador de 1841 se estableció por primera vez, en forma constitucional, la abrogación de la esclavitud, así como la prohibición del tráfico de esclavos, Art. 91. Fue reconocida posteriormente en las Constituciones de 1864, (Art.96), 187t> (Art. 100),
1872, (Art. 19), 1880, (Art.16), 1883, (Art.12), 1886, (Art. 10), 1945 (Art. 10). A partir de la Constitución del 1950 se adicionó que: "Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe la dignidad de la persona". (Art. 151), 1962, (Art. 151) y 1983 (Art. 4 inciso 2do).

La abolición de la esclavitud, expresa la exposición de motivos de 1950, "viene de los albores de la independencia. Muchos autores consideran que en el estado actual del derecho, es superfluo declarar la abolición de la esclavitud. El precepto se mantiene como disposición tradicional de nuestro derecho, ya que Centro América fue de los primeros pueblos en abolir la esclavitud"[786].

La actual Constitución en el Art. 4 declara que: "Toda persona es libre en la República. No será esclavo el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos. Nadie puede ser sometido a servidumbre y a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad".

La persona que trafique con esclavos pierde la ciudadanía, por lo que es otra causal además de las contempladas en el Art. 75.

Toda persona tiene derecho a que el Estado le garantice el respeto a su dignidad.

786 hís importante hacer notar que ésta fue anterior a la de los Estados Unidos.

2.2. *Las manifestaciones de la libertao*

La libertad, desde el punto de vista social y jurídico tiene diversos aspectos, ¡os cuales se encuentran vinculados entre sí, unos suponen la tutela jurídica de la vida privada, para el caso la libertad de intimidad y otros que se exteriorizan, como la libre expresión del pensamiento. Desarrollaremos a continuación cada una de dichas manifestaciones.

2.2.1. Libertad de intimidad

A. Noción

Consecuencia de la libertad personal es el principio de no permitir injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas, ya que éstas deben contar con una esfera de intimidad que les permita desenvolver su autonomía, sin que se dé en tal esfera, coacciones públicas y sin sufrir perturbaciones de otras personas.

La vida privada comprende, ante todo, dice Hernández Valle; "la vida interior -los puros hechos de la conciencia, el pensamiento, la lantasía, el sentimiento de fe, etc.- y luego toda aquella parte de la vida exterior que no se considera parte del ámbito público. En otros términos, la vida privada del hombre moderno abarca hasta donde se extiende su libertad y no se restringe únicamente al dominio interno de su conciencia, o a la persona física o al inmediato ambiente actual o habitual del individuo, ya que esta libertad se manifiesta en otro campo vastísimo que se encuentra más allá de cualquier control político directo: el mundo de l,i cultura"[787].

Esto es lo que se conoce como derecho a la intimidad personal y l.imiliar que "consiste en reservar para sí un determinado ambiente o sector, donde la intromisión de extraños perjudicaría su autonomía de la v< iluntad para determinar su conducta o heriría sentimientos espirituales que el legislador juzga dignos de respeto. Esa esfera de intimidad o

/K / Kuhcn I Iernández Valle, Las Libertades Públicas en Costa Rica, cit. p 123.

reserva, comprende un aspecto material que podría ser afectado por hechos como la violación de domicilio, y otro aspecto espiritual, que comprende el secreto en sus diversas variedades[788]

Como señala en general la doctrina, la intimidad "es la parte personalísima, comunmente reservada, de los asuntos, designios o elecciones de un sujeto o una familia, lo que más se aproxima a la esfera secreta y confidencial, (desgracia familiar o personal: diario íntimo; cartas confidenciales; etc)"[789].

B. A ntecedentes generales

Si entendemos a la intimidad como la autoconciencia de la subjetividad sus raíces se encuentran vinculadas al fenómeno del cristianismo, pero si por el contrario la consideramos en su proyección jurídica, es decir como un conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular, que es la que nos interesa, aparece al disgregarse la sociedad feudal. En el medievo el aislamiento era considerado como un privilegio de las más altas esferas de la nobleza o de aquellos que por su libre elección renunciaban a la vivencia comunitaria, para el caso los monjes, los pastores, etc. Posteriormente se configuró como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos. Se forjó, además, el derecho a la intimidad cuya raíz teórica se encontraba en el ámbito del fuero interno que tanto Thomasio como Kant situaban fuera de las injerencias del Estado, pero también al margen de las relaciones sociales comunitarias. Apareció entonces la vida privada como derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento.

Cronológicamente el nacimiento de la intimidad coincide con la Revolución Francesa, pero a diferencia de otras libertades no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos

788 (¡abrid Mauricio Gutierre/. ('astro, Corle Suprema de Justicia, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 46.

789 Cesar Se m pe re Rodríguez, "Artículo 18. Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen". Comenta ríos a las Leyes Políticas, Constitución Kspañola de 1978, cit. p. 46 I

los hombres sino que por el contrario la consagración del privilegio de una clase.

Con el transcurso del tiempo ha ido perdiendo su carácter exclusivamente individual y privado revasando entonces, los límites estrictos de la libertad individual, y se ha ido presentando como derecho de la coexistencia, no pudiendo su reglamentación jurídica ignorar su dimensión social.

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce el derecho a la intimidad en su Art. 5 que dice: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar". La Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), también lo consagran en sus Arts. 12,17 y 11.2, respectivamente.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La libertad de intimidad, en sus proyecciones esenciales, como son la inviolabilidad del domicilio y el secreto en sus diferentes manifestaciones, había sido reconocido por las constituciones anteriores. Sin embargo, fue hasta la Constitución vigente que este derecho apareció consagrado por primera vez, en el inciso 2do. del Art.
2, junto con el honor y la propia imagen y cuyo antecedente se encuentra en el Art. 18 de la Constitución de España de 1978, que a su vez, proviene del Art. 33 de la Constitución de Portugal, en el cual se habla del derecho a "la reserva de su intimidad en la vida privada y familiar". Por otro lado, dice Sempere Rodríguez, "la reciente ley francesa de 17 de junio de 1970 en modificación que introduce en el Código Civil francés (art. 9) distingue entre "el respeto a la vida privada" y, medidas destinadas a "impedir o hacer cesar un ataque a la intimidad de la vida privada". La lectura de las discusiones planteadas en el debate de esta ley en la Asamblea Nacional, ponen de manifiesto el que ambas expresiones significan cosas distintas y así se afirma que mientras que la vida privada merece el respeto de los

demás y la protección judicial, el núcleo íntimo de la misma suscitará la adopción de medidas judiciales excepcionales"..."En realidad lo que el legislador ha querido garantizar es el núcleo íntimo de la vida privada de las personas en su esfera personal y familiar. Quedan por lo tanto fuera de la tutela constitucional las esferas laboral, profesional, comercial, etc. y en principio no cabría hablar en momento alguno, de intimidad de la persona jurídica"[790].

D. Proyecciones de la libertad de intimidad.

1. Junto con el derecho al honor y a la propia imagen sirven sobre todo como límite a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.

2. Se vincula con el aspecto interno de la libertad religiosa, relativo al fuero interno del individuo y que se conoce como libertad de conciencia.

3. Se relaciona con el derecho al silencio y al secreto. El primero es la faz negativa del derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento, y al igual que el derecho al secreto "implica la facultad de reservarse ideas, sentimientos, conocimientos y acciones que el sujeto no desea voluntariamente dar a publicidad, o revelar a terceros, o cumplir"[791].

4. Se refiere además al secreto profesional, que une a un profesional y a su cliente. "El confidente es una especie de alter ego de la persona que se ve obligada por la necesidad a abrir su intimidad a un profesional que le aconseje para defender sus intereses o aportar una solucion a sus males ".

7q p

790 (xsar Sempere Rodríguez, cit. p. 460.

791 (¡crinan J. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. 1., cit. p. 255.

792 losií María Michavila Núñez, "El Derecho al Secreto Profesional y el Art. 24 de la Constitución", Estudios Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo (¡urcúi de Enterria, T. II, Civitas, 1991, p. 1416.

5. Se proyecta a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

E. Clases de intimidad

a. Inviolabilidad de la morada

Noción

La inviolabilidad de la morada significa que nadie puede entrar en la morada de una persona sin su consentimiento o sin mandato judicial. Por ello, es posible afirmar con Hernández Valle que "lo que es inviolable no es la libertad de domicilio propiamente dicha, sino más bien el domicilio, considerado en su entidad física"[793]. Su fundamento se encuentra en el hecho de que se considera a la morada[794] como la prolongación espacial de la personalidad, ya que es allí donde se desarrolla principal y específicamente la vida privada o íntima del individuo.

Antecedentes generales

Prescindiendo de los antecedentes antiguos y medievales la inviolabilidad de la morada fue consagrada en la Sección X de la Declaración del Pueblo de Virgina (1776) que decía: "Que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil al

793 Rubén Hernández Valle, Las Libertades Públicas cn Cosía Rica, cit. p. 126.

794 "En la doctrina española, Buenaventura Pellisé Prats acertadamente sintetizó el concepto al decir que morada viene a ser la unidad de espacio destinada a ser utilizada privativamente por una persona, familia o grupo de personas, con poder de disposición sobre la misma y en forma tal que dicho lugar venga a constituir como una extensión de la personalidad de susocupantesy donde ésta se manifieste libremente en cualquiera de sus diferentes aspectos: familiar, profesional, cultura, etc."..."Intervienen además de los factores físicos, unos elementos subjetivos de los moradores y consistentes en la intención de habitar el lugar como morada propia, o sea, con ánimo de exclusión que caracteriza el concepto, aun cuando el local no reúna las condiciones normales para ello. Asi', una cueva natural o un vehículo podría constituir morada si los individuos que la ocupan lo hacen con ánimo de exclusión privativamente, con la intención de morar allí. Transcrito por Pablo Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, Vol. III, cit. p. 147.

registro de hogares sospechosos, sin prueba de un hecho cometido...son crueles y opresores y no deben ser obedecidos". También se consigna en la Enmienda III y IV, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, relativas a las prohibiciones de alojar a soldados en los hogares sin el consentimiento del propietario y de allanamientos irrazonables respectivamente, las cuales se originaron de acuerdo con Corwin "en ciertas quejas que contribuyeron al desencadenamiento de la Revolución Norteamericana. Reconocen el principio de la seguridad de la vivienda, reflejada en la antigua máxima de que la casa de un hombre es su castillo"[795].

Establecía además la Constitución de Cádiz (18Í2) en su Art. 306 que "No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado".

Ordenamientos internacionales

El derecho que tiene toda persona a la inviolabilidad de su domicilio es reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del *Hombre* (1948), en su Art. *9; en* la Declaración Universa) de los Derechos! Humanos (1948), en su Art. 12; en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), en su Art. 17 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), en su Art. 11.

Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 proclamaba la inviolabilidad del domicilio, y establecía que únicamente podía ser allanado, de día, por mandato escrito de autoridad judicial; o, a toda hora, por un agente de autoridad pública, en casos de delito in fraganti, desorden o escándalo que exigiera pronto remedio y solicitud del que la habita, Art. 168. Sin embargo, en caso de tumulto, rebelión, o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas, se podían dispensar todas las formalidades sagradas de la ley para allanar la casa de algún ciudadano o habitante,

79.S ('orwin, op. cit. p. 441.

Art. 176 No. 3. También lo contemplaron las federales de 1898 y 1921, la primera limitaba el allanamiento en el caso de averiguación de los delitos, o persecusión de los delincuentes, Art. 31 y la segunda, por mandato de autoridad judicial, Art. 51 y 56, determinándose en este último, tanto los casos en los que procedía, como el tiempo en el que se debía de llevar a cabo el allanamiento.

También lo reconocieron las constituciones de El Salvador de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880 y 1883, en sus Arts. 66, 77, 83, 110, 28, 24 y 20. Todas a excepción de la primera conservaron casi el mismo texto cuyo tenor era el siguiente: "Todo habitante de la República tiene derecho de estar al abrigo de inquisiciones, pesquisas y apremios en su persona, en su familia, en su casa, en sus papeles y en sus posesiones. La ley determinará la manera de visitar lugares sospechosos, de registrar casas para comprobar delitos, y de aprehender delincuentes para someterlos a juicio".

A partir de la Constitución dé\1886, se cambió la redacción del artículo y se estatuyó que "El dpfnicilio es inviolable; y no podrá decretarse el allanamiento sino para la averiguación de'los delitos o persecución de los delincuentes, en la forma y en los casos determinados por la ley", Art. 21. Fue reproducido, en las constituciones de 1939, 1945, 1950 y 1962, con pequeñas variantes. En las de 1939, 1950 y 1962, y se adicionó "para fines sanitarios"; y en las dos últimas se agregó también "en caso de incendio u otros análogos", Arts. 21, 38, 21, 165 y 165, respectivamente.

Nuestra Constitución vigente la consagra en el Art. 20 que dice: "La morada es inviolable y sólo podrá ingresarse a ella por consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas"..."La violación de este derecho dará lugar a reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados".

La redacción de este artículo cambió, por considerar la Comisión que ésta es más clara, más amplia y más precisa.

1. Proclama el principio de inviolabilidad de la morada, la cual abarca no sólo el lugar donde habita la persona, sino además cualquier otro

en el que desarrolle su vida privada, siempre que conserve su intención de habitar en él.

2. La morada considerada en su entidad física, es inviolable, por lo que sólo pueden ingresar a ella en cualquiera de estas cuatro circunstancias:

   a. Por el consentimiento de la persona que la habita, que no necesariamente debe ser el propietario o cualquier otra persona con derechos sobre el bien inmueble de que se trate.

   b. Por mandato judicial, lo cual comprende los casos relacionados con la averiguación de delitos y persecución de delincuentes que no estén comprendidos en el literal siguiente.

   c. Por flagrante delito, cuando el delincuente ha sido sorprendido infranganti, esto es, hallado en el acto mismo de cometer el delito ¡ o inmediatamente después. Asimismo, cuanto existe peligro inminente de la perpetración de un delito.

   ch. Por el grave riesgo de las personas, lo cual comprende los casos de incendio u otros análogos así como los relacionados con la protección de la salud de los habitantes y de los vecinos"[796]

3. El Estado y sus autoridades tienen la obligación de velar porque no sea violado el derecho a la morada tanto por terceros como por el Estado mismo o por sus autoridades. Los primeros únicamente en situaciones excepcionales y contempladas en la Carta Magna pueden ingresar a la morada ajena, es decir por consentimiento de la persona que la habita, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de la persona; y en cuanto a los segundos, en los casos anteriores y además por mandato judicial. El Código de Procedimientos Penales establece en sus Arts. 176 al 181, el procedimiento a seguir y el Código Penal tipifica como

7% I I Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto di* hi < onsfüm ioii, (Kxposición de Motivos de la Constitución de 1983), p. 47.

delitos: la violación a la morada, Art. 228, permanencia indebida en morada ajena, Art. 229 y violación de lugar de trabajo, Art. 230.

Es necesario hacer notar, que al declararse el régimen de excepción, no se suspende de acuerdo al Art. 29 la garantía de la inviolabilidad de la morada, en consecuencia su vigencia es plena, por lo que los cáteos que efectúan las autoridades militares no se encuentran permitidos.

b. Inviolabilidad de la Correspondencia y Comunicación Noción

Tanto la correspondencia como la comunicación telefónica constituyen una proyección del principio del respeto a la vida privada, ya que ambas se encuentran comprendidas dentro de la esfera de intimidad o reserva de los sentimientos u opiniones personales, que no se exponen al conocimiento del público.

La inviolabilidad de la correspondencia y comunicación es una garantía de la libertad y del secreto de comunicación del pensamiento escrito u oral entre personas que no están reunidas.

La correspondencia ampara toda clase de comunicación escrita entre el remitente y el destinatario, por lo que puede consistir en el envío de documentos públicos, auténticos, y en las cartas que pueden ser consideradas unas como documentos privados y otras como puramente confidenciales o de índole familiar, incluyendo además paquetes y giros monetarios aunque estos últimos carezcan de comunicación escrita.

La comunicación oral, por otra parte, es básicamente a través de la vía telefónica y radiofónica. Los modernos avances tecnológicos, dice Hernández Valle "han puesto en peligro el secreto de la comunicación por la vía telefónica, ya que hoy día es posible la intercepción de llamadas mediante mecanismos sumamente sofisticados. En efecto, actualmente se utilizan bobinas de inducción que permiten escuchar una conversación telefónica sin efectuar ningún enlace con las líneas correspondientes y sin necesidad de cortar ni unir los cables. Basta en

este caso con que la bobina se encuentre dentro del campo magnético de la señal del audio, para que quien la usa pueda escuchar sin perjuicio de modo apreciable la comunicación telefónica"[797].

Antecedentes generales

Al igual que la inviolabilidad del domicilio, vamos a prescindir de antecedentes antiguos, medievales, ya que en este caso en particular, se trata más que todo de problemas modernos.

La Constitución de los Estados Unidos en su Enmienda IV (1791) reconoce la inviolabilidad de la cori -espondencia al establecer en lo pertinente: "El derecho del pueblo a gozar de la seguridad de sus respectivas personas, sus papeles y efectos, contra los allanamientos y secuestros irrazonables, no será violado...".

Ordenamientos internacionales

La inviolabilidad de la correspondencia es reconocida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su Art. 10; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su Art. 12; por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 17 y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su Art. 11.2.

Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 reconocía el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, ya que solamente en el caso de los delitos de traición se podía ocupar los papeles de los habitantes de la República y únicamente podía practicarse su examen cuando eran indispensables para averiguar la verdad, y a presencia del interesado, devolviéndole en el acto lo que no tenían relación con lo que se indagaba, Art. 169. Contemplaba además, que en caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas, se podían

1[)] 1 Kiilu n I leí namkv Valle, Las Libertades Públicas en ('.osla Rica, cit. p. 134.

dispensar todas las formalidades sagradas de la ley... para registrar la correspondencia privada, Art. 176 No. 3.

Las constituciones federales de 1898 y 1921 reconocían la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica, las cuales al ser interceptadas no daban fe, ni podían figurar en ninguna actuación, Art. 30 y 53, respectivamente. La de 1921 contempló además la inviolabilidad de la correspondencia privada, Art. 54.

La Constitución de El Salvador de 1824, reconoció en su Art. 66, la inviolabilidad de la correspondencia al expresar que "La casa de todo ciudadano y sus libros y correspondencia serán sagrados, y no podrán registrarse sino como ordene la ley". Las constituciones de 1841, 1864, 1871, 1872, 1880 y 1883 consagraron en los Arts. 77, 83, 110, 28, 24 y 20 el derecho de todo salvadoreño a estar al abrigo de inquisiciones, pesquisas, y apremios en su persona, en su casa, en sus papeles... y la inviolabilidad de la correspondencia epistolar en sus Arts. 84, 90, 116, 34, 30 y 28. La Constitución de 1883 agregó además la inviolabilidad telegráfica. A partir de la Constitución de 1886 y las sucesivas de 1886, 1939 y 1945 contemplaron únicamente la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica, en sus Arts. 30, 40, 49, 30. Las de 1950 y de 1962, hablaron ya de la inviolabilidad de la correspondencia en general y se hizo la salvedad que en los delitos del concurso y quiebra, sí se podía interceptar la correspondencia, Art. 159 y 159, respectivamente.

Nuestra Constitución vigente reconoce además de la inviolabilidad de la correspondencia, la comunicación telefónica en su Art. 24 que dice: "La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra"..."Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas", lo que se traduce en:

1 El derecho que tiene toda persona a que su comunicación no sea violada, ni por los particulares, ni por el Estado y sus autoridades.

2. La correspondencia, en el caso de que fuera interceptada no hará fe, ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de

concurso y quiebra, lo que significa que queda el texto constitucional de acuerdo con los Códigos de Procedimientos Penales y Civiles.

3. La tutela tanto de la inviolabilidad de la correspondencia como de la comunicación tiene un doble objetivo:

   a. Libertad de emitir y de recibir comunicaciones, ya sea por vía postal, telefónica, sin límites naturales ni de carácter subjetivo.

   b. El secreto de la comunicación misma, con respecto a la prohibición de conocer su contenido o de divulgarlo cuando el conocimiento por parte de ella sea ineludible, comos^contece principalmente dentro del servicio de telecomunicaciones.

      Es por ello que el Estado y sus autoridades tienen la obligación de garantizar a los gobernados la inviolabilidad de su comunicación, tanto frente a terceros, como frente al Estado mismo o a sus instituciones. El Código Penal tipifica como delitos la violación de la correspondencia y comunicaciones privadas, en el Art. 231, la intersección de comunicaciones telegráficas y telefónicas, en el Art. 232, lo concerniente a la violación y revelación de correspondencia, documentos secretos y el secreto profesional, en los Arts. 233 al 235.

4. Se adicionó la prohibición referente a las comunicaciones telefónicas por considerarla Comisión que: "Al igual que la correspondencia, la conversación telefónica es un medio de comunicación privado y porque su administración es un servicio público debe de rodearse de las máximas garantías para que su uso no vulnere la privacidad a que las personas tienen derecho. Con ese propósito se *incluye la* prohibición de interferir e intervenir las conversaciones telefónicas. La violación de esta prohibición por parte de particulares, funcionarios o empleados públicos conlleva una responsabilidad penal o civil que la ley secundaria habrá de determinar"[798].

79K l I Salvador, Asamblea ('onstituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto <!<• < oiislífm ión (KxposH ión de Motivos de la ('onslilucion 1983), p. 48.

Diferencias entre la inviolabilidad del domicilio y la de las comunicaciones.

A pesar de que la inviolabilidad del domicilio tiene cierto paralelismo con la inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones por considerarse que son consecuencias déla intimidad personal, existe no obstante varios elementos que las diferencian:

1. En cuanto a los titulares, en la inviolabilidad del domicilio es un solo sujeto, en cambio en la libertad de correspondencia y comunicación dos: el remitente y el destinatario.

2. "En la libertad de correspondencia y de las comunicaciones la tutela se establece para que un "bien" (correspondencia o comunicación) corra de una localidad a otra sin interrupciones u obstáculos; en la inviolabilidad del domicilio, la garantía funciona para que en un "bien" domicilio no se den intrusiones extrañas"[799].

3. "La violación de la libertad domiciliaria se concreta en la intrusión en el domicilio y la violación de la libertad de la correspondencia en la "suspensión" o "destrucción" de la misma.

   Por consiguiente, la violación de la libertad domiciliaria implica la violación del secreto doméstico, puesto que cualquier inspección, aunque no se concrete en un secuestro o registro, implica siempre una violación de la intimidad. En cambio, la violación de la libertad de correspondencia y de las comunicaciones no incide sobre su secreto"[800].

/'*'> V 't .ilia, transcrito por Pablo Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, cit. p. 146. M(K» 11.u1

2.2.2. Derecho al honor

A. Noción

Con la palabra honor se entiende: el íntimo valor moral del hombre, el cual es extraño a la tutela jurídica; la estima que de un sujeto tienen los demás, es decir su reputación; el patrimonio moral de las persona^ que consiste "en aquellas condiciones que ésta considera com*p*/ expresión concreta de su propia estimación, la cual, en el fondo, sétJása

OQ1

en un sentimiento de la dignidad individual" . Estos últimos se encuentran expuestos a ser vulnerados mediante ataques dirigidos contra la persona.

El fundamento del derecho del honor tiene de acuerdo a la Sala de lo Constitucional dos aspectos básicos que son: "uno subjetivo, referido a la inmanencia o mismidad que consiste en la estimación que cada persona hace de sí misma o cualidad moral que se contrae al cumplimiento de deberes; otro, de carácter objetivo, que consiste en la trascendencia o exterioridad integrada por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad, que es la reputación o fama que acompaña a la virtud".

"La valoración ética de la persona, según el penalista chileno Alfredo Etcheberry, puede referirse a tres aspectos: 1. Lo que la persona vale en realidad, metafísicamente considerada; 2. Lo que esa persona cree que vale (autovaloración), y 3. El sentimiento del honor, esto es, la voluntad

QAp

de afirmar el propio valer o mérito ante los demás"

B. Ordenamientos internacionales

Todos los instrumentos internacionales protegen el derecho al honor, así para el caso la Declaración Americana de los Derechos y

801 I Aiis Kccascns Siehes, cit. p. 579.

802 (iabriel Mauricio (iutiérrcz Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 46.

Deberes del Hombre (1948) estatuye en su Art. 5 que "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación...", principio que se repite en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Art. 12, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 17 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), Art. 11.

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 no reconocía expresamente el derecho al honor, pero si establecía que era obligatorio usar el medio de conciliación en todo juicio civil o que verse sobre injurias, Art. 171. Apareció consagrado en las Constituciones de 1898 y 1921, al estatuir los Arts. 15 y 32 que "La Constitución garantiza a los habitantes de la República...el honor".

En las nacionales fue consignado por primera vez en la de 1841, como bien jurídico protegido por la Constitución como garantía de audiencia, al estatuir *el Art. 76* que "Ninguna persona puede ser privada de su honor...sin previo juicio".

La Constitución de 1864, por su parte se refería al honor cuando establecía que en los juicios sobre injurias debía preceder la conciliación, Art. 94. Las de 1871, 1872, 1880 y 1883, al igual que la de 1841, protegieron al honor con la garantía de audiencia, Arts. 109, 27, 23 y 19 respectivamente.

La Constitución de 1886, reconoció expresamente al honor como un derecho de todos los habitantes de El Salvador, Art. 25; el cual fue reproducido en los Arts. 24, 163 y 163 de las constituciones de 1939, reformas de 1944, 1950 y 1962. Las dos últimas introdujeron además un inciso segundo, por medio del cual se establecía indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral.

Nuestra Constitución vigente lo recoge en el inciso 2do. del Art. 2. Este derecho dice Pérez Luño, "junto con la intimidad y la propia imagen habían sido considerados por la teoría tradicional como manifestaciones de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos

fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana, la cual constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total "autodisponibilidad", sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la "autodeterminación" que surge de la libre \ proyección histórica de la razón humana, antes de que de una predeterminación dada por la naturaleza"

El honor de las personas dice la Comisión "es tanto o más valioso que sus bienes materiales. La imputación que pueda hacerse a alguien de actuaciones deshonrosas, consistan éstas o no en acciones tipificadas como delito, puede causar daños de gran magnitud que repercuten no sólo en la vida familiar sino en las relaciones todas del hombre dentro de la sociedad en que vive, perjudicándolo también en su bienestar material '[804].

Este derecho al honor se traduce:

1. El derecho que tiene toda persona, es decir tanto nacionales como extranjeros a su honor tanto objetivo como subjetivo.

2. La obligación que tiene el Estado y sus autoridades de protegerlos: frente a terceros, tutelando penalmente tanto el honor objetivo como subjetivo, "dando lugar la afectación del primero, a un delito de difamación (Art. 181 Pn), cuando se vulnera el honor en una persona ausente, y la afectación del honor subjetivo, a un delito de injuria (Art. 183 Pn), cuando se perjudica a una persona presente"[805].

803 Antonio Enrique Pérez Luño, op. cit. p. 318.

804 Kl Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), p. 46.

805 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p.46.

2.2.3. Derecho a la propia imagen

A. Noción

La imagen se puede definir como "aquella obra de arte figurativa o aquella fotografía que reproduce, de forma reconocible, los rasgos, las facciones, lafigura de una persona y sobre la que pueden incidir diversos valores como el afectivo, el religioso y el individualizador,. respecto de los demás"[806].

' La propia imagen es conforme a la jurisprudencia española "la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en cuanto se trata de un derecho de la personalidad" [Q07]. Es decir, que cada persona tiene derecho a impedir que se reproduzca su efigie o se obtengan pruebas fotográficas sin su consentimiento, así como el derecho a comerciar con ella dentro de los límites impuestos por la legislación, la moral y las buenas costumbres.

B. Antecedentes generales

Como antecedente remoto se cita el "ius imaginis" de los nobles romanos, los cuales se encontraban facultados para colocar en el atrio de sus casas y mostrar con ciertas solemnidades, imágenes de sus antepasados. Sin embargo su problema jurídico se planteó hasta la invención de la fotografía, combinada con la difusión de la prensa y la aparición del cinematógrafo.

806 César Sempere Rodríguez, cit. p. 464.

807 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, p. 47.

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

Apareció por primera vez en la Constitución vigente, en el Art. 2 inciso 2do. que dice " Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y. a la propia imagen".

De donde se traduce que: ^

1. Se trata no del concepto que la persona tenga de sí mismo, el cugl cabría en el honor, sino que "de su imagen o efigie, esto es, dé la reproducción por medios mecánicos, electrónicos o manuales de su propia figura sin su consentimiento"[80fi]

2. Procede el resarcimiento, pero no corresponde indemnizar cuando la ley consiente en la exposición. Al respecto la Comisión Redactora de la Constitución expresó: "No siempre la reproducción de la imagen de una persona puede constituir una violación de su derecho. Si ésta se reproduce tratándose de personas que desempeñan funciones públicas en el ejercicio de tales funciones no hay intromisión indebida en la privacidad, pero si se trata de divulgar la imagen de las personas en actitudes o circunstancias que son propias de su vida íntima y familiar o que se trata de usar de ella para fines no consentidos, por ejemplo comerciales, habrá de dar lugar a los reclamos por daños de carácter moral, por violación del derecho constitucional"[809].

3. Junto con el honor y la intimidad personal y familiar constituyen limitaciones a la libre expresión y difusión del pensamiento.

808 El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de Constitución L983), cit. p. 46,

809 Ibíd.p.69.

2.2.4. Libertades de circulación y de domicilio o residencia

A. Noción

La libertad de circulación llamada también de tránsito, de locomoción, movilización o ambulatoria, constituye una de las más importantes facetas de la libertad individual dado que hace referencia a la proyección espacial de la persona humana. Consiste en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de un punto a otro, dentro o fuera del país, sin ninguna restricción por parte de las autoridades, salvo las limitaciones que la ley impone. Estas se refieren, generalmente, a casos de seguridad en el tránsito, el respeto a ia propiedad pública y privada, a casos de peligro eventual y a razones de seguridad o sanidad; además cabe la privación legítima de la libertad ambulatoria, por razones penales o de peligrosidad.

La libertad del domicilio o residencia consiste en el derecho que tiene el individuo de fijar aquél o ésta dondequiera y de cambiarlos. Obviamente tiene también limitaciones, pues debe respetar los domicilios de los demás gobernados, la propiedad pública y las reglas de derecho administrativo.

B. Antecedentes generales

El reconocimiento y protección de esta libertad ha requerido una larga evolución. Ya la Carta Magna (1215), la reconocía únicamente a los comerciantes, con limitantes, estableciendo que "Todos los comerciantes podrán salir salvos y seguros de Inglaterra y entrar en ella, con el derecho de quedarse allí y trasladarse tanto por agua como por tierra para comprar y vender, según las costumbres antiguas y permitidas, sin ningún perjudicial portazgo, excepto en tiempo de guerra, cuando sea de alguna nación que se halle en guerra con Nos" y "En lo luturo será legal para cualquiera (salvo siempre aquellos que están encarcelados o proscritos de acuerdo con la ley del reino, y nativos de .ilgún país en guerra con nosotros, y comerciantes, que serán tratados en la forma provista más arriba) dejar nuestro reino y volver a él, salva y : .(‘(juramente portierra o por agua, excepto por un breve lapso en tiempo

de guerra, por razón de política pública, conservando siempre la fidelidad que nos es debida", Arts. 41 y 42, respectivamente. Esta libertad se encontraba íntimamente ligada a la libertad económica.

En este sentido, dice Fernández-Miranda Alonso "el fundamento sociológico de este derecho se encuentra en la exigencia de conciliar, al menos en el ámbito estatal, los conflictos que surgen cada vez que se establecen corrientes migratorias de una región a otra, inmigraciones que casi siempre tienen como base determinados problemas económicos, ello es lo que explica la conexión existente entre la libertad de residencia y circulación y la libertad de industria y comercio. En este sentido la problemática es distinta en los estados unitarios que en los estados compuestos"..."En los estados federales esta libertad se considera como un derecho de todos los ciudadanos del estado central, impidiendo que los estados miembros puedan en base a la protección de sus intereses, establecer limitaciones a la circulación de personas y / bienes"..."Por el contrario, en los estados unitarios la libertad de circulación y residencia se considera como una manifestación más de la libertad personal, y ello es lo que explica a nuestro entender que no aparezca específicamente regulada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la práctica totalidad de las constituciones de los estados unitarios que incorporaban la nueva ideología liberal"[o1n]

En las declaraciones de derechos modernas y contemporáneas el contenido de la libertad de circulación y residencia constituye un derecho del individuo directamente relacionado con el Estado, sin acepción de su pertenencia a clases o sectores sociales determinados. La tendencia generalizada es la de entender las libertades de circulación y residencia como un derecho fundamental individualizado y diferente de la libertad personal por una parte y distinto de la libertad de industria y de comercio por otra.

KM) Almiimi I Vi námicz-Miranda, "Articulo 19. Libertad de Circulación y Residencia", (o 111 r 111 < i ii os ;i |;i Leyes Políticas, Constitución Kspañola de 1978, cit. pp. 471-472.

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (1948) reconoce en su Art. 8, la plena libertad de desplazamiento y residencia interiores, al estatuir que "Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad". La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), contempla además, la libertad externa que incluye el derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar a su país, pero no a entrar en los restantes, Art. 13. Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 12, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), Art. 22 prosigue las líneas de las declaraciones anteriores, afinando el contenido y sobre todo sus garantías, estableciendo además, las limitaciones a la libertad interna y externa, siempre que éstas se hallen previstas en la ley y sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución federal de 1824 reconocía en su Título XI compuesto por una sección única, denominada "Disposiciones Generales" y "Limitaciones al Poder Público", Art. 175 ordinal 3ro. que ni el Congreso, ni las Asambleas, ni las demás autoridades podían prohibir la emigración al extranjero, a los ciudadanos y habitantes de la República libres de responsabilidad. Las constituciones Federales de .1898 y 1921, por su parte, la recogía con mayor amplitud al establecer, la primera de ellas, que todos tenían derecho a entrar, salir, permanecer y transitar en la República, con estricta sujeción a las leyes, Art. 18 y que la extradición sólo podía estipularse para reos de delitos comunes graves; pero en ningún caso respecto de los nacionales, ni por delitos políticos, aunque a consecuencia de éstos resultaran un delito común grave, Art. 19 y la segunda adicionó el derecho a mudar de residencia y subordinaba el ejercicio a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las órdenes que dictaban las autoridades administrativas de conformidad a las limitaciones que

impusieran las leyes sobre migración y salubridad, o respecto de extranjeros perniciosos, Art. 43, y no consideraba la extradición.

En cuanto a las constituciones independientes fue contemplado por primera vez en la de 1841 y únicamente en lo relativo al derecho de emigrar y retornar al país, Art. 82 igualmente lo conceptualizó la de 1864, en su Art. 88.

Las constituciones de 1871, (Arts. 101 a! 103), 1872, (Arts. 20 al 22), 1880, (Arts. 17 y 18), 1883, (Arts. 13 y 15), 1886, (Arts. 11 y 13) y 1945, (Arts. 11 y 13), reconocieron la libertad de emigrar, volver al territorio, transitar en el mismo sin necesidad de pasaporte, mudar de domicilio o residencia sino por sentencia ejecutoriada.

A partir de la Constitución de 1939 se introdujo el texto siguiente "Toda persona tiene derecho a entrar en la República, permanecer en su ! territorio y transitar por él, sin más limitaciones que las que establezcan las leyes", Art. 26, el cual lo han conservado las constituciones de 1950, 1962 y la actual, en sus Arts. 154,154 y 5, respectivamente, con pequeñas variantes; para el caso en estas últimas se habla de "libertad" en lugar de "derecho" y además se suprimió inexplicablemente el "transitar por él". Cabe agregar, que a partir de la del 50 se introdujo el inciso segundo relativo a que nadie podía ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señalara.

Nuestra Constitución vigente reconoce dicha libertad y se encuentra plasmada en el Art. 5 que dice "Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca.

Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale.

No se podrá expatriar a ningún salvadoreño, ni prohibírsele la entrada en el territorio de la República, ni negársele pasaporte para su

regreso u otros documentos de identificación. Tampoco podrá prohibírsele la salida dei territorio sino por resolución o sentencia de autoridad competente dictada con arreglo a las leyes, lo cual se traduce:

1. En el derecho que tiene toda persona a la libre circulación y permanencia, siendo aplicable en principio, a toda la población en general, es decir a todos los habitantes del país. Esta libertad se puede dividir en tres facetas: entrar al territorio de la República; permanecer dentro del país; y salir del mismo.

   Este derecho se le puede negar a los extranjeros, tanto en la entrada como en la permanencia en el territorio nacional, por disposición constitucional, Art. 97, y a los salvadoreños sólo en cuanto a la salida, cuando medie una resolución o sentencia de autoridad competente, Art. 5.

2. En que esta libertad se encuentra sometida a las limitaciones que la ley establece, fundadas generalmente en razones de seguridad, sanidad, orden público, privación legítima de la libertad personal, etc. Así para el caso se le impide la salida del territorio del país al imputado, que haya sido encarcelado, para lo cual se libra certificación al Director General de Migración para que se le impida la salida sin autorización judicial, Art. 250, inciso segundo, Pr. Pn.; otro ejemplo lo encontramos en caso de epidemia, situación en la cual se puede prohibir por razones de salubridad el acceso de las personas al lugar de la misma, estableciendo el Art. 139 del Código de Salud, las medidas de emergencia a tomar[811], etc. Cabe aclarar que todas las limitaciones reguladas en nuestros ordenamientos jurídicos, no violan el Art. 246, ya que se encuentran previamente autorizados por el Art. 5 inciso primero.

SU "En caso de epidemia o amenaza de ella, el Organo Ejecutivo en el ramo de Salud Pública podrá declarar zona epidémica sujeta a control sanitario, cualquier porción del territorio nacional que dicho Organo designe y adoptará las medidas extraordinarias que éste aconseje y por el tiempoque la misma señale, para prcvenircl peligro, combatir el daño y evitar su propagación". Ari. 139, Código de Salud.

o 1 p

3. En la libertad de domicilio o residencia consignada en el inciso segundo del Art. 5, la que puede ser únicamente restringida por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale. Sin embargo, encontramos algunas disposiciones legales que limitan la misma, por ejemplo los Arts. 69 y 70 C., que obligan, el primero a la mujer casada, en los casos que el marido la representa por ministerio de ley a seguir el domicilio del mismo, mientras éste resida en El Salvador y el segundo, a los menores edad o mayores de edad sujetos a cúratela seguir el de sus representantes legales.

4. En el derecho a la libertad externa aplicable exclusivamente a los salvadoreños y que consisten: a) En la no expatriación, es decir que no se le puede obligar a salir del territorio del país; b) En que no se le puede prohibir la entrada en el mismo; c) Ni negársele pasaporte para su regreso u otros documentos de identificación; ch) Ni prohibírsele la salida del territorio sino por resolución o sentencia de autoridad competente dictada conforme a las leyes.

   Este último derecho se adicionó por considerar los redactores de la exposición de motivos de la Constitución de 1983, que "es un producto déla práctica viciada que se ha venido observando durante mucho tiempo por autoridades administrativas, algunas veces por exceso de celo, algunas veces por malicia, que impiden la salida del territorio nacional por simples denuncias, sin tener autoridad legítima para hacerlo. Esta actitud abusiva de la autoridad es la que trata de impedir la disposición constitucional"[813].

812 lis importante recalcar que no es lo mismo domicilio que residencia. El primero es el lugar que la ley instituye como asiento de las personas para la producción de efectos jurídicos y la segunda es una noción vulgar que alude al lugar donde habita ordinariamente la persona. Puede esta última, según ser un elemento constitutivo del domicilio, revistiendo ese carácter cuando la ley determina el domicilio de la persona (concepto jurídico) en función de su residencia (concepto material), José Alberto Garrone, cit. p. 800.

813 El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 46.

5. La obligación que tiene el Estado y sus autoridades, de garantizar a los gobernados la libertad de circulación y de domicilio o residencia, tanto frente a terceros como frente al poder público. En cuanto a los demás gobernados, estos no pueden atentar contra la libertad de los demás, tipificando como delito contra la privación de la misma, los comprendidos en los Arts. 218 al 222, entre ellos el secuestro y en lo relativo a las autoridades, establece el ordenamiento constitucional los procedimientos jurídicos adecuados, para que no se vulnere ilegalmente el derecho del particular; por ejemplo, la garantía de audiencia y el hábeas corpus, Art. 11.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sostenida en el proceso de inconstitucionalidad del inciso final del Art. 100 del Código Municipal, en el cual se exigía solvencia municipal para poder emigrar del país, dice: "Si el inciso primero del Art. 5 de la ley Fundamental faculta al legislador ordinario para fijar limitaciones a la libertad de tránsito, aplicables a todas las personas, debe entenderse, a juicio de este Tribunal, que aquéllas se refieren o aluden a requisitos de control migratorio y otros fundamentados en un interés público reconocido, con tal que no resulten en una regulación que obstaculice el ejercicio del derecho o libertad de tránsito, con violación del Art. 246 de la Constitución"...".Ahora bien la prohibición que tiene su origen en la carencia o no presentación de la solvencia municipal que no constituye un documento migratorio, en virtud de la garantía específica que consagra la parte final del inciso último del Art. 5 Constitucional, que como se ha dicho en otra parte de este fallo, se aplica exclusivamente a los salvadoreños, no puede imponerse a éstos más prohibiciones para salir del país que no sean requisitos referentes al control migratorio. Es así pues que el inciso final del Art. 100 del Código Municipal al tener por efecto final prohibirle la salida del territorio nacional a los salvadoreños, transgrede el Art. 5 inciso tercero, parte final de la Constitución, según el que a ningún salvadoreño "Tampoco podrá prohibírsele la salida del territorio sino por resolución o sentencia de autoridad competente dictada con arreglo a las leyes"

814 El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Sentencias, cit. p. 103. El requisito de la solvencia municipal para salir del país fue declarado inconstitucional y no puede ya exigirse.

2.2.5. Libertad de expresión, de difusión del pensamiento, de prensa. Derecho de respuesta y réplica

A. Noción

La libertad de expresión es la exteriorización de la libertad del pensamiento y ésta "significa que nadie puede ser perseguido, sancionado, dañado ni molestado por el hecho de que piense esto o aquello, de que piense de una u otra manera, de que tenga unas u otras creencias, de que profese determinada opinión"..."No hay poder humano capaz de impedir el pensamiento de una persona"[815].

El pensamiento en el mundo jurídico no aparece externamente como libertad jurídica relevante, ni como derecho subjetivo, su esencia es incoercible. Por lo que no puede decirse que el hombre sea titular de un derecho a la libertad de pensamiento, ya que éste únicamente surge cuando el pensamiento se exterioriza, es decir se expresa. Aquí entramos ya al campo de la libertad de expresión .quedes el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir, a exteriorizar, sin autorización previa, opiniones políticas, filosóficas, científicas, religiosas, etc., ya sea oralmente, mediante símbolos y gestos, o en forma escrita a través de cualquier medio de comunicación.

Incluye la libertad de expresión todas las formas y modalidades de la expresión del pensamiento, constituyendo la palabra escrita, especialmente la impresa en los diarios, de acuerdo a Linares Quintana, "el instrumento más eficaz de la expresión del pensamiento humano, sin que tal afirmación importe menospreciar la importancia que como tal revisten el teatro, el cinematógrafo, la radiotelefonía y la televisión"...Por lo que se ha dicho con acierto que "la libertad de prensa significa el derecho del público a tener acceso a los hechos, a estar plenamente informado de las decisiones tomadas en su nombre, a expresar su desaprobación cuando las circunstancias lo exigen, a protestar contra

815 Rccascns Sichcs, cil. p. 563.

la injusiicia y que ninguna institución, incluyendo el gobierno podría ser más sensible a la opinión pública que la prensa"^[16].

B. Antecedentes generales

La libertad de expresión, a pesar de que no tuvo consagración jurídica, hasta el advenimiento de la Revolución Francesa, salvo algunas excepciones que encontramos en algunos regímenes, para el caso en Inglaterra, siempre se ha manifestado a través de las escuelas, teorías y concepciones filosóficas jurídicas que han influido y servido de inspiración a los constituyentes.

Suponer, dice Burgoa, que la "libertad de externar las ideas haya quedado sujeta a su estimación jurídica, sería tanto como concebir la evolución cultural de la humanidad estancada durante largas etapas en que dicho reconocimiento todavía no se formulaba"[817].

Su reconocimiento por el derecho positivo no ha tenido como finalidad hacer posible que esta libertad de expresión se desarrolle, ya que con él o sin él, siempre ha existido, sino que evitar que el gobernado, que la concibe y exterioriza, puede ser víctima de represalia por parte del poder público.

Sus primeros planteamientos nacieron unidos a la libertad de conciencia, especialmente en materia religiosa. Naturalmente, de manera paralela a la reivindicación de la libertad de conciencia, y con fundamento en ella, se plantea el derecho a la comunicación del pensamiento o a la libertad de expresión.

En el siglo XVIII la Declaración de Virginia (1776) exaltaba en su Sección XII la libertad de prensa manifestando "que era uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos". La Declaración de los Derechos del

816 Segundo V. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T. IV, cit. p. 407.

817 Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, Porrúa, México, 1988, p. 356.

Hombre y del Ciudadano (1789), por su parte consagraba: la libertad de opinión en su Art. 10 que decía: "Nadie puede ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el orden público establecido en la ley" y la libertad de expresión del pensamiento y opiniones en su Art. 11 cuyo tenor era el siguiente: " La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre; por lo tanto, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley". También la Constitución de los Estados Unidos la incluyó en su primera Enmienda al estatuir "El Congreso no hará ley alguna por la que...coarte la libertad de palabra o de imprenta...". Por supuesto dice Corwin, "los Creadores de la Primera Enmienda equipararon a la prensa con la palabra impresa. Pero a medida que la radio, el cine y la televisión se convirtieron en parte importante de los llamados "medios", la Corte ha ampliado el significado del término "prensa[11] para abarcar esos instrumentos"[818].

Posteriormente estas libertades fueron incorporándose como garantía y derechos del hombre en la mayoría de las constituciones de los países democráticos.

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su Art. 4 contempla el derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) los consagra de una manera más amplía, en su Art. 18 la libertad del pensamiento y en el Art. 19, la de expresión y opinión al manifestar que: "incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio". Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) en sus Arts. 19 y 20, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) en sus Art. 13, además de reconocer el derecho a la libertad de

expresión y de información, contemplan las restricciones al ejercicio de este derecho, así como la prohibición de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

El Título XI, de la Constitución Federal de 1824, compuesto por una sección única denominada "Disposiciones Generales", prohibía a todas las autoridades, Congreso o Asamblea, coartar en ningún caso ni por pretexto alguno la libertad de pensamiento, la de palabra, la de escritura y la de imprenta.

En cuanto a las restantes constituciones federales es decir de 1898 y 1921, la primera la reconoció en el Título referente a los derecho y garantías, pero con la adición "sin previo examen, censura ni caución; pero será responsable ante el Jurado por los delitos que cometiere", Art.
35 y la segunda en su Art. 33 y 34 estableciendo además, la libertad de imprenta.

Apareció por primera vez en la Constitución de El Salvador de 1841, la cual contemplaba la libertad de expresión y de opinión en sus Arts. 73 y 75. Las constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944 (reformas a la de 1939), 1945, 1950, 1962 al igual que la Federal de 1898 se limitaban únicamente a la libertad de expresión, Art. 79, 105, 24,
19, 27, 29, 47, 46, 29, 158, 158.

Las de 1871 y 1872 establecían que la imprenta no podía estar sujeta a ningún tipo de impuesto ni caución; la de 1939 consignaba también pena para los autores o reproductores de impresos calumniosos o injuriosos contra nacionales y que no podía secuestrarse la imprenta ni sus accesorios como instrumentos de delito; y la de 1950 y 1962 estatuían además, que la libertad de expresión se podía ejercer "siempre que no lesione la moral ni la vida privada de las personas", que no podía secuestrarse la imprenta, que se prohibían la difusión de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia y que los espectáculos públicos podían ser sometidos a censura conforme a la ley.

Nuestro ordenamiento constitucional vigente consagra la libertad de expresión en su Art. 6, que dice: "Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan".

"En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento".

"No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios".

"Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político o religioso de lo que se publique".

"Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona".

"Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley", comprende esta disposición:

1. El derecho que tiene toda persona, es decir todos los habitantes de la República, sin distinción alguna, a expresar y difundir libremente sus pensamientos. El Constituyente de 1983 no determinó cuál es el alcance de los términos "expresar" y "difundir", pero entendemos que comprende el de "expresar, escribir, imprimir, publicar y difundir" tal como lo manifiesta la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950[819].

Xl'J l'l S.ilv.ulni, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 168.

2. Este derecho se limita por razones de orden público, moral, honor y vida privada de los demás, constituyendo ejemplo de limitación el Art. 2 inciso 2do. que se refiere al derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Existen con respecto a los extranjeros, ministros de cualquier culto religioso y miembros del servicio activo de la Fuerza Armada y los miembros de la Policía Nacional Civil, restricciones ya que no pueden hacer propaganda política en ninguna forma, Arts. 97 inciso 2do. y 82 inciso 1 ro. y 2do.

   Se suprimió la prohibición de la propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia por considerar la Comisión Redactora de la Constitución que "la limitación relativa a la subversión del orden público se consideró más apropiada que la prohibición mencionada, puesto que, se trata de un concepto de más fácil tipificación que está directamente relacionado con la supresión violenta del ordenamiento jurídico y político del Estado"..."Este pensamiento que privó en la Comisión no significa que el Estado permanezca inerme frente a los ataques ilegítimos, violentos, que pretendan suprimir el sistema consagrado en la Constitución. Por eso es que la libertad de expresión y difusión del pensamiento se limita por razón de la

   QpO

   subversión del orden público"

   A pesar de lo expresado por la Comisión, consideramos que las limitaciones son muy vagas e imprecisas, quedando la estimación de tales consecuencias, al arbitrio subjetivo y discrecional de las autoridades judiciales y administrativas.

3. Establece que no estará sujeta a previo examen, censura[821] o caución, es decir que no necesitan ningún estudio o consideración

820 El Salvador, Asamblea Legislativa, Informe IJnico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 49.

821 Quiroga Lavié distingue entre censura previa a la libertad de expresión y a la de difusión. La primera significa "la posibilidad cierta y real de que la conciencia individual salga de su claustro y se manifieste; se trata de una libertad, frente al Estado, para evitar que éste restrinja la expresividad subjetiva y, de ese modo, impida la libre formación de la opinión pública"... y la segunda, es decir a la libertad de difusión es "el reconocimiento de este instrumento de comunicación social como factor decisivo para la formación de la conciencia política. Además, la prensa es, en la medida de su divulgación, un factor de

de un hecho o asunto anticipado, ni un dictamen o juicio previo, ni debe rendirse garantía alguna para ejercer este derecho. Se exceptúa el caso del inciso 6to. del artículo en mención, donde se requiere censura previa para los espectáculos públicos con el objetivo de regular el acceso para la protección moral de los menores y adolescentes.

4. No puede secuestrase la imprenta y sus accesorios como instrumento del delito, o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento. El hecho delictivo a que se refiere dicha prohibición está constituido por lo ataques que por medio de la imprenta se dirijan contra el orden público, el honor, la moral y la vida privada de las personas. No se puede secuestrar dichos bienes ya que se estaría impidiendo la utilización de un aparato para la difusión de otro tipo de pensamientos no ilícitos. No hay que olvidar que la libertad de difusión y de prensa suponen la existencia de una empresa, en la cual se encuentra incluida la imprenta.

5. No se pueden estatizar o nacionalizar, ni por expropiación ni otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, ya que al realizarlo se volvería ilusoria la libertad de prensa.

6. Derecho de réplica o de respuesta. Contemplado por primera vez en nuestro ordenamiento constitucional en el inciso 5to. del Art. 6 consiste en "la facultad que tiene toda persona de exigir que el periódico que haya publicado una referencia o información relativa a un hecho suyo, injusta, ofensiva o errónea, susceptible de afectar su reputación personal, publique también una repuesta en la que ella
QQp
pueda rectificar la alusión"

   Este derecho se limita a los casos en que una persona puede ser afectada por informes inexactos, no se extiende a rebatir posturas

control electivo sobre los actos de gobierno". Humberto Quiroga Lavié, Curso de Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 109-110.

K22 Linares Quiniana, T. IV. cit. p. 456. I

ideológicas o criterios doctrinarios. Este es el enfoque que le da la Convención de San José en el Art. 14.1. cuyo tenor es el siguiente: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público, en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

2.2.6. Libertad de religión o cultos

A. Noción

La libertad religiosa o de cultos se desglosa en tres aspectos fundamentales:

1. La libertad de conciencia, que es el derecho de creer lo que se estime verdadero en materia religiosa. Radica en el fuero interno del individuo, en el cual no se debe producir ningún tipo de interferencia coactiva, por lo que es siempre absoluta e inviolable;

2. La libertad de expresión de la creencia, constituye un aspecto de la libertad de expresión y difusión del pensamiento y es el derecho de expresar públicamente, ya sea de palabra o por escrito, las creencias religiosas.

3. La libertad de cultos es la libertad de conciencia trasladada al fuero externo, la cual se manifiesta en diversos actos constituyendo una actividad externa, trascendental o social del individuo que cae bajo el imperio del derecho. Es la libertad de cada uno para practicar sus creencias religiosas.

La libertad de conciencia es absoluta y únicamente puede estar subordinada al sistema de reglas de conducta moral que el individuo adopta para sí, la libertad de cultos en cambio es relativa, condicional, en el sentido de que su ejercicio puede ser regulado por los ordenamiento jurídicos.

"Huelga decir", expresa Burgoa, "que la libertad religiosa comprende no sólo dichas potestades o facultades que puede ejercitar el hombre dentro de una postura teísta, sino la posibilidad de colocarse en una posición ateísta. Por ende, la intolerancia religiosa, proscriptora de dicha libertad, consiste en la prohibición de abrazar una determinada fe distinta de la que se considere como "la verdadera", de analizar racionalmente los postulados (dogmas) en que descanse una religión y de practicar un culto que no sea el de la permitida"[823].

B. Antecedentes generales

En la época antigua, la religión se encontraba íntimamente ligada a las manifestaciones de la vida civil, era parte de la vida del Estado, se heredaba y se practicaba en función de la adscripción política de los individuos.

Poco a poco aparece, y sobre todo con el cristianismo, una actitud diferente, de enfrentar el problema religioso. Este fomentó la idea de igualdad de los hombres ante Dios y propagó el principio de que todos merecen la salvación. Surgió, entonces, la enorme posibilidad de un conflicto entre la vida religiosa y la vida política, de donde se originó la necesidad fundamental para la realización del hombre, de que el Estado le reconociera la libertad religiosa.

La Carta Magna de 1215 reconoció que la Iglesia de Inglaterra, era libre y gozaba de la inviolabilidad de todos sus derechos y libertades.

La reforma protestante, a pesar de que contribuyó desde el punto de vista teórico al fortalecimiento del principio de que la religión debe de ir unida a la libertad, no mejoró a corto plazo la condición del individuo frente a su práctica religiosa, sino que por el contrario la empeoró, ya que desde el punto de vista político, la reforma y la creación de la iglesias no eran otra cosa que la manifestación de la consolidación del Estado nacional que reclamaba cada vez más poder. De nuevo, el Estado tendió a confundir religión con política.

K2.^ lunario Huraña, Las (iarantías Individuales, cit. p. 404.

Fue hasta la Declaración de Virginia (1776) que se consagró jurídicamente en su sección XVI que decía: "Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo". También la recogen la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y la Constitución de los Estados Unidos, la primera en el Art. 10 que estatuye "Nadie puede ser molestado en sus opiniones aunque sean religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley" y la segunda en su Primera Enmienda (1791) que en lo pertinente expresa "El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o que prohíba practicarla libremente".

En la dirección inversa la Constitución de Cádiz de 1812 estableció en su Capítulo II "De la Religión", Art. 12 "que la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra"

C. Ordenamientos internacionales

La Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce el derecho de libre profesión religiosa en su Art. 3ro. al establecer "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".

La Declaración de los Derechos Humanos (1948) la contempla en su Art. 18 de una manera más amplia, al considerar además la libertad de pensamiento y de conciencia, manifestando que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y que este derecho incluye la libertad de cambiar su religión o creencia, así como la libertad de manifestar éstas, ya sea individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) la consagran en sus Arts. 18 y 12, respectivamente. Repiten en sus ordinales primeros, el texto del artículo 18 de la Declaración de los Derechos Humanos, agregan en sus ordinales 2dos. que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección; en sus ordinales 3ro., las limitaciones de manifestar la propia religión o las propias creencias, estando constituidas por las prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás; y en sus ordinales 4to., el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos.

Ahora bien, estipula además el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en los estados donde existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se le negará a las personas que pertenezcan a ellas, el derecho a profesar y practicar su propia religión, Art. 27.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824, no admitían la libertad de cultos ya que expresaba en su Título II, "Del gobierno, de la religión y de los ciudadanos", Sección 1, que "su religión es: la católica apostólica romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra", Art. 11. Esto se debe interpretar dice Gallardo en el sentido de que la Constitución fue obra de elementos conservadores, cuya influencia fue
decisiva en su redacción .[004]

Esta libertad fue reconocida en la Constitución Federal de 1898, la cual establecía el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límites que el trazado por la moral y el orden públipo, además introdujo la

824 Ricardo (i.ill.iido, Las Constituciones Federales, p. 303.

secularización del registro civil, Art. 20. La de 1921 estatuyó que no se podía legislar sobre materia religiosa, ello a pesar que se reconoció la libertad de pensamiento o de conciencia siempre que no fuera contraria a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, Art. 33 y 37.

La Constitución de 1824 consagró la religión católica como la religión del Estado, siendo la misma que la de la República, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra, Art. 5. La de 1841 establecía que la religión católica apostólica, romana era única verdadera, y el Gobierno la debía proteger con leyes sabias, justas y benéficas; pero declaraba además que todo hombre era libre para adorar a Dios según su conciencia, "sin que ningún poder ni autoridad pueda, con leyes, órdenes y mandatos, de cualquier naturaleza que sean, perturbar o violentar las creencias privadas", Art. 3. También las constituciones de 1864, 1871 y 1872 contemplaban a la religión católica como única y la cual merecía la protección del gobierno, Arts. 5, 6 y 6 pero las dos últimas reconocieron la libertad de culto público de las sectas cristianas, siempre que éstas no ofendieran a la moral y al orden público.

La Constitución de 1880 acentuó el espíritu de tolerancia religiosa, al garantizar el libre ejercicio de todas las religiones, siempre que no pudiera extenderse hasta la ejecución de actos subversivos o prácticas incompatibles con la paz y el orden público, ni que su práctica diera derecho para oponerse al cumplimiento de las obligaciones civiles y políticas, pero continuó siendo la religión católica la protegida por el gobierno, Art. 4.

Fue hasta la Constitución de 1883 cuando se introdujo por primera vez, la libertad de culto, estableciendo el Art. 14 que: "Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público"; las de 1886, 1939, reformas de 1944, en sus Arts. 12, 27, 26 mantuvieron la libertad de cultos, con las pequeñas variantes: introdujeron la secularización del registro civil; la de 1939 y reformas de 1944 agregaron que los ministros del culto religioso en el ejercicio de sus funciones, debían abstenerse de poner su autoridad espiritual, al servicio de intereses políticos.

En la Constitución de 1945 se reconoció la personería jurídica de la Iglesia Católica, representativa de la religión que profesaban la mayoría

do los salvadoreños, pudiendo las demás iglesias obtener el reconocimiento de su personería de conformidad con la ley, Art. 12 inciso tercero y en las de 1950 y 1962 se agregó que no podía en los templos, con ocasión de actos de cultos o propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes del Estado, de su gobierno, o de los funcionarios públicos en particular, Arts. 157 y 157, respectivamente.

Nuestra Constitución en el Art. 25 recoge el aspecto objetivo de la libertad religiosa que es el único susceptible de regulación jurídica al establecer que "Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas.

El Art. 26, por su parte reconoce la personalidad jurídica únicamente a la religión católica, pero posibilita a las demás la obtención de tal atributo.

Se traduce en que:

1. La libertad de conciencia es absoluta, se encuentra fuera del alcance de la ley, ya que las ideas, pensamientos, creencias, en tanto no sean exteriorizadas, pertenecen al fuero interno.

2. En el derecho que tiene toda persona a profesar el culto de su preferencia, este derecho es relativo, se *encuentra* limitado *por* la moral y el orden público.

3. Se suprimió la prohibición establecida en el inciso segundo del Art. 157 de la Constitución de 1962, que estatuía que "No se podrá hacer en ninguna forma propaganda política por clérigos o seglares, invocando motivos religiosos o valiéndose de las creencias religiosas del pueblo. En los templos, con ocasión de actos de culto
   o propaganda religiosa, tampoco se podrá hacer crítica de la§ leyes del Estado, de su Gobierno o de los funcionarios públicos en particular".

4. Se da cabida al ateísmo, ya que la misma Carta Magna sostiene la libertad de pensamiento.

2.2.7. Libertad de reunión y asociación

A. Noción

La libertad de expresión implica la de reunión, ya que además de los libros, la televisión, la radio etc, los gobernados necesitan reunirse, para comunicar sus opiniones y hacerlas saber a las autoridades. Por lo que no es concebible la libertad de reunión en abstracto, ya que es el soporte e instrumento para el desarrollo de otras libertades.

La libertad de reunión presenta problemas conceptuales relativos a su misma definición, pues los textos constitucionales únicamente suelen definir lo que es realmente una reunión y cuál es su ámbito de protección. Así se entiende por reunión en términos generales "un grupo momentáneo de personas en un determinado lugar, formado para compartir una actividad específica que le interesa individualmente a cada uno de los participantes. Existe, sin embargo, otro concepto más estrecho de reunión y es el que lo configura como un encuentro temporal y voluntario de varias personas en un lugar determinado, conforme a un acuerdo previo y con un fin preestablecido. Es decir, en esta segunda concepción tiene radical importancia el acuerdo previo que determina la finalidad de la reunión"[825].

En cambio, la libertad de asociación, engloba, bajo una misma fórmula, numerosos caracteres distintivos:

1) "Implica, en primer término, la libertad para los administrados de crear asociaciones, o de adherirse a ellas, sin que el poder público pueda impedir tal iniciativa. Se trata, por consiguiente, de una libertad individual que se ejercita colectivamente;

2) En segundo lugar, implica la libertad para las asociaciones, una vez creadas, de realizar actividades y de acrecentar sus recursos. Esta facultad corresponde no a los miembros individuales que la integran, sino más bien al grupo en cuanto persona jurídica distinta de sus

825 Rubcn I Iernández Valle. Las Libertades Públicas en (‘.osla Rica, cit. p. 155.

componentes. En otros términos, no se trata aquí de un derecho que corresponde a los administrados individuales considerados, sino más bien de una libertad de grupo;

3) Finalmente, implica la libertad de los miembros de la asociación de combatir las decisiones internas de la agrupación. Este carácter alude al conflicto de libertades que surge entre las personas físicas miembros de la agrupación y la persona jurídica colectiva que constituye por sí misma la asociación"[826]

El derecho de asociación tiene pues, una doble dimensión, por un lado este aparece como un derecho subjetivo de carácter individual, y por el otro, sólo es posible ejercerlo en tanto que hayan otros individuos que estén dispuestos a ejercitar igualmente dicho derecho.

La asociación comprende "todas aquellas agrupaciones integradas por dos o más personas que deciden desarrollar conjuntamente una determinada actividad, es decir, que decidan establecer entre ellas una cooperación más o menos estable para la consecución de fines comunes de diversa índole (económicos, sociales, religiosos, culturales, etc.).

Por consiguiente, dentro de este concepto se incluye una diversa gama de formas asociativas, tales como las de carácter personal propiamente dichas, que tienden a satisfacer necesidades morales, recreativas o intelectuales de sus miembros (asociaciones religiosas, culturales, deportivas, etc) ; las de carácter económico que tienen como finalidad principal el lucro (todas las diversas formas de sociedades civiles y mercantiles); asociaciones de carácter político (partidos políticos); asociaciones de naturaleza socioeconómicas que tienden precisamente al logro del mejoramiento de la condición económica-social de sus miembros (sindicatos), etc.[827].

La libertad de asociación tiende pues a la creación de una entidad con personalidad jurídica propia, que persigue fines u objetivos

826 Rubén Hernández Valle, cit. p. 145.

827 Ibíd. pp. 145-146.

permanentes. La reunión, en cambio, no crea un ente distinto, sino que se trata de una agrupación transitoria, talvez momentánea o hasta fugaz, con algún fin de interés común para los participantes y conforme acuerdo preestablecido.

La reunión se diferencia de la aglomeración porque esta última es accidental, es decir sin previo aviso. La reunión puede ser pública y privada. Considera Bidart Campos que para distinguirla "no conviene echar mano del lugar donde la reunión se realiza; no siempre una reunión pública se lleva a cabo en un lugar público, ni una privada en un lugar privado. Mejor es considerar que una reunión reviste carácter público -con independencia del sitio donde se efectúa- cuanto está abierta indiscriminadamente al público, o sea, cuando a ella puede asistir cualquiera"..."Al contrario, una reunión es privada cuando el acceso a ella carece de tal apertura incondicionada [opo]

La reunión pública es la que más afecta al interés general, ya que pueden incidir en el orden, la moral o la seguridad pública. La mayoría de éstas se traducen, generalmente, en la celebración de mítines y en la realización de manifestaciones públicas.

Ahora bien, las asociaciones realizan una función integradora, para lo cual deben satisfacer ciertas condiciones en sus relaciones con el Estado y con cada uno de los individuos. De ahí que la libertad de asociación tenga un aspecto interno y otro externo. En cuanto al aspecto externo, tal como lo señala Stein [opq] "la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la libertad de asociación casi exclusivamente frente al Estado. Pero como las asociaciones (igual que el Estado) son unidades de acción, solo pueden formarse por un conjunto de actividades relacionadas entre sí, es decir, por la coordinación de sus miembros. La coordinación de los actos individuales conduce necesariamente a una actuación coordinada. La una no tendría sentido sin la otra. La libertad de asociación comprende también el derecho a una actividad

828 Germán J. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. I. p. 304.

829 Ekkehart Stein, Derecho Político, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 151-152.

coordinada; por tanto, a la libertad de actuación. La protección se extiende, pues, a cualquier otra forma de coordinación de las actividades de los individuos". El aspecto interno de la libertad de asociación está constituido por "la relación de las asociaciones con sus miembros. Sin embargo es aquí donde se suele atentar contra la libertad de coordinación de los individuos con mayor intensidad que en las relaciones externas. Precisamente en las asociaciones influyentes suele existir una minoría dominante que ha cimentado su posición de poder de tal forma que ya no es posible destruirla. Para lograrla libertad interna de las asociaciones, no bastan las garantías de la libertad propias del ámbito estatal. En ellas solo se determina que la dirección de la asociación debe ser elegida por sus miembros. Es muy deseable, pero difícilmente alcanzable, que la formación de la voluntad se produzca de abajo arriba. Solo de esta forma puede asegurarse que también en sus relaciones internas la coordinación de actividades se realizará en un régimen de libertad".

Cabe agregar que la consideración del derecho de asociación como un derecho subjetivo no debe hacernos perder de vista "la función estructural que éste ha de desempeñar en cuanto vía de realización del Estado social y democrático de Derecho, y en especial como concreción del pluralismo"...En efecto, "la integración del individuo en una pluralidad de grupos sociales cobra hoy una dimensión mayor, en cuanto que no es tan sólo un fin en sí mismo, expresión de la dignidad humana, sino que, como ha escrito el profesor OLLERO "una acertada interpretación del fenómeno asociativo humano habrá de concebirlo, no como simple derecho del particular frente al Estado, sino como fenómeno social que

oon

interesa a este último incorporar a su estructura"

No debemos olvidar, agrega Aguiar de Luque "que en los sistemas sociales contemporáneos, desde la obtención de las necesidades mínimas vitales a la satisfacción de las más elevadas exigencias espirituales del ser humano, se virtualizan por mediación de estructuras asociativas más o menos complejas, alcanzando incluso, a la esfera de la participación"[831]. Tal como lo señala García Pelayo "el poder social y

830 Transcrito por Luis Aguiar de Luque, "Art. 22 Derecho de Asociación", Comentarios a Las Leyes Políticas, Constitución Kspañola de 1978, cil. p. 608.

831 Ihíd. pp. 60K-609.

la posibilidad de influir los centros de decisión política ya no se subjetiva en personas privadas, sino que se condensa en las grandes organizaciones y en los "ejecutivos" que las representan, es decir, los individuos sólo pueden influir en las decisiones públicas por la mediación de asociaciones, y las pequeñas asociaciones por su integración en grandes organizaciones"[832]. Ejemplo de la función estructural del derecho de asociación lo encontramos en el inciso segundo del Art. 85 de nuestra Carta Magna cuando establece que "el sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno".

B. Antecedentes generales

Ya en el siglo IV antes de Cristo, Aristóteles definía al hombre por naturaleza como un animal social..."y el que no puede vivir en sociedad,
o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios. Es natural en todos la tendencia a una comunidad"[833].

A partir de la Edad Media se encontraba un tipo de asociaciones fábriles y comunidades, llamadas corporaciones fuera de las cuales no se podían formar ningún otro tipo de asociación.

Esta libertad de asociación y reunión se podía ejercer dependiendo de la tolerancia del poder público, pero éste no se encontraba obligado a respetarla. No fue sino hasta antes de la Revolución Francesa que se consagró jurídicamente al igual que la libertad general, habiendo sido reconocida expresamente en la Constitución de los Estados Unidos de América, en su primera Enmienda (1791) al estatuir que "El Congreso no hará ley alguna por la que...coarte la libertad de palabra o de imprenta,
o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente".

832 Manuel Ciarcía-Pelayo, Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, cit. p.84.

K33 Aristóteles, La Política, Uca Editores, San Salvador, 1988, pp. 83-84.

En la actualidad el derecho de asociación es recogido expresamente por la casi totalidad de las Constituciones.

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce en sus Arts. XXI y XXII, la libertad de reunión y de asociación, respectivamente. En cuanto a la primera determina que puede ser en una manifestación pública o en asamblea transitoria, en forma pacífica y en relación a intereses comunes; y en cuanto a la segunda, establece que esta libertad se puede realizar con el fin de promover, ejercer y proteger intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden. La Declaración de los Derechos Humanos (1948) por su parte, simplifica y expresa en su Art. 20 que "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación". Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), los regulan de una manera amplia, contempla el derecho de reunión en sus Arts. 21 y 15 y el de asociación en los Arts. 22 y 16, respectivamente. En relación al derecho de reunión, además de reconocerlo, estatuyen sus restricciones, las cuales deben estar previstas en la ley, siempre que sean en interés de la seguridad nacional, del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás; lo mismo ocurre con el derecho de asociación, con la diferencia de que hacen alusión expresa a la fuerza armada al estatuir que "no se puede impedir la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 establecía que en caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada podían las autoridades, impedir las reuniones populares que tuvieran por objeto un placer honesto, o discutir sobre política o examinar la conducta de los funcionarios, Art. 176 ordinal
2o. Las de 1898 y 1921 contemplaban estas libertades en sus Arts. 21 y

38, respectivamente expresando que: se garantizaba la libertad de reunión sin armas y la de asociación con cualquier objeto lícito, sea éste religioso, moral, científico o de cualquier otra naturaleza; además la ley no podía autorizar las congregaciones conventuales y toda especie de

004

instituciones y asociaciones monásticas Tampoco autorizaban convenios en que el hombre pactara su proscripción.

Las constituciones de El Salvador de 1841,1864 y 1871, reconocían en sus Arts. 73,80 y 106, la libertad de reunión. A partir de la Constitución de 1872 recogía además, del derecho de reunión contemplado en su Art. 25, el de asociación al estatuir en su Art. 44 "Es libre la asociación para todo trabajo agrícola, comercial, industrial o moral, debiendo solamente las asociaciones anónimas someter sus escrituras de fundación y reglamentos a la aprobación de la autoridad, quedando en su vigor y fuerza las prohibiciones que establecen el artículo 1 y el inciso 1ro. del artículo 4to. de la ley 1ra. título 5o. libro 7o. de la Recopilación Patria".

Las constituciones de 1880, 1883, 1886, 1939, reformas de 1944 a la de 1939, 1945, 1950, 1962 y 1983 contemplaban ambas libertades, Arts. 20 y 40; 16 y 32; 14 y 35; 28, 27, 14 y 35; 160, 160, y 7, respectivamente. A diferencia de la 1872, garantizaban el derecho de asociación en general y sólo prohibían el establecimiento de congregaciones conventuales y de toda especie de instituciones monásticas; las de 1950 y 1962 prohibían además el funcionamiento de organizaciones políticas internacionales o extranjeras, salvo las que persigan por vías democráticas, la unión centroamericana o la cooperación continental o universal a base de fraternidad, esta prohibición de acuerdo a la Exposición de Motivos fue tomada "del Art. 32 de la Constitución de Guatemala"[835] y el cual fue suprimido por nuestra Constitución vigente.

K34 Congreciones Conventuales son reuniones de varios monasterios sometidos a un superior general y las asociaciones monásticas son comunidades religiosas que hacen vida en común. Ambas obligan a una obediencia ciega, contraria a los derechos individuales,
o imponen votos de clausura perpetua.

835 El Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit, p. 311.

La Constitución de 1983, en el Art. 7 consagra las garantía y derechos de asociación y de reunión al estatuir que "Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación.

Se prohibe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial". Lo que se traduce en:

1. Establece dicho artículo el derecho de asociación y reunión en general, al otorgársele a todos los habitantes de la República, es decir tanto los nacionales como los extranjeros. Sin embargo, existen algunas limitaciones para estos últimos, los cuales de acuerdo con el Art. 72 ordinal 2do. relacionado con el Art. 97, inciso 2do. no pueden asociarse para constituir partidos políticos o ingresar a los ya constituidos, ya que es un derecho exclusivo de los salvadoreños y los que directa o indirectamente participen en la política interna del país pierden el derecho a residir en él.

2. Se reconoce el derecho de reunión, sin más adjetivaciones, con lo que el grado de protección se amplía a los diversos tipos de reunión, pública o privada.

3. Este derecho que es potestativo, porque queda al libre arbitrio de la persona su voluntad de asociarse, o de adherirse a una asociación ya constituida, ya que nadie puede ser obligado a pertenecer a la misma.

   Este derecho a no asociarse aparece por primera vez en esta Constitución e importa, según Bidart Campos "la faz negativa del derecho de libre asociación"..."Ninguna forma de asociación coactiva es constitucional"[836].

836 Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. I, cit. p. 294.

W

La Sala de lo Constitucional ha sostenido al respecto "Aun partiendo de la base de que las Asociaciones Profesionales, o Colegios de que trata la Ley en estudio, son Corporaciones Autónomas de Derecho Público y de que el ejercicio de las profesiones universitarias es una función pública, no existe en la Constitución ninguna forma que fundamente la obligátoriedad de pertenecer a dichos entes, sino que por el contrario como se ha dejado expresado, las disposiciones constitucionales establecen de una manera categórica el derecho
de asociación como algo potestativo para las personas" [837]

4. Se suprimió la prohibición de establecer congregaciones conventuales y toda especie de instituciones monásticas. Consideró la Comisión que era "arcaica y obsoleta y porque, además, si en el presente existiera tal tipo de asociaciones, no constituyen peligro ni estorbo para el cumplimiento los fines del Estado. También se suprimió la prohibición relativa a organizaciones políticas internacionales o extranjeras, ya que con la amplitud y ambigüedad de su redacción podían llevar a excesos y abusos que es necesario evitar en el futuro; lo que ciertamente no puede funcionar en El Salvador son partidos extranjeros"[838].

5. Dichas libertades no están consagradas en términos absolutos, para el caso se necesita que el ejercicio de este derecho se lleve a cabo pacificamente, es decir exento de violencia y sin armas [839]. Estas son

837 Hl Salvador, Corle Suprema de Justicia. Revisla Judicial. T. LXXV, No. 1 y 2, enero a junio-julio a diciembre de 1984, p. 163. (aso promovido por el Doctor José Sixto Pacas, pidiendo declarar inconstitucional la Ley (ieneral de la Colegiación Profesional Obligatoria, emitida por Decrete) número mil sesenta y uno de la Junta Revolucionaria de Gobierno, publicado en el Diario Oficial del veintiséis de mar/o de mil novecientos ochenta y dos.

838 El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión <lt[k] (Estudio del Proyecto de Conslillición, (Kxposición de Motivos de la Constiíución de 1983), cit. pp. 49.

839 "Que debe entenderse por reunión pacífica y sin armas es un tema difícil, pero que ya cuenta con precedentes jurisprudenciales nada desdeñables. No se ha de confundir la violencia con los servicios de seguridad de los propios organizadores de la reunión y con ciertas salidas de tono propias de un acto multitudinario; tampoco debe catalogarse la reunión de armada porque algunos escasos integrantes de la misma porten armas, hay

adjetivaciones un tanto imprecisas, provenientes del constitucionalismo francés, "que ya figuraban en el artículo 62 de la Ley de 14 de diciembre de 1789, introducidas posteriormente en la Declaración de Derechos de 1791 y demás constituciones subsiguientes"[840] Es menester además, que el fin que se persiga sea lícito, es decir que esté constituido por aquellos actos que se encuentren enmarcados dentro del orden público y de las buenas costumbres. Un problema fundamental que surge es determinar si tutela sólo las asociaciones sin fines de lucro, o si por el contrario abarca también todas las diversas manifestaciones del fenómeno asociativo. Consideramos que tutela todo tipo de asociación tanto las sin fines de lucro, política o de reivindicación social y económica, como las que persiguen fines de lucro, ya que la redacción del Art. 7 es genérica requiriendo únicamente que sea "para cualquier objeto lícito". Cabe agregar, que existen una serie de disposiciones constitucionales que confieren también asidero a la gran variedad de asociaciones existentes en nuestro país. Así verbigracia, el Art. 47 establece en su parte pertinente que "Los patronos y trabajadores privados...tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos".

6. El inciso segundo, se estableció con la finalidad de evitar que se vulnere la esencia del derecho de asociación, mediante disposiciones que reglamenten el ejercicio de determinadas actividades.

que sopesar muy bien el grado e incidencia de la violencia y las armas en el desarrollo de la reunión, teniendo en cuenta que también las fuer/as de seguridad y las autoridades administrativas tienen la obligación de crear las condiciones materiales necesarias para que la reunión transcurra sin problemas y que han de proteger con todos sus efectivos la libertad de reunión. La razón de orden público para suspender una reunión tiene que ser un último reducto utili/able cuando se hayan agotado lodos los medios disponibles de la Administración para la protección del derecho de reunión". Soriano Díaz, "Art. 21. Derecho de Reunión", ('órnenlaríos a las Leyes Políticas, Constitución Española 1978, cit. pp. 5K7-.S8X.

840 Ibi'd. p. 5S7.

Nuestra Constitución, sin embargo, regula tipos especiales de asociaciones:

a. La que tienen los trabajadores y patronos para formar libremente asociaciones profesionales o sindicatos, Art. 47;

b. El derecho de los ciudadanos de asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley o de ingresar a los ya constituidos, Art. 72 ordinal segundo.

Ambas mantienen el mismo principio de libre asociación para los patronos y trabajadores o para los ciudadanos en su caso. Fuera de dichas disposiciones encontramos los Arts. 113 y 114 Cn.; que se refieren a la obligación que tiene e! Estado de proteger y fomentar determinadas asociaciones, pero los cuales no limitan en nada el derecho de formarlas.

7. Se añadió en el inciso tercero, una prohibición y ésta es la del funcionamiento de asociaciones paramilitares fuera del control de la Fuerza Armada. "Experiencias pasadas de influencia negativa en el proceso de democratización fueron"...de acuerdo con la Comisión Redactora "la motivación principal que tuvo la misma para establecer esta prohibición, además del principio de que es la Fuerza Armada la única institución que legítimamente puede hacer uso de las armas con plena responsabilidad frente a la ley. La existencia de grupos paramilitares sin responsabilidad es la fuente de los más incalificables e incontrolables abusos de los derechos humanos"[841].

8. La limitación esencial de la libertad de asociación descansa en los fines que pueden perseguir las organizaciones. Así por ejemplo, a los sindicatos les está prohibido todas las actividades que tienden a menoscabar la libertad de trabajo, la libertad individual y en fin toda las actividades que tengan fines políticos Art. 229 del Código de Trabajo.

Kll Ibíd. pp. 49.

2.2.8. Libertad de trabajo

A. Noción

Mientras la libertad de trabajo corresponde a la categoría de los derechos individuales, el derecho al trabajo se incorpora en el catálogo de los derechos sociales.

Quiroga Lavié "considera a ambos como aspectos del derecho del trabajo y los cuales no alteran su condición de derecho individual; en el caso de la libertad de elección laboral que es la facultad de todo individuo a elegir la actividad que le servirá como medio de subsistencia, se trata de los derechos subjetivos facultad, es decir, derecho a la propia conducta, y en el caso del derecho subjetivo de todo trabajo en relación de dependencia a exigirle al empleador el cumplimiento de prestaciones de carácter social e irrenunciable establecidas por la Constitución y por las leyes, se trata del derecho subjetivo como correlato de la conducta debida por el empleador, a estos últimos la doctrina los ha denominado como derechos sociales.

La regulación constitucional del derecho del trabajo tiene dos aspectos:

1. Como derecho individual, en la medida en que se protege la autonomía humana dirigida a proveer la cobertura de las necesidades de la vida;

2. Como derecho social, en la medida en que la relación de dependencia establecida como consecuencia de la relación laboral justifica la restricción de los derechos del empleador, con fundamento en la justicia social, que un salario y unas condiciones dignas de la labor hacen posible" [842]. A éste nos referiremos cuando tratemos los derechos sociales.

842 Ver I lumbertn (Juirnga I .avio. cit. pp. 138-139.

Al referirse a la libertad del trabajo, como derecho individual, Recasens Siches la analiza desde dos dimensiones distintas: "La primera dimensión de la libertad de trabajo consiste en el derecho de la persona individual a que no se le impida trabajar, en términos generales, y a que no se le impida ejecutar un trabajo lícito, que haya obtenido, y para el cual reúna los requisitos de integridad ética y de competencia técnica establecidos por las normas jurídica-positivas. La segunda dimensión de este principio consiste en el derecho que toda persona tiene a elegir su trabajo, su ocupación, su oficio o profesión. Este se justifica en la dignidad y en la libertad del ser humano"[843].

B. Antecedentes generales

La libertad de trabajo existió en la época primitiva, ya que todos tenían a su libre disposición los bienes que la naturaleza les ofrecía para poder subsistir, situación que fue desapareciendo con la evolución de la sociedad, al surgir instituciones como la esclavitud y la servidumbre. En la ciudades medievales, por su parte, existían corporaciones, cuyo funcionamiento era incompatible con el ejercicio de la libertad laboral, ya que ninguna persona podía desempeñar ningún oficio si no pertenecía al gremio respectivo. Otro panorama distinto se presentó en Inglaterra, dice Burgoa. En efecto, el derecho común inglés "reconoció desde remotos días la libertad de trabajo y de profesiones, y si andando los tiempos se establecieron restricciones, fueron consecuencia de las leyes estatuarias o de la concesión a los gremios de artes y oficios de los derechos de corporación. Mientras en las ciudades, según los reglamentos industriales de los Tudor, el ejercicio independiente de un oficio industrial, fuera de los gremios, exigía siete años de aprendizaje, era absolutamente libre en los campos; y cuando las corporaciones de artes y oficios empiezan a declinar y una ley de Jorge III declara la libertad de todas las industrias fuera de las corporaciones, comienza una legislación restrictiva que cada día aumenta, no en el sentido de prohibir, en general, actividad o trabajo alguno, sino de cuidar de que su ejercicio, a todos abierto y permitido, se sujete a las reglas necesarias para no causar daño a la sociedad o al Estado y para evitar en lo posible los

l ^ Rccasens Siches, cil. p. 576.

peligros contra la vida y la salud de los obreros. Fuera de esas limitaciones que la salud pública exige, la libertad de trabajo era ya completa antes que de ella hablaran las cartas francesas de fines del siglo XVIII"[844].

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce en su Art. 14 la libertad de trabajo al expresar que "Toda persona tiene derecho... a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo". También la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) la recogen en sus Arts. 23.1 y 6, respectivamente.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1921 consagraba en su Art. 38 la libertad de trabajo al establecer que: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícito. El ejercicio de esta libertad sólo podrá limitarse, suspenderse o vedarse por resolución judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por providencia gubernativa, dictada de conformidad con la ley, cuando así lo exija la salubridad pública o los intereses sociales".

La Constitución de El Salvador de 1864, reconocía derechos y libertades anteriores y superiores a las leyes positivas los cuales tenían por base entre otros, el trabajo. La Constitución de 1872 consagró el trabajo y la ocupación como asiento a la moralidad y del progreso nacional, y se declararon principios necesarios y, por consiguiente, obligatorios para todos los salvadoreños, Art. 45 y en las de 1880 y 1883 se establecía que era obligatorio el trabajo, salvo decia esta última en los días domingos o de fiesta nacional, Arts. 41 y 26, respectivamente.

844 Ignacio Hurgoa. Las (¿aranlías Individuales, cil. p. 344

La libertad de trabajo fue expresamente consignada en la Constitución de 1886 en su Art. 15 que decía: "Nadie puede ser obligado a prestar trabajos o servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo que por motivos de necesidad o utilidad pública se establezcan por la ley. La ley no puede autorizar ningún acto
o contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro". Esta misma disposición con pequeñas variantes, fue contemplada en las constituciones de 1939, 1945, 1950, 1962 y 1983, Arts. 29, 15, 155, 155 y 9, respectivamente.

Nuestra Constitución lo recoge en su Art. 9: "Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley". De donde se deduce:

1. Reconoce la libertad de trabajo, con lo cual queda abolida la servidumbre y el trabajo forzado.

2. Se puede realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin el pleno consentimiento de la persona en los casos:

a. De calamidad pública que consiste en "una desgracia, infortunio, privación o mal que alcanza a muchos; como epidemia, terremoto, inundación, guerra, hambre, plaga y desventuras análogas o menores"[845].

   Desastre o calamidad pública para los efectos de la Ley de Defensa Civil emitida por Decreto Legislativo No. 498 del 8 de abril de 1976 que derogó la Ley de Emergencia Nacional de 1965, considera en el Art. 4 es "la consecuencia de fenómenos físicos
   o naturales, acciones armadas o trastornos sociales que afectaren el orden público, el normal desarrollo de las actividades

K IS (’íihancllas. 'i'. II. cit. p..20.

económicas en la República o la vida, salud o patrimonio de sus habitantes; y,

b. En los demás señalados por la ley. Estos casos deben ser situaciones semejantes a las estipuladas.

2.2.9. Libre disposición de los bienes y libertad de contratación

A. Noción

La libertad de disponer de los bienes nace del derecho de propiedad que junto con los derechos de usar y disfrutar de la cosa, lo integran. La libre disposición de bienes es la manifestación de ambos derechos fundamentales: la libertad y la propiedad, por lo que cuando tratemos esta última ahondaremos más en el tema.

Basta decir por el momento que consiste en la potestad que tiene toda persona de poder realizar actos de dominio sobre sus bienes, es decir que se encuentra facultado para transmitirlos o enajenarlos ya sea por medio de un acto entre vivos, para el caso una venta, permuta o donación, o,por causa de muerte, por testamento.

La libertad de disposición es, a la vez, parte integrante de la libertad de contratación. Comprende esta última varios aspectos, entre los que podemos señalar la libertad de celebrar o no determinado contrato, el derecho de elegir con quién contratar y el derecho de regular su contenido.

B. Antecedentes generales.

La libre disposición de los bienes fue consagrada jurídicamente en la Declaración de Virginia (1776) en su Sección 1ra. que decía; "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de

adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad".

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

A pesar de que como hemos dejado establecido anteriormente, la libertad de disposición de los bienes es parte integrante de la propiedad, y la libertad de contratación lo es de aquella, nos limitaremos en este apartado a dichas libertades, y a la propiedad en general cuando nos refiramos a ella.

La Constitución Federal de 1824 reconocio la libertad de disposición de bienes cuando establecía en su Art. 175 ordinal 4to., que no podía ni el Congreso, las Asambleas ni las demás autoridades "Tomar la propiedad de ninguna persona, ni turbarla en el libre uso de sus bienes, sino en favor del público cuanto lo exija una grave urgencia legalmente comprobada; y garantizándose previamente la justa indemnización". Las de 1898 y 1921 contemplaron la libertad de disposición en sus Arts. 16 y 42, respectivamente.

La libre disposición de los bienes también fue recogida en las constituciones de 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1945, 1950, 1962, 1983 en sus Arts. 68, 77, 99 y 122, 18 y 40 inciso 2do., 15 y 36 inciso 2do., 5 y 10, 5 y 9, 25, 173, 173 y 22.

A partir de la Constitución de 1886 se reconoció en el Art. 17 el derecho que toda persona tiene a la libre administración de sus bienes, de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramiento, y en cuanto a las que no tengan la libre administración, la ley determinará los casos en que pueda hacerlo y los requisitos exigióles. Este principio fue reproducido en las constituciones de 1939, 1945, 1950, 1962, 1983 en sus Arts. 1, 17, 174, inciso 2do., 174 inciso 2do. y 23, respectivamente. En la de 1939 se consagró por primera vez la libertad de contratación, Art. 32. Posteriormente, fue recogido en las constituciones de 1950, 1962 y 1983, en sus Arts. 174, 174, 23, respectivamente y en la de 1950 se introdujo la libertad de testar, la cual ya se encontraba establecida en las leyes secundarias.

La libertad de disposición de bienes y de testar la contempla nuestra Constitución en su Art. 22 que estatuye: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción"; y la de contratación en el Art. 23 Cn. que dice: "Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción
o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles". Es decir que:

1. Reconoce en el Art. 22 el derecho de toda persona, sin excepción a disponer libremente de sus bienes y garantiza de igual manera la libertad de transmitirlos en la forma que determinen las leyes y en el Art. 23 garantiza la libertad de contratación conforme a las leyes.

2. Ambos derechos no son absolutos, pues el legislador puede y debe regularlos, con la finalidad de garantizar el interés social, por lo que la Sala de lo Constitucional ha sostenido que ambas libertades reconocidas y garantizadas conforme a las leyes "deben entenderse y tienen vigencia dentro del marco fundamental que preceptúa la Constitución sobre el régimen económico (Art. 101), el que debe responder esencialmente a principios de justicia social, lo mismo que la libertad económica (Art. 102), que está garantizada en lo que no se opongan al interés social.

3. Ambas libertades deben interpretarse armónicamente con el Art. 103- que "alude a la propiedad privada, reconocida y garantizada en función social. De tal forma que en el derecho de disposición y la libertad de contratación prescritos por el legislador constituyente "conforme a la ley" poseen como contrapartida que pueden reglamentarse dentro de ciertos límites fijados por el ordenamiento jurídico, hasta en tanto la ley ordinaria no lo desconozca o los vuelva nugatorios. Tal cosa es así pues la propiedad, en sus atributos de uso, goce o disfrute y disposición, no concede facultades libres e ilimitadas. Por ende ambos derechos se reconocen o protegen con

sujeción a la ley. Así mismo, son asegurados en tanto no cumplan con los requisitos de forma que establecen las leyes"[846].

3. La Igualdad

3.1. Noción

El principio de la igualdad jurídica, "se funda en la Etica y se proyecta como condición jurídica exigida por la idea de la persona humana. Desde el punto de vista moral y filosófico-jurídico, igualdad quiere decir ante todo y por encima de todo -aunque no exclusivamente-, igualdad en cuanto a dignidad de la persona individual, y, por tanto, igualdad en cuanto a los derechos fundamentales o esenciales de todo individuo humano, desde un punto de vista axiológico. También significg. además, paridad formal ante el Derecho -igualdad ante la ley-; y asimismo contiene como desiderátum la promoción de un Estado de cosas en que
haya igualdad de oportunidades" [047]

La doctrina dominante acepta "que la igualdad, más que un derecho fundamental autónomo o aislado es un principio informador del ejercicio de los derechos fundamentales. La igualdad carece de contenido propio, funcionando como criterio de desarrollo de los derechos fundamentales"[848]. De conformidad con esta doctrina los derechos fundamentales deben pues ser informados por el criterio de igualdad o bien constituye la igualdad una condición básica de su ejercicio. Lo anterior aparece en forma explícita, para el caso, en el inciso 2do. del Art. 32 que proclama la igualdad jurídica de los cónyuges; en el ordinal primero del Art. 38 que prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, credo o nacionalidad; etc.

846 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 49.

847 Recasens Siches, cit. p. 589.

848 Gustavo Suárez Perlierra, "Artículo 14. Igualdad ante la ley", Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, pp. 282-283.

Ahora bien, la igualdad como criterio de desarrollo de los derechos fundamentales aparece también en forma implícita en todas aquellas disposiciones constitucionales en las cuales se usa la palabra "todos", "todo habitante", "todos los salvadoreños", "todo ciudadano", etc.

3.2. Antecedentes generales

En el devenir de la historia la igualdad no había existido ni como fenómeno social o real ni mucho menos como derecho consagrado jurídicamente. Ya hemos mencionado como en los pueblos de la antigüedad existía la esclavitud, en la Edad Media, no obstante la propagación de los postulados cristianos, la servidumbre, prevaleciendo antes de la Revolución Francesa la desigualdad fáctica que se traducía en la desigualdad jurídica, que era el reconocimiento que hacía el derecho positivo de privilegios, potestades y prerrogativas de una clase social y económica sobre otra. Hasta la administración de justicia se desarrollaba con un marcado sectarismo revelándose en la existencia de fueros.

La Declaración de Virginia (1776) declaró en su Sección 1ra. que "Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes" y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) consagró la igualdad jurídica, en su Art. 1 que decía: "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común"; la igualdad ante la ley y ante los cargos públicos, en su Art. 6 que en lo pertinente establecía "Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinbión que la de sus virtudes y de sus talentos" y la igualdad ante los impuestos, en su Art. 13 que estatuía que 4a contribución para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, debía ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades.

Sin embargo, la igualdad legal abstracta se tradujo en una profunda desigualdad en ia realidad económica; no se manifestó como una negativa del derecho y garantía de igualdad, sino como un estado existente entre dos sujetos colocados en la misma situación de

cjobornados, condición que mejoró con el reconocimiento de los derechos sociales.

La igualdad puede analizarse de acuerdo a Hernández Valle, como principio jurídico y como principio político.

"En la concesión liberal clásica, una vez abolidos los privilegios, consagrada constitucionalmente la libertad y la igualdad y proclamada la soberanía nacional, los ciudadanos son iguales. La ley, por lo tanto, debe ser general, es decir, igual para todos. La generalidad de la ley es el instrumento para preservar esa igualdad de los ciudadanos existentes en el punto de partida, los cuales deben acomodarse a la ley para optar a sus beneficios. Será responsabilidad suya si no lo hacen. La igualdad no puede consistir sino en igualdad jurídica.

Los socialistas, en cambio, objetaron que los sujetos no eran iguales en el punto de partida, que no estaban en condiciones de igualdad, sino que ésta era algo por alcanzar. Por ello criticaban la generalidad de la ley, porque era justamente el instrumento para perpetuar la desigualdad. Más bien el legislador tiene que introducir desigualdades para lograr la igualdad real de todos los administrados.

La primera concepción nos dice este autor es netamente jurídica, la segunda tiene más connotación política. Por ello ambas concepciones demandan un tratamiento normativo diferente"[849]. Nuestra Constitución, procura conseguir un equilibrio entre ambas concepciones, al consagrar por una parte la igualdad ante la ley en el Art. 3 y la igualdad real, de manera implícita, en el inciso primero del Art. 101 que dice "El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano".

Considera además Hernández Valle que "la igualdad como principio jurídico se puede entender de acuerdo a dos concepciones: la tradicional y la contemporánea, esta última sobre todo estructurada por la jurisprudencia.

849 Rubén Hernández Valle. I.;is Uherfades Públicas en Cosía Rica, cit. p. 202.

En su acepción tradicionalmente aceptada la igualdad significa que varias personas en número indeterminado, que se encuentran en una misma situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares de las mismas obligaciones y derechos que dimanan de ese estado, es decir, como una aplicación regular, correcta de las disposiciones constitucionales, sin otras restricciones que las que determina la norma. Por lo que, se rompería la igualdad cuando al aplicarse la ley no se hiciera de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas.

Por su parte, la concepción contemporánea de igualdad distingue entre igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. La primera, se interpreta como aplicación de la ley conforme a la ley, como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal; y la segunda se hace residir en un tratamiento jurídico igual para supuestos de hecho iguales y en un tratamiento jurídico diferenciado de esos supuestos cuando haya una justificación razonable"[850].

3.3. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce en su preámbulo, la igualdad personal y jurídica al establecer que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y en su Art. 2, la igualdad ante la ley e igualdad de deberes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) también consagra la igualdad personal y jurídica en su Art. 1; la igualdad de derechos, en su Art.2; la igualdad ante la ley, así como el derecho a la no discriminación e igual protección de la misma, en su Art. 7 y la igualdad en el matrimonio; en su Art. 16.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) contempla la igualdad ante la ley y la igualdad en la protección de la misma, en su Art. 26; la garantía del ejercicio de los derechos en plena

850 Ibíd. pp. 204 a 206.

igualdad, en su Art. 2.1; la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos, en su Art. 3; la igualdad ante los tribunales de justicia, en su Art. 14.1. ; la igualdad en el matrimonio, en su Art. 23.4.; la igualdad para los cargos públicos, en su Art. 25 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), consagra la garantía del ejercicio de los derechos en plena igualdad, en su Art. 2.2. y el pleno disfrute de la igualdad en derechos, en su Art. 3.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) también reconoce la igualdad ante la ley y la protección legal, en su Art. 24; la igualdad de derechos y responsabilidad de los cónyuges, en su Art. 17.4.; y la Igualdad de derechos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, en su Art. 17.5.

3.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 establecía en su preámbulo que los representantes del pueblo de Centro América, congregados en Asamblea Nacional Constituyente, decretan la Constitución...para afianzar los derechos del hombre los principios inalterables de igualdad, seguridad y propiedad; en su Art. 2 al referirse a la Nación estatuía que "Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". Reconocía además, en el régimen "Garantías de la Libertad Individual", la igualdad jurídica en su Art. 153 al establecer que "Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna, estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinen las leyes". Las Cor.stituciones federales de 1898 y 1921, garantizaban a los habitantes de la República, la igualdad en sus Arts. 15 y 32. La primera de ellas, reconocía además, la igualdad ante la ley en su Art. 33.

La Constitución nacional de 1824 por su parte, proclamaba la igualdad al establecer que todos los salvadoreños son hombres libres e igualmente ciudadanos del Estado, Art. 8 y expresaba además, que si la República y el Estado protegían los derechos de libertad, propiedad e igualdad de todos los salvadoreños, debían estos someterse a una serie de preceptos y obligaciones, recogidos en el Art. 9.

La Constitución de 1841 por su parte, consagraba la igualdad ante los tribunales de justicia al abolir los comisiones y tribunales especiales como contrarios al principio de igualdad, de derechos y condiciones. En consecuencia quedaban todos sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que establecía la ley, Art. 80. A partir de la Constitución de 1864 y las sucesivas de 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939 y 1945, reconocieron derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, los cuales tenían por principio la libertad, la igualdad y la fraternidad, Arts. 76, 98, 17, 14, 10, 8, 59 y 8; a excepción de la 1864, la igualdad ante la ley, Arts. 111, 29, 25, 21, 23, 36 y 23; recogían además, la igualdad ante los tribunales de justicia, en sus Arts. 86,113, 31, 27, 23, 25, 39 y 25; la igualdad para la admisión en los cargos públicos, en sus Arts. 98,46, 42, 33, 5, 23 y 5, respectivamente, a excepción de la de 1871. La de 1939 reconocía además la igualdad en las cargas públicas, Art. 24. Las de 1950 y 1962, reconocieron la igualdad ante la ley en sus Arts. 150, en cuya exposición de motivos se expresaba que figuraba como inciso segundo el rechazo de empleos- y privilegios hereditarios, como una consecuencias de la igualdad. Por otra parte agregaba, que no podía haber restricción en cuanto al goce de los derechos civiles que se basen en diferencias de raza o color. Este último caso fue suprimido, porque estimaron que se encontraba comprendido en la raza. Decían que "la enumeración que hace el inciso primero es puramente demostrativa, y no excluye otros casos. La regla es que no puede haber restricción, por motivo alguno, en cuanto al goce de los derechos civiles". Hacía también algunas excepciones a la regla general ya consignada, en el Título del Régimen Económico. En efecto, la propiedad rural quedaba para los extranjeros limitada por la reciprocidad. Y en cuanto al pequeño comercio y a la pequeña industria, quedaba reservados a salvadoreños hijos de padre o madre salvadoreña y a los centroamericanos por nacimiento. No puei^rhaber otras excepciones, fuera de las que establezca el texto constitucional[851]; igualdad ante los tribunales, Arts.
169 y 169; la igualdad jurídica de los cónyuges, Arts. 179 y 180, igualdad

851 Kl Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. pp. 166-167.

i lo los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, Arts. 180 y 181; igualdad de remuneración a igual trabajo, Arts. 183 ordinal 1ro. y 182 ordinal 1ro.

3.4.1. La igualdad como principio jurídico.

Nuestra Constitución reconoce la igualdad jurídica, la cual se puede clasificar en:

1. Igualdad ante el Estado, que puede ser:

   a. *Igualdad ante la ley.* Reconocida en el Art. 3 que establece "Todas las personas son iguales ante la ley", es decir que "frente a supuesto de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada"[852]. Esto es, que existe una misma ley para todos, lo que impide la creación de estatutos legales que contengan derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de razas, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.

   Esta misma disposición constitucional reconoce la prohibición de privilegio jurídico, basado en las circunstancias diferenciales de los individuos. Así el citado artículo reza "Para el goce de los derechos civiles no podrá establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión".

   El constituyente se refirió únicamente a derechos civiles por lo que cabría preguntarse si existe discriminación o restricción en cuanto a otros tipos de derechos, para el caso los familiares, culturales, laborales, sociales, económicos, etc. Creemos, que el constituyente no utilizó con precisión el vocablo "derechos civiles" referido actualmente a los "derechos individuales", sino

852 Gabriel Mauricio Gutiérrez (astro, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 121.

que, por el contrario quizó aludir a los "derechos fundamentales". Para explicar la regla contenida en dicho artículo, se basó en ejemplos de derechos incluidos en el régimen económico, que en la concepción actual, no forman parte de los derechos civiles sino que, del orden económico. Por lo que consideramos, que la regla de la no discriminación no se aplica solamente a los derechos civiles sino que a toda clase de derechos.

Por lo que todos los habitantes de la República, tanto nacionales como extranjeros, cualquiera que sea su posición tienen derecho al goce de los mismos.

Cabe agregar, que la formulación de las discriminaciones que hizo el constituyente no es taxativa, ya que para el caso, en el Art. 3 no se prohibieron las referentes al origen filiatorio. Por lo que creemos, que basta la consagración del principio de igualdad para poder rechazar cualquier otro tipo de discriminación.

La prohibición de discriminación no significa, de acuerdo a Suárez Pertierra, "la total proscripción de los elementos distintivos que pudieran afectar a los sujetos. En este sentido, el ordenamiento constitucional "prohíbe, en efecto, la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas. Y la diferenciación se distingue de la discriminación precisamente porque la primera se fundamenta en unos motivos de carácter subjetivo que no existen en la segunda. De este modo, no constituye propiamente discriminación la exigencia de determinados conocimientos específicos -la lengua, por ejemplo- en relación con los funcionarios de los territorios autónomos, como tampoco lo serían otras exigencias similares"[853].

La norma, como dice Bidart Campos, "hace recaer en el legislador una prohibición: la de tratar a los hombres de modo

853 Gustavo Suárez Pertierra, eit. p. 286.

f

desigual. O sea que cuando el Estado legisla no puede violar en la ley la igualdad civil de los habitantes"[854].

Del principio de igualdad se deriva también la prohibición de leyes especiales o singulares.

En efecto, dice Hernández Valle, "la ley singular no puede regular en forma diversa, sin justificación adecuada, situaciones semejantes o ¡guales. Por ello, cuando la ley sea tal que excluye de su regulación o reglamenta en forma diversa situaciones semejantes respecto de aquella o aquellas singularmente reglamentadas, incurre en una evidente violación del principio de igualdad, toda vez que estaría estableciendo injustificadas condiciones de ventaja o de desventaja para los sujetos ubicados en situaciones reguladas por su normativa, en relación con las situaciones jurídicas correspondientes a aquellos administrados que han sido excluidos de su regulación. Dentro de estos límites, es la discrecionalidad del legislador la que debe determinar el ámbito de la disciplina normativa que debe adoptarse, correspondiendo, por su parte, a los tribunales establecer si la ley crea o no una normativa concreta justificada"[855].

b. *Igualdad ante la administración* consiste en que los órganos que ejercen la función administrativa deben en igualdad de circunstancias, no dar a unos los que nieguen a otros y viceversa.

c. *Igualdad ante la jurisdicción,* es decir:

c.1. *En cuanto a los tribunales.* No basta pues que la reconozca el derecho, sino que debe de ir acompañado de la medida de protección adecuada para asegurar su cumplimiento. En razón

854 Germán J Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, cit. p. 260.

855 Ibíd. pp. 207-208.

de este principio se fueron aboliendo las comisiones y tribunales especiales, los cuales juzgaban a las personas en virtud de ciertas prerrogativas. Nuestra Constitución en su Art. 15 establece que nadie puede ser juzgado sino ...por los tribunales que previamente haya establecido la ley", prohíbe en el Art. 190, el fuero atractivo, sin embargo subsiste el fuero militar, Art. 216.

Al respecto Quiroga Lavié considera que "no son fueros personales el disciplinario -ejercido por toda asociación cuando aplica su jurisdicción sobre sus miembros, para asegurar el orden interno-, ni el ético, que califica la inconducta de los integrantes de los grupos sociales o los efectos de determinar su permanencia en ellos, o como condición para poder prestar los servicios que el grupo presta: caso específico de los tribunales de ética de los colegios profesionales"

c. 2. *En la aplicación de la ley* "la resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad"[857].

2. *Igualdad ante y entre particulares.* Esta puede ser:

a *Igualdad en las relaciones privadas.* Nuestra Constitución reconoce algunos aspectos de este tipo de igualdad:

a.1. *Igualdad/laboral* contemplada en el Art. 38 ordinal 1ro. que establece que "En una misma empresa o establecimiento y en idénticas circunstancias, a trabajo igual debe corresponder igual remuneración al trabajador, cualquiera que sea su sexo, raza, credo o nacionalidad", precepto que ha sido desarrollado en la

856 Quirogá líivié, cit. p. 123.

857 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, cit. p. 121.

legislación secundaria por el Código Laboral en sus Arts. 123 y 124. Este último artículo establece que "la inobservancia de lo prescrito en el artículo anterior dará derecho a los trabajadores afectados para demandar la nivelación de salarios".

a.2. *Igualdad jurídica de los cónyuges.* Contemplada en el Art. 32 inciso 2do. que estatuye "El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges", la falta de matrimonio no afecta el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia Art. 32 inciso tercero.

a. 3. *Igualdad de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos*. Reconocido en el Art. 36 inciso primero, que establece que: "Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos frente a sus padres".

a. 4. *Igualdad en cuanto a la educación*. El Art. 58 expresa que "Ningún establecimiento de educación podrá negarse a admitir alumnos por motivos de la naturaleza de la unión de sus progenitores o guardadores, ni por diferencias sociales, religiosas, raciales o políticas".

Es necesario mencionar que la enumeración anterior no es taxativa sino que por el contrario existen otras disposiciones constitucionales que estatuyen la igualdad, para el caso el otorgamiento de la nacionalidad originaria, donde no distingue el constituyente en cuanto a la filiación, otorgándola por igual tanto a los hijos de padre o madre salvadoreña, Art. 90; aparece también en forma implícita en el desarrollo de los derechos fundamentales en aquellas disposiciones en las cuales se usa vocablos tales como: "todos", "todos los habitantes", "nadie", "toda persona", etc.

b. *Igualdad en la admisión en los cargos públicos*. Se manifiesta como el derecho que tiene toda persona a ser admitida en los empleos públicos sin otra consideración que la idoneidad. Se considera además, que es constitucional normar el ingreso a una

función pública exigiéndose determinadas condiciones. Así para el caso nuestra Constitución las establece para el Presidente y Vicepresidente de la República y Designados a la Presidencia Arts. 151 y 153; Ministros y Viceministros de Estado, Art. 160; Diputados a la Asamblea Legislativa, Art. 126; Magistrados y Jueces, Arts. 176, 177, 179 y 180; Fiscal General, Procurador General de la República y Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Art. 192; Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas, Art. 198; Gobernador, Art. 201; Miembros de los Concejos Municipales, Art. 203 y Miembros del Tribunal Supremo Electoral, Art. 208, requisitos especiales para poder optar a dichos cargos.

c. *Igualdad en las cargas públicas*. El concepto de igualdad fiscal es meramente la aplicación del principio general de igualdad a las materias tributarias, por lo cual se estatuye que todos los contribuyentes en las mismas categorías deben recibir igual trato y que el monto debe ser proporcional a la capacidad contributiva de quien la paga. Cabe agregar que el concepto de proporcionalidad incluye el de progresividad. Y así nuestra Constitución recoge este principio al establecer dentro de las atribuciones de la Asamblea Legislativa en el ordinal 6to. del Art. 131 que le corresponde "decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos en relación equitativa".

3.4.2. La igualdad real y efectiva

Nuestra Constitución lo recoge en el Art. 101, disposición en la que se persigue la igualdad real de todos los habitantes.

Rubén Hernández Valle dice que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha precisado muy bien el contenido del principio de igualdad en sentido real y efectivo en varias de sus sentencias. "Entre otros, ha dicho que de PSR principio derivan los siguientes corolarios:

1. Los poderes públicos deben promover los valores superiores del ordenamiento. Es decir, no sólo se debe respetar la igualdad formal ante la ley, sino promover también la igualdad real.

2. La efectividad de la igualdad y de la libertad están vinculadas al objetivo de garantizar un bienestar material generalizado.

3. Todo lo anterior requiere de los poderes públicos actuaciones positivas para remover obstáculos y para promover condiciones y cauces institucionales para esa efectividad de la libertad y de la igualdad y para la solución de los conflictos sociales.

4. El legislador puede, sin reducirse a la pura igualdad ante la ley, introducir conscientemente ciertas diferencias de tratamiento jurídico con vistas a esa igualdad real y efectiva.

5. Existe una proporcionalidad entre la finalidad constitucionalmente lícita de proporcionar una igualdad real y efectiva y los medios empleados para ello. Esto justifica, bajo ciertos supuestos, que determinadas desigualdades jurídicas tiendan a corregir desigualdades de hecho y, por tanto, a conseguir una igualdad real.

6. La función de la igualdad real y efectiva no puede dar lugar a resultados contrarios a los derechos y libertades fundamentales, ni pueden producirse normas contrarias a otros preceptos o principios constitucionales, como tampoco se puede con tal motivo vulnerar el principio jurídico de igualdad, el cual rechaza diferencias discriminatorias.

7. La medida diferencial debe ser necesaria para la protección de bienes y derechos pretendida por el legislador, y este fin ser, asimismo, constitucionalmente relevante. No puede el legislador establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones homogéneas o cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia para ese trato diferente.

H También el Tribunal ha validado leyes singulares en razón de la igualdad. La igualdad ante la ley exige, en principio, leyes generales, pero no prohíbe contemplar la necesidad o la conveniencia de

diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso. La ley singular, portanto, debe responder a una situación de igual índole y ser una medida razonable y proporcionada al supuesto de hecho sobre el que se proyecta"[858].

3.5. El principio de igualdad en la justicia constitucional.

Anteriormente tratamos los casos que las normas utilizan como criterio de diferenciación, prohibiendo expresamente el Art. 3 las restricciones que se basan en diferencia de nacionalidad, raza, sexo o religión, veamos ahora cuál es el juego del principio de igualdad en los demás, "para ello hay que establecer que lo que el principio, en sustancia, viene a exigir es que situaciones iguales reciban un trato normativo igual. Es obligado, por tanto, hacer una comparación entre la norma impugnada y las situaciones reguladas por ella, frente a otra norma y otras situaciones por ella reguladas (que constituyen lo que por la doctrina se ha dado en llamar "el término de la *comparación")'[859].*

De la comparación puede resultar:

IraQue las situaciones reguladas por la norma impugnada sean iguales a las reguladas por la otra norma, en este caso una de las dos norma será inconstitucional.

2do.Que las situaciones reguladas por las normas sean diversas, en este caso las dos normas que se comparan son constitucionales.

Sin embargo, "se ha estimado que el principio de igualdad también se viola si situaciones desiguales reciben un trato normativamente igual,
o lo que es lo mismo, el principio de igual exige también que situaciones desiguales se traten desigualmente"[860]. Aquí, se van a comparar dos o

858 Rubén Hernández Valle. Las Libertades Públicas en Cosía Rica, cit. pp. 212-213.

K59 lose Suay Rincón, El Principio de Igualdad en la Justicia Constitucional, Instituto de l Aludios de Administración Local, Madrid, 1985, p.51.

860 IIM'CI. p. 52.

más situaciones de hecho, pero únicamente entrará en juego una norma. El principio de igualdad obliga pues tanto a comparar situaciones iguales como a diversificar situaciones distintas. Ahora bien, cuándo las situaciones son iguales y cuándo son diversas. Para poder determinar estas situaciones los tribunales se basan en el siguiente procedimiento:

Cuando una ley se impugna por infracción del principio de igualdad, el tribunal tiene que determinar si las situaciones que esa norma regula son iguales o diversas de las reguladas por otra norma, para lo cual busca la "ratio" de la norma impugnada y si ella justifica la desigualdad de trato, la norma no infringe el principio de igualdad.

El primer paso a seguir es pues la búsqueda de la finalidad de la norma. La finalidad seguida por la norma es la que va a servir de parámetro para determinar si la desigualdad de trato se encuentra justificada o no. Por lo que el tribunal tiene que tomar en cuenta no solo la finalidad que la norma declarar perseguir (fin objetivo), sino que además dilucidar cuál es en efecto la finalidad real y verdadera de la norma, para lo cual tendrá que investigar la voluntad del legislador (fin subjetivo). Si el fin objetivo es igual al fin subjetivo habrá encontrado la finalidad real de la norma.

Si del análisis resultará que la desigualdad de trato estuviese justificada, se entenderá que es "objetiva y razonable" y no violará el Iirincipio de igualdad. En algunos casos, no basta con que la desigualdad (Jo trato sea objetiva y razonable, además tendrá que ser "proporcional", osto es, que la norma impugnada no sólo debe estar justificada por el fin que persigue, sino que también tiene que ser el "medio adecuado para la realización del fin que se propone"[861]

El segundo paso consiste en la conexión de la finalidad de la norma con un interés constitucionalmente relevante. Es fácil comprender que "la desigualdad de trato que una norma establece no puede ser justificada por una finalidad cualquiera, sino que se le exige que proteja una interés constitucionalmente relevante, entendiento tal,

l.i.l llml . pp. 54-55.

precisamente, aquél que se encuentra amparado por la propia Constitución"[862]. Por ejemplo, los Arts. 2, 32 y 37 contienen normas protectoras de determinados intereses, que por estar incluidos en el texto constitucional, hay que reputar intereses constitucionales.

"Una vez conocido, por hipótesis, que el interés protegido por la norma impugnada es un interés constitucionalmente relevante, la presunción de constitucionalidad de la norma será mucho más rigurosa que la que podría merecer en principio, y ello es así hasta el punto de que, en la mayoría de los asuntos, el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad termina aquí, o dicho de otra manera, que si la Corte estima que la norma está justificada por el fin que persigue, la desigualdad de trato que introduce será razonable y, en fin, la norma impugnada no podrá ser declarada contraria al Art. 3. Esta presunción de constitucionalidad tiene dos excepciones: a. cuando el criterio de diferenciación es uno de los que prohíbe expresamente el Art.3; b. los casos en que la norma impugnada persigue la misma finalidad que la norma con la se compara, sin que, por tanto, aparentemente, se adviertan exigencias objetivas secundarias que puedan justificar su existencia en el ordenamiento jurídico

En otra ocasiones la Corte entiende que para dilucidar la razonabilidad de la norma es preciso mayores averiguaciones.

El tercer paso a seguir es el juicio de proporcionalidad. El "self restraint". Tal .como se dejo señalado anteriormente, en determinados casos el Tribunal "no agota su enjuiciamiento con la constatación de que la finalidad perseguida por la norma es un interés constitucionalmente relevante; sino que pasa seguidamente a determinar si la desigualdad de trato es proporcional o si, por el contrario, no lo es.

El juicio, aquí, consistirá en determinar si la medida empleada (norma impugnada) es un medio apropiado para alcanzar la finalidad perseguida"[863].

862 Iliíd. p. 60.

863 Ibíd. p.p. 62-63.

864 Ibíd. p. 64.

w

. La Corte recurre al argumento de la discrecionalldad del legislador, técnica conocida en el Derecho norteamericano con el nombre de "self restraint" que consiste en la autolimitación por la Corte de su propia cognición.

4. Derecho de propiedad

4.1. Noción

Definir la propiedad entraña una serie de dificultades. La primera de ellas viene determinada por su carácter histórico, ya que concebirla en términos abstractos e intemporales constituye una ficción. Lo que en realidad existen son formas institucionales o concepciones teóricas de la propiedad, que se suceden en el tiempo o que por el contrario coexisten en un mismo período. Es de aquí de donde resulta el significado multívoco y equívoco de la expresión y la consiguiente inutilidad de los esfuerzos encaminados a definir la propiedad de una vez

l)or todas.'Así para el caso, el derecho de propiedad en su sentido clásico

0 romanista consiste en la plena facultad de disponer a voluntad de los bienes materiales, salvo las prohibiciones legales.'El Código Civil francés definió la propiedad en su Art. 544 como el derecho de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta y nuestro Código Civil lo define on su Art. 568 de manera más limitada al establecer que "Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por

1 la ley o por la voluntad del propietario". La evolución posterior, conforme

1 a Díaz-Picazo y Ponce de León "discurrió por dos senderos. Por un lado, al ponerse de moda por influjo de la doctrina de la Iglesia católica la cláusula de la función social de la propiedad, se vino a entender que la propiedad no es sólo una situación de poder jurídico, esto es, un derecho subjetivo, sino una situación jurídica compleja, en la que al lado de lás liicultades de uso, goce y disfrute del bien, pueden coexistir cargas y

1 >1 >li( ]aciones, impuestas por las leyes o, en su caso, por los reglamentos, p.ua permitir la satisfacción de los intereses públicos o de intereses UiMiñricamente denominados como sociales. Por otro lado, sobre todo mi l.i legislación urbanística, se ha tratado de definir un contenido norma1 di' la propiedad con el fin de eliminar el carácter excepcional de las

limitaciones y con el fin de excluir que las limitaciones que no traspasen ese contenido normal signifiquen expropiación. En el fondo, sin embargo, continuaban perviviendo el derecho de goce y el derecho de disposición más o menos constreñidos por las limitaciones"[865]. Sin embargo, el sentido cambiante de la propiedad no ha sido obstáculo para que encontremos ciertos rasgos genéricos, los cuales nos sirven como hilo conductor para seguir las viscisitudes de su formación histórica. Así para el caso, encontramos en todos los pueblos y en todos los tiempos propiedad colectivas de carácter público y de carácter privado, junto a propiedades estrictamente individuales.

i Junto al carácter cambiante de la propiedad, encontramos primero, que palabra propiedad se toma a veces en sentido objetivo para designar el objeto que pertenece a alguna persona, otras veces se toma en sentido de dominio y significa, no la cosa, sino el poder jurídico que sobre la misma se t¡ene.*Otro aspecto que dificulta su conceptualización unitaria, es la diversidad de cosas que pueden constituir su objeto.

En efecto, un problema ampliamente debatido por la doctrina ha sido el del denominado "pluralismo" de la propiedad o de estatutos de propiedad. El cuadro tradicional de la definición de propiedad se encontraba sostenido por la referencia a la propiedad inmobiliaria y, en especial a la propiedad de la tierra. Esta doctrina de la pluralidad de propiedades es consecuencia de la creciente intervención del Estado en la actividad económica. Lo que ha llevado a cuestionar, desde distintas ópticas teóricas, si la coexistencia actual de diferentes estatutos jurídicos para los diversos tipos de bienes (según se trate de bienes de dominio público o privado, de consumo o de producción y, dentro de éstos, según se trate de bienes de naturaleza agraria, urbana, industrial...) permite la subsistencia de un concepto unitario de propiedad o si, por el contrario, debe admitirse la existencia de varias propiedades. Según la tesis sostenida por Vassalli, ^Ao hay propiedad sino propiedades- todas las propiedades son especiales y cada una de ellas posee su propio y específico régimen jurídico"[866].

865 I ,uis Diez Picazo y Poncede León, "El Derecho a la propiedad privada en la Constitución", Kstudios sohre la Constitución l'sp.imibi Tomo II, cit. p. 1259.

866 K Vassalli, transcrito por Luis Diez-Picazo y Ponce de León, cit. p. 1260.

Por último, es necesario tener presente que, en la mayor parte de las ocasiones, la noción de la propiedad tiene un transfondo ideológico. La propiedad es un concepto controvertido porque aparece estrechamente ligado a las exigencias o intereses de la sociedad o de quienes en ella detentan el poder[867].

4.2. La inviolabilidad de la propiedad

La propiedad es inviolable, lo cual no significa, dice Bidart Campos "que es absoluta, ni exenta de función social: significa que ni el estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla"[868].

La inviolabilidad se garantiza a través de una serie de prohibiciones:

1. Nadie puede ser privado de su propiedad sin ser previamente oído y vencido en juicio conforme a las leyes, es decir, mediante la garantía de audiencia, Art. 11.

2. La confiscación que es el apoderamiento de todos bienes de una persona, que pasan a poder del Estado, sin compensación o indemnización alguna. La característica de la confiscación es que comprende a todos los bienes de una persona, ya que el acto que comprenda bienes determinados no será confiscación, sino alguna otra figura jurídica, verbigracia, el comiso.

3. La requisa de un bien "es un acto por el cual el órgano administrativo impone a un particular, en base al interés general, la obligación de transferir la propiedad del mismo o el uso de una cosa mediante una indemnización. Se puede decir, en un sentido amplio, que la requisa se refiere a la disposición, por vía coactiva de personas y de cosas. La requisa puede ser de uso, de consumo o puede ser en propiedad. No afecta solamente a los bienes de los particulares sino que

867 Ver Antonio E. Pérez Luño, cit. p.p. 398 a 400.

868 Germán Bidart Campos, Trillado Elemental del Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, cit. p. 333.

también puede traer aparejada la obligación de prestaciones de *servicios o de* actividades"[869].

4. Las vinculaciones que consisten en la "sujeción o gravamen de bienes para perpetuarlos en el empleo o familia designados por el fundador. La vinculación ha sido el resultado de diferentes instituciones jurídicas.

   En primer término, de la sustitución fideicomisaria llevada de sus posibilidades al extremo, regulando la transmisión y conservación de los bienes a través de las generaciones, indefinidamente.

   En segundo lugar, una exageración de la libertad de testar con la preferencia por el mayor de los hijos varones.

   Por último, y como forma más genuina, una causa y efecto de los mayorazgos que consiste en el derecho que tiene el primogénito de suceder en los bienes dejados, con las condición de conservarlos íntegros y perpetuamente en su familia

5. Los monopolios que consisten en el privilegio concedido a favor de una persona natural o jurídica, de fabricar, comprar, vender ciertos productos o de prestar ciertos servicios públicos, con exclusión de toda competencia.

6. Las manos muertas consisten en "poseedores de bienes, singularmente inmuebles, en quienes se perpetúa el dominio por no poderlos enajenar ni trasmitir. En este caso se encuentran los de las comunidades religiosas/y los organismos públicos; y en el primero se hallaban los antiguos mayorazgos. La denominación de manos muertas proviene de que los bienes poseídos en esas condiciones se consideraban como muertos para el comercio jurídico; en manos que no pueden darles vida de la circulación"

K6V Manuel Mana Diez, cit. p. 207-298.

870 Ver C iuillermo Cabanellas, l omo VIII, cit. p. 379.

871 (iuillermo Cabanellas, Tomo V, cit. p. 299.

4.3. Las limitaciones a la propiedad.

¡Hemos dicho que el derecho propiedad no es absoluto, tampoco es exclusivo ni perpetuo. No es absoluto porque se encuentra limitado por la función social;i ni exclusivo porque tiene restricciones y servidumbres públicas que afectan el goce o el uso de la propiedad. Así, las restricciones administrativas son las que "se imponen en beneficio del público o de la colectividad. En principio, no son indemnizares, porque se estima que constituyen condiciones de ejercicio del derecho de propiedad; no obstante, corresponde indemnizar al propietario si se hace aplicación torcida de las normas que establecen la restricción, o si tales normas son irrazonables, o si las restricciones causan daño"[872]. Estas pueden responder por razones de seguridad, higiéne, moralidad, urbanismo, etc.. Como ejemplos, podemos mencionar el apoyo en inmuebles de hilos o cables telefónicos, telegráfico o eléctricos; la prohibición de edificar sobrepasando una altura máxima, etc.

Las servidumbres públicas, por su parte implican "sustracción o desmembración que afectan la exclusividad de la propiedad, en beneficio público. Por eso, y también a diferencia de las restricciones, las servidumbres públicas son indemnizables.

La ocupación temporánea es otra forma de limitación que recae sobre bienes y cosas, e implica el uso y goce de los mismos por parte de la administración pública en beneficio público, durante cierto tiempo,
y con resarcimiento indemnizatorio [070].

No es perpetuo porque se puede extinguir por medio de la expropiación. Esta es un acto unilateral por el cual el Estado priva de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre el mismo, con fines de utilidad pública o interés general y mediante una justa y previa indemnización.

K72

(ierman

4.4. Antecedentes generales

El derecho de propiedad ha existido desde los albores de la humanidad, reduciéndose en un principio a los objetos rudimentarios destinados a la pesca y a la caza, luego se fue extendiendo hasta convertirse con el correr de los siglos en un concepto jurídico, gracias a la evolución de los pueblos antiguos. Así los romanos lo consideraban como un derecho absoluto que originaba para su titular la facultad de usar, gozar y abusar[874] de ella, concepto que se hizo extensivo no únicamente a los bienes de consumo sino que a los de capital. Así para el caso, los esclavos se encontraban incluidos dentro de este concepto, los cuales fueron tratados como objetos de propiedad particular.

En el último siglo de la República romana, surgió la confiscación como un castigo y arma de persecución política, cuyo origen se debió a Lucio Cornelio Sila. <

Durante la Edad Media predominó la propiedad feudal, la cual comprendía: "a. la propiedad directa del señor feudal, dueño de la casi *totalidad de las tierras; b. la propiedad útil del paisano o terrateniente que* explotaba la tierra y sobre el que pesaban una serie de obligaciones retributivas de servicios personales y dinero. Existía, además, una categoría de trabajadores de la tierra, los siervos de la gleba, que se trasmitían conjuntamente con el dominio del suelo al que estaban afectados sus servicios"[875].

En la Alta Edad Media fue creciendo en los burgos una clase artesanal que tenía el derecho de propiedad sobre sus herramientas de trabajo y los objetos por ella elaborados, hasta que fue perdiendo este sistema importancia ante el avance del capitalismo en el que los propietarios son los dueños de los medios de producción.

874 expresión "abutere" nunca tuvo entre los romanos el significado de abusar, o sea el de destruir la cosa o usar de ella conforme al capricho del propietario, que se pretendió atribuirle modernamente, sino el de enajernarla o consumirla", Segundo V. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T. V, cit. p. 18.

875 Ibíd. 18.

Jurídicamente el derecho de propiedad fue consagrado primeramente en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia'^ (1776) que proclamaba en su Sección I: "Que todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres e independientes, tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en sociedad, no pueden por ningún contrato privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad" y en su Sección IV que "no puedan ser...privados de su propiedad por razones de utilidad pública sin su consentimiento", es decir que no se podía expropiar sin previo consentimiento[876].

Posteriormente la Constitución del Estado de Massachusetts (1780) consigno la expropiación, al establecer en su sección X que "ninguna parte de la propiedad de cualquier individuo puede justamente quitársele, o aplicarse a los usos públicos sin su consentimiento, o el del cuerpo representante del pueblos. Y siempre que las exigencias públicas requieran que la propiedad de algún individuo se aplique a usos públicos, él recibirá una razonable compensación por ella".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) incluía a la propiedad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, al lado de la igualdad, libertad, seguridad y resistencia a la

876 Es necesario hacer notar que no existe acuerdo de opiniones acerca del lugar y la época en que la expropiación apareció por primera vez. Se discute si fue o no conocido en el antiguo Oriente, sin embargo. García de Enterria y Fernández consideran que fue en la Edad Media "dentro de la doctrina de los rescriptos "contra ius naturales ac gentium", que justifica, cómo, frente al principio "princeps legibus solutus est", el Príncipe está, sin embargo, "abstrictus" o vinculado a la observancia del derecho natural y de gentes, se concluye que cuando por vía rescripto el Rey desapodera de su propiedad a un súbdito, como quiera que la propiedad es institución de derecho natural o de gentes, o bien la medida será incapaz, o bien, si se fundamentase en alguna "iusta causa", para ser mantenida requerirá ser acompañada de una indemnización que restablezca por vía compensatoria el derecho del afectado. Esta construcción domina, en realidad, toda la época preconstitucional, desde los comentaristas hasta el absolutismo, el cual no obstante haber enfatizado los poderes expropiatorios con la doctrina del "dominium eminens", reconocía aquí, en la necesidad de la indemnización correlativa, uno de los escasos límites ai poder real que fuese realmente operativo".Eduardo García de Enterria y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo T. II, Civitas, Madrid, 1986, p.J 92.

opresión, Art. 2. Agregaba además la Declaración en su Art. 17 que: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización", se acepta en esta disposición el poder de expropiar en manos del Estado, capaz de hacer cesar la propiedad, pero al mismo tiempo se limita.

También la Constitución de los Estados Unidos reconoce el derecho de propiedad y la expropiación como limitación al mismo en su Enmienda V (1891), al estatuir en lo pertinente "ni será privada de la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; tampoco se incautará la propiedad con destino al uso público sin la debida compensación".

Este derecho de propiedad de cuño individualista va recibiendo el impacto de las transformaciones ideológicas, sociales y económicas, por lo que va sufriendo sucesivas limitaciones, hasta llegar a las doctrinas que le asignan una función social. "La idea de la función social procede de la doctrina social de la Iglesia católica y se encuentra emparentada con los movimientos doctrinales tendentes a poner límite a la tradicional absolutividad del derecho de dominio. Por diferentes vías, se había llegado a este punto. Una de ellas, de necesario recordatorio, es la ¡dea del abuso del derecho, que surgió precisamente para poner corto a los actos del propietario, caracterizables como actos de emulación, esto es, actos realizados con el fin de perjudicar a otro y sin propia utilidad, así como para poner corto a los posibles actos de contenido antisocial. Como ha señalado V. Montes, la idea de la función social, sobre todo en el pensamiento católico, aparece básicamente como un deber moral"[877].

Surge por otra parte, el movimiento socialista y luego el marxista que se encargan de atacar la propiedad privada y llevar a cabo la socialización de la propiedad de los medios de producción, y así la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (1918) establecía que para la realización de la socialización de la tierra quedaba

877 I in.s I)icz-Pk\izo y Poncc de I .con. cil. p. 1266.

suprimida la propiedad privada déla misma; y declaraba todas las tierras propiedad nacional y que serían entregadas a los trabajadores sin ninguna ciase de indemnizaciones, sobre la base de su disfrute igual para todos, Art. 3 literal a.

Sin embargo, y a pesar de las oposiciones y limitaciones que han venido sufriendo, subsiste.

Podemos resumir diciendo "que entre las tesis absolutamente afirmativas del individualismo que acuerda al titular del derecho de propiedad las facultades de usar, gozar y disponer de ella a su libre albedrío, hasta la tesis extrema del colectivismo, que en sus múltiples variables limita esos derechos del propietario hasta llegar a negarlos en su versión comunista que considera inexistente la propiedad privada, reconociendo al estado como el único propietario de las cosas y los bienes, cuyo uso concede en límites estrictos y condicionados a los individuos según sus necesidades y no conforme a sus capacidades, se encuentran las teorías intermedias que consideran al derecho de propiedad como una función social al servicio de la comunidad o como un atributo del individuo con cierta función social no incompatible con el servicio particular que de ella haga su titular'[878]

4.5. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (l'M8) reconoce el derecho a la propiedad en su Art. 23, también lo contempla la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su Ail 17, siendo un poco más explícita, ya que habla del derecho a la piopiedad individual y colectiva, así como, del derecho que tiene toda persona a no ser privada arbitrariamente de su propiedad. La (;< invención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) lo recoge en su Art. 21 estableciendo en su ordinal lio que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" y en el 2do. que "nlni |ima persona puede ser privada de sus bienes, sino mediante

ií/H I lin.u ui A. (iarcía Bclsuncc. cit. pp. 121-122.

indemnización justa, ya sea por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos establecidos por la ley".

4.6. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La propiedad ha sido reconocida en El Salvador, en todas sus constituciones, tanto las federales como las nacionales. As(la Constitución federal de 1824 establecía que era esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad, Art. 2; y que no podía ni el Congreso, ni las Asambleas, ni las demás autoridades: tomar la propiedad de ninguna persona, ni turbarle en el libre uso de sus bienes, sino en favor del público cuando lo exijiera una grave urgencia legalmente comprobada, previa y justa indemnización, reconocía pues la expropiación; ni establecer vinculaciones, Arts. 175 ordinales 4o y 5o.

Las constituciones federales de 1898 y 1921 garantizaban a los habitantes de la República entre otros derechos, la propiedad, Arts. 15 y 32; reconocían además, la libertad de disposición de sus bienes, sin restricción alguna, Arts. 36 y 42; prohibía la de 1921, las vinculaciones, exceptuando aquellas que se destinaran a establecimientos de

fi7Q

beneficencia y a la instrucción gratuita, Art. 42 ; establecían la inviolabilidad de la propiedad de cualquier naturaleza, y reconocían la expropiación la cual procedía por causa de necesidad o utilidad pública legalmente comprobada, y previa una justa indemnización. Ahora bien, en caso de expropiación motivada por las necesidades de la guerra la indemnización podía no ser previa, Arts. 36 y 59; prohibía los monopolios, la de 1898 exceptuaba la acuñación de la moneda y los privilegios que por tiempo limitado concedía a los inventores o perfeccionadores de alguna industria, Art. 39; y la de 1921 exceptuaba los privilegios y concesiones que se otorgaran por tiempo limitado para fomentar la introducción o perfeccior)&m¡ento de industrias, la colonización o inmigración, el establecimiento de instituciones de crédito y la apertura

879 El Art. 171 de la Constitución de 1921 recogía el bien de familia, al establecer entre las atribuciones y deberes del Instituto de Reformas Sociales, el de "proteger el matrimonio y la familia, como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de familia".

do vías do comunicación, Art. 41; consideraban a la industria libre, pero podía la ley estancaren provecho de la nación, o de los Estados, en los tamos que estimare conveniente, Arts. 38 y 40; prohibían las confiscaciones, ya sea como pena o en cualquier otro concepto, advirtiendo que aún si la autoridad contraviniesen a este precepto los hiones confiscados son imprescriptibles, Arts. 24 y 60; y reconocían además, la garantía de audiencia la cual procedía entre otros, por privación a la propiedad, Arts. 27 y 58, respectivamente.

La Constitución nacional de 1824, protegía la propiedad en su Art. !) y prohibía la confiscación en su Art. 68. La de 1841 consagraba la qarantía de audiencia, por privación de la propiedad, Art. 76; reconocía la expropiación por causa de interés público legalmente comprobado y previa indemnización, Art. 92; prohibía a los cuerpos armados hacer requisiciones, Art. 71.

Las de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886 reconocían derechos y (loberes anteriores a las leyes positivas y los cuales tenían por principios, entre otros a la propiedad, Arts. 76, 98, 17, 14, 10, 8; así como la libre adquisición, posesión y disposición de los bienes, Arts. 77, 99, 18, 15,
II, 9; la inviolabilidad de la propiedad de cualquier naturaleza, sin embargo podía el Estado expropiar por motivo de utilidad pública leqalmente comprobada y mediante una justa y previa indemnización, Arts. 97, 122, 40, 36, 29, 31. La de 1883 no se refería a la propiedad en lorma genérica sino que especificaba sus tipos, y así decía "bien sea material, intelectual, literaria o artística", Art. 29 y las de 1883 y 1886 en sus mismos Arts. 29 y 31 reconocían que en la indemnización podía no sor previa, en el caso expropiación motivada por las necesidades de la querrá. Abolieron además, la pena de confiscación, Arts. 82, 109, 27, 22,
IB, ampliando la de 1886 su ámbito de aplicación al prohibirla como pena
0 en cualquier otro concepto, Art. 18; recogían la garantía de audiencia por violación del derecho a la propiedad, Arts. 82, 109, 27, 23, 19, 20.
1 odas a excepción de la de 1864 reconocían la transmisibilidad de la propiedad en la forma que determinaban las leyes, quedando en consecuencia prohibida toda especie de vinculaciones, Arts. 122, 40 inciso 2do., 36 inciso 2do., 29, 5.

A partir de la de 1872 reconocían que la industria era libre, pudiendo estancar únicamente en provecho de ella y para administrar

exclusivamente por el Ejecutivo, el aguardiente, el salitre y la pólvora, Arts. 43, 39, 31, 34.

La de 1886 prohibía en el inciso 2do. del Art. 34 los monopolios, pero exceptuaba los relativos a la acuñación de monedas y los privilegios que, por tiempo limitado, concedía la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna industria y en su Art. 32 prohibía las manos muertas.

La Constitución de 1939 reconocía el derecho a conservar y defender la propiedad, la libre disposición de los bienes, prohibía las vinculaciones, exceptuando los fideicomisos, cuando fueran constituidos a favor de la nación, de instituciones benéficas o culturales del país, de personas naturales inhábiles, o de personas que estén por nacer, hallándose ya en el vientre materno; y el bien de familia, este último como medio de tutela del patrimonio familiar, Art. 25; prohibía la confiscación, como pena o en cualquier otro concepto, Art. 34; contemplaba la inviolabilidad del derecho de la propiedad y la expropiación por causa de utilidad pública legalmente comprobada y previa indemnización, ésta podía ser posterior a la ocupación cuando se tratara de la apertura de carreteras nacionales, provisión de agua a ciudades o pueblos, y de fines militares en caso de guerra, Art. 50. Se ampliaron de esta manera los casos en que se puede expropiar sin previa indemnización, ya que las constituciones de 1883 y 1886 contemplaban únicamente la guerra; destinaba la propiedad de los inmuebles únicamente a los salvadoreños por nacimiento y las sociedades formadas por éstos, los cuales podían tener derechos reales sobre los mismos, en una faja de quince kilómetros de ancho, a lo largo de las costas y fronteras. Los propietarios extranjeros podían continuar siéndolo por un período no mayorde veinticinco años, Art. 51; prohibía las manos muertas, Art. 53; el ejercicio del comercio y la industria era libre, pero podía el Estado Wancar por medio de una ley, en provecho de la nación, para administrar por medio del Ejecutivo, el salitre, los explosivos, las armas y cartuchos; el alcohol y bebidas alcohólicas, el tabaco elaborado, los fósforos y toda clase de carburantes; se debía además fomentar el ejercicio del comercio y de la pequeña industria en favor de los salvadoreños, Art. 55 inciso 1ro.; prohibía los monopolios, Art. 55 inciso 2do.; le correspondí^ al Estado el régimen exclusivo de los siguientes servicios: acuñación de la moneda, correos, telégrafos,

r

tolófonos y radio. La emisión de billetes se debía hacer exclusivamente por un solo banco concesionario del Estado, Art. 56.

La Constitución de 1945 reprodujo las disposiciones de la í Constitución de 1886, pero con una importante reforma, mantuvo la prohibición de establecer vinculaciones, pero siguiendo la huella del constituyente de 1939 permitió los fideicomisos en favor de la Nación, de instituciones benéficas o culturales del país, de personas naturales incapaces o de personas que estuviesen por nacer, hallándose en el vientre materno y el bien de familia, Art. 5.

A partir de la Constitución de 1950, se creó un título dedicado al régimen económico, cuyos preceptos ya corrían, la mayoría de ellos dispersos, en la Constitución de 1886 como en el anteproyecto. Todos, decía la exposición de motivos "están concebidos en forma general y elástica, que permite una nutrida legislación secundaria sobre la materia tan compleja. Del texto de algunos de ellos se desprende que para tener eficacia necesitan de reglamentación; pero dan la pauta para un programa de gobierno cuyo desarrrollo requiere cierto tiempo. La base filosófica consiste en que el hombre y su vida constituyen el valor supremo, y que las cosas son un valor instrumental" OQQ

En nuestra Constitución vigente se mantuvieron las mayoría de las disposiciones de la constituciones de 1950 y 1962, con sus mismas características de garantizar por una parte los derechos de empresa y por otra, de asignarles una función social y de esta manera condicionarlos. Las modificaciones que han sido comentadas por los propios redactores se reducen a la propiedad de la tierra *con* vocación agrícola, a los fideicomisos y a ciertas concesiones de obras públicas.

Otra modificación fue en cuanto al título. Las constituciones de 1950 y 1962 lo llamaban "régimen económico", nuestra Carta Magna vigente lo denomina "orden económico", y lo contempla en su Título V.

Estas constituciones:

KKO HI Salvador, Asamblea Constituyeme, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 202.

1. Definen el orden económico, el cual "debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano", Arts. 135 y 101. La Constitución vigente introdujo un inciso donde estableció la obligación para el Estado de promover "el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores", Art. 101.

2. Garantizan la libertad económica, pero en lo que no se oponga al interés social. Es decir, un sistema de economía libre, sobre la base de un amplio respeto a la propiedad privada, pero admite limitaciones jurídicas a ésta, ya que la permite siempre que no se oponga al interés social, armonizando pues el interés individual con el interés social y disponen que el Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta a la mayor parte del país, Arts. 136 y 102.

3. Admiten la propiedad privada, pero no como una institución de derecho natural, la cual no podía limitarse sino por razones de orden público, sino que le asignó una función social. Esta idea ha provocado problemas de interpretación, pues el texto constitucional de 1950 que la introdujo, no la definió ni se puede colegir su concepto de la discusión que hubo al respecto en el seno de la Constituyente. La impresión que uno se forma al leer las actas respectivas es que los que participaron en ella no quisieron expresar realmente en qué consistía esa institución para no alarmar a los sectores que podrían ser afectados por las limitaciones que se le introdujeron. En términos sencillos podríamos decit^que la función social obliga al propietario a manejar sus bienes en forma tal que sean productivos y no contrarios al interés social, de no hacerlo así su derecho puede ser afectado, Arts. 137 y 103.'

   De la obligación de manejar en buena forma los bienes derivan algunas limitaciones, entre las que podemos mencionar: la administración por parte del Estado de las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la

continuidad de los mismos, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social, Art. 112 inciso primero; la intervención por parte del Estado en los bienes pertenecientes a nacionales de países con los cuales El Salvador se encuentre en guerra, Art. 112 inciso 2do.; el ejercicio exclusivo del comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño, por parte de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales, Art. 115; limitaciones por razones de protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y del medio ambiente, Art. 117; ejemplo de este último el caso de la finca El Espino.

4. Reconocen la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinada por la ley. Llamase derecho de propiedad intelectual y artística al derecho que corresponde al autor sobre una obra científica, literaria, artística, etc,. La Ley de Derechos de Autor, emitida por Decreto Legislativo No. 376, del 15 de julio de 1964 lo conceptualiza en su Art. 2 que dice: "El creador de una obra intelectual o artística goza sobre ésta, por el hecho de su creación, de un derecho de propiedad exclusivo y oponible a todos. Este derecho se denomina derecho de autor o derecho de propiedad intelectual y artística".

   Tratase dice Bielsa, "no de un derecho idéntico al de propiedad común (cosas o créditos), sino de un derecho de especial naturaleza, un derecho de propiedad "sui géneris", menor en extensión que aquel de propiedad, y con caracteres y modalidades especiales", al cual "no puede negarse el carácter de derecho de propiedad, en cuanto que representa trabajo o producto de trabajo, y eso, precisamente, en justicia y en economía política, es propiedad"[881], Arts. 137 y 103 inciso 2do.

SKI Transcrito por Segundo V. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho ('onsíilin'ioiKij, Tomo 5, cil. p. 81.

5. En el inciso 3ro. del artículo 137 de la Constitución de 1950, se nacionalizó el subsuelo QDO La nacionalización consiste en hacer que pasen a depender del gobierno, ciertos bienes o servicios explotados por los particulares.

   En cierto sentido al nacionalizar el subsuelo lo que realmente se hizo fue constitucionalizar la Ley de Minería que estaba vigente, la cual tenía ese principio, pero era incompatible con la Constitución de 1886, bajo cuyo imperio fue emitida. Esta nacionalización no obliga al Estado a ser el empresario minero, sino que puede establecer un régimen de concesiones para la explotación dei subsuelo, que es lo que se ha hecho.

   Este artículo fue reproducido en los incisos 2do. y 3ro. de los Arts. 135 y 103 de las constituciones de 1962 y de la vigente cuyo tenor literal es: "El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación". El subsuelo es propiedad del Estado, el cual puede otorgar concesiones que consisten en conferir a un particular la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado o el manejo y explotación de un servicio público. En el caso de la explotación de bienes, el Estado se limita a autorizar la explotación de una riqueza pública y en la concesión de un servicio público, la actividad organizada se realiza conforme a disposiciones legales o reglamentarias con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme y regular necesidades de carácter colectivo. Aquella se diferencia de ésta, en que se producen relaciones únicamente entre el Estado y el cesionario, en cambio en la de servicio público existe un tercer elemento que lo constituyen los usuarios del servicio[883].

882 Ver infra Cap. XIV.

883 La doctrina jurídica, dice Traga, "ha clasificado ios servicios públicos de acuerdo con diversos criterios, pero tal ve/ los más importantes son los que los dividen por la forma como satisfacen las necesidades generales y los que los separan por la forma de gestión de los mismos.
Desde el primer punto de vista se distingue en: a) servicios públicos nacionales, es decir destinados a satisfacer necesidades de toda ia nación sin que los particulares obtengan individualmente una prestación de ellosÁtales como el servicio de defensa nacional; b) servicios públicos que sólo de manera indirecta procuran a los particulares ventajas personales, tales como los servicios de vías generales de comunicación, ios servicios

f

Cabe agregar, que por medio de la Ley de Riego y Avenamiento, el Estado nacionalizó todos los recursos hidráulicos al estatuir que son bienes estatales, entendiendo por recursos hidráulicos “las aguas superficiales y subterráneas, ya sean corrientes o detenidas, incluyendo los álveos o cauces correspondientes. Se exceptúan las aguas lluvias captadas en embalses artificiales construidos por particulares", Art. 3 L.R.A. Pero no únicamente son propiedad del Estado las aguas superficiales y subterráneas sino que también la existencia del mar territorial volvió públicas las aguas. Por lo que priva el principio de publicidad de la propiedad de las aguas, aunque no se ha consagrado constitucionalmente en forma expresa, pero hay autores que lo infieren por vía interpretativa.

6. Permite la Constitución vigente la transferencia de los bienes inmuebles propiedad del Estado, a personas naturales o jurídicas dentro de los límites y en la forma establecida por la ley.

   La propiedad estatal rústica con vocación agropecuaria que no sea indispensable para las actividades propias del Estado, deberán ser transferidas mediante el pago correspondiente a los beneficiarios de la reforma agraria: Podrá también transferirse a corporaciones de utilidad pública, Art. 104. Contempla, esta disposición la posibilidad de que la propiedad estatal rústica pueda ser transferida a organizaciones campesinas u otras personas naturales o jurídicas. Aunque esta transferencia puede, desde luego, efectuarse conforme a los principios generales contenidos en la legislación secundaria, la *Comisión "consideró del caso incluirlo en* la Constitución, a efecto de que en el futuro esta facultad no pudiese ser restringida

sanitarios, los de puertos y faros, etc.; y c) los servicios que tienen por fin satisfacer directamente a los particulares por medio de prestaciones individualizadas. Dentro de esta categoría se encuentran los servicios de enseñanza, de correos, de telégrafos, radiocomunicaciones, transportes, etc. y también los servicios públicos sociales como son los de asistencia pública, los de previsión, los seguros sociales, los de vivienda barata, etc. Desde el segundo punto de vista o sea la forma de gestión de los servicios públicos se separan de aquellos que son manejados directamente, y en algunos casos como monopolios por el Estado o por organismos creados por el mismo Estado, de los que se explotan por medio de concesión que se otorga a individuos o empresas particulares”, (iabino Fraga, Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1980, p.244.

oonsidorando como un sano principio la transferencia estatal do la tiorra a las personas que directamente la cultivan" Con esta disposición todas aquellas tierras ociosas en manos del Estado, debían de ser transferidas a los beneficiarios de la reforma agraria. Y para darle cumplimiento a lo estipulado en el inciso 1 ro. se emitió el Decreto Legislativo No. 896, del 18 de febrero de 1988, por medio del cual se dio la "Ley de Transferencia de la Propiedad Estatal Rústica de Vocación Agropecuaria a favor de los Beneficiarios de la Reforma Agraria".

7. El artículo 105 de la Constitución vigente constituye el centro de la nueva regulación del proceso de reforma agraria.

   Según indican algunos historiadores la tenencia de la tierra en la época precolonial era comunitaria, o sea que las tierras no pertenecían a nadie en particular, pertenecían a la comunidad en general. "En la época colonial, dice Bertrand Galindo, existieron dos sistemas de tenencia de la tierra: de tipo individual y de tipo colectivo. De propiedad colectiva eran las comunidades indígenas que dejaron subsitir los españoles y en ciertos casos, fomentaron su creación. Existía también la propiedad eclesiástica en la forma de propiedad de cofradía, de las manos muertas y de curia. Existía además un tipo

   qoc

   de propiedad muy singular que era el ejido : el ejido se constituía normalmente alrededor de un poblado, teniendo una superficie de una legua a la redonda, y según algunos autores la propiedad colectiva llegó a significar los dos tercios de la tierra agrícola de El Salvador durante la época colonial. Existía la propiedad individual en

884 Kl Salvador, Asamblea ('instituyente. Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. pp. 59-60.

885 "Los ejidos son terrenos propiedad del Estado, aledaños a las poblaciones, cuyo uso y goce corresponde al municipio. lisos derechos de uso y goce corresponden a todos los vecinos del pueblo, en forma colectiva, y en ellos pueden pastar sus ganados, recoger frutas, etc., peni para cultivarlos se necesita pagar un canon de arrendamiento a la comuna. lista forma de tenencia de la tierra fue importada por los españoles de la península ibérica donde existía desde la edad media". Abelardo Torres, Tierras y Colonización, Publicaciones del Departamento de Derecho Público, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. cjemplai\mimeografiado, p. 20.

dos formas principales; la una a través de los repartimientos que normalmente iba acompañada de las llamadas, "encomiendas", en las cuales se suponía que se le encomendaban al encomendadero, el cuidado de las almas de los indígenas; la verdad es que esto se convirtió prácticamente en un tipo de explotación esclavista; el otro tipo era las mercedes reales que daba España a través de la propiedad que se llamó realenga, que estaba formada por todas aquella propiedades no comprendidas en ninguna otra de las clases ya mencionadas; eran por derecho de conquista, propiedad de la Corona de España y los Emperadores o los Reyes Españoles concedían títulos a los conquistadores; de ahí nacieron la peonías y las caballerías, según fuese la clase de persona que recibía la merced"[886].

Durante los tres siglos de dominación colonial y después de la independencia hasta fines del siglo pasado, coexistieron como formas de tenencia de la tierra la comunal, que se conservó después de la conquista, el ejido introducido por los colonizadores y la propiedad privada, con las estancias ganaderas y las haciendas de añil.

En el último cuarto del siglo pasado, con la introducción del cultivo del café, algodón y caña de azúcar, el modelo de tenencia de la tierra se argumentó que era un obstáculo, ya que la tierra existente no era suficiente para explotar con eficiencia los nuevos cultivos que sustituyeron al añil, por lo que las tierras comunales fueron abolidas por decreto del 26 de febrero de 1881, que establecía en su preámbulo: "La existencia de tierras bajo la propiedad de las comunidades impide el desarrollo agrícola, estorba la circulación de la riqueza y debilita los lazos familiares y la independencia del individuo. Su existencia contraría los principios económicos y sociales que la República ha adoptado". Al año de la abolición de las tierra comunales, el 2 de marzo de 1882 se extinguieron los ejidos expresándose que: "El ejido, como institución municipal, es un

886 Francisco Bertrand (¡alindo, ('ii'lo de Conferencias sobre Derecho Agrario, "Derecho Agrario y Legislación Agraria en Iil Salvador", Revista de Justicia, Tipografía Central, San Salvador, 1977, p. 78.

obstáculo para nuestro desarrollo agrícola...por estar en contra de nuestros principios económicos"[887]. Se introduce el sistema de producción capitalista, con el cual se produce la concentración de la tierra en pocas manos y la proliferación de pequeños propietarios, que siguen explotando la tierra con medios rudimentarios y erosivos.

A finales del siglo XIX, a raíz de la rebelión abierta en contra de las autoridades, la protesta por la abolición de la tierra común y la desposesión de los que la cultivaban, se pusieron en vigor una serie de decretos que trataron de dar una reglamentación nueva de la vida rural, todos estos se agruparon, para formar ia primera colección de legislación agraria del país, la Ley Agraria de 1907. Posteriormente al levantamiento de 1932, el gobierno creó en julio de ese año, un fondo especial, el Fondo de Mejoramiento Social, para proporcionar viviendas económicas, para el desarrollo de una industrialización general y de un programa de redistribución de tierras. En octubre de ese mismo año, se estableció una institución responsable de la administración de ese fondo, la Junta Nacional de la Defensa Social. Diez años después de su establecimiento, la Junta fue redenominada Instituto de Mejoramiento Social, y se intentó volver a definir y revivir el programa de la reforma agraria. Los fines de su política se expresaron de manera más específica: se retuvo el propósito principal de comprar propiedades privadas para redistribuirlas a ipa pequeños propietarios. En diciembre de 1950 se creó un nuevo organismo del gobierno para la reforma de la tierra, el Instituto de Colonización Rural (I.C.R.) Se amplió el alcance de la reforma agraria más allá de la mera división y adjudicación de las fincas grandes. Se consideró que la función del I.C.R. era la planificación y la puesta en marcha de un programa eficiente de distribución y asentamiento de tierra del gobierno, etc. Posteriormente, en 1973-1974 la reforma agraria iba a ser iniciada por el gobierno, el cual dio marcha atrás. El 26 de junio de 1975, por decreto legislativo No. 302 se emitió la Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria y el 29 de junio de 1976, por

887 Ver David Browning, líl Salvador, la Tierra y el Hombre, Dirección de Publicaciones del Ministerio de Hducación, San Salvador, 1975, pp. 338, 341.

Decreto Legislativo No. 31, se dio el Decreto del Primer Proyecto de Transformación Agraria. Sin embargo, fue la Junta Revolucionaria de Gobierno (1979) la que dio inicio al llamado proceso de transfomación agraria. Así por Decreto Ley No. 153 del 5 de marzo de 1980, publicado en el Diario Oficial No. 46, Torno 266, de la misma fecha emitió la "Ley Básica de la Reforma Agraria", la cual fija las bases generales del proceso, reitera el concepto de propiedad privada en función social, establece el límite de la tenencia de la tierra en cien y ciento cincuenta hectáreas, según la clase de tierra, y define el proceso de reforma agraria como la "transformación de la estructura agraria del país y la incorporación de su población rural al desarrollo económico, social y político de la nación, mediante la sustitución del sistema latifundista por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra; basada en la equitativa distribución de la misma, la adecuada organización del crédito y la asistencia integral para los productores del campo a fin de que la tierra constituya para el hombre que la trabaja, base de su estabilidad económica, fundamento de su progresivo bienestar social y garantía de su libertad y dignidad", Art. 2 L.B.R.A.

Para garantizar los objetivos de la Ley Básica de la Reforma Agraria se consideró necesario dictar medidas que permitieran tomar posesión de los inmuebles comprendidos dentro de la primera etapa, para cuya implantación se emitió el Decreto 154, del 5 de marzo de 1980, publicado en el Diario Oficial No. 46, Tomo 266, de la misma fecha, en cuyos Arts. 1 y 2 estableció que dicha puesta en marcha comprendía la expropiación por ministerio de ley de los inmuebles rústicos que en el territorio nacional excedieran de quinientas hectáreas, sea que formaran un solo cuerpo o en suma de varias unidades, que en propiedad o posesión tuviesen una o más personas naturales, sucesiones y sociedades. Se autorizó al Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria para que procediera de inmediato a la intervención y toma de posesión de los inmuebles afectados, por medio de delegados de la institución y el Ministerio de Agricultura y Ganadería, quienes podían contar con el auxilio de la Fuerza Pública que proporcionaría el Ministerio de Defensa y de Seguridad Pública. Se exceptuaron los inmuebles propiedad de las asociaciones cooperativas agropecuarias, de asociaciones

comunitarias campesinas o de otras formas de organización campesina dedicadas a actividades agropecuarias.

Dicho Decreto puso pues en ejecución la primera etapa, consistente en la afectación y expropiación de las tierras rústicas en exceso de las quinientas hectáreas, dejando para una segunda etapa, los excedentes de las cien y ciento cincuenta hectáreas, según la clase de suelo, a que se refería el Art. 4 de L.B.R.A.

Posteriormente, se emitió el Decreto 207 del 28 de abril de 1980, publicado en el Diario Oficial No. 78 Tomo 267 de la misma fecha, por medio del cual se dio la "Ley para la Afectación y Traspaso de Tierras Agrícolas a favor de su Cultivadores Directos". El objeto de esta ley era la adquisición por el Estado de las tierras rústicas que no excedían de los límites de reserva o tenencia permitidas, cuando dichas tierras no fueran explotadas directamente por su propietario, con el propósito de asignarlas a los arrendatarios simples o con promesa de venta, aparceros, compradores por venta a plazos con reserva de dominio u otras personas que los trabajasen directamente. Lo que se pretendía con esta ley era eliminar los sistemas injustos de explotación indirecta de la tierra, que imponían a los cultivadores obligaciones en efectivo o en especie por el derecho de explotar la tierra. Los beneficiarios de la reforma agraria, ya no eran sólo las organizaciones campesinas sino los campesinos sin tierra que la cultivan directamente, dando a los propietarios, por el derecho de cultivarla, un pago en efectivo o en especie. Para hacer efectiva la adjudicación y financiar la adquisición de inmuebles rústicos con vocación agrícola, a las personas que las explotaban directamente, así como, financiar con el mismo objeto y en iguales circunstancias, a las asociaciones cooperativas agropecuarias, asociaciones comunitarias campesinas u otras organizaciones de trabajadores agropecuarios inscritos en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, se creó la Financiera Nacional de Tierras Agrícolas, que se denomina abreviadamente FINATA, por medio del Decreto 525 del 11 de diciembre de 1980, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 269 de la misma fecha. En la constituyente de 1983, los artículos relativos al orden económico y sobre todo el Art. 105, terminaron en un pacto social o pn pacto político. Después de agotadoras discusiones, los diputados de las diferentes fracciones

llegaron a unos acuerdos, los cuales a grandes rasgos se pueden resumir así:

a. Se consagró el principio de libre disposición de la propiedad de la tierra con vocación agrícola, al establecer en el inciso primero que "El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra rústica, ya sea individual, cooperativa, comunal o en cualquier otra forma asociativa, y no podrá por ningún concepto reducir la extensión máxima de tierra que como derecho de propiedad establece esta Constitución".

b. Se reconoció la constitucionalidad formal de la reforma agraria.

c. Se limitó en doscientas cuarenta y cinco hectáreas la extensión máxima de propiedad rústica para una misma persona natural o jurídica, excepto las que pertenecían a las asociaciones cooperativas o comunales campesinas, las cuales se sometieron a un régimen especial. Quedando el inciso segundo del Art. 105 redactado de la siguiente manera: "La extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona natural o jurídica no podrá exceder de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. Esta limitación no será aplicable a las asociaciones cooperativas o comunales campesinas". Esta disposición constituye de acuerdo a la Comisión Redactora "un esfuerzo realizado en el seno de la misma como transacción de criterios altamente divergentes en cuanto a la limitación de la propiedad de la tierra y su disponibilidad, uso, goce y disfrute. Por una parte se sostuvo que no debe existir limitación alguna y por otra, que debe dejarse a criterio de la legislación secundaria no sólo la limitación en cuanto a la extensión y transferencia en cuanto al titular de los derechos de dominio o la forma de uso, goce y disfrute de la tierra. La mayoría calificada que se incluye para fijar la extensión máxima, permite dar una seguridad jurídica al propietario de la tierra a efecto de que pueda hacer las inversiones necesarias para su mejor explotación en beneficio también de la colectividad"[888].

888 El Salvador. Asamblea Constituyeme. Informe Unico, Comisión de Estudio del

ch. Se permitió a los propietarios de tierras rústicas dentro de los límites de la tenencia, transferirla, enajenarla, partirla, dividirla o arrendarla libremente, Art. 105 inciso 3ro. Con el objeto de impulsar el proceso masivo de transferencia voluntaria de tierras con vocación agropecuaria, ofrecidas por los propietarios directamente a los beneficiarios, o a éstos por medio de las organizaciones campesinas o de FINATA para lo cual se emitió la "Ley de Transferencia Voluntaria de Tierras con Vocación Agropecuaria", por medio del Decreto 839 del 3 de diciembre de 1987.

Ahora bien, el excedente de doscientas cuarenta y cinco hectáreas se sometió al siguiente régimen:

a El propietario de tierras rústicas cuya extensión era mayor de doscientas cuarenta y cinco hectáreas tenía el derecho de reserva, es decir de delimitar de inmediato su extensión máxima determinando la porción de la tierra que deseaba conservar, la cual debía inscribir por separado en el correspondiente Registro de la Propiedad Raíz, Art. 105 inciso 4to.

a Los copropietarios de tierras que excedieran los límites fijados podían procederá su partición, Art. 105 incito 5to.

n El propietario podía transferir el excedente de doscientas cuarenta y cinco hectáreas a cualquier título a campesinos, agricultores en pequeño, sociedades y asociaciones cooperativas y comunales campesinas dentro del plazo de tres años a partir de la vigencia de la Constitución, plazo que venció el 20 de diciembre de 1986, Art. 1Q5 inciso 6to. Pero en ningún caso podía ser transferido a cualquier título a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, Art. 105 inciso 7o. "La norma constitucional que faculta al propietario para enajenar los

l'i»>yc(i(i ilc (onsiitución. (Exposición de Motivos de la (’onstitución de 1983), cit. p. 5().

excedentes a los beneficiarios del proceso agrario es parcialmente operativa y parcialmente programática. Si la transferencia es a las sociedades y asociaciones cooperativas y comunales campesinas la norma opera por sí sola sin necesidad de ulterior desarrollo; pero en relación a los campesinos y agricultores en pequeño dicha norma es programática, porque es necesario una ley especial, conforme lo dispone el Art. 267 Cn., para volverla

OOQ

completamente operativa

Si las tierras no han sido transferidas en el plazo de tres años, establece la parte final del inciso 6to. del Art. 105 será una ley la que determinará el destino de las tierras que no hayan sido transferidas al 20 de diciembre de 1986 y podrá el Estado expropiar por ministerio de ley los excedentes que por causa imputable al propietario no se hubieren transferido, Art. 267. En cumplimiento de ambas disposiciones constitucionales se emitió el Decreto Legislativo 895, del 18 de febrero de 1988, por medio del cual se dicto la "Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las 245 Hectáreas". El Art. 105 se encuentra intimamente ligado con el Art. 267 el cual fue el dique, dicen Alvarenga y Sandoval, "que el Constituyente puso para que dentro de los tres años subsiguientes a la vigencia de ia Constitución, no se pudiera llevar a cabo la Segunda Etapa de la Reforma Agraria dando oportunidad a los propietarios de excedentes de tierras rústicas, a que libremente pudiesen transferirla a las personas naturales o jurídicas que se dejan relacionadas en el inciso segundo del Art. 105; y sólo las tierras no transferidas, ordenó este Art. 267 que podían ser expropiadas por ministerio de ley[890].

889 Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, Definición Legal de Campesino *y* Agricultor en Pequeño. Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, Noviembre 1986, p. 12.

890 Ivo Príamo Alvarenga y Magno Tulio Sandoval. "Estudio Jurídico sobre una Posible Ley General de Reforma Agraria o un Código Agrario'[1], Año II, Presentía, Números 7-8, San Salvador, 1990, p. 154.

Otra situación importante del Art.2ü7 es que ordeno en su inciso segundo la emisión de una ley que definiera los conceptos de campesino y de agricultor en pequeño, para los efectos de las transferencias ordenadas en el Art. 105, la ley denominada "Ley Definitoria de Campesino y Agricultor en Pequeño" fue emitida por Decreto Legislativo No. 513, del 13 de noviembre de 1986 y publicada en el Diario Oficial No. 215 Tomo 293, del 18 del mismo mes y año.

Una de las disposiciones transitorias, el Art. 265 reconoce la vigencia de todas las leyes y decretos relativos al proceso de la misma en todo lo que no contradiga al texto de la Constitución. De esta disposición se infieren dos cosas importantes: una, que el proceso de Reforma Agraria se mantiene y se consolida; y dos, que queda reformada la legislación pertinente por la propia Constitución.

La legislación dada por la Junta Revolucionaria contemplaban tres etapas para la reforma agraria:

La primera afectaba a las propiedades mayores de quinientas hectáreas. Esta fue realizada por el gobierno de facto y consolidada por la Constitución.

La segunda habría afectado las propiedades cuya extensión estuviera entre cien y quinientas hectáreas. No fue ¡mplementada por el gobierno de facto y está modificada en lo que se refiere a la extensión máxima, que se estableció en doscientas cuarenta y cinco hectáreas, salvo que se trate de asociaciones cooperativas o comunales campesinas, las cuales pueden poseer propiedades de extensión mayor a esa. Esto último con el objeto de consolidar las transferencias que se habían hecho a las cooperativas campesinas de las propiedades expropiadas por razón de la primera etapa. Ver Art. 105.

La tercera etapa, que se refería a las propiedades dadas en arrendamiento que excedían a diez hectáreas. Esta ha sido suspendida, pues dicho artículo permite arrendar las propiedades particulares.

8. Contemplan la expropiación, la cual a partir de la Constitución de 1950, amplió su campo de acción, pues no sólo se admite, como las anteriores constituciones, por causas de utilidad pública, que son de interés general, sino que además por causas de interés social. Así el inciso primero del Art. 106 de la Constitución vigente expresa: "La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización".

   El Estado para cumplir sus fines puede llegar a necesitar bienes que sean propiedad de particulares. Si la persona titular del derecho lo cede, ya sea a título oneroso o gratuito, no hay conflicto alguno. Pero, si el titular de ese derecho no lo desea transferir, prevé la Constitución la expropiación como medio que tiene el Estado para adquirir ese bien y afectarlo a un fin de utilidad pública o de interés social, sin tener en cuenta la voluntad de su dueño actual.

   La expropiación procede por causa de utilidad pública y de interés social. El concepto utilidad pública puede tener innumerables aplicaciones según las circunstancias y las épocas, sin embargo, la podemos definir basados en su sentido estrictamente gramatical como "lo que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad, a la que puede servir y aprovechar en alguna linea" [891]. De similir manera, González la define "en el sentido de "tomar la propiedad del particular para ser empleada en provecho, comodidad o progreso de la comunidad" [892].

s El interés social por su parte, significa que el Estado puede expropiar para resolver problemas sociales en favor de las clases económicas débiles.

   Tanto la utilidad pública como el interés social deben ser legalmente comprobados. Nuestro ordenamiento jurídico en materia de expropiación se caracteriza porque no existe un procedimiento

891 Segundo V. *Uñares* Quiiilana. Tomo 5. t il. p. 97.

892 Joaquín V. González, transcrito por Segundo V. Linares Quintana. Tomo *5,* op. cit. p. 95.

único, ya que las leyes especiales establecen un procedimiento distinto al estatuido por la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado.

Esta Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado fue emitida por Decreto Legislativo No. 33 del 25 de julio de 1939 y publicada en el Diario Oficial del 17 de agosto del mismo año y regula la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, comprendiendo específicamente dentro de la misma, tanto las obras o trabajos que se necesiten para la prestación de cualquier servicio público, como las obras para la producción, transmisión y distribución de energía eléctrica para uso público, como la nacionalización de los servicios públicos prestados por particulares, facultando al Estado a expropiar los bienes destinados a su prestación, Art. 2. El procedimiento establecido en ella es de carácter mixto, pues conoce tanto la autoridad administrativa como la judicial, la primera emitiendo la declaratoria de utilidad pública y el decreto de expropiación, y la segunda determinando si ha lugar o no a la ocupación del bien que se trata de expropiar, y en caso necesario por medio de peritos fija el monto de la indemnización cuando falta acuerdo entre las partes, conoce también de la entrega material del inmueble.

Las diligencias se siguen contra las personas que aparecen como dueñas de los bienes en el Registros de la Propiedad, en caso de no establecerse la tenencia en esa forma, contra el poseedor, o con los representantes legales en caso: de menores, de los privados de la administración de los bienes, de los ausentes y demás personas que tienen impedimentólegal para vender por sí. Ahora bien, si el dueño real o presunto carece de representante legal o se encuentra ausente del país se le nombra un curador especial.

La calificación de la expropiación le corresponde al Organo Ejecutivo, por medio del Ministerio del Interior, quien emite la resolución declarándola, en caso que proceda, y envía la solicitud al Juez de Primera Instancia del domicilio del propietario, el cual al recibir las diligencias procede sin demora en juicio civil sumario, oyendo a los dueños, poseedores o a sus representantes legales, o apoderados, y a los interesados en el bien, a fin de establecer si es

f

indispensable Ni ocupación ele; lodo o parte del mismo. Como acto previo envía olicio al Registro para asentar preventivamente la solicitud. Una vez notificado el propietario del Decreto que declara la utilidad, se encuentra obligado a manifestar dentro de tercero día los nombres, apellidos, profesión, domicilio de los arrendatarios, usufructuarios, hipotecarios y demás personas que tenga algún derecho de servidumbre, uso o habitación. El Juez en el mismo auto que ordena la notificación del decreto, pide información a la Oficina del Registro respectiva, para ver si existe algún gravamen sobre el bien. Concluido el término probatorio, pronuncia sentencia declarando si es necesaria la ocupación de la propiedad y remite de oficio dentro de veinticuatro horas, certificación del fallo al Ministerio del Interior. Con vista de ella, el Organo Ejecutivo expide el decreto de expropiación, lo hace publicar en el Diario Oficial y lo comunica al Juez y a las partes, previniendo a éstas que en un término de ocho días, se pongan de acuerdo amigablemente sobre el precio, si no hubiese acuerdo se le envía al Juez respectivo para que proceda al justiprecio, por peritos. Una vez verificado el pago o el depósito, la autoridad que hubiese conocido en las diligencias decreta que se haga por quien corresponda la entrega material y se emite la respectiva escritura, Arts. 5 al 25 de Ley de Expropiación.

En el régimen de las distintas leyes especiales, para el caso las Ley de Administración Nacional de Telecomunicaciones, la Ley de Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, el juicio de expropiación es promovido directamente ante el Juez de lo Civil o de Primera Instancia del Distrito Judicial correspondiente al domicilio del dueño o poseedor, ante quien presenta la demanda el representante de la institución, acompañada de la documentación respectiva. El Juez emplaza y corre traslado por tres días a los propietarios o poseedores, etc., vencido el cual abre a pruebas por ocho días y dentro de los tres días siguientes, pronuncia sentencia definitiva decretando la expropiación o declarándola sin lugar, en el primer caso fija el monto déla indemnización, su forma y condiciones de pago.

Notificada la sentencia definitiva que decreta la expropiación, queda transferida la propiedad de los bienes a favor de la institución

interesada y la certificación de la sentencia sirve de título, debiendo inscribirse en el Registro respectivo.

En la Ley Básica de la Reforma Agraria el proceso de expropiación de bienes afectados por la reforma agraria se lleva a cabo por ministerio de ley.

Una vez el Estado decide adquirir un inmueble, el ISTA lo notifica al propietario o poseedor en forma personal y en su domicilio si fuera conocido, en caso contrario, mediante una sola publicación en el Diario Oficial y en dos periódicos de mayor circulación de la República. Dentro de los ocho días hábiles posteriores a la notificación o a la publicación en el Diario Oficial, el propietario o poseedor debe manifestar por escrito en las oficinas del ISTA su voluntad de vender, debiendo señalar lugar para oír notificaciones. En este caso, el ISTA notifica por escrito y en el lugar señalado, el día y hora en que debe comparecer para el otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Si el propietario o poseedor no comparece se procede a la expropiación del inmueble, Art. 10 L.B.R.A.

La expropiación procede por ministerio de ley. En caso de expropiación el ISTA levanta un acta y puede tomar posesión de los inmuebles aun antes de formalizarse el traspaso de los mismos.

Una vez que el ISTA ha tomado posesión de los inmuebles afectados, el propietario poseedor o su representante legal debe comparecer al ISTA a firmar el aete-de intervención y toma de posesión. La certificación de esta acta acompañada de una descripción del inmueble extendida por el Ministro de Agricultura y Ganadería *sirve* de título de dominio y debe inscribirse a favor de la misma en el competente Registro de la Propiedad Raíz quien debe inscribirla aunque no coincida con los antecedentes, siempre que se trate del mismo inmueble y del mismo propietario.

El propietario, poseedor o su representante legal, debe firmar el acta a que se refiere el inciso anterior en las oficinas centrales del ISTA a más tardar dentro de los ocho días hábiles siguientes a la última

publicación que se haga de la nómina de propietarios afectados, en dos periódicos de mayor circulación en la República.

En la misma acta de intervención y toma de posesión a favordel ISTA se hace relación del número de inscripción y libro respectivo en que se encuentren inscritos los antecedentes a favor del titular de los inmuebles expropiados. Se hace constar asimismo, el derecho a indemnización posterior que tiene el propietario.

Si el propietario, poseedor o representante legal no comparece a firmar el acta en el plazo indicado en el inciso tercero de este artículo se pone una razón al pie del acta en que se hace constar esa circunstancia y se tiene por hecha la transferencia del dominio. El acta y la razón a que se refiere este artículo son autorizados por un representante del ISTA.

Si no comparecieren los propietarios, poseedores o sus representantes a recibir la indemnización, el ISTA deposita en ei Banco de Fomento Agropecuario, a la orden de los propietarios afectados, el valor respectivo y se tiene por efectuado el pago, Art. 11 L.B.R.A.

En cuanto a la indemnización, ésta debe ser de acuerdo al texto constitucional previa, es decir que debe de ser pagada antes de la ocupación del bien expropiado. Sin embargo, existen causales por la que se puede expropiar sin una previa indemnización. Estas se empezaron a contemplar en la Constitución de 1883, pero se fueron ampliando hasta nuestra Constitución vigente, la cual en su inciso 2do. del Art. 106 establece que "cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública
o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa". A partir de la Constitución del 50 se introdujo la novedad de que cuando el monto de la indemnización fuera muy alto, el pago se podía hacer a plazos, no pudiendo exceder éste de 20 años, Art. 138. Este plazo fue reducido a 15 años, por nuestra Constitución vigente, la cual establece además que se debe de pagar a la persona expropiada el interés bancario correspondiente y que

dicho pago debe de hacerse preferentemente en efectivo, Art. 106 inciso 3ro. La Constitución de 1950 dispuso también que se podía nacionalizar sin indemnización las entidades creadas con fondos públicos, lo cual es lógico. Sin embargo, nuestra Constitución vigente, no habla de nacionalizar sino que de expropiar.

9. Prohíben la confiscación, ya sea como pena o en cualquier otro concepto, advirtiendo que aun si las autoridades contraviniesen a este precepto los bienes confiscados son imprescriptibles. Tal como expreso anteriormente la confiscación implica el apoderamiento de todos los bienes de una persona, por parte del Estado. Se encuentra prohibida en todas aquellas constituciones que como la nuestra reconocen el derecho de propiedad privada, porque anula y extingue el patrimonio. No debe de confundirse con el comiso, palabra que deriva del latín "commissum" y que es una pena consistente en la pérdida de los efectos que constituyen el instrumento del delito. "El comiso no significa la pérdida total del patrimonio y la privación coactiva de una parte de los bienes de una persona por razón de utilidad pública. El comiso no tiene por finalidad afectar la cosa comisada a usos públicos. La cosa continúa siendo privada en manos de la administración, salvo en los supuestos especiales en que el legislador la afecta al dominio público. En general, las cosas caídas en comiso por razones de seguridad, moralidad o salubridad que sean peligrosas, pueden ser destruidas. Se podría decir, en consecuencia, que el comiso es la pérdida definitiva de una cosa mueble sin indemnización por razones de seguridad, moralidad o salubridad" [QQO]. El Art. 187 del Código de Procedimientos Penales lo regula al establecer "Si los objetos secuestrados fueren de uso prohibido o de ilícito comercio, el juez ordenará su comiso, y no se devolverán a quien los tenía en su poder aunque no llegare a comprobarse la existencia del delito".

"Esta disposición obedece", dice Gallardo "a razones históricas cuyos orígenes se remotan a la República Federal de Centro-América, época en que indiscutiblemente se cometieron, no

X'J3 Mainui María Diez, Tomo II. cit. p. 303.

sólo en El Salvador, sino también en los demás países hermanos, toda una serie de exacciones y de arbitrariedades que se caracterizaban por la declaración de muerte civil y la confiscación de los bienes"[894].

10. Prohíben toda especie de vinculación excepto los fideicomisos constituidos en favor del Estado, de los municipios, de las entidades públicas, de las instituciones de beneficencia o de cultura, y de los legalmente incapaces, así como los constituidos por un plazo que no exceda del establecido por la ley y cuyo manejo esté a cargo de bancos e instituciones de crédito legalmente autorizados y el bien de familia, Art. 107.

"Con la supresión de los mayorazgos y de los bienes de mano muerta, quedaron también prohibidas", dice Gallardo, "las vinculaciones"..."Indiscutiblemente los Constituyentes han considerado a las vinculaciones como un elementos perturbador que favorece exclusivamente a determinadas familias y socava la estructuración de una sana economía, permitiendo a la larga la creación y el mantenimiento de latifundios1'[895].

Permite pues nuestra Constitución al igual que las de 1950 y 1962:

a) El fideicomiso que es "disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona, para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas condiciones o plazos, trasmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se le señale" [oqt]. Pero lo limita a favor del Estado, de las municipalidades, de las entidades públicas, de las instituciones de beneficencia y de cultura y de los legalmente incapaces.

894 Ricardo Gallardo, Las Constituciones de Kl S;ilv;idor, cit. p. 228.

895 Ibíd.p. 228.

896 Guillermo Cabanellas. Tomo IV, cit. p. 62.

En la Constitución vigente se eliminó el plazo de 25 años "para los fideicomiso que, como vinculación, permite la ley excepcionalmente. La razón de este cambio consiste en que el fideicomiso es un instrumento de gran utilidad en el financiamiento de obras o empresas que, por su magnitud, pueden requerir de largos plazos para su amortización. La fijación de ese plazo se deja a la ley secundaria" .[QQ7]

b) El bien de familia que consiste básicamente "en un bien o conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables e inembargables, para seguridad y beneficio de un grupo familiar determinado. Tiende a proveer a los grupos familiares, un substrato material integrado por bienes económicos en cantidad suficiente, que les garantice una especie de mínimum vital para su normal desarrollo"[QQO]

El bien de familia se originó en los países anglosajones, habiendo sido consagrado posteriormente en los Estados Unidos de América, en la institución del "homestead" cuya finalidad es la protección del núcleo familiar dotándolo de un hogar, o de un terreno cultivable, o de otros instrumentos de trabajo; mismos que no pueden ser embargados ni enajenados.

Formalmente apareció en nuestra legislación secundaria en 1933, no obstante su estatuto legal ha teñido poca aplicación y su influencia escasamente se ha hecho sentir en la vida nacional. Sin embargo, se encuentra contemplado en el Art. 289 del anteproyecto del Código de Familia.

11. Prohibieron las manos muertas, al establecer las de 1950 y 1962 en su Arts. 140 y la vigente en el Art. 108 que "Ninguna corporación o fundación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su denominación

K97 I .I Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de *i* '«institución, (Exposición de Motivos Constitución de 1983), cit. p. 82.

K9K (mniMnit Kcvisura de la Legislación Salvadoreña, Anteproyecto de Código de Familia, I .din c\ (¿ i .i I U Í >s de la (’orte Suprema de Justicia. San Salvador. 1990. p. 450.

u objeto, tendrá capacidad legal para conservar en propiedad o administrar bienes raíces, con excepción de los destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución".

12. Limitaron la adquisición de la tierra rústica, por parte de los extranjeros, siempre que en sus países de origen no tengan los mismos derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales, Arts. 141 y 109.

13. Prohibieron los monopolios. El precepto por el cual no se puede autorizar ningún monopolio sino a favor del Estado o de los municipios siempre y cuando el interés social así lo demande, se refiere principalmente a proyectos de servicios públicos que no conviene que sean controlados por la empresa privada. Estos monopolios se denominan "naturales" porque los proyectos que implican deben construirse obligadamente en grandes dimensiones para tomar plena ventaja de las economías de escala que presentan, y hacerlos así más rentables, escasamente rentables o menos irrentables, según los casos que presente la naturaleza del proyecto y la relativa pequeñez de El Salvador. Debemos hacer notar que en la realidad económica salvadoreña existen monopolios "naturales" privados como el de RASA, los cuales no pueden ser autorizados porque impediría que en el futuro surja un competidor y que exista alguna competencia, aparte de dejar al consumidor expuesto a los precios monopolistas. Consecuentemente, todos los monopolios "de facto" están bajo regulación aquí y en casi todo el mundo. En los Estados Unidos de América figuran además las "franquicias" que son autorizaciones monopólicas a empresas privadas sujetas a control para proveer servicios públicos de agua, gas y electricidad.

    Por otra parte el inciso segundo del Art. 110 prohíbe las prácticas monopolísticas, proponiéndose garantizar la libertad empresarial y; proteger al consumidor. Es posible definir las prácticas monopolísticas, como cualquier intento de impedir el acceso al mercado de otra u otras empresas, así como cualquier intento de influir los precios, sirviéndose de cuanto medio sea posible.

    Aquí en El Salvador lo que posiblemente puede suceder son los entendimientos entre oligopolios para eliminar la competencia o

para impedir el acceso al mercado de otro u otros competidores. Estos entendimientos se denominan colusiones oligopólicas: "coludir" significa pactar en daño de tercero.

De particular Ínteres son las colusiones oligopólicas en que las empresas reconocen su mutua interdependencia y por lo tanto fijan todas el mismo precio. En este caso, el conjunto de empresas estará operando en términos de la entera demanda del mercado y las ganancias estarán muy cerca de las de un monopolio absoluto.

Sin embargo, una colusión oligopólica puede presentar algunas dificultades de sobrevivencia por las fricciones que con frecuencia se generan entre sus miembros. Sin lugar a duda, la colusión oligopólica es ilegal en muchos países.

Declararon además que corresponde al Estado o por medio de sus instituciones oficiales autónomas, los servicios de correos y telecomunicaciones, pudiendo el Estado tomar a su cargo otros servicios públicos,/ cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente por sí, por medio de las instituciones autónomas o de los municipios. También le corresponde vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas o convenios internacionales, las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador, Arts. 142 y 110.

La Asamblea Legislativa que finalizó sus funciones el 31 de abril de 1991 acordó reformar el inciso 4to. del Art. 110 suprimiendo la parte inicial de dicho inciso que dice: "Corresponde al Estado prestar por sí o por medio de las instituciones oficiales autónomas, los servicios de correos y telecomunicaciones". Para que este acuerdo constituya una reforma se necesita la ratificación de los dos tercios de los diputados del presente Congreso, quienes hasta la fecha no lo han ratificado. La razón de ser de la reforma es la política de la actual administración de reducir el papel del Estado en la vida nacional, privatizando en este caso los servicios de correo y telecomunicaciones.

14. Establecieron el monopolio de emisión de especies monetarias a favor del Estado, el que puede prestar directamente o, como ocurrió en la práctica, por medio de un instituto de carácter público, que es el Banco Central de Reserva. Dispusieron además que el régimen monetario, cambiario y crediticio sería regulado por el Estado a través de una ley y que éste tenía a su cargo la orientación de la política monetaria, asignándole a la misma un fin desarrollista, Arts. 143 y 111.

15. Establecieron la facultad del Estado para administrar empresas que prestan servicios esenciales a la comunidad cuando sus propietarios se resistan a cumplir con las disposiciones sobre la organización económica y social, Arts. 144 y 112.

16. Admitieron la creación de las entidades de economía mixta, con participación de los particulares, del Estado, los municipios y las entidades de utilidad pública, Arts. 145 y 113.

17. Dispuso por primera vez la Constitución vigente, la protección y fomento de las asociaciones cooperativas, por parte del Estado, el que facilitará su organización, expansión y financiamiento, Art. 114.

18. Limitaron la explotación del pequeño comercio e industria a los salvadoreños por nacimientos y a los centroamericanos naturales, Arts. 146 y 115.

19. Dispusieron que se fomentara el desarrollo de la pequeña propiedad rural, facilitando al pequeño productor asistencia técnica, créditos y otros medios necesarios para la adquisición y el mejor aprovechamiento de sus tierras, Arts. 147 y 116.

20. Declaró la Constitución de 1983, de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales. Debiendo crear el Estado los incentivos económicos y proporcionar la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados, Art. 117.

21. Declararon de interés social la construcción de viviendas, a fin do que el mayor número de familias salvadoreñas llegaran a ser propietaria de su casa, Arts. 148 y 119.

22. Establecieron limitaciones del período de las concesiones que otorga el Estado para el establecimiento de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de servicio público. Además, ordenaron que la reversión de las obras concedidas al dominio del Estado se hiciese por ministerio de ley al fin del plazo, en perfectas condiciones de servicio, y sin indemnización alguna, Arts. 149 y 120. Consignó, además la Constitución vigente la obligación de someter al conocimiento de la Asamblea Legislativa las concesiones de obra pública. Estimó la Comisión "que esta materia es de tal importancia por cuanto la concesión de estas obras pueden llegar a comprometer de tal manera los bienes de la hacienda pública, que no puede dejarse a la sola discreción de funcionarios administrativos la decisión de otorgarlas"[899]. Al igual que con el Art. 110 mencionado anteriormente, la Asamblea Legislativa acordó reformar el Art. 120 introduciendo el siguiente inciso: "Si el concesionario prestare el servicio público de una manera eficiente, podrá prorrogarse la concesión por un período igual
o menor al otorgado originalmente", el cual no ha entrado en vigor, por no haber sido ratificado por la presente legislatura.

A

5. Seguridad jurídica

5.1. Noción

Constituye la seguridad jurídica un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado. Es por ello que el constitucionalismo ha procurado organizar al Estado en defensa de las libertades y de los

899 El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución (Exposición de Motivos Constitución de 1983), p. 60.

(hundios del hombre, asegurándolo frente a aquél, a tal punto que la inopia Constitución formal se ha definido, desde este punto de vista, i onio una ley de garantías, caracterizada por contener en la parte dogmática, derechos y garantías y en la orgánica, la división de poderes.

La seguridad se puede concebir de diversas maneras entre las que caben destacar:

I Seguridad del Estado, que consiste en la capacidad que tiene para poder afirmar su identidad fundamental en el tiempo y en el espacio, Art. 212 Cn.

? Seguridad material, como la llama la exposición de motivos de 1983 al comentar el Art. 2 Cn., que consiste en el "derecho que pueda tener una persona a que se ie garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos"[900].

3. Seguridad jurídica, conceptualizada por la Comisión Redactora de la Constitución de 1983 "como concepto inmaterial. Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara"[901].

Es este último sentido es que nos interesa y el que desarrollaremos en este apartado.

La garantía de seguridad jurídica reviste para el Estado una obligación de naturaleza positiva, la cual se traduce, no en un mero respeto o abstención, sino que en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida!

*)()() lil Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 45.

‘>01 Ihíd. p. 45.

"La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a. previsibilidad de las conductas propias y ajenas de sus efectos; b. protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico"[902].

Encierra pues, por una parte, la certeza de que se pueda determinar a quién corresponden los derechos y las obligaciones y por la otra, la certeza de que una vez se haya establecido a quien corresponde el derecho, el Estado va a garantizar que no sea ofendido impunemente y de que va a ser amparado en sus reclamaciones legales.

5.2. Antecedentes generales

La seguridad jurídica no es nada nuevo sino que aparece evidenciada en todos los documentos relacionados con el constitucionalismo, así para el caso ya en el Pacto de Sobrarbe u Ordenamiento de León de 1188, se expresaba en el Art. 3, "Prohíbo terminantemente que nadie perturbe con violencias la tranquilidad de mi reino; todos deben acudir a mí para obtener justicia". Se reconoció además en los otros ordenamientos jurídicos preexistentes siendo importante destacar que la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia de 1776, proclamaba en su Art. 1, "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad no pueden privar o disponer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad". También cabe mencionar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establecía la seguridad jurídica como elemento esencial de la definición del Estado constitucional al estatuir en su Art. 16 que "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

902 (ierman Bidart Campos. Troludo l'.li'nn'iilnl do Di-ri-ilio Constitucional Argentino, T. I, p. 439-440.

Pero para que exista realmente la seguridad jurídica no basta que aparo/ca solemnemente proclamada en las declaraciones, sino que es nocesario que todos los gobernados tengan el goce efectivo de sus dorechos.

5.3. Ordenamientos internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 3 reconoce como derecho del individuo la seguridad de su persona, pero no se refiere en forma expresa a la seguridad jurídica, aunque sí contempla una serie de disposiciones que le dan cumplimiento a este lipo de seguridad, cabe mencionar como ejemplos, los Arts. 11.1 que consagra presunción de inocencia y 11.2 la irretroactividad de las leyes penales; lo mismo se puede decir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

5.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

En lo que a seguridad jurídica se refiere la Constitución Federal de 1824 establecía en su Art. 2 que "Es esencial al Soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". Las constituciones de 1898 y 1921, también la reconocían en sus Arts. 15 y 32, respectivamente, cuando expresaban "que la Constitución garantizaba a los habitantes de la República la seguridad individual...", no hacían pues alusión expresa a la seguridad jurídica.

En cuanto a las constituciones nacionales, el constituyente no hizo alusión a la seguridad jurídica en forma precisa y expresa, hasta la Constitución vigente, la cual la contempla:

1. En su Art. 1 dentro de los fines del Estado, como uno de los tres grandes valores: "no puede haber justicia sin seguridad jurídica y el bien común no puede garantizarse sin el concurso de aquellos otros dos valores. La libertad individual de disponer conforme a la ley, es

una norma de justicia, pero sin la seguridad de que esa ley su aplicará, la justicia se desnaturaliza"[903].

2. En su Art. 2 cuando establece los derechos de las personas. Fue agregada por la Comisión, la cual le dio tal como se expuso anteriormente, un concepto de seguridad material e inmaterial. Este principio crea, de acuerdo a la Sala de lo Constitucional, "la obligación del Estado a ser protegido el gobernado en la conservación y defensa de la misma y como un deber del Estado consistente en realizar acciones o hechos a favor del gobernado que
lo mantengan al resguardo de los actos ilegales o arbitrarios de la misma entidad estatal"[904].

3. La seguridad jurídica siempre ha sido reconocida en todas las constituciones, a pesar de la no manifestación expresa, prueba de ello es que han contemplado una serie de disposiciones constitucionales para darle cumplimiento a este tipo de seguridad, oponibles y exigibles al Estado, pudiendo mencionarse como ejemplos la irretroactividad de la ley, Art. 21, la garantía de audiencia, Art. 11, el principio de legalidad en materia penal, Art. 15, así como la mayoría de las disposiciones que integran la llamada tutela constitucional del proceso. Fundamento lo encontramos en la Sentencia de Amparo dictada por la Corte Suprema de Justicia a que nos referimos anteriormente y la cual en lo pertinente sostuvo: "El Art. 11 de la Constitución de mil novecientos ochenta y tres, consagra la principal garantía de seguridad jurídica, o sea, la conocida en nuestro medio como garantía de audiencia y en los países anglosajones como garantía del debido proceso legal o de la ley de la tierra"[905].

903 El Salvador. Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio de la Constitución, {Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 44.

904 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro. Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, cit. p. 27,

905 Ibíd. p. 27

í> 5. *Proyecciones de la Seguridad Jurídica*

5.5./. ¡rretroacúvidad de la Ley

A. Noción

I,i retroactividad legal constituye una especie de la teoría del
11 indicio de leyes en el tiempo y consiste en determinar cuando estamos un ptesencia de dos leyes, una antigua, que está derogada o abrogada y <»tia, nueva, cuál de ellas debe aplicarse a un hecho, acto, situación y
ii sus fenómenos legales.

Se dice que una "ley o un acto es retroactivo cuando vuelve sobre ni pasado para estimar las condiciones de la validez de un acto jurídico, destruyendo o modificando sus efectos jurídicos iniciales"[906]. Por el contrario la irretroactividad consiste en que las normas deben surtir electos hacia el futuro, no siendo aplicables a los hechos, actos o situaciones que hayan tenido lugar antes de su emanación, salvo casos ilt> excepción. Toda ley debe pues regir para el futuro y no hacia el pasado.

La retroactividad de la iey plantea una serie de problemas en el inundo jurídico, algunos de ellos dice Bidart Campos le "interesan al derecho constitucional. Por un lado, la movilidad de los procesos sociales, de las situaciones sobrevinientes, de los casos imprevistos, exigen modificación en las leyes, sustitución de unas por otras, etc. Por olio lado, el fenómeno responde asimismo a la novedad de las valoraciones jurídicas, novedad que a veces cambia los criterios sociales de valor en forma retroactiva. Por fin, todas estas mutaciones necesarias pata el progreso del orden jurídico se conectan con la conveniencia o la necesidad de respetar algunas situaciones ya consumadas, en homenaje al valor justicia y al valor seguridad"..."Al derecho constitucional no le interesa tanto analizar la "conveniencia" de asignar o no

'H(, | l Salvador, ('orle Suprema de Justicia. Revista Judicial. T. LXXXVI. enero a junio - |ulma diciembre l'JK.S. p. 30-4.

retroactividad a la ley, cuanto analizar la "imposibilidad" de que en ciertos casos se le atribuya. O sea, el derecho constitucional se preocupa por descubrir cuando la retroactividad se torna inconstitucional para prohibirla o enervarla, y no sólo respecto de las leyes sino de cualquier otra norma o acto [907].

La regla general es la irretroactividad, toda ley tiene que ver hacia el futuro y la excepción la retroactividad, pero sólo en materia de orden público y penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

B. Antecedentes generales

El principio de la irretroactividad de la ley, lo encontramos en los juristas romanos, Cicerón en su Oratio in Verren, lo desarrollo al igual que el Emperador Teodoro en su viejo apotema que decía: "Leges et constitutiones futuris certum ect daré forman negotias, non ad facta praeterita revocan, nisi nomination et de proeterito tempore et adhuc pendentibus negoties cautun sit"[908].

En la Edad Media, se encontraba la irretroactividad en el Libri feudorum, que era una recopilación de usos de constituciones, las cuales llegaron a convertirse en una especie de derecho común feudal.

También apareció configurada en casi todos los ordenamientos constitucionales del sistema jurídico positivo del Derecho español; así como, a través de los diferentes estatutos del Derecho anglosajón y en el Derecho francés, siendo importante destacar, en relación a este último, la conceptualización que al respecto contenía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), donde el principio se encontraba concretado únicamente a la materia penal, consagrándose el principio "nullum crimen sine lege", que garantiza en favor del acusado el principio de legalidad y prohibía, en consecuencia la aplicación

907 *Germán liiúarl* Campos, *ir:*iludo I'li'im-I ı!;i 1 de Derecho (-onslilucional Salvadoreño, T. I, cit. p. 475.

908 Alejandro Dagoberlo Marroquín, La Irrelroaclividad de las Leyes, Universitaria, San Salvador, 1960, p.7.

retroactiva de la ley penal, cuyo artículo 8, decía: "La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada".

La Constitución de los Estados Unidos consigna también en el Art. 10 el principio de irretroactividad al establecer en lo pertinente que: "Ningún Estado...aprobará leyes con efecto retroactivo".

C. Ordenamientos internacionales

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), suscrita por El Salvador, establece en su Art. 11.2 que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no lueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de un pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Tanto el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, contempla este mismo principio en los Arts. 15.1. y 9, respectivamente.

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La irretroactividad apareció configurada desde la primera Constitución Federal de 1824, la cual establecía en su Art. 175 numeral H que no podía ni el Congreso, ni las Asambleas, ni las demás autoridades dar leyes retroactivas. Las de 1898 y 1921 también la contemplaron en MIS Arts. 34 y 48, respectivamente, expresando que "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando favorezcan al delincuente".

La Constitución de 1824 no la contempló, pero se encontraba tequiada en la Federal. La de 1841 la recogió en su Art. 76 inciso segundo que estatuía: "Ordenes, providencias, o sentencias retroactivas, son Injustas, opresivas y nulas. Las autoridades o individuos que cometan

semejantes violaciones, responderán en todo tiempo con sus personas y bienes a la reparación del daño inferido". Sin embargo, las sucesivas de 1864, 1871, 1872 y 1880 no la consagraron, por lo cual este principio dejó de ser una norma constitucional, pero continuo consignado en el Art. 9 C. Sin embargo, la Constitución de 1883 vuelve a reconocerlo, y así el Art. 21 inciso 2do. decía "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo".

A partir de la Constitución de 1886, se fijó de manera definitiva, en el Derecho público salvadoreño, la irretroactividad de la ley manteniéndose casi intacto el mismo texto, es decir que "las leyes no pueden tener efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando la nueva ley sea favorable al delincuente", Art. 24; a excepciómiefa reforma de 1944 a la Constitución de 1939, en cuyo artículo 41 aceptaba además, en los casos de "incautación, intervención y venta decretadas por el Estado, *respecto de bienes de ios* súbditos y nacionales de países con los que El Salvador estuviere en estado de guerra" y de las constituciones de 1950, 1962 y 1983 donde procede además de materia penal y por razones de orden público Arts. 172 y 21, respectivamente.

Al comentar el Art. 172 de la Constitución de 1950, Marroquín decía "El antecedente inmediato y directo de esta disposición es el Art. 24 de la Constitución de 1886; sin embargo, en la nueva ley aparece un pequeño agregado que es verdaderamente trascendental: "salvo en materias de orden público". Este agregado obedeció a la experiencia de la práctica constitucional anterior; el legislador constituyente tomó en consideración los inconvenientes del carácter absoluto del precepto del Art. 24 y procuró subsanarlos mediante la amplia excepción de las materias de orden público. De esta manera el principio de la irretroactividad cobra mayor flexibilidad y permite al Estado actuar con mayor seguridad en las situaciones de emergencia". Agregaba dicho autor, que "Es indudable que el Art. 172 de la nueva Constitución significa un avance, aunque sea pequeño, con relación al Art. 24 de la Constitución de 1886. El nuevo precepto contiene de manera expresa lo que en la Constitución anterior, se encontraba por vía de interpretación doctrinaria y con apoyo en los Arts. 8o. y 40o. de dicha ley fundamental.

El texto expreso del nuevo Art. 172 evita los rodeos y las discusiones y lacilita, con sus afirmaciones categóricas, la labor del Poder Legislativo"[909].

El Art. 21 de la Constitución vigente dice: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materiás de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad de determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público".

De donde se deduce:

1. La irretroactividad de la ley es la regla general, la retroactividad la excepción.

2. Las excepciones que permiten dar efecto retroactivo a la ley son: a. en materias de orden público; y b. en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

3. Que es potestativo de la Asamblea Legislativa dar o no efecto retroactivo a una ley siempre que sea de orden público e imperativo cuando se trate de materia penal.

4. La calificación de orden público atribuida a una ley por la Asamblea Legisl?tiva queda sujeta al control de Corte Suprema de Justicia determinar si una ley es o no de orden público.

r>. No existe un criterio legal para determinar cuando la ley es o no retroactiva. Sin embargo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado la teoría de los derechos adquiridos[910], expresada en las siguientes sentencias.

Alejandro Dagoberto Marmquín, eit. pp. 71-72.

'Mu Simóticamente formulada, ía escuela de los derecho adquiridos consiste en distinguir los "derechos adquiridos" bajo la ley anterior, de las meras espectativas. Los derechos

"Toda nueva ley que se emite es con la convicción de que reglará mejor las relaciones jurídicas de la que está llamada a reemplazar, por lo cual su aplicación debe ser inmediata, sin afectar, por supuesto, los derechos adquiridos bajo la vigencia de la antigua ley. De lo contrario si se lesionare un verdadero derecho nacido bajo la ley anterior, se atendería contra la seguridad y confianza que los gobernados tienen en el imperio de las leyes existentes. Ello es así pues el principio de la irretroactividad de las leyes es consecuencia directa de la garantía de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos creados o surgidos al amparo de un ordenamiento jurídico vigente, no sean modificados por una norma surgida posteriormente"[911].

"El carácter retroactivo que puede darse a la ley de orden púbttco debe estar consignado expresamente en la misma, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que aquella regula. Ello es rigurosamente así dado que la nueva ley ha de aplicarse a regular situaciones jurídicas o facultades nacidas o que han emergido bajo la vigencia de la ley que está llamada a ser reemplazada, afectando verdaderos derechos adquiridos; luego su aplicación retroactiva debe consignarse de manera adrede, es decir, expresamente"[912].

adquiridos son los que lian entrado en nuestro patrimonio, que forman parte de él, y de los que no pueden despojarnos aquellos de quienes los adquirimos; mientras que las espectativasson las esperanzas, las cuales no se lian transformado aun en derechos, y que se tienen provenientes de un hecho ya pasado o de un estado actual de cosas, de poder gozar de un derecho cuando se realice. "Si la nueva ley afecta a los primeros se dice que es retroactiva, en lauto que sí modifica o altera a las segundas, no comete ningún atentado. Ver Alejandro Dagoberto Marroquín, cit. pp. 15 y ss.

911 El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Sentencias, Mayo 1989, cit. p. 136.

912 Gabriel Mauricio Gutiérrez (lastro, Derecho Conslilucional Salvadoreño, C.alálogo de Jurisprudencia, cit. p. 57.

D. Excepciones al principio de irretroactividad

a. Irretroactividad en materia de orden público

Como una de las excepciones al principio de irretroactividad de la ley señala nuestra Carta Magna la materia de orden público, por lo que es preciso desentrañar en que consiste, ya que es una expresión de contenido variable, tanto en el tiempo, como en el espacio. Así por ejemplo, en un país capitalista no es lo mismo que uno socialista; tampoco el orden público que existía en la época de la colonia, es el mismo que el que se tenía en época del General Hernández Martínez.

Si el vocablo "orden", dice la Corte Suprema de Justicia "equivale a clase de categoría y "público" se relaciona con aquello que es propio del pueblo, la generalidad o de la nación o sociedad entera, debe destacarse que el orden público importa la subordinación a un régimen jurídico que se decreta por el Estado con carácter absoluto, cuyo objeto es mantener el funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad jurídica y la legalidad entre las relaciones de los particulares, de los cuales éstos no pueden sustraerse en sus estipulaciones. Las normas de orden público, por ende, o las instituciones que ellas regulan están por arriba del mero

913

interés de los particulares desde luego que interesan a la sociedad" "Orden Público es el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la Constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el Estado y la capacidad de las personas"[914].

La Constitución de 1983 adicionó un segundo inciso al Art. 21, por medio del cual se faculta a la Corte Suprema de Justicia para determinar si una ley es o no de orden público.

La Comisión Redactora de la Constitución de 1983 al respecto sostuvo que en el caso del orden público "se requiere que la ley misma

'M t l {I Salvador, Corte Suprema de Justicia. Scnleiu'iüs, Mayo 1989, cit. p. 137. 'M I

Ihíd. p. 156.

establezca expresa o tácitamente la retroactividad y además que se trata objetivamente de una materia de orden público. Ha sido, sin embargo, práctica de nuestras legislaturas el de dar efecto retroactivo a la loy calificando expresamente de orden público la materia de que se trata, a manera de justificar la retroactividad y de impedir o estorbar cualquier demanda de inconstitucionalidad"..."Por esta razón se ha adicionado un inciso en el sentido de que estas declaraciones contenidas en la ley secundaria sobre la calificación de la materia no son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia, que tendrá siempre la facultad para declarar si determinada materia es o no de orden público al resolver cualquier demanda sobre la inconstitucionalidad de la ley"[915]. A pesar de que la exposición de motivos exprese que en el caso del orden público se requiere que la ley misma establezca expresa o tácitamente la retroactividad, creemos por el principio de seguridad jurídica qué debe privar o que su determinación debe ser expresa. Esta postura es la sostenida por la Corte Suprema de Justicia.

Debemos además entender, dice la Corte Suprema de Justicia, "que por el sólo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca. Es importante señalar por otra parte la atribución constitucional que compete a la Corte Suprema de Justicia de determinar, en caso que se cuestione si una ley es o no de orden público, facultad que aparece como una novedad y sin ningún precedente en la Constitución de mil novecientos ochenta y tres"[916].

b. La irretroactividad en materia penal

La otra excepción que señala nuestra Constitución en el Art. 21 al principio de la irretroactividad es en "materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

915 ()p. cit. p. 48.

916 (iabrid Mauricio (iulici rez ('astro. **Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia** ,cit. p, 57.

La ¡rretroactividad en materia penal consiste en seguir aplicando l«\jo la vigencia de una nueva ley, la ley anterior dando lugar a la ultra actividad de ésta; en cambio en la retroactividad se aplica una ley cuya vigencia es posterior al delito cometido.

Nuestra Constitución reconoce no únicamente la retroactividad de la nueva ley más favorable al delincuente, sino que también la ultra-actividad de la ley anterior más benigna, reafirmando el principio general de la ¡rretroactividad de la ley contenido en el Art. 21, interpretado on el sentido de que dicho principio se refiere a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del delito.

Nuestro Código Penal por su parte, desarrolla la ¡rretroactividad de la ley, en el Capítulo II, Título I, "Aplicación de la Ley Penal en el Tiempo", Arts. 12 al 15 contemplando los principios siguientes:

1. La ley que tipifica nuevos delitos no puede aplicarse a los hechos cometidos con anterioridad, porque se violaría el principio de legalidad, Art. 15 Cn. y 1ro. Pn.

2. La ley aplicable es, en principio, la de la fecha de la comisión del hecho, es la ley que el delincuente conocía y que transgredió, Art. 12 Pn.

3. Si la nueva ley sobre la misma materia es menos gravosa que la del tiempo en que fue cometido el hecho punible, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado, Art. 13 Pn.

4. Si la promulgación de la nueva ley favorable al condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, se debe modificar la sentencia en lo relativo a la pena. Art. 14 inciso primero Pn.

5. Si por el contrario, la ley es más gravosa, no es retroactiva, en virtud del principio de la ultra-actividad.

6. Si la nueva ley no tipifica como delito un hecho anteriormente reprimido, debe ser puesto en libertad el reo que hubiese sido condenado por la anterior legislación, Art. 14, inciso segundo Pn.

v\

E. La ley interpretativa e irretroactividad

Problema especial lo plantean las llamadas leyes interpretativas, declarativas y explicativas. El Art. 131 ordinal 5to. señala que corresponde a la Asamblea Legislativa interpretar auténticamente las leyes secundarias. La interpretación auténtica como acto legislativo que es, tiene la característica de ley con sus atributos intrínsecos de generalidad y obligatoriedad, propias de las leyes, Art. 3 C. El mismo cuerpo legal en el Art. 9 establece: "La ley no puede disponer sino para
lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo".

"Sin embargo, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes cuyos conceptos sean obscuros o de dudosa o varia interpretación, se entenderán incorporadas a ésta, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. En cualquier otro caso, aunque la ley aparezca como declarativa, se considerará como una nueva disposición sin efecto
retroactivo" .[Q17]

Establece pues este artículo una excepción al principio de irretroactividad de las leyes, ya que, tal como lo expresa la anterior disposición, las leyes interpretativas, declarativas o explicativas, se retrotraen, incorporándose desde el inicio de su vigencia a la ley interpretada.

En realidad, dice la Corte Suprema de Justicia, "la excepción al principio de irretroactividad de las leyes es aparente y al serlo así no vulnera el Art. 21 de la Constitución que solo permite el efecto retroactivo en materia de orden público y en materia penal cuando la ley es favorable al delincuente, principio que por ser de naturaleza constitucional no puede ser restringido sino por la misma Constitución y nunca por la ley secundaria por ser ésta inferior en jerarquía y estar supeditada a la supremacía constitucional Art. 246 Cn. La verdad es que al interpretarse una ley se le da a la ley el sentido que originalmente el legislador tuvo la

917 El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial. T. LXXXVI, No. 1 y 2, Enero a Junio-Julio a Diciembre 19K5,p. 305.

i

intención de darle, pero que por falta de técnica legislativa no lo logró consagrar en la norma, por lo que se limita a aclarar lo que estaba obscuro, precisando lo que estaba vago, definir lo que estaba abstracto o sea interpretar en todo el sentido de la palabra"..."En el caso de que la nueva ley tenga conceptos nuevos y que modifique, amplíe o restrinja los conceptos de la ley interpretada, por no tener ésta conceptos obscuros o de dudosa o varia interpretación, aunque el legislador la califique de interpretativa, en el fondo es una nueva disposición que debe aplicarse únicamente para lo futuro y no tener jamás efecto retroactivo

5.5.2. Garantía de audiencia

A. Noción

La garantía de audiencia llamada también "Garantía del Debido Proceso Legal" o "De La Ley de la Tierra", en los países anglosajones, "Garantía a la Tutela Judicial Efectiva para los Tribunales", en España y "Garantía de Legalidad", "Garantía de Jurisdicción" o "Garantía Jurisdiccional", en México.

La garantía de audiencia implica el derecho que tiene todo gobernado de obtener la protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y cuyo objetivo es tutelar la seguridad y certeza jurídica, y por consiguiente mantener el orden público.

B. A ntecedentes generales

Hablar de los antecedentes y evolución de la garantía de audiencia, dice Laguardia "es hablar de los antecedentes y evolución del Juicio de Amparo, pues ambas instituciones a veces se confunden en la historia (‘ii su alcance y contenido como garantías jurisdiccionales y de legalidad quo son, y es hasta modernamente con la aparición del Estado de Dorecho; el moderno constitucionalismo; la división de poderes y los

'HK Ibíd. pp. 304, 313.

derechos fundamentales del hombre, que alcanzan con claridad su distinción; quedando la Garantía de Audiencia como una garantía a la justicia común u ordinaria y el Juicio de Amparo como una garantía a la justicia constitucional o extraordinaria"[919].

La mayoría de tratadistas consideran que el antecedente más remoto de la garantía de audiencia se encuentra en el capítulo 39 de la Carta Magna que estatuía: "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país". Sin embargo, Linares Quintana, estima que la garantía de audiencia "es más antigua aun que la famosa Carta Magna, y que fue incluida en el histórico documento que los barones ingleses, arrancaron al rey Juan Sin Tierra espada en mano, cuya cláusula 48 -también considerada como antecesora del hábeas corpus- establecía que "ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país"[920].

El origen de la frase "debido proceso de ley", la hace recaer Corwin, en el capítulo 3 de 28 Eduw. III (1335), que dice: "Nadie, sea cual fuere su estado o condición, será retirado de sus tierras o residencia, ni llevado, ni desheredado, ni muerto, antes de que se lo obligue a responder de acuerdo con el debido proceso de ley", norma que se remonta a su vez en la Carta Magna"[921].

La Declaración de Derechos formulada por los Representantes del Buen Pueblo de Virginia, de 1776, establecía en su Sección VIII: "que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales". Disponía también la Declaración de Derechos

919 Sandra Morena I^iguardia, "l,a (iarantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional", Publicación de la Presidencia de la ('orte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990, p.10.

920 I Jnarcs Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, T VI, cit. p. 101.

921 Kdward S. Corwin, cit. p. 497.

del Hombre y del Ciudadano en su Art. 7 que "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable".

La Constitución de los Estados Unidos por su parte, consagra el debido proceso legal en sus Enmiendas V y XIV, la primera de ellas, es una limitación a los poderes del gobierno federal y establece que ninguna persona "será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal; la segunda, es una limitación a los poderes de los gobiernos locales y dispone que "ningún Estado privará a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento legal", habiendo posteriormente pasado a nuestros ordenamientos jurídicos.

C. Ordenamientos internacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la recoge en el Art. 8.1. al estatuir que "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente; independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

Apareció por primera vez consignada en el Art. 76 de la Constitución de 1841 cuyo tenor era el siguiente: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor o de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes. Ordenes, providencias o sentencias retroactivas, proscriptivas, confiscatorias, condenatorias sin juicio y que hacen trascendental la infamia, son injustas, opresivas y nulas. Las autoridades

11 individuos que cometan semejantes violaciones, responderán en todo

tiempo con sus personas, y bienes a la reparación del daño inferido". Se encontraba la garantía de audiencia restringida al campo procesal, ya que previo al acto de privación la persona debía ser oída y vencida en juicio conforme a las fórmulas que establecían las leyes; reservándose el concepto de fórmulas para los procedimientos y formas procesales.

Las constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883 y 1886 mantuvieron casi el mismo texto, con algunas variantes, entre las que podemos mencionar las siguientes: adicionaron que no se podía "enjuiciarse dos veces por el mismo delito"; las tres últimas sustituyeron "oír y vencer en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes" por "ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes"fés decir que omitieron la palabra fórmula, con lo cual se dio más amplitud •al término, ya que al mencionarse las leyes, no distinguían y abarcaban tanto las sustantivas como las procesales, además suprimieron la sanción por la violación cometida; y la última eliminó el honor como causal, Arts. 82, 109, 27, 23, 19, y 20, respectivamente.

Las constituciones federales de 1898 y 1921, por su parte se referían a la garantía de audiencia en sus Arts. 27 y 58 respectivamente al establecer que "Ninguna persona puede ser privada de su libertad y la propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, conforme a las leyes, ni puede ser enjuiciada civil criminalmente dos veces por la misma causa".

j jj En la Constitución de 1939 se amplió la garantía de audiencia a la posesión al establecer el Art. 37 que "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su propiedad ni de su posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada civil o criminalmente dos veces por la misma causa". La posesión como causa que origina la garantía de audiencia se ha mantenido hasta nuestra Carta Magna vigente, con excepción de la Constitución de 1945, que conservó el texto de la Constitución de 1886. Las reformas de 1944 a la Constitución de 1939 requerían además que la posesión fuera comprobada de conformidad con la Ley de Amparo y se exceptuaba los casos de "incautación y venta, decretadas por ei Estado, respecto a bienes de los súbditos y nacionales de países con los que El Salvador estuviere en estado de guerra", Art. 36.

A partir de la Constitución de 1950 se adicionó un segundo inciso en el cual se contempla el derecho al hábeas corpus, Art. 164. La Constitución vigente amplió el ámbito de los derechos protegidos por la garantía de audiencia, se agregó "cualquier otro de sus derechos" Art. 11; siendo consecuente con el Art. 2 que estableció la seguridad jurídica como garantía individual.

Es recogida en la Constitución vigente en el Art. 11 inciso primero que establece: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

De la lectura del artículo antes citado podemos deducir:

1. Que la garantía de audiencia, corresponde tanto a nacionales como extranjeros, ya que la disposición dice "ninguna persona", sin hacer distinción alguna. Bajo el concepto de persona se comprende tanto las naturales como las jurídicas.

2. La privación es la consecuencia o resultado de un acto de autoridad que puede consistir en la disminución de la esfera jurídica de la persona, ya sea porque se le impida el ejercicio de algún derecho, o porque se le prive del mismo. No basta la existencia del acto de privación para que se vulnere la garantía de audiencia, sino que es necesario además que el agravio sea definitivo, es decir que se debe agotar toda la justicia ordinaria, antes de buscar la constitucional mediante el amparo.

3. La garantía de audiencia si bien en su contenido implica el desarrollo de una actividad jurisdiccional, no por eso obliga únicamente a los tribunales o a las autoridades administrativas, sino que a "todos los órganos del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ya que en su esencia no solo responde a una protección al gobernado sino que a razones de orden publico"[922]

*>22 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, **Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia,** cit. p. 92.

4. Los bienes jurídicos tutelados por la garantía de audiencia son: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión, y cualquier otro derecho.

Además de enumerar algunos derechos que son tutelados por la garantía que nos ocupa, establece que no puede ser privada de "cualquier otro derecho", entendiéndose por tales todos los derechos subjetivos de la persona, sean estos individuales, sociales o político, quedando fuera los intereses jurídicos o simples que el gobernado pretenda tener.

Tratándose de "cualquier otro derecho", es importante señalar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que sostiene ^ue lo conforman "todos los conocidos como derechos subjetivos de la persona, sean estos derechos individuales, sociales o políticos. En este sentido dicha garantía en nuestro medio es absoluta y no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado del derecho sin el requisito del juicio previo. A los derechos que la Constitución reconoce al gobernado, o mejor dicho los derechos que se reservó el pueblo al delegar facultades por medio de la Constitución solo puede poner excepciones el mismo pueblo y por medio de la Constitución, sin que pueda hacerlo en ningún caso la ley o el reglamento. Art. 246 Constitución" QOO

D. Conformación de la garantía de audiencia

La garantía de audiencia se integra con otras dos garantías:

a. Juicio previo.

El concepto de juicio señala Burgoa, "es de capital importancia para fijar el sentido mismo de dicha garantía específica de seguridad, equivale a la idea de procedimiento, es decir, de una secuela de actos

923 **(iabrid** Mauricio **(iutierre/,** ('aslro. **Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia,** cil, p. 91

concatenados entre sí afectos a un fin común que le proporciona unidad"[924]. La palabra juicio debe pues entenderse en un sentido amplio, como equivalente a procedimiento y no con el contenido restringido que le da el Art. 4 C que dice: "Juicio es una controversia legal, entre dos o más personas, ante un Juez autorizado para conocer de ella".

Así lo señala la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, al sostener que: "la circunstancia de que la Ley Secundaria no establezca para el caso concreto procedimiento para privar de un derecho a una persona, no es obstáculo para lo señalado, pues el Art. 11 de nuestra Constitución es efectiva aun frente a las leyes, y el Organo Legislativo debe acatarlo, instituyendo en las mismas los procedimientos en que se conceda al gobernado la oportunidad de ser escuchado en su defensa por las autoridades encargadas de la aplicación de la misma, antes de realizar en cumplimiento de ellas algún acto de privación de derechos. La falta de ese procedimiento viola la Constitución, máxime que el propio constituyente señaló en el Art. 271, la obligación para la Asamblea Legislativa de armonizar con la Constitución las leyes secundarias de la República y las leyes especiales de Creación y demás disposiciones que rigen las instituciones Oficiales Autónomas, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de la Constitución, a cuyo efecto los órganos competentes deberán presentar los respectivos proyectos, dentro de los seis primeros meses del período indicado"[925].

Entre las características del juicio previo podemos mencionar:

1. El juicio debe preceder al acto de privación. Burgoa al respeto ha sostenido: "El juicio...debe significar, en su aspecto real y positivo, un elemento previo al acto de privación"..."Es decir, si la "privación" es el fin, obviamente el procedimiento en que aquél se traduce debe preceder al acto privativo"[926]. Existen, no obstante, interpretaciones erróneas que pretenden ubicar al juicio como algo posterior al acto privativo. Al respecto la Sala de lo Constitucional ha sido expresa en

924 Ignacio Burgoa. Las (¡aranlías Individuales, cit. p. 543,

925 Op. cit. p. 92.

926 Ignacio Burgoa. Kas (¿arantías Individuales, cit. p. 548.

manifestar que para que se cumpla la garantía de audiencia, es necesario el juicio previo, y dice: "Por otra parte, conviene indicar que la circunstancia que señala la autoridad demandada en el sentido de que el Instituto próximamente iniciará el respectivo juicio para que se proceda a la resolución del respectivo contrato y que la poderdante del doctor x.x.x. tendrá en dicho juicio las facultades procesales para poder defender sus derechos, en ningún momento significa el darle cumplimiento a la garantía de audiencia señalada, pues el Art. 11 con toda claridad señala que la persona debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las Jeyes previamente y no con posterioridad al acto privativo" [927]

Para que la tutela sea efectiva, el procedimiento que produce la privación debe brindar al afectado una posibilidad real de defensa, otorgándole tanto la oportunidad probatoria como facultades para controlar la prueba de la contraparte, para que puedan obtener de esta forma una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa. También debe asegurarse la igualdad entre las partes, propia de todo proceso en que éstas existan.

2. Que el juicio sea con arreglo a las leyes. No basta la existencia del juicio previo, sino que es necesario además que la persona titular del derecho subjetivo "sea oída y vencida con arreglo a las leyes", las cuales deben haber sido expedidas con anterioridad al hecho Art.
21. Cabe agregar que el Constituyente no distinguió, por lo que debe entenderse que se refiere tanto a las sustantivas como a las adjetivas.

b. Imposibilidad de que una persona sea juzgada más de una vez por et mismo hecho

Es una típica garantía de la seguridad jurídica y la cual tiende a otorgarle certeza definitiva a las resoluciones.

En la sentencia de amparo promovida por el señor x.x. contra providencias del Juez de Inquilinato por considerar que violan en su

927 El Salvador, ('orle Suprema de Justicia, Revista Judicial, T. LXXXVI, cit. pp. 293,294.

f

porjuicio los arts. 11 y 17 de la Constitución, la Sala de lo Constitucional sostuvo en lo pertinente: "no puede estimarse que el impetrante haya sido enjuiciado dos veces por la misma causa, por cuanto,... por ser el contrato de arrendamiento de tracto sucesivo, la mora es distinta en ambos juicios de Inquilinato, como son distintas las pretensiones del

opa

desmandante

5.5.3. Principio de legalidad

A. Noción

El Estado de derecho se tipifica porque todos sus actos están sujetos a la ley, asegurándose así el imperio de la misma. El principio de legalidad significa la supremacía de la norma, que se opone a la influencia del poder arbitrario y que excluye la autoridad discrecional del gobierno.

Con el principio de legalidad se tiende a que tanto la actuación de la administración, como la de los tribunales no sea libre, es decir que se encuentre vinculada al ordenamiento jurídico. No basta que no lo contradiga, sino que es preciso que se actué de conformidad con él. Constituye pues una limitación jurídica al poder público, la cual es llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la Constitución. De donde surge el adagio de que no gobiernan los hombres sino la ley.

Exige pues, el principio de legalidad general, de acuerdo a Otto, que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la administración mediante actos administrativos, y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el "bloque de la legalidad" y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también principio de juridicidad. Este principio impone, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la administración cuando

928 Ib id. p. *336.*

actúa y que de este modo la someten a derecho. Esta exigencia de vinculación es positiva, ya que no basta con que la administración no contradiga el ordenamiento jurídico, sino que es preciso que actué de conformidad con él. Dicho de otro modo, el principio de juridicidad no significa que la administración sólo puede hacer lo que no le está prohibido, sino que significa que sólo puede hacer lo que le está permitido.

Entendido pues como principio dé juridicidad, sumisión al bloque de la legalidad, el principio de legalidad no ofrece información alguna acerca de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico, porque el principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas
sin hacer distinción en ei rango de estas[929]

Este principio de legalidad se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas, por lo que se encuentra en todos los ordenamientos escritos o consuetudinarios en los que se tenga que sujetar el poder público a determinadas normas de observancia obligatoria en beneficio del gobernado. Su razón estriba, dice Bidart "en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas"[930].'

En general dice Magaña, "buena parte de la doctrina cuando se refiere al principio de legalidad lo identifica con la reserva de la ley, sin embargo, es conveniente hacer una distinción entre ambos conceptos. Como dijimos, en un sentido amplio el principio de legalidad lo empleamos para designar "la actuación del Estado conformado por la Ley", concepto, que por su misma generalidad, es algo que se considera como un valor entendido, en este sentido es sinónimo de "imperio de la ley". La reserva de ley necesita ser establecida por la Constitución y al hacerlo es una norma sobre la normación por la cual determina materia que sólo puede normarse por medio de ley formal. La preferencia de ley

929 Ignacio de ()Uo. Derecho (^institucional, Sistema de 1' nenies, cil. p. 157.

930 Bidarl C ampos, Tratado Klemental del Derecho Constitucional Argentino, T. I, cit. p. 225.

a su vez es el mandato de una ley secundaria en el sentido de que determinada materia debe regularse por la ley o, cuando ya está regulada en esa forma, en consecuencia, para modificarla es necesario que lo haga una norma de igual jerarquía, en cuyo caso estamos en presencia de una preferencia de ley y no de una reserva de ley"[931]

Aparte de la proclamación general, las constituciones precisan dicho principio en varias de sus aplicaciones específicas, así para el caso, consagra la legalidad en materia penal, tributaria, respecto a la actuación de los magistrados y jueces, etc.

Desarrollar cada una de estas especies es propio de un tratado, no de un manual, por ello, nos limitaremos, además de la general, a la legalidad en materias penal y tributaria; aquella por la gran importancia que tiene como garantía individual y la segunda por su valor histórico.

B. Antecedentes generales

El principio de legalidad constituyó uno de los postulados básicos del pueblo hebreo, consignado en el Decálogo, especie de ley fundamental y suprema de Israel. "Así, cuenta la leyenda que el Decálogo fue entregado por Jehová a Moisés en el Monte Sinaí que este profeta mayor y su hermano Aarón asumieron el compromiso ante el Señor de observar las prescripciones contenidas en tan importante legislación"[932].

Fue consagrado posteriormente jurídicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su Art. 5 que decía: "La Ley no puede prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer aquello que ella no ordena".

'>31 Alvaro Magaña, KI Principio de Legalidad Tributaria, San Salvador, obra inédita, pp. 178-179.

'J32 Ignacio Burgoa. Las (¿arantías Individuales, cit. p. 606.

C. Ordenamientos internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos lo contempla en su Art. 29.2 que dice: "En el ejercicio de su derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

CH. Ordenamiento jurídico salvadoreño

Nuestras constituciones no mencionan el principio de legalidad expresamente, sin embargo incluye preceptos que son una evidente aceptación constitucional del principio, tal es el caso del sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a la ley.

Así, la Constitución Federal de 1898, en su Art. 8 establecía: "Los funcionarios públicos no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley También lo contempló la Constitución Federal de 1921, la cual en el Art. 173, conservaba el mismo texto, con la variante que adicionaba "no son dueños, sino depositarios de la autoridad, sujetos y jamás superiores a la ley y siempre responsables por su conducta oficial".

En cuanto a las constituciones nacionales la de 1841, estatuía en su Art. 67 que: "Todo poder público emana del pueblo: los funcionarios públicos son sus delegados y agentes y no tienen otras facultades que las que expresamente les da la ley Por ella ordenan, juzgan y gobiernan; por ella se le debe obediencia y respeto: y conforme a ella deben dar cuenta de sus operaciones". Este principio fue también contemplado en los Arts. 2, 3, 3, 1 ro. inciso segundo, 3, 2, 2, 2, 6, 6, 86 inciso 3ro. de las Constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1945, 1850, 1962 y 1883, respectivamente, con pequeñas variantes, para el caso a partir de la Constitución de 1872 se suprimió "por ella ordenan, juzgan y gobiernan", en las de 1886 y 1945 se adicionó "por ella legislan, administran y juzgan", en las 1939, 1950 y 1962 se conservó únicamente la primera parte es decir que “Todo poder emana del pueblo. Los

funcionarios del Estado son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley" y en la actual de 1983 se habla de funcionarios del Gobierno en lugar de funcionarios del Estado, conservándose el resto.

Cabe agregar que a partir déla Constitución de 1886 se quizó frenar los abusos y excesos de poder en las actuaciones del Organo Ejecutivo por lo que se estableció que "Todos los decretos, órdenes o resoluciones que el Poder Ejecutivo emitiere traspasando las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidas, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación del Cuerpo Legislativo", Art. 93, disposición que mantuvieron los Arts. 108, 93,80, 80 y 164 de las Constituciones de 1939, 1945, 1950, 1962 y 1983, respectivamente, con la variante que se hablaba de Asamblea Nacional, Poder Legislativo y Asamblea Legislativa, sucesivamente.

Los redactores de la Constitución de 1950 en la exposición de motivos manifestaron refiriéndose a la disposición en comento que: "los funcionarios no actúan por derecho propio, sino exclusivamente como representantes del pueblo; y en cuanto a sus facultades, especifica que solo tienen las que expresamente les da la ley. Por ende, exceso en este

933

sentido significa ejercicio ilegitimo del cargo"

a. Principio de legalidad general

Tal como se ha expuesto anteriormente, el principio de legalidad general no es mencionado expresamente, sin embargo nuestra Constitución vigente, reconoce el sometimiento de los poderes públicos a la Carta Magna y a la ley,- establecido en el Art. 86 inciso tercero que dice: i'Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley", en forma general y, en forma particular en los Arts. 168 ordinal 1ro. que establece entre las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, la de "Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y demás disposiciones legales"; y 172 inciso último, respecto a los

'J33 El Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 42.

Magistrados y Jueces, los cuales se encuentran sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.

De donde se infiere:

1. Los funcionarios tienen que actuar dentro de las atribuciones y competencias que les confiere el pueblo por medio de la ley.

2. Lo que no se le ha facultado al funcionario es porque se lo ha reservado el pueblo para sí o porque se-Jo ha conferido a otra autoridad. \

3 . La Constitución sanciona con nulidad todo lo actuado por el Ejecutivo en exceso de sus atribuciones. Expresando el Art. 164 que: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Organo Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa".

Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que "Es un principio general del Derecho Constitucional, que todo lo que un funcionario realiza en exceso de sus facultades o atribuciones es nulo y como señalamos, a este principio se le llama de legalidad. La Constitución es un producto histórico y sus disposiciones responden más a necesidades prácticas que a esquemas teóricos. En ese sentido, nuestro Constituyente ha dictado normas tendientes a frenar los abusos y excesos de poder en el área que por su propia naturaleza y por la experiencia histórica se han dado con más frecuencia: la de los funcionarios del Organo Ejecutivo. Ese es el propósito del Art. 164"..."Históricamente dicha disposición la encontramos por primera vez en el Art. 92 del Proyecto de Constitución del año de mil ochocientos ochenta y cinco"...."como una medida del Constituyente tendiente a evitar la viciada práctica de dar leyes por el Poder Ejecutivo y someterlas con posterioridad a la ratificación del Cuerpo Legislativo"..."Como se nota del contenido del artículo 164, tiende sobre todo dicha disposición a mantener libre el área legislativa de acciones indebidas del Ejecutivo, y fundamentalmente la función de legislar. No otra cosa se

desprende de dicho artículo cuando señala que lo realizado por el Ejecutivo en exceso de sus facultades será nulo y no deberá ser obedecido aunque se dé a reserva de someterlo a la aprobación de la Asamblea Legislativa, ya que sólo podría ser ratificado por la Asamblea conforme a derecho, aquellos comprendido dentro de sus atribuciones o competencias. Si bien desde sus orígenes se considera nulo lo actuado por el Ejecutivo, esto no debe inducirnos al equívoco de equiparar dicha nulidad en su contenido o efectos a la nulidad civil, pues se trata en el presente caso de la nulidad de un acto político que está sujeta por el constituyente a una sanción especial: "No ser obedecida"; esa nulidad dentro del derecho público equivale a la inexistencia por faltarle al acto elementos esenciales: a. voluntad formalmente manifestada; b. competencia para la realización del acto; y c. omisión de sus normas constitutivas. Se trata del acto realizado por un funcionario fuera de su función y lo que le da a todo acto su existencia es el ser realizado de conformidad con la ley"[934].

b. Principio de legalidad cn materia penal

Noción

El principio de legalidad en materia penal se expresa generalmente con el aforismo latino "nullum crimen, nulla poene sine lege", es decir que una persona sólo puede ser castigada en por un hecho que cometió con posterioridad a la vigencia de la ley. Su fundamento es la seguridad jurídica, trata de evitar la arbitrariedad de los jueces.

Antecedentes generales.

A pesar, que este principio se expresa con el aforismo latino expuesto anteriormente, no tiene origen romano, sino que surge con el liberalismo del siglo XVIII, aunque tenga sus manifestaciones en la Edad Media. Así la mayoría de tratadistas sostienen que el documento

934 Hl Salvador, Corle Suprema de Justicia. Sentencia, Mayo 1989, cit. pp. 35-36.

originario precursor es el Art. 39 de la Carta Magna que en lo pertinente establecía: "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes....sino conforme a la "ley del país". Otros, se remontan más allá y afirman que fue don Alfonso, Rey de León y de Galicia, quien en las Cortes de León en el año 1188 proclamó un principio más o menos semejante.

El principio de legalidad fue también sustentado en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia (1776), en cuyos Arts. VIII y X, en lo concerniente establecían: "Que nadie sea privádo de su libertad, salvo por mandato de la ley del país"; y "que los autos judiciales generales en los que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos sin prueba de un hecho cometido...,o cuyo delito no se especifique claramente y no se demuestre con pruebas, son crueles y opresores y no deben ser concedidos".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo consignaba en sus Arts. 7 y 8, respectivamente, estatuyendo que "Ningún hombre puede ser acusado, prendido ni detenido sino en los casos determinados por la Ley, y según las formalidades prescritas en ella" y que "La Ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada".

La Constitución de los Estados Unidos de América por su parte, en su VI Enmienda estatuye que: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley".

También la Constitución de Cádiz de 1812, lo consagraba en su Art. 247 cuyo tenor decía lo siguiente: "Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley".

Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), consagra el principio de legalidad en sus Arts. 25 y 26 inciso segundo, que en lo concerniente dicen: "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes" y "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...".

También la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) dispone que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito" Art. 11.2.

La Convención Americana o Pacto de San José consigna el principio de legalidad en su Art. 8 al expresar que: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley", así como estatuye en su Art. 9 que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 no contemplo el principio de legalidad, sino que por el contrario permitía en casos de tumulto, rebelión
o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas, la formación de comisiones o tribunales especiales para conocer en determinados delitos, o para alguna clase de ciudadanos o habitantes, Art. 174 No. 4. En cambio fue consagrado en las de 1898 y 1921, en sus Arts. 28 y 47, respectivamente, conservando en lo medular el mismo texto que en su tenor dice: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente y con las formas

propias del juicio respectivo", con la diferencia do que en la última se suprimió "con las formas propias del juicio respectivo".

En las constituciones nacionales fue consagrado por primera vez en la de 1841, la cual establecía en su Art. 80 que "Solo los tribunales establecidos con anterioridad por la ley, podrán juzgar y conocer en las causas civiles y criminales de los salvadoreños. Las comisiones y tribunales especiales quedan abolidos como contrarios al principio de igualdad de derechos y condiciones. En consecuencia todos estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que establece la ley"., este mismo principio fue conterrtpfado en los Arts. 86, 113, 31, 27 y 23 de las Constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, y 1883, con la variante de que se suprimió la parte final a partir "como contrarios al principio de igualdad...".

Desde la Constitución de 1886 se ha mantenido casi el mismo texto que dice: "Nadie puede ser juzgado sino por leyes dadas por anterioridad al hecho y por el Tribunal que previamente haya establecido la ley", Art. 25 con pequeñas diferencias más que todo de forma y no de fondo, para el caso, se sustituyó "por leyes dadas con anterioridad al hecho", por "leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate".

Este principio lo contempla nuestra Constitución en el Art. 15 que literalmente dice lo siguiente: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

De acuerdo a esta disposición el principio de legalidad se conceptualiza como el derecho que tiene toda persona a ser juzgada conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho y por los tribunales que previamente haya establecido la ley. Por lo que contempla tanto el aspecto sustantivo como el adjetivo o procesal:

1 . Aspecto sustantivo se refiere a que un hecho determinado para que sea considerado como delito o infracción penal y susceptible de la aplicación de una pena, es necesario que exista una disposición legal que le atribuya una penalidad. En consecuencia, no hay delito ni pena sin ley, así por ejemplo, si se ha tipificado el delito, pero no se le ha atribuido pena, no puede haber condena, ya que el delito

(¡lie carece de pena ihi puede ci inslitucii malmente ser susceptible do sanción penal

Esto aspecto atañe al Código Penal y es importante mencionar que lo contempla en su Art. 1 cuyo tenor es el siguiente: "Nadie podrá sor sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente".

Al aplicar la ley a un hecho, éste no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la pena, salvo lo dispuesto en la primera parte del artículo 53.

Es importante hacer notar que este principio se encuentra en íntima relación con el de irretroactividad de la ley, y que se excluye la analogía[935], Art. 4 Pn.

2. Aspecto adjetivo o procesal. Supone la existencia con anterioridad al hecho cometido y tipificado como delito o infracción penal, tanto de tribunales ya integrados con potestad jurisdiccional, como de procedimientos para el juzgamiento del hecho.

   Con la exigencia de tribunales que previamente haya establecido la ley, conocido en algunas legislaciones como la garantía de jueces naturales, se quiere impedir las comisiones especiales que son tribunales creados con posterioridad al hecho de la causa o jueces designados expresamente para que intervengan en un determinado asunto, o para que juzgue a una persona específica. La finalidad que se persigue con la prohibición de dichas comisiones es evitar el abuso de las autoridades, quienes basadas en su influencia, pueden

V35 lil Código Penal prohíbe la analogía. "1 .a aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con la hipótesis expresamente reguladas no una setnejan/.a absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea. cn cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes". Ignacio Burgoa. Las (Garantías Individuales, cií. p. 570.

obtener condenas o absoluciones que respondan más que todo a intereses políticos o personales.

Atañe al Código Procesal Penal su regulación y éste lo consigna en los Arts. 2 y 3, el primero referente al principio de legalidad del proceso y el segundo de la condena.

Este aspecto adjetivo o procesal ha sido reafirmado por la Sala de lo Constitucional al expresar la exigencia de tribunales y procedimientos establecidos con anterioridad al hecho cometido, al respecto ha sostenido que "El principio de legalidad consagrado en el Artículo 15 de la Constitución en su aspecto sustantivo regula aquella situación de que, con anterioridad al hecho que se trate de juzgar, debe existir una ley que tipifique concretamente ese hecho como acto delictivo y que se establezca la pena correspondiente. En su aspecto adjetivo o procesal debe interpretarse en el sentido de que con anterioridad al hecho cometido y tipificado como delito deben existir los Tribunales con potestad jurisdiccional y debe existir un procedimiento ya integrado para el juzgamiento del hecho. En efecto en El Salvador ya existen esos Tribunales con su jurisdicción ya establecida, en Primera Instancia, los Jueces de Primera Instancia que tienen competencia en materia penal, 148 Pr. Pn.; en Segunda Instancia, las Cámaras respectivas, Art. 517 Pr. Pn. y en Casación la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte en Pleno. Art. 567 Pr. Pn., todos en relación con la Ley Orgánica Judicial. El principio de legalidad se violaría, si se cometiera un hecho el cual ya está tipificado por la ley sustantiva, como delito, con su correspondiente pena, y en la ley adjetiva o Procedimientos Penales, también ya existen los Tribunales y el proceso previamente establecido pero para juzgar este hecho el legislador creará, con posterioridad, un Tribunal Especial y un procedimiento especial "ad hoc", para el juzgamiento del mismo. En El Salvador se planteó una situación así, cuando, después del golpe de Estado del 14 de Diciembre de 1948, para juzgar las actuaciones de los ex-funcionarios del régimen derrocado, se creó un Tribunal especial integrado por tres miembros, y a la vez, se estableció también, con posterioridad a los hechos que se juzgaría, un procedimiento especial para iniciar, proseguir y fenecer los procesos mediante los

cuales deberían de juzgarse a los imputados; esto se hizo mediante un decreto ley"[936].

c. Principia de legalidad en materia tributaria

Noción

El principio de legalidad tributaria postula que los tributos no pueden ser establecidos sino en virtud de una ley formal. Es considerado por Jarach, "como el primer principio del Derecho Tributario Constitucional. Tan parecido es, que lo expresa con un aforismo casi idéntico al que se emplea para determinar el que rige en materia penal. En esta materia se dice "nullum crimen et nulla poena sine lege"; y en materia tributaria "nullum tributum sine lege", es decir que los tributos no pueden ser establecidos sino en virtud de una ley formal.

Antecedentes generales.

En Inglaterra se percibe claramente, dice Magaña, el origen y el sentido propio del principio de legalidad tributario en sus inicios: consentimiento y voluntariedad por quienes pagan; bastante después, on otras latitudes, la misma ¡dea se recoge en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, como trece años antes se hizo en la Declaración de Virginia de 1776. El desarrollo del proceso de aprobación parlamentaria del impuesto en Inglaterra, se inicia en 1215 con la Magna Carta Ubertatum, se reafirma con la Petición de Derechos (Petition of Rights) de 1628, y, consolida definitivamente, en la Declaración de Derechos de 1689 (Bill of Rights). El apartado 4o. de la Declaración de Derechos de 1689 decía: "Que toda cobranza de impuestos para la Corona o para uso de la Corona, bajo pretexto de prerrogativas sin el consentimiento del Parlamento, por un tiempo más l.irqo y de manera distinta a como el Parlamento lo haya consentido, es contra ley".

'M(, lliul. p. 150.

Inicialmente, al pedir servicios y solicitar subsidios, los reyes celebraron verdaderos pactos con los nobles, en los cuales, les reconocían derechos a cambio de su aceptación del pago. Ese consentimiento, se convierte después en un verdadero derecho de defensa de los súbditos frente a los abusos y arbitrariedades de los reyes y así, con el tiempo, se convierte en una garantía; pero esto ocurre, hasta que las urgencias financieras de los soberanos obliga a incorporar otros estamentos sociales entre los "contribuyentes", incluyendo en consecuencia a sus representantes en los Consejos, Comunes, Cortes o Estados Generales que eran quienes aprobaban los pagos, en los distintos países. Durante todos esos siglos se desarrolla una lucha permanente de los monarcas para mantener la supremacía que disfrutaban, mientras los afectados por los subsidios pugnaban por alcanzar y consolidar su "derecho" a la aceptación de contribuir y, al lograrlo, se concreta lo que después los autores llamarían "autoimposición" o consentimiento de pago de los impuestos. A partir de 1689 queda establecida la práctica de autorizar los impuestos sólo por un año, y entonces, ello obligaba necesariamente, a la convocatoria anual del Parlamento. La obligación de solicitar los subsidios debía tener como necesaria consecuencia, explicar las necesidades del reino que justificaban el pedido, entonces, surge posteriormente el segundo principio, corolario del primero: la aprobación del gasto por los obligados al pago de los impuestos. La Carta Magna de 1215 solamente decía en su artículo 12: "No se levantará en nuestro reino ningún tributo o ayuda sin el consentimiento del Consejo Común de nuestro reino".

Si en Inglaterra el Parlamento lograba limitar la supremacía de los reyes, en Francia al principio sucede igual, pero después ocurre lo contrario, por el poder absoluto y autocrático de Luis XIV. Sin embargo, lo que Sainz de Bujanda califica de sorprendente es que no obstante el proceso histórico de reversión señalado respecto a Francia, "no logrará borrar el principio según el cual la legitimidad del impuesto quedaba supeditada a su aprobación por los contribuyentes o sus representantes". El Maestro español se refería a las reuniones de los Estados Generales, cuyos miembros representaban diferentes sectores de la estructura social, a quienes correspondía desde 1314, la función de autorizar los impuestos. Después, desapareció la práctica de convocar regularmente a los Estados Generales, hasta que finalmente, se llegó a dejar de hacerlo totalmente con el absolutismo, lo que significó

W

casi su desaparición; esto vino a ser, precisamente, el antecedente inmediato de la Revolución Francesa cuando los Estados Generales obligadamente reunidos por necesidades financieras, se convierte primero en Asamblea Nacional y después en Poder Constituyente.

La importancia y trascendencia histórica de la cuestión impositiva puede apreciarse de la lectura del artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, el cual consagra la fórmula clásica original del principio de autoimposición, antecedente histórico del de legalidad tributaria, así: Todos los ciudadanos tienen el

> derecho de comprobar por sí mismos o a través de sus representantes la necesidad de que se establezcan contribuciones públicas así como el

de aceptarlas libremente, controlar su utilización y determinar su cuantía, hecho imponible, recaudación y vigencia temporal. No podríamos dejar de señalar que esa primera formulación, embrión del principio de legalidad tributaria, contiene aspectos fundamentales de los tributos generalmente no mencionados específicamente en textos constitucionales recientes, pero que, unánimemente se reconoce, son elementos necesarios para el cabal cumplimiento del principio de reserva de ley. El antecedente de esa clara y explícita forma de concretar la autoimposición del artículo 14, transcrito, es el viejo principio de "ningún tributo sin representación[11] que aparece en los manifiestos de la lucha por la independencia americana y cuyo origen se remota, otra vez, a la Petition of Rights de 1628 y después se desarrolla en el capítulo VI de la Declaración de Virginia de 1776 que establece: "La elección para actuar como representantes en asamblea debería ser libre; y todas las personas que evidencien suficientemente un común interés y una vinculación estable con la comunidad tienen el derecho de sufragio y no pueden ser sometidas a impuestos o privadas de sus propiedades para finalidades públicas sin su consentimiento o sin el consentimiento de sus representantes elegidos' .

H
i
007

En España, el proceso es similar, los acuerdos o pactos, confieren a los Cortes, poderes similares a los Estados Generales en Francia y a los Consejos en Inglaterra. La Constitución de Cádiz (1812) facultaba a

')Y Alvaro Magaña, cit. pp. 145 a 148.

las Cortes a establecer anualmente contribuciones e impuestos, Art. 131 Décimatercera, y todo el Título VII, denominado "De las Contribuciones", Arts. 338 al 355. El principio de legalidad aparece en la Constitución Española de 1869, en su Art. 15 cuyo texto era el siguiente: "Nadie está obligado a pagar contribución que no haya sido votada en Cortes".

Ordenamiento jurídico salvadoreño.

Las constitución Federales de 1898 y 1921, como todas las constituciones nacionales otorgaban al Organo Legislativo la facultad de decretar impuestos y contribuciones, con lo cual se concreta, inicialmente, dice Magaña, "el principio de legalidad como asignación de competencia, determinada específicamente en forma expresa, no obstante estar comprendida en la atribución principal que es decretar las leyes. La explicación es histórica, y la encontramos en la idea de "autoimposicion", anterior al principio de legalidad'[938]

El principio se reafirma por medio de otra disposición que aparece por primera vez, en el Título XVII "Del Tesoro Público", Art. 85 de la Constitución de 1871, que decía: "No se podrá exigir ninguna clase de contribuciones ni impuestos que no se hallen determinados con anterioridad por la ley", principio que no fue incluido en las siguientes constituciones de 1872 y 1880. Fue hasta la de 1883 cuando se recogió nuevamente en el Título II, "Garantías Nacionales", Art. 6 que establecía que: "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público". Fue reproducido en las constituciones de 1886,1939,1945,1950 en sus Arts. 6, 24, 6, 119 y 119 respectivamente, con pequeñas variantes, se suprimió "en proporción a las facultades del contribuyente; y la de 1939 prescribía además que "La base del sistema tributario será la distribución equitativa y justa de las cargas en relación con las capacidades económicas de los contribuyentes". A partir de la Constitución de 1950 volvió al título de la Hacienda Pública, ubicación que le había dado el Constituyente de 1871.

938 Ihíd. p. 153.

La Constitución vigente lo recoge en el Capítulo II sobre "Hacienda Pública", que forma parte del Título VII sobre el "Régimen Administrativo", nn su Art. 231, conservando el mismo texto: "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público", lo que significa que las situaciones jurídicas de los contribuyentes deben ser rugidas por una ley anterior a los hecho que caen bajo su imperio, con lo que se exige que la ley del impuesto sea preexistente a los hechos Imponibles para enmarcar de esta forma el derecho tributario en el orden constitucional.

Es decir que:

1. Las contribuciones, que pueden ser impuestos, tasas y contribuciones[939] en estricto sentido, deben imponerse por medio de una ley formal, es decir por Decreto Legislativo debidamente sancionado y promulgado en la forma prescrita por la Constitución.

. Los impuestos, tasas y demás contribuciones pueden gravar toda clase de bienes, servicios e ingresos.

3. El gravamen debe ser equitativo.

4. Los fondos que obtenga el Estado de los contribuyentes deben ser devueltos a la población en forma de servicios públicos. "El señalamiento específico del "servicio público" como objetivo del financiamiento al cual se destinan las contribuciones es una forma

'M'J "Se habla de tasas cuando el servicio público procura un beneficio, bien a quien lo demanda o a la colectividad en general. Tin oíros términos, es la contraprestaeión de un servicio especial prestado por el ente público a una persona que lo solicita, ordinariamente a un precio inferior al costo real del servicio mismo. Se configura el impuesto, cuando el servicio público no acarrea un beneficio particular a los individuos, Mim una ventaja a la colectividad en su conjunto, no siendo individualizare y divisible, a l.i ve/ que el impuesto tiene carácter eminentemente coactivo. Iixiste contribución cuando

<I ente público adelanta obras que son de utilidad general, pero que ofrecen beneficio '■•.peeial a determinados sujetos. Los gastos para llevar a cabo tales obras son cubiertos iludíanle imposición coactiva, mas su importe corre, en parle, a cargo de la colectividad culera, y. en parle tambie'n a cargo de quienes obtienen ventajas especiales". Carlos Allktlo Olano V.. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Temis. Bogotá. I 'JN7. p. 400.

distinta de limitar al propósito exclusivamente fiscal del establecimiento de los gravámenes, que refleja el pensamiento característico del siglo pasado, modificado hasta cuando se generaliza la aceptación de los fines extrafiscales del impuesto con el desarrollo de los instrumentos de la política fiscal, corolario de las formulaciones de las teorías de la determinación del ingreso, asociadas particularmente al nombre de Keynes y su Teoría General de 1936. En ese contexto,^debería aceptarse una definición extremadamente amplia del servicio público para justificar un gravamen que tenga por objeto influir sobre la demanda agregada, disminuyendo las disponibilidades financieras por medio de los impuestos. En este orden de ideas, las limitaciones que introduce el empleo de expresiones como la comentada son innecesarias, y por ello, no las encontramos en las Constituciones de la mayoría de los países"[940]. La Sala de lo Constitucional declaró inconstitucional de los Decretos 481 y 579 relativos a la Ley del Impuesto para la Defensa Nacional y su modificación respectivamente por considerar que en sus Arts. 1 crean un impuesto extraordinario de emergencia, careciendo la Asamblea Legislativa de facultades para decretar tal tipo de tributos. La Sala sostuvo que "los impuestos en nuestro Régimen Constitucional solo pueden ser creados por ley tanto en su sentido formal como material y destinados al servicio público, como estatuye el Art. 231 del máximo ordenamiento. Por otro lado la ley que establece el impuesto debe estar vigente a la fecha en que respectivo Presupuesto General del Estado sea votado (Art. 227 Cn.). En nuestro Derecho los llamados gastos extraordinarios o sea aquello no previstos en el presupuesto anual del Estado, por la imperiosa razón de ser imprevisibles al nacer de circunstancias anormales que obliga a erogaciones extraordinarias y que en concreto en nuestra Constitución solo puede darse según enúmeración taxativa, en casos de invasión, guerra legalmente declarada o calamidad pública, y solo puede cubrirse mediante el recurso extraordinario de acudir al crédito público decretando empréstitos forzosos en relación equitativa y siempre que tales gastos no puedan ser cubiertos por las rentas públicas ordinarias,

940 Alvaro Magaña, LII. p. 271.

esta última exigencia se robustece con lo previsto en el mismo Art. 227 Cn. que impone autorizaren el presupuesto la deuda flotante en que el Gobierno podrá incurrir, durante cada año, para remediar deficiencias temporales de ingreso"...Funda la declaratoria de inconstitucionalidad, la Sala, "en violación expresa de los siguientes artículos constitucionales: Art. 86 que establece el principio general de legalidad; Art. 131 ordinal 6 que establece las facultades de la Asamblea Legislativa en materia tributaria y el principio de legalidad formal y material de los tributos; Art. 231 que igualmente establece el principio de legalidad tribu públicos; y Arts. 131 ordinal 8 y 227 Cn. que establecen los principios de legalidad y equilibrio presupuestario"[941].

6. Asilo

6.1. Noción

La palabra asilo proviene del latín "Asylum" y ésta a su vez, encuentra su origen en la voz griega "asylos" que significa aquello que no puede ser capturado. Expresa la protección que se le da a una persona, que temiendo por su vida o seguridad, busca amparo en un lugar, que por diferentes motivos debe ser respetado por sus perseguidores.

El asilo es una institución que abarca situaciones variadas, así una porsona amenazada puede buscar protección, en la sede de una representación diplomática acreditada ante el país en el cual s'e encuentra, o ponerse bajo la soberanía de otro Estado. En el primercaso, estamos frente al asilo diplomático y en el segundo, frente al asilo territorial.

Asilo diplomático es el concedido por el representante diplomático, en las legaciones, navios de guerra y todos aquellos otros sitios en los que el Estado asilante ejerce autoridad real.

'**MI I'I Salvador, Corte Suprema de Justicia.** Sentencias , **Mayo 1089.** cit. **pp. 80, 83.**

"La base de este asilo en el Derecho Internacional era la extraterritorialidad, o sea la consideración del edificio de una misión diplomática como inviolable frente al Estado en el que territorialmente está situada. Esta concepción, sin embargo, de la extraterritorialidad del edificio diplomático no es ya válida en el Derecho Internacional. Por ello, la doctrina y jurisprudencia actuales son contrarias a su reconocimiento, pues entienden que suponen una injerencia en los asuntos internos del Estado receptor. Aunque
desde un punto de vista doctrinal la) situación está clarificada el asilo diplomático ha sido concedido en diversas ocasiones al amparo de las normas sobre la inviolabilidad de las Misiones diplomáticas. En la actualidad este asilo es una institución típica de los países latino-americanos y de España y Portugal. Así se considera una
institución de Derecho Internacional particular en Iberoamérica (Tratados de La Habana de 1928, Montevideo de 1933 y Caracas de 1954). Según estos Convenios el Jefe de la Misión Diplomática debe comunicar la concesión de asilo al Gobierno del Estado receptor.

Una variedad del asilo diplomático que sí tiene reconocimiento internacional es el asilo humanitario, que se concede en casos de
revueltas, revoluciones, etc..... a las personas perseguidas en el
edificio de la Embajada diplomática. Es válido este tipo de asilo sólo durante el tiempo que se mantenga esa situación excepcional de disturbios o agitaciones y, además, que se tema que el Estado perseguidor va a tratar a la persona perseguida por debajo del estándar mínimo humanitario"[942].

2. Asilo territorial es el concedido fuera del territorio y consiste en el derecho soberano de un Estado de otorgar asilo en su territorio a las personas que sufran persecución. Este asilo, como institución protectora de los derechos humanos, "tiene su fundamento en el momento de la evolución del Derecho internacional en la competencia que ejerce el Estado sobre su territorio". En consecuencia, el llamado derecho de asilo se configura como un

942 Ricardo (iarcía Macho. "I:l Derecho de Asilo y de) Refugiado en la Constitución lispañola". Kstudios sohre l;i Constitución Kspnñola. Homenaje al Profesor Eduardo (iarcía de linterna. Tumo II. cit. p. 767- 769.

V

derecho del Estado que lo concede y no de la persona que lo solicita. De ahí que no se trate, en puridad de uno de los derechos humanos internacionalmente protegibles, sino de un mecanismo protector frente a la violación de determinados derechos del hombre; concretamente del derecho a no ser perseguido por motivos políticos, religiosos, raciales, por luchar contra el colonialismo o por cualquier otro motivo distinto de la comisión de un delito común o de un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad, tal y como se definen internacionalmente. El derecho del individuo se reduce, por tanto, al derecho de buscar asilo y a disfrutar de él"[943]

Tal como hemos señalado, el asilo diplomático, no es aceptado por 1.1mayoría de los países europeos, pero sí en la mayoría de los l.itinoamericanos, en los cuales, una vez que el asilado diplomático sale del país, normalmente se convierte en asilado territorial. Sin embargo, .uin cuando la generalidad de los autores latinoamericanos, consideran .ti asilo diplomático "como una institución necesaria, acaso indispensable, para la agitada vida política de la región, ha habido . il< junos que la han estimado como una afrenta a la majestad de la justicia y como una intervención inicua en los asuntos internos de un país. El jurista venezolano Simón Planas-Suárez, por ejemplo, la llama "execrable uso latinoamericano, destructor de la soberanía nacional y de 1.1cordialidad internacional" y "una seria amenaza para la paz del ('onlinente".

En tanto la otra rama del asilo político, el asilo territorial, es ahora ii-conocida mundialmente, y hasta se ha incluido en las declaraciones y lo:, convenios sobre derechos humanos, el asilo diplomático, como se dijo anteriormente, es objeto de resistencias y hasta de ataques vimlentos, sobre todo de parte de asesores legales de gobiernos dictatoriales o despóticos, que lamentan, con una supuesta defensa de 1.1soberanía nacional, la imposibilidad de detener a los enemigos del ie< limen prepotente. Pero la vigorosa corriente que propugna el respeto .ib:,oluto del asilo diplomático y su posterior consagración como un

'Mi Manuel Cobo del Rosal. "Art. 13.3. F.xtradic¡ón y Asilo", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Kspañoía de 1978, {'orno íí, cit. p.253.

auténtico derecho humano -del perseguido político- no puede detenerse. Basada en las realidades de la historia latinoamericana y fundamentada en los valores éticos y en las normas de conducta reconocidos por las civilizaciones contemporáneas, poco a poco habrá de convertirse en un verdadero derecho, no del Estado asilante, como existe en la actualidad, sino del perseguido político. Con optimismo y visión puede tal vez sostenerse que en el futuro su protección llegue a alcanzar la jerarquía inderogable de norma "jus cogens". Pero, para ello, falta mucho todavía"[944].

6.2. Antecedentes generales

La noción del asilo es tan antigua como la humanidad, las tribus y clanes junto a los objetos sagrados, que representaban a la divinidad, consagraban este derecho. La divinidad, constituía para Montesquieu, el refugio de los desgraciados y como no había gente más desgraciada que los delincuentes, se pensaba que los templos eran un asilo para ellos"[945]. El asilo religioso, que garantizaba la seguridad de los perseguidos en las iglesias, templos o altares, se práctico entre los hebreos, griegos y romanos y en la Edad Media por la Iglesia Católica, correspondiéndole al delincuente el derecho de asilarse.

Este asilo lo que en realidad concedía era el territorial, por lo que en Grecia, Israel y Egipto se transformó por razones políticas y económicas en un verdadero asilo territorial, al cual de ahora en adelante, llamaremos, dice Vieira "por su verdadero nombre, refugio, tuvo su origen en la fuerza, convirtiéndose luego en la emanación de la soberanía, de la cual es una derivación y una manifestación"[946]

944 Alfredo Martínez Moreno. "Fortalecimiento e! Asilo Diplomático", Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid, 1991, pp. 323-324.

945 Ver Montesquieu, cit. p. 315.

946 Manuel Adolfo Vieira. Derecho de Asilo Diplomático, .Martin Bianchi Altuna, Montevideo. 1961, p.88.

w

En el siglo XVII el refugio fue tratado en forma jurídica, consagrado como principio por la Revolución Francesa en el siglo XVIII y cuyas consecuencias se hicieron sentir durante el siglo XIX, cuando llegó a convertirse en una institución reconocida por la mayoría de los estados.

El asilo diplomático, por su parte, tuvo su origen en el siglo XV, paralelo a la institución de la diplomacia, la cual consideraba al agente diplomático como representante del monarca y lo investía de poderes que significaban su total Inviolabilidad. Al convertirse las misiones, que en un principio fueron accidentales, en permanentes, se agregó a la inmunidad personal del enviado, la real del lugar en donde habitaba. Surgió entonces, para justificar jurídicamente la inviolabilidad de la residencia, la ficción de la extraterritorialidad, "por la cual se reputaba que la casa o palacio del enviado diplomático, era considerada como una porción del territorio del príncipe, al cual las autoridades locales no podían penetrar pues ello significaría una violación de la soberanía del monarca. Este principio tuvo, pese a sus impugnadores, una rápida aceptación y en el siglo XVI era reconocido en toda Europa y con ella el derecho de asilo"[947].

Originariamente fue concedido en la sede de la representación diplomática, posteriormente se extendió a los alrededores de ella hasta abarcar barrios enteros, a los cuales se les denominaba "jus quarteriorum". Estos barrios amparados por la inmunidad del representante diplomático, llegaron a constituir enclaves territoriales dentro del Estado, en donde buscaban amparo toda clase de delincuentes.

En el siglo XIX con las ideas de la soberanía absoluta del Estado, declinó esta institución en Europa, persitiendo en América.

6.3. Ordenamientos internacionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (i'MH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y la

‘ I ’M.mucl Adolfo Vieira. cil. p. 106.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) reconocen el derecho que tiene toda persona a buscar asilo y recibirlo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales, Arts. 27, 14 y 22.7, respectivamente. Cabe agregar, que teniendo presente el Art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprobó la Declaración sobre el Asilo Territorial, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1967, por medio de la Resolución 2312, la cual establece en su Art. 1 que: "El Asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados".

Además de los instrumentos mencionados anteriormente, las Naciones Hispanoamericanas aparte de Tratados Regionales, como el de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889, las Reglas de Paz de 1889, el Tratado de Washington de 1907, han suscrito tres tratados colectivos. En los dos primeros, como veremos a continuación únicamente se legisla el asilo diplomático y en el tercero, en el de Caracas, el territorial y el diplomático.

1. Convención de los Estados Americanos sobre Asilo, firmada en la Sexta Conferencia Internacional Americana que se celebró en La Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928,[948] la cual tenía como postulados los siguientes:

    a. Prohibía el asilo para los delincuentes comunes y lo permitía para delincuentes políticos. Preceptuaba que no era lícito a los Estados dar asilo en legaciones, navios de guerra, campamentos o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes, ni a desertores de tierra y mar, los cuales debían ser entregados tan pronto lo requiriera el gobierno local. Si se

948 Fue ratificada por El Salvador, el *25* de abril de 1936.

refugiaban en territorio extranjero la entrega debía efectuarse mediante extradición, y sólo en los casos y en la forma que establecieran los respectivos Tratados y Convenciones o la Constitución y leyes del país de refugio, Art. 1. Este artículo, dice Luna "es completamente inoportuno en un tratado que legisla sobre el asilo político, pues impone una prohibición a los estados de asilar a los delincuentes comunes, materia propia de los tratados que estipulan la extradición, más no de la institución que estudiamos"[949].

b. Reconocía el derecho de asilo a los delincuentes políticos, siempre que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieran el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio, Art. 2. No comprendía a los delitos políticos conexos, ni estipulaba a qué Estado le correspondía la calificación del delincuente político asilado.

c. Consignaba además, entre las normas aplicables al asilo la condición de urgencia y el salvoconducto. Sin embargo no decía nada acerca de cuál de los Estados contratantes tenía que calificar la urgencia, ni establecía obligación alguna al Estado territorial de extender salvoconducto, para que el asilado pudiera salir del recinto diplomático en que se encuentraba refugiado.

Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Político, firmada en la Séptima Conferencia Internacional Americana, que se celebró en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933[950], la cual prescribía lo siguiente:

a. Exigía que no se diera asilo a los inculpados por delitos comunes que estuvieran procesados o que hubieran sido condenados por los Tribunales ordinarios, Art. 1.;

I ><ivid Alejandro Luna, LI Asilo Político, Tesis Doctoral, Universitaria, San Salvador. IW.2, p. 35.

I'ue ratificada por LI Salvador, el 25 de abril de 1936.

b. Establecía que la calificación de delito político correspondía al Estado que prestaba el asilo, Art. 2;

c. Estipulaba además, que el asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no se encontraba su a reciprocidad, Art. 3

3. Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Diplomático, firmada en la Décima Conferencia Interamericana, celebrada en Caracas, el 28 de marzo de 1954[951], la que preceptúa lo siguiente:

a. Sólo beneficia a los perseguidos por motivos o delitos políticos, excluye a los autores de delitos comunes, Art. 1. "El progreso mayor logrado en este aspecto, lo constituyó", dice Martínez Moreno, "el haberse permitido que el asilo se concediera no sólo por delitos políticos o conexos, sino también por motivos políticos, aun cuando el acto realizado por el perseguido no tipificara claramente un delito, o cuando la arbitrariedad gubernamental persiguiera a un inocente, por ser enemigo político"[952].

El asilo únicamente puede concederse en los sitios en que el Estado asilante ejerce autoridad real: las legaciones, entendiéndose por tales: "toda sede de Misión Diplomática ordinaria, la residencia de los Jefes de Misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de éstos exceda de la capacidad normal de los edificios", los navios de guerra y los campamentos o aeronaves militares. Se exceptúan, como recinto de asilo los "navios de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisionalmente en astilleros, arsenales o talleres para su repación", Art. 1.

951 I'uc ratificada por HI Salvador.

952 Alfredo Martínez Moreno, eit. p. 326

b. Reconoce el deber de todo Estado de conceder asilo, "pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar porque lo niega", Art. 2.

c. La calificación de la procedencia del asilo, le corresponde al Estado asilante, Art. 4. "El Estado territorial puede argumentar en contra de la naturaleza política del delito o de los motivos de la persecución, pero debe respetar la calificación que al respecto haga el Estado asilante"[953].

ch El asilo sólo puede ser concedido en casos de urgencia, correspondiéndole al Estado asilante la calificación, Arts. 5 y 7. Se entienden como casos de urgencia, entre otros, "aquéllos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad", Art. 6. El artículo 5 conoce, dice Luna, "el asilo político en forma restrictiva, es decir, únicamente en los casos de "urgencia". Pero siendo el presente Tratado reflejo de la realidad política latinoamericana: en que los cuartelazos, los golpes de Estado y trastornos políticos son tan frecuentes y tan faltos de juricidad, sería absurdo exigir que el delincuente político estuviera procesado para que el asilo pudiera otorgarse. La mayor parte de nuestras persecuciones de índole política no dejan jamás huella en los Tribunales de Justicia, ni siquiera en las Cortes Marciales. De hecho se captura a las personas inculpadas y se las destierra, sin acusarlas, nunca por la vía de justicia ordinaria"[954].

d. El Estado asilante debe comunicar a las autoridades competentes del Estado territorial la solicitud de asilo presentada por el refugiado, pero una vez tomada la decisión de conceder el asilo, el Estado territorial debe

llml. p. 326.

l una. op. cit. p. 43.

otorgar el salvoconducto y prestar las garantías de seguridad para que el asilado salga sin peligro del país, Arts. 8, 11 y 12.

e. El funcionario asilante no permitirá a los asilados practicar actos contrarios a la tranquilidad pública, ni intervenir en la política interna del Estado territorial, Art. 18.

4. Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Territorial, firmada en la Décima Conferencia Interamericana, celebrada en Caracas en el 28 de marzo de 1954,[955] la que establece.

a. El derecho que tiene todo Estado, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno, Art. I.

b. El respeto que, según el Derecho internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre sus habitantes, se debe igualmente a las asilados, Art.II.

c. Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, Art. III.

ch. La extradición no es procedente, dice el Art. IV "cuando se trate de personas que con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidos por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos, ni cuando la extradición se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos".

El asilo ha quedado salvaguardado tanto para los perseguidos por delitos políticos o por delitos comunes cuando en la persecución de éstos exista un móvil político.

955 Fue ratificada por Fl Salvador.

6.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución Federal de 1824 reconocía en su título II, sección I, "Del Gobierno y de la Religión", el derecho de asilo al estatuir que "La llopública es un asilo sagrado para todo extranjero, y la Patria de todo el que quiera residir en su territorio". Derecho que fue recogido por la Constitución Federal de 1921, en su Capítulo relativo a los extranjeros, disponiendo que "el territorio de la Federación es un asilo sagrado para luda persona que se refugie en él", Art. 22.

La Constitución de El Salvador de 1871 lo consignó en su título XIX relativo a los "Derechos y deberes garantizados por la Constitución", en su Art. 101 que en lo pertinente establecía: "La República es un asilo sagrado para todo extranjero que quiera residir en su territorio, con tal que se someta a sus leyes y obedezca a las autoridades constituidas. Sin embargo, el Gobierno entregará a los reos de delitos comunes, que le reclame el de otra nación, en virtud de tratados existentes, en que se haya estipulado la extradición"; texto que fue reproducido, en las constituciones de 1872, 1880, 1883 y 1886 de la siguiente manera: "La República es un asilo sagrado para el extranjero que quiera residir en su lerritorio; menos para los reos de delitos comunes que reclame otra Nación, en virtud de tratados vigentes y en los que se hubiese estipulado la extradición", Arts. 20, 17, 13 y 11, respectivamente.

No fue recogido por la Constitución de 1939, pero si por la de 1945, la cual contemplo el mismo texto de la de 1886, el cual fue modificado por la Constitución de 1950, Art. 153 y cuyo texto fue reproducido en la 1962, Art. 153 y en la actual, Art. 28 que dispone: "El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas" y en su inciso segundo lo relativo a la extradición. De donde se deduce que la regla general es la concesión por parte del Estado salvadoreño de asilo al extranjero, exceptuándose los casos previstos por las leyes y el Derecho internacional.

Estos casos son de conformidad a los Convenios sobre asilo diplomático y territorial mencionados anteriormente, suscritos y

ratificados por El Salvador, los cuales constituyen de acuerdo al Art. 104, leyes de la República los siguientes: x

1. Los inculpados o procesados en forma ante tribunales ordinarios competentes y por delitos comunes, o se encuentren condenados por tales delitos y por dichos tribunales, sin haber cumplido la pena respectiva, Art. 3 Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Diplomático, 1954.

2. Los desertores de fuerzas de tierra, mar y aire, salvo que los hechos que motivan la solicitud de asilo, cualquiera que sea el caso, revista claramente carácter político, Art. 3 Convención de los Estados Americanos sobre Asilo Diplomático, 1954.

Beneficia el asilo a los que cometen delitos políticos o conexos, o sea quede la institución se encuentra excluidos los autores de delitos comunes. Así lo establece la Constitución en su Art. 28 que dice en lo pertinente: “No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas"; la Convención sobre asilo diplomático (1954), en su Art. 1 que se refiere a "personas perseguidas por motivos o delitos políticos" y la Convención sobre asilo territorial (1954), en su Art. 2 relativo a los perseguidos "por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos" y en su Art. 5 que prohibe la extradición de las personas requeridas por "delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos" o "cuando se solicita obedeciendo a móviles predominantemente políticos".

El delito político es difícil de conceptualizar ya que cada autor y cada época le han dado un concepto diferente.

"Aun cuando no existe una definición totalmente aceptada de delito político, pues para unos, los objetivistas, debe tomarse en cuenta primordialmente el bien jurídico lesionado, de naturaleza política, para los otros, los defensores de la tesis subjetivista, lo esencial es la motivación altruista del agente. La doctrina ha mantenido alguna:; excepciones: el magnicidio, el genocidio y el terrorismo, entre otros, este último, no sólo por los terribles medios usados para atentai contra el orden público por medio del terror, sino porque afecta a

I

terceros inocentes"[956]. Nuestro Código Penal por su parte, conceptúa en el Título IX delitos políticos y los delitos comunes conexos, prescribiendo:

"Para los efectos penales son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad internacional o interna del Estado, excepto el vilipendio a la Patria, sus símbolos y a los Proceres.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los Jefes de Estado.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tenga relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste; debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos, en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos, la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de la correspondencia'[1], Art. 151.

Es importante señalar que la calificación del delito corresponde al Estado asilante.

7. Extradición

/. *1. Noción*

Los estados en su lucha contra la delincuencia, guardan cierta solidaridad, existiendo una modalidad ya clásica de cooperación constituida por la extradición. Esta se puede definir desde dos puntos de vistas dependiendo del papel que desempeñe el Estado, ya sea que lecl.ime un delincuente refugiado en otro, o que entregue a uno que se

' ■<' \II i cdi i M.irl imv Mi >ivni i. i >[>. cil. (> ^25.

refugia en su terrritorio pedido por otro Estado. Desde el primer punto de vista es, dice Interiano, "la petición que un Estado hace a otro por la vía diplomática, para que entregue a una persona que ha delinquido en su territorio y que se ha refugiado en el territorio del país requerido"[957]; desde el segundo, es "la remisión de un individuo, por parte de un Estado a los órganos competentes de otro, para que sea enjuiciado o, si ya lo ha sido, para que sufra la pena impuesta"[958], es decir, la entrega de una persona radicada dentro de un Estado determinado a otro Estado en cuyo territorio cometió un delito por el cual se le procesa.

La extradición se llama activa en relación al Estado que reclama al delincuente y pasiva en relación con el que lo entrega.

Constituye pues "un acto bilateral entre dos Estados soberanos, y como tal "entraña una relación entre esas dos entidades estatales, o sea, entre la peticionaria de la entrega y la que realiza este hecho. Con base en lo anterior, la extradición sólo procede en virtud de tratados, o ante norma expresa que autorice tal actuación; pero ambas situaciones deberán sujetarse a lo dispuesto por la Constitución, en virtud del principio de la supremacía constitucional"[959].

7.2. *Antecedentes generales*

La extradición es de tan remota antigüedad, que ya en el año 1291 antes de nuestra era, encontramos sus huellas en el tratado de paz y alianza celebrado entre Ramsés II y Hatusili, rey de los hititas. "Se concedía en muy pocos casos, generalmente llevaba en sí un fin político y se pedía únicamente cuando se trataba de personas de mucha importancia, así encontramos en la historia griega que el famoso Temístocles fue sujeto a demanda de extradición antes de que

957 Armando I ni cria no. "Consideraciones sobre la Ext radición". Tesis doctoral. Universidad de El Salvador. 1956, p. 1.

958 Manuel Cobo del Rosal. "Art. J3.3. Extradición y Asilo", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Kspañola de 197H. cit. p. 247.

959 Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, "Corte Expone Jurisprudencia sobre Impedimento Extradición", Kl Diario de Hoy. 11 de julio de 1992, p. 5.

oncontrara asilo en Persia; y en la historia romana, por el tratado romano con los sirios fue estipulada la entrega del célebre Aníbal; en la historia antigua de Inglaterra el tratado de París de 1303 entre Eduardo I y Felipe IV, establecía que ninguno de estos soberanos daría asilo en sus dominios a ninguno de sus enemigos. Después de la Restauración, se formularon demandas de parte de Inglaterra para la entrega por Dinamarca y Holanda de regicidas, demandas basadas en tratados celebrados en esos países y mucho después se formuló una demanda bajo el tratado holandés para la entrega de Burnette, quien había sido puesto fuera de ley en Escocia, por sedicioso. En años más recientes fue arrestado en Hamburgo Napper-Tandy y entregado al Gobierno Británico después de la revolución irlandesa.

En muchos casos la extradición era pedida pero no concedida, y era cuando los países demandados se sentían suficientemente fuertes para no temer cualquier demostración de fuerza de parte del solicitante; y al contrario, cuando un país poderoso solicitaba la extradición de un delincuente a un país débil, generalmente se le concedía; en otras palabras, la razón de la demanda era la fortaleza y la entrega no se hacía precisamente por debilidad moral sino por debilidad material"[960].

7.3. *Ordenamientos internacionales*

La Convención sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) reconoce el derecho de toda persona a no ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo; y respecto del extranjero a no ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, Art. 22.5.8.

El Salvador también suscribió y ratificó el 31 de marzo de 1931, la Convención sobre Derecho Internacional Privado -Código de Bustamante-, firmada en la Sexta Conferencia Internacional Americana,

‘>i*U Armando Inlcriano. cit. p.2-3.

celebrada en La Habana el 13 de febrero de 1928. Dicho Código regula la extradición en sus Arts. 344 a 381, siendo importante destacar los siguientes principios:

1. Para hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales, deben acceder cada uno de los Estados contratantes a la solicitud de cualquiera de los otros a la entrega de individuos condenados o procesados por delitos contemplados en dicho Código o sujetos a los tratados o convenciones internacionales, Art. 344.

2. Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La Nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo, Art. 345;

3. Para conceder la extradición es necesario: que el hecho que la motive tenga carácter de delito, en la legislación del Estado requirente y requerido, sin embargo, si la en la legislación del requerido es posterior al delito, no podrá impedirse su extradición, Arts. 353, 360; es necesario además que se haya cometido en el territorio del Estado que la pida Art. 351.

4. La extradición alcanza a los procesados o condenados como autores, cómplices o encubridores del delito, Art. 352. Queda excluida de la misma los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido, Art. 355. Tampoco se acordará la extradición, si se probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político, según la misma calificación, Art. 356. No será reputado delito político, ni hecho conexo, el homicidio o asesinato del Jefe de Estado contratante o de cualquiera persona que en él ejerza autoridad, Art. 357. No será concedida la extradición si la persona reclamada ya ha sido juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud, Art. 558.

Además de la Convención mencionada anteriormente, El Salvador suscribió y ratificó la Convención de los Estados Americanos sobre Extradición, firmada en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana Extradición, cuyos principales postulados son los siguientes:

1. Reconoce la obligación de entregar, de acuerdo con las estipulaciones de la Convención, a cualquiera de los otros Estados que lo requieran, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que el Estado requeriente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado; y que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requeriente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad, Art. 1.

2. Si el individuo fuese nacional del Estado requerido, podrá éste en lo que respecta a su entrega, acordarla o no, según lo determíne la legislación o las circunstancias del caso. Si no entrega al individuo, queda el Estado requerido obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa y a comunicar al Estado requeriente la sentencia que recaiga, Art.2. No obstante el carácter restringido de la extradición de nacionales, El Salvador hizo una reserva a la misma estableciendo "la excepción de que no puede cooperar a la entrega de sus propios nacionales, prohibida por su Constitución".

3. No se encuentra el Estado requerido obligado a conceder la extradición en los siguientes casos: a) cuando estén prescriptas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requeriente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado; b) cuando el individuo inculpado haya cumplido su condena en el país riel delito o cuando haya sido amnistiado o indultado; o haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición; o hubiera de comparecer ante tribunal o juzgado de excepción del Estado requeriente, no considerándose así a los tribunales del fuero militar;
   o cuando se trate de delito político o conexo, no reputándose como delito político el atentado contra la persona del Jefe de Estado o de sus familiares; o cuando se trate de delitos puramente militares o

contra la religión, Art. 3. La calificación de la excepción le corresponde al Estado requerido.

4. El pedido de extradición debe ser formulado por el respectivo agente diplomático, a falta de éste el consular o directamente de gobierno a gobierno y resuelto de acuerdo al ordenamiento jurídico interno del Estado requerido. Si la extradición es concedida debe ponerse la persona reclamada a la disposición del agente diplomático del Estado requeriente en el plazo de dos meses contados desde la comunicación en ese sentido, sin embargo, si han transcurrido dicho lapso y no ha sido enviada la persona a su destino, debe ser puesta en libertad; si se trata de países fronterizos el plazo se reduce a dos meses. Negada la extradición no puede solicitarse de nuevo por el mismo hecho. Arts. 5, 8, 11 y 12.

5. Una vez concedida la extradición, el Estado requeriente se obliga a no procesar ni a castigar al individuo: a) por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él, a menos que el interesado manifieste expresamente su conformidad; b) por delito político o conexo con político, cometido con anterioridad al pedido de extradición; c) aplicarle la pena inmediata inferior a la pena de muerte, si, según la legislación del país de refugio, no correspondiera aplicarle pena de muerte; ch) a proporcionarle al Estado requerido una copia auténtica de la sentencia que se dicte, Art. 17.

7.4. *Ordenamiento jurídico salvadoreño*

La Constitución Federal de 1898 aligual que la de 1921 prescribían que era obligación de los Estados entregarse los criminales que conforme a la ley, reclamaran las autoridades respectivas, Arts. 3 y 15, respectivamente. La primera, o sea la de 1898 contemplaba la extradición en su título III relativo a "los derechos civiles y garantías sociales" y prescribía que ésta "sólo podrá estipularse para los reos de delitos comunes graves; pero en ningún caso respecto de los nacionales, ni por delitos políticos, aunque a consecuencia de éstos resultare un delito común grave", Art. 19; y la segunda de 1921, lo hacía pero en el capítulo II relativo a los extranjeros, estipulando "Queda prohibida la extradición

f

por delitos políticos o conexos. Los casos en que pueda concederse la extradición por delitos comunes o graves, se establecerán en la ley o en los tratados", Art. 22 inciso 2do. Esta última atribuía a los Tribunales Federales el conocimiento de la extradición, Art. 126 ordinal 6o.

Las constituciones nacionales de 1871, 1872, 1880, 1883 y 1886 reconocían la extradición de los extranjeros por delitos comunes, Arts. 101, 20,17,13 y 11, respectivamente. A partir de la Constitución de 1883 se dejó establecido en forma expresa que no podía estipularse la extradición respecto de los nacionales, ni por delitos políticos, y en la de 1886 se adicionó "respecto de los extranjeros por delitos políticos, aunque por consecuencia de éstos resultase un delito común".

La Constitución de 1939 contemplaba también a! igual que las anteriores la extradición, con la variante que podía concederse en caso de no existir tratados, cuando sean reos de delitos graves a juicio de la Corte Suprema de Justicia, Art. 45. Cabe agregar, que partir de esta Constitución se atribuyó expresamente a la Corte Suprema de Justicia, la facultad de conocer "de los suplicatorios de extradición, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados vigentes", Art. 112 ordinal 12avo.

La reformas de 1944 a la Constitución de 1939 prescribía que la extradición sólo podía concederse por la Corte Suprema de Justicia:

"1o. Cuando se trate de reos de delitos comunes que reclame otro Estado en virtud de tratados vigentes.

2o. Caso de no existir tratados, cuando sean reos de delitos comunes graves.

3o. En los casos de excepción a que se refiere el inciso anterior:

No podrá concederse por delitos políticos, ni por delitos comunes conexos con delitos políticos, a menos que con ellos, los reos o Iiresuntos delincuentes sean una amenaza inminente para la tranquilidad social, o la seguridad de las instituciones públicas, o la integridad icrritorial de los países con los cuales El Salvador cultiva relaciones de .imistad.

No podrá decretarse la extradición contra salvadoreños por nacimiento o nacionalizados con anterioridad al delito que motive la extradición".

La Constitución de 1945 consignó el mismo texto que la de 1886 y las de 1950, 1962 y 1983 el siguiente: "El Salvador concede asilo al extranjero que quiera residir en su territorio, excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional. No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas.

La extradición no podra estipularse respecto de nacionales en ningún caso, ni respecto de extranjeros por delitos políticos aunque por consecuencia de éstos resultaren delitos comunes", Arts. 153, 153 y 28.

De donde se deduce:

1. Que la extradición no puede estipularse respecto de nacionales en ningún caso, significa conforme al Art. 268 de nuestra Ley Fundamental y a la participación de los diputados constituyentes en la discusión y elaboración de ella transcrista en el trabajo titulado "La Constitución de El Salvador de 1983. Anexada e Indexada", lo siguiente: "En lo que respecta a la extradición, en lo pertinente a que no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso, se dijo que la permanencia en e! país y el sometimiento de los salvadoreños a la jurisdicción de El Salvador es un derecho esencialísimo de los salvadoreños, especialmente por circunstancias de nuestra vida histórica y que debe estar plasmado como un derecho de los salvadoreños, que no puede quitársele a nadie en virtud de ninguna razón ni medio; ni por tratados ni por leyes: y así dice el artículo: "La extradición no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso". El Salvador jamás podrá ni deberá entregar un salvadoreño que haya cometido delito en el exterior, en virtud, precisamente, de esta disposición. Pero esto no significa que los salvadoreños que cometan delitos en el exterior van a quedar impunes: van a ser juzgados en El Salvador, conforme a las leyes salvadoreñas, pues que no se permita la extradición no quiere decir que no serán juzgados"..."La extradición no es un acto unilateral del Estado: tiene que ser y es un acto bilateral; tiene que haber un país que solicite la

f

extradición y un país que acuerde concederla; y eso no puede ser regulado sino a través de un tratado"..."En lo que se refiere a la acepción de la palabra "estipularse", su significado depende si se refiere a un tratado o a otro tipo de instrumento internacional o la misma ley. "Estipular significa hacer contacto verbal contratar por medio de estipulaciones, convenir, concertar, aceptar. Estipulación es también, cada una de las disposiciones de un documento público
o particular, promesa que se hacía y aceptaba verbalmente según las solemnidades etc., de manera que la estipulación cabe no sólo en los tratados o en los convenios, sino en cualquier documento público; la ley, un reglamento, etc. En tal sentido pareciera que la expresión "no podrá estipularse" es bastante amplia, y por tanto debe quedarla extradición en el capítulo de los Derechos Individuales"[961], es decir que es jurídicamente imposible estipular la extradición, sea mediante tratado, sea mediante ley secundaria, etc.

2. No se puede extraditar a los extranjeros que cometieran delitos políticos, aunque por consecuencia de éstos, resultaren delitos comunes. Este tipo de delito se encuentra conceptuado por nuestro Código Penal en su Art. 151, mencionado anteriormente.

8. Derechos procesales constitucionales

8.1. Delimitación del tema

La Norma Suprema contiene en su Título II, Capítulo I, Arts. 2 y siguientes, bajo la rúbrica "Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona", algunos explícita o implícitamente atinentes a uno de los tres órganos del gobierno calificados de fundamentales: el Organo Judicial (Art. 86 inciso 2o.). Los correspondientes preceptos están en íntima conexión con los que específicamente se le consagran en los Arts. 172 v siguientes (Capítulo III, inserto dentro del Titulo VI asimismo referente .il Legislativo, Ejecutivo, etc).

'•«'I I .i (onslilución de lil Salvador de 198.1. Anexada e Indexada. Universidad I)r. José M.il ías I)cl^ado. l ranscrita por Mauricio (¡uliérre/. (asi ro. cit.. 12 de julio de 1992, p. 4.

Con carácter previo conviene no obstante matizar que, bajo la expresión constitucional "Organo Judicial", el legislador constituyente está aludiendo a la potestad jurisdiccional y a su desarrollo funcional, al Derecho de acceso a la misma y al preceptivo instrumento que ha de observarse: proceso. De esta manera, acaso fuere conveniente para una más correcta ubicación de los derechos procesales contenidos en los mencionados artículo 2 y siguientes, delimitar, aun con la mayor brevedad, los tres conceptos citados: jurisdicción, acción y proceso.

8.2. Exclusividad del desarrollo funcional de la potestad jurisdiccional. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y forma de garantizar su ejercicio

A partir del siglo XIII, a lo largo del denominado "Antiguo Régimen", la Justicia[962], proclamada como tarea esencialmente estatal, va siendo de manera progresiva asumida por el Monarca[963]. Empero, con su monopolista configuración actual, no aparece hasta el Estado liberal, momento en el que con su publicitación surge el deber estatal de administrarla, o sea, de Instaurar al servicio de todos los ciudadanos unos órganos específicos: juzgados y tribunales. De modo exclusivo y excluyente se residencia en estos órganos la potestad jurisdiccional; es decir, la "competencia" constitucionalmente establecida, el ámbito de acción judicial, desde su determinación formal, en interaccionada articulación con las demás competencias de la orgánica constitucional[964]. Tal potestad jurisdiccional consiste, según el Art. 172

962 No entramos cn mayores pormenorizaciones aun cuando somos conscientes de que, al menos hasta avanzada la Edad Moderna, por "justicia" ha de entenderse tanto actividad judicial en estricto sentido como gubernativa emanante de la autoridad constituida, llegándose asi'a decir por Cari Schmitt, La dictadura, Madrid, 1968, pp. 78 y 92, que "el término jurisdiccional expresa el contenido esencial de la autoridad estatal". Expresión de tal falta de nitidez son los diversos criterios empleados para calificar a una materia de judicial o de gubernativa, por todos, véase DE DIOS, S., El Consejo real de Castilla (1385-1522), Madrid, 1982. pp. 339 y-ss.

963 Desde su consideración además como instrumento básico de racionalización y asentamiento del nuevo poder. Más ampliamente, Ernesto Pedraz Penalva, "Sobre el "poder" judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial", en Constitución, Jurisdicción y Proceso, Akal, Madrid, 1990, pp. 141 y ss.

964 Ibíd. pp. 43 y ss.

f

Cn. en "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agrariaydelocontencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley", agregándose por el Art.185, "declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales".

Investidos de jurisdicción esos órganos específicos: juzgados y tribunales, con carácter exclusivo y excluyente sólo a ellos incumbe su ejercicio, o sea, su funcional desarrollo (Art. 172 Cn.). A ellos hay que agregar los tribunales militares instaurados por la Constitución en su Art. 216, pero sólo para el enjuiciamiento de delitos y faltas puramente militares. Correlativo al monopolio estatal de la justicia surge su deber de administrarla a través de esos órganos, previamente establecidos (Art. 15 Cn.). El citado deber constitucional del Estado de actuar jurisdiccionalmente se corresponde con la prohibición general de autodefensa y, consiguientemente, con el derecho de todas las personas a una efectiva tutela judicial. Este derecho a *la* administración de la justicia, también de naturaleza jurídica constitucional, conforma el denominado derecho de acceso a la jurisdicción o derecho de acción.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, se reconoce a lodas las personas, tanto naturales o físicas como jurídicas, privadas y públicas, nacionales y extranjeras, etc. De modo expreso quisiéramos destacar que la titularidad no ha de reducirse, en el caso de las personas tísicas, a las individualmente consideradas, sino que también debe reconocerse a los grupos de modo que sean acogidos judicialmente lambién los intereses de éstos, procesalmente introducidos mediante el ' ejercicio de las acciones en defensa de los denominados intereses

1 difusos, colectivos o de grupos; pensemos a este respecto, verbigracia, en la protección del medio ambiente[965].

Connota además el derecho a la jurisdicción el de que la actividad precisa para el logro de la protección jurisdiccional se lleve a cabo en la

Sigue siendo esencial para un adecuado estudio del lema, la consulta de la obra colectiva, a cargo de M. Cappelletti. y B. Garth, Access lo Justicc, V. 4, Milano, 1978-1979, también Ix nz.ioni 11 Intel» di ¡nteressi collrttivi, Atti del Convegno di estudio, (Pavia, 11-12 giugno. 1974), l'adova, 1976.

forma previa y jurídicamente regulada (Arts. 11, parte final del inciso 1° 12, 15, 16, 17 y 27 Cn.). Más concretamente, con absoluto respeto a los principios que constitucionalmente articulan el denominado "debido proceso": juez legal, contradicción, publicidad, asistencia letrada, etc. Esta forma jurídicamente regulada, infraestructurada en y por la Suprema Ley, a través de la que ha de desarrollarse la potestad jurisdiccional (función jurisdiccional) a fin de satisfacer el derecho a la tutela judicial, es a lo que se denomina proceso.

En consecuencia, jurisdicción, acción y proceso son institutos inmediatamente referibles, y más aún en gran medida identificables[966], con ese todo subsumible en la expresión: "Organo Judicial" que preside el Capítulo III del Título VI de la Constitución.

A efectos de un mayor esclarecimiento, conviene precisar algunas de las afirmaciones realizadas.

8.3. Jurisdicción. Titularidad de su ejercicio. Juez predeterminado por la ley; independiente e imparcial; sujeto a la Constitución, a los tratados y a la ley; con estabilidad en su cargo

Orgánicamente, según hemos reiterado, sólo los órganos estatalmente investidos de jurisdicción ("que previamente haya establecido la ley", Art. 15 Cn., en igual sentido, el Art. 8 Pacto de San José de Costa Rica), gozan del derecho-deber de desarrollarla funcionalmente, prohibiéndose de modo explícito cualquier injerencia en sede jurisdiccional por cualquier órgano gubernamental o autoridad (Arts. 13, 14, 15 y 17 Cn.), salvo la potestad reconocida a la autoridad administrativa para imponer sanciones en caso de contravenciones[967]

966 Aunque la orgánica judicial es aprehensihle desde la jurisdicción, conviene sin embargo destacar su especialidad.

967 Merece tratamiento singularizado el Art. 14 C'n.. en cuanto reconoce a la autoridad administrativa la potestad sancionatoria, en caso de contravenciones a leyes, reglamentos u ordenanzas, pudiendo imponer arresto hasta quince días y multa.

y, declarado el régimen de excepción, en las hipótesis del Art. 13 inciso segundo (Art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). Pero no basta con que el Estado, aleatoria y sorpresivamente, califique a un órgano de jurisdiccional para entender satisfecho lo previsto en los Arts. 13,15,16,17 y 172 y siguientes de la Cn. Es menester que se trate de un juez legal, ordinario o predeterminado por la ley (Art. 15 "in fine" Cn.), o, dicho de otro modo, que su preestablecimiento y consiguiente organización y funcionamiento se conforme a ley (Art. 172 inciso 2o. Cn.), gozando de independencia (Arts. 172 inciso 3o. y 186 inciso 5o. Cn.) e imparcialidad (Art. 186 inciso 5o. Cn.), estabilidad (inamovilidad, Art. 186 inciso 4o. Cn.), etc.

Importa también poner de manifiesto que al contrario de lo que acontece con el legislativo, no hay un titular genérico de la potestad jurisdiccional, sino que cada uno de los jueces y magistrados están investidos de ella en el mismo grado e intensidad. Tan "plena" es la jurisdicción del juez de paz como la de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Sus resoluciones, dictadas a través del proceso, tienen la misma fuerza para "decir derecho" entre las partes, debiendo en su caso ser coactivamente ejecutadas. Entra establecido la ley", Art. 15 Cn., en igual sentido, el Art. 8 Pacto de San José de Costa Rica), gozan del derecho-deber de desarrollarla funcionalmente, prohibiéndose de modo explícito cualquier injerencia en sede jurisdiccional por cualquier órgano gubernamental o autoridad (Arts. 13, 14, 15 y 17 Cn.), salvo la potestad reconocida a la autoridad administrativa para imponer sanciones en caso de contravenciones[968] y, declarado el régimen de excepción, en las hipótesis del Art. 13 inciso segundo (Art. 27 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). Pero no basta con que el Estado, aleatoria y sorpresivamente, califique a un órgano de jurisdiccional para entender satisfecho lo previsto en los Arts. 13, 15, 16, 17 y 172 y siguientes de la Cn. Es menester que se trate de un juez legal, ordinario o predeterminado por la ley (Art. 15 "in fine" Cn.), o, dicho de otro modo, que su preestablecimiento y consiguiente organización y funcionamiento se

[968] Merece tratamiento singularizado el Art. 14 Cn.. en cuanto reconoce a la autoridad administrativa la potestad sancionatoria. en caso de contravenciones a leyes, reglamentos u ordenanzas, pudiendo imponer arresto hasta quince días y multa.

conforme a ley (Art. 172 inciso 2o. Cn.), gozando de independencia (Arts. 172 inciso 3o. y 186 inciso 5o. Cn.) e imparcialidad (Art. 186 inciso 5o. Cn.), estabilidad (inamovilidad, Art. 186 inciso 4o. Cn.), etc.

Importa también poner de manifiesto que al contrario de lo que acontece con el legislativo, no hay un titular genérico de la potestad jurisdiccional, sino que cada uno de los jueces y magistrados están investidos de ella en el mismo grado e intensidad. Tan "plena" es la jurisdicción del juez de paz como la de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Sus resoluciones, dictadas a través del proceso, tienen la misma fuerza para "decir derecho" entre las partes, debiendo en su caso ser coactivamente ejecutadas. Entre los órganos jurisdiccionales en cuanto tales no cabe predicar la existencia de vínculos ni de coordinación ni de subordinación. El Art. 186 inciso 5o. Cn. proclama que: "La ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen;... "Propio de la potestad jurisdiccional es por ende su carácter difuso y no concentrado, a diferencia pues de Legislativo y Ejecutivo. A la configuración y esencia de la jurisdicción repugna toda idea de coordinación y subordinación y, por consiguiente, de un órgano supremo en su vértice, en cuanto tal, detentador -aun como copartícipe- de la jurisdicción[969]. El Consejo Nacional de la Judicatura previsto en el Art. 187 Cn. no es pues órgano investido de jurisdicción teniendo naturaleza meramente administrativa, según se deduce de las propias tareas que se le asignan.

No nos dice el legislador constituyente, de modo concreto, qué abarca la potestad jurisdiccional, aunque sí huye de dar un concepto funcional u orgánico, por cuanto distingue entre las actividades jurisdiccionales y no jurisdiccionales desempeñadas por los jueces y magistrados: así en el Art. 172 inciso 3o. Cn. habla de que son

969 Sin perjuicio de cjue pueda conocer un tribunal de lo resuelto por otro, pero exclusivamente a través de los medios impugnativos. No obstante ha de afirmarse la subsistencia en nuestro país de "la consulta", propia de la época absolutista en la i|ue primaba el sistema inquisitivoy se articulaba -entre otros fines- como medio de protegerse frente a los no raros casos en que el órgano "a quo" no era letrado. Desde una concepción actual de la jurisdicción carece de todo sentido este anacronismo histórico.

independientes y están exclusivamente sometidos a la Constitución y a las leyes, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional. Ha optado pues por un concepto material, con lo que se evita el peligro de que a través de la determinación de las distintas atribuciones constitutivas de la esfera jurisdiccional, pueda el legislador arbitrariamente modificar dicho ámbito. ¿Cuáles serían esas actividades materialmente jurisdiccionales? De la lectura de la Ley Fundamental se deduce que conoce la jurisdicción, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en todos aquellos casos en que se lesione o estuviere amenazada, la esfera jurídico-fundamental (Art. 11 Cn.), o cualesquiera otros derechos, en sede penal, civil, mercantil, laboral, agraria y administrativa[970] y demás que determíne la ley. De este modo, compete de manera irrenunciable e indiscutible a los juzgados y tribunales proteger la vida, honor, integridad física y moral, libertad personal (de expresión, de asociación, de conciencia, etc.), seguridad, propiedad y posesión, y demás derechos (Art. 11 Cn.)[971] aun contemplados en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador (Art. 144 Cn.); asimismo, les corresponderá el enjuiciamiento y eventual realización coactiva en aquellas otras materias que le vengan asignadas por la ley secundaria.

Refiriéndonos a los jueces y magistrados destacaremos: que han de reunir, al menos, los requisitos de los Arts. 176 y ss. Cn.; que son independientes e imparciales, estando sometidos exclusivamente a la Constitución, Tratados y leyes (Arts. 172 inciso 3o. y 144 Cn., 10 Declaración Universal de los Derchos del Hombre, 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; que son inamovibles (Art. 186 inciso 4o. Cn.)) -lo que es predicable aun de los nombrados por tiempo determinado: Magistrados de la Corte Suprema-, sin perjuicio de su remoción si a través del procedimiento

■J/0 Sin olvidar, cn materia de delitos y faltas puramcnle militares, lo previsto en el Art. 216 (n.

■*71 Se confirma de esta manera la necesidad de dar una interpretación adecuadora a lo previsto en el Art. 14 Cn.. cn cuanto la tutela Cíllima de la libertad, propiedad, etc, pertenece de modo radical, absoluto e irrenunciable a la jurisdicción.

preestablecido se acreditare la concurrencia dé alguna de las causas predeterminadas para ello en la ley (argumento, Art. 186 inciso 2o. Cn.); que tienen incompatibilidad absoluta para el ejercicio de la abogacía, notariado, desempeño de cualquier otro cargo funcionarial en los otros órganos del Estado, salvo docencia y transitoriamente la diplomacia (Art. 188 Cn.), como también para ser elegido candidato a diputado (Art. 127 ordinal 1ro. Cn.)[972].

Quizás sea conveniente matizar acerca de un concepto: el de independencia que, normalmente, no es empleado con el rigor preciso. La independencia, como característica de los órganos jurisdiccionales, se refiere a los dos momentos de la jurisdicción: al constitucional, orgánico o como potestad y al procesal, dinámico o como función. Es decir, primeramente, a que delimitado por la Ley Suprema el ámbito esencial jurisdiccional no pueden ni deben interferir en él ni el Legislativo ni el Ejecutivo lo mismo que, inversamente, tampoco han de entrometerse los órganos jurisdiccionales en las tareas del Legislativo y del Ejecutivo. Todo ello evidencia, además, su configuración, orgánica, desde criterios legales preestablecidos, no susceptibles de ser alterados o modificados aleatoriamente sino sólo a través de la previa vía normativa. Tal intangibilidad es oponible aun a los demás órganos jurisdiccionales, por cuanto la potestad de la que están investidos, como se ha dicho, la poseen con igual plenitud cada uno de los juzgados y tribunales.

Funcionalmente, la independencia se muestra como imparcialidad, en el sentido de que en el desarrollo de su jurisdiccional actividad, los jueces están sometidos exclusivamente a la Constitución y a la ley. Dicho de otro modo, la imparcialidad no significa que el juez ocupe una posición "supra partes" en el proceso a cuya virtud, desde su neutralidad, decide salomónica o éticamente la controversia, sino que al estar

972 IExcesivamente cortas parecen estas prescripciones constitucionales, sólo justificables desde su adecuado complemento a través de la pertinente Ley Orgánica Judicial, en la que habrán de contemplarse otras incompatibilidades: de este modo serían cjemplificables las siguientes incompatibilidades: con cualquier cargo político electivo, aun municipal, con e¡ ejercicio por sí por medio de cónyuge, pariente, o de cualquiera ot ra persona de comercio o industria en el territorio de su jurisdicción, con la pertenencia a partidos políticos, etc.

sometido exclusivamente a la Constitución, Tratados, leyes (en último término, y genéricamente, sólo a la ley) es imparcial en cuanto da al caso concreto una solución: la de la ley; ley que no es más que la expresión do la voluntad general, con lo que prescindiendo de las verdades parcialmente defendidas en el proceso lleva a él la verdad social, la verdad de todos los ciudadanos, publicitada a través de la ley.

8.4. Derecho a la jurisdicción o derecho de acción. Supuesto del mismo: derecho a la tutela judicial efectiva

Se ha indicado que el derecho a la jurisdicción o derecho de acción (Art. 11 Cn.)[973] supone el derecho a la tutela judicial efectiva (Arts. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 25.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica)[974] que abarca los siguientes derechos:

1. Acceso a los órganos investidos de jurisdicción. A acceder a los órganos investidos de jurisdicción conforme al art. 172 Cn., y que cuentan con la misma en exclusividad.

973 A nuestro modo de ver. basta con lo previsto cn el Art. I l ('n.. y no es menester acudir al derecho de petición del Art. 18 Cn. para fundar el derecho de acceso a la jurisdicción.

974 Iil Art. 10 de la Declaración Universa! de Derechos Humanos determina que: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación cont ra ella en materia penal". A su vez, el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que ''...'loda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil..."; por su parte, el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica proclama que: " Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada cont ra ella, o para la determinación lie sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

2. Al control judicial de cualquier acto lesivo de la esfera jurídica personal (Art. 11 Cn). ^ _

3. A obtener una decisión jurídicamente fundada (Arts. 11, 15 y 172 inciso 3o., todos ellos de la Cn.), mediante el proceso legalmente previsto (Arts. 11, 15, 16, 17 y 27 Cn.).

   Se satisface este derecho con independencia del sentido de la decisión jurisdiccional: sea o no, pues, favorable a la pretensión deducida. Conviene ya resaltar que será menester la congruencia del pronunciamiento, en cuanto que ha de versar sobre lo efectivamente planteado por las partes, de modo que la respuesta judicial se ajuste a ello sin que conceda más de lo pedido, cosa distinta de lo pedido o por causa de pedir diferente. Infringiría el principio de contradicción, lesionando el esencial derecho de defensa, si se produjeren excesos, aminoraciones o desviaciones acerca de los que no ha habido debate y oposición.

   Asimismo se entenderá cumplida esta exigencia en las hipótesis en que se dicte una decisión que, dejando imprejuzgada la acción,

   estime, razonablemente[975], la no concurrencia de los presupuestos procesales necesarios para conocer del fondo del asunto[976].

4. A que se declare la inconstitucionalidad de las leyes, tratados, decretos y reglamentos y, eventualmente, a la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contrarios a los preceptos constitucionales (Art. 11 en relación con los Arts. 149,183 y 185 Cn.).

975 Por "razonablemente" se ha Je entender que el órgano "a quo" haya justificado sulicicnicmcntc la legalidad de la inadmisión o. en último término, la decisión procesal (no de fondo) emitida.

976 De osle modo no se vulnera el derecho a la tutela judiciaí efectiva, que exige el pronunciamiento de una resolución jurídicamente fundada, cuando se declare la falta de jurisdicción o de competencia, se inadmita algún recurso por transcurso del plazo normativamente previsto, etc.

5. A que se ejecute lo juzgado. No agota su contenido este derecho a la tutela judicial efectiva posibilitando al interesado su acceso a los tribunales, sino que comporta además el que el fallo judicial se cumpla, de modo que el que ha visto jurisdiccionalmente reconocidas la juridicidad y prevalencia social de su interés[977], ha de verse repuesto en su derecho y, en su caso, compensado por el perjuicio sufrido. A este objeto los tribunales deberán acordar todas las medidas pertinentes para la efectividad de sus resoluciones, con lo que también cabe entender, inserto dentro del mismo, el derecho a la tutela cautelar o precautoria; es decir, a que se adopten por el órgano jurisdiccional aquellas medidas cautelares precisas para la efectividad del eventual pronunciamiento condenatorio a dictar en su día.

6. Prohibición de indefensión. Enumerado el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y, como concepto englobador de todas las garantías que connota, cabría citar a la prohibición de indefensión, es decir, a la "reducción de las posibilidades de defensa de quien la sufre con el consiguiente perjuicio de sus intereses". De este modo, en una casuística que habría que ver pormenorizadamente, son citables:

   a. La exigencia de fianzas para el ejercicio del derecho a la jurisdicción, cuyo importe, en relación a los medios económicos de la persona a quien se exija, puede impedirlo;

   b. El imperativo del emplazamiento personal como preciso para que en relación con el "audiatur et altera pars" (o principio de contradicción) pueda el titular de un derecho o interés legítimo acudir a la justicia penal, administrativa, etc., o deducir el correspondiente recurso evitando la preclusión. Viene siendo admitido por toda la literatura y jurisprudencias nacionales y supraestatales la mayor garantía de la citación personal frente a otros medios en los que se acude a la ficción:

[977] Afirmamos así que la función de la jurisdicción radica en satisfacer los intereses jurídicos < nnsiilucinnalmente relevantes. Ver Iirnesio 1'edraz Penalva. cit., pp. 171-172.

publicidad a través de edictos, con lo que únicamente deberá acudirse a medios de comunicación no personales cuando conste la ignorancia del domicilio o paradeno-del sujeto, de modo que se lleve a cabo no un cumplimiento formal de la citación sino el aseguramiento de su efectividad real.

c. Prohibición de la "reformatio in peius", en la medida en que al agravar la posición del recurrente, modificando la parte de la resolución no impugnada -y en contra del principio "tantum devolutum quantum apellatum[1']-, se está conociendo por el órgano "ad quem" una parte no solicitada de la controversia (se infringe por ende el "nemo iudex sine actore"), respecto de la que además el recurrente no ha tenido ocasión de defenderse. Gran importancia tiene a este tenor el instituto antes mencionado de la "consulta", aún subsistente, como sabemos, en el Código de Procedimientos Penales en sus Arts. 517 y siguientes, en los que se contempla la obligación de que las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia sean consultadas con la Cámara de segunda instancia respectiva, "...aunque las partes se conformen con ella expresamente o no apelaren...". Prescindiendo del contenido doctrinal más o menos amplio de la prohibición de la "reformatio in peius", es totalmente indiscutible que proscrita la indefensión (Art. 11 Cn.), queda excluida toda posibilidad de reforma de la situación jurídica definida en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión impugnativa, respecto de la que hay que dar oportunidad de defenderse al que pueda sufrir daño con la eventual reforma quien, de otro modo, resultaría condenado sin haber sido oído y vencido. La inconstitucionalidad de la consulta parece por ende indudable.

Tras este acelerado examen del derecho de acceso a la jurisdicción, parece aconsejable, antes de pasar al del proceso, puntualizar algunos de los obstáculos oponibles a su efectividad. Entre ellos cabe destacar: 1) el elevado coste de la justicia, y 2) la excesiva duración de los procesos.

[n] Sabedor el legislador constituyente salvadoreño de este óbice a la protección jurisdiccional, ha consagrado en el Art. 181

Cn. la gratuidad de la administración de la Justicia, estableciendo además en el Art. 194 ordinal 2o. Cn. -en relación con la reforma, operada por el Decreto Legislativo No. 238, de 6 de mayo de 1992, publicadas en el Diario Oficial No. 85 Tomo No. 315, de 12 de mayo de 1992, de los Arts. 46 ordinal 3o., 62 incisos 3o. y 4o., 63 letras b) y c), 65, 480 y 551 ordinal 5P del Pr.Pn. y 23 parte segunda *del ordinal* 14° 25 ordinal 10o., 33-A y 39-A letra b), de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la obligación de nombrar defensor a las personas gue no lo tuvieren o lo hubieren designado por sí o por los habilitados para ello, y, en todo caso, a los que
carecieren de recursos economicos [978]

El derecho a que se designe gratuitamente *defensor está* contemplando, asimismo, no un mero nombramiento y/o una asistencia simplemente formal, sino que de modo explícito se requiere que la defensa sea efectiva en el bien intencionado, aunque complejo, Art. 67 Pr.Pn., a cuyo tenor se exige al defensor que actúe con diligencia, que "discuta contradictoriamente" durante el plenario los elementos de
juicio "recogidos en la instrucción" [979], que proponga todas las pruebas pertinentes para establecer la inocencia de su defendido -exigencia esta última debilitada por la posibilidad de *desistir* expresamente, consagrada *en* el apartado siguiente-, etc., agregándose en el inciso 4o. del mencionado Art. 67 que: "Si durante el plenario el defensor no propone prueba, ni manifiesta expresamente que desiste de ello, u omitiere presentar el alegato previsto en el artículo 312... el juez procederá a sustituirlo... concediendo un nuevo término de prueba o de presentación del alegato...".

978 De importante manejo es la obra The Windsor Yearlxmk <>f Acccs lo ,1 uslicc. 1981-1985., también la colectiva dirigida por M. Cappellelli, Aitón a la juslii-e el état-providence. Paris, 1984.; y de V. Denti, l'roccsso civile e giusti/ia sociale, Milano, 1971; Un progeff» per la giusti/.ia civile, Bologna, 1982.

979 Lógicamente, estamos en contra de este residuo inquisitivo: el material instructorio no puede *servir* de base, en general, para débale alguno en el juicio oral, y menos aún para formar la convicción del juzgador.

n Otro obstáculo a la efectiva tutela judicial es la excesiva duración de los procesos. Con base en el dicho ya popular de que una justicia tardía supone una denegación de justicia, viene consagrándose el derecho a ser juzgado dentro de un "plazo razonable" (Arts. 9.3 y 14.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a la jurisdicción no puede entenderse desvinculado del tiempo en que deben satisfacerse los derechos e intereses legítimos por los juzgados y tribunales, de modo que éstos han de otorgar la tutela en un adecuado período cronológico. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[980], ha proclamado -en los casos GUINCHO, de 10.7.1981, y VALLON, de 3.6.1985- que el carácter razonable de la duración de los procesos debe apreciarse en cada caso, atendiendo a las circunstancias del supuesto. De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido teniendo presente de manera especial: la complejidad del caso, el comportamiento del demandante y el de las autoridades judiciales, a estos criterios cabe agregar el tipo de proceso de que se trate y el orden jurisdiccional al que competa el conocimiento del asunto[981].

980 Art. *(i* 1 del Convenio I Europeo de Derec hos 11uníanos (Ruma. 411.1950): "Toda persona tiene derecho a que su causa sea visla equiiat iva y públicamente en un pía/.o razonable...".

981 De este modo el Tribunal Constitucional español, entre oirás, en sus sentencias 5/1985, 43/1985,40/1987, etc.

8.5. El proceso.

8.5.1. Concepto.

Conceptuado el proceso como el instrumento jurídicamente

necesario para el rogado desarrollo funcional de la jurisdicción destaquemos dos de los términos empleados: que estamos ante un Instrumento "jurídicamente necesario", y, que este instrumento está previsto para el "rogado" desarrollo jurisdiccional.

Alterando el orden, aludiremos a que con la expresión "rogado" quiere significarse que: solamente, a instancia de parte puede actuar el Organo Judicial, que por ende carece de la facultad de desarrollar Imicionalmente su potestad jurisdiccional sin excitación de parte. Este es el significado de la expresión germana: "Klageverfahren", o sea, que ese instrumento necesario, en que el proceso consiste, requiere ejercicio de acción", estando regido por la máxima "nemo iudex sine actore".

La "necesariedad" se deduce explícitamente de varios preceptos de la Ley Suprema en los que se impone la forma procesal como único medio de realización jurisdiccional para lograr la tutela de los Juzgados y Tribunales. De este modo en los Arts. 11 ("...sin ser previamente oída y vencida en juicio..."), 12 ("...en juicio público..."),etc.

8.5.2. Principios constitucionales que lo infraestructuran

Entre los principios constitucionales que infraestructuran el proceso piulemos destacar:

'>K' A modo de resumen, y aunque ello suponga reiterar lo dicho en el texto, podría decirse qur .iludimos a la actualización o desarrollo de la potestad jurisdiccional, al momento l>n Mr.xal pues de la jurisdicción, o sea. a su realización en el proceso. No se olvide que la potestad jurisdiccional, de la que están investidos todos los órganos jurisdiccionales, es mi'i.imente "potencial", precisando de su actualización que sólo es factible y además necesariamente realizable en la forma procesal. De este modo, el proceso es vía o camino imprescindible para el ejercicio de la jurisdicción, ejercicio que en todo caso precisa de una petición o solicitud sin la que el Organo jurisdiccional no puede ponerse en marcha V ai toar.

1. El de legalidad procesal: "nullum crimen nulla poena sine previo iudicio" (Arts. 11, 14 y 15 Cn.).‘Con la salvedad del Art. 14 Cn., que según resaltamos confiere a la autoridad administrativa una limitada potestad sancionatoria, de los demás se deduce la exigencia de un proceso, establecido según leyes preexistentes, para poder resolver sobre la vida, libertad, propiedad, posesión y cualesquiera otros derechos de las personas. Tal proceso es vía exclusiva de la jurisdicción en la que ningún órgano gubernamental ni autoridad pueden interferir (Art. 17 Cn).

   Aun a riesgo de dificultar el "iter" expositivo, hemos de consagrar un mínimo espacio a esa potestad sancionatoria administrativa, para imponer penas hasta de quince días de arresto, por contravenciones de leyes, reglamentos u ordenanzas. A nuestro modo de ver este precepto, de muy dudosa aceptabilidad a la luz del Derecho comparado y Tratados internacionales, requiere una forzadísima hermenéusis capaz de adaptarlo a los siguientes artículos de la Constitución: 11: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a..Ja libertad...sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa"; y 172: "...Corresponde exclusivamente a este Organo (judicial) la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias... penal...". De estos preceptos dimana:

   a. Que sólo a través del correspondiente juicio puede imponerse una pena. Esto cabría entenderlo obviado por el constituyente en el grado en que en el Art. 14 se alude a que la autoridad administrativa podrá sancionar, "mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente". En modo alguno puede entenderse que con el indebido empleo de conceptos procesales cabe desjudicializar determinadas infracciones penales[983] . A esta idea contribuyen: que a ello se opone el Art.

983 I il legislador de la suprema norma hace uso. pues, de conceptos como los de sentencia y juicio, propios de la Jurisdicción, generalizándolos a la Administración, con su subsiguiente desvirtuación. Tal ve/, con ello estuviere pretendiendo, además de sustraer determinadas materias al judicial, hacer creer que las garantías que conllevan juicio y sentencia son predicables aunque conozca !a autoridad administrativa, sin prestar mientes en que. entre otros imperativos, fallan: independencia, imparcialidad, juez legal.

12 de la propia Ley Suprema del que deriva el preciso empleo de la forma procesal para destruir la presunción de inocencia y declarar la culpabilidad; que en sede procesal penal exclusivamente el "órgano judicial puede conocer, decidir y ejecutar (según previene el Art. 172 Cn); que si se tratare de un verdadero juicio (proceso), habría que predicar del mismo el último inciso del Art. 11 Cn.: "...ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa", con lo que la fuerza de cosa juzgada material sería también afirmable de las decisiones administrativas, dejando de ser una de las notas determinantes y diferenciales de la jurisdicción. En este último sentido piénsese que *así* convertiríamos a tal esfera administrativa en un ámbito no judicialmente controlable o exento de control judicial, en contra del planteamiento esencial[984] de que en todo caso la decisión última y definitiva ha de corresponder siempre a un órgano jurisdiccional[985], sin perjuicio de la excepción que suponen los denominados "actos exentos de control judicial" ("Hoheitsakt", "Justizfreier" o "Rechtswegfreier"[986], hipótesis singulares en las que no es encajable el supuesto analizado del Art. 14 Cn.

(ir.

'>.'M Pin ejemplo, el propio Art. 11 inciso 2o. Cn: "Toda persona tiene derecho al habeas (»»rpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja i legal mente su libertad", y el Art. / (i de ia Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Ivirá " l oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal c ompetente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad sí el arresto o detención fueran ilegales...". •

'W> Vrasc: U. Scheuner. "Die neure Iíntwicklung des Kerhtsstaals in Deulschland". en 11underljuhre des deutsche Reclitsleben, lestschrilt /uní 1OO-jiihri^en Bestehen des d« uKchen Juristentages 1860-1960. Karlsruhe. 1960. II, pp. 255. !■. (Jarcia de Knterría. I K remande/.. Derecho administrativo. Madrid. 1991.

\n 1 Tuesto Pedraz Penalva. "Sobre el ''poder" judicial y la 1 .ey Orgánica del Poder I ii ₁1 ni, ₁1", en Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit. pp. 175 a 178, en la que se hace un p< irmenorizado estudio del tema.

b. Que las autoridades administrativas pueden imponer penas privativas de libertad, en contra de la máxima de que únicamente el judicial puede hacerlo.

Sin perjuicio de los argumentos más arriba expuestos, cabe reafirmar que este inciso segundo del Art. 14: lesiona el propio Art. 11 Cn., que reserva la forma procesal para el pronunciamiento, entre otros, sobre la libertad de las personas, imponiendo por consiguiente la observancia del debido proceso; infringe el Art. 15 Cn., que ha de entenderse reserva el proceso a los tribunales, tribunales que indudablemente han de ser órganos jurisdiccionales salvo que, ya desde la Ley Suprema, pretenda ignorarse lo que significa el derecho al juez legal; desconoce los Arts. 14.1 del Pacto Internacional délos Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en los que se proclama el derecho a ser oído públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley; salvo que se entienda que no es más que una primera decisión, administrativa, vulnera el derecho del privado de libertad -lógicamente por una autoridad no judicial- a ser conducido sin demora ante ésta (Arts. 9.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 Pacto de San José).

A nadie se le oculta que cuando la Constitución emplea el calificativo "independientes", referido a los magistrados y jueces (Art. 172 inciso 2o. Cn), está sustancialmente contemplando tal independencia frente al Ejecutivo (sin olvidar al Legislativo, en todo caso menos peligroso)[987]

987 bn algunos países y circunstancias pueden provenir los ataques más corrosivos a la independencia judicial det propio seno de la judicatura; es decir, a través de instrucciones u órdenes de los órganos jurisdiccionales superiores a los inferiores. Por esta razón,y sin perjuicio de las responsabilidades penales, suele venir considerada, en el Derecho comparado, tal conducía como constitutiva de una falta disciplinaria grave o muy grave.

Respecto de los preceptos internacionales debe recordarse que el Art. 144 Cn. les reconoce pleno valor, a lo que ha de agregarse que el Art. 146 Cn. prohíbe celebrar o ratificar tratados en los que se lesionen o menoscaben los derechos y garantías fundamentales de la persona humana, "ergo", si tales Convenciones incrementan el "techo" de protección jurídica fundamental, será plenamente válida su celebración o ratificación.

Acaso fuere inteligible esta norma de la Constitución, desde la siguiente lectura: que alude al arresto, que no constituye una pena (así en el Art. 58 Pn. no está recogida) y que la multa, de naturaleza penal y administrativa, no está reservada exclusivamente a la jurisdicción; también que no se trata más que de una primera decisión (administrativa), en todo caso, judicialmente controlable (lo que es radicalmente rechazable, aunque en algunos países se pretenda como aceptable solución a la necesidad de acelerar la justicia y evitar las perjudiciales consecuencias que puede acarrear una condena judicial, de manera especial en determinadas materias y en asuntos de
escasa cuantía [QQQ]

En este sentido cabría traer a colación que, actualmente y en la práctica, se lleva a efecto el enjuiciamiento de faltas por un juez de policía, acatando una vieja ley de policía en conexión con un Decreto Legislativo del 26 de mayo de 1902, pese a las

.il desjudicialización supone que determinadas conducías delictivas de menor cuantía as de bagatela) o de entidad especifica, no acceden a la jurisdicción, con loque se origina, nrn tic una reducción-invasión del ámbito judicial, una clara discriminación en el dilercnciado derecho a la tutela judicial -en modo alguno constitucionalmentc mulable a la importancia cuantitativa y/o cualitativa coyuntura! "social" del interés cn

<)'o - ■''•c lesionan pues los principios de igualdad (Art. 3 Cn.) y el derecho de acceso a Im i-iMÜcción (Art. 11 ('n.). 'También es resaltahlc que estas infracciones no sólo son las as abundantes sino las generalmente cometidas por el sector poblacional más .ugmado. que se verá privado, por ende, reiterémoslo, de las garantías inherentes al ipin iamiento por los juzgados y tribunales.

< lio se une el riesgo de que se adminisirativice un lema penal, con lo que el posterior ¡-.u so en la jurisdicción habría de hacerse en el tilden eonlencioso-administrativo.

modificaciones habidas en 1973, fecha en la que el Código Procesal Penal atribuye tal enjuiciamiento a los jueces de paz.

Nada puede justificar, según se deduce de lirpráctica totalidad de los ordenamientos jurídicos ya continentales ya anglosajones -como también de los distintos Pactos Internacionales suscritos por El Salvador-, que la autoridad administrativa invada el derecho a la libertad personal, aunque sea tras un procedimiento más o menos "garantista" -lo que es un contrasentido-, y de este modo desconozca la exclusiva potestad de los jueces y magistrados para tras el debido proceso acordarla en su caso.

La explicación que se nos ocurre dar, a la desafortunadísima redacción del inciso que comentamos del Art. 14 Cn., no es otra que la de pensar que con ella el constituyente quizó salvar a toda costa la potestad sancionatoria administrativa, pensando sobre todo en los momentos críticos por los que la nación salvadoreña atravesaba al promulgarse la Ley Fundamental. Sin perjuicio de recomendar su pronta reforma, sería aconsejable al menos su inmediata reinterpretación por la Sala competente de la Corte Suprema de Justicia, para evitar equívocos amén de lesiones de la propia Constitución y de los variados Tratados suscritos[989] y, muy especialmente, que mientras tanto se de plena vigencia al derecho a ser conducido sin demora ante la judicial presencia (Art. 7.5 Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica) y que ésta se pronuncie sobre la legalidad de su privación de libertad (Art. 11.2 Cn.). En modo alguno, por ende, estimamos que la potestad administrativa sea bastante para constituir una primera "instancia" que obligue a "recurrir" a la jurisdicción contencíoso-administrativa[990]

989 Pensemos en los Arls. 9.3 y 14.1 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; S y 25 del Pacto de San .lose.

990 1.a 1 .ey de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (Decreto Legislativo No. 457, del 1ro. de marzo de 1990), no sólo es técnicamente muy deficiente sino que además es inconstitucional y contraria a los Tratados citados, según los argumentos expuestos en el texto. Son criticables: El Art. 2 que afirma equivocadamente la satisfacción del principio de legalidad si mediante una "ordenanza"

W

Reanudando la exposición destaquemos, que a virtud del principio do legalidad procesal, sólo a través del proceso pueden decidir los órganos jurisdiccionales sobre los derechos de las personas (Arts. 11, 12, 172 Cn.), que necesariamente deberá incoarse un proceso cuando concurran los presupuestos legalmente establecidos (en sede penal, sospechas de comisión de un delito público, en lo civil, p. ej., que se haya doducido la correspondiente pretensión en la forma prevista por la ley), que exclusivamente a estos órganos compete pronunciarse -con carácter irrevocable- sobre la privación de tales derechos y que sólo mediante ley (reserva de ley) puede el proceso ser regulado (Art. 15 Cn.) y los tribunales establecidos.

0 "reglamento" se contempla y sanciona una contravención; el Art. 3 inciso iro., que permite que mediante una mera ordenanza o reglamento pueda investirse, a cualquier autoridad, para imponer multa y sobre todo arresto hasta 15 días; el Art. 3 inciso 2o. que admite la doble sanción, administrativa y judicial, por un único y mismo hecho; el Art. 5 inciso 2o. en relación con el Art. 6. a cuyo tenor, incoado el procedimiento por autoridad incompetente, contempla que ésta al inhibirse en favor de la competente remita informe, con el contenido del Art. 6. determinante del procedimiento sancionador; el Art. 11 inciso

1 i consagra como medio de citación un discutibilísimo medio para garantizar que llegue .i conocimiento del presunto infractor la iniciación del procedimiento (fijar la esquela en la puerta de la casa o local); el Art. 13 inciso 2o., posibilita la sanción ya sin prueba, en cíiso de silencio del presunto infractor, ya únicamente con base en la confesión; el Art. 13 inciso 3o., al escamotear de la prueba a la inspección, compulsa, peritaje o análisis de laboratorio, lógicamente permite su práctica sin observancia de los principios de cont radicción, etc.; el Art. 13 inciso 4o., permite presentar documentos sin limitación de lecha (o sea. anteriores, coetáneos o posteriores al inicio de las actuaciones) y no prescribe que haya de dársele traslado al contrario; los Arts. 14 y 15 que no señalan el modo en que debe notificarse al expedientado la resolución recaída, lo que tiene gran importancia por el corlo plazo de S días previsto; el Art. 15 inciso 3o., parte segunda, parece decir que. capturado el sancionado con arresto que no se presentó espontáneamente a cumplirlo, se ie "pondrá en un recinto especial", lo que no sucederá « uando se presente voluntariamente ¿A qué recinto especial se refiere?; el Art. 20 que examina la posibilidad de suprimir el "recurso de hecho" sin más que otorgar-el conocimiento de la causa a la autoridad superior; el Art. 24 que mezcla interrupción de la prescripción de la acción e interrupción de la prescripción de la sanción, con lo que podría entenderse que vía interrupción de la prescripción puede interrumpirse la de la •..ilición; el Art. 29 por el que se crea un registro de antecedentes penales gubernativos, al margen de los judiciales; etc.

I'aia terminar, debe ponerse de manifiesto nuestro rechazo, amén de por todo lo dicho, de manera especial también, por cuanto crea una esfera sancionatoria al margen i> >i.límenle de la jurisdicción a la que no se permite el acceso.

Contrapunto al principio de legalidad es, singularmente en el proceso penal, el de oportunidad. Ya Goldschmidt destacó que el de legalidad implica que en todos los casos en que hay un hecho punible la persecución ha de ser obligatoria, mientras que éTsegundo permite tomar en cuenta también cuestiones de oportunidad, sobre todo el interés público[991]. De la oportunidad se ha dicho que "está siendo llevada hoy a cabo por la policía, no presentando el correspondiente atestado..."[992] con lo que, aun conocido el hecho, no se inicia el procedimiento penal para su persecución. No obstante, normalmente se suelen referir a ella sus defensores en relación con el Ministerio Fiscal, al definirla como aquella facultad que corresponde, en determinados supuestos[993], al titular de la acción penal para disponer de su ejercicio aunque se haya acreditado la comisión de un hecho punible. La oportunidad pura o incondicionada consagraría la plena disponibilidad de la acción por sus titulares y la ilimitada sustitución o suspensión de la pena impuesta[994]

2. Principio de proporcionalidad. No es bastante con que la privación o reconocimiento del derecho de que se trate se lleve a cabo por el órgano competente (juez legal), a través del juicio previamente establecido, aplicando las normas sustantivas vigentes, sino que es menester, además, su proporcionalidad. La Constitución acoge este

991 J. Goldschmidt, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona. 1935, p. 73. En la p. 76 dice: "...1 ,a historia demucst ra lo siguiente: el principio de legalidad sigue siendo el que garantiza la legalidad estrictísima de la justicia punitiva. Por lo mismo logrará el dominio en un tiempo que se preocupa principalmente de la constitución del Estado de derecho y de las garantías del mismo. Frente a esto, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos completamente distintos, a saber: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del (iobierno sobre la justicia penal; por otro lado, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste a un formalismo legal.

992 Ver V. Caleña Moreno, "I ,a Justicia penal y su reforma", en Revista Justicia 88, II, p. 316.

993 Con este matiz afirman que se trata de la "oportunidad reglada" o normativamente prevista, en un auténtico contrasentido. Ver a este tenor a W. Hassemer, "La persecución penal: legalidad y oportunidad", en Revista Jueces para la Democracia, 1988, pp. 8 y ss.

994 Ver Ernesto Pedraz Pena Iva, "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", en Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit., pp. 313 y ss.

canon, p. ej., en el Art. 10, en la Convención Europea de Derechos Humanos se contempla en los Arts. 8.2, 9.2, 10.2, 11.2, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en sus Arts. 12.3, 18.3,19.3,22.2, en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en sus Arts. 12.3, 13.2, 15, 16, 22.3, etc. De todo este articulado resulta que, lesionándose un derecho fundamental, será únicamente aceptable si: tal intromisión está constitucionalmente prevista (detención provisional de libertad por el juez competente, en el correspondiente proceso, de la persona respecto de la que concurran elementos de juicio suficientes para estimar su participación en el hecho punible por el que se procede, así, Art. 247 Pr.Pn), si es precisa para la consecución del objetivo fundamentalmente establecido (ej. necesidades de persecución penal), si el *fin* perseguido no puede alcanzarse por otro medio distinto y menos gravoso (excarcelación con o sin fianza como alternativa a la detención provisional)[995].

3. Principio de contradicción o audiencia bilateral ("audiatur et altera pars"): nadie puede ser privado de su derecho sin ser oído y vencido en juicio (Art. 11 Cn.) y a toda persona han de asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa (Art. 12 Cn.). Supone este principio el que tanto a acusadores como a defensores se les conceda una real oportunidad de hacer uso de todos los medios procesales parala mejor defensa fáctica y jurídica de sus posiciones. A este fin ha de reconocérseles el derecho a la jurisdicción en condiciones de igualdad, derecho que abarca tanto el poder acceder como el de actuar en el proceso.

   Lógicamente, para que pueda llevarse a cabo de este modo la defensa de las respectivas posiciones, será menester:

   a. Que no exista discriminación entre las posibilidades de ninguna de las partes del proceso. En último extremo, implica que

'w> Sobre el principio de proporcionalidad consúltese, Ernesto Pedraz Penalva, "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", cit., y "El principio de proporcionalidad v MI configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit.

acusadores y acusados puedan hacer uso de similares medios de ataque y defensa, lo que además viene requerido por el derecho al debido proceso, o con todas las garantías, en cuya virtud han de gozar ambas posiciones de parejas posibilidades, expectativas y cargas de alegación, prueba e impugnación.

Tema importante es el de si esta igualdad, singularmente en sede criminal, ha de extenderse a todas las etapas del proceso. En el juicio oral y fase intermedia no hay discusión alguna, en los estados en los que rige el sistema acusatorio formal moderno. Respecto de la fase de instrucción, en esos mismos países, aunque se tiende a equiparar procesalmente a imputado y Ministerio Fiscal, en verdad y por su propia naturaleza, subsiste una desigualdad en favor del Ministerio Público, disimilitud en cierto grado corregida en los casos en los que la instrucción es cometida al juez, quien ha de buscar tanto lo favorable como lo desfavorable al inculpado.

b. Que, tratándose de un proceso penal, el inculpado:

n Sea inmediatamente, y de manera que le sea comprensible, informado de la acusación, ilustrándosele además de todos los derechos que le asisten y, eventualmente, de las razones de su detención (Arts. 12 inciso 2o. Cn. en relación con el reformado Art. 46 ordinal 1o. Pr.Pn., 9.2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.4 y 8.2. b) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). De las normas citadas se deduce que tal derecho a ser informado existe, ya con carácter previo al inicio de las actuaciones procesales, frente a órganos auxiliares como la policía, ya una vez incoadas las pertinentes diligencias respecto del fiscal y juez.

En estrecha relación están los derechos: a) A que se haga uso de la lengua que el sujeto comprenda o, caso contrario, que se recurra a un intérprete (Arts. 46 ordinal 7o. Pr. Pn., 14.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.2, a) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto

de San José de Costa Rica); b) A ser legalmente detenido -legalidad que en esencia requiere el serlo por razones de persecución penal (Arts. 12 y 13 Cn. y 9.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), estando prohibidas en todo caso las detenciones arbitrarias (Arts. 9.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica)-; c) A ser inmediatamente llevado ante la judicial presencia (Arts. 9.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 7.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica); ch) A recurrir ante un juez o Tribunal competente, a fin de que éste decida sobre la legalidad de su arresto o detención (Arts. 11.2 Cn., 9.4 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 7.6 Pacto de San José de Costa Rica); d) A ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad (Arts. 9.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 Pacto de San José de Costa Rica).

Dentro de las exigencias de una detención legal están: amén de que responda a causas legalmente previstas, duración de la gubernativa, que no puede exceder de las 72 horas, plazo en el que ha de ser llevado ante la autoridad judicial (Art. 13 inciso 2o. Cn.), con la excepción prevista en el Art. 29 inciso 2o. Cn. que lo amplía a quince días en caso de que se decrete el régimen de excepción; exigencia de ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Art. 10.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos), lo gue a su vez conlleva, prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Arts. 27 inciso 2o. Cn., 5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5.2 Pacto de San José, 7 Pacto Internacional délos Derechos Civiles y Políticos), la obligación de los funcionarios de asegurar la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia (Art. 6 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas en 17.12.1979, Resolución 34/169), etc.

Particular cita merece, easu de detención, el mencionado derecho a ser inmediatamente llevado ante juez compeledlo para que éste decida sobre la legalidad de la privación do libertad. La Carta Magna, en el Art. 11 inciso segundo, proclama el derecho que tiene toda persona al hábeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ¡legalmento su libertad[996]. Ha sido criticada su regulación en la Ley do Procedimientos Constitucionales, Arts. 38 y ss., entre otros aspectos, por cuanto: se lesiona el principio generalmente admitido de que ha de conocer el juez ordinario, o sea, al quo en lo penal corresponda, en su caso, decidir en el primer grado, con lo que de este modo atendiendo así a la cercanía al justiciable, debería ser competente el juez de lo penal en lugar de las Cámaras y Corte Suprema de Justicia -salvo hipótesis de funcionarios comprendidos en los Arts. 236, 238 y 239 Cn. que la doctrina denomina aforados-; no cumple satisfactoriamente el imperativo de ser conducido ante juez competente, dado que el órgano jurisdiccional ante el que se pide el auto de exhibición (Art. 41 L.Pr.Cn.) se limita a designar un delegado -pudiendo serlo cualquier persona o autoridad ("ejecutor" dicen los Arts. 43, 44, etc, L.Pr.Cn.)- para que se le exhiba la persona detenida, a partir de cuyo informe (Art. 70 L.Pr.Cn.) decide el juez competente (Art. 71 L.Pr.Cn.), con lo que no va a existir inmediación judicial; tras dicho informe cabe dejar transcurrir cinco días para que resuelva la Sala o Cámara, si no estimare necesario pedir el proceso y, dentro de los cinco días siguientes a su recepción decidirá, de modo que la celeridad brilla por su ausencia en hipótesis como éstas en las que la celeridad es esencial; es independiente que la privación de libertad sea debida o no a la decisión provisional o definitiva de la autoridad judicial, con lo que se convierte en un "recurso" sin sujetarse a las exigencias ni formalidades propias del mismo.

996 Vcásc cn (’ap. VIH. la parle expresamente consagrada al estudio del hábeas corpus.

‘i I l;i di; ostar piosonti: <;n <;l juicio Una persona sólo podrá sor juzgada, y eventualmente condenada, si está presente a lo largo del juicio. Se trata de un derecho del acusado (con las excepciones legalmente previstas) a cuyo tenor, y sin perjuicio de ser declarado en rebeldía, en su ausencia no podrá celebrarse el juicio constituyendo causa de suspensión (Art.292Pr.Pn.)

a Se presumirá inocente mientras no se declare probada su culpabilidad en sentencia ejecutoriada, de conformidad a la ley y mediante juicio público (Arts. 12 Cn., 46 Pr.Pn., 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

Ante todo parece evidente destacar, pese al empleo del término, que no estamos ante una presunción "stricto sensu" (en consecuencia ni "iuris et de iure" ni "iuris tantum"), puesto que según se ha dicho muy gráficamente ni existe hecho indiciado ni hecho presumido. No constituye medio "probatorio" (indiciado o circunstancial) ni verdad legal más o
997
menos surgida de la realidad , sino meramente un criterio que infraestructura esencialmente (de manera irrenunciable, pues, en cuanto constituye derecho fundamental) al juicio criminal, a cuyo *tenor, y* hasta que *no* recaiga *sentencia* condenatoria, el acusado es y ha de ser tratado como inocente, y, si no es alegada y probada oportuna y legalmente por la acusación la culpabilidad del acusado, éste ha de ser absuelto[998]. El acusado pues, no está en ningún caso obligado a probar nada (incluida pues su inocencia).

(>/>7 Así el Alt. 74 C. proclama: "Se presume de! derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

A. Vélez Mari conde, Derecho Procesal Penal (2a. Bd.), Buenos Aires, Lemes 1962, pp. 30 y ss., tampoco acepta que estemos ante una presunción sino ante un "estado" (pp. 30 y ss.), aludiendo, en la p. 41, al "principio de inocencia".

La inexistencia de la carga de la prueba para el imputado no excluye su derecho a la prueba, dentro de ijo que supone evidente manifestación de su derecho de defensa.

En íntima vinculación se encuentran los siguientes derechos del imputado: a) Guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (Arts. 12 inciso 2o. Cn., 46 ordinal 4o. Pr.Pn. 14.3. g) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.2 g) Pacto de San José de Costa Rica).

Deriva de estos derechos la exigencia de ser informado de la calidad en la que se comparece ante la autoridad: policial, fiscal o judicial (como testigo o como sospechoso-inculpado) y, caso de que a resultas de las investigaciones -incluyendo la propia declaración- pueda deducirse un cambio en su situación respecto del hecho que se investiga, que sea inmediatamente informado (de este modo el material obtenido en calidad de testigo, del que luego resulta inculpado, no puede ser utilizado en la medida en que no fue previamente ¡lustrado de sus derechos a guardar silencio, a ser asistido de abogado, etc., Art. 138 ordinal 6o. a 9o. Pr.Pn.). Puede ser difícil determinar el momento a partir del cual una persona puede ser considerada sospechosa y, por tanto, titular de los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Este problema aparece obviado en caso de detención, según se explícita en la propia Ley Suprema en el Art. 12 inciso segundo, en los demás casos cabe acudir, conscientes de la amplitud, al momento en que se acuerde cualquier medida restrictiva de sus derechos.

No estando obligado a declarar, se prohíbe expresamente el empleo de cualquier medio o instrumento para obtener, de manera coactiva, tal declaración (Arts. 12 inciso 2o. Cn., 46 ordinal 5o. y 6o. Pr.Pn., 5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.3 g) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 5.1 y 2 y 8.2 g) Pacto de San José de Costa Rica).

Complemento necesario del derecho a guardar silencio es su nulo valor. Rige el aforismo "el que calla calla"; o sea,no cabe

extraer del silencio del inculpado consecuencia alguna favorable ni desfavorable para él, so pena de desvirtuar este derecho.

Los derechos a permanecer callado y a no reconocerse culpable muestran la singular posición procesal de que goza el inculpado, en cuanto que dentro de su derecho de defensa acoge la no obligación de decir verdad, sin perjuicio del valor que, exclusivamente, acerca de la credibilidad de sus otras afirmaciones pueda hacer el sentenciador si comprobare la falsedad.

El valor probatorio de su declaración, de modo absoluto, está mediatizada, en primer lugar, por su plena voluntariedad (Arts. 12 inciso 3o. Cn. y 8.3 Pacto de San José de Costa Rica) y, en segundo lugar, por la presencia de su defensor (Arts. 12 inciso 2o. Cn, 46 ordinal 4o. y 551 ordinal 5o. Pr.Pn.). Su libre prestación puede verse obstaculizada o impedida por el empleo de métodos en el interrogatorio (preguntas capciosas o sugestivas) o técnicas (narcoanálisis, tortura, etc), dando lugar a su total nulidad. Practicada con total observancia de todas las exigencias legales, la confesión es un medio de prueba que en cuanto tal ha de ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica.

No se infringe el derecho a la presunción de inocencia ni, en consecuencia, los derechos a guardar silencio y a la no autoincriminación, en las hipótesis en que el inculpado constituye objeto de prueba. De este modo en las diligencias conducentes a la detención del grado de alcoholemia o de uso y/o posesión de sustancias estupefacientes. No obstante, para que los resultados obtenidos puedan servir para destruir la presunción de inocencia y, así, fundar la convicción del juzgador, se requiere su licitud. Serán ilícitas cuando no han sido acordadas por juez competente, en razón de persecución penal (Art. 19.Cn.)[9]" y hayan sido llevadas a cabo por personas especializadas (ej., médicos o enfermeras)

'J99 Con toda nilidc*/. el Ari. 19 Cn. prescribe la admisibilidad del registro o pesquisa de la

en las condiciones de lugar, tiempo y moda que el principio de proporcionalidad y el derecho a la libertád y dignidad de la persona imponen (Art. 10 Cn.)[1000].

n Sea asistido por letrado. El derecho a la asistencia letrada corresponde tanto al acusado como al acusador (así en los estados en que el perjudicado pueda y quiera personarse y actuar en el proceso: acusador particular, e incluso en las hipótesis de acusación popular). Este derecho, en cuanto fundamental, es irrenunciable[1001], de manera que solicitado por el sujeto que pretende acusar debe nombrársele uno de oficio; tratándose del inculpado, si no nombrare defensor o éste por cualquier causa no se "apersonare" (Art. 62 inciso 3o. Pr.Pn.), habrá de ser asistido por un defensor público o por un defensor de oficio, designado al efecto (Art. 46 ordinal 3o. Pr.Pn.). Entendemos gue en los momentos actuales, dada la complejidad burocrática-judiciai y procesal existentes, carece de sentido, máxime tratándose de un proceso penal por delito y del valor jurídico en juego: la libertad, que pueda pensarse en la defensa por sí mismo. No obstante, así se prevé en los Arts. 6.3.c) Convención Europea de Derechos Humanos, 14.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 9.2.d) Pacto de San José de Costa Rica. Cabría hablar de este modo de un conflicto entre estos Tratados, junto con lo previsto en el Art. 62 ordinal 3o. y 62, apartado último, del Pr.Pn., en los que se permite la defensa por sí mismo, cuando de modo

persona, "sólo...para prevenir o averiguar delitos o faltas".

1000 No serán en general "proporcionados" ios registros y pesquisas personales, de quienes están contrayendo matrimonio, en plena ceremonia, etc.; tampoco en bastantes casos, el llevado a cabo en plena vía pública ante todo el mundo, cuando además es factible generalmente hacerlo en algún lugar más discreto.

1001 Somos conscientes de que la "irrenunciabilidad" es predicada normativamente, sólo, del imputado. Vercl Art. 62 IV. Pn. cuando, en verdad, el derecho a la asistencia de abogado corresponde a todo sujeto que pretenda hacer valer pmcesalmenle sus derechos e intereses legítimos (y ent re ellos está el de redi o-de be r a ejercitar la pretcnsión punitiva), del que va a depender en último extremo, y en muchas ocasiones. la viabilidad de la acusación particular o popular.

explícito así se manifestare. A nuestro juicio, y de la redacción del Art 12 Cn., en el que no se contempla ni excepción en ningún momento a la exigencia de defensor ni la posibilidad de defensa por sí mismo, unido a lo previsto en el Art. 146 "in fine" Cn. (a cuya virtud se proclama la no vulnerabilidad de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana), debe primar la imperatividad de la asistencia técnica y su irrenunciabilidad, en todo caso indispensable asimismo para la validez de las diversas diligencias (Arts. 12 inciso 2o. Cn., 46 ordinal 4o. y 551 ordinal 5o. Pr.Pn.).

En línea con los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales más avanzados, se exige no sólo la asistencia de defensor sino además que se trate de una asistencia efectiva. De este modo en la reforma del Código Procesal Penal por obra del Decreto No. 238, Diario Oficial de 12.5.1992, y en el Art. 67 ordinal 3o. y 4o., se requiere una activa intervención (y en su caso contradictoria) en las alegaciones y pruebas, debiendo asimismo presentar el alegato, en defecto de todo ello podrá ser sustituido por el juez. No es improbable que la picaresca forense pronto se de cuenta de las posibilidades de utilizar, incluso torcidamente, este precepto. Tal posibilidad se ofrece al juez que, excepcionalmente, podría pretender perjudicar así al defendido o a su defensor. También del acusado y de su letrado, de modo que si no es administrada muy prudente e inteligentemente la facultad judicial de sustituir al defensor, cabe propiciar la aparente o efectiva concurrencia de alguna de las causas previstas a efectos dilatorios, de ganar tiempo y, aun, de lograr una nulidad futura. Simplemente piénsese en que este Art. 67 alude a proponer pruebas necesarias y pertinentes, con lo que introducimos un elemento gravemente distorsionante al poder provocar, o bien que tenga que admitirse la prueba propuesta aunque no sea necesaria ni pertinente, so pena de tener que sustituir al defensor, o bien que se propicie la sustitución ya proponiendo la más absurda e inconsecuente de las pruebas o ya no proponiendo ninguna. Piénsese que estamos jugando con un derecho fundamental: el derecho de defensa.

El derecho a defensor comprende[1002]:/el de poder entrevistarse con el imputado de manera reservada, en cualquier momento y, singularmente, antes de prestar declaración (Arts. 66.a) Pr.Pn., 14.3 b) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 8.2 d) Pacto de San José de Costa Rica)[1003]; a que por el defensor se controle que ha sido instruido de sus derechos; a que esté presente en las declaraciones y diligencias (Arts. 46 ordinal 3o. y 551 ordinal 5o. Pr.Pn.); a su activa y diligente participación en la fase del juicio contradiciendo las argumentaciones de la acusación, interrogando a los testigos y peritos de cargo, aportando las pruebas de descargo (Arts. 14.3 3) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.2 f) Pacto de San José de Costa Rica) y formulando el alegato (Art. 67 ordinal 3o. y 4o. Pr.Pn.).

n Derecho a recurrir el pronunciamiento condenatorio ante un tribunal superior, a resultas de lo reglado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José de Costa Rica. Con carácter introductorio conviene destacar: de una parte, que este derecho sólo es reconocido al inculpado que ha sido declarado culpable de una infracción criminal, pero no al acusador en caso de desestimación total o parcial de su pretensión punitiva, y, de otra, que únicamente rige en sede procesal penal. Su vigencia en el juicio criminal proviene de los diversos Tratados en los que se plasma: Arts. 2, del Protocolo No.7 del Convenio Europeo de Derechos

1002 Debo advertir que en la nueva redacción del Art. 66 Pr.Pn., aparecen estos derechos, erróneamente a nuest ro juicio, como pertenecientes al defensor, en lugar de al defendido, como incluso puede deducirse de la exigencia a los letrados por el Art. 67 Pr.Pn., de una efectiva defensa.

1003 Se contradice este precepto con el también nuevo Art. 142 inciso quinto, cn el que no sólo se prevé que el defensor no concurra a firmar el acta de la declaración de su defendido, sino más aún que no haya asistido al acto ("Si el defensor hubiere asistido al acto..."). Parece pues que el legislador se conforma con que en las diligencias ante órganos auxiliares: policía fundamentalmente, esté nombrado el abogado y no se preocupa de exigir que actúe electivamente, como sí io hace para la fase de plenario (Art. 67 inciso cua rio).

Humanos de 4.11.1950[1004], 14.5 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ("Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley") y 8.2 h) Pacto de San José de Costa Rica ("derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior").

Desde su formulación en estos Convenios internacionales surgen temas como el de su armonización con la regla de la única o doble instancia y el de su generalización a todas las causas penales (no olvidemos que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José de Costa Rica, a diferencia del Convención Europea de Derechos Humanos, no excepcionan su exigibilidad ni en las causas por delitos de menor gravedad ni en aquéllas en las que, verbigracia, por razón de aforamiento -así acaece en algunos países en los delitos cometidos por las autoridades estatales supremas: Presidente de la República, Ministros, etc., lo que no ocurre en El Salvador, a tenor de lo previsto en el Art. 236 Cn.[1005]-, fuere competente el órgano jurisdiccional último ni, finalmente, en las que el interesado, juzgado en primera instancia y declarado absuelto, sólo haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución).

1004 "Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior...2. liste derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley. así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución".

1005 De este Art. 236 Cn. deriva que en los delitos cometidos por alorados hay siempre una doble instancia: si corresponde el enjuiciamiento en primera instancia a la Clamara de Segunda Instancia, en cuanto del fallo que ésta emita conocerá la Sala de la Corte Suprema de Justicia, y. si es a la Sala de la Corte Suprema a quien compete la primera instancia, dado que ha de acudiese en segunda instancia a la Corte en pleno.

En la actualidad, serios planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, de notable predicamento, se pronuncian con carácter general en defensa de la única instancia. Entienden que la plena vigencia del acusatorio, con sus principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, libre valoración de la prueba y, señaladamente, al tribunal popular (jurado), propician y hacen irrepetible el juicio con lo que la única instancia es su lógica consecuencia. La mayor parte de la literatura y jurisprudencia especializadas, al enfrentarse con las citadas normas del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José de Costa Rica, mantienen: 1) En primer lugar, que dichos preceptos ni pueden ni pretenden crear medios impugnativos, no previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos; ello no obsta a que se defienda que, contrariamente, sí obligan a acometer una hermenéusis facilitadora de una revisión del fallo dictado. Es decir, si el legislador interno no resulta obligado a instaurar en su caso la doble instancia, sí debe facilitar el acceso a un recurso ante un tribunal superior. 2) En segundo lugar, que el exigido nuevo examen de la causa resuelta no comporta necesariamente la creación de una segunda instancia, pudiendo verse cumplido mediante el acceso a la casación. De este último modo, pues, sería adecuadamente respetada la única instancia.

Surgen no obstante varios problemas. De manera destacada el que, junto al proceso ordinario para el enjuiciamiento de aquellas infracciones más graves, se implanten juicios rápidos para la decisión de supuestos sancionables de menor entidad punitiva, de delitos flagrantes, etc., en los que el legislador, para compensar la disminución de garantías instaura la doble instancia. Con esta solución preténdese satisfacer, de modo simultáneo, la necesidad de acelerar la justiciá (socialmente reclamada y jurídicamente consagrada como derecho de todo justiciable) y reducir la saturación de los tribunales. En estas hipótesis, por tanto, se ven satisfechos -o mejor dicho,

cumplen su fin- los Pactos Internacionales mencionados, pero a costa de esa afirmada plena vigencia del acusatorio[1006]. No obstante, difícilmente superable sería lograr el respeto del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José de Costa Rica si en estos procesos rápidos no se contemplara la doble instancia, en cuanto que el derecho comparado nos ofrece además como regla general su no acceso a la casación[1007].

No sucede lo mismo en los procesos por delitos más graves que, al ser de única instancia, ni ofrecen ni permiten legalmente la oportunidad de un nuevo examen de la causa. ¿En qué medida la casación podría cubrir pues la exigencia convencional?.

La casación, en cuanto recurso extraordinario procede por los motivos taxativamente establecidos en la ley, siempre que el recurrente o recurrentes (acusador o acusado, e incluso ambos) hayan sufrido un perjuicio o gravamen -con independencia pues de que el fallo haya sido absolutorio o condenatorio para el imputado-. El enjuiciamiento, por el órgano "ad quem", debe circunscribirse de manera prevalente al control de la aplicación normativa procesal y/o sustancial, etc. En último término, por tanto, parece evidente que no coinciden en apelación y casación la postura que ocupa respectivamente el órgano "ad quem", con lo que se vería perjudicada precisamente la persona a la que se imputa un delito de superior gravedad respecto de aquél a quien se juzga

IOOfi Acaso pudiere llegara pensarse que. precisamente, tales Tratados internacionales exigen el nuevo examen ante la realidad procesal de la doble instancia. Cubría preguntarse, pues, si los que propugnan, a todo trance, la única instancia no lo están haciendo a espaldas de lo que sucede en la práctica o. precisamente, de modo crítico, para evitar lo que pasa cotidianamente. Si pretendieren modificar la realidad, ¿no deberían hacer un planteamiento distinto de los Tactos internacionales en este punto, llevando a sus últimas consecuencias el único grado y destacando que en esc supuesto sería innecesario el segundo examen?.

KHI7 Téngase presente que no hacemos más que explicitar así el trasnerito No. 2 del Art. 2, Protocolo 7 del Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

por uno de menor entidad, rompiéndose así esa especie de criterio procesal según el cual "a mayor gravedad mayores formalidades y garantías".

Nos parece también difícilmente superable el siguiente contrasentido. Manteniendo que la casación es la respuesta a los acuerdos internacionales, acuerdos que por otra parte no imponen al legislador nacional más que facilitar una vía impugnativa ante un tribunal superior, dicho legislador o bien modifica los supuestos casacionales de acceso, introduciendo el "motivo" de "haber sido condenado el acusado" -con lo que resultaría desvirtuado todo lo que es y significa la casación-, o, los mantiene, con lo que condiciona la vigencia de estos Pactos internacionales a que, además, concurra algunas de las causas explícitamente previstas, de manera que en último extremo estaría negándolos en su simplificada inmediatez (pues sólo requieren que haya sido condenado el acusado).

Reconocida la dificultad de armonizar los susodichos Pactos internacionales con la única instancia, con la esencia y función del recurso de casación y con la prohibición de discriminación -Art. 3 Cn.- (ya sea en razón de la entidad del hecho enjuiciado ya por el aforamiento del inculpado), la verdad es que no encontramos más solución que la siguiente. Reconociendo la instrumentalidad de los Arts. 14.5 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8.2 h) Pacto de San José de Costa Rica, respecto de la insuficiente observancia práctica de las garantías procesales, lo que habría que hacer no es instaurar indiferenciadamente un derecho al recurso, por otra parte sólo como se ha visto a favor del acusado condenado, contemporizando tácitamente con su incumplimiento, sino exigir su respeto por el órgano jurisdiccional penal unipersonal como colegiado, reforzando, o consagrando en su defecto, el derecho a que sea revisada la sentencia penal

cuando so afirme desconocido o violado un precepto constitucional[1008].

4 Derecho a 11o ser juzgado dos veces por el mismo asunto. La Constitución, en su Art. 11, inciso final, proclama que ninguna persona "...puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". De osla manera acoge, mejorando notablemente, lo previsto en el Art. 14.7 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[1009], y la redacción del Art. 8.4 Pacto de San José.

Este derecho, a no ser enjuiciado penalmente dos veces por igual causa ("non bis in Ídem"), responde a la virtualidad de la sentencia penal firme que se caracteriza por producir la fuerza de cosa juzgada material, sólo, en sentido negativo; es decir, impide que una misma persona, ya haya sido absuelta o condenada -por ende, con independencia del sentido del fallo-, pueda ser de nuevo acusada por el mismo hecho punible. A la vista de lo dicho se pone de manifiesto la mala redacción del citado Art. 14.7 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, pues es innecesario matizar lo obvio: que tiene tal derecho haya sido condenado o absuelto. Más aún, resalta la corrección técnica procesal del mencionado Art. 11 Cn., frente a la del 8.4 Pacto de San José ("El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"), precepto del que erróneamente resulta que el inculpado que haya sido condenado sí podría ser de nuevo juzgado.

Subjetivamente se circunscribe la cosa juzgada material a la persona del acusado, es decir, a aquel contra quien se haya dirigido la pretensión punitiva y respecto del cual se hubiere pronunciado en

1008 lista propuesta no es tan novedosa como pudiere pensarse a la vista de la reforma de la casación civil española de l'JS4, que prevé como motivo casacional la infracción de la l xy Suprema, y de lo establecido en el art. 5 í.ey Orgánica del Poder Judicial, también española, de 19K.S.

1009 Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sidoya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

su resolución firme el órgano jurisdiccional. Es pues irrelevante la persona del acusador o acusadores.

Objetivamente abarca sólo los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento (o sea, sobre los que ha recaído la resolución penal firme).

5. Derecho a un proceso público, contradictorio, sin dilaciones indebidas, con vigencia de los principios de inmediación, concentración y libre valoración de la prueba y, eventualmente, a un tribunal popular.

   Prescindiendo de la contradicción y prohibición de las dilaciones indebidas, que ya han sido estudiadas, destaquemos brevemente las restantes notas exigidas constitucionalmente.

   a. El derecho a un juicio público está explícitamente recogido en la Carta Magna, en la que se habla del derecho a que se pruebe la culpabilidad "...enjuicio público..." (Art. 12 Cn.) -en igual sentido en los Arts. 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[1010], y 8.5 Pacto de San José de Costa Rica ("El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia")-. Destaca en la Constitución, como en el Pacto de San José, el que la publicidad se requiere del proceso penal[1011].

      Sin perjuicio del cambio de valor de la publicidad procesal, en armonía con el evolucionado concepto de ley liberal[1012], puede

1010 Art. 14.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: "...Toda persona tendrá derecho a ser oída púhlicameme ...en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de ca rácter civil..."

10) I Del texto recogido del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.1, cabría deducir que la exigencia de publicidad se extiende asimismo al proceso civil.

1012 Ver acerca del cambio de la publicidad, Ernesto Pedraz Penalva, "Notas sobre publicidad y proceso", en Constitución, Jurisdicción y Proceso, cit., pp. 203 y ss.

indicarse sucintamente el doble objetivo que se le ha venido atribuyendo: extraprocesal y endoprocesal.

Extraprocesalmente, se ha defendido que es medio de educación popular por el que además se favorece el acercamiento de la justicia al justiciable, pero, sobre todo, se ha destacado que permite el control social de la actividad jurisdiccional. En verdad para cumplir, en sus propios términos, esa doble tarea de educación popular y acercamiento de la justicia al pueblo sería menester que procesal y sustancialmente el Derecho fuere aprehensible por el ciudadano medio, quien está mayoritariamente incapacitado para entender la realidad jurídica desde la compleja y densa normativa vigente, difícil de ser captada -aun por los iniciados- desde su críptico lenguaje. Si se acepta la inaprehensibilidad jurídica, difícil es aceptar que tal sujeto pueda ejercer un control mediato de la verdad de la justicia (de la correcta y recta aplicación de la ley por el juez). A nuestro modo de ver, salvo en supuestos especiales en los que el interés general se ve despertado por espurias razones, en la cotidianiedad la publicidad se convierte en propaganda y la pretendida educación del pueblo en prevención general.

Intraprocesalmente, surge como vía precisa para que el acusado pueda y sepa defenderse frente a resoluciones injustas o jurídicamente incorrectas o eventualmente aceptarlas (indudablemente el efecto de prevención especial está también latente). Mal puede impugnar una decisión jurisdiccional o cualquier actividad desarrollada durante el juicio si no se le permite el acceso, su conocimiento. También es menester endoprocesalmente para que el órgano jurisdiccional "ad quem" pueda controlar, vía impugnación, lo realizado por el "órgano a quo".

Resalta la estrecha conexión de la publicidad con la exigencia de motivación y con la oralidad. Con la motivación, desde el punto y hora en que el control requiere examen de la justificación que infraestructura la decisión, se consigue que amén de los propios sujetos del proceso los demás operadores jurídicos

pueden ponderar las decisiones judiciales -con lo que al mismo tiempo se extiende la eficacia de la ley aplicada-.

La oralidad parece estar asimismo vinculada con la publicidad. Por proceso oral no cabe entender, rígidamente y en estos momentos, aquél que en todas sus fases y actuaciones se desenvuelve de esta forma sino, más bien, cuando la introducción del material alegatorio y, sobre todo, probatorio, decisivo para la motivación de la sentencia, se ha introducido verbalmente en el juicio. No conspira contra la oralidad la existencia de actuaciones escritas pero sí, a que en sede procesal penal, los informes de las partes y la prueba, que delimitan por ende objetiva y subjetivamente el contenido de la sentencia, no se lleven a cabo de viva voz.

b. La inmediación hace referencia a que el pronunciamientodel juez ha de ser el resultado de su libre valoración del material ante él producido. De este modo, el tribunal ha de haber estado presente en las actuaciones de las que exclusivamente puede extraer su convicción para dictar el fallo. Coimplica la inmediación que el juzgador esté presente en el momento de los informes y sobre todo de la práctica de las pruebas para que pueda apreciar directamente la verdad o falsedad, corrección o incorrección normativa, de las afirmaciones vertidas, de las condiciones y circunstancias de los lugares y cosas, etc. Desconoce la inmediación la posibilidad de que pueda concurrir a dictar sentencia un magistrado que no ha estado presente en todas las sesiones del juicio. La enfermedad de uno de los miembros del órgano jurisdiccional es causa de suspensión, como su fallecimiento lo es de anulación de las actuaciones realizadas.

c. El principio de concentración está orientado a eludir la atomización del procedimiento en una serie de actuaciones separadas. Persigue pues que la actividad procesal se lleve a cabo, si fuere posible, en una sola audiencia (acto), o, al menos, en audiencias próximas, a fin de que, en armonía con la oralidad e inmediación, los actos procesales realizados de palabra ante el juez no desaparezcan de su memoria permitiéndole

consecuentemente emitir su fallo lo más ajustadamente posible a lo realmente sucedido en los debates orales.

ch. El principio de libre valoración de la prueba supone que la aptitud para la fijación de los hechos no depende de ninguna regla normativamente establecida sino, de modo exclusivo, de los criterios que, se entienden socialmente, conforman el entendimiento de la persona; es decir, la ley permite que se forme libremente la convicción del juzgador acerca de la verdad o falsedad, existencia o inexistencia de una afirmación o hecho. De este modo el éxito o el fracaso de la prueba va a depender de si logra provocar en el ánimo del juez el convencimiento sobre su realidad. Ha de advertirse que prueba libre no supone arbitrariedad judicial, sino que comporta el uso de reglas jurídicas en las que se determina que es lo que puede constituir prueba, sin perjuicio de que el juzgador, utilizando los mecanismos racionales de deducción y/o inducción, fije los hechos que han de constituir el supuesto fáctico normativo del que derive la consecuencia jurídica. Que el juez está sujeto a reglas valorativas, no normativas, se ve en la exigencia de que motive la apreciación fáctica en la sentencia, permitiendo de este modo que pueda combatirse si contrariare -manifiesta o evidentemente- reglas como las de la experiencia general o concreta de un saber, etc.

d. Derecho a ser juzgado por un tribunal popular. Estamos haciendo referencia al Art. 189 Cn. que establece el jurado para "...el juzgamiento de los delitos comunes que determine la ley". Sin entrar en la bondad o no del mismo, lo cierto es que en cumplimiento del mandato fundamental ha de mantenerse el jurado entre nosotros. Es importante destacar que no hay objeción en la Ley Fundamental a que, de acuerdo con la moderna evolución sufrida en los países de tradición jurídica continental, se implante el jurado mixto o escabinado obviándose de este modo algunos de los graves inconvenientes que se han venido señalando respecto del jurado puro o de corte anglosajón: dificultad de separar hecho y derecho, mayor influenciabilidad atendiendo a los perjuicios personales y sociales, evitar veredictos "contra legem", disminuir los elevados

costes económicos y el mayor tiempo en la decisión de las causas que suele conllevar el jurado puro, etc.[1013] El escabinado o escabinato es un tribunal compuesto por elementos legos u honorarios y profesionales (jueces), deliberando conjunta y simultáneamente sobre el hecho como sobre el derecho, es decir, acerca de la culpabilidad como de la pena.

Su previsión constitucional, que exige una determinación legislativa del legislador ordinario, hace que forme parte del concepto del juez legal, ordinario o predeterminado por la ley; no obstante, si el derecho a ser juzgado por "los pares" (jurado) se presenta como un derecho del justiciable, en modo alguno cabe pretender que la norma secundaria no pueda y, más aún, no deba prever su renunciabilidad por el acusado, quien deberá poder optar por un tribunal profesional ante la más mínima duda acerca de la "imparcialidad" del popular[1014].

Analizados los anteriores principios del proceso, sobre todo con referencia al penal, ha de advertirse que, tanto la doctrina y jurisprudencia salvadoreñas como comparadas, vienen estimando que no son más que facetas o extremos individualizados del denominado debido proceso legal (del anglosajón "due process of law") o, de otro modo, que analíticamente expresan -desde la vigente historicidad normativa- el techo mínimo de cualquier juicio que pretenda ajustarse a derecho. Bajo esta rúbrica pues suele aludirse al conjunto de garantías o imperativos legalmente previstos, con carácter irrenunciable, que han de articular esencialmente todo proceso para estimarlo constitucionalmente correcto. Conviene insistir en la historicidad de estos "mínimos", por cuanto la suscripción de nuevos Convenios internacionales o el desarrollo de criterios -como puede ser el de la proporcionalidad- por la jurisprudencia constitucional, puede provocar el incremento de los ineludiblemente exigibles.

1013 Ver un análisis del origen y evolución del jurado en lirnesto Pedraz Penalva. "Sobre el significado y vigencia del ju rado". en Consfif lición, Jurisdicción y Proceso, cit., pp. 59 y ss.

1014 No se pretende indicar así que el acusado deba justificar su opción por el jurado o por el tribunal profesional, pues debe ser suficiente con que lo solicite -sin que sea menester pues razonamiento alguno- para deba concedérsele.

CAPITULO XIII

DERECHOS SOCIALES

1. Antecedentes

A raíz de la Revolución Francesa y como derivación directa de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, surgió el individualismo que consistía en que el individuo y sus derechos eran lo primordial, el único objeto de tutela de la organización estatal. Imperó coetáneamente a ella el liberalismo que contemplaba la abstención por parte del Estado en las relaciones sociales. Este liberalismo sirvió sobre todo a los intereses de una clase, la burguesa, por lo que fue sometido al ataque de ideologías colectivistas y antiliberales, entre las que el socialismo marxista ocupó el primer lugar. La clase trabajadora atacó al liberalismo por dos frentes: lucharon por la igualdad de los derechos políticos alcanzando el sufragio igualitario, por una parte y por la otra exigieron la seguridad económica para poder usar eficazmente sus derechos políticos. A esto cabe agregar que los grupos pluralistas organizados en sindicatos y asociaciones profesionales exigieron ser reconocidos en el proceso económico. Como resultado se dio la intervención del Estado, el cual asumió una función de planificar, regular, dirigir, controlar y supervisar la vida económica. Esto trajo entre otras consecuencias las limitaciones a la libertad de contratación y de disposición de la propiedad.

El resultado visible de este proceso dice Loewenstein, "es que las exigencias de una mayor seguridad económica y justicia social quedan concretadas en los derechos fundamentales de contenido social y económico. Estos nuevos "derechos" fundamentales se diferencian esencialmente de los recogidos por el antigüo catálogo liberal. No están destinados a garantizar la libertad "frente" al Estado y la protección "contra" el Estado, sino que\s.on pretensiones del individuo o del grupo colectivo "ante" el Estado] El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales. No son derechos en el sentido

jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de gue no hayan sido institucionalizados por una acción estatal"[1015].

Estos derechos socioeconómicos no son absolutamente nuevos, ya algunos de ellos para el caso^ej derecho al trabajo había sido recogido por la Constitución francesa de 1793 y concretamente a partir de la de 1848, la cual consideraba que el Estado tenía una obligación positiva respecto de los derechos, es decir que se empezaba a consagrar los deberes en favor del Estado, lo que coincidió con el desarrollo de los servicios públicos en el resto de Europa, los cuales estaban destinados a satisfacer las necesidades colectivas de los particulares. Pero fue hasta después de la Primera y sobre todo de la Segunda Guerra Mundial que fueron recogidos por las constituciones mexicana de 1917, la Soviética de 1918, la de Weimar de 1919, la federal de Centroamérica de 1921 y sobre todo por las promulgadas después de 1945. Todas estas nuevas corrientes de pensamientos son recogidas por la Constituciones posteriores.

Lo que se quiere definir con la locución "derechos sociales" dice Bidart Campos, "no es tanto la naturaleza intrínsecamente social de todo derecho subjetivo, sino más bien la adjudicación justa de potencia a los hombres considerados como miembros o partes de grupos sociales (familia, sindicato, empresa). En suma, se trata de enfocar a las personas no tanto como miembros de la sociedad general o global, sino más bien como sujetos situados en núcleos societarios más pequeños e inmediatos.

Con todo, tampoco se agota aquí el alcance del adjetivo "sociales". En los derechos así llamados entran, además, todos aquéllos que acusan una funcionalidad social más intensa, e interesan en su ejercicio a toda la comunidad, por la repercusión general que ese ejercicio adquiere. Es así como el catálogo de derechos sociales Incluye todos los relativos a la educación, la cultura, la seguridad social, etc"[1016].

161.") Ka rl I i >c\\ en.stein. cit. pp. 4íid-4i 11.

11)16 (¡crinan Huían ('ampi >s. Tratado KIt-mentu! drl Derecho (^institucional Argentino. 1
1. cit. n. W.

Dentro de los derechos sociales y siguiendo nuestro ordenamiento constitucional, vamos a estudiar la familia, el trabajo y previsión social, la educación, ciencia y cultura y la salud pública y asistencia social.

2. Manifestaciones de los derechos sociales

2.1. Familia

2.1.1. Noción

El simple hecho de existir dice Legaz y Lacambra "nos coloca en el centro de una familia a la que pertenecemos, de la cual formamos parte. Sean cualesquiera las circunstancias que han acompañado el nacimiento de un hombre, éste tiene un padre y una madre, y el hecho de que aquél, en ciertas circunstancias, no sea conocido o ésta, aunque conocida, no actúe como tal, sólo expresa el desconocimiento o negación de esta exigencia radical de adscribirnos a la familia a la que, quiérase o no, se pertenece por el hecho de haber nacido, y el incumplimiento de los deberes que impone la creación de la misma[11].

"Es, pues la familia una realidad ético-social que no se basa en la voluntad, la cual sólo interviene en el momento de su constitución mediante la unión matrimonial o extra-matrimonial; pero se es hijo, hermano.o pariente sin que uno se lo haya propuesto"[1017].

De la familia pueden darse una serie de conceptos, bastándonos para nuestro fin el sociológico y el jurídico. "Según el primero, ella es un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación. De acuerdo al segundo, es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual, la procreación o la adopción"[1018].

I() 17 Luis I ,egaz y I ,acambra. cil, 7K4.

2.1.2. *Ordenamientos internacionales*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención Americana o Pacto de San José (1969) reconocen el derecho que tiene toda persona a constituir familia y a recibir protección de ella, Arts. 6, 16.2, 23.1, 10.1 y 17.1. respectivamente. Los cuatro últimos instrumento consagran además, el derecho al matrimonio, Arts.
16.1, 23.2 y 3, 10.1, 17.2 y 3., respectivamente.

2.1.3. Ordenamiento jurídico salvadoreño.

La Constitución Federal de 1921, en su título "Trabajo y Cooperación Social" reconocía algunos derechos de índole familiar, así para el caso garantizaba la investigación de la paternidad con el objeto de que los hijos nacidos fuera del matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación física, moral e intelectual, Art. 69; establecía la creación de un Centro Técnico bajo el nombre de "Institutos de Reformas Sociales", entre cuyas atribuciones tenía la de "proteger el matrimonio y la familia, como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de familia (Homestead)", Art. 171 letra c.

La Constitución de 1841, se refería a la familia cuando establecía que todo salvadoreño tenía derecho a estar al abrigo de las inquisiciones, pesquisas y apremios, en su persona, familia etc, Art. 77; la de 1864, al reconocer derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas y los cuales tenían por bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público, Art. 76, ambos principios se conservaron en las Constituciones posteriores. Fue hasta la Constitución de 1939 cuando se introdujo un capítulo relativo a la familia y el trabajo. Se reconoció ésta como la base fundamental de la Nación y la cual debía ser protegida especialmente por el Estado, Art. 60 y se estableció el Bien de Familia,

cit. 1WO, p. IS'J.

Art. 61, dejando en ambos casos su regulación a una ley secundaría. La reforma de 1944 a la Constitución de 1939 determinó en su Art. 49, que los padres de familia tenían los mismos deberes para con sus hijos, independientemente de si provenían de matrimonio o no. La Constitución de 1945, prohibía toda especie de vinculaciones a excepción de los fideicomisos y del Bien de Familia, Art. 5.

En las Constituciones de 1950 y 1962, la familia, constituyó un capítulo, dentro del Título "Régimen de los Derechos Sociales", formado por los Arts. 180 y 181; 179 y 180 respectivamente. Consideraron a la familia como la base fundamental de la sociedad, la cual debía ser protegida especialmente por el Estado."Esta institución, verdadera célula de la sociedad, merece especial protección. La familia legalmente constituida, es el ideal que persigue el legislador"[1019], expresaron los Redactores del Proyecto de la Constitución de 1950. Además reconocieron al matrimonio como el fundamento legal de la familia y el cual descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Establecieron la igualdad de derechos en relación a la educación, asistencia y protección, entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos y que no debía consignarse en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, como tampoco se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. La investigación de la paternidad adquirió rango constitucional.

Nuestra Constitución recoge la protección de la familia, sus miembros e instituciones en la Sección Primera del Capítulo II del Título II, Arts. del 32 al 36.

1. Reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad. En consecuencia dispone que se dictará la legislación necesaria para que la familia goce de la protección del Estado, que debe crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, Art. 32 inciso 1o.

1U|9 *H*l Salvador. Asamblea Constituyente. Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 220.

a. El concepto constitucional de la familia es más de índole sociológico, que jurídico ya que el deber que se impone el Estado de velar por la estabilidad familiar, no se refiere a los vínculos jurídicos de matrimonio o filiación, sino que por el contrario a los aspectos morales y materiales. Así, la familia constitucionalmente protegida es aquella que puede asumir socialmente su función de dar a los hijos la mejor formación dentro de la sociedad.

b. La protección del Estado hacia la familia no es una simple protección jurídica, sino que tal como lo manifiesta la Comisión Redactora "crea un mandato constitucional de integrar los organismos, los servicios y formular la legislación necesaria para la integración, el bienestar y desarrollo social, cultural y económico. Esto es, que hay en el proyecto un énfasis mayor en el concepto sociológico de la familia que trasciende la esfera de lo jurídico"[1020]

   Al respecto surge la interrogante de si la protección familiar que garantiza la Constitución debe limitarse exclusivamente a los cónyuges o convivientes cuando la unión no es matrimonial, y a los hijos que viven con ellos o por el contrario debe comprender un grupo familiar más amplio, que abarque a todas las personas entre las cuales existe un vínculo jurídico de parentesco, de acuerdo a la ley hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Si nos basamos en la realidad sociológica salvadoreña no podemos aceptar la tesis restrictiva, prueba de ello es el hecho de que la inhabilidad de parentesco que estableció el Constituyente para ser Diputado o Presidente de la República, llega al cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, Arts. 127 ordinal 4o. y 152 ordinal 2o. y por otra parte existe un porcentaje alto de familias, que se encuentra a cargo de una sola mujer, ya sea como madre o como abuela.

1020 El Salvador. Asamblea (onst ituyenie. Inlorme Unico, (lo misión de. Estudio del Proyectil de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 50.

Por lo que consideramos que el constituyente cuando se refiere a la familia lo hace en su concepción más amplia.

2. Fomenta el matrimonio en el cual ambos cónyuges tienen igualdad jurídica, Art. 32 inciso segundo. Ello no es óbice para que los hijos nacidos fuera de él y los adoptivos no cuenten con la protección del Estado y gocen de iguales derechos frente a sus padres, quienes deben darles en todo caso protección, asistencia, educación y seguridad, Art. 36.

3. Ordena que la ley debe regular las relaciones familiares sobre bases equitativas, incluso las resultantes de la unión estable de un varón y una mujer aun cuando no sea el matrimonio el fundamento legal de los mismos, Art. 33.

La familia de que trata la Constitución no es únicamente la fundada en el matrimonio, ya que los artículos concernientes, no aluden a ella en forma expresa, además la Comisión Redactora estimo que "no obstante la obligación del Estado de fomentar el matrimonio era necesario proteger los derechos de las familias que se han formado sin los requisitos de una unión formalmente legalizada, por eso se establece como principio constitucional que la falta del matrimonio no afecta el goce de tales derechos[11].

"En ese mismo orden de ideas, la parte final del Artículo 33 del proyecto legítima las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer, que merece la protección legal"[1021].

Si bien es cierto que la Constitución pone de relieve el matrimonio, la familia no puede estar reducida a la originada como consecuencia de este, ya que ello implicaría unadiscriminación de los hijos habidos fuera ***del*** mismo. Así lo ha establecido de forma clara el Constituyente al establecer en el Art. 32 inciso tercero, que "El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia".

Jll.'l Ilml. p. 51).

4. Introdujo, asimismo, "la obligación de regular mediante leyes las relaciones matrimoniales y patrimoniales entre los cónyuges y sus hijos, estableciendo deberes y derechos recíprocos y creando instituciones necesarias para garantizar su aplicación"[1022].

5. Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, Art. 34, debiendo el Estado proteger la salud física, mental y moral de los menores y garantizar el derecho a la educación y a la asistencia, Art. 35.

6. Derecho al nombre. Una de las anomalías de nuestro ordenamiento jurídico, expresó la Comisión Redactora, "es la carencia de toda legislación sobre el nombre de las personas, situación que afecta el ejercicio de sus derechos individuales, sociales y políticos. Consideró la Comisión que una Constitución de corte personalista, debe de incluir dentro de sus preceptos el relativo al nombre de las personas y así se consignó en el Artículo 35, determinando que este nombre comprenderá el propiamente dicho seguido del apellido de los padres, dejando a la ley secundaria la determinación del orden y cuales de estos apellidos deben identificar a cada persona"[1023].

   Y así por Decreto Legislativo No. 450 del 22 de febrero de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 103, Tomo No. 307, del 4 de mayo de 1990, se emitió la "Ley del Nombre de la Persona Natural".

2.2. Trabajo **y** *Seguridad Social.*

2.2.1. Noción

11 trabajo dice Legaz y Lacambra "es una actividad de la persona, ,|iio encarna un valor ético propio, incapaz de ser convertido en incii .incía y cotizado con arreglo a las leyes económicas"[1024].

jn[11] |in<i |>■

50. in[1] \

2.2.2. Antecedentes generales

Surgió este derecho como resultado de la profundas iransformaciónes de índole política, social y económica y fue orientado originalmente como un derecho de clase, que buscaba la protección de los trabajadores frente a los abusos de los patronos. Esta concepción lúe superada y en el estado actual de su evolución se presenta según lo expresa Linares Quintana como "un conjunto de principios y de normas que, más que la defensa unilateral de una de las partes en el contrato de trabajo, procura armonizar los intereses de los patronos y los trabajadores con los de todo el conjunto de la comunidad"..."La relación do trabajo deja entonces de ser un asunto exclusivamente privado y adquiere proyecciones cada vez mayores en el campo social, debido de que a. el nivel délas remuneraciones abonadas a los trabajadores influye sobre su nivel de vida y sobre su bienestar y el de sus familias, al cual no I Hiede permanecer indiferente el Estado; b. el nivel de ocupación aparece igualmente vinculado con el bienestarde la comunidad; c. el gremialismo obrero y patronal constituyen fuerzas poderosas ante cuyos reacciones el Estado no puede mantener una actitud contemplativa"[1025].

2.2.3. Ordenamientos internacionales

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948) constituye la Declaración de los derechos sociales del trabajador, declara los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores y el mínimo de los derechos de que deben gozar, Arts. 2 y :t; regula los contratos individuales y colectivos, Arts. 6 y 7, el salario, la |(>rnada de trabajo, descanso y vacaciones, trabajo de los menores, de las mujeres, a domicilio, doméstico, de la marina mercante y de la aeronáutica, de los empleados públicos, trabajadores intelectuales, estabilidad de los trabajadores, contrato de aprendizaje, Arts. 8 al 25; los derechos de asociación, de huelga, Arts. 26 y 27; previsión y seguridad sociales, inspección de trabajo, jurisdicción de trabajo, conciliación y aihitraje y trabajo social, Arts. 28 al 39.

111[1] . V'c r Secundo V. I J na res Ouinlana. Tratado de la ('¡ene ¡a ti el Derecho (‘onslilucional, T. V, pp. 38K a 3‘JO.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce el derecho al trabajo en condiciones dignas, Art. 14.1.; los derechos de los trabajadores a una remuneración conveniente, Art. 14.2 y al descanso y al ocio, Art. 15 y el derecho a la seguridad social, Art. 16. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra además del derecho al trabajo, a las condiciones equitativas del mismo, a la protección contra el desempleo, a igual remuneración y a un salario suficiente y digno y la sindicalización, Art. 23; al descanso, limitación razonable del trabajo y vacaciones, Art. 24 y a la seguridad social, Art. 25. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) lo consagra de una manera amplia al considerar el derecho al trabajo y las medidas para garantizar la efectividad del mismo, Art. 6; el derecho a las condiciones equitativas de trabajo, Art. 7; el derecho a la libre sindicalización, Art. 8; el derecho a la seguridad social, Art. 9.

2.2.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

En la constituciones federales fue hasta la de 1921 donde se garantizo por primera vez la libertad de trabajo, Art. 38 y se consagro todo el Título VIII al "Trabajo y Cooperación Social", Arts. 163 a 172.

La Constitución de El Salvador de 1864 al reconocer derechos anteriores y superiores a las leyes positivas, establecía que estos tenían por base entre otros, el trabajo, Art. 76. La de 1872 estatuía en su Art. 45 que el trabajo y la ocupación, como bases de la moralidad y del progreso nacional, eran necesarios y por consiguientes obligatorios. Las de 1880 y 1883 también consideraron al trabajo como obligatorio, Arts. 41 y 26 respectivamente. La de 1885 reconocía la libertad de trabajo en su Art. 16 y la de 1939 estableció un capítulo denominado "Familia y Trabajo" en el cual expresaron que el trabajo gozaba de la protección del Estado, dejando toda su regulación a las leyes secundarias, Arts. 62 al 64. El siguiente paso sobre la materia se produjo con la Constitución de 1945,
o si se quiere al adoptarse con enmiendas en esa fecha la de 1886. Es así como, después de declarar en su Art. 155 que el trabajo es un deber y un derecho, ambos de carácter social y que el Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación a todo el que carezca de ella y que el trabajador gozará de la protección del

I litado para asegurarle una existencia digna, consignó en el Art. 156 que "I l Código de Trabajo que al efecto se promulgue, respetando el derecho i le los empresarios o patronos y procurando la armonía entre el capital y el trabajo" y el cual estaría basado en una serie de principios generales (|uo detalla dicho artículo.

Las constituciones de 1950 y 1962 contemplaron el Trabajo y Seguridad Social en el Régimen de los Derechos Sociales, Arts. 182 al !!)(>, 181 al 195, respectivamente, tomando los redactores de la (institución de 1950 además del anteproyecto que por ley sirvió de base a su trabajo, el anteproyecto enviado por el Ministerio de Trabajo y otro presentado por varias asociaciones de trabajadores. Procuraron que mita materia quedara tratada en la forma que generalmente aceptan la más avanzada y democráticas Constituciones americanas y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá el año de 1 (M8. No contenía, desde un punto de vista doctrinario novedades; pero para nuestro medio, en el cual los problemas del trabajo han tenido el i ilvido permanente de los gobiernos, introdujo preceptos que mejoraran la:, condiciones de vida de los trabajadores, defendieran el valor de la vida humana y dieran en base a la justicia una pauta para la colaboración i'litro el capital y el trabajo.

El Art. 182, era el primero de los que aparecían en el anteproyecto del Ministerio de Trabajo. Comprendiendo el término trabajador < onlorme el proyecto toda clase de trabajadores, inclusive los intelectuales. Desde luego, no quedan regidos los que se encuentran al
■ 'ivicio del Estado con calidad de funcionarios o empleados para los que, en el Título del Régimen Administrativo se establece una situación especial regida por una Ley de Servicio Civil[1026].

Nuestra Constitución vigente los consagra en el Capítulo II, "Deiechos Sociales", Sección Segunda, "Trabajo y Seguridad Social", Aiis :¡7 al 52, conforme a los cuales:

I Salvador. .Asamblea (unsiiuncntc. Docimicnlos i l ¡slórieos 1950-1951. cil. pp. ' ' ' '2'V

1. Toda persona tiene derecho, entre otros bienes, al trabajo, Art. 2, el cual ha dejado de ser objeto de un contrato de arrendamiento. No se considera objeto de comercio sino que ha sido elevado al rango de la función social, dando lugar a la institución jurídica del contrato de trabajo, Art. 37.

2. El Estado tiene la obligación de asegurar a los habitantes el bienestar económico y la justicia social, Art. 1. Consecuentemente, debe emplear todos los recursos que estén a su alcance para obtener el pleno empleo y proporcionar a los trabajadores y a sus familiares las condiciones económicas propias de una existencia digna. De igual forma, debe promover el trabajo y empleo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales, Art. 37 inciso 2o.

3. El artículo 37 antes mencionado corresponde al Art. 182 de la Constitución de 1950 y al Art. 181 de la de Constitución de 1962, con dos variantes: se suprimió la parte que establecía que "se dictaran las disposiciones convenientes para evitar y reprimir la vagancia"; y se agregó que el Estado debe promover el empleo y trabajo de los incapacitados.

4. Para lograr los fines antes mencionados el trabajo debe estar regulado por un Código, ya vigente, cuyo objetivo primordial es armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores, Art. 1 C.T.

5. Los principios que fueron enumerados por las constituciones de 1950 y 1962, en los cuales se fundamentó el Código de Trabajo, son ahora derechos de los trabajadores consagrados en la legislación secundaria, por lo que la Comisión "decidió elevarlos al rango constitucional como tales, a efecto de que no puedan ser fácilmente suprimidos o disminuidos en el futuro"[1027] y los cuales se encuentran contenidos en el Art. 38.

1027 El Salvador, Asamblea ('onstituyente. Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 51.

a. Derecho a que sea garantizado igual remuneración por igual trabajo. Este es un principio universalmente aceptado consignado en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, en su Art. 2 literal d que dice: "A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador", y el cual deriva de la regla genérica de la igualdad de todos ante la ley, Art. 3. Fue adoptado por primera vez en la Constitución de 1945 y se encuentra plasmado en nuestra Constitución vigente, en el Art. 38 ordinal 1ro. que dice: "En una misma empresa o establecimiento y en idénticas circunstancias, a trabajo igual debe corresponder igual remuneración al trabajador, cualquiera que sea su sexo, raza, credo o nacionalidad".

   Albanez, comentando el No. 1 del Art. 183 de la Constitución de 1950 reproducido en el Art. 38 de la Constitución vigente, expresa: "La ausencia de datos que pudieran habernos orientado en este esfuerzo de interpretación, nos impide determinar de una manera cierta lo que quizó significar el constituyente cuando empleó la frase "en idénticas circunstancias". Lo más probable es que se haya querido referir al conjunto de circunstancias en que se desarrolla la actividad del trabajador, o mejor dicho, a las condiciones de ejecución del trabajo". En lo que respecta a "trabajo igual", agrega dicho autor que "el trabajo humano ofrece dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero se relaciona con el esfuerzo desplegado por quien desempeña el trabajo, en atención a las condiciones de ejecución del mismo, y el segundo se relaciona más bien con el resultado que se obtiene de aquel esfuerzo, resultado que representa la ventaja que alcanza el patrono al emplear la fuerza ajena de trabajo. De acuerdo a la interpretación que nosotros damos, el aspecto subjetivo lo contempló el Constituyente al referirse a la "identidad de circunstancias" (en la ejecución del trabajo), contemplado el segundo aspecto cuando estatuyó la igualdad de remuneración para un "trabajo igual". Determinar lo que el Constituyente quizó significar con la expresión "trabajo igual", supone, pues, una cuestión de orden objetivo, que sólo tiene que ver con el resultado que el trabajador obtiene de su trabajo".

En relación al concepto de remuneración, dice: "para nosotros, y así creemos que ha empleado el término el Constituyente, la remuneración equivale a lo que comunmente se conoce con la denominación de salario, esto es, la retribución correlativa que el patrono da al trabajador por los servicios que le presta, ya sea que dicha retribución consista en dinero en efectivo, en habitación, en alimentación o en cualquier otra especie apreciable en dinero. Concebida así la remuneración, quedan excluidas de ella todas aquellas prestaciones y ventajas que se otorguen al trabajador en atención a su situación particular, pero que nada tengan gue ver con el resultado del trabajo".

Ahora bien, en lo que respecta a las circunstancias de sexo, raza, credo o nacionalidad, el constituyente al consignar expresamente el sexo quizó, "probablemente, poner fin a la situación de inferioridad en que por mucho tiempo se ha encontrado la mujer trabajadora. Partiendo de la ¡dea de que las mujeres tienen menos obligaciones que los hombres, y aprovechando al mismo tiempo la necesidad que las impele a trabajar, se les ha venido remunerando con un salario inferior al que se paga a un hombre por igual trabajo. La situación resulta doblemente injusta porque, en primer lugar, si lo que se trata de remunerar con el salario, es el trabajo, lo único que debe tomarse en cuenta es el resultado y no la condición de quien io presta, y, en segundo lugar, porgue no es siempre cierto que las mujeres tengan menos obligaciones que los hombres. En cuanto a las diferencias de nacionalidad, raza, credo, no han repercutido en El Salvador dentro de las relaciones obrero-patronales. Si alguna vez ocurrió, es cosa que ignoramos, como ignoramos también los motivos que tuvo el constituyente para referirse expresamente a esas circunstancias. Si acaso, lo hizo por mera inercia al considerar los modelos que tuvo a la vista, o previendo quizá lo que pueda ocurrir en nuestra vida futura. Para completar nuestras ideas, diremos que el constituyente mencionó únicamente las circunstancias de sexo, raza, credo y nacionalidad, porque son las que con mayor frecuencia han originado, o podrían originar, la desigualdad arbitraria de los salarios; pero debemos entender que, junto con ellas, debo

también descartarse cualquier otra circunstancia no determinante de los resultados que el hombre obtiene de su trabajo"[1028].

b. Salario mínimo. Este principióse encuentra consagrado en el Art. 8 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y se elevó a la categoría de precepto constitucional en la Constitución de 1945, lo recogió la de 1950, la de 1962 y nuestra Constitución vigente, la cual lo consigna en el ordinal 2o. del Art. 38 que dice: "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente. Para fijar este salario se atenderá sobre todo al costo de vida, a la índole de la labor, a los diferentes sistemas de remuneración, a las distintas zonas de producción y a otros criterios similares. Este salario deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural.

En los trabajos a destajo, por ajuste o precio alzado, es obligación asegurar el salario mínimo por jornada de trabajo".

Se introdujo de acuerdo a los redactores de la Constitución de 1950, un salario mínimo pero "no sólo para el bracero o peón, sino para las diferentes clases de trabajadores, desde luego que se fija atendiendo, entre otras circunstancias a la índole de la labor. También se garantiza el mínimum de salario en el trabajo a destajo, por ajuste o precio alzado[1'1029]. Este principio se encuentra desarrollado por el Código del Trabajo en sus Arts. 119 al 160, definiendo el Art. 119 el salario como la "retribución en dinero que el patrono está obligado a pagar a! trabajador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo" y el Art. 144 el salario mínimo al estatuir que "todo trabajador,

Ver Armando Napoleón Albanez. "I d Artículo 1¡y^ de la ('ons!¡t ueión de 1^50''. I,a I 'niwrsidaíl Revisfa Tmiirslral de la I imvrsíílad <I<* *I.I* Salvador. San Salvador.
I '(Inorial Universitaria. 1'XiO. pp. KM a 1 15.

I I Salvador. Asamblea ('onsl it uyen t e. I)ocu i líenlos 11 ¡sló ricos I 950-1 951. cit. pp. 222 y

incluso el a domicilio, tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra suficientemente las necesidades normales de su hogar, en el orden material, moral y cultural, el cual se fijará periódicamente".

Este concepto de salario mínimo dice Albanez, "dista mucho de ser preciso porque contiene un elemento de difícil determinación, cual es lo que debe entenderse por necesidades normales del hogar del trabajador. Adivinamos que el constituyente tuvo en mente las necesidades propias del trabajador y las de las personas que de él dependen, y presentimos que no empleó la palabra normales en su acepción "castiza", sino más bien queriendo significar lo que se entiende por común u ordinario. La dificultad estriba en que no puede hablarse de las necesidades en forma absoluta. Antes bien, se trata de una cuestión muy relativa, propia de cada época y de cada región, y estrechamente ligada al grado de civilización alcanzado. Por eso mismo es que el salario mínimo debe fijarse periódicamente, y no sólo para acoplarlo a las fluctuaciones del valor adquisitivo de la moneda como creen algunos'[1030].

Tal como lo expresa el ordinal 2do. del Art. 38 existen ciertos factores que se deben de tener en cuenta para la fijación del salario mínimo:

[a] Costo de vida. Está constituido por el desembolso periódico que debe hacerse para satisfacer las necesidades ordinarias, las cuales se satisfacen consumiendo o utilizando bienes y servicios, y para cuya apreciación dice el Art. 146 C.T. "deberán considerarse los gastos ordinarios en alimentación, vestuario, vivienda, educación y protección de la salud, de una familia obrera promedio, campesina o urbana". Al hacer el constituyente referencia al costo de la vida, nos esta indicando dice Albanez, "que el salario mínimo deberá

1030 Ib id, p.l 19.

establecerse sobre la base de salarios reales y no de salarios nominales"[1031].

- La índole de la labor es en cierto modo determinante de la modalidad especial de vida de quien la realiza, ya que cada modalidad de vida impone sus propias necesidades.

- Los diferentes sistemas de remuneración. De acuerdo al Art. 126 del C.T. estas son: por unidad de tiempo, por unidad de obra, por sistema mixto, por tarea, por comisión, a destajo, por ajuste o precio alzado. A destajo, por ajuste o precio alzado es "cuando se pacta el salario en forma global, habida cuenta de la obra que ha de realizarse, sin consideración especial al tiempo que se emplee para ejecutarla y sin que las labores se sometan a jornadas u horarios.

- Las distintas zonas de producción y otros criterios similares. La fijación del salario mínimo le corresponde al Consejo Nacional de Salario Mínimo, organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, integrado por siete miembros: tres representantes del interés público, dos del interés de los trabajadores y dos de los patronos, Art. 149 C.T.

c. Prohibición de embargo parcial del salario mínimo y de las prestaciones sociales, éstas "significa en el Derecho el acto de dar alguna cosa, hacer o abstenerse de algo como cumplimiento del objeto de una obligación. Las prestaciones sociales son las que, por ley o por contrato, se deban con motivo de la relación de trabajo. Se trata de proteger con este precepto, el mínimo necesario para la subsistencia del trabajador y su familia"

Nuestra Constitución vigente consigna este principio en el Art. 38 ordinal 3o. que dice: "El salario y las prestaciones sociales, en la cuantía que determine la ley, son inembargables y no pueden

MI II llml. p. 120

l u í » | ,| Salvador, Asamblea (’onst il uyenlc. Documentos 11¡siúricos 1 950-1951. eil. p. 224,

compensar ni retener, salvo por obligaciones alimenticias. También pueden retenerse por obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos. Son inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores". En principio, dice Albanez, "el salario y las prestaciones sociales quedan afectos a todos los créditos que puedan existir contra el trabajador; pero en la cuantía del salario y de las prestaciones sociales, que la ley determine, sólo podrá ser embargada, retenida o compensada, por obligaciones alimenticias. También podrán afectarse retenciones sobre dicha cuantía, por obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos. El constituyente no dispensó pues su protección a la totalidad del salario y de las prestacione sociales; se limitó a proteger una parte de ellos, y no siempre"[1033].

La regla general es que los salarios y las prestaciones sociales son inembargables, sin embargo éste se encuentra sujeto a una restricción parcial y así lo contempla el Código de Trabajo en su Arts. 133 y 139 y la Carta de Bogotá en su Art. 10.

ch. El salario debe pagarse en moneda de curso legal. El salario y las prestaciones sociales constituyen créditos privilegiados en relación con los demás créditos que puedan existir contra el patrono, Art. 38 ordinal 4to.

Se consagran dos principios:

n El relativo al pago del salario en moneda de curso legal, el cual tiende a proteger el salario en contra de los abusos del patrono; y,

!í El relativo al carácter privilegiado del salario y de las prestaciones sociales, considerados como créditos en contra del patrono, que tiende a proteger el salario y las prestaciones sociales en contra de los acreedores del patrono y cuyo

ÜI33 Ihíd. p. 13

fundamento se encuentra en el carácter alimenticio que se reconoce a aquellos créditos.

d. Primas anuales por cada año de trabajo, es corrientemente conocido como el aguinaldo. Principio consagrado en la Carta de Bogotá, en su Art. 9 y en nuestra Constitución en su Art. 38 ordinal 5o. que dice: "Los patronos darán a sus trabajadores una prima por cada año de trabajo. La ley establecerá la forma en que se determinará su cuantía en relación con los salarios".

   La prima, dice Albanez "es una especie de sobresueldo complementario que deberá pagarse anualmente al trabajador en la época de navidad. Se trata de un derecho diferido, que devengándose en el transcurso de un año calendario, sólo puede exigirse, en circunstancias normales, cuando llega la época de navidad. Se justifica que la conceptuemos como un salario complementario, por la idea misma del constituyente de que su cuantía se determine "en relación con los salarios", y se justifica que la califiquemos de salario diferido, pagadero a la época de navidad, por el propósito que animó al constituyente de subsistir por ella, la vieja costumbre de aguinaldo. La prima se adquiere aun cuando el trabajador no haya completado un año de servicio a la época en que aquélla debe pagarse, pero, desde luego, en la cuantía proporcional al tiempo trabajado. Esta misma ¡dea sustentada por nosotros, es la que se desprende de lo estatuido en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, documento que la propia Comisión que preparó el proyecto de Constitución, reconoce como antecedente del principio que estudiamos"[1034]. Este derecho es desarrollado en el Código de Trabajo en sus Arts. 196 al 202.

e. Límite de la jornada ordinaria de trabajo diurna y semanal de 8 a 44 horas respectivamente; pago por recargo por horas extraordinarias trabajadas. Esta regla es general para todas las faenas; "no se acepta la regla de la Carta de Bogotá, reproducida

en el anteproyecto del Ministerio de Trabajo, que señala jornada máxima de nueve horas diarias y cincuenta y cuatro por semana en las faenas agrícolas, ganaderas y forestales. En cuanto a la jornada nocturna y la que se cumple en tareas peligrosas e insalubres, se adopta a la letra la regla de la Carta de Bogotá, propuesta por el anteproyecto del Ministerio de Trabajo. Hubo mucha discusión sobre el caso, debido a que algunos miembros de la Comisión propugnaban por señalar para estos casos la jornada diaria de seis horas y de treinta y seis por semana. Prevaleció el criterio elástico de la Carta de Bogotá. Para las horas extraordinarias y el trabajo nocturno se establece que serán remunerados con recargo"[1035].

Nuestra Constitución lo reconoce en el Alt. 38 ordinal 6o. cuyo tenor literal es el siguiente: "La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas y la semana laboral de cuarenta y cuatro horas. El máximo de horas extraordinarias para cada clase de trabajo será determinado por la ley.

La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna y estará reglamentada por la ley. La limitación de la jornada no se aplicará en casos de fuerza mayor.

La ley determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando, atendiendo a causas biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija, y la de aquellas que deberán mediar entre dos jornadas.

Las horas extraordinarias y el trabajo nocturno serán remunerados con recargo".

La expresión trabajo efectivo ha sido empleada únicamente en el primer inciso de la disposición, al hacerse referencia a la

1035 1:1 Salvador. Asamblea ('< >nstituvcnlc. Documentos Históricos 1950-1951. cil. j>|> 224-225.

duración de la jornada ordinaria diurna y de la semana laboral; pese a ello, consideramos que también debe tomarse en cuenta al determinar la duración de la jornada nocturna, de la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres y la de las horas extraordinarias, ya que por trabajo efectivo "se entiende el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono", siendo pues extensivo a las demás jornadas[1036].

En cuanto a la duración de la jornada, el constituyente sólo ha establecido el límite máximo de duración de la jornada y la semana laboral ordinaria diurnas, y ha dejado a la ley secundaria que lo establezca para el trabajo nocturno y para los trabajos peligrosos e insalubres, lo cual no implica que la duración de la jornada diurna no pueda acortarse, ya sea por ley o por la voluntad de las partes. Ahora bien, la limitación de la jornada, dice la parte final del inciso 2do. del Art. en mención, no se aplicará en casos de fuerza mayor, es decir, en aquéllos casos imprevistos.

El inciso último nos habla que tanto las horas extraordinarias como el trabajo nocturno deben ser remunerados con recargo. Se admite comunmente que ambos deben ser remunerados con recargo, en razón del mayor esfuerzo que demanda del trabajador y de las mayores utilidades que obtiene el patrono cuando intensifica la producción de su empresa.

La jornada de trabajo y la semana laboral son desarrollados por el Código de Trabajo en sus Arts. 161 al 170.

f. Descanso remunerado el séptimo día. El ordinal 7o. establece: "Todo trabajador tiene derecho a un día de descanso remunerado por cada semana laboral, en la forma que exija la ley.

m w, 111 id. p. 224.

Los trabajadores que no gocen de descanso en los días indicados anteriormente, tendrán derecho a una remuneración extraordinaria por los servicios que presten en esos días y a un descanso compensatorio".

El día de descanso remuneratorio no debe entenderse como un premio que se le da al trabajador por haber trabajado durante seis días de la semana, sino que, desde el punto de vista de sus necesidades, los días de labor y el día de descanso son iguales para el trabajador, y para que éste pueda disponer de los medios necesarios para satisfacer aquellas necesidades, es que se le impone al patrono la obligación de remunerarlo. El día descanso semanal lo desarrollo nuestro Código de Trabajo, en sus Arts. 171 al 176 y lo consagra también la Carta de Bogotá, en su Art. 13.

Asuetos. "Los trabajadores tendrán derecho a descanso remunerado en los días de asueto que señala la ley; ésta determinará la clase de labores en que no regirá esta disposición, pero en tales casos, los trabajadores tendrán derecho a remuneración extraordinaria", reza el ordinal 8o. del Art. 38.

A primera vista, dice Albanez, "pareciera que el precepto constitucional, después de establecer el derecho al descanso remunerado en los dias de asueto, dispone a continuación, simplemente, que cuando un trabajador a quien se le ha reconocido aquel derecho, trabaje en día de asueto, deberá ser remunerado con salario extraordinario. En otras palabras, que el trabajador puede decidir libremente trabajar en día de asueto, y que cuando lo haga, devengará salario extraordinario. Pero, en realidad, el Constituyente ha dicho otra cosa. Ha establecido el derecho al descanso remunerado en días de asueto para todos los trabajadores, excepto para aquéllos que realicen cierta clase de labores que la ley determinará. Y, como recompensa por la privación que sufrirán estos últimos, ha dispuesto a continuación que los días que para los demás son de asueto, les sean remunerados con salario extraordinario. El sentido de la disposición cambia entonces totalmente. El trabajo en día de

asueto sólo pueden realizarlo quienes desempeñen alguna de aquellas labores que la ley secundaria se encargará de determinar, pero no quienes desempeñen cualquier otro género de trabajo. El día de asueto no se concede con el objeto primordial de proporcionar un descanso pasivo al trabajador, como sucede con el día de descanso semanal. Se concede en las fechas de gran significancia cívica o religiosa, y precisamente con el objeto de que el trabajador pueda tomar parte activa en los actos con que aquellas fechas se conmemoran; para que pueda cumplir con sus deberes de ciudadano o de creyente"[1037]. El desarrollo de los días de asueto, lo encontramos en los Arts. 190 a 195 del Código de Trabajo y 14 de la Carta de Bogotá.

h. Vacaciones anuales son reconocidas en nuestra Constitución en su ordinal 9o. del Art. 38 que en su tenor literal dice: "Todo trabajador que acredite una prestación mínima de servicios durante un lapso dado, tendrá derecho a vacaciones anuales remuneradas en la forma que determinará la ley. Las vacaciones no podrán compensarse en dinero, y a la obligación del patrono de darlas corresponde la del trabajador de tomarlas".

   La condición que impone el constituyente para tener derecho a vacaciones anuales remuneradas es que acredite una prestación mínima de servicios durante un lapso dado, lapso que conforme al Art. 177 C.T. tiene que ser de un año de trabajo continuo en la misma empresa o establecimiento, o bajo la dependencia de un mismo patrono, cuya duración será de quince días y serán remuneradas con una prestación equivalente al salario ordinario correspondiente a dicho lapso más un 30% del mismo. Ahora bien, para que el trabajador tenga derecho a vacaciones debe acreditar, de acuerdo al Art. 180 C.T. un mínimo de doscientos días trabajados en el año.

i. Restricciones al trabajo. "Los menores de catorce años, y los que habiendo cumplido esa edad sigan sometidos a la enseñanza

[1037] ¡/ IIMI!, p. 170.

obligatoria en virtud de la ley, no podrán se ocupados en ninguna clase de trabajo.

Podrá autorizarse su ocupación cuando se considere indispensable para la subsistencia de los mismos o de su familia, siempre que ello no les impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.

La jornada de los menores de dieciséis años no podrá ser mayor de seis horas diarias y de treinta y cuatro semanales, en cualquier clase de trabajo.

Se prohibe el trabajo a los menores de dieciocho años y a la mujeres en labores insalubres o peligrosas. También se prohibe el trabajo noctuno a los menores de dieciocho años. La ley determinará las labores peligrosas o insalubres", Art. 38 ordinal 10o.

Los menores de catorce años no pueden prestar servicios a menos que sea indispensable para ***su*** subsistencia o la de su familia, y aun en este caso deberá existir autorización previa, la cual no es procedente si el trabajo impide que el menor cumpla con el mínimo de instrucción obligatoria (6 años de enseñanza básica). El constituyente ha querido que todo menor haya completado la enseñanza obligatoria, antes de poder dedicarse a un trabajo.

Los menores de dieciséis años no pueden trabajar más de seis horas diarias o treinta y cuatro semanales en cualquier clase de trabajo. Esta prohibido además el trabajo de los menores de dieciocho años y de las mujeres en labores insalubres o peligrosas, éstas son definidas por el Código de Trabajo en sus Arts. 106, 107 y 108.

Indemnización por despido injusto, Art. 38 ordinal 11o. La finalidad es mantener estabilidad en el trabajo. Al igual que los principios anteriores se encuentran desarrollados en los Arts. 58 al 60 del Código de Trabajo y plasmado en el Art.

19 de la Carta de Bogotá. Este es el único numeral que de acuerdo a la Comisión Redactora fue objeto de una modificación. "El proyecto sustituyó este derecho por el llamado "de la indemnización universal", que la concede al trabajador o sus beneficiarios cuando se termina su contrato por cualquier causa, dejando a la ley secundaria la forma y demás condiciones de la indemnización. La motivación estuvo fundamentada más en un criterio de seguridad social que en el concepto de reparación de daños, y se estimó que una cuota relativamente reducida de todos los empleadores o patronos podría ser suficiente para cumplir con la obligación consignada siempre que pudiera administrarse en forma global. Desde luego, el legislador secundario deberá apreciar las circunstancias para determinar las modalidades necesarias. Un argumento importante para esta decisión fue el considerar que una norma como la propuesta traería un ambiente de paz social y además armonía entre el capital y el trabajo, ya que, es de todos sabido, que el porcentaje más alto de conflictos laborales se deben a los llamados despidos injustos, que a veces degeneran en serios conflictos colectivos"[1038].

(i. Derecho de formar asociaciones profesionales o sindicatos, Art. 47. Reconocido tanto para los patronos como para los trabajadores privados y los de las instituciones oficiales autónomas. Dichas organizaciones tienen derecho a personalidad jurídica y a ser protegidas en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a su disolución
o suspensión únicamente puede decretarse en los casos determinados por la ley.

En cuanto a la libertad de sindicalización ésta contempla:

a. La libertad de la persona de adherirse o no a un sindicato, y

HMK |¹| Salvador, Asamblea Consiituyenic, Informe Unico, Comisión de Estudio de la Constitución, (Exposición <lc Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 51.

b. La libertad de trabajo para los trabajadores slndicalizados, es decir que puedan encontrar y que no sean despedidos por el solo hecho de estar sindicallzados. Art. 47 relacionado con el Arts. 204 y ss. del Código de Trabajo.

Los sindicatos pueden ser de gremio, de empresa y de industria, Art. 209 C. T. También se pueden sindicalizar los trabajadores del campo, lo cual no está todavía regulado, aun cuando debía de estarlo al tenor de los Arts. 47 inciso 3o y 271 Cn.

7. Derecho a la huelga y al paro. El primero es un derecho de los trabajadores y el segundo de los patronos. Para el ejercicio de estos derechos, dice el Art. 48, no será necesaria la calificación previa, la intención de esta disposición es de acuerdo a la Comisión Redactora de "que la huelga se pueda llevar a cabo sin tener que cumplir con ningún requisito que implique aprobación gubernamental, diligencia administrativa o aceptación patronal. Desde luego, se mantiene la necesidad de una calificación posterior respecto de la legalidad de la huelga, mediante comprobación de que ha sido declarada conforme a disposiciones estatutarias y legales. Para responsabilizar a los trabajadores se establece que los efectos de la calificación se retrotraen al momento en que se inicié la huelga. Pero lo más importante es señalar que en adelante la huelga...no requerirá de requisitos previos independientes de la voluntad de los trabajadores. La existencia de estos requisitos ha determinado que en el pasado las huelgas han sido casi siempre ilegales y de hecho"[1039]. Arts. 527 y 539 C.T.

8. Seguridad social[1040] es un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado por una o varias instituciones debidamente

1039 I il Salvador. Asamblea ('onstit uyente. Informe Unico, Comisión <ie. Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983), cit. p. 51.

1040 La Seguridad Social es el conjunto de medidas adoptadas por la Sociedad y, en primci lugar, por el Estado para gara ni izar a todas las personas tos cuidados médicos necesarios, asi'como los medios económicos de subsistencia, en todos ¡os casos de pérdida o reducción importante de sus ingresos causados por circunstancias no dependientes de ia voluntad.

coordinadas, Art.50. Este servicio se extendió en esta Constitución, a los trabajadores agrícolas y domésticos, Art.45, al considerar la Comisión "que no deberían discriminarse, manteniendo trabajadores de segunda clase a quienes por siempre se les estaría vedando el acceso a la seguridad social"[1041].

En la actualidad únicamente el Instituto Salvadoreño de Seguro Social es quien atiende la seguridad social, y funciona como entidad autónoma con personalidad jurídica. Se financia por medio de contribuciones de los patronos, los trabajadores y el propio Estado. El Seguro Social ha ido paulatinamente cubriendo los riesgos a que está expuesto el trabajador por las causas siguientes: enfermedad y accidente común, accidente de trabajo y enfermedades profesionales, maternidad, invalidez, vejez, muerte y cesantía involuntaria. Comprende a los trabajadores del comercio, la industria, las profesiones liberales, los servicios domésticos y empleados públicos. Lamentablemente, por dificultades técnicas y financieras, la cobertura para los trabajadores del campo se encuentra aún en proyecto.

Banco de los trabajadores. El Estado propiciará su creación, reza el Art. 46, habiendo ya sido creado el primero de los mismos.

2.3. Educación, ciencia **y** *cultura*

2.3.1. ***Noción***

La libertad de enseñanza como el derecho que tiene cualquier individuo, organización o comunidad para impartir conocimientos sistemáticos es un derecho típicamente individual y el cual involucra tres nociones:

I. El derecho de enseñar que existe cuando el hombres está autorizado para transmitir a los demás su ciencia, o sus creencias;

l'i l l Ibíd. p. 73,

2. El derecho de aprender que consiste en que toda persona puede, sujeta a sus actitudes individuales, pretender adquirir la misma instrucción que han alcanzado otros;

3. El derecho de elegir el maestro implica la diversidad de organismos dedicados a la enseñanza y la igualdad de sus prerrogativas.

El derecho a la educación, en cambio, es un derecho social que no tiene relación con la libertad sino que es la posibilidad que se reconoce a todos los individuos para desarrollar sus capacidades físicas e intelectuales; es el derecho al acceso al saber, a la instrucción, y a la formación necesaria en las distintas etapas de la vida, para que la persona pueda lograr su desarrollo y ser útil a la sociedad.

2.3.2. Antecedentes generales

No obstante la importancia decisiva que la educación tiene en el Estado democrático, el reconocimiento del derecho a la educación aparece como una conquista relativamente reciente en la historia de los derechos humanos. "Hasta hace dos siglos había educación para las clases gobernantes, para el sacerdocio, para la aristocracia; pero el pueblo, la plebe, no formaba, propiamente hablando, parte activa de las naciones[1042].

2.3.3. Ordenamientos internacionales

La atención del Derecho internacional a los problemas educativos es un fenómeno reciente. El enfoque antes de la Primera Guerra Mundial era limitado a los tratados bilaterales o multilaterales entre Estados y generalmente relativos a la cooperación a cuestiones de convalidación de estudios y títulos. En 1919 aumentaron los tratados de cooperación internacional sobre todo porque nació en el seno de la Sociedad de las Naciones, el Comité de Cooperación Internacional que es precedente de

1042 Segundo V. I .i na res (.Humana. Tralado de in (¡encía del Derecho (!onsl¡ lucio nal, T IV cil. p. 54-1.

hi que después de la Segunda Guerra Mundial será la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

La Carta de las Naciones Unidas (1945) por su parte, en su Art. 1 establece los propósitos de las Naciones Unidas estatuyendo .en el ordinal 3o. el de "realizar la cooperación internacional de carácter económico, social, cultural o humanitario. El Art. 13.1 letra b determina que corresponde a la Asamblea General la promoción de estudios y recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo. En cuanto al Consejo Económico y Social dispone también la Carta en su Art. 62 que puede hacer o iniciar estudios e informes con respectos a asuntos internacionales de índole económica, social, cultural, educativo, etc. Prevé también la Carta en el Art. 57 la creación de organismos especializados establecidos por acuerdos ¡ntergubernamentales con amplias atribuciones internacionales relativas a asuntos de carácter económico, social, cultural, educativo, etc. Fue en base a esta disposición que se aprobó el Acta Constitutiva de la UNESCO, la cual liene como objetivo "el contribuir al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional promoviéndolas por la educación, la ciencia y la cultura con el fin de fomentar el respeto universal de la justicia, el imperio de la ley, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, de sexo, de lengua o de religión".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce el derecho a la educación, en sus Arts. 12 y 13. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) por su parte, prestó una especial atención los problemas de la educación y la enseñanza. Ya el acápite establece que la Asamblea General proclama "la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en (illa, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto de estos derechos y libertades...". Los Arts. 26 y 27 de dicha Declaración están especialmente referidos a la educación y a la enseñanza y desarrollados en el Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos I conómicos, Sociales y Culturales (1966).

2.3.4. Ordenamiento jurídico sedvadoreno

La Constitución Federal de 1898 garantizaba la libertad de enseñanza y establecía además que era laica, que se debía costear con fondos públicos y la primaria además gratuita y obligatoria. La Constitución Federal de 1921 consagró el mismo principio en su Art. 35.

Esta libertad fue reconocida por primera vez en la Constitución nacional de 1871 en el Título XIX de "Derechos y Deberes Garantizados por la Constitución", artículo 125 que decía " Es libre la enseñanza secundaria y superior, pero estará sujeta a la vigilancia de la autoridad. Esta vigilancia debe extenderse a todos los establecimientos de enseñanza y educación sin excepción alguna. La instrucción primaria en la República es uniforme, gratuita y obligatoria.

Todo individuo puede enseñar y establecer escuelas o colegios, siempre que reúna las condiciones necesarias de ciencia y moralidad. Los alumnos de estos establecimientos serán en todo tiempo admitidos a los grados literarios en la Universidad Nacional sufriendo los exámenes correspondientes".

Cabe hacer notar que dicha libertad era únicamente establecida para la enseñanza secundaria y superior; ya que la primaria era uniforme, gratuita y obligatoria.

Continuaron las sucesivas constituciones contemplando la libertad de enseñanza con algunas variantes. Así para el caso en la Constitución de 1872 establecía en su artículo 42 que "Todos los habitantes de la República eran libres para dar o recibir la instrucción que a bien tengan..."; en la de 1880 se adicionó en el artículo 38 que le correspondía al Poder Ejecutivo la dirección de la enseñanza costeada por la Nación; en la de 1883 se determinó en el artículo 30 que la enseñanza difundida por la Nación era laica; y en la de 1939 se consideró de manera más amplia, siendo importante hacer notar que se plasmó por primera vez. en el artículo 54 en el inciso 5o. la no discriminación alguna para la admisión de los alumnos, a menos que tal distinción se refiriera a los fines especiales del establecimiento. Fue hasta la Constitución de 1950 donde se contemplo por primera vez dentro del Título XI "Régimen de los Derechos Sociales", en el Capítulo III denominado "Cultura", en forma

precisa el derecho a la educación estatuyendo el artículo 199 que "Todos los habitantes de la República tienen el derecho y el deber de recibir la educación básica que lo capacite para desempeñar consciente y eficazmente *su* papel como trabajadores, padres de familia y ciudadanos". Se añadió además en el Art. 200 que "La alfabetización es de interés social".

Nuestra Constitución recoge en la Sección Tercera, del Capítulo II, el Derecho a la Educación y a la Cultura.

1 . En concordancia con el "principio establecido en el Art. 1 del proyecto en el sentido de que la persona humana considerada corno ente social, es el origen y el fin de toda la actividad del Estado, se desarrolla en esta sección el contenido y finalidades de la educación y de la cultura que se consideran derechos inherentes a la persona humana"..."En consecuencia la educación, debe contribuir a la construcción de una sociedad más próspera y justa e inculcar el respeto de los derechos humanos y la observancia de los correspondientes deberes. Esta concepción social de la educación llevó a la Comisión a confirmar el principio de que la finalidad de la misma debe incluir el rechazo a toda intolerancia y de propender al conocimiento e identificación de los salvadoreños con la realidad nacional"[1043]. Dichos fines fueron plasmándose en el Art. 55 inciso 1ro. que dice: "La educación tiene los siguientes fines: lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión espiritual, moral y social; contribuir a la construcción de una sociedad democrática más próspera, justa y humana; inculcar el respeto de los derechos humanos y la observancia de los correspondientes deberes; combatir todo espíritu de intolerancia y de odio; conocer la realidad nacional e identificarse con los valores de la nacionalidad salvadoreña; y propiciar la unidad del pueblo centroamericano".

:* No obstante lo estipulado anteriormente, es decir que la educación debe enmarcarse en los principios mencionados, el inciso segundo

IMI < II Salvador. Asamblea (\ msl iius cnic. Inl'ormr I nico. ('omisión di* Ksludio di*I Proyecto de Constitución. (I-ajíosuaún di* Motivos di* i a (onst ií lición de I 9.S3), til p.

del Art. 55 establece el derecho que tienen los padres para escoger la educación de sus hijos, lo cual no significa, dice la Comisión: "que puedan escoger una que se proponga objetivos opuestos a los enunciados, sino, puedan determinar la clase de institución educativa a la que asistan sus hijos"[1044].

3. Se incluyó además en el artículo 56, la educación parvularia y básica como derecho y deber y en el 57, que la enseñanza que se imparta en los centros educativos oficiales será esencialmente democrática. A este respecto la Comisión Redactora sostuvo: “el término "democrático" no es el más apropiado puesto que no dilucida el problema de la posibilidad de la enseñanza religiosa. La alternativa no es entre enseñanza democrática o antidemocrática. No se concibe que se enseñe contra la democracia en un Estado que proclama un sistema democrático y representativo. Los constituyentes de 1962 simplemente eludieron el problema. La alternativa y la escogencia entre la enseñanza laica y la religiosa"..."La Comisión tomó en cuenta y estuvo perfectamente consciente de que la religión a la que pertenecen la mayoría de los salvadoreños es la religión católica. No obstante lo cual, se decidió por la enseñanza laica en los centros educativos oficiales para mantener el principio de la separación de la Iglesia y el Estado. Estimó la Comisión que concesiones en este campo puede llevar a abusos tales que conviertan a El Salvador en un estado confesional. Se tuvo también en consideración que existen en El Salvador religiones minoritarias, cuyos miembros se han acrecentado en los últimos años y que son ciudadanos salvadoreños que merecen todo respeto y cuyos derechos se verían atropellados de imponerles a sus hijos la enseñanza de una religión que no es la de ellos"..."La enseñanza religiosa, a juicio de la Comisión, es propia del templo y de la iglesia, no de las escuelas del Estado en donde no debe practicarse ni política partidista ni religión alguna"[1045].

1044 Ibíil. p. 52.

1045 Iliíil. p. 51

4. Se consideró además la enseñanza privada muy importante "ya que el Estado no cuenta con todos los recursos necesarios para implementar el programa general de educación, por lo que pueda resultar más económico subvencionar a estas instituciones siempre que no persigan fines de lucro"[1046], por lo que se consignó en el inciso 2do. del Art. 57 que "Los centros de enseñanzas privados estarán sujetos a reglamentación e inspección del Estado y podrán ser subvencionados cuando no tengan fines de lucro".

5. Se garantizó además en el Art. 60, inciso 4, la libertad de cátedra que consiste "en el derecho de quien enseña a exponer, defender o criticar cualquier idea, doctrina o sistema científico, moral, religioso o artístico, utilizando el método o la forma que juzgue más adecuados, dentro de los principios de la Constitución, y respetando el igual derecho de los demás, el orden público, la moral y las buenas costumbres"[1047].

6. Respecto la Educación superior y universitaria, la Comisión "mantuvo los preceptos de las constituciones anteriores relativas a la Universidad de El Salvador, añadiendo únicamente que sus gastos están sujetos a la fiscalización del organismo correspondiente. La Comisión consideró asimismo que la educación superior requiere de la contribución y el auxilio de universidades privadas pero, al mismo tiempo, estimó que no deberían perseguir fines de lucro de manera que sus ingresos sólo puedan utilizarse en las finalidades para las que han sido creadas[1048].

MMí, Ibíd. p. 53.

1[11]17 Segundo V. I .¡nares (Juin tana. Trillado di* la (u-neia del Di-recho ('onslilucional. T. IV. eit. p. 55 1.

¡IMS Ibíd. p. 53.

<;x3

2.4. Salud pública y asistencia social

2.4.1. Noción

La salud es un concepto relativamente moderno. Por muchos años se definía de manera negativa como ausencia de enfermedad, sin embargo, actualmente se dan una serie de definiciones de la misma, siendo la más aceptada la que figura en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades".

2.4.2. Antecedentes generales

El derecho a la salud se manifestó inicialmente por medio de la prestación de servicios de atención a los pobres, a cargo de ciertos órganos de gobierno e instituciones religiosas. Así para el caso, en el siglo IV a. dec. los médicos egipcios remunerados por el Estado atendían a los pobres. En la Era Cristiana la iglesia por su parte, fundó una gran cantidad de hospitales para los pobres, haciéndose posteriormente la municipalidad cargo de este servicio.

En la Edad Media era obligatorio colocar carteles en las casas para alertar a la comunidad sobre casos de peste, lo que demuestra un reconocimiento embrionario del derecho a la protección a la salud. En el siglo XVII en Inglaterra se promulgaron las leyes isabelinas de socorro a los pobres, las cuales reconocían la responsabilidad pública con respecto a los pobres e indigentes y contenían disposiciones relativas a la atención de la salud.

En general se considera que fue hasta la Revolución Industrial donde se dieron leyes que garantizan el derecho a la salud, así lo señala Rosen al expresar que 'del mismo proceso del que surgieron las fábricas, la economía de mercado y las grandes ciudades, surgieron también los

I >i ni liornas de salud que plantearon la necesidad de evitarla enfermedad y proteger la salud[1049].

A fines del siglo XIX y más tarde en el siglo XX, se produjeron varios hechos que impulsaron la sanción de leyes en materia de salud: los progresos de la ciencia, el aumento de los riesgos en la salud que inquirieron la adopción de medidas de carácter social, la creciente interdependencia de todos los sectores de la sociedad, y la expansión i Uíl ámbito de responsabilidad social respecto de la atención de la salud.

2.4.3. Ordenamientos internacionales

El derecho a la salud se reconocía implícitamente por conducto de actividades tradiciones de higiene pública a cargo del Estado e incluso se le había reconocido internacionalmente a partir de 1851 por las Conferencias Sanitarias Internacionales, por la celebración de la Conferencia Sanitaria Panamericana en 1902 por la creación por el
I ratadode Roma, en 1903, déla Oficina Internacional de Higiene Pública.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1‘)48) consagra en su Art. 11 el derecho a la preservación de la salud, I-imbién la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 25.1 que dice "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios .'.ocíales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdidas de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Posteriormente, se crea la Organización Mundial de la Salud, en cuyo preámbulo de su Constitución dice lo siguiente: "El goce del grado máximo de salud que se pueda dar es uno de los derechos lundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión,

lo I[1]) (icnr^e Rosen. A 11 islory o I IMih lie I MI) I'uhliral mil lm\. Nueva Vi >rk,] 95H. p.

ideología política y condición económica o social. El objetivo de la Organización Mundial de la Salud será el logro máximo de salud que se pueda lograr para todos los pueblos".

Cabe agregar que el Pacto de Derechos Económicos y Sociales estipula este derecho en su Art. 12.

2.4.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

En lo que a salud se refiere la Constitución de 1841 establecía en su Art. 62 como objetivo del poder municipal "la conservación, progreso, salubridad, comodidad, y ornato de sus vecindarios...". Se entendía por poder municipal originario el conjunto de vecinos que estuviesen en ejercicio de los derechos de ciudadanos; el poder municipal derivado estaba constituido y era ejercido por el consejo municipal a cuya cabeza se encontraba el Alcalde. El Art. 86 de la Constitución Federal de 1921, por su parte al señalar las atribuciones del Poder Legislativo incluía la 32a. de "crear un Departamento de Sanidad, cuyas órdenes serán directamente transmitidas a todas las autoridades federales y de los Estados". La Constitución de 1939 con sus reformas de 1944, disponía en el apartado 21 del artículo 77 que al decretar anualmente el presupuesto de entradas y gastos de la Administración Pública la Asamblea Nacional debía arreglar las inversiones de las rentas de modo que sean atendidas preferentemente la salubridad, la educación, la administración de justicia y la policía; en el Art. 105, entre los deberes del Poder Ejecutivo establecía el de "mantener la salubridad pública en el país y mejorar las condiciones higiénicas de sus habitantes" ordinal 8o. y de "proteger la maternidad y la infancia, organizando al efecto la institución respectiva" ordinal 10o. En el Título X, que trataba del régimen departamental y local, se encontraba el Art. 140 que permitía que las municipalidades "para llenar su función emitan acuerdos sobre policía, higiene y educación popular". Encontramos, asimismo disposiciones indirectas que coadyuvan a la salud tal como el Art. 50 del Capítulo I, Título V, que se refería a los derechos y garantías y según el cual "procede la expropiación, entre otras causas, para la provisión de agua a ciudades
o pueblos" aun sin indemnización previa. En el mismo Título V, el Capítulo II dedicado a la familia y el trabajo, establecía que la familia, como base fundamental de la nación debe ser protegida especialmente por el

Estado que debe dictar leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para proteger la maternidad y la infancia, Art. 60.

La Constitución de 1945 modificó la de 1886 que había sido restablecida en 1944. En estas Constituciones se introdujo un Título XIV referente también a la familia y al trabajo, reproduciéndose los avances logrados en la de 1939 y ampliándose la intervención estatal para proteger y fomentar la adquisición y conservación de la pequeña propiedad rural y la construcción de viviendas cómodas e higiénicas para la población rural y urbana.

En las constituciones de 1950 y de 1962 se incrementó notablemente el papel del Estado en la vida económica y social. Con respecto a la salud pública y asistencia social, la exposición de motivos de la Constitución de 1950 manifestaba que: "Se establece como una de las obligaciones primordiales del Estado la protección, conservación y restablecimiento de la salud porque se estima ésta como el don más preciado del hombre; la salud de un pueblo constituye la condición indispensable para su progreso y todo Gobierno que propenda a tal fin, llene que procurar mantenerse a la altura de los progresos de la ciencia, para asegurar a sus gobernados el pleno goce de la salud"[1050].

Sus disposiciones sobre la salud son, salvo algunas excepciones, iguales a los de la Constitución de 1983, por lo que se comentarán conjuntamente.

Nuestra Constitución vigente contempla el rubro de la salud pública y de la asistencia social en la sección cuarta del capítulo segundo, que trata de los derechos sociales.

Fue a partir de la Constitución de 1950 que se consideró que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público. En este sentido podríamos decir que al declarar la Constitución' que la salud es un bien público ha querido significar^ que ese estado de_compJeto bienestar físico, mental y social que va más allá de la sola ¿usencia de

lil Salvador. Asamblea (onstituycnlc. Domínenlos Históricos 1950-1951. p. 221

afecciones o enfermedades, como diría la Constitución do la OMS, debo ser disfrutado por todos los habitantes de la República como aspiración de la sociedad salvadoreña. Hay en esto un interés comunitario y no meramente oficial del Estado o particular de los individuos. La sociedad, toda, íntegramente considerada debe propiciar el logro de ese estado de salud, por eso la Constitución dispone en su Art. 65 que "El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento". Ahora bien, en la Ley Fundamental se encuentra otra disposición, el Art. 1 que establece como obligación del Estado el asegurar a ios habitantes de la República, entre otros bienes, la salud. Correlativamente, y visto desde el punto de vista del titular activo de la obligación, un postulado de esta naturaleza implica que la salud es un derecho que se tiene frente al Estado. Aparentemente este concepto do la salud, derecho resulta contrario al anteriormente expuesto de la salud, bien público, porque en este último supuesto tanto el Estado como las personas están obligadas a velar para su conservación y restablecimiento.

Resulta entonces que la salud sería tanto respecto de los habitantes de la República como del Estado, un derecho y un deber a la vez, lo que es inadmisible porque el derecho deja librado su ejercicio a la decisión del titular en tanto que el deber es obligatorio, no es de cumplimiento potestativo.

De ambas disposiciones, de su relación con las demás referentes a la salud, y de lo expresado en la exposición de motivos de la Constitución de 1983 que dice "Dentro de la concepción del Estado que sustenta el proyecto organizado para la consecución de los valores de justicia, seguridad jurídica y bien común, en beneficio de la persona, lo obligan a velar por la salud de los habitantes de la República. La Salud es, a juicio de la Comisión, uno de los factores más determinantes en la consecución de ese bien común que se valora como una de las metas finales de la organización estatal. La persona humana no es un ser abstracto sino viviente, cuyas necesidades primarias son corporales"... En tal sentido, la salud, tanto preventiva como curativa, es parte de los medios que ei Estado debe promover para la realización de sus propios fines. La realidad salvadoreña hace que el Estado tenga que definir y aplicar determinadas políticas de salud' ..."Por eso, el proyecto establece con claridad que la política nacional de salud es determinada,

<■<miliilada y supervisada por el Estado"[1051], se puede concluir que la i iiiisi'ivacion y restablecimiento de la misma son un deber de carácter publico y, por tanto, una función estatal.

Cabe agregar, que se modificó el Art. 65 ampliándose el área de líjelos obligados, dado que la expresión "personas" en nuestro léxico |iindico comprende todo sujeto de derecho. Por lo tanto, abarca no sólo .1 los individuos sino también a las personas jurídicas, tales como instituciones, sociedades y demás. Otro cambio importante en este artículo es la inclusión de un segundo inciso que establece la atribución di'l Estado de determinar, controlar y supervisar la política nacional de •.alud.

De acuerdo con el artículo 66 de la Constitución, al Estado le corresponde proporcionar asistencia gratuita a los enfermos que carecen de recursos y a los habitantes en general cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una rnlermedad transmisible, caso en que los individuos están obligados a someterse al mismo. Lo anterior no obstaculiza que esa promoción y piotección sean hechas o prestadas por entes descentralizados, como iv, el caso del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, o por particulares. I n este último caso corresponde al Estado la función de control y vigilancia.

En cuanto al artículo 67 se amplió el número de carreras relativas a la salud, añadiéndosela paramédicas y la de administración hospitalaria, tai el artículo 68 se incluyeron como miembros del Consejo Superior de ¡Salud Pública, representantes de la profesión química y médica veterinaria. Formalmente se añadió un artículo nuevo, el 69 que obliga al listado a establecer el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios.

Como es posible observar los cambios no son numerosos aunque sí de importancia, y responden en general al proyecto de Constitución
i le 1950 que no fue aceptado en esos puntos por el pleno de los Constituyentes debido a presiones de grupos de intereses.

l'j Salvador. Asamblea (onsnui\cnic. Inhume Inicn, ('omisión de Ksfudio del Proyecto de (onslillición. ([‘Aposición de Mol i\ os de la (‘o ns! i i lición de 1 9X3). cil. p. SI.

CAPITULO XIV

TERRITORIO

1. Noción

La noción jurídica del territorio es bastante compleja; por lo que recurriremos, para entenderla, a su acepción etimológica. Procede de la palabra latina "térra", tierra; y, según otros, del verbo terrere, desterrar, parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio"[1052]. Esta acepción si consideramos el contenido del territorio es muy restringida, puesto que además de la superficie terrestre abarca el subsuelo o profundidad y el espacio aéreo o altura. Esta es la tesis sostenida por Kelsen quien dice que "tanto el ámbito espacial de validez del orden jurídico, como el espacio en el que el Estado ejerce su poder fáctico, poseen tres dimensiones. La validez del orden jurídico o, si se quiere, la eficatia del poder del Estado, se extiende no sólo en longitud y latitud, sino también en altura y profundidad. Los territorios de los distintos Estados no son partes de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra"[1053].

Se ha dicho que es el espacio sobre el cual se desarrollan las relaciones sociales propias de la vida del Estado, constituido por una porción de la superficie terrestre, proyectado hacia el subsuelo y al espacio aéreo, así como el sitio de asiento del grupo humano que integra i'l Estado, como campo de acción del poder político y como ámbito espacial de validez de las normas jurídicas.

Pero el territorio, no es sólo un espacio concebido geométricamente con tres dimensiones y condición necesaria externa, para su existencia, sino que además de acuerdo a Biscaretti, "es el

IOV (iuil[crino ('abanelias, T. VIII, cit. p. 5-I.

id » I **I** I.ms Kelsen. **Teoría (¿enera! del Kslario.** cit. p. 1K2.

elemento que interviene intrínsecamente para constituir el Estado; efectivamente, si el territorio se extiende, el Estado también se engrandece; si disminuye, el Estado se achica, y si, por último, desaparece el territorio, con éste se extingue el Estado"[1054].

Por lo que podemos decir que el territorio es el ámbito espacial de validez dentro del cual el Estado ejerce su poder y cuya significación jurídica se exterioriza "de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado"[1055]

El territorio cumple pues con una función limitante, ya que, salvo excepciones, no puede, el Estado, ejercer su poder fuera de su territorio, constituyendo las fronteras[1056] los límites al mismo y en sentido contrario, dentro del territorio de un Estado ningún otro Estado, ni persona alguna, puede ejercer soberanía.

2. Ordenamiento *jurídico salvadoreño*

La Constitución Federal de 1824 y las reformas de 1835 establecían que el territorio de la República era el mismo que antes comprendía el

J054 V'er Biscaretti di Ruí l'ia. Derecho (Constitucional, ci(. p, J08,

1055 (ieorge Jeliinek. Teoría (íencral del Kslario. Traducido por Fernando de los Rios, Albatros, Huenos Aires. ¡054. p. 295.

1056 Las fronteras pueden ser: a. naiurales si corresponden a líneas trazadas claramente por la misma naturaleza, es decir las basadas en elementos geográficos, como la cresta de una montaña, o la línea divisoria de las aguas etc. Ll derecho internacional ha establecido algunas reglas c< msueludma rias de aplicación general, así por ejemplo, la línea fronteriza en una z.< >na montañosa suele segui r el t razo determinado por la cima más elevada; en un lío navegable está determinada por la línea de más alta y fuerte corriente (llamada talwcg); en cambio, en un río no navegable se fija por la línea media del mismo; en los lagi is l n inte rizos y mares interiores se utiliza la línea media, b. artificiales son establecidas ronvrnrion.ilmenlc entre los listados basándose en elementos técnicos de diversos ra ráete res según los diferentes casos concretos, para el caso: exigencias de seguridad militar, mol iv< >s de unidad étnica o de oportunidad económica, etc.

antiguo Reino de Guatemala, a excepción de la Provincia de Chiapas, Arts. 5 y en cuanto a la demarcación territorial, que ésta se haría por medio de una ley constitucional, con presencia de los datos necesarios, Arts. 7. La de 1898 expresaba que tanto los límites como su división territorial iban a ser determinados por una ley, Art. 9 y que los países integrantes de los Estados Unidos de Centro América, es decir, Honduras, Nicaragua y El Salvador, conservaban sus límites, menos en la parte que le correspondía al Distrito Federal, Art. 10. En la de 1921 comprendía el territorio nacional, el de los tres Estados, es decir Guatemala, El Salvador y Honduras incluyendo sus islas adyacentes, Art. 4.

Las constituciones nacionales de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1885 y 1886, determinaban los límites, dejando la demarcación a una ley secundaria, Arts. 4, 1, 3, 4, 4, 2, 4, 3 y 3, respectivamente.

La de 1939 establecía que los límites iban a ser determinados por una ley basada en lo que tradicional e históricamente han sido reconocidos, Art. 4.

La Constitución de 1945 estableció por primera vez el principio de irreductibilidad del territorio, el cual se circunscribía como comprendido (Mitre el Océano Pacífico y las Repúblicas de Guatemala, Honduras y Nicaragua. Los límites estaban determinados con la República de Guatemala, por el Tratado celebrado entre ambos países el 9 de abril de 1938; con Honduras conforme con la tradición e historia; y con Nicaragua su colindancia era en aguas marítimas.

Reconocía además, al Golfo de Fonseca como bahía histórica o mar cerrado, cuyas aguas pertenecen en proindivisión a las repúblicas de El Salvador, Honduras y Nicaragua.

La Constitución de 1950 regulaba lo relativo al territorio en el Art. 7, cuyo tenor era el siguiente: "El territorio de la República dentro de sus actuales límites, es irreductible; comprende el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas marinas contadas desde la línea de la más baja marea, y abarca el espacio aéreo, el subsuelo y el zócalo continental correspondiente".

"Lo previsto en el inciso anterior, no afecta la libertad de navegación conforme los principios aceptados por el Derecho Internacional".

"El Golfo de Fonseca es una bahía histórica sujeta a un régimen especial".

Dicha disposición constitucional sostuvo:

1. La irreductibilidad del territorio;
2. Suprimió el señalamiento de límites, porque estimó la Comisión Redactora del Anteproyecto que eran "al estilo de una Geografía"[1057].
3. De acuerdo a los redactores del proyecto no elevó a la categoría de precepto constitucional "la demarcación de límites resultante de un tratado, porque éste, de acuerdo a la Comisión, tiene carácter bilateral y obtendría una garantía unilateral excesiva, con el rango constitucional"[1058]. Rebatiendo el punto de vista oficial, Gallardo dice, "es de lamentar, desde el punto de vista jurídico, que no se haya elevado a la categoría de precepto constitucional la demarcación de límites territoriales de la República, so pretexto de que éstos habían sido fijados por medio de un Tratado bilateral, celebrado con algunas de las Naciones vecinas. Sin duda, se señala y consagra la irreductibilidad del territorio nacional actual, pero no debemos perder de vista que el principio del "utis possidetis juris" de 1821, ha sido voluntariamente alterado en varias ocasiones y que, por otra parte, si no con objeto de reclamación alguna, aún están pendiente de resolución definitiva los límites de demarcación con la República de Nicaragua"[1059].

1057 Kl Salvador, Asamblea Constituyente. Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 43.

1058 Ibíd. p. 43.

1059 Ricardo C iallardo. Las Constituciones de Kl Salvador, T. I, cit. p. 123.

4. Dispuso que el territorio de la República comprende el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas marinas contadas desde la línea de la más baja marea, y abarca el espacio aéreo, el subsuelo y el zócalo continental, lo que no afecta la libertad de navegación, conforme los principios aceptados por el Derecho internacional.

   En la exposición de motivos se expresó que "la novedad del artículo gira sobre la extensión del mar territorial hasta doscientas millas"[1060].

   Se señalo como antecedente inmediato, de la extensión de mar territorial, "la zona de no beligerancia proclamada en la Conferencia Interamericana reunida en Panamá con el objeto de coordinar la defensa continental, durante la Segunda Guerra Mundial, con lo cual se adentraron los Estados americanos, con fines de seguridad colectiva, en la formación de un Derecho Internacional americano"[1061].

   Se sostuvo que "las cargas de la defensa debieran compensarse con el uso exclusivo de las aguas y zócalos submarinos correspondientes" , mencionando como ejemplos, los casos de Costa Rica, Perú y Chile, que habían ampliado la zona de soberanía y aprovechamiento.

   Se argumentó además que como era "previsible, la técnica está en vísperas de permitir la explotación del petróleo que puede existir en el zócalo submarino", por lo que, "es justo que de esa riqueza goce el Estado riberano y no un Estado que está al otro lado del globo"[1063].

   Para fundamentar la extensión del mar territorial, expresó la Comisión que no existía regla uniforme en el Derecho Internacional,

I<)(><) líl Salvador, Asamblea Constituyeme. Documentos Históricos 1950-1951. cil. p. 43.

Iilí.l Ibi'd. p. 43.

Htí.2 Ibítl.

IUM IIml.

ya que éste se había ¡do ampliando de acuerdo con los progresos de los medios de defensa desde la costa. "Prueba-elocuente de que no hay uniformidad sobre la anchura del mar territorial, es que no hubo acuerdo en la Comisión nombrada en la Liga de Naciones, para la determinación del mismo"[1064].

No ocultó la Comisión a la Asamblea "que las grandes potencias marítimas han sugerido la inconveniencia de esta ampliación del mar territorial, por creerla atentatoria a la libertad de ios mares, por lo que es seguro que esa medida no sería reconocida por muchos grandes Estados. Sin embargo, es posible que contara con la simpatía de los pequeños países, especialmente de aquellos que tienen puestas sus esperanzas en el mar como fuente de riqueza para mejorar las condiciones económicas de sus habitantes"[1065].

La ampliación se planteó como una doctrina internacional salvadoreña, con vista a la celebración de un tratado interamericano.

Esta medida se calificó como "revolucionaria del Derecho Internacional, alegándose que las renovaciones en el Derecho comenzaron siempre por una ruptura de la tradición y, a veces, por verdaderas aventuras que los hombres de statu quo calificaron de ridiculas, cuando menos"[1066].

5. Declaró que el Golfo de Fonseca es una bahía histórica sujeta a régimen especial. Quedando así a salvo, de conformidad con la Comisión "la tradicional doctrina que El Salvador ha sostenido sobre el condominio del Golfo entre los países limítrofes, doctrina quo triunfó ante la Corte de Cartago. Sin embargo, hasta la fecha, no ha tenido una aceptación decidida por parte de Honduras y Nicaragua"[1067].

ÍOM Ibíd.

Hlfi.S llml.

lOf.f. llml.

l()r.7 llml.

La misma disposición fue reproducida por el Art. 8 de la Constitución de 1962.

Nuestra Constitución vigente regula lo referente al territorio en su Art. 84, cuyo tenor es el siguiente:

"El territorio de la República sobre el cual El Salvador ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible y además de la parte continental, comprende:

El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917 y que además le corresponden, conforme a otra fuentes del Derecho Internacional; igualmente otras islas, islotes y cayos que también le corresponden conforme al derecho internacional.

Las aguas territoriales y en comunidad del Golfo de Fonseca, el cual r:. una bahía histórica con caracteres de mar cerrado, cuyo régimen está i leiorminado por el derecho internacional y por la sentencia mencionada cn <>l inciso anterior.

El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular (i mespondiente; y además, El Salvador ejerce soberanía y jurisdicción M >l >i(> el mar, el subsuelo y el lecho marinos hasta una distancia de 200 mili,i:; marinas contadas desde la línea de más baja marea, todo de i imlinulidad a las regulaciones del derecho internacional.

los limites del territorio nacional son los siguientes:

Al PONIENTE, con la República de Guatemala, de conformidad a l" i",i,ibl('ci(l(i en el Tratado de Límites Territoriales, celebrado en i «11, ii < •! 11, il. i, el 9 de abril de 1938.

Al NURTE, Y AL ORIENTE, en parte con la República de Honduras, i*n 1.1■, ■.redimes delimitadas por el Tratado General de Paz, suscrito en l im.i, l'riu, el 30 de octubre de 1980 En cuanto a las secciones l" in In'ilies de delimitación los límites serán los que se establezcan de

conformidad con el mismo Tratado, o en su caso, conforme a cualquiera de los medios de solución pacífica de las controversias internacionales.

AL ORIENTE, en el resto, con las Repúblicas de Honduras y Nicaragua en las aguas del Golfo de Fonseca.

AL SUR, con el Océano Pacífico".

En la exposición de motivos de esta Carta Magna no aparece nada referente a esta disposición, pero en las versiones taquigráficas de las sesiones plenarias durante las cuales se discutió el proyecto de la Constitución, figura lo siguiente:

"Se inició la discusión haciendo el análisis del anteproyecto sobre el artículo de la Constitución a que se refiere el párrafo primero de esta Acta, Anteproyecto que fue elaborado en base al estudio presentado por la Comisión Técnica Asesora y por los Miembros de la Sección Salvadoreña de la Comisión Mixta de Límites El Salvador-Honduras; así como las modificaciones y observaciones que se hicieron a los distintos anteproyectos elaborados al respecto en sesiones anteriores".

"Las reuniones en las cuales se discutieron los distintos anteproyectos y se hicieron esas observaciones y modificaciones, se celebraron: la primera, el 11 de agosto de 1982; ia segunda el 15 de agosto del corriente año (1983); las dos, con los miembros de la Comisión de la Asamblea Constituyente encargada de preparar el proyecto de la Constitución Política de la República, la tercera con los miembros de la Comisión Política, ei 22 de agosto del corriente año (1983); la cuarta, con los señores Vice-Presidentes de la República, el 28 de septiembre de este año (1983); la quinta reunión, con el Alto Mando Militar; y la sexta, con los miembros de la Comisión Política, el 28 de noviembre anterior (1983)".

"Al hacer el análisis y estudio de ese quinto anteproyecto y lograr un proyecto de artículo constitucional sobre el territorio de la República, que obtuviera el consenso de todos los presentes, se tuvo como fundamento principal la protección y defensa de la integridad territorial de la República y los derechos e intereses nacionales; asimismo se tomó en consideración lo siguiente:

I La documentación relativa a las cuestiones limítrofes entre El Salvador y Honduras;

Los principios jurídicos contenidos en distintas sentencias dictadas, unas por la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional y otras, por la actual Corte Internacional de Justicia;

Las doctrinas jurídicas de laudos arbitrales;

'1. Los principios sobre la materia contenidos en tratados y otros Convenios Internacionales, en resoluciones emanadas de Organismos Internacionales en doctrinas afirmadas por los Expositores del Derecho Internacional;

r> Los artículos relativos a la materia que contienen las Constituciones de Estados Extranjeros y en especial, la de la República de Honduras; y

(i La nota enviada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Honduras, de fecha 23 de noviembre de 1982 y otros oficios cruzados entre los Gobiernos de El Salvador y Honduras.

Igualmente se hicieron consideraciones con respecto a los efectos |urídicos y políticos que puedan surgir en las relaciones entre El Salvador y otros países del área Centroamericana y principalmente con la Hi-pública de Honduras; y después de una amplia discusión se aprobó por unanimidad"[1068].

luí,!, | proyecto fue aprobado por los miembros de la sección salvadoreña de la Comisión Mi vía ile I .imites: Dr. Rene Padilla y Velasco. Dr. .losé David ! vscobar Gal indo, Tte. Cnel. I¿i nc 1 ímilio Ponce, Cnel. Mauricio Daniel Vides (asa nova c Ing. .losé Alberto González

<mi cía. Se hace constaren esa acia que el proyecto fue también conocido y estudiado por l.i (omisión Técnica Asesora del M misterio de Relaciones I :,x\c rio res, cuyos nombres no m *«Misionaron.

3. Composición

El territorio es uno de los elementos constitutivos del Estado, en el que ejerce su soberanía, y también de acuerdo al Art. 84 su jurisdicción. Esta última constituye una novedad, ya que las constituciones anteriores se referían únicamente a la soberanía.

1. Jurisdicción! Esta palabra se forma, de acuerdo a Cabanellas, "de jus y de dicere, aplicar o declarar el Derecho, por lo que se dice, "jurisdictio" o "jure dicendo". A toda jurisdicción va agregado el mando, el imperio, con objeto de que tengan cumplido efecto sus prescripciones; pues sin él serían únicamente fórmulas o disposiciones vanas y sin eficacia las determinaciones de la justicia[1069]. Nuestro Código de Procedimientos Civiles la define como "el poder de administrar justicia conforme a las leyes", Art. 20.

   Podemos decir, que la jurisdicción es la función pública ejercida por el Estado a través de órganos y funcionarios especializados para dirimir o resolver los conflictos o litigios que surgen entre los sujetos cuando el derecho objetivo no se cumple espontáneamente.

2. Soberanía "es absoluta, es un poder supremo que no admite sobre sí ningún otro poder y no puede ser determinada más que por sí misma"[1070]

   La jurisdicción, dice Lovo Castelar, "puede existir independientemente de la soberanía. Así, la facultad de dictar leyes de aplicarlas y de juzgar se puede apreciar como normal en "territorios" o enclaves sin el atributo de la soberanía; se trata de unidades políticas que se encuentran ocupadas, como provincias, protectorados, colonias, Estados que forman parte de federaciones. La limitación que tienen estas entidades es más que una

I()(')'-> (iuilleimo ('ah;mellas. T. V. c il. p. -lh.

107(1 1 :I Salvador. Asamblea ('(m.M il uvente. Informe 1 ' nico, (Comisión de Ksludio del Proyecto de ('onsí ¡I ución (l'Aposición de Mol i vos de la ('onsl il ución de 1 9X3). cil. n. 55.

w

dependencia política; si jurídicamente no gozan de atributo de la soberanía, las decisiones políticas fundamentales les están vedadas, salvo delegación. Naturalmente, el que ejerce soberanía puede ejercer jurisdicción. Tiene el poder de reglamentar y aplicar el derecho en el ámbito territorial que le pertenece. Por otra parte, el sentido de la expresión soberanía es más amplio que el de jurisdicción, puesto que le es inherente la connotación internacional, que confiere al Estado el atributo de actuar como sujeto de derecho internacional público".

Por lo que colegimos, agrega dicho autor "que la razón de haber incorporado en la Constitución, a la par de la soberanía, la categoría jurídica de la jurisdicción, deriva de que actualmente se distinguen y se establecen zonas marítimas (llámense o no territoriales) en las que el Estado ejerce jurisdicción en forma exclusiva, sin disponer de soberanía; estos son los casos de la zona económica exclusiva y de la zona contigua. A la luz de la disposición constitucional de referencia, que se remite al derecho internacional, que establece tal distinción (entre áreas de soberanía y de jurisdicción), esa separación encuentra su justificativo"[1071].

:¡ Irreductible. Ahora bien, el territorio sobre el cual se ejerce jurisdicción y soberanía es irreductible. A pesar de la irreductibilidad pudiera ser factible que se diera la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica en forma unitaria, federal o confederada, tal como lo expresa el Art. 89. En el caso de una forma unitaria, la situación sería especialmente grave, puesto que ella implicaría que desaparecería El Salvador, como Estado, al conformar con otros un nuevo Estado, por lo que desaparecería el territorio al subsumirse en el del naciente Estado. En el caso de lormarse una federación, el territorio del Estado salvadoreño ya no \olo sería ámbito de aplicación de su propio ***orden*** jurídico, sino I.imbién del orden jurídico federal, el que incluso tendría primacía m ibre el nacional.

[11] 'I !«»•.«• Luis I,ovo Castelar. Ll Régimen Constitucional y la Controversia Marítima Ih'inluio-Salvadorcña. Presencia. Cenilec. San Salvador, Año.II, Número 7-8, Octubre r'.V' M;ir/.o de 1W0, p. <)<).

Nuestra Constitución salvaguarda celosamente el carácter de irreductible del territorio de nuestro Estado. Lo proclama tal como lo establecimos anteriormente en su Art. 84 inciso 1ro. Y en concordancia con esta disposición se encuentran las siguientes: El Art. 146 que en su primer inciso establece que no podrán celebrarse
o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se menoscabe la integridad del territorio. El Art. 168 ordinal 2o. que dice que una de las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República es mantener ilesa la integridad del territorio; el Art. 212 que dispone que la Fuerza Armada tiene por misión la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio; y el Art. 248 que prescribe que no podrá reformarse en ningún caso el artículo de la misma que se refiere al territorio.

3.1. Parte continental

La parte continental es la extensión limitada de la superficie sólida y descubierta del territorio. Se encuentra regulado por dos regímenes jurídicos, por una parte el que es susceptible de apropiación privada, garantizando nuestra Constitución la propiedad privada en función social, Art. 103 y por otra parte por los bienes estatales, Art. 104.

3.2. Territorio insular.

Esta integrado por islas, islotes y cayos[1072] que enumera la Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de marzo de 1917[1073].

1072 "Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de éste en pleamar. Art. 121 Convención de Jamaica. Islote es una isla pequeña y deshabitada y cayo es un peñasco o una islita en el mar.

1073 Los gobiernos de Nicaragua y de los Lstados Unidos de América firmaron en 1913 el 'Tratado Chamorro-Weit/el. por medio del cual daba el primero al segundo el derecho de construir un canal por la parte o territorio nicaragüense que escogiera y además le permitía con la finalidad de garantizar la defensa del Canal de Panamá, el establecimiento de una base naval norteamericana en la costa nicaragüense del Golfo de Fonseca. Los informes sobre dicha contratación trascendieron de la esferas oficiales, lo que dio origen a protestas por parte de los gobiernos de LI Salvadory Costa Rica, habiendo el senado

Estas islas son de acuerdo con el Párrafo II, de la Sentencia, denominado "Análisis de la Acción ", "Sobre la Condición Jurídica del Golfo", las de "Meanguera, Conchaguita, Meanguerita, Punta Zacate, Martín Pérez y otros islotes", las cuales fueron mencionadas en el dictamen de una selecta comisión que estudio el caso jurídico del Golfo de Fonseca, aprobado por la Sociedad de Abogados de Honduras y publicado en la revísta Foro Hondureño, y por el geógrafo E. G. Sguier en su obra "Apuntes sobre la América Central"[1074].

También, dice la Constitución, le corresponden igualmente otras islas, islotes y cayos conforme al Derecho Internacional, con el cual se comprende todas las demás que le pertenecen al país, además de las mencionadas en la sentencia de 1917.

3.3. Aguas territoriales y aguas en comunidad del Golfo de Fonseca

Su régimen está determinado tanto por la Sentencia mencionada anteriormente como por el Derecho internacional[1075]

norteamericano rechazado el halado.

Fl 5 de agosto de 1914. ambos países firmaron un nuevo Tcalado Bryan-Chamorro (Fimi liana Chamorro, represéntame de Nicaragua, y William Jennings Bryan, Secretario de listado de la Nación Norteamericana)- sobre las mismas materias. Nuevamente Costa Rica y El Salvador protestaron. Fl gobierno de F'l Salvador alegaba la existencia de un condominio sobre el Golfo de Fonseca. entre Nicaragua, Honduras y él, que impedía a cada uno de ellos contratar sobre las costas y las aguas de dicho Golfo sin el consentimiento de los otros dos: además afirmaba que la construcción naval norteamericana tan cerca del territorio salvadoreño venía a poner en peligro la independencia y seguridad. I ,a Corte de Justicia ('ent mame rica na sentenció el 9 de marzo de 1917 declarando al Golfo de Fonseca como una bahía histórica y la situación de condominio de sus aguas.

11) / l Ver FJ Salvador, *K*l Salvador Honduras, Documentos *y* Doctrinas relacionados con el rrohlcma de Fronteras. Delgado. Fl Salvador. 1985. p. 141-142.

lu/'. I'l presente manual se encontraba listo para enviarse a imprenta cuando la Corte Internacional de Justicia, emitió su sentencia el 11 de septiembre de 1992 sobre la situación limítrofe entre Fl Salvador y Honduras, con ío que quedó delimitado su territorio.

La Sentencia de 1917 determinó que el Golfo de Fonseca era una bahía histórica, con carácter de mar cerrado y que sus aguas se dividían: en territoriales y en comunidad.

1. El Golfo de Fonseca es una bahía cuyo origen histórico de derecho de dominio exclusivo de sus aguas se había venido ejerciendo, primeramente bajo la dominación de España, desde el año 1522, en que fue descubierto e incorporado al patrimonio real de la Corona de Castilla, hasta el año 1821. Después de la independencia de España, durante la época de la República Federal de Centroamérica se mantuvo en proindivisión, no habiéndose dividido el Golfo al disolverse la Federación.

   A raíz del Tratado Bryan Chamorro, El Salvador sostuvo la tesis llamada "Doctrina Meléndez"[1076] en la cual cifraba el carácter territorial de las aguas del Golfo, el condominio de los tres países ribereños y que éste pertenecía a la categoría de las llamadas bahía histórica.

   La Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia del 9 de marzo de 1917 consideró que "durante los tres períodos de la historia política de la América Central, las autoridades representativas, han afirmado por modo evidente el dominio y posesión pacífica en el Gplfo, esto es, sin protesta ni contradicción de nación alguna, ejerciendo actos y dictando leyes para su organización política, y para objetos de policía concernientes a la seguridad nacional y a la observancia de los reglamentos de higiene y fiscales. Una posesión secular, como la del Golfo, sólo ha podido mantenerse con la aquiescencia de la comunidad internacional; y en el caso de que se trata no es que el "consensus gentium" se deduzca de una actitud

11)76 "1 .a caractcri/ación del (¡olio de 1 mscca como bahía histórica lúe iniciada por e! Honor don Salvador Rodrigue/., al iniciarse las prolesias salvadoreñas conira el Tralado liiyan-C'haniorro. I.l I)octor Rodrigue/ uno de los delegados de Id Salvador a la ('i >nlerenda tic Washington Je 1[1])i)7. ha hecln i la exposición de todos esos antecedentes, en una colección de an íeulos sol) re la nía te na i|ue ha publicado bajo el t ít ulo de "Id (iollu de I'onscca cn e I [ )c reeho Piib licu (V ni roa me rica no", cn el t]ue da a su est udio el nonib iv de Doctrina Meléndev. en honor del entonces presidente de su país, don ('arlos Melende/". (arlos José (iuticrrc/. cit. p. 13K.

W

meramente pasiva de las naciones, porque la historia diplomática de ciertas potencias nos revela que desde hace más de medio siglo han venido pretendiendo fundar derechos propios en el Golfo, para fines de política comercial; pero siempre con la base del respeto al dominio y posesión que los Estados han sabido mantener en virtud de su potestad soberana. Esas tendencias, manifestadas en convenciones llevadas a cabo con algunos gobiernos de Centro América, o por tentativas de diversas índole de parte de Agentes de tales potencias, vinieron al fin a concretarse, para poner término a repetidas y peligrosas controversias, en las estipulaciones del Tratado Ciayton-Bulwer, de 19 de abril de mil ochocientos cincuenta"[1077].

Además de la aquiescencia de las demás naciones, la especial configuración geográfica que guarda cuantiosos intereses de vital importancia para la vida económica, comercial, agrícola e industrial de las tres naciones y por último su situación estratégica que permitía a los Estados ribereños defender en él todos sus intereses y prever a la defensa de su independencia y su soberanía, le sirvieron de base a la Corte para deducir “que el Golfo de Fonseca pertenece a la categoría especial de Bahía histórica y es del dominio exclusivo de El Salvador, Honduras y Nicaragua; porque reúne todos los caracteres o condiciones que todos los expositores del Derecho de Gentes, los Institutos Internacionales y los precedentes han establecido sobre el carácter de las aguas territoriales; esto es, una posesión secular o inmemorial con "animo domini", pacífica y continua".

Consideró además la Corte "Que ei carácter jurídico del Golfo de I onseca, está subordinado a otras condiciones de capital importancia que las de una excepción más o menos grande de su capacidad u estrechez de entrada; y en tal sentido es que este
I ribunal lo ha estimado como perteneciente a la categoría de "Bahía histórica", y con caracteres de mar cerrado, fundándose en lo que :.obre aguas territoriales consideró el Laudo Arbitral de la Corte

mi' 1 I11 S;ilv;i<1or-Ilondurjis. cit. pp. 13*.M-4().

Permanente de la Haya de siete de septiembre de mil novecientos diez, y en los comentarios luminoso que le hizo el eminente jurista Doctor Drago"[10'8].

Como consecuencia de ese fallo, el 16 de marzo del mismo año, la Asamblea Legislativa de El Salvador emitió un decreto en cuyo considerando se expresaba "que El Salvador, conjuntamente con Honduras y Nicaragua, posee inmemorial y pacíficamente el Golfo de Fonseca, que siempre se ha considerado, por propios y extraños, en su calidad de dominio marítimo, como patrimonio común de los tres Estados cuyas costas baña aquel seno del territorio centroamericano", lo anterior dio pauta al Artículo 2 que establecía: "Se declara asimismo que El Salvador ha poseído siempre, en comunidad con Honduras y Nicaragua, el mencionado Golfo de Fonseca y que esta posesión inmemorial, pacífica, no puede ser suspensa, interrumpida, ni de ningún modo afectada, por ningún pacto, convenio ni tratado que se celebre con una nación extraña, sin el consentimiento expreso de El Salvador, cuyos derechos sobre el referido Golfo sólo él puede enajenar o afectar".

2. Aguas territoriales y en comunidad. Antes de que se constituyeran entidades independientes, no existió demarcación entre los países adyacentes al Golfo, ni se proporciono posteriormente prueba de que estos estados hayan llevado a cabo una división completa de todas las aguas que circundan al Golfo. Unicamente se invocó el Tratado de Límites entre Nicaragua y Honduras (1900), el cual había demarcado la división de aguas hasta un punto medio entre la Isla del Tigre y Punta Consinguina, quedando el resto de las aguas en estado de indivisión entre Nicaragua y El Salvador, existiendo por tanto entre ellos una comunidad.

   En las aguas territoriales que es la zona de mar hasta un límite de una legua marina, o tres millas marinas que forman el litoral en las costas de tierra firme e islas que le corresponden a cada Estado, en las cuales ejercen un dominio y posesión exclusivo y absoluto, no

1078 Ibíd. pp. I4.S-I4Í,-I4S-14'A

existe comunidad, siendo ésta la zona del mar que va más allá de las tres leguas marinas, en gue se ejerce imperio para fines defensivos y fiscales.

Además de las aguas territoriales no existe la comunidad, "en aquellas aguas contenidas entre islas y promontorios que, por su proximidad entre sí, se empalmen las jurisdicciones de los Estados en las zonas litorales de exclusivo dominio, pues en ese caso las demarcaciones deben ser objeto de un arreglo, conforme a los principios reconocidos del Derecho de Gentes"[1079].

La comunidad que existe en las aguas del Golfo, estimó la Corte que "ha venido existiendo por el uso continuado y pacífico de los Estados ribereños, y la demuestra más evidentemente ese empalme de las jurisdicciones en la zona en que ambos países contendientes han ejercido su imper¡um[l.]...[N]Por lo tanto, es evidente que el ejercicio de jurisdicción en las aguas pro-indiviso, se basa en la naturaleza jurídica del Golfo, que hace que sean comunes, y en la necesidad ingente de proteger y defender los vitales intereses del comercio y demás industrias indispensables para el desarrollo y prosperidad nacionales"[1080].

Al Derecho internacional también se refiere la Constitución, por lo que es pertinente en lo que concierne al golfo caracterizado como bahía histórica de mar cerrado, remitirse a la Convención de Jamaica[1081], en lo referente al régimen y concepto de mar cerrado i > semicerrado contemplado en el Art. 122 que dice: "Para los efectos de esta Convención, por "mar cerrado o semicerrado" se entiende un golfo, cuenca marítima o mar rodeado por dos o más Estados y comunicado con otro mar o el océano por una salida estrecha o compuesta entera o fundamentalmente de los mares territoriales y las zonas económicas exclusivas de dos o más Estados ribereños".

i

I < oiivem ión de las Naciones luidas sobre Derecho de) Mar o-Convención de jamaica
• l<firmada por l'ISalvador el 5 de diciembre de 1984.

3.4. El espacio aéreo

Nuestro Código Civil dispone en su Art. 569 que la propiedad del suelo comprende la del espacio superior dentro de los planos verticales levantados en los linderos de la finca. El Código de Napoleón contenía una disposición con texto similar y es la que ha inspirado la nuestra; y ambos aplican la teoría más antigua que se conoce sobre este tema, formulada por los glosadores, que afirma que la propiedad se extiende por arriba hacia el cielo, y por abajo hasta el centro de la tierra. Sin embargo, las legislaciones modernas, para el caso el Código Civil Alemán dispone que el derecho del propietario de un terreno se extiende al espacio sobre la superficie y al subsuelo; pero agrega que el dueño no puede impedir aquellas intromisiones que se hagan a una altura y profundidad tales que en realidad no tenga él ningún interés para imperdirlas.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1950 las discusiones sobre este particular se han superado en nuestro medio. En lo que respecta al subsuelo, este paso a ser propiedad del Estado, al igual que el régimen de las aguas. Sin embargo, en lo que concierne al espacio aéreo la solución es más compleja, ya que la referida Constitución y la actual únicamente expresan que forma parte del territorio del Estado en el cual éste ejerce jurisdicción y soberanía y la de 1983 ha agregado "todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional".

Para comprender cuáles son esas normas y, en defintiva la condición jurídica del espacio aéreo sobre nuestro territorio, es preciso hacer un poco de historia.

Durante varios milenios y por influjo romanista se atribuía el espacio aéreo, al dueño del suelo, pero desde los inició de la aeronavegación la situación cambió y se establecieron límites en cuanto al espacio aéreo que cubre tanto la propiedad privada como el territorio jurisdiccional del Estado.

Después de la Primera Guerra Mundial, bajo la presión de consideraciones estratégicas y militares los estados adoptaron el régimen de completa y exclusiva soberanía en relación al espacio aóroi i sobre el territorio. Así, la Convención de París sobre Navegación Aérea,

f

de 13 de octubre de 1919 y posteriormente la Convención de Chicago, i le 7 de diciembre de 1944, establecieron el reconocimiento de las partes <:< intratantes de que cada uno de ios estados tenían completa y exclusiva •,< >t leranía en el espacio aéreo situado sobre su territorio y consideraban que éste estaba constituido por las regiones terrestres y las aguas territoriales adyacentes sometidas a su soberanía y jurisdicción.

La Convención de Chicago llevó a la creación de la Organización de Aviación Civil Internacional.

Después de esta Convención la mayoría de asuntos concernientes ,il espacio aéreo se han resuelto por la vía de los tratados bilaterales.

Antes que la exploración dei espacio exterior se iniciase en la segunda parte de la presente centuria, "no había dudas concernientes a l.i .illura ilimitada a la que se extendía la soberanía de los estados. Sin embargo, el primer viaje de un satélite espacial hecho por el hombre planteó la interrogante de si la soberanía estatal se extendía también al iv,pació exterior. Tal proyección hacia el espacio de una particular soberanía territorial, basada en una fracción de la superficie terrestre iv,i,iría totalmente fuera de proporción con la escala del universo y en una notable desproporción con el suelo del referido Estado.

Desde el punto de vista práctico, el número de territorios estatales <|in‘ cruza un satélite espacial, a enorme velocidad, en el curso de su involución alrededor de la tierra, haría toda ¡dea de control territorial ruteramente irreal o irracional. Es realmente el territorio de los Estados i-i i |in\ a consecuencia de la rotación de la tierra, pasa bajo la órbita fija dr nn satélite espacial. Estos hechos astronómicos básicos explican por 111 n[1]11 is estados ocupados en las actividades espaciales, Estados Unidos • Ir América y la disuelta Unión Soviética, entre otros, se han obligado a •i mismo a proporcionar información pública del lanzamiento de objetos es| laciales, pero no a informara los estados sobre cuyo territorio pasarán dii líos objetos, ni menos a solicitarles permiso para lo anterior. Esta) 11 a < tica constituye un ímplicito conocimiento por los estados del 11 ’i)n nn i de libertad que caracteriza al espacio exterior.

I’rse a lo expuesto, la definición del espacio exterior y la i Irin i ilinación de la línea de demarcación entre aquél y el espacio aéreo

están todavía por determinarse. Sin embargo, la falta de definición no afecta los principios del régimen legal aplicable al espacio exterior.

Inicialmente el régimen legal del espacio exterior se estableció mediante resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas principalmente por la Resolución 1962/XVIII "Declaración de los principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y el uso del alto espacio" adoptada el 13 de diciembre de 1963 y la Resolución 1883/XViII adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de octubre de 1963. Estas resoluciones proclamaron el principio de la libertad de la exploración y uso del espacio exterior en conformidad con la ley internacional, sancionaron que el espacio exterior y los cuerpos celestes no son susceptibles de apropiación privada o estatal. Todos estos principios fueron reafirmados y desarrollados por el "Tratado sobre los principios que han de regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celeste", del 27 de enero de 1967. Este tratado aunque no afronta los problemas de la soberanía de los Estados en el espacio exterior o de la fijación de los límites del mismo, ha sido considerado "la piedra miliar del Derecho espacial". Pese a la relevancia del mismo, no hay acuerdo entre los estados donde empieza el alto espacio. Sin embargo, se ha venido configurando una norma internacional consuetudinaria, aceptada por las grandes potencias, según la cual los satélites se mueven en el espacio exterior, que más y más se reconoce como tal cuando está por encima de la órbita más baja en la que un satélite artificial puede mantenerse en vuelo. Y puesto que esta órbita más baja, de conformidad al desarrollo actual de la tecnología espacial, es de una altura vertical entre los 100 y los 160 kilómetros, no hay duda que los geoestacionarios, con su órbita de una altura de alrededor de 35,800 kilómetros, ruedan en el alto espacio.

A pesar, de las múltiples teorías y convenciones que tratan do delimitar hasta donde el espacio aéreo y el exterior no existe concenso, sin embargo el esfuerzo doctrinario contemporáneo se orienta a la unificación del Derecho de altura mediante la coordinación funcional dol Derecho aéreo y el Derecho espacial.

íi.5. El subsuelo

li s definido como la "parte de la corteza terrestre que se encuentra i Inl i.ijo de la tierra labrada, de la inculta y de la edificada" ."Parte profunda iInl icrrono a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los pindios y en donde las leyes consideran estatuido el dominio público, facultando a la autoridad gubernativa para otorgar concesiones n.Un Mas"[1082].

I I subsuelo es también definido por algunos como lo que está duha|() del suelo y éste se refiere a la superficie, a la capas utilízables por uib.ini/aciones, agricultura, etc. Otros lo definen como la capa inmediata i Inl M¡<> de la tierra vegetal y que teóricamente alcanza hasta el centro de la llena Esta conceptualización ha sido criticada ya que se entiende que liay territorio allí donde el Estado puede efectiva y realmente ejercer ai li i:; do soberanía.

A partir de la Constitución de 1950 se ha entendido que nuestro I '.lado ejerce soberanía plena sobre el subsuelo, de igual manera como la r|eiee en relación al suelo. En cambió la Constitución de 1983 ha venido a reconocer que esa soberanía se ejercerá de "conformidad a las MMiulaciones del derecho internacional", Art. 84 inc. 4to. "La verdad es i|iie hasta la fecha el Derecho internacional poco se ha ocupado de este i niii|iononte territorial, pero puede preverse que muchas de las lii'.titiiciimes del Derecho del Mar sean útiles para resolver problemas fieiiiejantes de otras porciones del planeta. Tal sería el caso de la i apandad tecnológica de explotación del subsuelo, al alcance sólo de i ledo:, í/stados, es un fenómeno semejante a la posibilidad de e»| ili ilación del lecho marino más alia del mar territorial"[1083] De i onioimidad al Código Civil las capas inferiores de la superficie I ieitei n‘cen al propietario, Art. 569, el cual quedó tácitamente derogado, a | tai tu de la fecha en que entró en vigencia la Constitución de 1950, ya i|iii' esta nacionalizo el subsuelo.

La Constitución vigente además de reconocer al subsuelo como parte al territorio, establece en su Art. 103 inciso 3ro. que este pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación. Lógicamente, el subsuelo tiene un contenido económico, teniendo el Estado el derecho sobre las materias inorgánicas, mineras y de cualquier otro tipo que se encuentren en las entrañas de la tierra, incluidas las aguas subterráneas, por lo que puede éste de acuerdo a lo que dispongan las leyes especiales sobre materias de minerías, energéticas u otros recursos naturales otorgar concesiones a particulares y por tiempo determinado.

Tanto el suelo como el subsuelo son objeto de la soberanía estatal de conformidad con el Art. 84 en mención, pero la relación jurídica del Estado con el subsuelo es diferente de la del suelo. De aquel el Estado es dueño; en cambio en relación al suelo cabe la posibilidad de que haya propiedad privada, la cual se encuentra limitada por la función social, Art. 103, coexistiendo con bienes estatales de uso público, Art. 571 C.

3.6. La plataforma continental e insular.

Es la prolongación natural del territorio que comprende el lecho, el subsuelo de las zonas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas marinas, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

Cuando el borde exterior del margen continental se extiende más allá de 200 millas marinas, el limite de la plataforma continental no puede exceder bien de 350 millas marinas o bien de 100 millas marinas desde la isóbata de 2,500 metros.

El Estado ribereño ejerce derechos exclusivos de soberanía sobre la plataforma continental para los efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales, Arts. 76 al 78 de la Convención de Jamaica

V

En lo que a nuestra plataforma continental respecta ésta fluctúa ideográficamente entre las 40 y 60 millas marinas, pero pese a su limitación natural puede extenderse hasta las 200 millas marinas que es ni limite mínimo.

1. El mar, el subsuelo y el lecho marino

Las aguas territoriales se componen de:

I Aquas interiores que son aquella masa de aguas situada en el interior de la línea de base[1084] del mar territorial. Abarca las entradas del litoral tales como, bahías, puertos, esteros etc.

I l régimen aplicable es el mismo existente en el territorio terrestre, i > sea, no existe derecho de tránsito para embarcaciones extranjeras sin previa autorización, Art. 8 Convención de Jamaica.

Mar territorial es la zona de mar adyacente a las costas sobre la cual se extiende la soberanía del Estado ribereño, que comprende las aquas, el espacio aéreo suprayacente, el lecho, el subsuelo de ese mar, en el que los buques de cualquier Estado gozan del derecho de paso inocente[1085], Art. 2 Convención de Jamaica. Esta situado entre las aguas interiores y alta mar[1086].

1 [1] ■ I I .i linca de base normal para me di i la anchura del mar lernii mal es la línea de la más marea a lo Iar^o de la cosía. l[:].n los easos en t.|uc existen en la costa prolundas al " 11 liras, escotad u ras. arrecil es. cié lias u oí ros accidentes nata rales puede no aplicarse la lun a ele liase norma! y útil i/arse las líneas de liase rectas. Arts. S, (« 7 (I invención de l.im.uca,

M [1] . , r. i mócente eonsist e en el de fechi > de los IHK| a es de cu,i lij u ie r Isi.ulo de navegar por ■ I mar territorial con el fin de atravesarlo en lorma rapida y continuada, ya sea para diiii'irsc ,i una instalación portuaria o salir de ella, o para cru/ar el mar territorial. l'iMMuicndiide una/una nía rii i nía inte rnacii mal o de un tercer I [:]st ad» > en di

1[1]> I a .illa mar es la zona del ni a r i*< >nti^ua aI mar territorial v la cual está abierta para Indos

Además del mar territorial existen otros dos espacios marítimos:

3. La zona contigua es una franja adyacente al mar territorial, en cual el Estado costero tiene facultades jurisdiccionales para tomar medidas de fiscalización en materias aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria. No puede extenderse más allá de 24 m.m. a partir de la línea de base del mar territorial, Art. 33 Convención de Jamaica. Esta zona contigua se distingue del mar territorial, por cuanto sobre este último se ejerce o puede ejercerse la plenitud de las competencias, esto es, poder de imperio y de soberanía, y por cuanto la zona contigua no se integra al territorio del estado adyacente, sino que se ha creado para servir objetivos de estricta seguridad, medidas de fiscalización y es carente de objetivo económico alguno.

4. La zona económica exclusiva es la masa acuática que se encuentra desde el límite exterior del mar territorial hasta las 200 millas marinas, en la cual el Estado ribereño goza de derechos de soberanía, no de soberanía plena, para los fines de exploración y explotación de los recursos naturales y con respecto a actividades económicas, en general. En dicha zona los terceros Estados gozan de libertad de navegación y sobrevuelo, Art. 55 Convención de Jamaica.

Nuestro Código Civil regula el mar, en el Título III "De los Bienes Nacionales", Art. 574 que dice:

"El mar adyacente, hasta la distancia de un legua marina, medida desde la línea de la más baja marea, es el mar territorial y de dominio nacional; pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera", esta era la corriente más difundida en agüella época, es decir la de dividir el mar adyacente en dos partes: mar territorial de una legua marina o tres millas marinas y zona de seguridad de tres leguas marinas
o sea de nueve millas, lo que nos da un total de 12 millas.

Se participaba de la regla internacional de las tres millas marítimas de mar adyacente, hasta la Constitución de 1950 que la amplia hasta 200

millas marinas. La posición territorialista de la Constitución de 1950 se ha mantenido en las diferentes cónclaves internacionales, pudiendo mencionarse la Conferencia Especializada Interamericana sobre Preservación de los Recursos Naturales, Plataforma Submarina y Aguas del Mar (1956) celebrada en la República Dominicana, las Conferencias de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar realizadas en Ginebra (1958 y 1960), las Declaraciones de Montevideo (1970), de Lima (1970) y Santo Domingo (1972), la Tercera Conferencia de Caracas (1974) y la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que aprobó la Convención sobre Derecho del Mar, de Jamaica (1982).

Esta posición territorialista ha sido sostenida además, por la mayoría de los intérpretes salvadoreños, quienes han considerado que el Art. 7 de la Constitución de 1950 y 8 de la de 1962 determinan la distancia del mar territorial hasta las 200 millas marinas, lo cual esta reforzado por la misma exposición de motivos. Sin embargo una minoría ha sostenido que no se puede hablar de mar territorial, no obstante la apariencia literal, por cuanto el inciso segundo del Art. 7 estableció que la prolongación hasta las 200 millas no afectaba la libertad de navegación conforme los principios aceptados por el Derecho internacional, libertad que es incompatible con la institución del mar territorial, en la cual la soberanía se ejerce de manera casi absoluta, moderada por el paso inofensivo de las naves.

Esa evidente contradicción dice Pacheco "impide calificar a la zona de las 200 millas marinas como mar territorial. Lo que realmente creó el constituyente en 1950 fue una zona económica, lo que se deduce de los mismos antecedentes ya citados, en los que claramente se advierte que el propósito de la ampliación de la soberanía sobre el mar adyacente era p.iia aprovechar las riquezas del mar". Lo anterior ha sido sostenido por (i.ilindo Pohl, quien en la "conferencia que diera en el Seminario sobre
l.i Zona Económica Exclusiva y el Régimen de la pesca, organizada por el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Chile y que tuvo lugar en Iquique entre el 28 y 30 de octubre de 1981, se expresó i i incluyentemente, de la siguiente manera: "En 1950, El Salvador

incorporó a su Constitución la zona económica de sentido exclusivamente económico y de libre navegación[1087]".

Por otra parte, algunos autores entre ellos Lovo Castelar, sostuvieron la tesis de que esa zona de las 200 millas es un marterritorial "suigeneris".

Las diversas interpretaciones llevaron al Constituyente de 1983 a cambiar el texto de la disposición constitucional, en la cual no se sugiere enforma literal que la zona de mar adyacente hasta las 200 millas marinas sea parte del mar territorial, pues no lo limitó, ni estableció la zona económica exclusiva, ni señaló la zona contigua. Lo que hizo fue remitirse al derecho internacional al estatuir "todo de conformidad a las regulaciones del derecho internacional". Esta referencia, dice Lovo Castelar, "patentiza la intención del legislador de conciliar la posición territorialista, que deviene del régimen creado en 1950, al afirmar que tales espacios son parte del territorio, con los preceptos jurídicos internacionales, vale decir con las normas incorporadas en la Convención de Jamaica, concluida en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos del Mar"..."Portanto, se infiere que El Salvadoracepta, en esas 200 millas, la existencia del marterritorial, hasta las 12 millas marinas; de una zona contigua hasta las 24 millas marinas; y de una zona económica y una plataforma continental hasta las 200 millas".

"El punto de fricción entre ambos sistemas consiste en que la Carta Magna afirma que se ejerce soberanía y jurisdicción sobre el mar hasta 200 millas marinas, en tanto que la Convención de Jamaica, en la zona económica exclusiva, es decir, a partir de la milla doceava, únicamente admite derechos de soberanía y jurisdicción en ciertos campos".

"Sin i M i íl >;ircjt>, puesto que la Asamblea Constituyente no ignoraba n'„i ii'i|la de derecho internacional, puede interpretarse que El Salvador, i.....11 ']< 'i i :i< :i< i de su soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas marinas,
,II tu.ii.i conformándose a la normas de la Convención de Jamaica".

'I l Salvador sostiene una noción territorialista aun cuando no menciona la expresión "mar territorial", por eí contenido territorial de la di-,posición. Se reclama una jurisdicción-soberanía hasta las 200 millas malina:., pero al referirse en todo al derecho internacional se crea una 11<)iiia "sui generis" (zona económica con soberanía), que trata de aimoni/ar los dos sistemas"[1088].

Nos adherimos a la posición de la minoría sostenida entre otros por (.alindo Pohl, Pacheco, etc. en el sentido de que no era posible hablar m i()í>o de mar territorial hasta las 200 millas marinas, por cuanto en el mismo Art. 7 se estableció que no sería afectada la libre navegación, leí limen que es incompatible con la soberanía plena que se ejerce en el inai territorial. Por consiguiente, esa Constitución no reformó expresa ni laníamente la disposición del Art. 574 C., ni creo una figura de mar Innlorial sui generis de 200 millas marinas y la de 1983 lo que hizo es irmitir.se al Derecho internacional, por lo que dicha disposición del i .oiliqo Civil continua vigente teniendo El Salvador un mar territorial (lasico de 3 millas marinas contadas desde la línea de la más baja marea, donde ejerce plena soberanía, moderada por el paso inofensivo.

La zona contigua continua extendiéndose hasta la distancia de i natío leguas marinas medidas de la misma manera, Art. 574 C.

Por lo que El Salvador, al ratificar la Convención ele Jamaica podría ampliar su mar territorial hasta las distancia de 12 millas marinas y extender su zona contigua hasta las 24 millas.

En el resto hasta las 200 millas se aplicaría la regla de la zona económica exclusiva y además obtendría las ventajas propias del in jimen de alta mar que contiene la dicha Convención.

La zona internacional de los fondos marinos, por su parte, es definida en el Art. 1 de la Convención de Jamaica como "los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional", está situado entre las líneas exteriores de la plataforma continental de todos los océanos; sus normas no afectan la condición jurídica de las aguas y del espacio aéreo gue se le sobreponen. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1970, por la resolución 2749 (XXV), declaró a la "Zona" como patrimonio común de la humanidad. Este principio se ha recogido en el Art. 136 y en el preámbulo de la Convención de Jamaica, siendo aplicable tanto al área geográfica como a sus recursos, hasta una distancia de 200 millas contadas desde la línea de la más baja marea.

CAPITULO XV

ORGANOS DEL ESTADO SALVADOREÑO

1. La forma del Estado

1.1. La cuestión conceptual

La definición del Estado es una de las menos asequibles, pues uxir.ten, al menos, cuatro diferentes puntos de vista para enfocarlo:

1. Sociológico. Es una asociación de hombres en un territorio determinado y con un poder social coactivo[1089]

2. Jurídico. El Estado viene a ser una comunidad de hombres en un territorio determinado con un poder de mando originario.

3 Jurídico-formal. "El Estado es el centro de imputación de las normas jurídicas". Tesis de la Escuela de Viena, encabezada por Kelsen[1090]

4 Económico. Para quienes consideran que la estructura del Estado está determinada por la forma en que están organizados los factores de la producción, éste viene a ser un instrumento de opresión de la clase capitalista sobre el proletariado y en su versión socialista, es la supresión de la clase capitalista a través de una dictadura del proletariado, paso previo, según esta teoría, para el advenimiento del comunismo. Esta es la tesis marxista[1091].

l()X9(icorge Jellineck considera al lisiado, separadamente desde el punto de vista social y el jurídico. Ileller refuta esta posición diciendo (jue el concepto del Estado debe ser integral y comprender tanto lo jurídico como lo social. Esto implica también una refutación a Kelsen, quién lo identifica con el derecho.

KM) Ver Ilans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, cit. p. 291 y ss.

1091 ”l\>r su esencia de clase, el Estado burgués es la dictadura de clase de los capitalistas sobre los explotados, Se trata de la organización política de cjue la burguesía se vale para subordinar y oprimir a la clase obrera y al campesinado trabajador”..."El Estado socialista es un instrumento necesario en manos de la ciase obrera y de todos los trabajadores para

No es este el lugar para profundizar cuál os el contenido del Estado. Lo cierto es que el fenómeno que lo configura esta ahí. Cualquiera que sea su conformación o inspiración ideológica es una sociedad jurídicamente organizada bajo un poder de mando originario que se ejerce en un territorio determinado y que persigue, desde el punto de vista del sector gobernante o dominante, el bienestar general de la comunidad.

El Estado está estructurado de alguna manera y esa será su forma; también lo está su gobierno; de allí que es necesario distinguir entre las formas de uno y de otro. En el lenguaje común y aun en el culto, inconscientemente a veces, ambos tipos de "formas" suelen confundirse y así, por ejemplo, se dice, indistintamente, Estado democrático y gobierno democrático, cuando en estricto sentido son nociones diferentes. La del Estado se refiere al todo y la del gobierno a uno de sus elementos.

Cuando hablamos de formas del Estado nos referimos a su estructura total, y fundamentalmente, a un problema de relación entre el poder, el ordenamiento jurídico, el territorio y la población. En cambio, por forma de gobierno entenderemos el modo en que se encuentran constituidos los órganos esenciales del mismo y a la manera como están distribuidas, si lo están, las funciones del poder estatal, cuáles son sus relaciones, sus controles y sus límites.

En el segundo caso nos referimos sólo a uno de los elementos del Estado; el gobierno. Como se sabe, la palabra "gobierno" viene de la voz latina "gubernare" y esta, a su vez, del griego "kybernetes" nombre con el que se llamaba al conductor o timonel de un barco. El vocablo latino "gubernare" significa dirigir, pilotar. No resulta extraño que desde hace mucho tiempo se haya usado la metáfora "la nave del Estado". Además de esta primera aproximación semántica, conviene recordar algunas definiciones típicas de gobierno: Es la parte del Estado a la que le corresponde la realización de los fines de aquél y a la que se confiere la

la edificación cié la sociedad socialista y la transición al comunismo". N. (i. Alexandrovy otros. Teoría del listado y del Derecho, versión española de A. Fierro, Grijalbo, México, 1%6. pp. 70-91.

I.H ull,id (lo dirección. Es el ***conjunto de órganos a los que*** ti i-.i il i ii i< >r i; ilmonte les está confiado el ejercicio del poder.

I n parecido sentido, aun cuando con una terminología no muy I un i., i se expresa Bidart Campos, quién dice: "Forma de Estado y forma de i|uliierno no son la misma cosa. El estado se compone de cuatro elenienl(>s que son: población[1092] o elemento humano, territorio o eleiiienl() geográfico, poder, y gobierno"..."La forma de estado afecta al nst.idi i mismo como estructura u organización política. Es la forma del iei limen, que responde ***al modo de*** ejercicio del poder, y a la pregunta de "/.como se manda?". "En cambio, la forma de gobierno es la manera de (injanizar uno de los elementos del estado: el gobierno. Responde I»H t ‘so a la pregunta de "¿quién manda?". Mientras la forma de gobierno se ocupa de los titulares del poder y de la organización y relaciones de los mismos, la forma de estado pone necesariamente en relación a dos elementos del estado; uno de ellos es siempre el poder, y los que entran en i elación con él son la población y el territorio.

I Lil poder en relación con ***la*** población origina tres formas de estado[1093] posibles, todas ellas según sea el modo como el poder so ejerce a través del gobierno en relación con los hombres: lotalitarismo, autoritarismo y democracia. La democracia como lorma de estado es la que respeta la dignidad de la persona humana y de las instituciones, reconociendo sus libertades y derechos.

El poder en relación con el territorio origina dos formas de estado posibles: unitarismo y federalismo. La una centraliza territorialmente al poder; la segunda lo descentraliza territorialmente"[1094].

Nosotros diríamos "pueblo".

lO'M I ín este caso la doctrina con tempo ranea prefiere hablar de sistemas o regímenes políticos. Pues, como se ha dicho es impropio cn este caso, como i hace *el* lenguaje común, hablar por ejemplo de "Estado democrático". \ .a expresión "régimen o sistema político" alude a los rasgos ideológicos, al contexto socioeconómico, al grado de participación popularen el proceso político y al respeto de los derechos humanos.

lo'M (iennan Bidart Campos, T. I.cít. pp. 62-63.

El autor citado sólo desarrolló, dentro de la que hemos llamado "sistemas o regímenes políticos" a la democracia. Los otros términos de la clasificación son "el autoritarismo" y el "totalitarismo". En cuanto al autoritarismo, Loewenstein, en síntesis expone que el concepto de "autoritario" caracteriza una organización política en la cual un único detentador del poder -una sola persona o "dictador", una asamblea, un comité, una junta, un sector social o un partido- monopolizan el poder político sin que les sea posible a los destinatarios del poder una participación real en la formación de la voluntad estatal. El único detentador del poder impone a la comunidad su decisión política fundamental, esto es, la "dicta" a los destinatarios del poder. El término "autoritario" -explica- se refiere más a la estructura gubernamental que al orden social. En general el régimen autoritario -a diferencia del totalitarismo- se satisface con el control político del Estado sin pretender dominar la totalidad de la vida socioeconómica de la comunidad, o determinar su actitud espiritual de acuerdo con su propia imagen. Aclara que la exclusión de los destinatarios del poder de la participación en el proceso político no es incompatible con la existencia de otros órganos estatales como una Asamblea Legislativa o tribunales, junto al supremo detentador del poder. Pero es característico del régimen autoritario que estos órganos separados, o bien están sometidos al control total del único detentador del poder, o en caso de conflicto con éste están obligados a ceder. Un tipo de autoritarismo ha sido el llamado "neopresidencialismo", régimen político característico de Latinoamérica hasta el advenimiento de la actual restauración democrática de la última década, nombre con el cual se alude a un predominio táctico del Organo Ejecutivo sobre los restantes órganos del Estado, y se trata de un modelo para monopolizar la decisión política y su ejecución, sin someterse a controles políticos efectivos, y llevándose a cabo este ejercicio del poder bajo la apariencia de una legitimación democrática. En oposición al autoritarismo, el concepto de totalitarismo hace referencia a todo el orden socioeconómico y moral de la dinámica estatal; el concepto, pues, apunta más a una conformación de la vida que al aparato gubernamental. Pero este régimen aspira a algo mas que a excluir a los destinatarios del poder de su participación legítima en la formación de la voluntad estatal. Su intención es modelar la vida privada, el alma, el espíritu y las costumbres de los destinatarios del poder de acuerdo con una ideología dominante, ideología que se impondrá a aquellos que no se quieran someter libremente a ella, con los diferentes medios del proceso del

poder. Es evidente que un Estado totalitario sólo puede operar por medio de la orden y de la obediencia. El instrumento más importante para imponer la conformidad con los principios ideológicos es el aparato policíaco, omnipresente y omnisciente, que garantiza la seguridad del régimen y acaba con cualquier resistencia potencial. Otro elemento indispensable del ejercicio del dominio es el partido único, que opera no sólo como un voluntario aparato policíaco sobre la base más amplia, sino también como el instrumento que dirigido por el Estado servirá para adoctrinar, coordinar e integrar ideológicamente a la comunidad política.arl Loewenstein, cit. pp. 76-78.

Burdeau expresa su parecer conforme e igualmente enfoca las formas de Estado desde los puntos de vistas: político y jurídico.

1. En cuanto al aspecto político "se considerará la consistencia de la idea de Derecho que representa y sirve el Poder estatal. Todo Poder,...encarna una idea de Derecho, y estas ideas de Derecho, que son, en cierto modo, la ¡dea motriz de la institución estatal, son de naturaleza muy diferente. Corresponden a la adopción como principio rector de la vida social, de cierta filosofía política y social. El Estado debe su forma política a esta concepción que se propone actualizar o cuya realización favorece[11]..."Tendremos así, según e! caso, un Estado liberal, un Estado socialista, un Estado comunista, un Estado corporativo, etc...".

. En relación al jurídico, la distinción "procede de la estructura interna del Poder estatal. Según que este Poder tenga un titular único o que tenga múltiples centros de Poder, tendremos formas de Estado diferentes, que se ordenan tradicionalmente en dos categorías: Estado unitario y Estado compuesto"[1095].

1 1 V r r (icorgcs Iiurdcau. Derecho ('onsliliic¡on;il c Instituciones Políticns. Nacional, Madrid. 19K1, p. 69.

1.2. Formas jurídicas del Estado

Las formas de Estado, desde el punto de vista jurídico, las podemos sintetizar en dos tipos básicos: unitarismo y federalismo.

Según González Casanova, a través de la historia se produce "un doble proceso o movimiento, (que) no sólo no es contradictorio entre sí, sino que responde a un único eje: el impulso histórico, -centrípeto y centrífugo-de la federal¡zac¡ón"..."El movimiento federalizador tiene, pues, una doble vertiente histórica: por una parte, tendió a unir, en el pasado, antiguas y pequeñas comunidades autónomas en forma de grandes Estados soberanos (impulso centrípeto) y, por otra, tiende hoy a distribuir esa alcanzada soberanía estatal entre comunidades autónomas, nuevas y modernas (impulso centrífugo). Si aplicamos a nuestro presente este movimiento histórico, comprobaremos que el impulso centrípeto prosigue y tiende a unir pequeños Estados soberanos en grandes Comunidades (las cuales irán ganando en soberanía lo que los Estados pierdan). Pero también vemos cómo continúa el impulso centrífugo, tendente a evitar que esos super-Estados, o nuevas Comunidades de ámbito semi-continental, reproduzcan la centralización formadora de los Estados y no respeten la autonomía de su poder en el ámbito actual de la Nación histórica"[1096].

Posiblemente, el primero que toma de la física la idea de las fuerzas centrífugas y centrípetas para explicar el fenómeno del unitarismo y del federalismo es Bryce, quién escribió un expresivo párrafo al respecto: "una fuerza mueve a los planetas hacia el sol como centro del sistema; la otra los impulsa a alejarse de él en el espacio. Del mismo modo, en política, podemos llamar fuerza centrípeta a la tendencia que impele a los hombres o agrupaciones de hombres a juntarse en una comunidad organizada y a mantenerse en ella, y fuerza centrífuga a la que hace separarse y dispersarse a los hombres o agrupaciones de hombres"[1097].

1096 A. (.ion/ale/. ('asanova. Teoría del listado y Derecho (onslilm ional. 2a. lis. Viccir.. Barcelona, 1983. pp. 299-300.

1097 James Bryce. "The uclion oí cení npelal and ccniril u^al torces mi política! consli! ul u >n\" St lid Íes i ii 1 lisio ry and J unsprudeuce. (Traducción Ubre). I id. ()\ford l.:niversily. N u<\ ,i

1.2.1. El Estado unitario

Esta forma de Estado es centralizada[1098] y se le conoce también como simple o monolítico. Los poderes políticos fundamentales se hallan concentrados o reunidos en un sólo núcleo de autoridad; o sea que la tendencia centrípeta prevalece sobre la centrífuga. Todos los individuos se encuentran colocados bajo su soberanía, obedecen a una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes.

El Estado unitario puede ser, de acuerdo con García Pelayo, centralizado o descentralizado. "Un Estado Unitario centralizado es aquel en el que toda actividad pública emana del centro y converge hacia él. Se basa, por tanto, exclusivamente, en relaciones de supra y subordinación. Un solo centro de poder -el poder central- tiene el monopolio de creación de normas jurídicas gue valen indistintamente para todo el territorio, al tiempo gue el conjunto de la administración y do la jurisdicción se lleva a cabo por órganos de dicho poder".,.En cambio "un Estado Unitario descentralizado es aquel en el que ciertas entidades territoriales tienen una esfera de competencia que les es propio y que ejercen a través de órganos propios expresión de su voluntad y no a través de agentes del poder central"[1099].

1.2.2. Federalismo

El Estado federal, llamado también compuesto o complejo, es una Inrma descentralizada. Los poderes políticos fundamentales están

York, 1901. T. I. p. 217.

"I'í listado centralizado comporta que todas las normas que integran su ordenamiento lurídico tienen valide/ en la totalidad del territorio del listado; o >ea. que todas sus m urnas tienen la misma eslera de valide/ territorial"..."] in cambio, en el listado descentralizado existen normas cent rales, que son validas para lodo el territorio y normas descentralizadas o locales, que sólo valen para una parte del territorio".] lans Kelsen, IVorúi del Kstado.cU. pp. 214-217.

1[1] >'*'J Manuel (iarcía Pelayo. Derrcho ('onslílmional Comparado, rediciones ("astilla. Madrid, 1%1. pp. 242-243.

distribuidos o repartidos en órdenes gubernativas diferentes, operando el principio de equilibrio entre las tendencias centrípeta o centrífuga. Está formado por la unión de dos o más estados, que pueden estar unidos en relaciones de coordinación, de subordinación o bien, de una combinación de ambas.

Quizás sea más propio hablar de federalismo quede Estado federal, porque la expresión es más amplia y abarca las dos formas principales que el fenómeno de la descentralización del poder en relación con el territorio presenta. Estas formas son: la confederación y el Estado federal. Han existido, existen aún, otras formas de federalismo, de menor importancia; y ellos mismos, la historia y los autores, también señalan que está en formación una especie de nuevo federalismo que arrancando de la integración económica tiende a desembocar en integraciones políticas, las cuales, de alguna manera, asumirán, es lo probable, formas confederativas o federativas, o quizás una mezcla de ambas. Su expresión más acabada es, por ahora, la Comunidad Europea.

En cuanto a la composición de dichos estados Hauriou expresa que: "El Estado compuesto es una colectividad divisible en partes internas, merecedoras por sí mismas de la denominación de Estado, y que se encuentran unidas por un lazo de comunidad; el Estado compuesto es, en suma, un Estado de Estados; si dejamos de lado ciertas formas antiguas, nos encontramos con sus dos aplicaciones principales: la Confederación por una parte, y el Estado federal por la otra"[1100]

Concordando con dicho autor, Kelsen expresa que: "las dos formas fundamentales a las que se pueden reducir todas las llamadas "uniones de Estados" son el Estado federal y la confederación"... Pero advierte que da "al concepto de confederación un sentido más amplio del que generalmente se le atribuye, incluyendo en dicho concepto tanto las "uniones" (en sentido estricto) como las relaciones de protectorado y vasallaje" .

i 100 Ver And re I Iauriou. Derecho (lonsliliu-jonal o Instituciones Políticas. Artel, Harcel» >nji, 19X0, p. 1K7.

1101 llans Kelsen, Teoría (íeneral del Kstado, eil. p. 254.

Coincidiendo con los citados tratadistas, Rousseau expresa: "En su expresión jurídica, el fenómeno federativo es susceptible de modalidades extremadamente variadas, que van desde las formas más mdimentarias (federalismo unionista, que corresponde a las uniones de I stados) hasta las más evolucionadas (federalismo asociativo, que corresponde a las confederaciones de Estados y a los Estados lodorales). Junto a un federalismo institucional, que se desarrolla sobre la base de textos previamente establecidos, existe un federalismo ompírico, surgido espontáneamente de las necesidades sociales, y cuya oxpresión más lograda es el Commonwealth británico, en el que se loaliza un fenómeno de federalismo por segregación (consecuencia de las disimilitudes de una comunidad primitivamente unitaria) al revés de
lo que suele ocurrir en el proceso de realización federativa que, <|oneralmente, se produce por haberse ido agregando las diversas colectividades que lo componen"[1102].

Examinaremos breve y separadamente las formas principales del lodoralismo, lo que no excluye que existan otras de menor relevancia

I H).' ('liarles Rousseau. Derecho internacional Público, Ariel. México, I966,p. 111.

1 Ni' lisias otras lormas jurídicas de lisiado son las simúlenles:

Union ilc estados. Las uniones do oslados son asociaciones de estallos que agmpan dos i olectiviilailes eslalaies bajo el mando de un solo jefe.

limón personal, hslamos en presencia de una unión personal cuando dos reinos se lolocan bajo la dejiendencia de un mismo soberano, pero conservándose ambas comunidades eslalaies independientes y dislmlas. lisie lipo de asociación de estados ha desaparecido en la actualidad,

I linón real.

Tiene lugar cuando dos estados monárquicos tienen un solo Rey, y por esta circunstancia,

< M virtud de un tratado, crean órganos comunes de gobierno. Se trata de una organización política paralela de dos estallos que aleda sobre todo a las relaciones exteriores y conduce .i una unidad de política extranjera.

Al igual que la unión personal exige la identidad tísica del jefe del listado, agrujia sólo a d»>.\ estallos, pero se diferencia en que la real es una unión voluntaria, mientras que la "lia ocurre por las reglas de la sucesión monárquica.

I mondamos algunos lipos históricos de unión real: entre Suecia y Noruega (1815-1905), '-míe Austria y Hungría (1867-19)8) y entre Dinamarca e Islandia (1918-1944).

A. La confederación

Es una asociación de estados, la cual surge, generalmente, por un acuerdo entre varios estados soberanos e independientes que convienen su unión a fin de asegurar su defensa común, pero sin formar un super-Estado con soberanía propia, que se imponga a los otros poderes de los estados miembros, quedando éstos unidos únicamente en cuanto al pacto de confederación, y libres en todo lo restante.

Usualmente la confederación ha sido una organización que se disuelve o que se transforma en Estado federal. Tiene como características:

1. Surge de un pacto o tratado[1104], es decir de un alianza entre estados independientes y soberanos, los gue conservan su soberanía;

2. Cuentan con una organización compuesta por una Dieta, único órgano central, que se encarga de la regulación de los asuntos comunes y sus miembros están sometidos a mandato imperativo.

3. Carece de poder directo sobre la población de los estados confederados, porgue dicho poder recae exclusivamente en los estados miembros;

4. Los estados que la forman retienen los derechos de secesión (separación) y de nulificación (negarse aplicar las decisiones emanadas de los órganos de la confederación).

Han existido muchas confederaciones, desde la Liga Aquea en Grecia y la Confederación de las Ciudades Latinas de las que formó parte Roma, hasta las confederaciones modernas. Las confederaciones de estados han sido históricamente una fase previa a ia federaciones como

1104 " ı odo pacto con lude ral es un insi ru mentó c< >nt ractual respecto de los sujetos de dcrecln > entre los que se íormalr/a y un estantío institucional en relación a la comunidad política que organiza, por lo que resulta difícil. incluso desde el punto de vista formal, disociar completamente este doble aspecto que presenta un mismo acto jurídico", ('liarles Rousseau, cit. p. 117.

Ii i podemos ver en la Confederación de las trece ex-colon¡as inglesas de Norteamérica (1778-1787) que precedieron a la constitución del Estado li'doral de los Estados Unidos de América; la Confederación de los Cantones Suizos que en 1848 se transformó en Estado federal, por la Constitución Suiza del 12 de septiembre de 1848, aunque adoptó el nombre de Confederación Helvética; y la Confederación Germánica de (1815-1866) de la cual formaba parte Austria que fue reemplazada por la Confederación de Alemania del Norte (1867-1871), separada de Austria por el Tratado de Praga; la Confederación de Alemania del Norte, .nimentada por algunos Estados del Sur, se transformó en 1871 en el Imperio Federal Alemán.

B. Estado federal

Es una unión de estados de derecho político interno, investida de soberanía, que forma una unidad política. En otros términos, son i literalmente estados antes soberanos y los cuales aceptan agruparse b. jo una bandera única, abandonando parte de su competencia.

Caraoterísticas del Estado federal son las siguientes:

i Surge de una Constitución;

:■ Posee soberanía, es decir, el poder supremo le corresponde. Tiene órganos con competencia propia, que le convierten en una entidad política superpuesta a la de los estados miembros; éstos participan del poder, pero sólo dentro de los ámbitos y espacios de su circunscripción y en las materias y calidades que la Constitución les .itríbuye;

i I ¡circe su poder sobre toda la población en forma directa, sin perjuicio del poder propio de los estados miembros;

■) : poder lo ejerce en todo el territorio, constituido como unidad, por I.i suma de los territorios de los estados miembros;

'■ I s sujeto de Derecho internacional, con personalidad propia, no siéndolo los estados que lo conforman;

6. Es una unión indisoluble e indestructible. Sus miembros no pueden segregarse, ni resistir las opiniones del gobierno federal[1105]

El Estado federal y la confederación se diferencian en que:

a. El Estado federal surge de una Constitución, la confederación de un pacto o tratado internacional.

b. El Estado federal está formado por el conjunto de estados miembros, los cuales permanecen unidos por los preceptos constitucionales y subordinados a la soberanía del Estado federal, que han creado al unirse. En la confederación, en cambio, no se crea un nuevo Estado, sino que es una mera comunidad.

c. El Estado federal es sujeto de Derecho internacional con personalidad exclusiva, mientras que no lo son los estados que lo conforman. En la confederación, normalmente los estados delegan las relaciones exteriores en la Dieta, pero conservan su personalidad jurídica internacional.

ch. En el Estado federal, la soberanía se ejerce sobre los estados miembros y también sobre sus ciudadanos; la confederación, en cambio, carece de poder directo sobre la población de los estados.

En la actualidad hay varios estados federales, para el caso, en América encontramos a los Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos, la República Federativa del Brasil, la Nación Argentina, Venezuela y Canadá.

1105 liste es un punto de vista jurídico, pero no implica que históricamente una federación no se desintegre, total o parcialmente; fenómeno este último que se dio en la hasta hace poci > tiempo llamada Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y se dio, en mala hora, en Centro América.

C. Organizaciones internacionales

A fin de superar su indigencia, como diría Suárez[1106], los estados M1 asocian, con propósitos diversos, en uniones u organizaciones.

"A partir del final de la primera guerra mundial prolifera la creación I><ir parte de los Estados, en forma convencional, o sea por medio de halados, de entidades u organismos internacionales, los cuales cobran vida propia en el quehacer internacional, al grado de llegar a ser considerados como sujetos de derecho, calificación que estaba rnservada a los Estados. Esto, volvió obsoleta la anterior definición según la cual el Derecho Internacional regía las relaciones recíprocas entre los Hulados. Fue necesario ampliar su área internacional. Por lo cual se le di'line como el conjunto normativo jurídico que rige las relaciones de la comunidad jurídica internacional. Estas organizaciones son, ya lo dije, citaciones de los estados partes en un tratado, llamado a veces Carta
0 como las partes lo prefieran, en el cual aquéllos, mediante las reglas que ellos mismos establecen, constituyen al nuevo sujeto, el cual cobra Independencia respecto de los estados que lo crean, en cuanto a su funcionamiento, pero a la vez, de alguna manera, queda sometido a la liilluoncia de los estados al través de la intervención de los
1 "presentantes de éstos en los órganos de poder de la oi(|anización"..."En el tratado constitutivo los estados, a manera de una Constitución de ¡a cual ellos son el Poder constituyente, crean los óiganos fundamentales y les señalan sus funciones y competencias. Asimismo determinan el fin o fines de la organización; las reglas básicas ilc su funcionamiento; las formas de elección o nombramiento de sus funcionarios; su sistema de financiamiento; sus mecanismos de control y la lorma o manera de crear su propio derecho. La entidad es un sujeto juildico y por tanto, con capacidad, según los casos, para contraer obligaciones y derechos, tanto en relación a los estados partes del halado constitutivo, los cuales se convierten o llegan a ser miembros de

11<»i. "| ,i\ naciones, aun cuando son comunidades perfectas, nunca pueden bastarse a sí mi'.m.is hasta el punto de no necesitarde su mutua ayuda, de su asociación y unión, tanto p.n.i .su mejoramiento y utilidad, como por ra/ón de una necesidad o indigencia moral".
I t.mrism Suárez. I)c I .c^ibus. II. XIX. 5.

la misma, como con los otros estados y organizaciones, así como con los demás sujetos internacionales"[1107]

Esas organizaciones, que en la actualidad forman un gran número, son materia de estudio y de regulación del Derecho internacional, del cual constituyen una parte muy importante. En lo que al Derecho constitucional se refiere sólo deben examinarse para determinar si los estados están habilitados desde su propia normativa fundamental para ser miembros o formar parte del organismo, tomando en cuenta la estructuración jurídica y competencias de éste.

A este efecto, interesa dividir a las organizaciones internacionales entre las que tienen supranacionalidad y las que carecen de ella, que son la gran mayoría.

Estas últimas pueden considerarse en dos niveles:

1. Las que sus resoluciones no son obligatorias, sino que constituyen recomendaciones, las cuales el Estado puede adoptar o no. Respecto de ellas hay unanimidad doctrinaria en que no existen valladares de carácter constitucional para que los estados formen parte de ellas, dado que en ningún momento puede considerarse amenazada su independencia. Ejemplos los encontramos en el Parlamento Centroamericano y la ODECA.

2. Las que sus resoluciones son obligatorias para los miembros, pero deben adoptarse por unanimidad, lo que implica consentimiento del Estado de que se trate. Ejemplo: la decisión del Consejo Económico Centroamericano, Organo del Tratado General de Integración Económica, cuando decide si un asunto deberá determinarse por unanimidad o resuelto por simple mayoría. En este supuesto pueden darse dos situaciones: a. Que la resolución sea compatible con el orden constitucional, caso en que no hay obstáculo para su

1107 Ilt.uumsco Bcnrand (ia!indo. "i·.| l‘arlamenSo Centroamericano. Aspectos de Derecho ¡nicmacional". Iixposición presentada el 20 de octubre de IW(). en la Sociedad de Abobados de Nueva San Salvador, lioícím Año II. Número I. Imprenla I ,a Idea, San Salvador, lebrero IW1 . p. 42.

aplicación por parte del Estado; y b. **Que aquella sea incompatible** con **la** Constitución, situación en la que los órganos del Estado, de acuerdo a la doctrina salvadoreña, deberán abstenerse de cumplirla; pero ello no salva la responsabilidad internacional del Estado.

Entre las que tienen supranacionalidad, la posibilidad de su pertenencia por parte de un Estado dependerá de sí su ordenamiento constitucional lo faculta o no para integrar organismos de tal naturaleza, ral es el caso de El Salvador, Art. 89 Cn.

Los autores distinguen entre supraestatalidad y supranacionalidad, aun cuando para ambos casos la respuesta es la misma. Según el profesor Charles De Visscher "hay supraestatalidad cuando los estados miembros de la organización están ligados por las decisiones adoptadas <;n el seno de sus órganos, aun cuando sean tomadas por mayoría de votos"[1108], y la supranacionalidad existe, de acuerdo al tratadista belga, W. I. Ganshof Van Deer Meersch cuando "los estados miembros pueden abandonar a la organización internacional una parte importante de su ■■oberanía y el poder de la organización puede obligar y ser ejercido directamente sobre las instituciones, los nacionales y los habitantes de los estados miembros"[1109]. Ejemplos de la supraestatalidad los encontramos en el Tratado General de Integración Económica (Centroamericana, suscrito en Managua el 13 de diciembre de 1960, cuyo Ait XXI establece; "que el Consejo Ejecutivo del tratado tomará evoluciones por mayoría de votos del total de sus miembros"; ejemplo

- le supranacionalidad sería la proyectada Comunidad Centroamericana,

i. nyo articulado prevé la conducción y elaboración de políticas legionales por parte del organismo.

I I";; < mus (iénoral do Principas de Droit lnlmiadonal Public. T I. R.(’.A.D.I.. París. 1954. ,ᵣ U.K.

I Un <>i Kuropéinius, Pmilic Bruyanl. Unidlas y Suvy. París, ¡966. P. 37.

1.2.3. Forma jurídica del Estado salvadoreño

A. El pasado

En otro lugar hemos sostenido: "Durante el período colonial El Salvador formó parte de la Capitanía General de Guatemala que a su vez era parte del Virreinato de Nueva España, con capital en México, y comprendía los territorios de lo que ahora son Chiapas (México), Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica"..."El movimiento de independencia se inició el 15 de septiembre de 1821 por medio de un "Acta suscrita por las altas autoridades de la Capitanía y del Clero y por los Diputados Provinciales de Guatemala ante las Cortes de Cádiz". "Esa declaración fue confirmada por los Ayuntamientos de todas las Provincias de Centro América en forma de cabildos abiertos y por el Acta de julio de 1824 que proclamó la Independencia con carácter absoluto, no solo en cuanto a España, sino también con respecto a cualquier otra potencia. El proceso terminó con la emisión de la primera Constitución Federal en 1824 por medio de la cual se constituyó la Federación Centroamericana integrada por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. La Federación se disolvió en 1838 y se trató inútilmente de restablecerla en 1898 y 1921 "..."El Salvador comienza su vida independiente después de disuelta la Federación Centroamericana, con su Constitución de 1841[1,1110]

Es decir, que, nosotros hemos formado parte durante tres ocasiones de un Estado federal. La primera vez, por Decreto del 4 de octubre de 1824, los "Representantes del pueblo de Centro América, congregados en Asamblea Nacional Constituyente", se declararon en sesión permanente y con fecha 22 de noviembre del mismo año, promulgaron la Constitución Federal de Centro-América, la cual en su artículo 1ro. establecía que "El pueblo de la República Federal de Centroamérica es soberano e independiente" y en su artículo 6 quo estaba conformada por cinco Estados que eran: Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala. Agregaba dicho artículo que la Provincia de Chiapas, que se había independizado antes y anexado a

1110 Francisco Bcrirand («alindo. Kl Di-riclio a la Salud cn las Ameritas. cit.. p. 220.

Móxico, se tendría por Estado en la Federación cuando libremente se uniera. En las reformas de 1835, del 13 de febrero y las cuales nunca «Mitraron en vigor, se continuó manteniendo la República Federal de Oontroamérica. Esta fue disuelta por e! Congreso Federal, por Decreto del 30 de mayo de 1838, el cual dejó en libertad a los estados federados do constituirse según sus intereses. Nicaragua ya había roto con el lazo loderal el *4* de diciembre de 1837. Los otros Estados lo hicieron para acatar el Decreto antes mencionado.

La segunda Constitución federal fue promulgada el 27 de agosto de en Managua, Estado de Nicaragua, y comprendía a los Estados d(' Honduras, Nicaragua y El Salvador. Estos formaron una federación que se denominó Estados Unidos de Centro América. Esta Unión duró Unicamente trece días y terminó al estallar en El Salvador una revolución que impuso como mandatario al Gral. Tomás Regalado, cuya primera medida gubernamental fue la de declarar que El Salvador "reasumía sus alributos en Nación soberana e independiente"[1111].

La tercera Constitución política de la República Federal de <w'iitroamérica fue emitida el 9 de septiembre de 1921 y promulgada en l (H)ucigalpa, Estado de Honduras, donde Guatemala, Honduras y El Salvador, constituyeron una Federación soberana e independiente a la cual denominaron República de Centroamérica y que fue disuelta en

B. El presente

Por ahora, la forma de nuestro Estado es unitaria, lo que está consignado en el Art. 83 que establece que El Salvador es un Estado •.nhorano y en el 84 que estatuye que El Salvador ejerce jurisdicción y M ibnranía sobre su territorio que es irreductible.

La anterior aseveración se ve reafirmada al examinar la organización del gobierno, que si bien es diferente al de la forma de Estado, nos sirve

l i l i Ver Ricardo (iallardo. Las Constituciones de la República Federal de ('.entroainérica, i ji., p. 4SK.

para dilucidar si prevalece el principio federalista o el unitarista; es decir, de ese examen, se puede fácilmente concluir que las competencias y funciones de todos los órganos del gobierno que tienen categoría de constitucionales, como los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, la Corte de Cuentas y el Tribunal Supremo Electoral, tienen un alcance para todo el territorio del Estado. Los gobiernos que administran los departamentos no tienen autonomía y sus jefes, los gobernadores, son nombrados por el Organo Ejecutivo y por esencia, representan al Presidente de la República.

Por otra parte, esos departamentos se dividen en Municipios, los que están regidos por Concejos formados por un Alcalde, un Síndico y dos o más Regidores, los cuales si bien son autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo, sólo tienen facultades legislativas para el territorio meramente local, pero limitadas por una ley, entre otras, de aplicación nacional, que es el Código Municipal. Cabe anotar que la Constitución de 1983 introdujo una serie de avances en cuanto a la autonomía municipal, tratando de contribuir a la solución de los problemas de cada localidad, especialmente en lo referente a la posibilidad de establecer sus propios sistemas fiscales, aun cuando éstos serían limitados dentro de parámetros que una ley general señalará. Pero ese grado de autonomía, por amplio que sea, no llega a ser tal que rompa el principio del unitarismo del Estado, aunque el grado de descentralización por región es mucho mayor que el permitido por constituciones anteriores. En la práctica, hasta el momento, la situación es idéntica, más las posibilidades legales están abiertas; el futuro dependerá en mucho de las actitudes del gobierno central, pero sobretodo de la de los propios vecinos de cada localidad.

También y esto viene desde 1950, existe la posibilidad de descentralizar la administración a través de los servicios, que en ciertos casos, pueden ser prestados por instituciones oficiales autónomas, lo que está previsto en el Art. 110, inc. 4o. que establece que el Estado puede centralizar o prestar por medio de dichas instituciones los servicios de correos y telecomunicaciones, así como otros servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan; tales son los casos

i le i l l 'A, CEL, ANDA[1112]. Debe recordarse que el Art. 61 establece la iln'ii fiitiiili/'ación del servicio estatal de la educación superior, t mi ili. ii ii Instila a la Universidad de El Salvador, la que junto con otras que |iiii'd,i fundar el Estado, gozan de autonomía en los aspectos docentes, udmmi:,irativo y económico. Pero, todos estos casos de ilum <'iiti;ilinación no ilegan a conformar unidades estatales y por lo luniii, ni las entidades autónomas o semiautónomas, ni las iji ihi'in.iciones, ni los municipios, rompen el principio de que El Salvador ni, un l ;;tado *unitario.*

('. FJfuturo

l l conflicto entre El Salvador y Honduras ha sido felizmente >iii|iri.i(li) y ambas naciones han suscrito y ratificado un tratado de paz 1 1 \ ii ■ | >i i >| lorciona las formas o métodos de solución a las diferencias que ii. mi.iii entre ellas. El problema de la delimitación fronteriza también ya luí' ie:,ii(?ltó al emitir la Corte Internacional de Justicia de la Haya, su iiinieiicia el 11 de septiembre de 1992.

l'MI otra parte, el proceso de integración de Centroamérica se ve vtlnII.i facilitado por la transformación política, económica y social MI muda en Nicaragua, cuyo sistema era hasta hace poco, en algunos d-,| II -i i< is, diferente al de los otros países del área. Su anterior adhesión v l, i/i i?, de solidaridad con la hasta hace poco llamada Unión Soviética 1 1 >iiti.i;.taba con el status existente en Centroamérica.

l l i ' I .i Asamblea Legislativa que finali/ó sus funciones el 31 de abril de 199], acordó por i n. i Y< i ii' i reformar el inciso 4lo del Arl. 110 de la siguiente manera: "1:1 Hstado podrá n mi.ii a su caryo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, I«r. '.f.mdolns directamente. por medio de instituciones oficiales autónomas o de los M ni mi ipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por « nipn sas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de i.Hilormidad con tratados o convenios internacionales; las empresas salvadoreñas de .i i MI ms públicos tendrán su cent ro de 1 raba i o y bases de operaciones en El Salvador", í'.n.i que este acuerdo constituya una reforma que entre cn vigor, se necesita la i it il u ación de los dos tercios de los Diputados del presente ('ongreso, quienes a la fecha n*» l.i han ratificado.

Las circunstancias de pobreza, la escasez de recursos y la sobrepoblación, entre otros factores, vuelven imperativo propiciar la revisión y renovación del proceso integracionista.

El destino final podría ser una comunidad político-económica, al estilo de la europea, prevista en nuestra Constitución en su Art. 89. La capacidad de conducción política de los gobernantes, la influencia, positiva o negativa, de las potencias involucradas y la propia sensatez o insensatez de los pueblos, dirán la última palabra.

1.3. Formas políticas del Estado

1.3.1. Tipología

Estas, según lo indicamos, ponen en relación al poder del Estado con el conjunto de sus nacionales o miembros, o sea su elemento personal, es decir el pueblo.

Si el poder estatal reside en un solo órgano, sea unipersonal, de comité o de partido, o sí esas garantías no existen, el Estado será autoritario.

Si por el contrario, el poder está distribuido en varios órganos, reside en el pueblo y hay un régimen de derechos fundamentales y garantías, la forma del Estado será democrática.

La democracia se ha tomado en un término ambiguo y relativo, pues es muy raro que los gobernantes de un Estado sean tan sinceros -o tan cínicos- para reconocer que su régimen político no es democrático. En la antigüedad se entendió a la democracia como una forma de gobierno, pero con una perspectiva meramente numérica o forma). Algunos atienden a la igualdad en la participación electoral para calificar a un sistema en democrático, o de antidemocrático o al grado de participación popular en el proceso político. Otras atienden al rechazo de privilegios basados en el linaje, raza, etc. Se da importancia también a la adecuada relación entre el gobierno y el pueblo. Así mismo se toma en cuenta la ausencia de amplias diferencias económicas. Hay autores que integran varias de estas perspectivas. Un ejemplo sería Pablo Lucas

Verdú, quien manifesta que la democracia "Es un régimen político que institucionaliza la participación de todo el pueblo en la organización y ejercicio *del* poder político mediante la intercomunicación y diálogo permanente entre gobernantes y gobernados y el respeto de los derechos y libertades fundamentales dentro de una justa estructura ni icio-económica"[1113]

Como es natural la constatación de sí un sistema político es democrático o no lo es, no toma en cuenta únicamente elementos liuníales cual sería el caso de la normativa constitucional, sino que lundamentalmente se basa en comprobación de realidades ■.i icio políticas.

1.3.2. Forma política del Estado salvadoreño

Los autores que citamos al principio, Bidart Campos y Burdeau, si bien (>n el fondo coinciden, se separan en cuanto a que el primero entiende que la forma política del Estado se limita a su estructura en i ii.mto se relaciona el poder con la población; pero, el segundo va más lilla e indaga sobre cuál es la estructura socio-económica del Estado.

I n el fondo esa diferencia de enfoque obedece a que el Estado, i orno dice Duverger, tiene, al igual que el mitológico Dios Jano, dos i iii.in política una, económica la otra.

I'or ello estudiaremos este tema en dos apartados; uno que lldin.iiemos forma política en estricto sentido y otro que denominaremos liurna:;(icio-política.

(:i uno introducción común a ambas formas, cabe recordar que los |iin<etoN de la independencia centroamericana se inspiraron en las di ii ti m.is liberales anglosajonas y francesas y en la aplicación que éstas liivii'ion en España a raíz de la invasión napoleónica, que impuso una
• iiir.litiición, la de'Bayona (1808), sustituida posteriormente por la de i IUII,', del 19 de marzo de 1812.

H M < uf.o ilr Dcrcclio Político, V. II, cit. p. 242.

El Estado liberal surge al final de la Edad Media, mas bien sustituye al sistema medieval, que había agotado sus posibilidades. "Es una reacción intelectual contra el dogmatismo y el férreo control del pensamiento que se ejerció en el medioevo. Es una reacción política contra el absolutismo del Papa, de los Emperadores y de los reyes; y es una reacción económica contra el monopolio de las corporaciones y de los señores feudales"[1114].

El Estado salvadoreño, tanto como miembro de las federaciones (1821-1838-1898 y 1921-1922), como en forma independiente, nace y se desarrolla constitucionalmente hasta 1939 bajo el signo del liberalismo[1115].

A. Forma política "strictu sensu"

La forma política del Estado salvadoreño desde la óptica constitucional es claramente democrática. Esto significa que es voluntad del pueblo y de sus representantes en la Constituyente, que El Salvador sea, en lo político, una democracia liberal[1116]

1114 Francisco Bertrand (ialindo. MI listado Liberal de Derecho. publicado en KI Kslailn Democrático de Derecho en KI Salvador. por Instituto de Lstudios Jurídicos de LI Salvador. La Pirámide. San Salvador. 1990. p. 8.

1115 Habrá que tener en cuenta que ese liberalismo constitucional no se reflejó quizás nunca de una manera completa ni en la práctica ni en la legislación secundaria, pues durante todo el siglo pasado hasta más o menos 1904 coexistieron con las instituciones liberales de la Constitución y de algunas que fueron desarrolladas en leyes secundarias, formas jurídicas venidas del coloniaje y de tas comunidades indígenas. Además, las guerras intestinas, los golpes de I istado. los al ropellos a ios derechos fundamentales, la falta dr libertad política, fueron el signo de nuestra realidad nacional que se proyecta lamentablemente hasta el presente.

1116 Usté "deber ser" puede o no coincidir con la realidad social. Para determinar la realidad de la forma del listado, desde el punto de vista de la ciencia política, lo que ha de hacrr.c es una investigación propia de la sociología y la política, usando los métodos correspondientes. Puede resultar entonces que un listado cuya forma polílica. según si» (.'onstitucion sea democrática. en la práctica, en el terreno de los hechos, resulte sci una tiranía.
1in general, I< >s autores consideran que un régimen polít ico es democrático no sóli i cuando su (ionst i lucí ón establece una declaración en tal sentido, sino cuando se inn irpoi ₐₙ i ₙ el sistema político determinados valores que configuran una verdadera dcmorrai ₗₐ. no

Normativamente El Salvador está diseñado para generar un Estado de Derecho democrático. Para verificar esto es necesario examinar si i'xli.lon una serie de supuestos que la ciencia política enseña como piopios de tal forma de Estado

Estos supuestos los contiene nuestra Constitución y son:

l El Art. 83 hace una declaración solemne de que la soberanía reside en el pueblo, lo que es la piedra angular de un sistema democrático.

El Art. 86 estatuye que los órganos del Estado ejercen independientemente sus respectivas atribuciones y competencias.

:i Ese mismo articulado establece la indelegabilidad y la limitación de los poderes atribuidos a los órganos públicos, lo que no se contrapone a la obligación que tienen de colaborar entre sí.

■i El Art. 85 estatuye el pluralismo político, que excluye o tiende a evitar la dictadura de partido. Ello está reforzado por el inciso 2do. del artículo 79 que establece la representación proporcional para las (‘lecciones de diputados.

Valdría la pena extender este sistema a los Consejos.

l'.i'.iiindo, desde luego. i us 1 exios simplemente de cía ral ¡vos. sino su ele el iva vigencia, no <n el sentido jurídico de la palabra, sino de efectividad en la práctica. Así. por ejemplo, Inglaterra, que es una monarquía, es, sin embargo, una democracia, sin que los principios 11 elementos de la misma estén, sal vi > algunas excepciones, declarados en textos escritos; mi elicacia depende de la convicción, tanto de gobernantes como gobernados, de que los v.llores democráticos forman fiarte de la vida social inglesa. Iín cambio, otros estados, <*.jovialmente en Latinoamérica. Africa y Asia, así como en el mundo socialista, no \ oilan en emitir textos que configu ran las democracias, pe ro que muchas veces encubren M-j'imencs autoritarios, de partido único, con violaciones flagrantes de las garantías individuales, etc. A esle sistema poKtico ios autores, especialmente los europeos y n« n Hame rica nos. le suelen llamar scudoconsi n ucionalismt >. 1 :.l Salvador no escapa a esta ¹ l.imlieación y en general, con escasos interludios democráticos, ha mediado una enorme l -1 < < ha cnt re el ser y el deber ser con si it ucional. Nucst rus textos constitucionales han

* ■ HiMderado siempre los principios denv >erál ;c< >s y republicanos, unos con mayor acierto i< < meo que oíros, pero invariablemente inspirados en las generosas ideas de libertad, p'u ddud y fraternidad. L amentablemente, la realidad ha sido muy distinta

5. Existen disposiciones que consignan las reglas universalmente aceptadas sobre el voto democrático: periodicidad de las elecciones, honestidad de las mismas y voto directo, igualitario, libre y secreto.

6. Existe un sistema de controles que operan tanto intra como interorgánicamente.

7. Están previstos medios de defensa de la constitucionalidad, tales como las acciones de inconstitucionaiidad de las leyes y normas de carácter general, el hábeas corpus y el amparo. Existen además, el derecho de petición y la inaplicabiiidad de la ley inconstitucional por parte de los jueces en los casos sujetos a su decisión.

8. Constitucionalmente está establecida la acción de lo contencioso administrativo para velar por el mantenimiento de la legalidad por parte de la Administración Pública.

9. Existe un título en la Constitución, el II, dividido en dos capítulos: El primero destinado a los derechos individuales basados en la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica y la propiedad; y el segundo consagrado a los derechos sociales. Es decir que, además de las limitaciones intrínsecas a las competencias de los órganos públicos, existe la que nace de las esferas de libertad de los gobernados, tanto individual como socialmente considerados.

10. Existe un cuerpo de jueces, que conforman uno de los órganos fundamentales, el Judicial, quienes gozan de independencia y dictan fallos, revisables, con el objeto de resolver los casos de conflictos entre particulares y de aplicación del poder punitivo del Estado; asi como, los conflictos entre éste y sus entes paralelos y los particulares.

B. Forma socio-política

a. *La época liberal*

Durante lo que hemos llamado, en la forma política, época liberal, privó también, al menos en la concepción constitucional, la misma doctrina en lo económico y social.

"El pensamiento económico liberal parte, al igual que el político, de l.i premisa que el hombre, la persona humana, es preeminente en lalación a la sociedad y a su expresión jurídica: El Estado; confía también un la decisión y la iniciativa individuales"..."Sus principales postulados Mili."

"La libre iniciativa individual, conocida también como libre empresa. I sto es que cada quien siguiendo su propio interés y las señales del mercado, es el mejor juez de su comportamiento económico".

"El Estado liberal no cree que los gobernantes, aun cuando, evuutualmente, sean técnicos en economía y administración, puedan Mislituir con éxito a los empresarios individuales y en todo caso, si hubiese error en sus decisiones los efectos serían de menor magnitud, precisamente por ser individuales. En cambio los del Estado, por ser de iilc.-ince colectivo, tienen un impacto muchísimo mayor".

"La regulación de los precios por el mercado libre. Que se b. i:;.mienta en la ley económica de la oferta y la demanda. (unsiguientemente, el Estado liberal rechaza la fijación de precios de los lili •nes y de los salarios por parte del Estado. Piensa que difícilmente éste I I mocerá el verdadero valor de unos y de otros; lo más probable es que ■.<• equivoque fijándolos por abajo o por encima de su valor real; lo Iminoro será injusto para el productor o el trabajador, y lo segundo lo M'i,i para el consumidor o el empresario, pero en uno y otro caso, el piiiceso económico sufrirá distorsión, e incluso puede fomentar la i li",inversión o la falta de oferta de fuerza laboral".

"La libre y leal competencia. Que impide el abuso de la ley de oferta y demanda, evitando la concentración de capital y explotación, así como establece un equilibrio económico saludable para todos".

"Propiedad privada. Esta institución es básica en el Estado liberal democrático. Se considera que es natural que todo individuo desee ser dueño de lo que produce o gana y que ese fruto le sea garantizado. Es por esta parte, el justo premio al ahorro, al esfuerzo productivo y a la habilidad. La propiedad además genera independencia individual".

"Para que los anteriores postulados puedan cumplirse es necesario que el Estado se abstenga de intervenir en la cuestión económica y social, dejando que sean los propios interesados a través de acuerdos y negociaciones los que encuentren las soluciones pertinentes".

"La función del Estado se limita a lo esencial: la defensa y seguridad interior, la salud y obra pública y la educación básica. En lo económico se limita a fijar y señalar con claridad las reglas del juego las cuales deben asegurar una competencia leal y moral y expresar las leyes que regulan la economía. El Estado vigila el cumplimiento de esas reglas, pero no participa en el proceso económico. Es árbitro, no jugador"[1117].

b. El intervencionismo de Estado

Esa trayectoria liberal cambia en la Constitución del año 1939, cuando, aunque moderadamente, se le asignan por vez primera al Estado roles participativos en la cuestión económica-social.

En 1944, a raíz de movimientos insurrecionales, el entonces Presidente de la República, Gral. Maximiliano Hernández Martínez, renuncia y deposita la presidencia en su Ministro de Defensa, Gral. Andrés Ignacio Menéndez, quién convoca a los tres Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), los que conjuntamente emiten un decreto de 11 de julio de ese mismo año, restableciendo la Constitución

1117 Francisco Ucrtrand (ialindn. El Estado l.ihend de Derecho, cil. p. 12.

de lt¡86 (liberal), mientras se realizaban elecciones constituyentes a Hi'clo de elaborar una nueva Constitución.

Por presión militar, el Gral. Menéndez, el 21 de octubre de ese año, M'nuncia y es electo por la Asamblea Legislativa, con violación de la i .1 institución, el entonces Director General de Policía, Cnel. Osmín A>|ilirre y Salinas, quién era a la vez Tercer Designado a la Presidencia. I I Primer Designado, que era el Presidente de la Corte Suprema, Dr. Miguel Tomás Molina, y a quien correspondía suceder al renunciante, sale del país e instala en Guatemala un gobierno en exilio.

Lo anterior produce un período de incertidumbre, de terror y de guerra civil.

La tempestad hace calma aparentemente al decretarse una nueva Constitución, que era básicamente la de 1886 (liberal), pero con enmiendas; algunas de las cuales la sitúan en la senda del micivencionismode Estado. Así confirma al Ministerio Público, para velar IM ii la legalidad y por los intereses de las personas menores, indigentes 0 incapaces (Institución que había sido creada en la Constitución de l'i.!¹)) . Además, introduce un título, el XIV, sobre Familia y Trabajo, donde .implía la ruta para el intervencionismo del Estado abierta por la Constitución de 1939; en él ordena que se promulgue un Código de li.ibajo que, respetando el derecho de los empresarios o patronos, piociire la armonía entre el capital y el trabajo; y señala, al efecto, reglas básicas que ese cuerpo legal debía contener sobre protección del salario, igualdad de remuneración, limitación de la jornada, pago de ln uas extraordinarias, días de descanso y asuetos, vacaciones, régimen especial para mujeres y menores y accidentes de trabajo. Por otra parte,
1 ndi'iia el establecimiento del Seguro Social obligatorio, con el concurso i Id Estado, de los patronos y de los trabajadores. Dispone la creación (Ir establecimientos de crédito y de ahorro, el fomento de las i (K iperativas y la creación de organismos indispensables para mantener el necesario equilibrio entre los factores de la producción. Finalmente, i'siablece el derecho de huelga para los trabajadores y el de paro para los | latronos.

Ln 1950 ese pensamiento intervencionista se amplía y de esa forma ■c ha mantenido esencialmente hasta la fecha.

La Constitución de ese año nace bajo el signo de la post-guerra. Después de la Segunda Guerra Mundial se produce un fenómeno: la democracia tradicional de tipo occidental se transforma en democracia social; ya no se consideró suficiente garantizar al hombre su participación en la vida política del país del cual era nacional, sino que se pensó que esas garantías de orden político eran estériles si no estaban acompañadas por un sistema que permitiera al hombre participar de los goces de la civilización.

La concepción liberal que asigna al Estado la función de vigilancia, limitada al mantenimiento del orden público, de la seguridad, la defensa, la educación, la salud, fue completada con la concepción del Estado intervencionista, de tipo neoliberal en algunas regiones, de tipo socialista en otras, de socialismo de Estado en un tercer sector, pero siempre asignándole importantes funciones al Estado en el orden de las relaciones económicas y laborales.

El Salvador no se sustrajo a esa corriente que agitaba al mundo occidental y al producirse el movimiento que terminó con el gobierno del General Castañeda Castro, y que dio nacimiento al Consejo de Gobierno Revolucionario (1948), cuando se convoca una constituyente, esas ideas se trasladan en parte al cuerpo de normas fundamentales. Esto parece desprenderse del discurso de inauguración de ese cónclave pronunciado por su Presidente, Reynaldo Gallndo Pohl, quien afirma: "Precisa mantener los grandes principios, aunque con otros fundamentos filosóficos, muy lejano del derecho natural que garantiza el fuero del individuo dentro del poder absorbente del Estado, pam asegurarle la plenitud de su personalidad y la vida digna que lo corresponde dentro de la concepción de nuestra cara cultura do occidente. Por aquí se entra al dilatado campo social, económico y cultural, que dentro de las ideas imperantes urgen de la superlegalidatl que otorgan las constituciones rígidas para librar las grandos aspiraciones populares de las veleidades del legislador ordinario", y mrt» adelante, afirma: "La instancia del individualismo puro es el anarquismo, la del socialismo entendido como tregua absoluta del individuo al grupo sería una esclavitud, peor que la que nació de la conquista guerrera y HO daría en un estado de totalitarismo desenfrenado".

Afirmó que la época reclamaba cargar el acento en la dimensión del hombre, siempre que ese logro no significara la pérdida de los atributos que dignifican la persona, "la manifestación más excelente de la cultura".

En otro párrafo de su interesante discurso sostiene: "En ningún caso y por ningún motivo debe descuidarse el desarrollo económico del país; pues la técnica y la industria aseguran el éxito inmediato de las reforma sociales. Pero por otro lado el desarrollo económico, a secas, sin justicia, compromete la estabilidad de las instituciones"[1118].

Ese pensamiento del, a nuestro juicio, más connotado de los constituyentes del 50, es el que inspira gran parte del articulado de esa Constitución.

En ella encontramos, que después de la parte orgánica, contiene la dogmática, introdujo un título de derechos sociales, con los cuales, a su juicio, se quizó "aminorar las injusticias de la libre empresa y el desamparo del individuo"; estos derechos garantizan no al individuo como tal, sino como miembro de un grupo o clase social, protegen a la lamilia y a los económicamente débiles, a través de la salud pública, la cultura, la asistencia social y el derecho del trabajo, y constituyen un amplio sector para la intervención del Estado y a la vez una severa restricción para el régimen de autonomía de la voluntad.

En segundo lugar incluyó un título referente al régimen económico, cuya fundamentación doctrinaria no aparece en la exposición de motivos, la cual sólo expresa que su base filosófica consiste en que el hombre y su vida constituyen el valor supremo y que las cosas tienen un valor instrumental.

Los artículos de este título fueron redactados en forma general y clástica, que permite una nutrida legislación secundaria sobre materia lan compleja y de alguna manera establece lo que podríamos llamar "flexibilidad constitucional económica", pues da margen para establecer oiiii régimen intervencionista avanzado, con matices socializantes, o un

I I |.K Documentos Históricos, cil. pp. 32 y 33.

régimen neoliberal, con inclinación a la protección del sistema de libre empresa.

La Constitución de 1950 fue criticada de hibridez ideológica debido a la coexistencia de instituciones, unas que pertenecen al Estado social de derecho y que posiblemente están inspiradas en la filosofía de la social democracia y otras, propiamente liberales, que venían desde la independencia. Esto es cierto, pero también lo es, que en las condiciones sociales del país a la época de emisión de la Constitución, no podía ser de otra manera y tan es cierto ésto que muchas de esas instituciones intervencionistas no lograron desarrollarse e incluso algunas no se han desarrollado todavía.

La vida constitucional se vió interrumpida en octubre de 1960 cuando por un golpe de Estado, un grupo de militares y civiles, haciéndose eco de la presión popular, derrocan al Gral. José María Lemus, quién fungía como Presidente de la República. A raíz de este movimiento insurreccional se constituyó la Junta de Gobierno de El Salvador, integrada por seis miembros, los Dres. Fabio Castillo Figueroa, René Fortín Magaña y Ricardo Falla Cáceres, el Coronel César .Yanes Urías, el Teniente Coronel Miguel Angel Castillo y el Mayor Rubén Alonso Rosales. Esta, a su vez, fue derrocada, en enero de 1961, por otro golpe de Estado y se instituyó el Directorio Cívico Militar, integrado, en sus inicios, por los Dres. José Francisco Valiente, José Antonio Rodríguez Porth y Feliciano Avelar, el Coronel Anibal Portillo, el Teniente Coronel Julio Adalberto Rivera y el Mayor Mariano Castro Morán; el Directorio con el transcurso de los meses se redujo al Dr. Avelar y al Mayor Castro Morán. Este Directorio convocó una Asamblea Constituyente, la cual aprobó la Constitución de 1962, que es prácticamente una reproducción de la de 1950, con tres enmiendas. Una destinada a facilitar que el Cnel. Rivera pudiera ser Presidente de la República; otra, que amplió el derecho a sindicalización y de contratación colectiva a los empleados y trabajadores de las entidades estatales autónomas y semiautónomas y una tercera, que sustituyó la obligación de que la enseñanza fuera laica por la de que fuese democrática, con el objeto de permitir optativamente' para los alumnos, la enseñanza religiosa en las escuelas públicas.

Como podemos ver ninguna de esta enmiendas alteró la forma socioeconómica de la Constitución de 1950.

t

El Cnel. Rivera ganó las elecciones para Presidente frente a su opositor, quien era el Dr. José Enrique Córdova, eminente jurista, representante del pensamiento liberal. El vencedor representó, al menos en su etapa inicial, al pensamiento social-democrático, matizado por un rol muy destacado del ejército en la política de la nación.

A dicho gobernante lo sustituyó el Coronel Fidel Sánchez Hernández; a éste el Cnel. Arturo Armando Molina, sucedido por el General Carlos Humberto Romero, los tres electos popularmente.

El General Romero es derrocado en octubre de 1979, tras una serie de disturbios sociales y políticos que alteraron la vida nacional. Un grupo de militares instauró la Junta Revolucionaria de Gobierno de El Salvador, integrada por el Coronel Diplomado de Estado Mayor, Adolfo Amoldo Majano y el Coronel e Ing. Jaime Abdul Gutiérrez, luego se integraron a ella tres civiles: Dr. Guillermo Manuel Ungo, e Ings. Román Mayorga Q'iiróz y Mario Antonio Andino, quiénes renunciaron en enero de 1990, llenando las vacantes otros tres civiles: los Drs. José Antonio Morales Ihrlich, José Ramón Avalos Navarrete y Héctor Miguel Antonio Dada I lirezi. Posteriormente, el 10 de marzo de ese año el Ing José Napoleón Hilarte sustituyó a su colega Dada Hirezi.

Esta Junta convocó a una Asamblea Constituyente que fue la que elaboró y puso en vigencia la actual Constitución de 1983.

c. La Constitución actual

En opinión de los redactores de la exposición de motivos del proyecto de la Constitución de 1983, los conceptos políticos, sociales y (■(:< mómicos en que se fundamentaban las constituciones del 50 y del 62 lenían general validez para las circunstancias imperantes en 1983, y sólo le debían introducir algunas modificaciones que eran necesarias[1119]

IIP* i >p. l'il. p- (>f>.

Entre los cambios que se introdujeron, cabe anotar el referente a la estructura de la Constitución. Las dos anteriores comenzaban con la parte orgánica y dejaban para los últimos artículos lo referente a los derechos individuales y sociales, significando que éstos no existían por sí mismos sino que eran creación del Estado. En el 83, la Comisión Redactora del proyecto cambia de pensamiento y se expresa al respecto así: "Sin duda, esta estructuración (se refiere a la de 1950) correspondió a las ideas predominantes en la época de otorgar cierta preeminencia al Estado, como una reacción a las ideas del individualismo filosófico y del liberalismo económico consagradas casi como dogma de fe, en nuestro país, desde la Constitución de 1886"..."El proyecto, cuya concepción filosófica ciertamente no está basada en aquéllas doctrinas, pero cuyas disposiciones transpiran una concepción personalista de la organización jurídica de la sociedad, empieza por definir los fines del Estado en relación con la persona humana para, a continuación, desarrollar y enumerar los derechos y garantías fundamentales de la misma como miembro de la sociedad en que vive. La parte orgánica aparece posteriormente, más conforme con el concepto de que el Estado, los órganos de gobierno y las funciones que realizan, están al servicio de la sociedad salvadoreña que se ha organizado para la realización de los más altos valores en beneficio de los miembros que la componen. En este mismo orden de ¡deas se ha separado, y colocado en títulos o capítulos diferentes las disposiciones relacionadas con los derechos y su ejercicio y aquellas otras consistentes en norma de organización y que, como en el caso de los derechos políticos y el organismo electoral, aparecían en la Constitución anteproyecto (la de 1962) en un mismo Título"[1120]

La Constitución de 1983 no es propiamente hablando una nueva Constitución, sino que es la de 1950 con enmiendas y esto es así aun cuando para la introducción de estas enmiendas no se haya seguido el mecanismo de reforma previsto, sino que por otras razones, se haya recurrido al golpe de Estado y a la instalación de una Constituyente.

1120 Ibíd p. 67.

En cuanto a los derechos y garantías fundamentales de la persona, la Comisión y posteriormente la constituyente en pleno, conservaron la misma tónica de la Constitución anterior, aun cuando han mejorado, nmpliándola, la protección al gobernado.

Lo mismo puede decirse respecto a los derechos sociales, los cuales siguen la misma filosofía anterior, pero con correcciones y ¡impliaciones como hemos visto[1121].

En cuanto al orden económico, los lineamientos básicos son lambién los mismos, pero se introducen algunas modificaciones importantes, especialmente en lo referente a la propiedad de la tierra con vocación agrícola, a los fideicomisos y a ciertas concesiones de obras publicas.

2. La forma de gobierno

2.1. Concepto

Hemos dicho que entendemos por forma de gobierno "la manera i >ii que se encuentran constituidos los órganos principales del Estado y
i i imo están distribuidas, en el caso que lo estuvieran, las funciones del poder público, cuáles son sus relaciones, sus controles y sus límites".

Esta afirmación da por sentado que conocemos el sentido de la expresión gobierno, la cual según anticipamos se deduce de ella misma y así podemos decir que es el conjunto de órganos que ejercen el poder d(>l Estado. Estos órganos pueden ser: individuales o institucionales, según que los consideremos desde el punto de vista de la persona o personas que ejercen la función o desde la óptica de la institución de cuyo poder son titulares y a la cual la Constitución o la ley le confían una lunción determinada.

11 ' I Ver supra C ;ip. XIII.

Es conveniente aclarar que utilizamos la expresión gobierno en un sentido general y no concretado solamente al Organo Ejecutivo, como ocurre usualmente en el sistema parlamentario. Es más, dentro de tal sistema hay que tener en cuenta otra peculiaridad. Lo usual es que el Ejecutivo se divida en dos: un primer ministro o canciller, a quien se considera jefe de gobierno y a él y a su gabinete, que integran un cuerpo colectivo se les llama "el gobierno"; y, por otro lado, un jefe de Estado, que es un rey como en Inglaterra, o un presidente, como en Italia. Desde nuestro punto de vista, que es además el de la Constitución, el gobierno es uno solo y ejerce diferentes funciones distribuidas en sus diferentes órganos.

2.2. Tipología

Los autores, desde tiempos antiguos, han tratado de establecer una tipología de las formas de gobierno que comprendan todas las estructuras factibles. Algunos consideran que ello es casi imposible; al menos así lo piensan Kelsen, Linares Quintana, Burdeau, Sánchez Agesta, Matienzo y Mac'iver, entre otros. Sin embargo,- siempre han habido y habrán tratadistas que si creen posible la clasificación de los gobiernos.

Examinaremos brevemente las corrientes dominantes que através de la historia del pensamiento político han existido al respecto.

2.2.1. La antigüedad

El griego Heródoto (484-429 a.c.), llamado Padre de la Historia, es posiblemente el primer pensador que propone una clasificación o tipología de los gobiernos, la cual se ha vuelto clásica y perdura en el pensamiento de muchos cultores de la Ciencia Política. Según él, el gobierno puede ser: monarquía, si el poder reside en un solo individuo, aristocracia, si reside en una élite; y democracia si está distribuido en todo el pueblo.

Platón (428-347ó 348 a.c.) considera que existe una íntima relación entre las cualidades del gobernante y laforma del gobierno. Uno o vario:,

11(ibornantes justos y bondadosos hacen una ciudad en la que la justicia impera y el gobierno es bueno. Sostiene que la mejor forma de gobierno es la aristocracia, entendiendo por tal, el gobierno de los mejores, es decir de "los que, tanto en la filosofía como en lo tocante a la milicia, insulten ser los mejores de entre ellos"[1122] De allí su afirmación de que hay que hacer filósofos a todos los gobernantes o gobernantes a los lilósofos, y expresa "que una manera de gobierno...puede recibir dos denominaciones; cuando un hombre solo se distingue entre los (Hibernantes, se llamará reino, y cuando son muchos aristocracia"; y añade ..."A esto lo declaro como una sola especie...porque, ya sean muchos, ya uno solo, nadie tocará a las leyes importantes de la ciudad
si se atiende a la crianza y educación que hemos referido" [1123]

Platón distingue del gobierno, cuatro formas más, que él llama deficientes o inferiores y que van descendiendo a través de su degeneración. Estos gobiernos son "el tan ensalzado por el vulgo, ése do los cretenses y lacedemonios (se refiere a la timocracia o timarquía, que es el "gobierno basado en la ambición"); el segundo en orden y segundo también en cuanto a la popularidad, la llamada oligarquía, legimen lleno de innumerables vicios; sigue a éste su contrario, la democracia, y luego la gloriosa tiranía, que aventaja a todos los demás en calidad de cuarta y última enfermedad del Estado"..."Porque las dinastías y reinos venales y otros gobiernos semejantes no son, según creo, más que formas intermedias entre unas y otras, como las que pueden hallarse en no menor cantidad entre los bárbaros que entre los griegos"[1124].

Para Platón la forma pura, que es la aristocracia, se degenera en timocracia, ésta en oligarquía, la cual a su vez desciende a democracia, la que termina en tiranía.

II '.í l ,;i República. I ('A 1

idit nrcs. S;in Salvad < n\

l'iSi. ji. iSv JIM Ibid. p. 240.

La oligarquía para Platón es "el gobierno basado en el censo...en el cual mandan los ricos, sin que el pobre tenga acceso al gobierno"[1125]. La democracia es "un régimen placentero anárquico y vario, que concederá indistintamente una especie de igualdad tanto a los que son iguales como a los que no lo son"[1126]. De la democracia, por demasiada libertad, nace la tiranía, que es en su opinión "la mayor y más ruda esclavitud"[1127].

Por otra parte sostiene que "en la ciudad que aspire al más excelente sistema de gobierno deben ser comunes las mujeres, comunes los hijos y la educación entera, e igualmente comunes las ocupaciones de la paz y la guerra"..."una vez hayan sido designados los gobernantes, se llevarán a los guerreros para asentarlos en viviendas como las antes descritas, que no tenga nada exclusivo para nadie, sino que sean comunes para todos"..."consideramos necesario que nadie poseyera nada de lo que poseen ahora los otros, sino que, en su calidad de atletas de guerra y guardianes, recibirían anualmente de los demás, como el salario para su guarda, la alimentación necesaria para ello estando, en cambio, obligados a cuidarse tanto de sí mismos como del resto de la ciudad"[1128]

Aristóteles (384-322 a.c.) acepta la clasificación tripartita, pero le añade, siguiendo en cierto sentido a Platón, una paralela y de esta manera nos dice que hay formas puras e impuras de gobierno, se expresa así: "De los gobiernos unipersonales, solemos llamar monarquía al que mira al interés común; al gobierno de unos pocos, pero más de uno, aristocracia, sea porque gobiernan ios mejores (áristoi), o porque se propone lo mejor (áriston) para la ciudad y para los que pertenecen a ella; y cuando es la masa la que gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas la formas de gobierno: república (politeia); y con razón, pues un individuo o unos pocos pueden

1125 Ihíd. p. 398.

1126 Op. cil. 407,

1127 Ihíd. p. 416.

1128 Ihíd. p, 383.

distinguirse por su excelencia; pero un número mayor es difícil que descuelle en todas las cualidades; en cambio puede poseer extremadamente la virtud guerrera, porque ésta se da en la masa. Por ello, en esta clase de régimen el poder supremo reside en el elemento delensor, y participan de él los que poseen las armas. Las desviaciones do los regímenes mencionados son: la tiranía de la monarquía, la
i >li< jarquía de la aristocracia, la democracia de la república. La tiranía es, electivamente, una monarquía orientada hacia el interés del monarca, la
i ilifjarquía busca el de los ricos, y la democracia el interés de los pobres; l>oro ninguna de ellas busca el provecho de la comunidad"[1129].

Después, el pensador romano Cicerón (106-43 a.c.), llamado Padre de la Patria, se adhiere a la misma tipología y así nos dice: "Por consiguiente, cuando la autoridad suprema está en las manos de un hombre solo, a este hombre lo denominamos rey, y Reino a esta forma de su República. Cuando la autoridad está en las manos de algunas liersonas escogidas, se dice que la Ciudad o Estado está regida por la voluntad de la aristocracia. Y en fin, cuando la Ciudad es popular, pues así la llaman, todo el poder está en el pueblo. Cualquiera de estas tres lotmas de gobierno es, en mi opinión, no diré perfecta o la mejor, pero ■.l tolerable, en tanto que el vínculo que reunió primitivamente a los hombres en la sociedad de la República conserve su vigor, si bien una de ellas puede ser superior a las otras. Porque lo mismo un rey justo y sabio que un grupo de ciudadanos selectos, o incluso el mismo pueblo, .mu cuando esto sea lo menos aceptable, pueden constituir un gobierno de cierta estabilidad si no entran en él elementos de injusticia y de codicia"[1130]. Manifiesta su preferencia por lo que él llama una cuarta loima de república, "la más recomendable de todas, es aquella que equilibra y mezcla las tres ya mencionadas"[1131].

I I t'olílica, UCA Hdilores. San Salvador. IVKK. p. I5'J.

II «i Marco Tulio Cicerón. I.¡i Ui|>úl>lka. traducción de Ralael I'érez Delgado, Aguilar, Madrid, 197'J, p. 28.

I MI liad. p. 30.

2.2.2. El pensamiento moderno

Durante el renacimiento, surge en Florencia uno de los pensadores políticos de más proyección, Nicolás Maquiavelo. Alcanzó fama mundial por un opúsculo titulado "El Príncipe[11], en él adopta una clasificación bipartita y sostiene que todos los estados son o han sido repúblicas o principados. Divide a éstos en hereditarios y nuevos y a aquéllas en aristocráticas y republicanas.

Posteriormente Locke (1632-1704), pensador inglés de gran proyección en la formación del pensamiento liberal, de quien Voltaire escribió que: "Nunca hubo, quizá, un espíritu más sabio que monsleur Locke", defendiendo los intereses de la burguesía inglesa en su lucha contra el absolutismo de los Estuardos, escribió un libro que lo ha hecho célebre, en el cual se expresa de las formas de gobierno así: "Hemos visto ya que al reunirse por vez primera los hombres para formar una sociedad política, la totalidad del poder de la comunidad radica naturalmente en la mayoría de ellos. Por eso puede la mayoría emplear ese poder en dictar de tiempo en tiempo leyes para la comunidad y en ejecutar por medio de funcionarios nombrados por ella esas leyes. En esos casos la forma de gobierno es una democracia perfecta. Puedo también colocar la facultad de hacer leyes en manos de unos pocos hombres selectos, y de sus herederos o sucesores; en ese caso es una oligarquía. Puede igualmente colocarlo en las manos de un solo hombre, y en ese caso es una monarquía. Si dicho poder está vinculado a él y a sus descendientes, la monarquía es hereditaria; si es solamente para mientras viva, y a su muerte el poder de nombrarle sucesor vuelve a los miembros de la sociedad será una monarquía electiva. Y dentro de esas formas pueden situarse otras que tengan algo de ellas, según se crea conveniente. Si la mayoría otorga al principio el poder legislativo a una sola o a varias personas para mientras vivan, o para un tiempo limitado, pasado el cual el poder supremo revertirá de nuevo a la mayoría, puedo entonces la comunidad colocarlo nuevamente en quien bien le parezca, y de ese modo establecer una nueva forma de gobierno. Como la forma de gobierno depende de que se coloque el poder supremo, que os ni legislativo, en unas u otras manos, la forma de gobierno del Estado dependerá de la manera como se otorgue el poder de hacer las loyos,

porque es imposible concebir que un poder inferior dé órdenes a otro superior"[1132]

Carlos de Secondat, barón de Montesquieu y de la Brede (I(¡89-1755), posiblemente el pensador que más ha influido en la r< incepción de la democracia moderna, en su célebre libro el Espíritu de las Leyes, sostiene que: "Hay tres clases de Gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico. Para descubrir su naturaleza nos basta con
l.i idea que tienen de estos tres Gobiernos los hombres menos instruidos. Doy por supuestas tres definiciones o, mejor, hechos: uno, que el (iobierno republicano es aquel en que el pueblo entero, o parte del pueblo, tiene el poder soberano; el monárquico es aquel en que gobierna uno solo, con arreglo a leyes fijas y establecidas; por el contrario, en el (iobierno despótico una sola persona sin ley y sin norma, lleva todo según su voluntad y capricho" y más adelante nos divide la República en democrática y aristocrática: "Si el pueblo entero es, en la República, dueño del poder soberano, estamos ante una democracia; si el poder soberano está en manos de una parte del pueblo, se trata de una aiistocracia"[1133]

Rousseau (1712-1778) también comparte el pensamiento clásico de la división tripartita y así nos dice: "El soberano puede, en primer lugar, entregar las funciones del gobierno a todo el pueblo o la mayor parte de el, de modo que haya más cuidadanos magistrados que ciudadanos simplemente particulares. Se da a esta forma de gobierno el nombre de democracia"..."Puede también limitarse el gobierno a un pequeño numero, de modo que sean más los ciudadanos que los magistrados, y esta forma lleva el nombre de aristocracia"..."Puede, en fin, estar
i onoentrado el gobierno en manos de un magistrado único, del cual leciben su poder todos los demás. Esta tercera forma es la más común, y se llama monarquía, o gobierno real"[1134].

IM'.lohn I.ocke. Knsayo sohre el (íohierno Civil, traducción de Amando Lázaro Ros, Acuitar, Madrid. 1969. p. 98.

I I n ()p. ci(. p. 11-12.

Il U .lean .lacques Rousseau. KI (lonIralo Social. U(A. San Salvador. 1987. p. 89.

2.2.3. El pensamiento contemporáneo

Los pensadores contemporáneos, sin desconocer el valor de las clasificaciones de los antiguos y de los modernos, tienden a abandonar la división de las formas de gobierno que se basa en el número de personas que ejercen el poder o en sus cualidades.

No es que no existan monarquías, que las hay en Gran Bretaña, Holanda y España, por ejemplo encontramos repúblicas como en Costa Rica, Francia e Italia, pero resulta que los seis países son democracias.
Y en elias encontramos, además, presente el elemento aristocrático o elitista, sea que esté expreso como en la Cámara Alta Británica, de los Lores o no, como es el caso de los demás países mencionados.

Las antiguas expresiones de monarquía, república, aristocracia, democracia, etc., ya no nos dicen lo que antes significaban. Así por ejemplo, cuando se habla de la monarquía de los Luises de Francia se entiende claramente que nos estamos refiriendo a un gobierno autocrático, en el cual los poderes estaban concentrados en el rey y todas las funciones estatales se ejercían en su nombre y bajo su control. Aquí la expresión monarquía era excluyente de la aristocracia como forma de gobierno y por supuesto, de la democracia. En cambio, actualmente al decir, por ejemplo, que España es una monarquía, estamos expresando sólo parcialmente !a verdad, porque al lado del Monarca existe toda una estructura democrática, con Parlamento y con elecciones.

Es necesario entonces considerar otros elementos de la estructura de los órganos fundamentales para determinar cuál es la clase de gobierno, o mejor dicho, de sistema de gobierno.

El criterio clasificatorio "Sistemas de Gobierno"[1135] toma en cuenta cuántos órganos fundamentales hay en un Estado, cómo funcionan y cómo se interelacionan. El sistema de gobierno se caracteriza porque la pluralidad de órganos de un Estado se conexionan mediante, controles y reciprocidades que establece la Constitución, sea ésta órganica o dispersa. Con tal criterio los gobiernos se clasifican en parlamentario:-., presidencialistas y de asamblea o convencionales.

1135 Sobre este tema ver: Donólas V. Yerney. Análisis de los Sistemas Políticos, Temus. Madrid. 1961.

Se recurre normalmente a comparar los gobiernos que tienen tendencia a ia separación rígida de sus órganos fundamentales o poderes, con los que se basan en la colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo.

CARACTERISTICAS DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO PROTOTIPICOS			
	SISTEMAS DE GOBIERNO		
	1. PARLAMENTARIO	II. PRESIDENCIALISTA	III. CONVENCIONAL O DE ASAMBLEA
1. LA ASAMBLEA	Se convierte en un Parlarnento. (Se funde la Asamblea y el Gobierno en un "Parlamento")	Sigue siendo una Asamblea en sentido estricto, separada del Poder Ejecutivo.	Acapara tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo.
EL EJECUTIVO	Se divide en: a) Jefe del Estado (Rey en Inglaterra, Presidente en Italia, P. Ej.); y b) Gobierno (Primer Ministro y resto de Ministros, en Inglaterra, P.Ej.).	No se divide, sino que consiste en un Presidente, elegido popularmente, para un plazo definido. No se le llama Gobierno, sino que Administración.	Queda abolido como institución separada.
:I. EL JEFE DE GOBIERNO	Es nombrado, al menos formalmente, por el Jefe de Estado.	Es al mismo tiempo Jefe de Estado, pero no se usa la expresión Jefe de Gobierno.	No existe, o es sólo el Jefe de un comité de la Asamblea.
4 NOMBRAMIENTO DE GOBIERNO. ADMINISTRACION Y "GOBIERNO."	El Jefe del Gobierno (el Primer Ministro) nombra a los otros ministros.	El Presidente nombra a los Ministros que son sus subordinados (Art. 162 Cn.).	El "Gobierno" en su totalidad es nombrado por la Asamblea.
RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA	El Gobierno es un cuerpo colectivo, el Primer Ministro es primero entre iguales.	Ei Poder Ejecutivo recae exclusivamente en el Presidente. (No es así entre nosotros: Arts. 150; 166 y 171 Cn.)	El "Gobierno" es un cuerpo colectivo.
b. SEPARACION DEL PERSONAL EJECUTIVO Y LEGISLATIVO	Los ministros generalmente son miembros del Parlamento.	Los miembros de la Asamblea no pueden ocupar cargos en la Asamblea y viceversa. (Este principio ha sido quebrantado por el Art. 129 Cn.)	Los miembros del "Gobierno" son generalmente miembros de la Asamblea.

CARACTERISTICAS DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO PROTOTIPICOS			
	SISTEMAS DE GOBIERNO		
	I. PARLAMENTARIO	II. PRESIDENCIALISTA	III. CONVENCIONAL O DE ASAMBLEA
RESPONSABILIDAD POLITICA Y LEGAL	El Gobierno es politicamente responsable ante la Asamblea. Esta puede poner en marcha un proceso para separar del cargo a sus miembros mediante el voto de no confianza.	El ejecutivo es legalmente responsable ante la Constitución. (Entre nosotros no es igual, pero el sistema no se asemeja al parlamentario. Art 236 Cn.)	El Gobierno es políticamente responsable ante la Asamblea.
DISOLUCION DE LA ASAMBLEA POR EL EJECUTIVO	El Jefe del Gobierno puede aconsejar al Jefe del Estado la disolución de la Asamblea.	El Presidente no puede disolver la Asamblea.	La Asamblea se disuleve n sí misma.
LA RAMA SUPREMA DEL GOBIERNO	El Parlamento, en su totalidad, es supremo sobre sus paites constituyentes, Gobierno y Asamblea, ninguna de las cuales puede dominar a la otra.	Ninguna rama es suprema.	La Asamblea es suprema.
10. EL EJECUTIVO Y EL ELECTORADO	El Gobierno, en su totalidad, es sólo indirectamente responsable ante el electo! ario.	El Ejecutivo es directamente responsable ante el electorado.	El Gobierno", en su totalidad, es sólo Indirectamente responsable ante el electorado.
11. EL FOCO DE PODER EN EL SISTEMA POLITICO	ti Parlamento es el 'oco de pociei.	No existe foco ele poder.	Lo es la Asamblea.

A. Sistemas de gobierno con tendencia a la separación rígida entre los órganos o poderes fundamentales

Entre éstas encontramos a la monarquía constitucional y a l,i república presidencialista.

a. La monarquía constitucional

Su primera expresión se da en el gobierno inglés. Afirma Vergottini que "Esta forma de gobierno se afirma en Inglaterra, después de; l;i:.

involuciones del siglo XVII, y tiene como punto de referencia el Bill of Rights de 1689, durando hasta finales del siglo siguiente. En Francia persiste desde 1814 a 1848. En Prusia y en el Imperio alemán, desde 1850 a 1918; en Austria-Hungría, desde 1867 a 1918. En el reino de Cerdeña se afirma en los primeros años de aplicación del Estatuto de 1848. En la monarquía constitucional parlamento y soberano se sitúan uno frente a otro faltando un órgano constitucional intermedio como el ()obierno"[1136].

En la monarquía constitucional, por regla general, al monarca le corresponde el ejercicio del Poder Ejecutivo y la orientación política del listado. El monarca es inamovible y generalmente hereditario. A él le corresponde sancionar o vetar las leyes. Y puede disolver la Cámara Representativa, o sea aquel sector del Parlamento cuyos miembros son escogidos por elección.

b. El presidencialismo

Este forma de gobierno aparece en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la cual se ha dicho que es irrepetible, aun cuando ha sido tratada de introducir en muchas constituciones como las de los países latinoamericanos, Liberia en el Africa y algunos asiáticos.

En esta forma de gobierno: Existe una clara separación de los poderes: la rama legislativa hace la ley; la rama ejecutiva administra el I stado y lo orienta políticamente; y la judicial administra justicia en casos i le conflictos jurídicos.

La separación se ve matizada por una red de controles mtororgánicos que tiende a equilibrar al legislativo con el ejecutivo. Normalmente, el legislativo no puede provocar la dimisión del Presidente ni este disolver al Parlamento. Los titulares de ambos poderes son de

1137

flucción o representativos y no son vitalicios

II W. (i i use {i pe de Yergt iili ni. DitixIio (<>nst ¡(m ional ('o m parado. 2a. I idición. 'Traducción de I'ahlo I .ucas Yerdú. I 'spasa (alpe. S.A.. Madrid. I9S5. p.

II W KespecIt > al preside ncialism» >. Bida rl (amp< is expresa que "im se caracteriza per ei hecho de implantar un presidente de la república en lu>;ar de un monarca, sino porque

B. Sistemas de gobierno tendentes a la colaboración entre el Legislativo y el Ejecutivo

Entre éstas encontramos al parlamentarismo y al gobierno colegiado.

a. El parlamentarismo

Este es un gobierno que se caracteriza por la sustitución de la rigidez de la separación entre los poderes estatales por un sistema de colaboración.

presídeme acumula o concentra las dos je (aturas que el parlamentarismo divide: la jefatura del estado y la jefatura del gobierno. l'l presidente ejerce el poder ejecutivo y asocia en unidad de órgano (órgano unipersonal o monocrático) aquellas dos jefaturas, no necesitando -ni el, ni su ministerio (cuando lo hay)- de la confianza del parlamento, lis bueno decir que si en el régimen presideneialista siempre hay un presidente, no siempre que hay un presidente existe presidencialismo -porque puede tratarse de un parlamentarismo, como en lialia-"..."Al presidencialismo se le cataloga entre los sistemas de separación de poderes, mientras al parlamentarismo se le ha ubicado entre los de colaboración. 1:11o porque, en el primero, el poder ejecutivo y el parlamento no están recíprocamente vinculados al estilo parlamenta rio; ni el ejecutivo precisa de la confian/a parlamentaria, ni es políticamente responsable ante sus cámaras; ni dimite cuando éstas están en desacuerdo con él. ni tampoco puede disolverlas".

Las ñolas típicas son las siguientes; "a. unidad orgánica de jefaturas; jefe del estado y jefe del gobierno coinciden en un órgano único, que es el presidente de la república; l». el presidente, como pon ador del poder ejccut ivo, está ubicado dentro de la tríada clasica de poderes, como que uno de éstos es asumido por él; c. poder ejecutivo y parlamento son órganos separados e inconexos, en el sentido de que no se deben cuenta mutuamente del ejercicio de sus respectivas (unciones, aunque sí hay relaciones recíprocas y ciertos tipos de control; ch. en el presidencialismo pu ro no hay ministerio; en el presidencialismo intermedio o híbrido, sí; ó. ante un parlamento del cual no es agente, el presidente gobierna, administra y ejecuta libremente. También en el presidencialismo hay que tomai en cuenta la gravitación de los partidos políticos y del electorado, aunque en modn bastante diferente del parlamentarismo, dada la índole también distinta de las relaoun» s en la dinámica del poder. Ljcmplo típico de presidencialismo puro es el de lisiados Unidos de Norteamérica, y de presidencialismo intermedio o híbrido, el de Argentina" C.ierman Hidart (ampos. Tratado Klemental de Derecho ('onstilmional Argentino, i

H, cil. pp. 11-12.

Vergottini nos dice que: "Históricamente el gobierno parlamentario sigue al desarrollo de la mencionada forma de la monarquía constitucional, en cuanto que la necesidad de crear una conexión no ocasional entre ejecutivo monárquico y parlamento (en particular: la cámara elegida) condujo a los ministros, fiduciarios del rey, a obtener también la confianza parlamentaria. Así, pues, se perfila, en la práctica constitucional, un grupo de ministros como órgano constitucional autónomo ligado progresivamente, cada vez más, antes al parlamento que al rey. Este proceso se produjo en el siglo XVIII en Inglaterra y se consolida definitivamente a fines del siglo. En el curso del siglo siguiente so afirma en la mayor parte de los Estados de Europa occidental y central y permanece, también cuando muchos de éstos se transforman en
repúblicas repudiando la monarquía hereditaria" [1138]

En esta forma de gobierno: El jefe del Estado, sea monarca o presidente, sigue nombrando al jefe del gobierno, en quien puede delegar el nombramiento de los ministros. Al jefe del gobierno le corresponde la administración del Estado y la orientación política del mismo. Al jefe del Estado le corresponde la función de equilibrio o moderación entre el gobierno y el Parlamento.

Se establece una relación necesaria de confianza, por una parte entre el jefe de Estado y el jefe del gobierno y su gabinete y por otra, entre éstos y el Parlamento.

Si la confianza falta el jefe del gobierno debe dimitir, en compensación tiene la facultad de proponer al jefe de Estado la disolución del Parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones.

El parlamentarismo tiene muchas variantes[1139], pero básicamente :.o considera que existen dos:

11 \к < >p. cii. pp. w-ms

11 Se;/un UUiart (ampos su nouis! undanieni ales son las siguientes: a. dualidad de jefaturas; hay a', un jcle de estado. ipie [Hiede ser un rey (Inglaterra) o un presidente de la república {Italia); a". un je le del "<>bierno. que es siempre el primer ministro, aunque puede tener niro nombre; b. irresponsabilidad política del jefe de estado; c. el poder ejecutivo o "¿•ubierno" en sentido estricto esta a ear^o de un gabinete, o ministerio, o consejo de mimsi ros (ui^am > enlejiado), presidid! > por el prime r ministro, que es el jete del gobierno

Parlamentarismo inavoritario o con predominio del gobierna.

A éste se le llama gobierno de gabinete o de Primer Ministro, según que el peso de la conducción política recaiga sobre el Consejo de Ministros o sobre el Primer Ministro o Jefe del Gobierno. La característica de este gobierno es que existe una correlación entre la mayoría parlamentaria y el Primer Ministro o el Consejo de Ministros, según el caso. Esta correlación normalmente se origina de la homogeneidad de los programas e ideologías políticas, por vía de coalición o de que tanto el Jefe de Gobierno como los Ministros y la mayoría parlamentaria, pertenecen al mismo partido político. En esta forma el poder del gobierno se origina del voto popular.

Parlamentarismo con predominio del Parlamento

En este supuesto el predominio recae sobre el Parlamento o mejor dicho sobre el sector del mismo que está integrado por Diputados electos, si es que hay dos cámaras y es claro que si hay una sola Cámara, ésta será electiva. Esto origina que no hay una correlación entre el Parlamento y el Jefe del Gobierno y/o su gabinete, sino que existe más bien una multipolaridad o al menos bipolaridad en el seno del Parlamento que tiende, no sólo a garantizar los derechos de la minoría, sino a provocar la rotación o el cambio, a través de la discusión de los proyectos de ley y de las votaciones populares.

o del poder ejecutivo: ch. el gabinete requiere el respaldo -llamado confianza- del parlamento: cuando esa confianza le falta, el gabinete cae: la articulación de esta relación se produce a través de la responsabilidad política del gabinete an\e el parlamento (vuin de confianza y voto de censura); d. entre poder ejecutivo -gabinete-y parlamento existe ci >ord i nación y colaboración: c. en tanto el parlamento puede obligara dimitir al gabinete •por voto de censura o desconfianza que traduce la efee!ivización de la responsabilidad política que el segundo tiene ante el primevo- el parlamento puede ser disuclto (en sus d< is cania ras o en una) pi >r el jefe del estad»): con ello se restablece el equilibrio; f. Ii >s actos que cumple el |ele del estado irresponsable políticamente, van acompañados de refrendo ministerial". (>p. cit. T. II. p. 10.

b. El gobierno colegiado

Es el gobierno de ejecutivo colegiado, en el cual según Bidart Campos, "el poder ejecutivo puede estar formado de diversos modos, pero siempre por más de un individuo, lo que arroja el siguiente resultado: a. forma dualista: a', dos hombres; a", un hombre y un grupo;
b. forma meramente colegiada o directorial: más de dos hombres. Ejemplos típicos del inc. b) son los de Suiza, y de Uruguay en la constitución de 1952"[1140]

C. Sistema convencional o de Asamblea

En la teoría convencional o de asamblea la tradicional clasificación de poder legislativo, ejecutivo y judicial se ve severamente modificada. Como dice Douglas V. Verney[1141], incluso no existe la separación de poderes limitada, típica del parlamentarismo, ya que el poder está concentrado en la Asamblea. No hay ejecutivo separado. Si existe un jefe de Estado es una mera figura decorativa. Desde luego que existe alguna forma de cuerpo ejecutivo, pero es una mera creación de la asamblea y, frecuentemente, una comisión o comité de la misma.

Los dos ejemplos prototípicos de este sistema de gobierno son el de Francia, afínales del siglo XVIII -la época de la Convención, de allí uno de los nombres de este sistema- y Rusia después de la revolución de 1917.

Diversos autores señalan que en este sistema de gobierno se ha presentado regularmente una paradoja. Usualmente él se ha instituido después de que una revolución triunfante derroca a un gobierno despótico y se instituye con el propósito de que el sistema sea lo más democrático posible, que consista en el autogobierno de un pueblo libre, sin la opresión de un poderoso ejecutivo derrocado, pero la constante es que luego de un lapso, una camarilla o un déspota controle

I 140 Op. cit. p. 12.

I 14 I Op. cit. pp. 64 y ss.

efectivamente el poder y que los elementos convencionales del sistema vengan a ser nada más que letra muerta en la Constitución.

2.3. Forma del gobierno s . *alvdño* Vamos a

considerar este tema desde dos perspectivas:

1ra. El enfoque clásico. Será un breve examen de la forma del gobierno salvadoreño utilizando los términos y las ideas de los clásicos, que arrancando de la antigüedad se consolidan en la edad moderna. Consideramos este estudio necesario, ya que es la manera como nuestras constituciones, la actual incluida, han definido al gobierno.

2a El enfoque contemporáneo. Que consistirá en un intento de clasificar la forma de nuestro gobierno dentro de los esquemas contemporáneos, lo cual es conveniente para poder determinar en cuál de las corrientes actuales se encuentra nuestro derecho constitucional del gobierno y de ahí podrá cada quien proyectar las formas posibles del futuro.

2.3.1. El enfoque clásico

El Salvador, ya como miembro de las federaciones de que ha formado parte, ya unitariamente, como Estado soberano, ha tenido la forma de gobierno republicana, democrática y representativa. Todo parece indicar que el influjo teórico ha venido, vía el modelo norteamericano, de Montesquieu. En efecto, al adoptar nuestro constituyente el gobierno republicano, ha rechazado la forma monárquica; al optar por la democracia se separa de la aristocracia y al establecer la forma representativa, se distancia de las formas de democracia directa.

Aclaremos en que sentido o por que nuestras constituciones dan las referidas calificaciones al gobierno.

1. Al decir que es república se está indicando que el gobierno no reside en un solo órgano sino en varios. Esto se comprueba al leer los textos constitucionales, en los cuales aparece no sólo la calificación

republicana relativa al gobierno, sino que aquella se evidencia en la creación de diversos órganos fundamentales, hasta hace poco Humados poderes y que son los clásicos que señalaba Montesquieu: ol Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. En todas las constituciones también estos poderes aparecen separados y si bien colaboran entre sí, son independientes y sus funciones y competencias son diferentes y limitadas. Además existen controles recíprocos[1142].

Cuando se afirma que es una república democrática se quiere significar que el poder no reside en una clase, de cualquier naturaleza que ella podría ser (virtud, talento, conocimiento, fortuna, habilidad militar, etc.), sino que se distribuye en todos los miembros del pueblo. Aparecen en los textos fundamentales algunas discriminaciones en relación al ejercicio de los derechos políticos cutre los nacionales, que son los miembros del pueblo, pero no son do gran magnitud como para considerarlas antidemocráticas[1143]

I I I.' A partir de 1950 los constituyentes consideraron que consagraban "la división de Poderes, I »*i 11 entendida en forma distinta a como la proclamó Monstescjuieu. El Poder público «•*. uno. pero se concreta en órganos diversos y se ejercita a través de vanas funciones. One el Gobierno se compone de tres Poderes significa que tiene tres órganos supremos que, para distinguirlos de los órganos subordinados y de menor jerarquía, reciben el n<>inhie de Poderes"..."No se trata de Poderes independientes y de espaldas los unos a l<>s oíros. Se trata de Poderes en íntima colaboración, pero libres dentro de su

*<*i n spondiente esfera, dado que no conviene acumular las funciones en un solo órgano, poique esa acumulación es proclive a promover los despotismos"..."Por el contrario, es j'.u.uilia de moderación y prudencia el encomendar a varios órganos supremos el di M-mpeño complementario de una misma función. Así, en la función legislativa, tol.iboran el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, y en la íunción administrativa

l. unbien; sólo que en aquella la mayor responsabilidad corresponde al Legislativo, y en

<t.i al Ejecutivo"..."Esta división de Poderes trae otra consecuencia importante: la imposibilidad de la delegación. La reunión de facultades en uno o dos de los Poderes

• ouslituídos, significaría la dictadura. Es de la esencia de la teoría de la división de I'(m Ir i es el hecho de que ninguno de ellos puede delegar sus facultades a otro". El Vdvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951. eit. pp. 41-42.

I I M l'oi ejemplo en la Constitución Federal de 1824 para ser ciudadano era necesario estar i .e..nlo y ser mayor de dieciocho años y además ejercer alguna prolesión útil o tener medios conocidos de subsistencia, lo que excluía a los pobres que eran vagos o estaban di M >i upados.

In la también federal de 189X, desaparece el requisito de la riqueza y se sustituye por el del alfabetismo, era necesario saber leer *y* escribir, lo que reducía notablemente la

<.miidad de ciudadanos en relación al número de nacionales, pues el analfabetismo aun

Actualmente también hay algunas diferencias. Pero ellas se refieren a exigencias lógicas que se derivan de la delicadeza de la función que cada ciudadano debe desempeñar. Así tenemos que, si bien todos los nacionales tienen el goce de los derechos políticos, su ejercicio está reservado a los que por su madurez y conducta social y cívica se considera que son aptos para participar del cuidado del Estado. Así sólo pueden ejercer los derechos políticos, que en su conjunto constituyen la ciudadanía, aquellos que han cumplido dieciocho años de edad, lo cual es una apreciación, arbitraria, si se quiere, pero plausible, de cuál es el momento cronológico en que una persona está suficientemente madura para participaren política. También hay restricciones para el ejercicio de tales derechos derivadas de la moral, tanto social como política. En efecto, la ciudadanía se suspende o pierde, es decir que temporal o definitivamente, no se pueden ejercer los derechos políticos por conducta criminal o falta de civismo manifestada en la negativa de aceptar cargos de elección popular. Como puede observarse no hay discriminaciones arbitrarias, como serían las relativas al sexo, a la religión, a la instrucción, a la nacionalidad de origen, a la profesión o a la fortuna.

3. Que la república democrática sea representativa significa que el constituyente está consciente de que el ideal de la coincidencia perfecta entre gobernantes y gobernados es imposible de alcanzar en un Estado como El Salvador, el cual si bien es limitado en su territorio y en su población, es grande como para impedir la

ahora tiene una tasa muy alia en El Salvador.

En la federal de 1921 se mantiene la misma tónica.

En las constituciones del El .Salvador, como nación independiente, los ciudadanos cían los mayores de veintiún años que fueran padres de familia o cabezas de casa o que supieran leer y escribir o que tuvieran propiedades.

Hn i 864 se mantiene la misma tónica, lo que también sucede en la de 1871, 1872.

En 18X0 se agregó a los individuos mayoics de veintiún años que se hallaran alistados en las milicias o en el ejército de ía república y se sustituyó el requisito de tener propiedad por eí de tener un modo de vivir independiente. En 1883 se liberaliza la situación y solo se exí¿:e como requisito para ser ciudadanos el ser mayor de veintiún años o casado o tener algún título literario. Esta tónica se mantiene en 1885 y 1886.

A partir de 1939 las constituciones sólo exigen ser mayor de dieciocho años.

democracia directa. De ahí que, siguiendo a los modelos norteamericano y francés, los cuales se difunden por el mundo, se haya adoptado el principio de la representación política. Esto es que el soberano es el pueblo, pero que ante la imposibilidad de ejercer directamente el gobierno lo delega en ciertos ciudadanos, quienes estarán encargados del mismo, mas no a título personal ni en provecho propio, sino a título de representante y buscando el bienestar de la colectividad[1'44]. Desde luego este principio de la representación ha significado siempre un problema, es en cierto sentido utópico, porque es difícil, especialmente en los sistemas modernos de elección, que los representantes lo sean realmente de todos y cada uno de los sectores del pueblo o de la nación. De ahí que ha sido necesario introducir correctivos que aseguren que las minorías tengan representación y que, sino participan de la función del gobierno, al menos tienen la facultad de criticar y de examinar los actos de éste, lo cual es útil en el proceso de la elaboración de la ley, en relación con la renovación periódica por medio de elecciones de los gobernantes, especialmente los de la Asamblea y los del Ejecutivo. Sin embargo, la representación política sigue siendo y posiblemente lo será, siempre insuficiente.

Nuestra Constitución no ha resuelto, salvo para el caso de la reconstrucción de Centro América, si es procedente la aplicación de sistemas de democracia semidirecta, como son el plebiscito, el referéndum, la revocación y la iniciativa popular[1145] En la Constitución

1144 Vanossi atribuye a Sieyés la creación de la teoría de la representación, en relación con el poder constituyente. Op. cit. p. 19.

I 145 El plebiscito consiste en la consulta política que se hace al cuerpo electoral (conjunto de ciudadanos en ejercicio de sus derechos) sobre un acto de naturaleza gubernamental o co/isrirudonal.
Por referéndum se entiende el sistema por el cual se consulta al cuerpo electoral sobre un proyecto de ley o una ley aprobada por el Organo Legislativo. Puede ser obligatorio
o facultativo y también puede ser consultivo o vinculatorio.
La revocación consiste en el derecho que tiene un Néctar del cueipoelectoral para solicitar la destitución de un funcionario que ha sido electo por aquél.
La iniciativa popular consiste en la facultad que se le concede a un númerodeterminado de ciudadanos para proponer un proyecto de lev.

de 1939 se preveía el plebiscito para la reforma de la Constitución, del cual se valió el Presidente Hernández Martínez para obtener su reelección. De ahí que los constituyentes de 1950 no sólo incluyeran una serie de disposiciones en contra de la reelección del Presidente de la República, sino que incluso autorizaron la insurrección por la violación a tal principio. Al respecto los redactores del proyecto de Constitución se expresaron así: "La alternabilidad está íntimamente ligada a la superación política de la República. La historia reciente es muy instructiva, en cuanto a los males que causa la falta de alternabilidad en la Presidencia de la República. De aquí que, la violación de la norma que la prohíbe, obligue a la insurrección. En este sentido, el proyecto innova, desde luego que en este caso la insurrección no es un derecho del individuo, sino una obligación del ciudadano que compete inclusive a la Fuerza Armada"[1146]. A esa historia reciente a que se refieren los redactores del proyecto de 1950, posiblemente se debió el silencio sobre las formas de democracia semidirecta; sin embargo, de ello no se puede concluir de manera clara que tales formas estaban excluidas de la vida constitucional salvadoreña. En 1983, los redactores de la exposición de motivos[1147]tampoco dijeron nada al respecto, de ahí que la duda sigue

1146 El Salvador, Asamblea Constituyente, Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 42.

1147 Los redactores de la Constitución de 1983, se expresaron sobre este tema de la siguiente manera: "En el anteproyecto, esto es la Constitución de 1962, se declara que el Gobierno es republicano, democrático y representativo. En el proyecto, sin contradecir lo i|ue establece la Constitución anterior se distingue además entre formas de gobierno y sistema político"..."La forma de gobierno concierne al ordenamiento de las funciones de los órganos del Estado, y la escogitación de los detentadores del poder, en tanto que el sistema político está directamente relacionado con los fines del Estado, con el proceso de formulación, ejecución y control de la voluntad política, y con el contenido de la misma. Así, la forma de Gobierno puede ser republicana o monárquica. El sistema político puede ser, entre otros, democrático, autocrático o totalitario"..."Iodos conocemos las monarquías democráticas que imperan en algunos estados europeos, así como también las repúblicas totalitarias, de partido único y aquellas otras en que el sistema autocrátiio se disfraza de un aparente ropaje democrático. La Comisión concibe a El Salvador como una república democrática y se ha esforzado en preparar un proyecto de ley fundamental en que, en virtud del equilibrio en el ejercicio del poder, el sistema democrático sea vivencia genuina y no una simple declaración semántica"..."Se conceptúa el sistema político, pluralista democrático y representativo, bajo una perspectiva que va mas alia de las lormas de las instituciones políticas propiamente dichas, sino también dentro de un espectro que abarca las relaciones económicas, culturales e históricas de la scxied.id

vigente y posiblemente cualquier intento de introducir alguna o algunas formas de democracia semidirecta producirá polémica.

En nuestra opinión, al decir la Constitución que el gobierno es representativo, lo que realmente significa es que los gobernantes no lo son por derecho propio sino como delegados del pueblo y esto no excluye que por ley secundaria se establezcan sistemas por medio de los cuales aquél, el pueblo, se exprese con mayor certeza en relación con puntos específicamente determinados, siempre y cuando no se trate de una cuestión que esté expresamente regulada en la Constitución, porque para cambiar ésta se hace necesario seguir el procedimiento que la misma establece.

salvadoreña. El sistema, se concibe así pues, con un enfoque socio-político, conforme a la definición de los fines del Estado: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común al servicio de la persona humana dentro de la sociedad en que vive"..."El pluralismo democrático, comprende tanto el pluralismo político como el pluralismo ideológico, los cuales, aunque son conceptos distintos, tienen una íntima y estrecha relación"..."El pluralismo político, propiamente dicho, consiste en la multiplicidad de instituciones que sin formar paite de la estructura gubernamental, influencian la formulación de las decisiones políticas. Estos grupos, generalmente, están organizados para la defensa de sus propios intereses y defienden o propugnan la ideología más conveniente para los mismos. Así, forman parte del sistema pluralista las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas. El pluralismo ideológico es ía convivencia temporal y espacial, dentro de un régimen de libertad, de múltiples ideologías y. cuando es democrático, sin exclusión de ninguna"..."Los excesos de un pluralismo político pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los estados corporat¡vistas que surgieron en la década de 1930. Por eso es que en el proyecto se califica y se limita este concepto. El sistema político no es sólo pluralista, es democrático y además representativo"..."Pero hay algo más, para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental. En ese mismo sentido, la Comisión rechaza como incompatible con el sistema democrático, la existencia de un partido único oficial, cjue en forma abierta o disfrazada, pueda llegar a institucionalizarse como el único rector y artílice de la formulación, ejecución y control de las decisiones políticas". Op. cit. pp. 56-57.

2.3.2. El enfoque contemporáneo

En los antecedentes de la Constitución de 1950, la cual, como hemos dicho, pervive en la actualidad, no se hace referencia a las formas actuales de clasificación de los gobiernos; más bien el enfoque se refiere a las formas tradicionales.

Los redactores del proyecto de la Constitución de 1983, de cuya exposición de motivos hemos transcrito los párrafos correspondientes[1148], también se refirieron a las formas clásicas de gobierno, cuando nos dicen que mantienen la definición del gobierno, según la cual este es republicano, democrático y representativo y además, cuando expresan que la forma de gobierno puede ser republicana o monárquica.

Sin embargo, encontramos un cierto matiz de adaptación a las corrientes actuales y así vemos que a la ¡dea estricta de monarquía o república, añaden la del<sistema político, el cual en opinión de ellos, puede ser, entre otros, democrático, autocrático o totalitario, (a esto nosotros le hemos llamado forma política "strictu sensu" del Estado) y reconocen, al igual que nosotros, que hay monarquías democráticas, que existen repúblicas totalitarias de partido único y en fin que disfrazados con el ropaje democrático se encuentran los sistemas autocráticos. Los redactores incluyen una nota muy importante de contemporaneidad, cual es el pluralismo democrático, que se refiere no sólo al político sino que también al ideológico y social y cuyo contenido explican en los párrafos antes mencionados.

Empero, el constituyente del 83 no consideró conveniente, o quizá no lo creyó viable, el avanzarclaramente hacia el parlamentarismo, y por ello ha creado un presidencialismo matizado o moderado, por algunas notas que habría que señalar:

1. Ha introducido un sistema creciente de controles, de los cuales, los más importantes, en lo que a este aspecto se refiere, son las

1148 Iliíil. |>[). 5í> 57

comisiones investigadoras por parte de la Asamblea Legislativa y las posibilidades de recomendar, en determinados casos la destitución de un Ministro.

2. La oposición garantizada. La cual viene desde la época del Presidente Rivera y que consiste en la representación proporcional en la Asamblea Legislativa.

3. Ha previsto para los partidos políticos un rol muy importante y en cierto sentido tiránico, pues las manifestaciones políticas deben hacerse a través de ellos y por otra parte, no se puede ser candidato a cargos de elección popular si no se es miembro de un partido.

4. Combinado lo anterior con el pluralismo político, tenemos que concluir que se han creado o al menos se han dado las condiciones para que se establezca en el gobierno la multipolaridad o la bipolaridad, que posiblemente será el fenómeno que contemplaremos en los próximos años y que de hecho ya ha empezado a presentarse[1149]

5. A excepción del Presidente de la República y demás funcionarios y empleados del Ejecutivo y de las instituciones autónomas o semiautónomas, así como de los municipios, se ha establecido que sea la Asamblea Legislativa la que nombre los titulares de los principales Organos del Estado, como el Presidente y demás Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, del Ministerio Público, de la Corte de Cuentas y del Tribunal Supremo Electoral.

I 149 Podemos observar que alrededor del partido mayoritario Alianza Republicana Nacionalista (ARHNA), que no controla totalmente la Asamblea, pues no tiene los votos necesarios para las mayorías calificadas, se agrupan los partidos del Partido de Conciliación Nacional (PCN) y del Movimiento Auténtico Cristiano (MAC) Este sería un polo; el opuesto estaría representado por la Partido Demócrata Cristiano (PDC), la Convergencia Democrática (CD), y la Unión Democrática Nacionalista (UDN), a las cuales posiblemente se agregará el Fíenle Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) o el partido que lo represente. Lo posible es que tendremos un régimen bipolar en la Asamblea Legislativa, que incluso puede conducir a la rotación del poder parlamentario, lo que a su vez provocará arreglos políticos con la oposición.

No obstante, el presidencialismo sigue vigente. Por lo siguiente:

a. El peso del impulso legislativo continúa en el Organo Ejecutivo. Si se examinan las iniciativas de ley se verá que la gran mayoría provienen de este órgano, debido posiblemente a que tiene la información necesaria, los elementos humanos técnicos, así como los equipos mecánicos requeridas para tomar las decisiones. Además, es el órgano que se relaciona con los poderes intermedios, como son los económicos, los culturales, los sindicales, etc. y tiene el poder del veto.

b. El Presidente de la República es el Comandante General de la Fuerza Armada y controla los cuerpos de seguridad[1150]; por tanto, tiene un poder táctico de gran magnitud, que en El Salvador es y ha sido determinante en el quehacer político nacional y nada indica que esta influencia será anulada, no obstante los acuerdos de paz y las reformas constitucionales. Se aminorará pero no desaparecerá.

c. Sigue siendo el Presidente el jefe de la diplomacia, por ello le corresponde el manejo y la dirección de la política exterior, si bien controlada por la Asamblea Legislativa en lo que a la perfección de los tratados se refiere; pero actúa con bastante libertad en lo referente a la asistencia técnica, la cooperación internacional y la ubicación del país dentro de los bloques de poderque conforman la Comunidad Internacional.

ch. El poder financiero del Estado depende en la práctica, en gran medida del Ejecutivo. Es el que tiene la información necesaria para estimar los ingresos y los egresos, así como para determinar el monto de las remuneraciones a los funcionarios y empleados de todo el Estado.

1150 De acuerdo con las reformas constitucionales vigentes el único cuerpo de segundad xeiíi la Policía Nacional Civil, pero siempre estará bajo el control del Presidente y a las órdenes inmediatas de uno de sus Secretario de Estado, aún cuando no lo podrá ser el de Defensa.

d. Por una larga tradición histórico sociológica el Presidente de la República antes llamado Jefe de Estado, se le ha considerado como el funcionario principal *y* de más poder, no obstante que por la forma en que están redactados los textos constitucionales podría afirmarse que jurídicamente la preeminencia, si es que existe alguna, le corresponde a la Asamblea Legislativa.

3. La estructura del gobierno

3.1. Noción de poder político

El poder político estatal consiste en la relación psicológica que se establece entre unos individuos que mandan, los gobernantes, y otros que deben obedecer, los gobernados. La relación es recíproca: los unos ostentan la autoridad pública; los otros, la solicitan, la cuestionan, la obedecen e incluso, la resisten.

Al decir de Hans J. Morgentau, el poder político "otorga a los primeros control sobre ciertas acciones de los segundos mediante el impacto que ejercen sobre las mentes de estos últimos". Ese impacto, según el mismo autor, puede deberse a las ventajas esperadas, al temor y a la coacción emanada de la fuerza[1151].

Para varios autores de Ciencia Política y Teoría del Estado, el poder tiene diferentes grados:

1. Autoridad. Consiste en la coincidencia entre la voluntad del que manda con la del que obedece. Emana del respeto que, por sus cualidades o carisma, se tiene al o a los gobernantes.

2. Jurídico. Es el poder que se tiene en virtud del ordenamiento legal. Se obedece porque así lo dispone la norma, independientemente de que se esté o no, de acuerdo con el valor intrínseco de la misma y de la opinión que merezca el gobernante. Esta fue la actitud de

I 151 Política entre las Naciones, 6a. Ed., revisada por Kenneth W. Thompson, Edigral, Buenos Aires, 1987, p. 43.

Sócrates, que bebe la cicuta, no porque estuviera de acuerdo con la sentencia que a ello lo condenó, sino porque la ley ordenaba cumplir las decisiones de los tribunales.

3. Coercibilidad. Es el acatamiento al poder por el temor o la certeza que se tiene de que el Estado, concretado en el gobernante, puede recurrir al uso de su fuerza para obtener el cumplimiento de la norma.

4. Fuerza. Finalmente, hay casos en que la obediencia a las disposiciones de los gobernantes se obtiene mediante el empleo de la fuerza policial o represiva. Según el citado Morgentau, el uso de la fuerza es el reconocimiento de que la política ha fracasado. Para el esta y aquélla se excluyen mutuamente [11]

El Derecho constitucional regula las tres últimas posibilidades, aun cuando se centra en la normación jurídica, esperando que sus disposiciones sean acatadas espontáneamente. No descarta el uso de la fuerza física, pero cualquiera que fuese la forma de actuar del poder debe estar enmarcada en la Constitución y las autoridades lo ejercerán como representantes de su titular, que es el pueblo, y han, también de hacerlo dentro del mismo marco, Art. 83, in fine.

3.2. Las funciones del Estado

El poder del Estado es uno solo, pero se ejerce a través de diferentes funciones, las que tradicionalmente, desde la antigüedad han sido tres: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional.

En la práctica es difícil decidir cuál es la diferencia específica entre cada una de ellas, porque resulta que, en definitiva, la función que engloba todo el hacer estatal es la administrativa, a la que también se le llama función ejecutiva.

En sentido general y amplio, el gobierno tanto administra cuando hace una ley, como cuando toma las providencias concretas e

1152 Ihíd.

individualizadas para ejecutarla, como cuando la aplica para resolver un conflicto de intereses o crear una situación jurídica determinada (sentencias declarativas y constitutivas).

En los tres supuestos el gobierno persigue la obtención de los fines del Estado que podemos resumir en el bien común.

Pero de esta forma no llegamos a ninguna parte, porque el examen metodológico de la actividad del Estado se volvería muy difícil, sino imposible. De ahí que es necesario separar esa aparente generalidad y distinguir las diferentes funciones.

En este sentido, entendemos por:

1. Función legislativa, la que tiene por objeto la creación de las normas jurídicas generales y abstractas. Es decir que no señalan al sujeto particular al que deben ser aplicadas, sino las condiciones generales que regulan una determinada situación jurídica. La ley debe ser aplicada a quien se encuentre en el supuesto previsto y en la forma y medida que ella misma indique.

2. Función Ejecutiva, la que puede tener dos objetos:

    a. La aplicación de dichas normas generales o leyes a casos concretos y determinados, lo que se traduce en actos administrativos;

    b. La conducción u orientación política general del Estado, como son: la preparación y ejecución de planes económicos, de desarrollo, de defensa, de mantenimiento del orden público, de políticas interna y externa, etc.

Para todo ello el Ejecutivo deberá recurrir a la Asamblea para que apruebe las leyes necesarias; a otros estados o a organizaciones internacionales para la concertacion de tratados; a emisión de actos reglamentarios y los propiamente administrativos, etc. Esto confirma lo ya dicho, la administración es una sola y los poderes si bien son atribuciones distintas concurren a la búsqueda del bien común.

3. Función jurisdiccional, la que tiene por objeto aplicar la ley a casos concretos de conflicto jurídico. En otras palabras, declarar cuál es el derecho cuando éste sea interpretado de diferente manera por las partes contendientes. En un sentido más amplio, la función jurisdiccional comprende la aplicación del ejercicio del derecho punitivo y sancionatorio del Estado, así como la declaración de ciertos estados o situaciones jurídicas, que no necesariamente impliquen controversia.

Esta clasificación es la que admite nuestra Constitución. Para algunos, las dos últimas se engloban en la función ejecutiva o administrativa, de ahí que se hable de "administración" de justicia.

3.3. Los principios básicos

*3.3.1. **La primacía del interés público***

El ejercicio de las funciones estatales que, implica el del poder político, en un Estado de derecho debe de tener un objetivo claro y determinado, cual es el bienestar de la comunidad. De ahí que la Constitución señala los fines del Estado y toda actividad del mismo debe estar encaminada a su realización u obtención. Si hubiese colisión entre los intereses de individuos en particular frente a los intereses colectivos de la comunidad, deben prevalecer éstos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado, dispone el Art. 246 Cn. in fine. Esto no significa que se esté aceptando un Estado de propiedad colectiva ni de economía socialista. Se trata únicamente de que ante el interés del todo, el de la parte debe ceder, no sin ser previamente oída y vencida en juicio, si hubiere oposición, y en todo caso, debe ser indemnizada por la cuota de sacrificio que aporta a la sociedad.

*3.3.2. **El sometimiento al derecho***

Tal como reza la Constitución, el ejercicio de la soberanía, que es la característica propia del poder estatal, en cuanto significa que no puede haber un poder jurídico superior al del gobierno dentro del Estado,

debe ser ejercido en la forma prescrita por ella y dentro de sus límites, Art. 83 Cn.

En todo momento los gobernantes así como los gobernados, están sometidos al poder de la ley y no pueden ir más allá de lo que ésta permite. Esto es lo que se llama el Estado de Derecho, que es la antítesis del Estado autocrático de la antigüedad y del autoritario o tiránico que en algunas regiones del mundo todavía subsiste. Elias Díaz define al Estado de Derecho como "el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el "imperio de la ley": Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la "voluntad general". El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquierforma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente, o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho"..."Las ¡deas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de Derecho en relación siempre con el respeto

115^

al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales"

3.3.3. La representación política.

Dado que en un Estado moderno es imposible ei ejercicio de la democracia directa, en la cual coinciden en las mismas personas los gobernantes con los gobernados, se recurrió al sistema de la representación política. Esto es que, el titular del poder a través del sufragio delega su ejercicio en los gobernantes.

Este es posiblemente el más serio problema político que yace en el fondo de todo sistema constitucional, porque es muy difícil sostener que en la realidad de las cosas, los gobernantes representan a todos y a cada uno de los miembros del pueblo. Agudamente Bidart Campos apunta: "El gobierno del pueblo se ha pensado como verdad. Decimos "se ha

1153 Estado de Derecho *y* Sociedad Democrática. Taums, Madrid. 1986, p. 17.

pensado", porque tácticamente nunca fue verdad, por la sencilla razón de que no puede ser verdad. La naturaleza de las cosas es un realidad tan resistente, que nada puede hacerse contra ella. Por más que la doctrina, la Constitución o la ley digan que algo es, o que debe ser, de tal o cual manera, si la naturaleza de las cosas no admite o no soporta la proposición normativa, la doctrina, la constitución o la ley resultan impotentes"[1154]

Siendo así las cosas, resulta que la teoría de la representación es un ficción jurídico-política creada por los teóricos y los legisladores para resolver el problema de quien debe mandar en una sociedad políticamente organizada. En el fondo es unaf icción destinada a justificar el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; tan ficción como lo fue en la antigüedad el decir que el poder del gobernante venía de la Divinidad o de la naturaleza de las cosas, como sostenía Aristóteles[1155]

1154 Para demostrar su aserto Rijan Campos relata que: "til rey Pedro de Rusia ordenó en 1762 a los marineros eniermos que curasen de inmediato para intervenir en una guerra". Y comenta: "Por supuesto que los marineros no sanaron, porque la salud estaba fuera de las posibilidades de reculación del mando. De donde la ley se toma inocua si pretende chocar contra la realidad. De igual modo, por más que se haya dicho que el pueblo debe gobernar -como nonnatividad del deber ser-, o que el pueblo gobierna -como afirmación de algo que ya es-, la realidad lia opuesto su impenetrabilidad inexorable, porque está luera de las posibilidades de la constitución o de la ley ordenar una forma de gobierno que esa realidad no tolera. Los marineros siguieron enfeimos como antes de la orden del monarca, y el pueblo no gobernó nunca, como nunca había gobernado antes de que surgiera el código revolucionario moderno. Y ello porque el rey no tenía a su alcance conterir la salud, y la consiitución carece de eficacia para articular una forma de gobierno imposible. Y así como la orden de Pedro III quedó frustrada. la democracia popular no pasó de una lomuda bolilla escrita en los libros". Germán José Ridart Campos, Doctrina del Estado Democrático. rediciones Jurídicas I-uropa-América, Rueños Aires, 1961, pp. 11-12.

1155 Diez Picaso, constitucionalista español, confirma la anterior idea en los siguientes parrales de por sí expresivos: "H1 concepto de representación política es innegablemente complejo, por lo que resultaría de lodo punto improcedente intentar ofrecer aquí una exposición del "status quaestionis". Conviene destacar, sin embargo, que dicha complejidad le viene dada por la doble circunstancia de ser un elemento basilar de la democracia moderna que hunde sus raíces, empero, en lo más profundo de Ja historia de la filosofía juridico-politica. 1.a idea de representación política soporta, por ello, una pesada *y* heterogénea carga valorativa, que la convierte en un claro ejemplo de lo que una corriente de pensamiento ha denominado teología política. De aquí que el significado técnico-jurídico de la representación política sea de difícil aprehensión y, según algunos,

Por otra parte, la teoría de la representación política-ficción se ve confirmada por la circunstancia de que los "representantes" son electos o nombrados por períodos determinados y por consiguiente sus mandatos no están sujetos a la revocación por parte de los "representados", quienes tienen que esperar *otra* posibilidad electoral para cambiar su voto a favor de otros funcionarios. Es cierto que en determinadas condiciones se puede destituir a un funcionario electo, pero los mecanismos para tal resultado no están vinculados a la actuación del cuerpo electoral, sino de otros funcionarios, lo que también sucede cuando el nombramiento es por tiempo indefinido.

De ahí que esa representación, además de estar sometida estrictamente al derecho, para evitar o al menos intentar que se vuelva arbitraria, está sujeta a otros principios *que la* moderan, como son la

de dudosa utilidad dogmálica"..."la repiescnlacion política es, ante lodo, una situación; cn concreto, la situación cn que se halla un oigano del listado -o, cn su caso, de otro ente publico- en viitud de la cual, por medio de una ficción normativa, ejerce potestades públicas (inipcrmni) cn nombre de oirá entidad (remo, nación, pueblo, ele). A pesar de las apariencias, el rasgo mas peculiar de la situación representativa no es la actuación en nombre de otro, miiu que esta sr puidu/.ca por obra de una ficción nonnativa. La représenla», ion pollina, en electo, es siempre v necesariamente una creación del derecho. No es concebible que un órgano del Lslado pueda atinar en nombre ajeno -máxime, Iratándose del ejercicio de potestades públicas, las cuales, jior delimción, no ^Hieden ser atribuidas sino a (|inen jurídicamente sea titular de las mismas-, si no media una nonna que asi lo autorice. Si una nonna de esta índole -por c¡emplo, el ail. 66.1 CH- no exist iera, tan solo habría una afinnación subjetiva y unilateral de la condición de rej>resenlanle, que no tendría por que ser aceptada por terceros y, en particular, por los pretendidos represc/i!ado.s"..,"]>cro e.s más; Ja representación política no es .sólo una creación nonnaliva, sino una creación nonnaliva que se realiza mediante una ficción. 1.a norma que da visa a la situación representativa -al menos en su sentido moderno- no refleja la realidad, fin otros términos, la situación representativa tai como es configurada por la nonna no responde a lo que normalmente se entiende jior representación. Si se toma, en electo, como paradigma ele la situación representativa la rejucsentación de Derecho privado, se obseiva que el dalo determinante de la representación no es la actuación "en nombre ele otro" -que puede existir o no-, sino que esa actuación se jiroduzca jior "cuenta de otro"; esto es, que los electos de la actuación del icpresenlantc se traslieran "oppe legis" a la esfera jurídica del representado. Lsto no ocurie jamás en la representación ¡eolítica, donde los actos del órgano que óslenla la lepresenlacion no se reputan actos del representado, sino que .son, en lodo caso -y no podría ser de oirá manera, en la medula en que constituyen ejercicio de "imperium"- actos del listado". Luis María Diez Picazo, Los Criterios de Representación proporcional, artículo publicado en Ksfudios sobre la (onsíifudón Kspañnla, T II/, cit. p. 205X.

división de poderes, las competencias limitadas y los controles recíprocos.

Dentro del campo de la teoría de la representación democrática se han presentado dos tendencias principales, una de ellas atribuida a Juan Jacobo Rousseau, que consiste en que el pueblo acuerda trasladar el poder a los representantes para que lo ejerzan de conformidad a sus deseos. Y como el pueblo está compuesto por individuos, la consecuencia lógica de esta teoría es que la soberanía se fracciona y cada individuo tiene la cuota parte que le corresponde del todo. "Supongamos", dice Rousseau, "que se componga el Estado de 10,000 ciudadanos. El soberano no puede serconsiderado sino colectivamente y en cuerpo; pero cada particular, en calidad de súbdito, es considerado como individuo; así, el soberano es el súbdito como diez mil es a uno; es decir, que cada miembro del Estado no tiene, por su parte, más que la diesmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido a ella por completo"[1156]

Esta teoría, conocida como la de la soberanía popular, conduce según Duverger[1157], en primer lugar, a considerar que el sufragio es un derecho que no le puede ser quitado al ciudadano; y en segundo lugar, a lo que se ha llamado el "mandato imperativo", en virtud del cual el elector al dar su voto simultáneamente da instrucciones a sus representantes. En algunas constituciones de los principios de la Revolución Francesa así se hizo, pero es una teoría cuya práctica se ha descartado. En parte, por no ser funcional, especialmente cuando el número de votantes es elevado y en parte, por la acción de los partidos políticos que tiende a subsumir al individuo en colectividades.

La otra tendencia es la que se llama de la soberanía nacional, que aparece durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, según la cual los diputados representan no a individuos ni fracciones de la ciudadanía, sino a la nación toda. Esta

1156 Op. cit. p. 82.

1157 Ver Duverger, cit. p. *19.*

teoría 1ue propuesta por el abate Sieyés, quién afirmaba que en la formación de la sociedad política se dan tres épocas:

"1o. Cuando los individuos aislados quieren reunirse: "Por ese solo hecho forman ya una nación...". Es el momento en que se produce el juego de las "voluntades individuales": "Su obra es la asociación". Corresponde al tiempo lógico del "estado de naturaleza".

"2o. Cuando se produce la acción de la "voluntad común": "Los asociados quieren dar consistencia a su unión; quieren cumplir su fin. Confieren, pues, y convienen entre ellos necesidades públicas de proveerlas". "Le hace falta a la comunidad una voluntad común; sin la "unidad" de voluntad no llegaría a formar un todo capaz de querer y de actuar". Corresponde esta época a la voluntad general de que hablaba Rousseau.

"3o. Cuando ya no actúa la voluntad real, sino una "voluntad común representativa": "Los asociados son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitarfácílmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacen? Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración"[1158]

Esta teoría desemboca en la noción del electorado función, o sea que votar no es un derecho sino un deber y además, como ya señalamos, que por representar el diputado a toda la nación no está vinculado a mandato alguno, sino que queda librado a lo que, según su conciencia, sea lo más conveniente para la colectividad. Esto está matizado actualmente por la acción de los partidos políticos, los cuales en el hecho condicionan a los diputados que están afiliados a ellos a votar homogéneamente e incluso se ha afirmado que en Europa muchos partidos antes de nominar a un diputado le hacen firmar una renuncia sin fecha, *la* cual es presentada y fechada en el momento en que aquél se aparta de las instrucciones de la cúpula del partido. En todo caso,

1158 Tránsenlo por Vanossi. cit. p. 14.

aunque esto no suceda, lo cierto es que un diputado sabe que cuando se aparta de los lineamientos del partido no será reelecto, pues su candidatura no será presentada en la siguiente elección. También este sistema permite que un diputado se cambie de partido, lo cual puede ser producto de un legítimo reexamen de sus ideas, como puede serlo a raíz de una maniobra política reñida con la ética.

Cuando se redactaba el proyecto de Constitución de 1950, sus autores propusieron al respecto la redacción que después fue aprobada por el pleno, según la cual "los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo...". Esta redacción ha sido reproducida íntegramente por las constituciones de 1962 y la actual de 1983 [1159]

Por tanto, las explicaciones dadas para la redacción de 1950 son válidas para la actual. En ese sentido los redactores dijeron: "Este artículo define la posición de los diputados ante sus electores y ante los partidos políticos. Este precepto, que no ha figurado hasta hoy en nuestras Constituciones ni en los diversos anteproyectos, puede suponerse implícito en el espíritu de nuestras leyes íundamentales".. ."Así, se acepta que el congresal, desde un punto de vista estrictamente "jurídico", está en su cargo al servicio de los intereses generales de la Nación, de todos los habitantes, electores o no"[1160]

Esa misma Constitución de 1950cambió la redacción de la de 1886, según la cual la nación era soberana, libre e independiente, sustituyendo la palabra nación por la de Estado.

1159 Los redactores de la de 1983 no hicieron ninguna consideración sobre este tema, posiblemente porque, como ellos mismos lo dijeron en su informe, sólo dejarían constancia de los motivos y de los razonamientos que sustentarían cambios o modificaciones, que, como ya lo anotamos, no las hubo. Ver Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983). cit. p 61.

U60 Documentos Históricos 1950-1951, cit. p. 81.

Además, agregó que la soberanía residía en el pueblo, fundamentado su proposición de la siguiente manera: ”No quiere la Comisión entrar al debate entre las teorías de la "soberanía nacional", fundada por la Constituyente francesa de 1791, y la "soberanía popular", cuyo representante más destacado es Rousseau"..."La universalidad de los salvadoreños, a que aquí se alude, no es una suma de individuos, sino un ente distinto de los individuos, en una palabra la nación. Una universalidad es jurídicamente distinta de sus elementos integrantes"..."El Proyecto se contenta con atribuir la soberanía al pueblo, elemento humano del Estado. La teoría de la *soberanía* nacional permitía el sistema monárquico. La atribución de la soberanía al pueblo, con exclusividad, si bien doctrinariamente no destruye la posibilidad de que el pueblo escoja un monarca, éste tendrá la calidad de delegado. La teoría de la soberanía nacional, creada en un momento de transición revolucionaria, concede, en su primera concreción constitucional de 1791, al monarca la soberanía por derecho propio, en coparticipación con la Asamblea Legislativa. La teoría de la soberanía nacional permite también el sufragio limitado, fundado en el derecho de propiedad, o sea, permite sistemas en que la soberanía no coincide estrictamente con el pueblo en su totalidad. Pero permite también el sistema democrático en su plenitud. Definidas las cosas en nuestro país en favor de una democracia integral, es más breve y exacto señalar al pueblo como titular de la soberanía".

Por otra parte, aunque desde una óptica diferente, los redactores de la Constitución del 50 hicieron ver que: "El Salvador es un Estado y no una nación. Centro América sí es una nación. Circunstancias políticas ocasionales rompieron la República Federal, que era un Estado nacional. Queda como aspiración de los salvadoreños reconstruir la nación centroamericana como entidad política. Precisamente porque Centro América es una nación, se justifican los esfuerzos por lograr la unión de estos pueblos. Si Centro América no lo fuese, los Estados centroamericanos no podrían, en buena doctrina, aspirar más que a alianzas y confederaciones, porque, ir más lejos, significaría expansionismo crudo"[1161].

Como lo han señalado prestigiados autores nacionales, entre ellos Francisco Roberto Lima[1162], existe obscuridad en el texto constitucional en cuanto a cuál es el verdadero sistema de representación adoptado por El Salvador.

Es evidente que la expresión nación, en lo que se refiere a la reconstrucción de Centro América, está utilizada en el sentido sociológico y no como sinónimo de Estado ni de pueblo y las explicaciones que dan los redactores del proyecto son claras al respecto.

La duda más bien surge cuando en la motivación los redactores utilizan indistintamente las palabras nación y pueblo, para señalar al titular originario de la soberanía. Si se lee atentamente se llega a la conclusión, si es que queremos usar la terminología francesa, hoy clásica, que la tesis adoptada no es la de la soberanía popular, sino la de la soberanía nacional. Dicho más claramente, no se trata de soberanía fragmentada, con mandato imperativo, sino de soberanía que el representante ejerce a nombre de todo el pueblo, que, en este sentido, bien pudo haberse dicho nación. Es decir, que un diputado electo por los votantes del departamento de La Libertad no está obligado a votar por los proyectos de ley que interesen a éste. Por consiguiente, si vota en contra, su voto será válido, si bien estaría expuesto a no ser reelecto, posibilidad mediatizada, porque las candidaturas no se canalizan

1162 "En otras palabras en el sistema de la soberanía popular, los diputados son los representantes del pueblo, existiendo entre éste y aquellos una relación de mandato, y por tal motivo los diputados tienen que mantenerse sabedores de los deseos de sus electores y consecuentemente pueden recurrir a la consulta popular cuando lo consideren para conocer la voluntad de sus mandantes. lista relación de mandante y mandatario en el sistema de la soberanía popular es el fundamento jurídico político del recurso al plebiscito o al referéndum aunque no estén establecidos expresamente en el texto escrito de la Constitución"..."La cuestión anterior ha sido resuelta erróneamente por nuestros constituyentes al establecer en el adíenlo 125, en lo pertinente, que "Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo..." ya que es una contradicción decir, por un lado que la soberanía reside en el pueblo (soberanía popular) y establecer, por el otro, que el mandato imperativo es nulo". Ver Instituto de Estudios Jurídicos. El Estado Democrático de Derecho en El Salvador, la Pirámide, San Salvador, 1990, p. 142.

directamente por el cuerpo electoral, sino por los partidos políticos, a su vez influidos, cuando no dirigidos, por grupos de presión.

Esa influencia se advierte más claramente cuando se considera el caso de los representantes al Parlamento Centroamericano, los que por su propia naturaleza no podrían sino representar o ser voceros de los intereses o de toda Centro América, o de El Salvador en particular y no de sus fracciones ni grupos. También en este caso se hará sentir la influencia de los partidos políticos y es de prever que en el seno del PARLACEN los diputados se agruparán a la vez que por el origen nacional, por el partido político del cual reciban instrucciones.

En definitiva podemos concluir que el sistema de representación política adoptado por El Salvador es una forma de elección o de designación de ciertos gobernantes con dos objetos principales:

1. Conformar los cuadros gubernamentales básicos. De esta manera los ciudadanos eligen a los diputados, los que a su vez designan a otros funcionarios principales como son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los miembros del Tribunal Supremo Electoral, los del Consejo Nacional de la Judicatura, a los Procuradores, General y para la Defensa de los Derechos Humanos, al Fiscal General de la República y a los Concejos Municipales. Todos estos a su vez y dentro de su área de competencia, nombran funcionarios subalternos y así gradualmente se llega a los escalones menos importantes del servicio público, quedando de esta manera completado el enorme número de funcionarios y empleados públicos (el Leviathan diría Hobbes).

2. Distribuir entre estos cuadros gubernamentales las diferentes funciones a través de las cuales se ejerce el poder del Estado. Estos cuadros no tienen mandatos imperativos, sino, más bien, encuadres constitucionales y legales, que los constriñen a actuar, con potestad discrecional o sin ella, según el caso, dentro de cierto marco de acción del cual no pueden sobrepasarse.

3.3.4. La división de poderes [x]

Ya hemos expresado que los redactores de la Constitución del 50 (esto se mantiene igual en la actual), señalaron que se apartaban de la teoría de separación de poderes rígida de Montesquieu y la matizaban o moderaban con el principio de "colaboración" entre los poderes, el cual también ha sido llamado de "interdependencia".

Efectivamente, al estudiar la defensa de la Constitución, que implica el tema de los controles recíprocos entre los diferentes órganos del Estado (antiguamente llamados poderes), vimos con claridad que todo el hacer gubernamental: el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional, están distribuidos entre todos los órganos del Estado, independientemente de cual sea la tarea predominante que se les ha asignado y de cual sea el nombre con el que se les conoce.

Así vemos por ejemplo, que el proceso de formación de la ley[1164] puede comenzar no sólo a iniciativa de los miembros del Organo Legislativo o Asamblea Legislativa, sino que también por la del Presidente de la República por medio de sus Ministros, de la Corte Suprema de Justicia, en ciertos casos, y de los Concejos, también en forma limitada. La discusión en sí del proyecto de ley y la aprobación del mismo, están reservadas a la Asamblea Legislativa. Pero, esa aprobación queda condicionada a la sanción que el Presidente de la República le puede dar o no y en ciertos casos, la confrontación entre éste y la Asamblea Legislativa, si se trata de cuestiones de orden constitucional, la decide la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Arts. 133 a 143.

Pero resulta además que, tanto el Organo Judicial como el Organo Ejecutivo, tienen potestades reglamentarias, las cuales, si bien no pueden sobrepasar ninguna ley formal, tienen también las características esenciales de ésta, como la abstracción y la generalidad y por lo tanto, participan de naturaleza legislativa. Esto es extensivo a los órganos

1 163 Ver Mipra Cap. VII,

1 164 Ver Mipra (ap. III.

independientes, especialmente a la Corte de Cuentas, a las instituciones autónomas y semiautónomas, y a los municipios.

También la función administrativa que es típica del Organo Ejecutivo, es ejercida por el Legislativo cuando nombra sus funcionarios y empleados y elabora su presupuesto de gastos.

La función jurisdiccional la vemos ejercida no sólo por el Organo Judicial, si no que en ciertas materias en las cuales no son de la obligatoria competencia del mismo, algunos órganos diferentes ejercen jurisdicción. Por ejemplo, la Dirección General de Impuestos Internos la ejerce en materia tributaria y de sus resoluciones existen recursos para un Tribunal de Segunda Instancia que forma parte del Organo Ejecutivo.
Y la misma Asamblea Legislativa en cierta medida realiza funciones jurisdiccionales cuando conoce de los antejuicios contra los funcionarios públicos y de alguna manera cuando participa, haciendo uso del llamado "derecho de gracia", en las amnistías e indultos.

Entonces se puede concluir que la llamada separación de poderes no es absoluta, pero si es útil y conveniente, por cuanto, por una parte, responde al principio administrativo de la división del trabajo, confiando determinadas tareas a los órganos o funcionarios más idóneos para desempeñarla; y por otra, porque es beneficiosa al principio de la libertad, ya que impide, sino totalmente, en gran medida, la concentración del poder.

3.3.5. Las competencias limitadas

La simple distribución de las funciones estatales en diferentes órganos no garantiza al gobernado lo suficientemente, ni lo pone a salvo de la autocracia que se deriva del ejercicio extralegal de las competencias respectivas, que se pueden manifestar en dos maneras: una, es el abgso de poder que consiste en ejercer una competencia que no se tiene y la otra, es la desviación de poder que entraña el ejercicio de una competencia que si se tiene, pero que se utiliza para fines diferentes del que la ley ha señalado.

Para evitar tanto abusos como la desviación del poder los ordenamientos constitucionales y los legales que los desarrollan establecen claramente las competencias de los diferentes órganos estatales. Al revés de lo que sucede en el orden jurídico privado, en el cual la regla es la libertad y la excepción es la limitación a la misma, en el orden jurídico público la regla es esta última. Como dice el vulgo "en lo privado lo que no está prohibido está permitido", "en lo público lo que no está permitido está prohibido".

Además del señalamiento de las competencias, o sea de la limitación al poder concreto de los funcionarios, que por si sola no tendría mayor significado o eficacia práctica, es necesario y así lo hacen los estados jurídicamente bien ordenados, establecer recursos a favor de los particulares para que puedan defenderse de las violaciones a la Constitución o a la legalidad que los funcionarios hagan en su contra.
De ahí el amparo, el hábeas corpus, el contencioso administrativo y todos los recursos propios del sistema procesal común, como son la revocatoria, la apelación, la revisión y la casación.

3.3.6. Los controles recíprocos

Estos se vuelven necesarios para mantener el Estado de Derecho y lograr que cuando los funcionarios integrantes de un poder se exceden de sus facultades, sean controlados por los de otro poder, a fin de lograr una armónica conciliación de potestades. Desde luego, este es un problema muy delicado en la práctica, sobre todo en los países en que los restos del antiguo autoritarismo del monarca ha pasado con gran fuerza tradicional al jefe de Estado, llámese Monarca constitucional,
Primer Ministro o Presidente y vuelve casi insoluble en aquellos países en que por medios legales o ilegales un partido político llega a dominar toda la estructura del gobierno, pues en estos casos la factibilidad real de los controles se diluye e incluso se vuelve nugatoria. Esto puede suceder también cuando en un Estado existen poderes sociológicos, extragubernamentales, que ejercen presiones tales que pueden inclinar en un sentido u otro las decisiones del titular legítimo de la función pública.

Estos controles ya hemos dicho que pueden darse dentro de los mismos órganos o entre éstos[1165]

3.4. El Organo Legislativo

*3.4.1. **Antecedentes***

El recurso de los hombres (o de los dioses), a reunirse para resolver y discutir problemas comunes, tiene antecedentes muy remotos y posiblemente sea tan viejo como la humanidad misma. Allí donde los grupos sociales comenzaron a formarse, con seguridad, se iniciaron también las asambleas o cuerpos deliberativos, nada menos, la Odisea se inicia con la narración de un Concilio de los Dioses, presidido porZeus (Rapsodia I) y continúa con la Asamblea de los ciudadanos de Itaca, reunidos en la Agora.Ese pasaje del inmortal poema nos señala la antigüedad de la institución parlamentaria, usada ya por las ciudades-estados griegas ("ecclesia" en Atenas y "apella" en Esparta), institución que se proyecta hasta nuestros días, aun cuando no con la misma estructura. Entonces se trataba de asambleas para ejercer la democracia directa, en cambio actualmente la concebimos como una forma de la democracia representativa.

Roma durante el primer período, que va de su fundación a la Ley de las Doce Tablas, era una monarquía, la cual, al decir de Petit, no era absoluta. "El rey no es más que el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenece a los patricios, que componen las curias. Ellos ejercen su poder en las asambleas o comicios, los "comitia curiata""..."Los "comitiacuriata" comprendían los miembros de las treinta curias, patricios y clientes. Esta asamblea constituía, entre los romanos, la forma más antigua del Poder Legislativo. Sus decisiones se convierten en leyes, "leges curiatae". Procedía a la elección y a la investidura del rey. Estatuía sobre la paz y la guerra, así como sobre los actos que interesan a la composición de las familias y a la transmisión de los bienes, es decir, la abrogación y el testamento"...

1165 Ver supra Cap. VII.

Por su parte el rey estaba asistido del Senado, que estaba formado por los "patre familiae" más viejos o "seniores", que aconsejaban al rey sobre todas las cuestiones que interesaban al Estado[1166] \

Al establecerse la República en el año 245 de Roma, después del derribamientode la monarquía, el rey fue sustituido por dos patricios, los cónsules y la autoridad religiosa fue separada de la civil y confiada al gran pontífice. Después de una rebelión de los plebeyos se llegó a un arreglo en virtud del cual se crearon dos magistraturas para los plebeyos: los "tribuna plebis" y éstos tomaron la costumbre de reunir a la plebe en asambleas, en las cuales discutían y votaban sus resoluciones llamadas "plebiscitos", que no eran obligatorias, salvo para ellos. En respuesta los patricios convocaron sus propias asambleas que se llamaban "forus", pero según narran los historiadores, ni los plebeyos asistían a estos, no obstante su convocatoria, ni los patricios a las "tribuna plebis", a las cuales eran también convocados. Surge entonces, como una transacción, una tercera especie de asamblea, denominada los comicios por tribus o "comitia tributa". Más adelante las decisiones de los "concilia plebis" o "tribuna plebis" adquirieron fuerza de ley en virtud de la ley "Hortensia".

Al hacer crisis la República se restablece la monarquía absoluta, la cual con el tiempo se transforma en imperio. La ley era dada por el Emperador y se le llamaba "lex regia" o "lex de imperio"; sin embargo, no se suprimieron las asambleas y se estableció el Senado como cuerpo consultivo[1167]

Al disgregarse el Imperio Romano, la entidad política que le sucedió, el Imperio Romano Germánico, fue regido por un emperador, en lo temporal; y en lo espiritual, por el jefe de la Iglesia Católica, cuyo primer Papa fue el apóstol Pedro.

Por otra parte, se formaron los reinos, que con el correr del tiempo trataron de independizarse, tanto del Emperador como del Papa y es

1 166 Ver lüigene Pctil, cil. p. 3

1167 Ibíd. pp. 31 a 47.

esta pugna el origen de la idea de la soberanía o supremacía del poder estatal, la que, a su vez, se enfrentaba en lo interno con el poder de los señores feudales, los que, incluso, de hecho, en ocasiones, tenían más poder que el propio rey. De esta tensión entre el poder real y el poder feudal, que se dio en todos los estados europeos que se originaron del Imperio Romano, es que nace el parlamento. El rey no tomaba sus decisiones sin consultar con los personajes principales de lo que podríamos llamar la nobleza: jefes guerreros y alta clerecía. El pueblo bajo en ocasiones asistía a las deliberaciones, no participaba en las mismas, pero a veces votaban[1168]

Se señala como el verdadero antecedente del parlamento, en el sentido moderno, la reunión que tuvieron veinficinco nobles ingleses, los cuales decidieron imponer al rey que no podría exigirles ayuda sin que ellos dieran previamente su consentimiento, salvo en los tres casos en que por costumbre se había aceptado que esa ayuda se diera sin discusión: rescatar al rey en caso de cautiverio, armar caballero al mayor de sus hijos y casar a la mayor de sus hijas. Esas condiciones las

1168 "Los historiadores ingleses, buscando ios orígenes del Parlamento, recuerdan, en primer término, la "Witcnagemont". lamosa asamblea de varones prudentes convocada para asesorar a los reyes Alfred. Eadward, Athelstan y Eadmund, muchos años antes de que Guillermo el Conquistador señalara en la historia inglesa de memorable fecha de 1066. En esos remotos tiempos, en Inglaterra, como en la mayor pane de las naciones europeas, se observaba el principio de que en asuntos de importancia, como la interpretación de las leyes, el rey no debía obrar por propia iniciativa, sino que tenía previamente que escuchar el parecer de sus súbditos más prudentes. Era así que el monarca convocaba, dos o tres veces al año, al "witan" o consejo de varones, con el que mantenia "deep speceh",

o sea, profunda conversación. A veces el pueblo asistía a estas asambleas y, luego de oír los discursos de los líderes, votaba en pro o en contra de las proposiciones, batiendo las amias contra los escudos. Pero el "witan" característico fue un reducido conjunto aristocrático, de composición variada y amplísimas atribuciones que, en no pocos aspectos, eran mayores que las que hoy corresponden a la Cámara de los Comunes. Destaca Maitland que el "witan" "puede elegir reyes y deponerlos; el Rey y el "witan" legislan; el Rey promulga las leyes con el consejo y el consentimiento del "witan"; el Rey y el "witan" confieren los títulos de nobleza y los obispados, donan terrenos públicos, imponen tributos, deciden sobre la paz y la guerra y fonnan un tribunal de última instancia para los asuntos civiles y criminales. El "witan" es una asamblea suprema, legislativa, ejecutiva y judicial. Vale decir, que en Inglaterra, hace más de mil años, ya existía una asamblea libre que aunque no era electiva puede considerarse representativa en el sentido de que sus miembros provenían de todo el país". Ver Segundo V. Linares Quintana, Tratado do la Ciencia del Derecho Constitucional, T. IX, cit. p. 54.

escribieron los nobles en un documento que es célebre, la Carta Magna, y se cuenta que fue tal el efecto que le produjo al rey Juan Sin Tierra la misma que "gritó arrojándose al suelo y mordiendo furiosamente las ramas y la paja que eran la alfombra de aquellos días".."me han dando veinticinco super-reyes"[1169]

Lentamente el parlamento inglés fue adquiriendo poderes y con el andar del tiempo fue el organismo en el cual la naciente burguesía se hizo representar por medio de lo que se llamó, y es aún, la Cámara Baja o de los Comunes y la aristocracia quedó representada en la Cámara Alta o de los Lores. Esta evolución ha hecho perder paulatinamente
poder al monarca y de esta manera nace en forma consuetudinaria la monarquía constitucional inglesa, en la cual se inspiró Montesquieu para elaborar su diseño de lo que el consideraba el mejor gobierno.

Las teorías de Montesquieu, así como las de otros teóricos sostenedores de regímenes democráticos, como lo fueron Locke,
Voltaire, Rousseau, Sieyés, etc., prosperaron por vez primera, no en Francia como podría esperarse, sino en Norteamérica. Los primeros colonos ingleses que llegaron en el "Mayflower", huyendo de la tiranía y de la intolerancia religiosa de los Estuardos, fundaron en la parte noreste de lo que hoy es Estados Unidos, al sur de los montes Allegani, trece colonias, las cuales quedaron bajo el dominio y el imperio del gobierno inglés, pero con cierta autonomía, que fueron desarrollando con el tiempo.

Posteriormente, se rebelaron contra el dominio inglés, y tomando el nombre de Estados Unidos de América, proclamaron su

independencia en 1776, la cual fue reconocida por Inglaterra en el tratado de 3 de septiembre de 1783.

Inicialmente, los norteamericanos formaron un confederación, con una Dieta, con poderes sumamente débiles y con carencia de la facultad de imponer tributos, todo lo cual originó una serie de problemas que pusieron en peligro la cohesión del reciente Estado. Por ello, decidieron

1169 Stratlicarn (iordon, El Parlamento ltritánicn, p. 17, transcrito por Segundo V. Linares Quintana, op. cit. p. 57.

reunirse en Annapolis para revisar la Constitución de la confederación, pero en el curso de las discusiones llegaron a la conclusión de que lo que necesitaban era un Estado más cohesionado y optaron por convocar, sin tener poderes expresos para ello, una Asamblea Constituyente, la cual se reunió en Filadelfia y redactaron una nueva Constitución, esta vez estructurando un Estado federal. Es la Constitución de 1787, que con enmiendas, todavía rige a la nación del norte. En ella se establecieron los tres poderes clásicos. El Legislativo fue confiado aun Congreso. Este está compuesto: a. de un Senado, que representa los intereses de los estados miembros de la Federación, cada uno de los cuales tiene derecho a dos Senadores; y b. de una Cámara de Representantes, cuyos miembros son electos proporcionalmente al número de votantes de cada Estado y que representa al pueblo de los Estados Unidos.

El ejemplo americano fue prontamente seguido por los revolucionarios franceses, especialmente los que conformaban lo que se llamaba el Tercer Estado, que era la clase burguesa, productora y propietaria de los bienes, pero sometida al poder político del Monarca, del clero y de los nobles. La tensión entre los burgueses, por una parte, y las clases aristocráticas y el alto clero, por la otra, se resolvió momentáneamente por la emisión de la Constitución de 1791, la cual creó dos poderes: uno, el Cuerpo legislativo y el otro el rey. Los administradores no tenían ningún carácter representativo. Posteriormente, cuando desaparece el reinado la Asamblea Nacional subsiste en forma unicameral, aunque se ha conocido épocas en que se ha admitido el Senado.

Al surgir el Imperio Napoleónico y extenderse a varios países europeos e incluso ciertos lugares de América, se crearon diferentes reinos o se sustituyeron a los nativos, tal como sucedió en España, en donde Fernando VII, que era el rey legítimo, aunque inepto y cobarde, abdica y Napoleón nombra en su lugar a su hermano José. Este impone la Constitución de Bayo na, en 1808, la cu al no es aceptada por los grupos revolucionarios españoles que organizan guerrillas y juntas de patriotas, las que organizan la rebelión, obligando a Napoleón a retirarse. Se restaura entonces la monarquía de Fernando VII, pero con una Constitución de corte liberal que es adoptada en Cádiz en 1812. Estatué

disuelta en 1814 y no reaparece lafigura parlamentaria en España sino hasta principios de este siglo.

En las restauradas Cortes de Cádiz (Asamblea de España) habían representantes de las provincias americanas, cuyos habitantes, tanto los que habían llegado de la madre patria, llamados "españoles de España", como los criollos, que eran los hijos de los conquistadores nacidos en América, los indios y los negros nacidos América, tenían nacionalidad española. Esos representantes fueron los que juntamente con las autoridades españolas, que representaban al rey, el alto clero y los altos jefes militares, proclamaron la independencia en 1821, pero no adoptaron forma de gobierno alguna y en la realidad de las cosas, la independencia no se concretó porque Gavino Gainza, que era el Capitán General y ejercía el gobierno, si bien se había aunado al movimiento independentista, prontamente se adhirió a las pretensiones de Iturbide, Emperador de México y Centro América vino a ser provincia de este Estado. Al caer Iturbide, Centro América obtiene realmente su independencia en 1824. El Salvador era uno de los cinco estados miembros de la Federación.

En las constituciones federales de 1824, con reformas de 1835, de 1898 y de 1921, el Poder Legislativo fue confiado a un Congreso compuesto de dos Cámaras, la de representantes y el Senado, siguiendo el modelo norteamericano.

Ese modelo se imitó en las constituciones de El Salvador independiente desde 1841 hasta 1886, año en que se emite una Constitución que establece el sistema unicameral y el Poder Legislativo se le confía a la Asamblea Nacional de Diputados. Esta forma se mantiene en las siguientes constituciones con la única modificación de su denominación que se cambia por "Asamblea Legislativa".

3.4.2. Tipología

Los parlamentos pueden clasificarse desde diferentes puntos de vista. Así, como por ejemplo, en los estados federales se suele usar dos cámaras, una que representa el interés de los estados *y* otra que representa el interés general del pueblo. La primera de esas cámaras,

generalmente llamada Senado, ejerce ciertas funciones de control y de moderación sobre las actividades legislativas de la Cámara de Representantes o de Diputados.

Desde otro punto de vista, aunque con las mismas funciones, la cámara de elección popular es la que representa al pueblo entero y la otra cámara, generalmente designada por el Monarca, representa a la aristocracia. Tal es el sistema inglés.

En otros sistemas, aunque sean repúblicas unitarias se establecen dos cámaras para representar, los diferentes sectores sociales. La Cámara de Representantes tiene por misión velar por los intereses generales del pueblo y el Senado la de moderar y controlar lo que podría ser un exceso de las mayorías contraproducente al interés general del Estado. En cierto sentido, el Senado es una supervivencia aristocrática.

3.4.3. La Asamblea Legislativa salvadoreña.

La Constitución del 83, siguiendo los lincamientos de la del 50 y del 62, establece tres órganos fundamentales del gobierno: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, Art. 86 inciso 2do. Además, establece tres poderes independientes de dichos órganos que son: el Ministerio Público, la Corte de Cuentas de la República y el Tribunal Supremo Electoral. Y para la prestación de los servicios municipales, los concejos y para determinados servicios descentralizados, instituciones autónomas o semiautónomas.

En este apartado nos referiremos exclusivamente al Organo Legislativo, expresión que sustituyó a la tradicional, tomada del derecho francés, la de "Poder Legislativo"[1170]

1170 En la exposición de molivos se encuentra la justificación del cambio de terminología en los párrafos que dicen: ”l)e acuerdo con el Proyecto, el tradicional concepto de "Poderes Públicos" que contiene la Constitución de 1%2 se sustituye por el de "órganos de Gobierno". Esta sustitución es algo más *.|ue un capricho semántico. No cambia en modo alguno, antes bien, retuerza la independencia en el ejercicio de las funciones de los

Este Organo Legislativo en la terminología constitucional es denominado Asamblea Legislativa, lo cual es innecesario, porque, a fin de cuentas, son lo mismo'[171]

tradicionalmente llamados "poderes", pero se conforma más con la realidad del proceso gubernamental, alejándose de una teoría que las constituciones modernas y los tratadistas de derecho constitucional han desechado ya por no adaptarse a las verdaderas realidades políticas del sistema democrático"..."En efecto, el poder público, cjue emana del pueblo, no es otra cosa que la soberanía, y ésta es una. absoluta, indivisible, indelegable, inalienable e imprescriptible. La unidad e indivisibilidad de la soberanía no deja lugar a que se reparta. Cuando cualquier órgano del lisiado ejecuta un acto dentro de sus atribuciones y competencias, está ejercitando toda la soberanía, todo ese poder supremo que emana del pueblo. Cuando el juez a nombre de la República falle, no está ejerciendo la soberanía judicial sino la única, indivisible. Lo mismo puede decirse de los actos legislativos o administrativos"..."Como crítica a la división de poderes, algunos autores han querido sustituirla por la división de funciones, aunque también esta noción no resulta apegada a la realidad del quehacer gubernamental. La función legislativa, para el caso, no corresponde exclusivamente a uno solo de los órganos del Estado. El ejecutivo interviene en la formación de la ley cuando le tía su iniciativa y la sanciona, intervención que en algunos casos también tiene el órgano judicial. El órgano ejecutivo también tradicionalmente ha tenido en El Salvador facultades jurisdiccionales en materia administrativa y así se podría seguir citando muchos ejemplos para demostrar que la división absoluta de lunciones tampoco existe''..."De lo que se trata es del ejercicio de atribuciones y competencias constitucionalmente establecidas, que determinan la intervención de los distintos órganos gubernamentales en la formulación, ejecución y control de las decisiones políticas, esto es. de las nomias jurídicas, en el más amplio signilicado de la palabra. La iniciativa de ley, su promulgación y sanción o veto, son distintas etapas de un proceso político, como también lo es el control de sus constitucionalidades. Lo que es de la esencia del sistema democrático es que en las distintas etapas del proceso intervengan los diferentes órganos en forma independiente, sin estar condicionados a la opinión de los otros, y conforme a competencias predeterminadas". El Salvador, Asamblea Constituyente, Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983) p. 57 .

1171 En la terminología anterior, según la cual habían tres poderes, tenía sentido el que se dijera que el Poder Legislativo era ejercido por la Asamblea Legislativa, pues la expresión "poder" del francés "pouvir", palabra utilizada por Montesquieu se refería no al Organo sino a la (acuitad, que para el caso sería legislar; administrar para el Poder Ejecutivo y administrar justicia para el Poder Judicial.

A. Su formación y composición

La Asamblea Legislativa, según el Art. 121, es un cuerpo colegiado compuesto por diputados, elegidos en la forma prescrita por la Constitución, para un período de tres años, pudiendo ser reelectos. Los períodos comienzan el primero de mayo del año de la elección.

Para ser diputado es supuesto, ser ciudadano salvadoreño y estar en el ejercicio de los derechos políticos. Además, la edad se aumenta de los dieciocho a los veinticinco años; se exige la ciudadanía natural o por nacimiento, excluyéndose a los salvadoreños por naturalización; se introduce el elemento del "ius sanguinis", pues debe ser el candidato hijo de padre o madre salvadoreña; se piden requisitos notorios de honestidad y de instrucción, así como no haber perdido los derechos de ciudadanos en los cinco años anteriores a la elección, Art. 126.

Por añadidura se establecen una serie de inhabilidades para poder ser diputado, consistentes todas ellas en requisitos que tienden a:

1. Mantener la separación de poderes. No pueden ser candidatos a Diputados, el Presidente y el Vicepresidente de la República y demás funcionarios que aparecen en la fracción primera del Art. 127.

2. La honestidad y sana administración de la hacienda pública. Por ello, se exige el finiquito de cuentas de los que han administrado fondos públicos, se excluye a los contratistas de obras públicas y a los que están en mora *con* el Estado o con las municipalidades; etc.[1172]

3. El diputado mantenga su honorabilidad; por ello cesa en su cargo si es condenado en sentencia definitiva por delitos graves, si viola las prohibiciones a que antes nos hemos referido o si renuncia sin justa causa calificada por la Asamblea, Art. 130.

4. La separación entre el Estado y la Iglesia. Se prohíbe optar a cargos públicos a los ministros de cualquier culto religioso. Esta prohibición

I 172 Vi_-r Ai1s. I 27 y 12X Cn.

no es actualmente explicable, ya que el poder que tienen los ministros de cultos religiosos es puramente espiritual y por consiguiente basado en la persuasión.

5. Poder militar subordinado al poder civil. Se prohíbe optar a cargos públicos y por consiguiente al de diputado, a los miembros en servicio activo de la Fuerza Armada y a los de la Policía Nacional Civil. Esta prohibición es explicable, porque aunque subordinados, tanto los miembros de la policía como los militares, participan de la autoridad del Estado y podrían prevalecerse de ella.

Los diputados se eligen por el sistema de representación proporcional, el cual sólo está señalado en la Constitución y que, de acuerdo a la misma, está regulado poruña ley que es el Código Electoral. Este ha adoptado el sistema del cociente electoral, como ya antes se explicó. Para esta elección se establecen circunscripciones electorales, las cuales eligen determinado número de diputados en base a la población. O sea que a mayor número de miembros del cuerpo electoral que tenga una circunscripción le corresponderá, proporcionalmente, mayor número de diputados a elegir.

Debe recordarse que éstos no representarán en el seno de la Asamblea a la circunscripción electoral que los eligió, ni a quienes dieron por ellos sus votos, ni al partido político que los presentó como candidatos en sus listas. El diputado representa al pueblo entero, a lo cual ya nos hemos referido.

B. Su funcionamiento

Como ya se dijo, la Asamblea Legislativa es un cuerpo colegiado. Sus decisiones son tomadas colectivamente, es decir como un cuerpo independiente de sus integrantes. Los diputados concurren con sus opiniones a la formación del pensamiento que impregnará o dará forma a la resolución de la Asamblea, la cual se toma por votación, aplicando las reglas que la misma Constitución establece y que son completadas por el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, el cual es adoptado por ella misma.

La Asamblea delibera con la mayoría de sus miembros, cuyo número no está determinado por la Constitución, sino que por el Código Electoral con base en la población. Por tanto, es sujeto de cambios.

Para tomar resolución en los casos normales se requiere el voto favorable de la mitad más uno de los diputados electos, Art. 123.

En ciertos casos, la Constitución exige mayorías especiales como son:

1. Tres cuartas partes, por lo menos, de votos favorables de los diputados electos, para:

   a. Suspender las garantías individuales referentes a los derechos del detenido y a la duración de la detención administrativa, Art. 29 inciso 2do.

   b. Ratificar tratados conducentes a someter a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites o el territorio de la República, Art. 147, inciso 1ro.

2. Dos tercios, por lo menos, de los votos de los diputados electos para:

   a. Declarar la incapacidad física o mental de Presidente, del Vicepresidente de la República o de los funcionarios por ella electos, Art. 131, numeral 20.

   b. Suspender y restablecer las garantías constitucionales en los/*a*'' casos que no sean comprendidos en el párrafo a.1., Art. 129 inciso 1ro. y 131 numeral 27.

   c. Ratificar proyectos de ley que hayan sido vetados por el Presidente de la República, Art. 137, inciso 2do.

   ch. Aprobar empréstitos contraidos por el Organo Ejecutivo, dentro o fuera de la República, en caso de grave y urgente necesidad, así como garantizar obligaciones contraidas por entidades estatales o municipales de interés público.

d. Elegir y destituir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura; los titulares del Ministerio Público y los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral propuestos por la Corte Suprema de Justicia, Art. 131, numeral 19.

A excepción del caso del proceso de formación de la ley que está regulado en la propia Constitución, en los Arts. del 133 al 143, no existen reglas constitucionales para el régimen de debates, de nombramiento de funcionarios y empleados auxiliares, despidos, traslados y promoción de los mismos; ni en general para el funcionamiento de la Asamblea. Si está previsto que sea ésta, como ya lo indicamos, la que se dé su propio reglamento interno, por lo que se dice que goza de autonomía funcional.

Además goza de autonomía financiera, por cuanto elabora su presupuesto y lo remite al Ejecutivo para su sola inclusión en el Presupuesto General del Estado.

C. Sus competencias

1. Participación en el proceso de formación de la ley[1173] Es común decir que la principal competencia de la Asamblea Legislativa es la de legislar, o sea elaborar las normas jurídicas abstractas y generales y así lo reconoce nuestra Constitución en el final del artículo 121, cuando establece que "a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar".

   Esta afirmación es relativa. En primer lugar, porque la Asamblea no inicia el proceso de formación de la ley, sino que es la receptora de las iniciativas en tal sentido. A ésta le corresponde ciertamente a los diputados, pero en su carácter individual. Además, tienen tal facultad el Presidente de la República por medio de sus Ministros; la Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Organo Judicial, al ejercicio del Notariado y de la Abogacía y la jurisdicción y

1173 Ver supia Cap. III.

competencia de los Tribunales; y a los Concejos en materia de impuestos municipales, Art. 133.

En segundo lugar, si bien la Asamblea Legislativa tramita las iniciativas de ley, las hace objeto de dictamen, las discute y las aprueba, necesitando del concurso del Presidente de la República para que la ley sea perfecta. Es decir, que en el proceso de formación de la ley participa también el Presidente de la República y como ya lo hemos visto, en ocasiones, también la Corte Suprema de Justicia, decidiendo si el proyecto de ley es o no constitucional.

2. Control político[1174]

3. Administración. Hemos dicho que la Asamblea Legislativa es un órgano con autonomía funcional y financiera. Para asegurar ésta debe de ejecutar actos de administración, tanto en el sentido lato, como en el jurídico. De ahí que elabora su Reglamento Interno, nombra su personal subalterno, contrata y realiza demás actos jurídicos necesarios para desempeñar sus funciones. En este sentido la Asamblea Legislativa es una empresa pública y debe ceñirse a los principios propios de la ciencia de la administración y además, hacerlo autónomamente, a fin de no ser interferida en su función por los otros órganos. Desde luego, esto no incluye el control contable de la Corte de Cuentas de la República.

4. Lo jurisdiccional. Excepcionalmente, la Asamblea Legislativa ejerce, además, funciones jurisdiccionales, las que se derivan de diferentes supuestos:

   a. De la responsabilidad de los funcionarios públicos, quienes están obligados a cumplir la Constitución y las leyes de la República y sujetos a las sanciones que las mismas establecen en casos de infracción. Pero debido a su delicada función y a que ello les hace susceptibles de ser acusados injustamente, por resentimientos o por entorpecer su labor, a la función pública de alto nivel se le

1174 Ver supra Cap. VII.

protege con cierta inmunidad, lo cual no significa impunidad. Lo que quiere decir la inmunidad es que el funcionario sospechoso de haber cometido un delito estará en ejercicio de sus funciones y gozará de la libertad correspondiente mientras no sea sujeto de iniciar el procedimiento especial destinado a determinar si hay o no lugar a iniciar el antejuicio, o de un juicio procedimiento regular. Esto es lo que se llama enominación que viene de que en realidad no se trata de culpabilidad que haga la Asamblea, sino de un apreciación de todos los elementos y pruebas a su disposición para decidir si hay mérito para que el proceso pernal se inicie.

Si la Asamblea Legislativa encuentra que hay lugar a formación de causa pasa las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determina la ley y ésta conoce en Primera Instancia y de su sentencia definitiva conoce en recurso, una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia y ésta en Pleno conoce de la sentencia de aquélla. Ver Arts. 236 y 238[1175]

b. Del control que la Asamblea Legislativa tiene sobre ciertos funcionarios de su nombramiento, a los cuales puede destituir mas no sin oirlos previamente en juicio, a fin de no violar la garantía de audiencia que la Constitución ha consagrado en su Art. 11. Esta no señala el procedimiento para tal efecto, por lo que fue necesario emitir una ley secundaria.

c. De la autonomía administrativa de que goza la Asamblea Legislativa, la cual implica el nombramiento y destitución de funcionarios y empleados subalternos; destitución que no puede hacer sin oirlos y vencerlos en juicio, a menos que sus casos estén cubiertos por el Tribunal del Servicio Civil.

I 175 I.os funcionarios que gozan de este anlejuieio son: *lÁ* Presidente y el Vice-Presidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de listado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Jvisticia y di[1] las (amaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del 'Tribunal Supremo Flectoral y los representantes diplomáticos.

5. Concertación política. Si la Asamblea Legislativa es, como debe ser, plural, política e ideológicamente hablando, se volverá frecuentemente necesario buscar arreglos o concertaciones políticas, dependiendo del número de diputados que cada partido tenga para obtener el número de votos necesarios para tomar ciertas resoluciones. De esta manera, los diferentes partidos se harán recíprocas concesiones conducentes a una mejor armonía dentro del Cuerpo Legislativo. De ahí que Rubén Hernández Valle ha dicho que: "el Derecho Parlamentario no se agota en el análisis del conjunto de relaciones interinstitucionales, pues también debe tomar en cuenta el fundamento sociológico que subyace a esas instituciones"..."Verbigracia, cómo ignorar las negociaciones que se dan cotidianamente entre todos los partidos políticos representados en el Parlamento, así como las que se realizan entre la oposición y el Gobierno? La democracia moderna es una democracia de consensos"[1176]

6. El Derecho parlamentario. Dado que, por una parte, las normas que rigen la organización y funcionamiento de los parlamentos; y de que por otra parte, la vida de los mismos está influenciada por factores extraconstitucionales e incluso extralegales, ha nacido y se ha desarrollado ampliamente una rama del Derecho político, denominado Derecho parlamentario, el cual incluye no sólo las normas constitucionales y reglamentarias, sino que, además, los principios y costumbres que permiten que un parlamento funciones adecuadamente y cumpla sus finalidades que, como acabamos de señalar, no se agotan en la formación de la ley.

3.5. El Organo Ejecutivo

3.5. J. Antecedentes

Todo grupo, pequeño o grande, necesita una dirección que lo cohesione, lo conduzca o por lo menos lo oriente. De donde resulta que

l l'/fr Rubén Hernández Valle. **Derecho Parlamentario Costarricense,** cit. p. 13.

lo que ahora se llama Organo Ejecutivo, habrá sido en sus inicios el jefe o líder del clan, el cual ha existido y existirá posiblemente siempre, al menos hasta cuando la humanidad no alcance un grado de cultura tal que esa conducción no sea necesaria, pero aun en ese improbable supuesto, el desarrollo de la sociedad y sus consiguientes intercomunicaciones serán de tal magnitud y de tal complejidad que exigirá un cuerpo, sino director, regulador y organizador, de manera que la administración será siempre una cientia necesaria y los expertos en la misma o sea los administradores, serán requeridos en forma creciente y la sociedad política no escapa a esta consideración.

El poder al que podríamos llamar Ejecutivo ha sido ejercido de diferentes formas, a veces, como en la Grecia antigua, unido a formas democráticas o aristocráticas. Lo mismo sucedió en Roma y en el mundo judío.

En la Edad Media el monarca era lógicamente el gran administrador, al menos jurídicamente. Cuando su poder se desarrolló y su riqueza se acrecentó, algunos se dedicaron a los entretenimientos, al deporte, al arte, etc. y se alejaron de la aburrida conducción de los negocios públicos, la que fueron confiando a "favoritos" que son los antecedentes de los primeros ministros. Nace ahí la dualidad entre el jefe del Estado y el jefe del gobierno, que, aún ahora, en algunos estados se observa.

Al nacer el movimiento constitucionalista, el Parlamento o Asamblea, adquiere gran importancia y empieza a participar, no sólo en la formación de la ley, sino, en cierta medida, en la conducción de los negocios públicos; ya controlando al'Ejecutivo, dándole su confianza o retirándosela, según los sistemas adoptados. Por otra parte, y paralelamente, los jueces que antiguamente ejercían su función de administrar justicia a nombre del monarca, empiezaron ha hacerlo en forma independiente no sólo de la Asamblea o Parlamento sino también del jefe del Estado y en general del llamado Organo Ejecutivo. Resulta entonces que se separan del tronco central las funciones legislativas y jurisdiccionales y el resto queda en manos del Ejecutivo, que comprende desde luego, la Administración y todas aquellas otras funciones que no le fueron transferidas a las nuevas ramas disgregadas del gobierno

central. A esto se ha llamado "poder residual"[1177] y de ahí que algunos detinen la función administrativa o ejecutiva en forma negativa o sea por exclusión, diciendo que es aquella que no tiende a la formación de la ley, ni a la aplicación de ésta, en casos de controversia.

Manuel María Diez dice que "La administración podría definirse desde el punto de vista material, tal como la actividad práctica que el Estado desarrolla para satisfacer de modo inmediato los intereses públicos que asume como propios. Dijimos que la administración satisface los intereses públicos de un modo inmediato. Esto no puede decirse de la legislación ni de la justicia que actúa en forma mediata. En la legislación el Estado establece cómo determinados intereses deberán ser satisfechos pero no los satisface directamente. Crea entes a los cuales confía el cumplimiento directo de algunos fines. En el ejercicio de la función judicial el Estado aplica la norma dictada por el legislador, exigiendo su cumplimiento y sustituye su voluntad a la de las partes. En el ejercicio de la función legislativa el Estado no satisface de un modo inmediato los intereses en juego sino que dirige, limita y condiciona la conducta de los particulares a que se refieren esas disposiciones. En la actividad administrativa el Estado ejerce una acción propia, análoga a la de los otros sujetos, sean personas físicas o jurídicas, que viven dentro del ordenamiento"..."Laactividad administrativa es práctica. La legislativa y la judicial se expresan por medio de actos psíquicos de voluntad y de

I 177 Al respecto Manuel María Diez su expresa así: "Iin Ja época del Estado policía todos los poderes estaban en manos del príncipe. Con posterioridad se desprende la justicia, que comienza a funcionar como poder independiente, y el principe mantiene en sus manos la administración y la legislación. Después la legislación seguirá el camino de la justicia y entonces aparecen en la organización del listado los tres órganos: legislativo, ejecutivo y judicial. Los órganos legislativo y judicial se han ido formando con las competencias que han quitado de manos del principe, antiguo monarca absoluto, al que le quedó únicamente la función ejecutiva, una vez realizadas las anteriores sustracciones. De allí el carácter residuario del órgano ejecutivo y por ello que las funciones que desempeña no sean homogéneas. Las Junciones que desempeñara el príncipe fueron trasladadas, en paite, al órgano legislativo y al judicial por aplicación del principio de la teoría de la división de los pedieres. Fil residuo le lia quedado al órgano ejecutivo. La actividad que realice el órgano ejecutivo se llamará administración, independientemente de su contenido o sustancia. La administración se caracteriza por la subordinación, ya que el órgano inferior depende jerárquicamente del superior que puede darle instrucciones y a quien debe obediencia". Op cit. p. 22.

juicio, los que influyen sobre la actividad material de otros sujetos pero no contienen algún elemento de esa actividad"[1178]

3.5.2. Tipología

Tradicionalmente los órganos comprendidos dentro del órgano fundamental denominado Ejecutivo, están divididos en dos tipos o modelos: monismo y dualismo, según que el Ejecutivo esté centrado en un solo órgano o en dos. Y como señala Vergottini, estos modelos, a su vez, permiten "algunas distinciones según los órganos se formen unipersonalmente (monocráticos) y/o pluripersonalmente (colegiados)"[1179]. La tendencia actual es al monocratismo. Los ejecutivos colegiados están en franca minoría.

Como ejemplo del Ejecutivo monista monocrático se señala el de los Estados Unidos de América, que está formado por el Presidente; y si bien tiene un Gabinete colegiado que lo asesora, éste es presidido por aquél y además los Secretarios de Estado son sustituibles a voluntad del Presidente y sin relevancia constitucional.

"Una situación semejante desde el punto de vista meramente organizativo se da en las Constituciones iberoamericanas que pueden considerarse insertas en la forma de Estado de derivación liberal"[1180] Sin embargo, los autores consideran que si bien las antiguas colonias portuguesas y españolas del Nuevo Mundo se inspiraron en la Constitución americana de 1787, las tradiciones coloniales, la influencia de un clero conservador "y un mal desarrollo de la economía, favorecieron, a través de golpes de Estado, un desequilibrio de las instituciones, que desemboca en un considerable reforzamiento del Ejecutivo y en la correlativa pérdida por parte del Parlamento; en una palabra, en un régimen autoritario, aunque quizá teñido de populismo"[1181]. Cabe señalar que Chile hasta el año 1973, que es

117X Ihíd, p. 20.

I 179 C'onsullar (iitiscppe de

Vcr^otlini, op. cil. pp. 356 a 3X6. 1

1181 Andró IIaimou, cil. p. 946.

derrocado el Presidente Allende, fue excepción, como lo ha sido Costa Rica desde 1945 y pretende serlo El Salvador desde 1983.

El Ejecutivo monista colegiado es actualmente el de Suiza, desde la Constitución de 1784, la cual confía el gobierno a un colegio de siete miembros, el Consejo Federal, conocido también como Directorio y cada uno de los miembros del mismo desempeña la Presidencia de la Confederación (en realidad es una Federación). También tuvieron ejecutivos colegiados, el Uruguay, con su Consejo Nacional de Gobierno, durante la vigencia de la Constitución de 1952, la cual fue interrumpida por un golpe de estado militar y posteriormente, al restablecerse la legalidad, se ha instituido un Presidente monocrático; y Centroamérica, en 1921, cuya Constitución establecía que el Poder Ejecutivo sería ejercido por un Consejo Federal, compuesto de delegados (un propietario y un suplente) popularmente electos, provenientes de cada Estado. El período del Consejo era de cinco años. Esa Federación estuvo integrada por Guatemala, Honduras y El Salvador, cuyos delegados la aprobaron por unanimidad el 19 de enero de 1921. Nos narra Gallardo que: "El gobierno de Honduras la aprobó por acuerdo de 1ero. de febrero y el Congreso Nacional lo ratificó por aclamación el día 3. La Asamblea Legislativa de El Salvador lo ratifico por aclamación el 23 de febrero, y la ratificación por la Asamblea Legislativa de Guatemala data del 6 de abril". De acuerdo a ese mismo autor, y a lo planeado anteriormente, "el 13 de junio de 1921 se instaló en Tegucigalpa el Consejo Federal Provisional, integrado por los estados que habían aprobado el pacto" éste entró en vigencia el 1 ero. de octubre de ese mismo año, pero debido a un golpe de Estado militar del 5 de diciembre de ese mismo año, el Consejo Federal Provisional, acordó su propia disolución el 9 de enero de 1922. Fue efímera, pues la vida de esta Constitución y los centroamericanos no llegamos a tener una experiencia

1182

apreciable de lo puede ser un ejecutivo colegiado

El Ejecutivo dualista establece lo que Vergottini llama "el desdoblamiento entre dos órganos, uno monocrático (jefe del Estado monárquico o republicano) y otro colegiado (gobierno, que se define

l IXJ Wi Ricardo Gallardo. Las Constituciones de Jíl Salvador, cit. pp; 543 y ss.

distintamente según la terminología constitucional de los diversos ordenamientos). El ejecutivo dualista es connatural a las formas de gobierno que se consideran tradicionalmente como "parlamentarias" en las que la parte esencial de las facultades de orientación política se confían al empalme parlamento-gobierno en conexión con el vínculo fiduciario, manteniendo el jefe del Estado funciones de equilibrio y garantía. El ejecutivo dualista existe también en aquellos ordenamientos donde el jefe del Estado dispone de atribuciones de orientación gubernamental (ordenamientos de tendencia presidencialista) [1183]. En esta forma de Ejecutivo, el jefe del Estado es un elemento moderador y además encarna la continuidad y la permanencia del Estado.

3.5.3. El Organo Ejecutivo salvadoreño

A. Antecedentes

En las Constituciones Federales, a excepción de la de 1921, se siguió el sistema presidencial monocrático y se le confió a un Presidente electo popularmente. En 1921, ya se dijo, se introdujo la novedad del Ejecutivo colegiado, pero la vida de la misma fue tan efímera que no llegó a funcionar.

En las constituciones estatales se ha seguido también el sistema presidencial monocrático, aunque la denominación en la de 1824, era la de Jefe del Estado, pero hay que recordar que se trataba de una Constitución de un Estado miembro de una Federación y no de un Estado soberano. En las constituciones de El Salvador independiente siempre se le ha llamado Presidente de la República y ha estado acompañado de Ministros y Subsecretarios (ahora Viceministros), pero éstos nombrados y removidos a discreción de aquél y sin funciones específicas designadas en la Constitución. Es decir que han sido Secretarios de Estado, pero no miembros de un Consejo de Ministros que tuvieran atribuciones constitucionales autónomas, aunque las pudieran tener por la vía del Reglamento Interno del Organo Ejecutivo.

1183 Op. cit. p. 362.

B. El Ejecutivo, según la Constitución vigente

a. Su formación

En las altas posiciones del Ejecutivo, la formación arranca del pueblo, o más exactamente del Cuerpo electoral, el cual por sistema de mayoría expresa quien de los candidatos propuestos por los partidos políticos es electo para desempeñar la Presidencia.

Es de advertir que el candidato debe de estar inscrito en el partido político que lo propone, lo cual está en consonancia con la idea de que la representación política en El Salvador, a partirde 1983, está vinculada a la actividad de los partidos políticos. De manera que la designación de la persona que ha de ejercer la Presidencia de la República en un período determinado se gesta en el seno de los partidos políticos, los cuales, de acuerdo a sus propios estatutos, deben elegir a su candidato y someterlo a la decisión del cuerpo electoral.

Puede suceder, como ya ha sucedido, que ninguno de los candidatos contendientes obtenga la mayoría necesaria para ser declarado victorioso y consiguientemente, ser llamado a desempeñar la Presidencia. En este caso se aplica el inciso 2do. del Art. 80 Cn. que manda que se lleve a cabo una segunda elección entre los dos partidos políticos o coalición de partidos que hayan obtenido mayor número de votos válidos[1184]

I IK-1 liste caso se presentó en la primera elección Presidencial bajo el imperio de la Constitución de 1983. Ninguno de los candidatos contendientes obtuvo la mayoría de votos necesaria para triunfar, siendo los dos que alcanzaron más votos, el Ing. José Napoleón Duarte de. la Democracia Cristiana y el Mayor Roberto D'abuisson Arríeta de la Alianza Republicana Nacionalista. En cumplimiento de la Constitución, se fue a una segunda ronda, o vuelta, como también se le llama y obtuvo el triunfo el primero de ellos, liste sistema de la segunda ronda fue adoptado en vista de que según el sistema anterior que contemplaba la Constitución de 1962, cuando se daba el caso mencionado, el Consejo Cent ral de Elecciones enviaba los resultados a la Asamblea Legislativa y ésta elegía entre los dos que habían obtenido mayores votos, lo que permitía que el vencedor fuera el que (wiuviese en minoría, si es que pertenecía al partido que len/a la mayoría en la Asamblea 1 ,egislativa.

El Presidente, dentro de sus atribuciones constitucionales, nombra libremente a sus Ministros y Vice-ministros de Estado, Art. 162, cuyo número y ramos están determinados en el Reglamento Interno del Organo Ejecutivo y también a sus Secretarios[1185] Le corresponde además nombrar al Jefe de Seguridad Pública y al de Inteligencia de Estado, Art. 162 parte final. . Los Ministros o los Viceministros, en su caso, nombran a los demás funcionarios públicos, con el refrendo del Presidente; y de esta manera se conforma toda la estructura gubernamental, a cuyo cargo está la planificación, la ejecución y el control de la gestión administrativa.

b. Su composición

Según indican los redactores de la exposición de motivos de la Constitución de 1950, ésta no introdujo grandes innovaciones en el sistema p resi d ene i alista mantenido por las anteriores constituciones . Consecuentemente, el Poder Ejecutivo se le confió al Presidente de la República y a los Ministros y Subsecretarios de Estado. Estos últimos no estaban contemplados en las constituciones anteriores como miembros del Poder Ejecutivo y su inclusión se debió al deseo de darles voz y voto en los Consejos de Ministros, en los cuales sólo habían tenido la primera pero no el segundo.

También al no limitar al Presidente de la República el ejercicio del Poder Ejecutivo, se trató de introducir un control intraorgánico a fin de que en ciertas ocasiones, que serían previstas por el Reglamento Interno, fuera necesaria la concurrencia de los votos de los Ministros y de los Subsecretarios y por otra parte, se dispuso que los actos del Presidente debían ser refrendados por el Ministro o el Subsecretario respectivo.

1185 De conformidad con el An. 46 del Reclámenlo Interno dei Organo Ljecutivo, para el desempeño de las funciones propias de la presidencia de fa República, el Presidente cuenta con cuatro Secretarías: Secretaría Particular. Secretaría Privada. Secretaría Nacional de Comunicaciones y Secretaría de la Lamilia.

1186 Hste Art. I62 fue reformado por Decreto Legislativo No. 152 del 30 de enero de 1 992.

1187 Se refiere a las constituciones nacionales, pues en las federales en 1921 se adoptó el ejecutivo colegiado, pero no el parlamentarismo.

Esa actitud del Constituyente del 50, que fue mantenida por el del G2, es cambiada un tanto por el del 83. En primer lugar, incluyeron dentro del Organo Ejecutivo (antiguo Poder Ejecutivo), al Vicepresidente de la República y a los funcionarios de la Administración Pública. "La razón" dijeron los redactores- "de incluir al Vice-Presidente de la República es la de que, según el proyecto, forma parte del Consejo de Ministros, al que se confieren determinadas atribuciones. En cuanto a los demás funcionarios, dependen de la administración pública y se incluyen por cuanto ciertamente forman parte de este órgano gubernamental, aún cuando la Constitución no exprese cuáles son sus atribuciones que se definen en la legislación secundaria"[1188]

Cuando se refirieron al Consejo de Ministros, los redactores de la Constitución del 83 se expresaron, en lo pertinente, así: "Las atribuciones y obligaciones que en el anteproyecto, esto es la Constitución de 1962, se confieren en términos generales al Poder Ejecutivo, se dividen en el Proyecto entre el Presidente de la República y el Consejo de Ministros, que está integrado por el Presidente, Vice-Presidente y los Ministros"..."Ha sido la idea de la Comisión la de otorgar al Consejo de Ministros un rango de acuerdo con la responsabilidad que la propia Constitución le atribuye, en aquellos asuntos que atañen a toda la Administración y no sólo aun ramo específico del Organo Ejecutivo. Entre estas, como se ha visto, se incluyen las grandes decisiones de orden político, como son las relativas a la suspensión de garantías y al Plan General del Gobierno. La falta de un órgano como el Consejo de Ministros que se configura, ha permitido en el pasado que existan políticas en los distintos ramos de la Administración que no sólo no son coincidentes sino que pueden ser hasta opuestas"[1189]

La idea de los redactores del proyecto tendiente a establecer un ()rgano Ejecutivo colegiado que coordine la políticas del Estado, lo que necesariamente desemboca en un control por parte del Consejo de

I IKK *#i#* Salvador. Asamblea Consiiiuyenie, Informe linio», Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos de la Constitución de 1^83), cit. p. 66.

I IX') Ihíd. p. 67.

Ministros hacia el Presidente de la República, fue aceptada por el Pleno y de esta manera, en el texto de la Constitución quedaron plasmados tres diferentes clases de órganos que ejercen la función ejecutiva:

1. El Presidente de la República, quien en caso de faltar es sustituido por el Vice-Presidente de la República, y si éste a su vez faltare, por uno de los dos Designados a la Presidencia, por el orden de su nominación. Si todos estos faltaren por cualquier causa legal, es la Asamblea la que designa a la persona que ha de sustituir al Presidente por el resto del período, Art. 155.

2. El Consejo de Ministros, integrado por el Presidente y el Vice-Presidente de la República y los Ministros de Estado o quienes hagan sus veces, Art. 166.

   La Constitución no estableció, como debiera de haber hecho, el régimen sobre quorum ni sobre número de votos para que el Consejo tome decisiones validamente. Sin embargo, se pretendió salvar la omisión confiándole al propio Consejo el darse su Reglamento Interno y además elaborar el del Organo Ejecutivo. El problema siempre subsiste por que no hay reglas sobre las reuniones en las cuales el Consejo discute y aprueba los reglamentos[1190]

   Sin embargo, la Constitución sí les señala competencias, la cuales son muy importantes, entre ellas elaborar el Plan General del Gobierno, el Proyecto de Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado y de la reformas al mismo cuando se trate de transferencias entre partidas de distintos ramos de la Administración Pública; la autorización de erogación de sumas extraordinarias para atender necesidades provenientes de guerra, de calamidad pública o de grave perturbación del orden, si la Asamblea Legislativa no estuviere

1190 De acuerdo al An. 26 del Reglamento Interno del Organo Ejecutivo se establece i¡ue: "para (jue el Consejo de Ministros pueda sesionar válidamente, será necesaria la asistencia de los dos tercios de sus miembros; y para lomar resoluciones, será necesario el acuerdo de la mayoría de los miembros asistentes".

reunida[1191] informando inmediatamente a la Junta Directiva de la misma, de las causas que motivaron tal medida, a efecto de que reunida que fuere ésta apruebe o no los créditos correspondientes; proponer a la Asamblea Legislativa la suspensión de las garantías constituciones y suspenderlas y restablecerlas directamente si aquélla no estuviere reunida, Art. 167 ordinales 2o. 3o. 4o. 5o. y 6o, respectivamente.

3. Los demás funcionarios que dependen de los Ministros y Subsecretarios de Estado o del propio Presidente de la República, como son los Secretarios, particular, privado, de comunicación y de la familia. Desde luego, este conjunto de funcionarios, en forma jerarquizada y descendente, en cuanto facultades, conforma la burocracia estatal del Organo Administrativo y de él depende, en gran medida, la eficacia de la gestión pública.

Cabe preguntarse si con la atribución de las mencionadas facultades al Consejo de Ministros se ha modificado la estructura del Ejecutivo y se ha incursionado, tal vez moderadamente, en el sistema dualista, abandonando el tradicional sistema monocrático. No es posible a la fecha, hacer un juicio definitivo sobre esta cuestión, porque, de una parte, todos los Consejos de Ministros que han habido desde la vigencia de la Constitución del 83 han sido formados por personas que pertenecen al mismo partido político o que si son independientes, lo son sólo en cuanto a que no están inscritos en las listas del partido, pero si simpatizan abiertamente con la ideología y plataforma del mismo. Por otra parte, las actas del Consejo de Ministros no son publicadas y por tanto, no es posible enterarse si el Presidente, en algunas ocasiones, ha sido frenado en sus intenciones por la mayoría del Consejo, dado que no se puede descartar que, aun siendo todos del mismo partido político, <;n ciertos momentos las discrepancias pueden ser tales, que el Presidente quede en minoría y por consiguiente, el Consejo podría tomar una resolución o rechazar una propuesta en contra del parecer Presidencial.

I l‘) l Actualmente, la Asamblea Legislativa se reúne periódicamente, es decir sin largos recesos como ocurría antes, por lo que esta Jacultad que se le concede al Organo Ejecutivo, ya no tiene mucha operancia.

c. Su funcionamiento

El Organo Ejecutivo se rige en el alto nivel por su Reglamento Interno y por el Reglamento del Consejo de Ministros, los cuales son elaborados por este último, con total autonomía respecto de los otros órganos del Estado. Tiene pues, al igual que el Legislativo, autonomía funcional. Pero no la tiene en lo financiero, porque el presupuesto para su funcionamiento, si bien es aprobado en principio por uno de sus órganos internos, el Consejo de Ministros, necesita para que sea aplicable de la aprobación definitiva de la Asamblea Legislativa.

En lo que se refiere a los niveles subalternos, normalmente Direcciones Generales, las que a su vez están compuestas de secciones, según las materias, están regidas por el Derecho administrativo, el cual no está codificado, sino que disperso en diferentes cuerpos legales y reglamentarios.

El funcionamiento del Organo Ejecutivo, además de los controles político propios del Organo Legislativo, está sujeto a los controles de constitucionalidad y de legalidad. El primero es ejercido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por la vía del amparo. El segundo lo es por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corte a través del procedimiento de ese mismo nombre. En el primero se discute si hay o no violación de un derecho constitucional de un gobernado. En el segundo se discute si la Administración ha violado, no la Constitución pero si el régimen de legalidad que ampara al administrado[119]

Desde luego, cada órgano secundario está regido por una ley, la cual suele estar a su vez reglamentada. La ley debe pasar por el tamiz de la Asamblea Legislativa, pero el reglamento es competencia del Presidente de la República en el ramo respectivo y debe estar enmarcado en el ámbito de la ley.

Lo que se dice respecto a estos reglamentos que se llaman ejecutivos no es aplicable a los Reglamentos Internos del Organo

I 192 Ver supla Cap. Vil

l |ci:ut¡vo y del Consejo de Ministros, pues éstos son autónomos y no turnen más límites que los que señala la propia Constitución

ch. Sus competencias

l Conducción política. Esta es quizá la principal responsabilidad del Organo Ejecutivo y especialmente del Presidente de la República y del Consejo de Ministros. A ellos les corresponde diseñar los planes y las estrategias necesarias para la consecución de los fines que la Constitución le señala al Estado.

Lo anterior implica la recolección de los datos necesarios y su evaluación para poder tomar las decisiones que sean conducentes a los fines previstos para el período presidencial de que se trate; la elaboración de los proyectos de ley que tiendan al mismo fin; la elaboración y aprobación de los reglamentos de dichas leyes una vez que, previo el trámite correspondiente han entrado en vigencia; la gestión interna entre los diferentes grupos políticos y de presión a fin de, conservando la estabilidad social, se lleven adelante los planes gubernamentales; la gestión exterior con el objeto de obtener la paz internacional y la colaboración de los estados amigos y de la organizaciones internacionales para los distintos aspectos implícitos en el desarrollo del país; eventualmente, en caso de conflicto, le corresponderá al Ejecutivo o bien la gestión de la suspensión de las garantías constitucionales o *el* establecimiento de la misma si la Asamblea estuviere en receso o lo que puede ser más grave la petición a ésta, si se tratare de conflicto con otro Estado, de la declaratoria de guerra y si ello le fuere concedido, será atribución suya la conducción de la misma, así como la gestión de la paz, llegado el momento.

Conducción administrativa. Consiste en la ejecución concreta de las leyes, de los reglamentos y de los planes de gobierno, a través de actos concretos e individualizados, creadores de normas y situaciones jurídicas particularizadas, también con el fin de lograr la

realización de los fines del Estado, dentro de la concepción que el gobierno ha diseñado en ejercicio de su competencia de conducción política.

3. Control político. Ya hemos visto que el Organo Ejecutivo ejerce actos de control tanto respecto del Legislativo, en el proceso de formación de la ley y otros aspectos, especialmente el financiero y también los ejerce respecto al Organo Judicial y de los órganos independientes[1194].

4. El monopolio de la fuerza estatal. Al Presidente de la República le corresponde la jefatura de la Fuerza Armada y su control, así como el nombramiento del Director de la Policía Nacional Civil y del Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional. Esto está en concordancia con la disposición constitucional que prohíbe que existan grupos armados, loque implica que el Estado tiene el monopolio de la fuerza y lo ejerce a través del Organo Ejecutivo, aunque a veces requiere la autorización de la Asamblea Legislativa (para declarar la guerra). Desde luego, el ejercicio de los poderes derivados de ese monopolio está enmarcado, como toda actividad estatal, dentro de lo dispuesto por la Constitución y las leyes.

5. Participación en el proceso de formacion de la ley[1195]. El Organo Ejecutivo juega un papel muy importante en la formación de las normas jurídicas generales. En primer, ya lo hemos dicho, porque posee la conducción política del Estado y los medios materiales, informáticos y humanos, para elaborar los proyectos de ley y en segundo lugar, porque elabora autónomamente, aunque dentro del marco de la ley y de la Constitución, los reglamentos que viabilizan la ejecución de la ley; reglamentos que, si bien no son leyes en el sentido formal de la expresión, lo son en el sentido material.

   Además, el Presidente de la República por medio de sus Ministros, tiene iniciativa de ley a efecto de no tener trabas legales que le

1194 Ver supra Cap. VII.

1195 Ver supra Cap. III.

impidan poner en marcha el proceso legislativo y además, también lo hemos indicado, posee la atribución de examinar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea a efecto de determinar si a su juicio, son constitucionales y si son convenientes.

3.6. El Organo Judicial

3.6.1. Su importancia

Para algunos el Organo Judicial o Poder Judicial, como tradicionalmente se le ha llamado, no participa del hacer político, mudo testigo como decía Montesquieu, su actuación se le ha visto reducida a la mera aplicación de una ley que han hecho otros órganos del Estado y que incluso para ejecutar sus decisiones necesita el auxilio administrativo del Organo Ejecutivo. No ha dependido en términos generales de él la investigación de los delitos, que ha estado a cargo de cuerpos policíacos dependientes también del Ejecutivo; y finalmente, salvo lo que se refiere a su propio funcionamiento no participa de la administración del Estado. Por lo anterior, no faltan autores que omiten toda consideración respecto a este órgano o poder y se centran en la actividad y funcionamiento de los otros dos poderes u órganos fundamentales.

Esta visión, si bien tiene su explicación histórica y tiene su basamento en la doctrina antigua y tradicional, dista mucho de reflejar la situación contemporánea, porque si bien es cierto que no es misión del Organo Judicial el hacer la ley ni participar de la administración del Estado, si juega un papel muy importante en la política general del mismo. En primer lugar, porque es el vehículo a través del cual se puede volver realidad el cumplimiento de uno de los fines más importante que tiene el Estado, como es el de que haya justicia o que se le dé, como diría Aristóteles "a cada quien lo que le corresponde". Sin Organo Judicial los particulares tendrían que dirimir directamente sus contiendas lo que implicaría volver a una especie de estado de naturaleza de todos contra todos, como diría Hobbes y además no habría certeza jurídica en una serie de situaciones que si bien no implican confrontación de intereses si necesitan la calificación previa y la declaración del Estado para surtir

efecto, como las sentencias referentes al estado civil subsidiario, el divorcio y otros casos similares.

Pero además, a partir de la creciente participación de la Corte Suprema Justicia de los Estados Unidos en el control de constitucionalidad de las leyes, este sistema se expandió por todo el mundo, aun cuando no necesariamente calcándolo, sino asumiendo sus propias características nacionales. De esta función surge una labor política de parte del Organo Judicial respecto a la constitucionalidad de las normas generales del Estado, lo que lleva, incluso a la posibilidad, consagrada en los textos constitucionales de que una ley sea retirada del cuerpo normativo del Estado por una decisión del Tribunal Constitucional.

Además, implícita en la noción del Estado de derecho se encuentra el control, por parte del Organo Judicial no sólo de la constitucionalidad sino también de la mera legalidad. Es cierto que este control en algunos países ha sido confiado a órganos administrativos, pero la tendencia es que la desempeñe el Organo Judicial; es lo que se conoce con el nombre de lo contencioso administrativo.

El Organo Judicial es el encargado de ejercer la función jurisdiccional, esto es la declaración del derecho en casos concretos de controversia entre partes vinculadas por una relación jurídica determinada.

3.6.2. Su formación

Procede de la Asamblea Legislativa, quien nombra a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los cuales como cuerpo colegiado, nombran a los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz de las ternas que le proponga el Consejo Nacional de la Judicatura; a los Médicos Forenses y a los empleados de las dependencias de la misma corte; los puede remover, conocer de sus renuncias y concederles licencias.

El personal subalterno es nombrado de acuerdo a las reglas establecidas en una ley secundaria, que es la Ley Orgánica Judicial, que

regula la administración interna de los tribunales en lo que no está previsto por la Constitución. Advertimos aquí una diferencia sustancial con los otros órganos fundamentales del Estado que gozan de autonomía funcional plena[1196] El Organo Judicial goza también de tal autonomía, pero su marco legal se le fija heterónomamente por un órgano diferente, aun cuando tiene al respecto iniciativa de ley.

Los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura son electos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los diputados electos, Art. 187 inciso 2do.

El que los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura sean electos por la Asamblea Legislativa ha sido objetado por algunos juristas, quienes consideran que es inconstitucional porque, afirman que, implica una reforma a las regulaciones sobre la forma de gobierno y, por tanto, está en contravención al Art. 248 que prohíbe tal clase de reformas; agreganque esaforma de nombramiento interfiere con la independencia del Organo Judicial. Tales argumentos parecen ser más de orden político y emotivo que jurídico, dado que en manera alguna se altera la forma de gobierno ni se compromete la independencia del Organo Judicial. El hecho de que los nombramientos partan de otro órgano, como es el caso de los magistrados de la Corte Suprema, no significa que pierden su independencia en el ejercicio de su función que es la de juzgar. Sin duda hay maneras más adecuadas para integrar el Consejo Nacional de la Judicatura, como es, por ejemplo, el tomaren cuenta a las facultades de jurisprudencia, al cuerpo de jueces, a las asociaciones de abogados, y a la propia Corte Suprema. Pero, esto no es materia de constitucionalidad sino de conveniencia y es sabido que la conformidad de una ley con la Constitución no se mide porque sea buena o mala, sino porque esté o no conforme con las disposiciones de la Constitución.

I l'Hi Recordemos ijue lanío la Asamblea Legislativa como el Organo Ejecutivo se dan sus propios Reglamentos Internos.

3.6.3. Su composición

El Organo Judicial está compuesto por diferentes órganos, que tienen una interrelación diferente según se enfoque ésta desde el punto de vista del ejercicio de la función que le corresponde o desde su funcionamiento administrativo.

En el ejercicio de la facultad jurisdiccional participan diferentes órganos, no todos del judicial, podemos señalar los siguientes:

1. Organos auxiliares. No dependen del Organo judicial. Ellos son:

    a. El Ministerio Público, que es un órgano independiente, cuyos titulares son nombrados por la Asamblea Legislativa. De una de las ramas de ese Ministerio que es la Fiscalía General de la República depende la Comisión Investigadora de Hechos Delictivos.

    Esos órganos no tienen competencia jurisdiccional propiamente dicha, pero si son auxiliares de la administración de justicia, en varias direcciones.

    Le corresponde al Fiscal General de la República, entre otras facultades: la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad; "dirigirla investigación del delito, y en particular de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley. Ello no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. El Organismo de Investigación del Delito practicara con toda diligencia cualquier actuación que le fuere requerida por un juez para los propósitos señalados"; poner en marcha el proceso penal o intervenir en el mismo en el caso de comisión de delitos, Art. 193.

    También puede la autoridad administrativa, conforme al Art. 14 Cn. sancionar, mediante resolución o sentencia y previo al juicio

correspondiente, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multas.

La defensa de la familia y de las personas e intereses de los menores y demás incapaces así como de las personas de escasos recursos económicos. Ella corre a cargo de la Procuraduría General de la República, Art. 194.

La defensa de los derechos humanos depende de un Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, especialmente creado al efecto, Art. 194

b. La Policía Nacional Civii que no puede estar adscrita al Ministerio de Defensa, pero depende del Organo Ejecutivo, posiblemente lo será del Ministerio del Interior; y el Servicio Nacional de Inteligencia que depende del Presidente de la República.

2. Organos jurisdiccionales. Estos dependen del Organo Judicial y son:

a. La justicia menor o de paz. Instituida para conocer en materia penal, en las primeras diligencias y de las faltas, en materia civil y en juicios de menor cuantía; y servir como mediador en los juicios conciliatorios.

La tendencia actual es que estos funcionarios sean abogados y así lo exige, en la medida de lo posible, la Constitución, ya que el Art. 180 establece entre los requisitos mínimos para ser Juez de Paz, ser abogado de la República. Sin embargo, en el inciso segundo de la citada disposición se estatuye que: "En casos excepcionales, el Consejo Nacional de la Judicatura podrá proponer para el cargo de Juez de Paz, a personas que r;o sean abogados, pero el período de sus funciones será de un año", Art. 180.

b. La justicia de primera instancia que está a cargo de jueces letrados, con requisitos especiales señalados en el Art. 179 Cn, entre los que cabe mencionar "haber servido en una judicatura

de paz durante un año o haber obtenido autorización para ejercer la profesión de abogado dos años antes de su nombramiento".

c. La justicia de segunda instancia a cargo de cámaras integradas por dos Magistrados letrados con mayores requisitos que los de los jueces, ya que deben ser mayores de treinta y cinco años, haberservidoenunajudicaturade Primera Instancia durante seis años o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos ocho años antes de la elección, estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los seis años anteriores al desempeño de su cargo, Art. 177 Cn.

ch. La justicia de casación a cargo de Salas de la Corte Suprema de Justicia, integradas cada una por tres Magistrados, cuyas calidades son más exigentes que las de segunda instancia, ya que se requiere además ser salvadoreño por"nacimiento", haber desempeñado la Magistratura de Segunda Instancia durante seis años o una Judicatura de Primera Instancia durante nueve años, o haber obtenido la autorización para ejercer la profesión de abogado por lo menos diez años antes de su elección, Art. 176.

d. La justicia constitucional a cargo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, integrada por cinco Magistrados con las mismas calidades que las de las otras Salas y que conoce de las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, y reglamentos y de los procesos de amparo, del hábeas corpus y de calificación sobre si una ley es o no de orden público. También dirime competencias entre los diferentes órganos del Estado y además decide en caso de veto presidencial por inconstitucionalidad de un proyecto de ley, si éste o !a Asamblea Legislativa, tienen la razón.

e. La justicia administrativa, a cargo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, integrada por tres Magistrados, con la misión de velar por el mantenimiento de la legalidad de los actos administrativos.

3.6.4. Su funcionamiento

Desde el punto de vista del funcionamiento administrativo los tribunales que integran el Organo Judicial están regulados por la ya mencionada Ley Orgánica Judicial, que determina sus autoridades, que desde luego la de mayor jerarquía es el Presidente del Organo Judicial, que lo es a la vez de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Constitucional.

Cada organismo: Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz son los superiores jerárquicos de sus respectivos personales. Los Jueces y Magistrados gozan de estabilidad y pertenecen a la carrera judicial, la cual está regulada por la ley. El resto del personal de los tribunales está protegido por el servicio civil que tiene su propia ley y además jerarquía constitucional.

Los Jueces y Magistrados son independientes en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional se refiere y sus fallos sólo pueden ser modificados por los tribunales superiores cuando éstos quedan habilitados para conocer en grado.

Las decisiones de los jueces sólo tienen valor interpartes y consiguientes, únicamente vinculan a éstas, a ellos mismos y a los demás tribunales que hayan intervenido en el proceso. La única excepción a esta regla que admite la Constitución es la sentencia de la Sala de lo Constitucional que declara que una ley o norma de carácter general es inconstitucional. Por extensión, la ley secundaria ha extendido esta generalidad al caso contrario, cuando la Sala sostiene la constitucionalidad de la norma general cuestionada.

3.6.5. Su independencia

El Organo Judicial es independiente de los otros órganos e incluso para asegurar ésta se ha reformado la Constitución a efecto de garantizarle un presupuesto que en forma gradual llegará en el plazo de seis años al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado, lo que le da autonomía financiera.

Además se establecen períodos de permanencia para los Magistrados y Jueces, quienes no pueden ser separados de sus cargos sin causa legal y previa audiencia, lo que crea la carrera,judicial y les confiere estabilidad en el ejercicio de sus funciones, sustrayéndolos de los vaivenes políticos.

3.6.6. Sus competencias

1. Jurisdiccional. Esta es desde luego la competencia principal e incluso la que justifica la existencia del Organo Judicial. Es además el desarrollo de dos derechos individuales consagrados por la Constitución: El de acceso a la justicia y el del debido proceso.

   Ello supone algunos requisitos:

   a. Independencia de los juzgadores, que la única que puede garantizar de que el gobernado no va a ser juzgado por jueces que reciban instrucciones del Presidente de la República o de las demás autoridades del Estado.

      Esta independencia de la que ya hablamos requiere a su vez una carrera judicial legalmente reglamentada, preparación permanente y especialidad de los Jueces, garantía y estabilidad . de los mismos, condiciones que les proporcionen independencia y solvencia económica y demás que permitan que el juez sea un verdadero y pronto aplicador de la ley a los casos sometidos a su conocimiento. Existen en la Constitución excepciones en lo que se refiere a la profesionalidad de los jueces. Una de ellas es el sistema de jurados establecido para decidir si un imputado es culpable o no. La otra se refiere a que es posible que los Jueces de Paz no sean graduados en derecho.

   b. Honestidad de los juzgadores, lo cual en cierto sentido se cubre con las mismas regulaciones que las conducentes a su independencia añandiéndole un régimen estricto de control, de estímulos y de sanciones sobre los Magistrados, Jueces y Secretarios y personal subalterno. Esto incluso puede llegar y de

hecho es así a la tipificación como delitos, tales como el cohecho, el soborno y otros.

c. Diversidad de instancias, o sea la posibilidad, prevista en la Constitución de que los fallos de los Jueces inferiores sean revisados por tribunales superiores integrados con mayor número de juzgadores y a los cuales se les exige mayor experiencia y calidad profesional.

ch Régimen legal sustantivo que determine con justicia los respectivos derechos de todos aquellos que puedan verse vinculados por una relación jurídica de la naturaleza que sea: constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, etc.

d. Régimen legal procesal que desarrolle el principio del debido proceso, que es también un derecho fundamental reconocido por la Constitución.

e . Gratuidad de la justicia, a fin de que todo gobernado tenga acceso a la misma, aun cuando su condición económica sea débil. Esto se complementa con la institución de la Procuraduría General de la República en cuanto tiene a su cargo la defensa de los derechos de los indingentes.

2. Control jurisdiccional. Al Organo Judicial le están confiadas funciones de control de la constitucionalidad y de la legalidad, de lo que ya hemos hablado[1197].

3. Funciones administrativas. A excepción del nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, que realiza la Asamblea Legislativa, el Organo Judicial se rige libremente dentro del marco de su Ley Orgánica en lo que se refiere a su funcionamiento administrativo.

I I<)7 Ve. infla Cap. VII.

En cuanto a su régimen financiero dispondrá de una asignación no inferior al seis por ciento de los ingresos corrientes del presupuesto del Estado general de gastos de la Nación, Art. *YZ* inciso 4to.

4. Colaboración procesal internacional. Al Organo Judicial, juntamente con la Secretaríade Relaciones Exteriores, le corresponde lafunción de colaborar judicialmente con sus homólogos de otros estados, en los casos en que es necesario practicar diligencias judiciales en el territorio de otro Estado o en el nuestro provenientes de aquéllos. También es el Organo Judicial a través de su Corte Suprema el que da el "auto de pariatis", requisito necesario para homologar las sentencias dictadas por tribunales extranjeros que se han de ejecutar en el territorio de El Salvador.

3.7. Los Organos Autónomos

3.7.1. Centralización, desconcentración y descentralización o autonomía.

Generalmente los administrativistas constriñen la noción de descentralización, llamada también autonomía y autorquía, a la función administrativa, pero lo cierto es que la legislación y la realidad demuestran que el contenido de dichas formas de prestar los servicios públicos está conformado casi siempre, por el ejercicio de las tres funciones estatales típicas: legislación, administración y jurisdicción; por lo que preferimos hablar de gobiernos autónomos y no de entes administrativosdescentralizados.

Recordemos que las formas generalmente usadas para la prestación de servicios públicos son la centralización, la desconcentración y la descentralización.

1. Centralización.Estaconsisteenqueparasatisfacerelinterésgeneral todas las facultades de decisión en el Estado están atribuidas a órganos que de él forman parte. Es decir que, aun cuando hay distribución de funciones entre los diferentes órganos que conforman el aparato orgánico del Estado, es éste, como persona

jurídica, el titular de tales facultades y a la vez, el obligado a prestar los servicios públicos correspondientes.

2. Desconcentración. Como la forma recién diseñada no puede existir sino en un Estado muy pequeño, ha sido necesario, por razón de división del trabajo, organizar a los órganos superiores o fundamentales del Estado de tal mane raque las atribuciones de cada órgano, especialmente las del Ejecutivo, se confían a organismos menores pero jerárquicamente subordinados y controlados por los titulares de los órganos fundamentales. Cada organismo tiene su propia competencia, pero está sujeto al control jerárquico del superior correspondiente. Manuel María Diez sostiene que: "La desconcentración implica que el ente central, en base a una ley, ha transferido en forma permanente parte de su competencia a órganos que forman parte del mismo ente. Pero ese órgano desconcentrado al que el ente central transfiere parte de sus atribuciones propias, carece de personalidad jurídica y la desconcentración es simplemente un procedimiento a los efectos de agilizar la actividad de la administración central"[1198]. Caso típico entre nosotros es la Dirección General de Impuestos Internos y el Tribunal de Apelaciones de la Dirección General de Impuestos Internos, en relación al Ministerio de Hacienda, el cual a su vez forma parte del *Organo* Ejecutivo.

3. Descentralización o autonomía. Según el mismo autor: "La descentralización corresponde a un modo de administración en el cual se reconoce a los entes descentralizados una personalidad jurídica propia, distinta a la del Estado y un poder de decisión que corresponde a los órganos del ente. Centralizar, entonces, significa reunir todas las atribuciones en un ente supremo central y descentralizar implica transferir a entes dotados de personalidad jurídica, una parte de las atribuciones que corresponden al ente

[1199]

central, creándose un nuevo ente independiente de aquel" Ejemplos de está forma de gobierno en El Salvador son los

198 Op. cit. p. 132.

199 Ib id.

Municipios y la entidades autónomas, como CEL, ANDA, CEPA, La Universidad de El Salvador, etc.

La diferencia entre desconcentranción y descentralización puede resumirse en que ésta da lugar a la formación de sujetos de derecho diferentes del Estado, lo cual, conduce a que los entes descentralizados, si bien dentro del marco de la Constitución y la ley, tienen gobierno propio con capacidad legislativa limitada a su territorio o función, lo que no sucede con los organismos desconcentrados.

La descentralización o la autonomía puede ser de dos tipos: por territorio y por servicio o institucional.

Por una parte, la autonomía o descentralización se genera por la existencia de los municipios, comunidades naturalmente formadas, con identidad propia y conformadas por un conjunto de familias asentadas en su territorio local, lo cual induce, tanto por razones de buena administración como por motivos políticos, a establecer gobiernos que gozan, de mayor o menor autonomía respecto al Estado, sujeto político preeminente; y por la otra, razones técnicas y la necesidad de coordinar la administración de ciertos recursos que no pertenecen a un solo municipio, como el agua, la electricidad, instalaciones portuarias y otros, han generado la administración descentralizada por servicios o institucional, la cual en ciertos casos (la Universidad de El Salvador) obedece también a consideraciones de orden político.

3.7.2. La descentralización por razón del territorio

La forma principal de descentralización por razón del territorio es la federal, a la cual, nos hemos ya referido, en este mismo capítulo. Ahora nos limitaremos a la forma adoptada por nuestro constituyente, que es el municipio, el cual desde luego, no es creación suya sino solamente su reconocimiento y la determinación de los limites a su competencia. Pero antes de considerar este el municipio es conveniente referirnos a la división política del territorio.

A. Los departamentos políticos y sus gobernadores

De acuerdo al Art. 200 Cn., para la administración política se divide ol territorio de la República en departamentos cuyo número y límites se fijan por ley; y conforme al 202 "para el gobierno local, los departamentos se dividen en municipios".

El contenido de la expresión "administración política" empleada por la Constitución debe ser conceptualizada o determinada por la ley secundaria, ya que aquella no lo hace. Es un caso en el cual la ley opera como fuente del Derecho constitucional, pues no solo precisa el sentido de tal expresión, sino que además señala las funciones de los gobernadores departamentales, a cuyo cargo está la conducción política de los departamentos.

Esa ley es la del Régimen Político, la cual está vigente desde el siglo pasado y contiene, entre otras regulaciones, la división política del territorio de la República en catorce departamentos, treinta y nueve distritos y sesenta y dos municipios. Circunscripciones que solo pueden crearse o alterarse en su extensión por medio de una ley. Confía dicho cuerpo legal el gobierno de los departamentos a los gobernadores, cuyo período finaliza con el del Presidente de la República que los nombró quien además los puede separar de su cargo, lo cual puede también suceder por decisión de la Asamblea Legislativa en caso de antejuicio. Señalatambién la ley reglas administrativas de la oficina del gobernador y regula lo referente al secretario de la gobernación; establece las atribuciones de los gobernadores, las cuales pueden ser de naturaleza ejecutiva y jurisdiccional

a. Las funciones ejecutivas

La conducción política

De acuerdo con la Ley del Régimen Político a los Gobernadores les corresponden diversas atribuciones, de las cuales la principal es la conducción política de los habitantes del departamento. No es un órgano autónomo sino auxiliar del Organo Ejecutivo, es el órgano intermedio entre éste y los municipios y demás entes locales, No tiene facultades

legislativas; por tanto, en lo que al cumplimiento de leyes se refiere su labor se limita a hacer circular y velar por que se cumplan las leyes emitidas por el gobierno central.

Puede observarse que esta institución ha perdido importancia, pues dada la poca extensión del territorio nacional y la extraordinaria comunicación que existe entre la sede del gobierno, que es la capital y las cabeceras departamentales, en las cuales residen los gobernadores, la intervención de éstos se ve claramente minimizada, especialmente porque muchos, sino la mayoría, de los planes de desarrollo gubernamental cubren dos o más departamentos y más bien la coordinación se hace a través de organismos desconcentrados o centralizados, según el caso, dependientes de los ministerios involucrados en el proyecto de que se trate.[1200]. Para otros la gobernación se ha vuelto más bien protocolaria y ya no realiza la conducción política que en otras épocas le correspondía.

Las fundones propiamente administrativas

El Gobernador tiene a su cargo una serie de funciones administrativas, como:

1. Publicitar las leyes, resoluciones, reglamentos, ordenes y acuerdos del gobierno.

2. Mantener el orden y tranquilidad públicas, auxiliándose de la Fuerza Armada (hoy Policía Nacional Civil) para hacer cumplir las disposiciones de su competencia.

1200 ín un sentido nuiy crítico. no exento de amargura, un jurista salvadoreño y también político, el Dr. Morales HhrÜeh ha escrito que: ”Rn la práctica, en El Salvador, los gobiernos departamentales juegan un papel triste y nefasto, los gobernadores han devenido en funcionarios sin ninguna importancia, manipuladores de la más barata política eleccionaria y se han constituido en obstáculos a la iniciativa y progreso de los pueblos y a la actuación autónoma y democrática de las municipalidades''. José Antonio Morales Hhrlich. Kl Municipio en el Proceso de Desarrollo, Impresores Crisol. S.A.. San José Costa Rica. 197c), p. 5 1.

3. Ejercer supervisión sobre los establecimientos de beneficencia y enseñanza que sean costeados por la Hacienda Pública o con fondos municipales y los de reclusión o corrección penal (ahora a cargo de la Dirección General de Centros Penales y de Readaptación, dependencia del Ministerio de Justicia).

4. Presidir las sesiones de las municipalidades en cualquier pueblo donde se hallare cuando sea invitado por aquella, no votando sino encaso de empate .también preside las fiestas cívicas, salvo en las ciudades de Santa Ana, San Miguel y Cojutepeque, donde tienen la preferencia los Magistrados que componen las Cámaras de Segunda Instancia.

b. Las funciones jurisdiccionales

1. Conocer en apelación de las resoluciones interpuestas contra las resoluciones de las municipalidades y los Alcaldes y asimismo sancionarlos con multas por infracción a la ley. Estas atribuciones hace mucho que le fueron suprimidas por la propia Constitución.

2. Jurisdicción voluntaria. Los gobernadores de acuerdo al Código Civil tienen competencia para celebrar matrimonios.,

Es de hacer notar que todas esas atribuciones no están señaladas en la Constitución, sino que son establecidas por ley. Se puede decir que, prescindiendo de actitudes políticas, es indiscutible que la Ley del Régimen Político debe ser actualizada y debió de haber sido armonizada con la Constitución en el plazo a que se refiere el Art. 271 Cn. y siendo que ésto no ha sucedido, todas las disposiciones de esa ley que están en contra de la Constitución, han sido derogadas tácitamente, tanto porque la ley constitucional es posterior, como porque es superior.

En la actualidad, tal como está regulada y dada la creciente autonomía municipal, la Gobernación es una institución obsoleta e innecesaria y por tanto en una revisión constitucional habría que ponderar su revilitación o su supresión.

Los departamentos tienen algunas funciones en cuanto a la cuestión electoral, yaque el código respectivo, los utiliza para determinar el número de los diputados a la Asamblea Legislativa; asidor cada departamento se elige un determinado número de diputados, de acuerdo con su población. También sirve el departamento para señalar la competencia de los gobernadores políticos, los cuales son representantes directos del Presidente de la República, lo cual, es una confirmación de una larga tradición colonial, ya que los Gobernadores en esa época eran los representantes regionales de los Capitanes Generales; también se utilizan los departamentos como límite a las competencias de una serie de organismos, desconcentrados o centralizados, dependientes del órgano Ejecutivo e incluso de instituciones oficiales autónomas. En ocasiones varios departamentos forman, para efectos meramente administrativos, pero con incidencia política, lo que se llama una "Zona;" así se habla de Zona Occidental, Central, Paracentraly Oriental o de Zona Norte, Central y Costera, según se considere el país de Occidente a Oriente o de Norte a Sur.

B. Los municipios

El Municipio de acuerdo al autor citado pued^ examinarse desde el punto de vista sociológico, el históricp, el político, el jurídico administrativo, como técnica de administración e ideológicamente . A los anteriores aspectos podemos agregar el filosófico y recordar que el maestro Legaz y Lacambra ha escrito que: "El Estado, comunidad jurídica por excelencia, es también la comunidad política por antonomasia. Pero no es la única y en su seno viven otras comunidades políticas más reducidas, dotadas igualmente de su propio derecho o autarquía"... "Estas comunidades son el municipio y la provincia o la región. Principalmente el municipio pertenece a aquellas "unidades naturales de convivencia", como la familia o las comunidades de trabajo, por las que el individuo se integra de modo orgánico en el Estado y no solo por la fuerza vinculatoria extrínseca. Históricamente, ya es sabido que el origen del Estado se ha hallado en el municipio, es decir, en la ciudad (el Estado griego, que se confundía con la ciudad; el Estado

1201 Op. cil. p. I[i]).

romano, expansión de la ciudad de Roma) y que del mismo modo la región ha sido una realidad histórica anterior a los estados (caso típico el de España); pero la unidad de un destino histórico superior ha fundido a unos y otras en la realidad integradora del Estado".

"Hay pues, una serie de funciones cuya realización no incumbe de un modo directo al Estado, sino que ha de realizarlas a través de estas otras unidades de vida, siendo indiferente que se trate de una mera "deseoncentración" de funciones, es decir, que algunas de las tareas que el Estado considera como propias las encomiende parcialmente a sus órganos periféricos o de una "descentralización" auténtica, esto es, de que el Estado se desprenda de la realización de ciertas tareas que no considera como suyas y por eso las encomienda a las entidades locales, concediéndoles una personalidad jurídica, o lo que es lo mismo, imputándoles como "suyas" desde el punto de vista jurídico, naturalmente, esta segunda fórmula esta más de acuerdo con la naturaleza de las entidades locales^, desde el punto de vista económico la diferencia es importante, porque señala toda la diferencia que media entre una concepción de absorbente centralismo y el reconocimiento de la personalidad de los grupos políticos infraestatales; pero/por otra parte, es indudable que la simple descentralización "administrativa" no hace perder a los grupos descentralizados el carácter de órganos del Estado, pues aun cuando posean personalidad jurídica, en definitiva, realizan finalidades del Estado y tienen que actuar necesariamente en servicio de las mismas. Desde el momento que la personalidad jurídica fuese unida a una mayor personalidad o autonomía en el orden político, tendríamos las formas posibles del regionalismo y del Estado federal. Jurídicamente, la diferencia entre Estados descentralizados sólo administrativamente y Estados federales sólo significa como ha visto Kelsen una diferencia en el grado de la descentralización; pero urge tener en cuenta los momentos políticos que acompañan esta nota, para comprender y captar totalmente la esencia de unos y otros"[1202].

a. Antecedentes históricos

Roma

En Roma ya se conocía la institución municipal, la cual, la utilizaban las autoridades romanas en las colonias para fomentar los gobiernos de los pueblos sometidos y de esta manera no violentar las antiguas costumbres ni las culturas propias de los mismos. Ellos le llamaban el "Municipium" y al decir de Villacorta, Delgado y Caballero, los residentes en las ciudades sometidas al imperio romano recibieron el nombre de "civesmunicipes" "y gozaban entre otros de los privilegios de la ciudadanía romana y de elegir su propio gobierno formado entre ellos mismos"... "El "municipium", como gobierno, estaba integrado por dos o cuatro magistrados. Se encargaba de impartir justicia, bajo la designación, según el caso, de "duumviri" o "quattuorviri"; uno o más aediles que desempeñaban funciones policiales, un "defensor civitatis" (defensor de la ciudad); uno o más "curatores" o procuradores a cuyo cargo estaban los negocios públicos, los notarii y los scribae, a quienes se puede considerar predesores de los notarios y escribanos públicos"[1203]. / \ ( )

Según Cicerón, el municipio era en Roma "una ciudad que se gobernaba por sus leyes y costumbres y gozaba del fuero de la vecindad romana"[1204] Bajo el gobierno de Julio César en el año 45 A.C. se expidió la "Lex municipalis" para regular unifórmente las bases según las cuales se debían administrar y estructurar políticamente las ciudades conquistadas y a las cuales se les había concedido el título de municipio. Uno de las primeros fue Gaes-Cádiz-, en España, país que fue provincia romana. Los habitantes de los municipios se llamaban municipes, a diferencia de los que habitaban en ciudades que no habían sido erigidas

1203 Rafael Villacorta, Pahlino Delgado. María Hiena Caballero, La Autonomía Municipal, Artículo publicado en la Revista Presencia, año 1. No. 4, Cenitec, Enero- Marzo, San Salvador 1989. p. 21.

1204 Do República, Capítulo V, párrafo III.

(MI municipios y los cuales se les llamaban simplemente lucolae-moradores[1205]

Francia

En Francia desde antes de la Revolución el municipio era conocido como la comuna, la cual era una especie de división administrativa o ejecutiva, encabezada por el Alcalde -maire- y por su órgano deliberativo denominado Consejo Municipal.

España

Según Moisés Ochoa Campos, el municipio, subsistió en la época visigótica, conservando, las ciudades dominadas su religión, sus costumbres y su legislación propia; la ciudad era representada y defendida ante el poder imperial por un miembro del municipio liamado Procurador o Defensor de la ciudad.

Durante la dominación musulmana los pueblos que estuvieron en las fronteras, conocidos como "marcas", gozaron de gran autonomía en reconocimiento a su labor contentiva del imperio musulmán y gozaron de fueros especiales que les daban esa autonomía, conocidas como "cartas puebla". Como dice en su célebre Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, el jurista español, Don Joaquín Escriche, los monarcas en los siglos XI y XII tuvieron "la idea feliz del establecimiento y organización de las Comunas o Concejos de los pueblos, depositando en ellos la jurisdicción civil y criminal igualmente que el gobierno económico, sin reservarse más que el conocimiento de los casos de Corte, el de las apelaciones y el derecho exclusivo de oír las quejas que les dirigiesen en materias de consideración las personas que no pudiesen obtener justicia en sus pueblos. En algunos de estos que debían considerarse como de cierto orden establecieron gobernadores políticos y militares, cuyo oficio era velar sobre la observancia de las leyes, recaudar los tributos y derechos reales, y cuidar de la conservación de las fortalezas, castillos y muros de las ciudades.

I.'DS Ignacio Hurgoa, Derecho Constitucional Mexicano, Forma, México, 1973, p. 964.

Reunidos en concejo los habitantes o jefes de familia de cacja pueblo, como depositarios de la autoridad pública discutían los asuntos comunes, nombraban anualmente alcaldes ordinarios, jurados y otros ministros de justicia para que ejerciesen el poder judicial en lo civil y criminal, como igualmente oficiales que desempeñasen el gobierno económico del común y el mando de la Fuerza Armada; porque cada Concejo había organizado una fuerza militar para proveer a la tranquilidad de sus sesiones, mantener sus relaciones con el monarca, asegurar el ejercicio de la justicia, perseguirá los malhechores, sostener los derechos de la comunidad, y salir al servicio del príncipe en los casos estipulados por las cartas y fueros[1206]

América precolonial

' Paralelamente en América aborigen existía los Calpulli, que eran las ciudades organizadas en forma similar a los municipio y que en gran parte sirvieron para el asentamiento de las ciudades fundadas por los españoles, con la diferencia que los indígenas formaban sus grupos familiares o clanes para explotar la tierra en común; por ello Ochoa
Campos ha dicho que el municipio primitivo era de carácter agrario.,

América colonial

Al producirse la conquista fue en parte respetado el municipio indígena, entremezclado con la influencia española, cuyos conquistadores trasladaron la institución municipal de su tierra de origen a las Indias. Se dice que mientras en España la institución municipal, a la fecha de la conquista decaía, en América se fortalecía y tenía el antiguo auge del municipio peninsular y así Ots Capdequi nos dice que: "Al implantarse en las Indias el viejo régimen municipal castellano, cobra pronto una vitalidad y un vigor sorprendentes. Las nuevas características del ambiente económico y social que las circunstancias impusieron en los territorios recientemente descubiertos influyeron poderosamente en la vida de esta institución. En los Concejos de las nuevas ciudades coloniales hubo de encontrar el que pudiéramos llamar estado llano de

1206 Ver Ayuntamiento. Edición 1852, p. 336.

la colonización órgano adecuado para hacer frente a los privilegios exorbitantes de la nueva nobleza, integrada por los descendientes de los primeros descubridores, y a los abusos de poder de la incipiente y pronto excesivamente frondosa burocracia colonial"..."Doctrinariamente, el régimen municipal que se implata en las Indias es el mismo régimen municipal que en las viejas ciudades castellanas regía, ya en período de franca decadencia. Pero estudiando el desenvolvimiento histórico de los Cabildos coloniales no sólo a través de los preceptos jurídicos contenidos en la llamada legislación de Indias, sino acudiendo a otras fuentes documentales que ponen al descubierto la verdadera vida de esta institución, se observa pronto que los nuevos Consejos indianos jugaron en los primeros tiempos de nuestra colonización un papel tan destacado como el que hubieron de desempeñar en la metrópoli los viejos municipios de Castilla en los tiempos de su mayor esplendor"[1207]

Los municipios, como es natural por tratarse de un organismo insertado dentro de un estado monárquico, no gozaba en la época colonial de autonomía, pero en la práctica su libertad de acción era muy grande, por razón de las distancias y la dificultad de los medios de comunicación.

Con el tiempo, como lo señalan Villacorta y otros, los municipios "perdieron progresivamente su relevancia e indepedencia, conforme se fueron creando instancias superiores, como las intendencias, las alcaldías mayores y las gobernaciones, que subrogaron la funciones de aquella, relegándolos a una posición de meros recaudadores de impuestos, custodios policiales del orden público y prestadores de servicios elementales"... "No fue sino", continúan afirmando dichos autores, "hasta la promulgación de la Constitución española de 1812 por las Cortes de Cádiz, cuando éstas instituciones cobraron nuevamente su relativa importancia en la vida local durante la colonia, recuperando funciones de mayor significación política, administrativa y de desarrollo económico y social, dentro de sus jurisdicciones tales como la de administrar los arbitrios, las escuelas públicas, mantener el orden, regentar los hospitales y establecimientos de beneficiencia, realizar la

1207 Op. cit. p. 143.

apertura y el mantenimiento de caminos, promulgar ordenanzas para la regulación de la vida local, promover la agricultura la industria y el comercio",[1208]

Los municipios jugaron un papel muy importante en la gestación de la independencia y los documentos históricos indican que en gran medida el movimiento separatista era a favor de los municipios, de ahí que, por ejemplo, el Procer Manuel José Arce, cuando hace su proclama en 1811, en lo que se ha llamado el Primer Grito de Independencia, afirma categóricamente que los pueblos no deben obedecer sino a sus Alcaldes: "No hay Rey ni Intendente ni Capitán General, solo debemos obedecer a nuestros Alcaldes" [1209]. Posteriormente el Acta de Independencia de 1821, se firma en la sede de la Capitanía General y lo que se proclama es la independencia de la ciudad de Guatemala, si bien se deja constancia del deseo de extender esta actitud a las demás provincias y sus respectivos ayuntamientos la acción separatista y efectivamente fueron los dichos ayuntamientostos que progresivamente ratificaron la independencia. Colindres y ^Morales Velado acotan: "La participación política de las comunidades rriunicjpales fue crucial para el logro de la Indepedencia de España. En este proceso los municipios afirmaron su vocación democrática a través de los cabildos abiertos en los que representantes de barrios y todos los vecinos tuvieron la oportunidad de participar con sus opiniones en la consolidación de lealtades regionales basadas en las vivencias de los problemas comunitarios asegurando la convicción de que a mayor independencia o autonomía la probabilidad política de resolver esos problemas era mayor"... "Fue en este sentido, como las mayores comunidades municipales de Centro América: Chiapas, San Salvador, Comayagua, León, Cartago y otras ratificaron en Cabildos Abiertos el Acta de Independencia. El papel protagónico jugado por las comunidades municipales permitió que los emergentes Estados Centroamericanos pasaran de unaformaautocrática con la dominación colonial a una forma

1208 Op. cit. p. 23.

1209 Citado por Francisco Monterrey, Historia <K* Kl Salvador, Anotaciones Cronólogicas, 1810-1842. T I, 2a. lid., Editorial Universitaria, San Salvador, l!)77, p. 15.

republicana que abrió las posibilidades históricas para la vida democrática de sus respectivos pueblos"[1210]

Después (le la independencia

Durante los primeros años de independencia se reconoció constitucionalmente un relativo nivel de autonomía municipal pero ésta no estaba respaldada por la legislación secundaria, que en la práctica seguía siendo la aplicada durante la Colonia. Los antecedentes de los Gobernadores, fueron los Jefes Políticos y éstos ejercían jurisdicción en el territorio del Estado: Intendencia de San Salvador y la Alcaldía Mayor de Sonsonate, dividido en cuatro departamentos: Sonsonate, San Salvador, San Vicente y San Miguel[1211]. Consecuentemente, los jefes políticos ejercían jurisdicción sobre las Alcaldías Municipales, cuyos territorios estaban integrados en los respectivos departamentos.

La autonomía municipal se acentúa con la Constitución 1886, cuyo Art. 117 disponíaque las municipalidades en el ejercicio de susfunciones eran enteramente independientes, pero respondían, ya como persona jurídica o individualmente. No obstante, como ya lo señalamos, la Ley del Regimén Político lesionaba severamente tal indepedencia al conferir atribuciones de control, administrativas, fiscales y juridiccionales, a los Gobernadores.

En 1939 la situación cambia, porque el Art. 135 de la Constitución de ese año introdujo un gobierno municipal proveniente de procesos de designación diferentes. El Alcalde no era, como en la anterioridad, electo popularmente, sino que era nombrado por el Ejecutivo (Ramo de Gobernación) y el Concejo continúo siendo de elección popular[1212]. Por

I ?.\O Hduardo Ccilindres y Oscar Morales Velado, Marco Histórico Doctrinario del Municipio en Kl Salvador. Publicación mimeograhada de la Alcaldía Municipal de San Salvador, 1987, p. 9.

1211 Jorge Lardé y Larín, Historia de ('entroaniérica, la. Ld., Ministerio del Interior, Imprenta Nacional, San Salvador, 19X1, p. 53.

I12 Villacorta niega que realmente haya habido elecciones y afirma: "Los que tuvimos la oportunidad de presenciar aquellas parodias de elecciones en las que pailicipaba el partido único "Pro-patria", y en las que inclusive las nóminas de miembros del Concejo

otra parte, la independencia municipal siguió yigente.en los términos de las constituciones anteriores y la honradez de los municipes de esa época, como en general de la administración pública, alcanzó gran notoriedad.

La Constitución de 1945 vuelve al sistema de elección popular de Alcaldes y Concejales, pero no consagra su independencia.

La autonomía se consagra con claridad en 1950, régimen que se mantiene hasta la fecha, si bien ampliado y perfeccionado desde 1983.

El régimen constitucional municipal de 1983

El legislador constituyente del 83 introdujo cambios sustanciales en el régimen de los municipios, al asegurar no sólo, como ya existía, su autonomía administrativa y política, sino también y ello es muy importante, la financiera, al permitirle establecer libremente sus tarifas de arbitrios. Además les concedió a los municipios iniciativa de ley para proponer sus tarifas de impuestos, las que son aprobadas por la Asamblea Legislativa y sancionadas por el Presidente de la República.

Los redactores del proyecto de Constitución hicieron énfasis en la atención dada a esta Institución: "La Comisión redactó con bastantes detalles las materias relativas al funcionamiento de los municipios, especialmente en lo que se refiere a la autonomía"... l'En términos generales esta autonomía debe ejercitarla en colaboración con todas las demás instituciones del Estado, pero es lo suficientemente amplia como para garantizar una administración municipal que fortalezca la intervención de los ciudadanos en la vida de sus propias comunidades a través del gobierno local. Es indudable que es en este nivel en donde se produce la iniciación de la intervención del ciudadano en los asuntos

ya estaban escritas en unos largos listados en los que se asentaba por un amanuense el nomine del "elector" debajo de) nombre de) "elegido" en cada cargo, aún nos avergonzamos ele haber sido cómplices silenciosos de aquella afrenta a la libertad de los pueblos, de su derecho a darse su propio gobierno; complicidad explicable, sin embargo, puesto c|iie al que disentía sólo le esperaba el exilio, las mazmorras policiales o la sepultura, bajo aquella execrable tiranía. Op. cil. p. 27.

de carácter público que, por atañer directamente a sus intereses más 1213
cercanos, lo incitan a interesarse en las actividades del municipio"

La Constitución, al igual que hace con los Gobernadores y los departamentos, no definió al municipio sino que se remitió a una ley secundaria: el Código Municipal, cuya emisión ordenó. Este está contenido en el Decreto Legislativo número 274, vigente desde el 1o. de marzo de 1986. En el se dice: "Art. 2, El Municipio constituye la Unidad Política Adrñim^rativa primaria dentro de la organización estatal, establecidal^n u/i territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autoridad y autonomía suficiente"... "El municipio tiene personalidad jurídica, con jurisdicción territorial determinada y su representación la ejercerán los órganos determinados en esta ley. El núcleo urbano principal del municipio será la sede del Gobierno Municipal".

De lo anterior se desprende que el municipio en nuestro ordenamiento legal tiene todos los elementos de un Estado, salvo la soberanía, la cual le corresponde a éste. Por tanto, el municipio es un ente, si bien autónomo, de naturaleza jurídica, política, estatal y debe cooperar al bien común general y para lograrlo ha de concurrir y coordinar su acción con el Estado y los demás entes públicos y privados que ejerzan funciones de interés para la colectividad.

Los municipios están regidos, o mejor dicho gobernados, por Concejos formados de un Alcalde, un Síndico y dos o más Regidores cuyo número es proporcional a la población. Los Concejales deben ser mayores de 21 años y originarios o vecinos del municipio; son electos portres años pudiendo ser reelegidos, lo que contrasta con la institución

II W)|>. cil. p. 7 I.

de la no reeligibilidad que se le aplica al Presidente de la República. La ley establece otros requisitos además de los dichos, que están establecidos en el Art. 202 de la Constitución, ellos son: ser salvadoreño, del estado seglar, de moralidad notoria, saber leer y escribir y estar en el ejercicio de sus derechos de ciudadano. El Código Municipal establece además en su Art. 27, impedimentos para ser miembros del Concejo, los cuales tienen relación con la capacidad ciudadana, la moralidad, la objetividad, el nepotismo, la capacidad física y el servicio militar activo.

La Constitución no establece las funciones específicas de los Alcaldes, del Síndico ni de los Regidores, ello lo hace el Código Municipal, el cual establece una prelación jerárquica, en cuya cúspide se encuentra el Concejo cuyas sesiones son presididas por el Alcalde. Es el cuerpo deliberativo y legislativo. Inmediatamente en dicha escala encontramos al Alcalde, quien representa legal y administrativamente al Municipio. Es el titular del gobierno y de la administración municipal, incluyendo la organización y dirección de la Policía Municipal. El Sindico, básicamente es el defensor de los intereses del Municipio y del mantenimiento de la legalidad del régimen municipal. Los Regidores o Concejales concurren y votan en los Concejos a fin de contribuir a/que se tomen las decisiones que a éste corresponde.

En contrapartida a ésta organización de tipo gubernamental -municipal se entiende- el Código contempla una institución que acerca al Municipio a su antecedente remoto: La Polis Griega, no en cuanto a la autorquía de que ésta gozaba, pues era soberana, lo que no sucede con el Municipio, sino en cuanto al ejercicio de la democracia directa; institución que porotra parte, es de gran abolengo y tradición, pues viene de España y se practicó con éxito en las primeras y últimas etapas de la colonia. Nos referimos a los Cabildos Abiertos[1214].

121 4 Ver CYuligo Municipal Ai1. I *I5,* Ad. i 17,

De acuerdo al 203 Cn. los municipios son autónomos en lo económico, técnico y administrativo, pero están obligados a colaborar con otras instituciones públicas en los planes de desarrollo nacional o regional. Ampliando esta idea el Código Municipal regula la posibilidad de que se unan los Municipios para acordar entidades descentralizadas con o sin autonomía, para la realización de determinados fines municipales. Dichas entidades tienen personería jurídica propia y comprometen a los municipios que los hayan constituido en la medida y aportes señalados en los estatutos respectivos. Asimismo, los municipios, individual y colectivamente, pueden crear fundaciones, asociaciones, y empresas de servicios municipales o de aprovechamiento o industrialización de recursos naturales,; y constituir centros para el intercambio de ideas informaciones y experiencias y también contratar y concurrir a la constitución de sociedades para la prestación de servicios públicos locales o intermunicipales ó cualquier otro fin lícito.

Para el ejercicio de su gobierno autónomo el municipio tiene, de acuerdo a la Constitución, facultades legislativas y ejecutivas. Entre las primeras está la de crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones públicas para la realización de obras determinadas dentro de los límites de la Ley General Tributaria, que entró en vigencia el 25 de octubre de 1991; decretar las ordenanzas y reglamentos locales; las primeras son normas de aplicación general dentro del municipio sobre asuntos de interés local; en otras palabras, son leyes municipales; y los reglamentos son normas generales sobre el régimen interno municipal y de prestación de servicios

Las facultades ejecutivas comprenden la gestión política municipal que la Constitución comprende en la expresión: "gestionar libremente en la materia de su competencia"; preparar su presupuesto de ingresos y egresos; nombrar a sus funcionarios y empleados y elaborar sus proyectos y elaborar sus tarifas de impuestos y las reformas a las mismas para proponerlas como ley a la Asamblea Legislativa. Esta última atribución tiene un contenido legislativo, en el fondo pues supone hacer uso de la iniciativa de ley, que es el primer paso del proceso legislativo.

Además, el Código Municipal le confiere el poder expropiatorio a los municipios, siendo el juez competente, en caso de renuencia del

propietario a vender el inmueble que se desea adquirir, uno de los jueces de lo civil o en su detecto el juez de primerá instancia^ cuya jurisdicción pertenece el municipio interesado.

El Código le confiere facultades jurisdiccionales a los municipios para la aplicación de sanciones de arresto, multa, comiso y clausura, por infracción a las disposiciones contenidas en las ordenanzas.

Las municipalidades están controladas en lo que se refiere a la administración de su patrimonio por la Corte de Cuentas de la República, a la cual deben rendir cuenta circunstanciada y documentada de su administración y aquella fiscaliza a posteriori la ejecución del presupuesto.

La Constitución establece responsabilidad para los miembros de los concejos municipales por los delitos oficiales o comunes que comentan, pero no establece fuero especial y los competentes son los Jueces de Primera Instancia, de acuerdo al procedimiento común.

En cuanto al mantenimiento de la constitucionalidad de los actos de las municipalidades existe el control por medio de la Sala de lo Constitucional, mediante la acción de inconstitucionalidad si se trata de tarifas de arbitrios, tasas y contribuciones propiamente dichas, de ordenanzas y reglamentos. Desde luego, también, la ley conténtiya de la regulación general tributaria de las municipalidades y de las leyes especiales que se den para imponer tributos a favor de las municipalidades, están sujetas al control de la Sala de lo Constitucional.

La legalidad de los actos administrativos de las municipalidades está también controlada, pero habrá que distinguir si el acto impugnado viola un derecho constitucional o simplemente el régimen legal. En el primer caso únicamente procede el amparo ante la Sala de lo Constitucional y en el segundo, proceden el amparo y el contencioso administrativo,

3.7.3. La descentralización por razón del servicio o institucional

La descentralización por servicios se inició en Francia, cuyos doctrinarios entienden que consiste en "conferir una cierta autonomía ***a*** un servicio público determinado dotándole de personalidad jurídica propia. Son los establecimientos del derecho público francés"... "En las entidades autárquicas institucionales o por servicios, si bien el territorio puede ser un elemento importantes lo esencial es la institución de servicio público"[1215].

La idea confiartareas gubernamentales a entes descentralizados es muy antigua; por ejemplo el descubrimiento y la colonización de América, en un principio estuvieron confiadas a particulares aún cuando posteriormente se les dieron rangos oficiales. La institución utilizada eran las llamadas Capitulaciones, que comienzan con las otorgadas en Santa Fe, el 17 de abril 1492, entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón por las cuales, se concedieron a éstos los títulos de Virrey, Almirante y Gobernador de los territorios que descubriese y se le dieron facultades administrativas y jurisdiccionales. El interés de la Corona era meramente económico.

En el Estado moderno se ha considerado que ciertas funciones requieren de mayor libertad de acción que la que es propia de los entes centralizados, desconcentrados o no, a fin de que aplicando los métodos administrativos de la empresa privada sean autofinanciables y alcancen el mayor grado de eficiencia que es peculiar a las empresas privadas. Pero, como, a fin de cuentas, se trata de un servicio público, en el cual la colectividad y el Estado tienen un interés preponderante, y que incluso puede ser, eventualmente, deficitario y sin embargo, debe mantenerse, tales entidades, no obstante su autonomía, conservan vinculación con el Estado y están sometidas a su control y sus funcionarios responden política y legalmente ante las autoridades compententes.

UIS Ver Manuel María Díaz. cit. p. 138.

En nuestro país la descentralización por función está reconocida en la Constitución en dos disposiciones prindpálps; una pertenece al capítulo de los derechos sociales, sección tércera, referente a la educación, ciencia y cultura. Y dispone quéNa educación superior se regirá por una ley especial y que la Universidad de El Salvador y las demás del Estado, gozarán de autonomía en los aspectos docentes, administrativo y económico.

La otra disposición la encontramos en el Título V del "Orden Económico", es el Art. 110 que dispone en su inciso último que "corresponde al Estado el prestar por si o por medio de instituciones autónomas los servicios de correos y telecomunicaciones. Podrá tomar a su cargo otros servicios públicos, cuando los intereses sociales asi lo exijan prestándolos directamente o por medio de las mencionadas instituciones o de los municipios".

De esas entidades solamente la Universidad de El Salvador y los servicios de telecomunicaciones prestados por la Administración Nacional de Telecomunicaciones, ANTEL, son instituciones autónomas. El servicio de correos es desconcentrado y lo presta la Dirección General de Correos, organismo dependiente del Ministerio del Interior.

La Universidad de El Salvador no nació como entidad autónoma, sino como un ente estatal y fue fundada en 1841, por el f^résidente General Francisco Malespín, pero lentamente y especialmente por la poca evolución política, que no permitía el pluralismo político, sirvió como centro de opinión sobre los problemas públicos e incluso, muchas veces algunos políticos de oposición, que no podían obtener cargos en el gobierno y que además personas competentes eran contratados por la Universidad, amparados en el derecho de libertad de cátedra, que esta comprendido en el de libre expresión del pensamiento, hacían indirectamente política criticando los actos gubernamentales y cuando éstos adquirían, a su juicio, carácter de gravedad, la Universidad prácticamente se convertía en un centro de oposición y de efervescencia política. El periódico de los alumnos, llamado Opinión Estudiantil, era claramente un medio de comunicación que enfilaba sus críticas constantes contra el gobierno y los pronunciamientos de los claustros profesorales eran, si bien con la altura académica del caso, manifiestos políticos, todo lo cual llevo a que la autonomía universitaria que el

Gobierno del General Maximiliano Hernández Martínez. Decretó de 1936 a 1939, fue suprimida. Su rector, el ilustre sabio y jurista, Don Sarbelio Navarrete, dimitió inmediatamente, lo cual provocó un serio conflicto político y una huelga estudiantil. Durante el resto del período presidencial, prorrogado por dos veces, la Universidad fue dependencia estatal a través del Ministerio de Instrucción Pública. Dado que tenía su propio estatuto y sus autoridades gozaban de algunas compentencias que ejercían con algún grado de independencia, puede decirse que en esa época la Universidad era un ente desconcentrado.

Al caer el Gobierno del General Martínez, la idea de la autonomía universitaria largamente acariciada por docentes y alumnos, se volvió realidad y se restableció en 1945, a nivel de ley secundaria. Para asegurar esa autonomía se le dio rango Constitucional en 1950. La Comisión Redactora de la exposición de motivos no hizo al respecto ningún comentario, se limitó, a decir que el texto era claro y redactó el proyecto del Art. 211, así: se reconoce la autonomía de la Universidad de El Salvador. Esta debe prestar un servicio social. Se regirá por estatutos enmarcados dentro de una ley que sentara los principios generales para su organización y funcionamiento. Según el acta que resume la discusión del dicho proyecto se presentaron ante el pleno constituyente: "los estudiantes universitarios señores bachilleres Orellana Guzmán, Domingo Rodríguez y Roberto Carias Delgado, a pedirque se adicionara al artículo que trata de la autonomía universitaria. Los representantes Carlos Armando Domínguez y Víctor Daniel Rubio, presentaron como moción suya la solicitud de los estudiantes, habiendo propuesto el representante Domínguez que se pusiera expresamente la autonomía en lo docente, administrativo y económico, como agregado al artículo y el representante Rubio, propuso la redacción de un inciso para adicionar al artículo en los siguientes términos "El estado contribuirá a asegurar y acrecentar el patrimonio universitario, y consignará anualmente en el presupuesto la partida destinada al sostenimiento de la universidad". Puestas a votación ambas mociones fueron aprobadas por unanimidad, quedando todo el artículo redactado en estos términos: Art. 211. "Se reconoce la autonomía de la Universidad de El Salvador, en lo docente, administrativo y económico. Esta debe prestar un servicio social. Se regirá por estatutos enmarcados en una ley que centara los principios generales para su organización y funcionamiento. El Estado contribuirá a asegurar y acrecentar el patrimonio universitario, y consignará

anualmente en el presupuesto la partida destinada al sostenimiento de laUniversidad"[1216]. En 1962 se conservó la misma redacción.

En su Informe Unico, la Comisión de Estudio de la Constitución, de 1983, escribió lo siguiente: "Respecto a la educación superior o universitaria, la Comisión mantuvo los preceptosjieJas constituciones anteriores relativas a la Universidad de El Salvador, añadiendo únicamente que sus gastos están sujetos a la fiscalización del organismo correspondiente. La Comisión consideró asimismo que la educación superior requiere de la contribución y el auxilio de universidades privadas pero, al mismo tiempo estimó que no deberían perseguir fines de lucro de manera que sus ingresos solo puedan utilizarse en las finalidades para las que han sido creadas"... "Dejó consignado estos principios para que la ley secundaria regule estas materias"... "Esta ley habrá de regular las actividades, no sólo de la Universidad de El Salvador, sino también de las universidades privadas"[1217]

Esas ideas fueron concretadas, después de la discusión por el pleno, en el Art. 61 Cn., el cual establece varias novedades en relación al régimen que venía de 1950.

En primer lugar admitió expresamente la posibilidad de establecer otras universidades estatales, si bien igualmente autónomas, ac(emás de la Universidad de El Salvador, cuya existencia quedó confirmada.

Para ambas quedó como obligatorias la prestación de un servicio social y el respeto a la libertad de cátedra. Esto se origino posiblemente de la desconfianza de los sectores gubernamentales hacia la Universidad de El Salvador, a la cual, se le señalaba como fuente de subversión. Posiblemente, se pretendía por medio de otras universidades estatales contrarrestar tal tendencia, pero ello no se llevó a la práctica.

En segundo lugar, la Constitución permitió expresamente la creación y funcionamiento de universidades privadas, respetando la

12 I Documenlos I lisiónos, ul. p. 241. 1217

Op. cu. p. 53.

libertad de cátedra y les asignó la obligación de prestar un servicio social y de no perseguir fines de lucro; y permitió también expresamente la creación y el funcionamiento de institutos tecnológicos oficial y privados. Esta disposición era innecesaria porque ya existían universidades privadas, si bien habían sido impugnadas como inconstitucionales por las autoridades de la Universidad de El Salvador, pero tal impugnación no se concretó nunca en el ejercicio de la acción respectiva ante la Corte Suprema de Justicia. Al dictarse tal disposición en el 1983 se confirmó la legitimidad de las universidades privadas, lo que, por otra parte, se consideraba una necesidad para atender la creciente demanda de los sectores estudiantiles y un medio de despolitizar a los sectores estudiantil y docente se ha conseguido parcialmente, pero quizás el número de universidades privadas sea excesivo y no permite un buen ordenamiento de sector tan importante para la cultura y las ciencias. Es necesario entonces que el Estado en cumplimiento de ese mismo artículo dicte una ley relativa a la educación superior, velando no solo por el funcionamiento democrático de las instituciones de educación superior, sino también por su adecuado nivel académico.

Por otra parte, dispuso que anualmente se consignaran en el presupuesto del Estado las partidas destinadas al sostenimiento de la universidades estatales y las necesarias para asegurar el acrecentamiento de su patrimonio. Se dispuso que quedaban tales instituciones sujetas a la fiscalización del organismo estatal correspondiente, que es la Corte de Cuentas de La República[1218].

Las instituciones oficiales autónomas, diferentes a la Universidad de El Salvador, empezaron a crearse a partir de 1961, bajo la influencia de organismos de crédito internacionales, como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, dentro del plan que se denomino "La Alianza para el Progreso", programa de asistencia técnica interamericana del Gobierno de los Estados Unidos de América. El objetivo era hacer posible el retomo de los créditos a través de la

1*21*X Ln ci pasado se había discutido la mteivención de la Coite de Cuentas, por algunos, alegando que ella violaba la autonomía universitaria. Las autoridades estatales rechazaron sistemáticamente tal alegación y en la practica la Universidad siempre estuvo controlada financieramente por la Corte de Cuentas.

autofinanciación de las entidades que estárían a cargo de servicios públicos que se refieren a recursos o instalaciones que no tenían un asiento local único, tales la Administración Nacional de Telecomunicaciones, la Administración_Nacional de Acueductos y Alcantarillados, La Comisión Ejecutiv^ deíjRío Lempa, La Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma.

Todas estas entidades han sido creadas en forma descentralizada, con de autonomía y su constitución es la ley orgánica que les da vida. Tienen su propio patrimonio, personalidad jurídica y sus ingresos regulares provienen de la aplicación de tarifas que son aprobadas por el Organo Ejecutivo, en el Ramo de Economía, lo que por cierto ha sido discutido como inconstitucional, en virtud de lo dispuesto en el Art. 131 Cn. atribución sexta, según la cual corresponde a la Asamblea Legislativa decretar impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos. Se alega que las tarifas son un conjunto de tasas y que por tanto no pueden ser establecidas por el Organo Ejecutivo. Los contrarios han sostenido que la Asamblea tiene reserva para emitir leyes impositivas, en sentido propio, pero que las tarifas son contentivas de precios públicos, los cuales deben corresponder a valor de los servicios prestados. La discusión no está sanjada porque no se ha interpuesto ningún recurso de inconstitucionalidad que permita a la Sala respectiva definir con autoridad la cuestión. En la práctica han seguido aplicándose las tarifas.

En general, el Gobierno de esas entidades consta de un Presidente, con facultades ejecutivas, quien a la vez preside la Junta Directiva o de Gobierno, la cual, además de facultades administrativas tiene, la conducción general de la institución y potestad reglamentaria. Bajo estos organismos existen Directores ejecutivos o Gerentes y demás departamentos que se distribuyen las diferentes funciones propias de cada entidad.

Su control financiero depende de la Corte de Cuentas de la República, pero esta no practica el control a priori, sino únicamente el aposteriori. El presupuesto es aprobado por la Asamblea Legislativa a propuesta del Ejecutivo.

Además la Constitución prevé en la parte final del inciso último del Art. 110, la prestación de servicios públicos por parte de empresas privadas, cuyo funcionamiento debe regulary vigilar el Estado, asícomo aprobar sus tarifas, salvo que estas se establezcan por tratados internacionales. También prevé la Constitución la posibilidad de sociedades de economía mixta en el Art. 103, en las cuales, además de las particulares, pueden participar el Estado, los municipios, y las entidades de utilidad pública.

3.8. Organos Independientes de Control: Tribunal Supremo Electoral, Corte de Cuentas de la República, Ministerio Público

3. <S.I. Ei control orgánico independiente

Nos hemos referido a los órganos fundamentales del Estado, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial y a los controles que existen, como autotutela, en lo interno de cada órgano, así como los que enlazan los diferentes órganos. También hemos señalado el amplió sistema de defensa que existe para mantener la efectividad de la Constitución.

Resta, en el tema del control examinar tres instituciones importantes, todas de rango constitucional, que contribuyen a! mantenimiento del sistema democrático y del regimen de legalidad. Estos gozan de independencia respecto de los órganos fundamentales o centrales, pero no gozan de ella en un grado tal como para considerarlos autónomos; si es que por autonomía entendemos la capacidad del autogobierno. Estos entes no tienen más capacidad de emitir normas generales y abstractas que las necesarias para el mantenimiento de su orden interno, no tienen competencia para emitir normas sean obligatorias para los habitantes de la república. Con todo, su grado de independencia es muy alto. Nos referimos al Consejo Central di; Elecciones, transformado en virtud de la reformas constitucionales de este año, de 1992, en Tribunal Supremo Electoral; la Corte de Cuentas de la República; y el Ministerio Público, que estaba integrado, hasta antes de esas reformas, por la Fiscalía General de la República y la Procuraduría General de la República. Ahora, dada la importancia que

se le atribuye a la defensa y promoción de los jberechos humanos, se ha agregado la recién creada Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

3. X.2. Tribunal Supremo Electoral

A. El derecho electoral

Ya nos hemos referido a los derechos políticos, dentro de los cuales se encuentra el sufragio, hemos señalado sus requerimientos para que su ejercicio contribuya a una democracia efectiva. Hemos considerado, asimismo, los fundamentos contitucionales de los partidos políticos, los cuales, canalizan, al través de su organización, ideología, plataforma política y electoral, incluida la labor de proselitismo, las voluntades de los electores, miembros del cuerpo electoral, en orden a determinar quienes serán las personas que mediante el ejercicio del voto desempeñarán los cargos que la misma Constitución señalade elección popular. El sistema de la representación política implica el ejercicio del sufragio, activo y pasivo.

Para que el proceso electoral se realice ordenada, democrática y justicieramente, son necesarias normas que lo regulen y establezcan las formas de su ejercicio, tanto desde el punto de vista de los sufragantes y de los partidos políticos participantes en la lid electoral, como de los organismos encargados de su control, a efecto de garantizar que ese resultado de las elecciones sea legítimo. Ese conjunto normativo es conocido en doctrina como derecho electoral.

Si bien excede al ámbito del derecho constitucional, considerado en sentido estricto, resulta estar, el tema electoral, intimamente vinculado a aquel. De su correcta estructuración dependen en gran medida la estabilidad política del país y la tranquilidad pública. La historia enseña que las dudas o certezas que el pueblo tenga sobre la pureza de las elecciones y sus resultados, son determinantes en los cambios políticos e incluso sociales. De ahí su importancia y de que el tema sea objeto de fuertes debates entre ios diferentes sectores políticos, tanto partidos, como grupos de presión, los cuales tienen interés en acceder al o influir en el poder estatal.

En nuestro país la materia está regulada en el Código Electoral vigente, desde el 16 de enero de 1988, pero que ha sufrido diversas reformas e incluso al momentos de escribir estas líneas esta sujeto a revisión.

B. Antecedentes jurídicos salvadoreños

El Consejo Central de Elecciones fue creación del Constituyente de 1950. En la exposición de motivos se sostuvo que: "Al declarar que un Consejo Central de Elecciones será la autoridad suprema en materia electoral, se rechaza el sistema de 1886 en el cual las Juntas Departamentales conocían en la elección de Diputados y la Asamblea Legislativa en la elección de Presidente y Vice-Presidente de la República. Este Consejo será elegido por la Asamblea. El Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia presentarán una terna a la Asamblea; ésta escogerá un propietario y un suplente de cada una de esas ternas, y elegirá directamente el otro propietario y el otro suplente. De este modo se quiere asegurarque el Consejo Central quedeintegrado por personas de calidad. La Ley Electoral creará los organismos necesarios, y ella determinará su constitución. A los partidos políticos "contendientes" se les reconoce derecho de vigilancia en el proceso electoral. A ¡os partidos políticos que no participen en las elecciones no se les reconoce ese derecho"[1219]. Algunos constituyentes mocionaron para que se adoptara el sistema de la elección popular, para la designación de los miembros del Consejo, pero ella fue rechazada por el pleno.

Los Arts. 33 y 34 contemplaron lo concerniente al Consejo siendo importante destacar que estaba integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, elegidos por la Asamblea Legislativa, de los cuales uno era escogido de cada una de las ternas que oportunamente proponían el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia. Duraban en sus funciones tres años.

[2l'JHI Salvador, Asamblea Constituyente. Documentos Históricos 1950-1951, cit. **p. 72.**

La Constitución de 1962, conservó inalterado el tenor de esas disposiciones.

Este sistema de nombramiento y de integración no llenó las aspiraciones de los partidos políticos, sobre tpdosde los grupos políticos opositores, los que con frecuencia acusabaifi al Cdn.sejo de parcialidad, por lo que en 1983 se dan una serie de cambios-.

La Constitución de 1983 marca una nueva etapa dentro del proceso eleccionario. La Comisión redactora del proyecto de Constitución al referirse al capítulo relativo al Consejo Central de Elecciones, se planteó diversas alternativas sobre la conformación del Consejo. Unos sostenían que debía estar "integrado como tribunal por personas ajenas al quehacer político, otros pensaban que debía estar formado exclusivamente por representantes de partidos políticos. Se expusieron argumentos a favor de una y otra tesis, pero la opinión de la mayoría se inclinó en el sentido de que la integración del Consejo tuviera un fuerte contenido político, no sin descuidar el aspecto de su imparcialidad; por eso se decidió por integrarlo con representantes de los partidos con mayor votación y uno electo de entre una terna propuesta por la Corte Suprema de Justicia. En esta forma los partidos minoritarios no representados en el Consejo, podrán contar con una mayor garantía de imparcialidad que la que pueden ofrecerle los representantes fie tps 1 V partidos políticos .

Sin embargo, el Consejo Central de Elecciones quedó formado por tres miembros propietarios y tres suplentes, elegidos por la Asamblea Legislativa, de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hubieran obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. El Presidente es el del partido mayoritario y durará cinco años en sus funciones.

Se agregó que si por cualquier circunstancia no se propusiere alguna terna, le corresponde a la Asamblea Legislativa la respectiva elección de ella, Art. 208.

1220 El Salvador, Asamblea Constituyeme, Informe Unico, ('omisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 19X3, {Exposición de Motivos de la Constitución de 19H3), pn. 71-72.

En cuanto a los Arts. 209 y 210 son: el primero, una copia fiel del Art. 33 de la Constitución de 1950 y el segundo, establece el reconocimiento de parte del Estado de la deuda política como un mecanismo de financiamiento para los partidos políticos contendientes, encaminados a promover la libertad e independencia, dejando a consideración de una ley secundaria la regulación de esta materia.

Con la nueva forma de integración de los miembros del Consejo Central de Elecciones, se cambió sustancialmente la conformación del mismo, lo cual creó un equilibrio de pesos y contrapesos, en el que sus miembros se supervisan unos a otros.

Sin embargo, el sistema electoral fue uno de los temas que se convino en la Agenda General y el Calendario del Proceso Completo de Negociación conocido como Agenda de Caracas de mayo de 1990, entre el F.M.L.N. y el Gobierno.

Posteriormente, se dieron ios llamados "Acuerdos de México" en torno a la depuración del Registro Electoral y otros tendientes a la creación de un Tribunal Supremo Electoral. Se convino en materia constitucional en la sustitución del actual Consejo Central de Elecciones por un Tribunal Supremo Electoral, el cual tendría la máxima autoridad administrativa y jurisdiccional en la materia.

Se acordó también que la composición del Tribunal sería definida por la legislación secundaria, de modo que no predominase en él ningún partido o coalición de partidos, debiendo incluirse magistrados sin filiación partidista, y su elección sería por mayoría calificada de la AsambleaLegislativa.

El acuerdo de reforma de la Asamblea Legislativa no reflejó exactamente lo convenido en México, porque si bien es cierto que se sustituía el Consejo Central de Elecciones por un Tribunal Supremo Electoral, y que se ampliaba el número de miembros de éste a cinco magistrados, no se consignaba que la Asamblea Legislativa los debía designar a todos por mayoría calificada; se mantenía el régimen actual de que tres de dichos magistrados sean electos de cada una de las ternas propuestas por los partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial.

Que los magistrados no tengan filiación partidista se aplica, según la reforma, a los magistrados escogidos de las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, y para éstos si se exige mayoría calificada de los dos tercios de votos de los diputados electos.

En adición se dispuso que el Magístradb Presidente sería propuesto por el partido o coalición legal que obtuviese el mayor número de votos en la última elección presidencial.

También se separa el acuerdo de reforma del Acuerdo de México en lo referente a que el Tribunal Supremo Electoral no será la autoridad máxima jurisdiccional, aunque sí electoral, dado que el inciso tercero reformado conserva la autoridad de la Corte Suprema de Justicia en caso de violación a la Constitución.

Posiblemente esta separación del espíritu de los Acuerdos de México provocó alguna reacción en el F.M.L.N. o en los partidos políticos de izquierda, porque se dio un Acuerdo de Reformas Número 3, el cual entre otra cosas, adicionó al Acuerdo de Reformas Número 1, un conjunto de disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se modificó la forma de elección de los magistrados del tribunal, así: cuatro magistrados serían elegidos por las ternas propuestas por los cuatro partidos políticos o coaliciones que hayan obtenido el mayor número de votos en la última elección presidencial, electos por simple mayoría y un magistrado elegido con el voto favorable de por lo menos dos tercios de los diputados electos, de una terna propuesta por la Corte Suprema de Justicia, el que no deberá tener afiliación partidista. Este magistrado será el Presidente del Tribunal.

Este régimen de elección sólo duraría un período, vencido el cual se aplicaría lo dispuesto en el acuerdo número 1 de reformas.

El 31 de octubre de 1991 se ratificaron el Acuerdo de Reformas Constitucionales Número 1 y Número 3.

Se reformó el Art. 208 de la siguiente manera:

"Habrá un Tribunal Supremo Electoral que estará formado porcinco Magistrados, quienes durarán cinco años en sus funciones y serán

elegidos por la Asamblea Legislativa. Tres de ellos de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos Magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, y no tener ninguna afiliación partidista".

"Habrá cinco Magistrados suplentes elegidos en igual forma que los propietarios. Si por cualquier circunstancia no se propusiere alguna terna, la Asamblea Legislativa hará la respectiva elección sin laternaque faltare".

"El Magistrado Presidente será el propuesto por el partido o coalición legal que obtuvo el mayor número de votos en la última elección presidencial".

"El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad máxima en esta materia, sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma".

También se reformó el Art. 209 que dice: "La ley establecerá los organismos necesarios para la recepción, recuento y fiscalización de votos y demás actividades concernientes al sufragio y cuidará de que estén integrados de modo que no predomine en ellos ningún partido o coalición de partidos".

"Los partidos políticos y coaliciones contendientes tendrán derecho de vigilancia sobre todo el proceso electoral".

Al mismo tiempo se ratificaron el Art. 38 del Acuerdo de Reformas No. 1 que contiene una disposición transitoria relativa al plazo de la elección, el cual será de noventa días a partir de la vigencia del decreto de ratificación y durarán en sus funciones hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro, así como el Art. 38 (transitorio) del Acuerdo de Reformas Constitucionales No. 3, a que nos referimos anteriormente relativo a la conformación del Tribunal Supremo Electoral.

En virtud de esta adición transitoria se incorporó un Magistrado proveniente de la Convergencia Democrática, que es el cuarto partido en número de votos, siendo antecedido por Arena, Democracia Cristiana, Conciliación Nacional, lo que cambia la conformación del Tribunal Supremo Electoral al constituirse por las diferentes posturas políticas. I

C. Rango y naturaleza del Tribunal Supremo ***Electoral***

De acuerdo con la Constitución la autoridad máxima en materia electoral es el Tribunal Supremo Electoral, si bien esta supremacía es relativa porque, como lo señalamos en la misma Constitución establece que es sin perjuicio de los recursos que ella franquea, cuando es violada. Esto supone que existe recurso de inconstitucionalidad en relación a los reglamentos que emita el Tribunal Supremo Electoral, lo cual está en concordancia con las disposiciones que establecen la competencia de la Sala de lo Constitucional que no hacen excepciones, y ademas por una razón lógica; si el Código Electoral, emitido por la Asamblea Legislativa puede ser objeto de acción de insconstitucionalidad con mayor razón lo puede ser el reglamento emitido por Tribunal Supremo Electoral. También en virtud de esa misma disposición las personas jurídicas o individuales, pueden interponer la acción de amparo, siVpor una decisión de Tribunal Supremo Electoral se les priva de algunos de los derechos consignados en la Constitución. No parece ser esta la intención de los acuerdos de México celebrados entre el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y el Gobierno, de los cuales se desprende que se convino que el Tribunal Supremo Electoral sería la autoridad máxima en materia electoral, pero en el proceso de reforma se varío el texto acordado en México y las cosas quedaron como queda dicho y ello no puede modificarse sin violar la Constitución a menos que se le reforme nuevamente.

La expresión Tribunal Supremo puede inducir a equívocos, pues se podría entender que se trata de un organismo jurisdiccional electoral, cuando la realidad es que si bien esa función existe, el Tribunal tiene también y no como atribuciones accesorias, sino de igual importancia que las jurisdiccionales, atribuciones de orden administrativo.

CH. Organización

EL Tribunal pordisposición constitucional que lo crea está formado por cinco magistrados, por un período de cinco años, en la forma antes indicada[1221].

En las próximas elecciones el partido que obtenga el mayor número de votos en la elección presidencial inmediata anterior será el que propondrá la terna, de la cual la Asamblea escogerá, al magistrado Presidente.

D. Competencias

La Constitución no establece específicamente las competencias del Tribunal Supremo Electoral, si no que se remite a la ley secundaria la cual como ya hemos indicado, es el Código Electoral y éste establece facultades de diferente naturaleza para el Tribunal, las cuales siguiendo a Hernández Valle , las podemos agrupar al menos en cinco modalidades, a saber: "a) atribuciones de administración activa; b) atribuciones de control; c) atribuciones consrltivas; ch) atribuciones juridiccionales; y d) atribuciones legislativas".

a) Atribuciones de administración activa. Dentro de estas cabe mencionar la convocatoria a elecciones; el nombramiento de los miembros de las juntas electorales departamentales, las juntas electorales municipales y las juntas receptoras de votos; nombramiento del Secretario General, el asesor jurídico, gerentes, subgerentes, jefes regionales departamentales o de sección, así como el personal administrativo, y ejercer las

(*21* f id Tribunal actual esta integrado de diferente manera. poi un acuerdo político de última hora. Pero esa conformación 'ólo (ciulia Ingai duranle el período que corre. Kn estos momentos el Magistrado Presidente lúe electo de una lerna propuesta por la Corte Suprema de Justicia; v los otros cuatro magistrados han sido propuestos por ternas de los partidos políticos que oV>tuvieron mayor numero de votos en la última elección: ARJÍNA, HX'. H'\ y CO.

|*222* **Derecho Electoral Costarricense, Ia. ed.. Juncentro. Costa Rica, 1990. pp. ! 14 y ss.**

funciones disciplinarias correspondiente^'; practicar el escrutinio definitivo de las elecciones presidenciales, de diputados y municipales; llevar el registro electoral debidamente actualizado; llevar el registro de partidos políticos inscritos, coaliciones de candidatos para Presidente y Vicepresidente de la República; extender la credenciales correspondientes; y tomar la protesta constitucional a los electos; realizar actos administrativos para el funcionamiento del Consejo y para el buen orden de las elecciones; preparar el presupuesto de gastos; administrar los fondos que le sean asignados y cualesquiera otros recursos destinados a su normal funcionamiento.

El Tribunal, ya se indicó está bajo la Presidencia de uno de sus miembros, el cual preside las sesiones del Tribunal, dirige sus debates, lo convoca y lo representa legalmente. (Esta representación no implica que el Tribunal Supremo Electoral, sea un organismo autónomo con personalidad jurídica, pues si bien goza de total independencia funcional y es un órgano especializado técnico y apolítico encargado de la actividad electoral en El Salvador, sigue enmarcado dentro del Estado
persona) 1 PP^ ^
O

b) Atribuciones de control. Velar porque se cumplan sus acuerdos y disposiciones; suspender total o parcialmente las elecciones por el tiempo que se considere necesario cuando hubieren graves alteraciones al orden público en cualquier municipio o departamento y designar en su caso la fecha en que aquellas deberán efectuarse o continuarse total o parcialmente.

c) Atribuciones consultivas. Resolver las consultas que le formulen los organismos electorales, los representantes de los partidos políticos o coaliciones o cualquier autoridad competente en orden a mantener el normal funcionamiento del proceso electoral y de los organismos respectivos. En otros países como Costa Rica acertadamente se ha introducido como atribución del

1223 Ver Rubén Hernández Valle, cit. p. 1 13.

Tribunal Supremo Electoral la de dictaminar sobre los proyectos de la ley relativos a materias electorales. Esto es importante porque es precisamente el Tribunal el que tiene la experiencia necesaria y ei conocimiento suficiente para ponderar si se debe reformar el Código Electoral. De hecho, tanto el Consejo Central como el actual Tribunal elaboran anteproyectos de reforma e incluso de códigos electorales completos; valdría la pena que esta consulta se volviera obligatoria, y que incluso se le diera al Tribunal iniciativa de ley en materia electoral, desde luego reformando la Constitución.

ch) Atribuciones jurisdiccionales. Conocer de toda clase de acciones, excepciones, peticiones, recursos e incidentes que puedan interponerse de acuerdo al Código Electoral; conocer y resolver de los recursos interpuestos contra resoluciones de la juntas electorales departamentales, conocer y resolver las peticiones de nulidad de elecciones y de las peticiones de nulidad de escrutinios definitivos, imponer multas en forma gubernativa a los infractores que no cumplieren con el Código Electoral, salvo que se trate de delitos o faltas, las cuales son competencia de los tribunales comunes.

d) Atribuciones legislativas. Ya lo indicamos, el Tribunal Supremo Electoral elabora su reglamento interno y los demás que fueren necesarios para la aplicación del Código Electoral.

E. Los demás organismos electorales

Abajo del Tribunal Supremo Electoral, en orden jerárquico se encuentran los organismos ya mencionados: juntas electorales departamentales y municipales y juntas receptoras de votos, las cuales son un desarrollo del Art. 209 Cn. que a la letra dice: "La ley establecerá los organismo necesarios para la recepción, recuento y fiscalización de votos y demás actividades concernientes al sufragio y cuidará de que estén integrados de modo que no predomine en ellos ningún partido o coalición de partidos".

F. Rol electoral de los partidos políticos

Afín de garantizar a los partidos políticos y sus coaliciones, se les concede, por Constitución derecho de vigilancia sobre todo el proceso electoral, y a fin de fomentar la participación de todos los sectores políticos interesados, el Estado, tambiéh'por^Constitución, reconoce la deuda política para financiar a los contendientes. De esta manera se cree que se facilita el pluralismo político, pero también ha de reconocerse que se fomenta del aventurerismo electoral.

3.8.3. Corte de Cuentas de la República

A. Noción

La Corte de Cuentas de la República es el órgano que fiscaliza todos los actos derivados de la Hacienda Pública. Su función principal es garantizar el estricto control financiero contable de los actos del gobierno, es decir proporcionar un control preventivo y sucesivo a la ejecución correcta del presupuesto del Estado. Esto se traduce en ejercer vigilancia en lo concerniente a la observación de las leyes, de la materia, así como a autorizar sólo gastos que estén autorizados y¡ para los cuales existan fondos, la comprobación que tales gastos rtañ sido hechos de acuerdo a lo autorizado; y de que los bienes cuya adquisición se autorizó existan realmente.

B. Antecedentes generales

Antecedentes de organismos fiscalizadores, ¡os encontramos en Grecia, en cuya época un grupo de ciudadanos llamados logistas, eran electos por el pueblo para que ejercieran una función fiscalizadora de la Hacienda Pública. Ese control fiscal se ejercía mediante la distribución de obligaciones, una parte de los logistas tenían a su cargo la labor de ejecutar las órdenes del Senado, y la otra se ocupaba de cuestiones económicas y financieras, ambos grupos gozaban de autoridad para citar a todos aquellos funcionarios que manejaban fondos públicos. Una vez que estafase había concluido y se deducían responsabilidades, por el mal manejo de fondos públicos, su persecución estaba a cargo de otro

cuerpo de funcionarios llamados Autinios, quienes se encargaban de imponer las sanciones pertinentes.

En Roma esta función estaba encomendada a los "censores", quienes tenían bajo su responsabilidad los caudales públicos. Con el paso de los años esos controles se fueron aumentando, para evitar lo que sucedía con los famosos Consejeros Reales, que eran a su vez administradores del Tesoro y ejercían funciones de control; algunos fueron sometidos a severos procesos por atribuírseles y comprobárseles malversación en las finanzas del Imperio.

A Inglaterra se le han atribuido una serie de principios en materia de control fiscal, los cuales fueron establecidos con la finalidad de regular su régimen, manteniéndose a la fecha algunos de esos principios.

En la España Colonial el control corrió a cargo de las Juntas Superioresde la Real Hacienda[1224].

C. Ordenamiento jurídico salvadoreño

A efecto de estudiar los antecedentes constitucionales de lo que hoy en día es la Corte de Cuentas de la República, los analizaremos en primer lugar las constituciones federales.

En la primera Constitución Federal de 1824, se dieron una serie de disposiciones, relativas al patrimonio fiscal, y estas constituyeron el origen del régimen actual de control y fiscalización de la Hacienda Pública, en ella se determinaron dentro de las atribuciones del Congreso, la de decretar y designar rentas generales para cubrir los gastos de la administración en general. Se dispuso que el control de fiscalización hacendaría, fuese ejercida por el Poder Legislativo, lo cual fue plasmado por el constituyente, en el Art. 69 ordinales 6o. 7o. y 8o., los cuales estatuían que: "Correspondía al Congreso: fijar los gastos de la administración general; decretar y designar rentas general para cubrirlos; y no siendo bastantes, señalar el cupo correspondiente a cada

1224 Ots Capdecjui, op. cit. p. 2K3.

Estado según su población y riqueza; y arreglar lá Administración de las rentas generales; velar sobre su inversión, y tomar cuentas de ella al Poder Ejecutivo".

Consignaba además, que correspondía al Poder Legislativo de cada Estado, determinar el gasto de^u administración, Art. 178 ordinal 2do.

En la Constitución de 1898, se determinó de una manera más clara dentro de las atribuciones del Poder Legislativo Federal, la de decretar anualmente el Presupuesto de Ingresos y Egresos de la Administración Pública, aprobar o desaprobar la cuenta de los gastos públicos, Art. 79 No. XVI, XXVII. Introdujo además el constituyente un Título XVIII denominado: Del Presupuesto, en el cual se dieron una serie de disposiciones relacionados con el mismo. Cabe mencionar que el Art. 113 determinó responsabilidades, al establecer que "De todo gasto que se haga fuera de la ley, serán responsablemente solidariamente por la cantidad gastada, el Presidente y el Ministro respectivo, los Miembros del Tribunal de Cuentas y los empleados que en él intervinieren si faltaren a sus respectivos deberes".

Esta Constitución reafirmo los principios establecidos por la de 1824, estableció por primera vez, una disposición rélatíva a la fiscalización del Tesoro Nacional, como se denominaba en esa época a la Hacienda Pública, pues en el Art. 117, dispuso instituir un Tribunal Superior de Cuentas, el cual tenía la misión de fiscalizar la administración del Tesoro Nacional. Creó el Constituyente normas que fueron más allá de latímidafiscalización legislativa.

La Constitución de 1921 reguló la "Hacienda Pública Nacional", en su Título VI, estableciendo en su Art. 142, la creación de una Tesorería General de la Federación y un Tribunal Mayor de Cuentas, el cual tendría a su cargo la contabilidad y fiscalizaría los ingresos y erogaciones nacionales.

A está Constitución se le reconoce el mérito de aportar principios al régimen legal de Centroamérica, en relación a este punto, pero debemos dejar sentado que la de 1898, brindó una serie de disposiciones muy trascendentales en esta materia, pues expresamente determino,

que el Tribunal Superior de Cuentas podía devolver al Ejecutivo, lo que no estuviera arreglado conforme a la ley, lo que actualmente se conoce como control a posteriori.

La Constitución del Estado de El Salvador de 1824 se refirió a estos principios muy vagamente, no aportó disposiciones constitucionales de un verdadero control fiscal.

En la Constitución de 1841, quizá lo más importante desde nuestro punto de vista es la regulación contenida en el Título 6 relativa a las atribuciones del Poder Legislativo, yaque le concedió lafacultad de "fijar y decretar anualmente los gastos y la administración de todos los ramos de la hacienda pública, arreglando su manejo e inversión", Art.22. Es importante destacar que en el texto constitucional se guardo absoluto silencio sobre lafiscalización del patrimonio del Estado, no obstante ello, sí existía un título referente al tesoro público, en el cual se especificaba nada más lo que formaba el tesoro público del Estado, Art. 60. En leyes secundarias subsistían normas de control a posteriori, como resabios del régimen Federal de 1824.

La Constitución de 1864, retomó la facultad del Poder Legislativo de "fijar y decretar anualmente los gastos de la Administración en todos los ramos de la Hacienda Pública, arreglando su manejo e inversión; tomar cuenta de ella al Poder Ejecutivo; y calificar y reconocer la deuda nacional e interior, designando formas para su amortización", Art. 28 No.5. El título del Tesoro Público se mantuvo totalmente inalterable, respecto a la Constitución de 1841.

Ambas carecieron de disposiciones primarías que regularan la fiscalización y control de la Hacienda Publica, tal vez por el poco interés de los constituyentes de esa época, en la cual privo el interés particular sobre el general. La de 1871, corrió la misma suerte. En 1872 se decretó una nueva Carta Magna, en la cual se dio un cambio sustancial, introdujo el concepto de glosa de cuentas, que significa según Cabanellas "nota o reparo en las cuentas a una o varias partidas de ella", esta glosa debía hacerse en las dependencias que administraban intereses del erario público, como una función específica de un Tribunal superior o Contaduría mayor de cuentas, Art. 177.

Las constituciones de 1880,1883 y 1885 mantuvieron casi el mismo texto que la Constitución de 1872.

A la Constitución de 1886, se le atribuyeron una serie de méritos, ya que introdujo reformas y un verdadero ordenamiento en la instituciones del país, pero en relación a esta materia lb,s alcances de la misma no aportaron nada trascendental, aunquévsejjree que históricamente se desaprovechó la oportunidad de adaptar las doctrinas que prevalecían en esa época, nos atreveríamos a decir que está fue una copia de la de 1872, en la cual se incluyo la glosa de cuentas a la que ya nos referimos, la variante fue que se adicionó un artículo que dejaba a una ley secundaria la facultad de determinar responsabilidades al que indebidamente, ordenara o ejecutara la inversión del gasto de cualquier cantidad del Tesoro de la nación.

Antes de entrar en el texto constitucional de 1939, daremos un breve vistazo histórico a una serie de acontecimientos que culminaron con la promulgación de la referida Constitución.

La mayoría de estudiosos de la historia creen que el General HernándezMartínez[1225] dentro de su nuevo plan de gobierno incluía el de reformar la Constitución, ya que éste pidió a través del Ministro de Hacienda, a la Comisión de Reformas a la Administración ñnánciera, conformada en el año de 1934, un estudio de carácter económico y financiero, de lo que contenía la Constitución de 1886, la cual sería objeto de reformas; y es así como el 3 de septiembre de 1935, la referida Comisión, envío al Ministro de Hacienda un proyecto que denominaron "Anotaciones para una Constitución Política", que incluyó un capítulo que se refería al control fiscal, dicho sea de paso, este estudio, fue considerado como brillante por los entendidos en la materia, y brindo nuevos aportes en materia hacendaría.

El 20 de enero de 1939 se promulgó una nueva Constitución, que contenía principios muy valiosos sobre el régimen hacendario,

1225 MI General Maximiliano I lernánde/ Mailíiuv. asumió el poder el 4 de diciembre de I93L jurando sobre la Gonslilución ele IXX6. a raí/ del derrocamiento elcl Ingeniero Arturo Ara ujo.

dedicándosele un número considerable de artículos (del 150 al 165) algunos de los cuales se han mantenido con muy pocas variantes.

En esta Constitución se incluyó un artículo con el principio constitucional de la Fiscalización Hacendaría, de una forma ordenada y sistemática, y cuyas funciones serían encomendadas a un organismo que desde entonces se denomino Corte de Cuentas de la República, dicho disposición se redactó de la siguiente forma:

Art. 158, "La fiscalización técnico-legal de la gestión de la Hacienda Pública en general, y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Poder Ejecutivo, que se denomina Corte de Cuentas de la República". Tenía entre susfunciones, la de dirigir, inspeccionar y glosar las cuentas de los funcionarios que manejen fondos públicos, así como las relativas a cualesquiera otros bienes del Estado; y fallar sobre ellas.

En el año de 1944 se dieron una serie de reformas a la de 1939, entre las cuales se incluyeron las concernientes a la Hacienda Pública Nacional, éstas no modificaron en gran medida a las de 1939, lo que si se reformó fue la parte relativa a lafiscalización y control de las entidades oficiales autónomas; y por primera vez introdujo conceptos primarios de control preventivo.

Se agregó además a la Corte de Cuentas la facultad de intervenir la cuenta del Presupuesto, debiendo el Poder Ejecutivo someterlo a la aprobación de la Asamblea Legislativa.

Con una serie de sucesos históricos, en el lapso de varios años llegamos a la Constitución de 1950.

En ésta no encontramos nada digno de mencionar, ya que el constituyente se conformo con reeditar los conceptos de la de 1939. Desplazó el controlfiscal al que hacia referencia las reformas de 1944, y retomó de la de 1939 la parte relativa al manejo de los fondos públicos y los limitó nuevamente a los funcionarios, no así a toda persona.

La Constitución de 1962, reprodujo las mismas disposiciones.

La Constitución vigente de 1983, introdujo en él Título VI, el Capítulo V referente a la Corte de Cuentas de la República, expresando la exposición de motivos de que "En este capítulo únicamente se ha introducido el cambio relativo a la obligación del Presidente de la Corte de Cuentas de rendir a la Asamblea Legislativa su informe dentro de tres meses siguientes a la termiiíación del año fiscal considerando que su destitución ", lo cual se encuentra[1226] incumplimiento es justa causada- contemplado en el Art. 198.

El Art. 195 establece que la fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Organo Ejecutivo, que se denominará Corte de Cuentasde la República, asícomo las atribuciones de la misma.

Dicho organismo para sus funciones jurisdiccionales se divide en: una Cámara de Segunda Instancia y en las Cámarasde Primera Instancia que establezca la ley. La primera está formada por el Presidente de la Corte y dos Magistrados, los cuales serán elegidos para un período de tres años, podrán ser reelegidos, Art. 196. Los requisitos para optar a dichos cargos los señala el Art. 198.

Establece además a través de su artículo 197, los prodedrmientos a seguir en caso que un acto sometido al conocimiento de la Corte de Cuentas de la República viole los Art. 198 y 199 de la ley vigente. Cabe mencionar que dicho órgano del Estado ejerce en la actualidad dos tipos de control que son:

1. El preventivo el cual se ejecuta otorgando previamente o ""ap/iori" el" visto bueno" al acto o procedimiento que se pretende realizar. Si el gasto está autorizado y existen fondos se da el visto bueno y si no se deniega. En este supuesto el gasto no debe hacerse.

1226 KI Salvador. Asamblea (.'onsliluyenle. Informe Unico, ('omisión de I'sludio de la Constitución. (Kxposkión de Motivos de Ut Constitución de ei\. p. 7 l.

2. El control sucesivo, o "a posteriori". Se trata de verificar si el gasto ha sido autorizado con el visto bueno y si se ha hecho en el monto y condiciones autorizadas por la ley.

3.8.4. Ministerio Público

A. Noción

No es fácil definir al Ministerio Público en la forma que ésta conformado en El Salvador, al menos desde 1939 y especialmente después de 1950 y sobre todo de 1983. Esto es así porque por una parte el Ministerio Público cumple la función tradicional que se le ha designado. En este sentido, como dice Cabanellas" designa la institución y el órgano encargado de cooperar en la administración de justicia, velando por el interés del Estado, de la sociedad y los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes y promoviendo

1 ??7

la investigación y represión de los delitos" . En segundo lugar, el Ministrrio Público cumple funciones conciliatorias en el caso de situaciones que aparentan ser delitos pero en las cuales el conflicto que las motiva es susceptible de soluciones por arreglos entre las partes ofendidas y los supuestos ofensores, así como es posible obtener en el curso de la investigación preeliminar la reparación de perjuicios patrimoniales que prima fase constituye hechos tipificados como delitos. Estas funciones corresponden, además de otras de menor importancia al Fiscal General de la República, que es un órgano que forma parte del Ministerio Público. En tercer lugar al Ministerio Público le corresponde la defensa de los incapaces, de los trabajadores, y sus asociaciones gremiales, y de los económicamente débiles; defensa que realiza en dos fases una de investigación y conciliación, la cual puede culminar exitosamente, sea que la parte obligada se allane al reclamo que se le hace o que llegue a una transacción con la que seria su parte demandante, una segunda fase el Ministerio Público asume el papel de abogado del incapaz, del trabajador, del sindicato o del económicamente débil, y ocurre en representación de éste ante el

1227 Guillermo Cabanellas, Tumo V. ert. p. 424.

tribunal competente ejercitando la acción correspondiente. En cuarto lugar el Ministerio Público asume una serie de roles, más propios del servicio social y generalmente en la promoción y la detensa del bienestar y los derechos de los niños, sin ser limitativo. Estas funciones las ejerce otro organismo del Ministerio Público que es la Procuraduria General de la República. En quinto lug^f eí^ctual Ministerio Público asume la defensa de los derechos humkjTosjDor medio de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. De manera que quizá resulte infructuoso, acaso bizantino, el intentar una definición que comprenda todos los aspectos que integran el vasto campo de las actividades del Ministerio Público, y por ello, después de considerar sus antecedentes será conveniente referirnos, desde la óptica constitucional por separado a cada una de sus instituciones.

B. Antecedentes

Según Alsina los antecedentes remotos del Ministerio Público se encuentran en el Imperio Romano, los "curiosi" que eran inspectores imperiales sin funciones judiciales, o en los "procuratores cesaris", que eran lo encargados de vigilar la administración de los bienes del soberano; otros consideran que los antecedentes fueron lo obispcxs del tiempo de Justiniano, a quienes en el siglo IV les confirió misiókjudicial. Para otros el origen se encuentra en los "visigodos", en ios "sajones", quienes eran ejecutores de la justicia; también se cree que fueron los "missi dominici" de Cario Magno, los "procuratores baronales" del feudalismo y finalmente hay quienes piensan que fueron los "avogadory de la república veneciana". Sin embargo Alsina que la tesis más generalizada es que el origen del Ministerio Público se encuentra en los funciones que los señores franceses destacaban para la percepción de las regalías (función tributaria), que luego se transformaron en procuradores del rey a los cuales se les confirió la facultad de defender los intereses del Estado y la sociedad[1228]

1228 Consúltese Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico do Derecho Procesal Civil y Comercial (2a. Kii.), lúliar. Unenos Aires, l%3, pp. 3.V2 y ss.

Según cita de Mario Aguirre Godoy, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ha trabajado bastante sobre este tema y en una conferencia que dicto explicando las instituciones del Ministerio Público y de la abogacía del Estado dijo en cuanto a los datos puramente históricos: "Recordemos, sin embargo, por constituir puntos de entronque de ambas instituciones,que la denominación "ministerio fiscal" con que sigue designándose al ministerio público en España y, por influencia suya, en el uso de diversos países americanos, cuadraría mejor, conforme a sus orígenes romanos evocados por las Partidas, a la abogacía del Estado, y que la dualidad corporativa se halla perfectamente delineada en el derecho valenciano del siglo XIII cuando implantó junto a un abogado fiscal, a quien correspondía acusar de los delitos, ciudar de la ejecución de las penas y sostener la jurisdicción real, un abogado patrimonial, al que incumbía la defensa de los bienes del monarca y de erario, la de los derechos del rey en asuntos civiles y, como atribución no procesal, sino administrativa, la recaudación de los impuestos" .[1]

El Ministerio Público o Ministerio Fiscal, como era conocido en su fundación, se creó como representante del Estado y de la Sociedad en la Constitución de 1939. Se instituyó para velar por el cumplimiento de la ley, por la pronta y eficaz aplicación de la justicia, para la defensa de la persona e intereses de menores, indigentes e incapaces a que las leyes especiales no hubieren proveído; y para vigilar esa defensa en caso de haberse encomendado por la ley a determinada persona. Estaba constituido por el Procurador General de la República, por el Procurador General Militar, por el Fiscal de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras; por los fiscales adscritos a los tribunales del fuero común y de fueros especiales y por los síndicos municipales y de las entidades colectivas autónomas creadas por el Estado, Art. 130. El Procurador General de la República era nombrado por el Poder Ejecutivo, quien debía reunir las condiciones establecidas por la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y se encontraba bajo la inmediata dependencia del Ministerio de Justicia. Los demás miembros del Ministerio Fiscal que no eran del nombramiento de otros poderes o electos popularmente eran nombrados por el Poder Ejecutivo, en el ramo correspondiente, Art. 131.

1229 Derecho Procesal ('¡vil de Guatemala. Talleres Gráficos del Centro de Reproducciones de la Universidad Rafael I.andívar. T I. I[)X6. p. 160.

En la Reformas de 1944 a la Constitución de^ 1939, el Ministerio Público o Fiscal como ramo del Poder Ejecutivo dependía directamente del Presidente de la República. Teníacomo jefe inmediato al Procurador General de la República, cuyo nombramiento así como su remoción, licencia y renuncia correspondían al Presidente de la República, Art. 129 y 130.

En la Constitución de 1945 se dijo que el Ministerio Público, era ejercido por el Procurador General de la República, y por los demás funcionarios que determinara la ley, los que actuaban como auxiliares del Procurador, el cual gozaba de independencia de acción en el ejercicio de sus funciones, Arts. 148 y 149. El Procurador General, así como el Procurador Suplente eran nombrado por el Presidente de la ' República, quien nombraba además a los otros miembros del Ministerio Fiscal a propuesta del Procurador General, Art. 149.

La Constitución de 1950 confirió al Ministerio Público una nueva organización, conformándolo de acuerdo al Art. 97, además del Procurador General llamado "de Pobres", el Fiscal General de la República. La exposición de motivos expresaba "Dos altgs fúficionarios quedan encargados de desempeñar la labor que hasta hoy corresponde al Procurador General de la República"..."Por división del trabajo y también para evitarque en un mismo juicio el Jefe del Ministerio Público tenga que dar instrucciones a Fiscales y a Procuradores de Pobres que puedan ser partes contendientes, se prefiere separar las funciones. En efecto, en el Ministerio Público se hallan acumuladas funciones que por su naturaleza pueden separarse: las que se refieren a la representación del Estado y de la Sociedad en defensa de los intereses de éstos; y la protección a las personas que por su posición en la organización social actual se encuentran en inferioridad jurídica y económica"..."Se ha cuidado de que el Ministerio Público no sea un superpoder. Por este motivo se le suprime al Fiscal General de la República la facultad tan indeterminada de "promover el cumplimiento de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas" que en el anteproyecto se, concede al Procurador General de la República" . Se juzgó que una

1230 El Salvador, Asamblea Constituyeme, Documentos Históricos 1950-1951, p. 130.

facultad semejante facultaría al Ministerio Público para invadir con facilidad la competencia de otros funcionarios, lo que quebrantaría el principio de la separación de poderes y sería por lo tanto contrario al régimen republicano moderno [11].

El nombramiento de ambos funcionarios correspondía a! Presidente de la República de acuerdo al Art. 72 y se requería para optar a dichos cargos, los mismos requisitos que para ser Juez de Primera Instancia, Art. 98.

Las atribuciones del Fiscal General de la República se encontraban establecidas en el Art. 99 Nos. 1 al 7, entre las cuales caben mencionar defender los intereses del Estado y de la Sociedad, denunciar o acusar personalmente ante la Asamblea Legislativa o ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios indiciados en infracciones legales, cuyo juzgamiento correspondía a esos organismos; intervenir personalmente o por medio de los fiscales de su dependencia, en los juicios que dieran lugar a procedimiento de oficio; defender los intereses fiscales, y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos que determinara la ley; y, promover el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por delitos de atentado contra las autoridades, y de desacato. Las atribuciones no eran limitativas ya que el numeral 7 previa el aumento de las mismas por medio de leyes secundarias.

En cuanto a las atribuciones del Procurador se señalaban en el Art. 100, pudiendo mencionarse, la de velar por la defensa de las personas e intereses de los menores y demás incapaces; dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos y representarlas judicialmente; así como el nombramiento, remoción, licencia y aceptación de renuncia de los procuradores de pobres de todos los

231 .Se dice cjlie la verdadera ra/cm por la cual se dividió al Ministerio Público, nombrando dos titulares en lugar de uno, lúe tjue el entonces Procurador General Doctor Julio Eduardo Jiménez Castillo, jurista de gran integridad y valentía, ejercía un real y electivo control sobre los actos públicos y la conducta oficial de los funcionarios, civiles y militares. Como era muy grande su prestigio ante ia ciudadanía el expediente al que se recurrió para hacerlo dimitir fue restarle sus competencias.

tribunales de la República, de los procuradores de trabajo y de los demás funcionarios y empleados de su dependencia.

La creación de los Procuradores del Trabajo tienen como finalidad proporcionar asistencia legal a los trabajadores en forma gratuita para la defensa de sus intereses. Al igual que las del Fiscal sus atribuciones no eran limitativas, Art. 100 ondinaftfro.

En la Constitución de 1962, la parte relativa al Ministerio Público, se conservó totalmente intacta.

En la Constitución vigente, se continuó ejerciendo el Ministerio Público tanto por el Fiscal General de la República como por el [s] Procurador General de la República, hasta 1991, año en que fue reformada su composición, incluyéndose al Procurador General para la Defensa de los Derechos Humanos, Art. 191

C. Su composición

a. *Fiscalía (¡ciicnil de la República*

El titular de la Fiscalía General es el Fiscal Generalde la República, cuyo nombramiento a partir de la Constitución de 1983 le correspondía a la Asamblea Legislativa, por votación nominal y pública, Art. 131 No. 29. Las reformas de 1991, introdujeron variantes en el sentido de que tanto la elección como la destitución, la cual procede únicamente por causas legales, deben ser hecha siempre por la Asamblea Legislativa, pero por mayoría calificada de los dos tercios de los Diputados electos, Art. 192 inciso 1ro y 2do.

Se exige además que reúna los mismos requisitos que para ser Magistrado de las Cámaras de Segunda Instancia, Art.177; durará tres años en el ejercicio de su cargo y puede ser reelecto, Art. 192 inciso 2do.

i232 Veáse la relación histórica ijue hace la Sala de lo Constitucional del Ministerio Público en la sentencia de Amparo \o.3-(i-X5, Sentencia 19X5. Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, p. IX7.

Consideró la Comisión Redactora de la Constitución vigente que: "A la Fiscalía General de la República se le han otorgado en el proyecto atribuciones tales que le permitan desempeñar su verdadera función, un poco desnaturalizada hasta ahora, por la dependencia del Presidente de la República y por la falta de capacidad legal para actuar en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad". .."Entre las funciones del Fiscal se considera de la mayor importancia la de^promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos, tutelados por la ley. Deja así el Fiscal de ser un simple acusador para convertirse en un vigilante del respeto de los derechos ciudadanos, ya que, además se le otorga la facultad de denunciar o acusar a funcionarios que infrinjan las leyes. Tiene además el Fiscal la atribución de vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial y además la de organizar y dirigir los organismos especializados en la investigación del delito" [1233]

En base a lo expresado por la Comisión se adicionó al Art. 193 la facultad 2da. y se modificaron las 3ra. y 4ta. relativas a la promoción de oficio o petición de parte de la acción de justicia en defensa de la legalidad y de los derechos humanos; la vigilancia de la investigación del delito desde la etapa policial y la denuncia o acusación personal a los funcionarios.

Además se agregaron nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones; organizar y dirigir los entes especializados para la investigación del delito; y velar porque en la concesiones otorgadas por el Estado se cumplan con los requisitos, condiciones y finalidades, Art. 193 ordinales 7o. 9o. y 10o. respectivamente y se modificó la 5ta. en el sentido de que se especificó el tipo de contratos, es decir, los relativos a "la adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y en los demás que determine la ley".

1233 íií Salvador. Asamblea ConshmyvnU'. Informe Unico, Comisión de *Estudúi* del Proyecto de Constitución, (Kxposición de Motivos de la Constitución di» PJX3, p. 7 I.

Las reformas de 1991, agregaron un nueVo ordinal el 3o.; modificaron los ordinales 2o. y 3o., que pasó a ser el 4to. y se derogó el ordinal 9o. del Art. 193 de la siguiente manera:

"2o. Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

"3o. Dirigir la investígacióndel delito, y en particular de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley. Ello no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. El Organismo de Investigación del Delito practicará con toda diligencia cualquier actuación que le fuere requerida por un juez para los propósitos señalados".

"4o. Promover la acción penal de oficio o a petición de parte;".

Además de las atribuciones conferidas por la Constitución, la Ley Orgánica del Ministerio Público le concede las contenidas en q'fArty 3 de dicho ordenamiento legal, las cuales no son taxativas, sirb^ue la enumeración de las mismas "no excluye otras que pueda ejercer el Fiscal General de la República en aras de la adecuada defensa de los intereses del Estado", Art. 3 inciso 2do.

Las nuevas atribuciones otorgadas a la Fiscalía en los numerales transcritos, presentan algunos problemas de interpretación. En primer lugar, al decir que puede promove^ de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, no aclara si esta facultad constituye un monopolio del Fiscal, si bien la redacción del Art. 183 que señala que la competencia de la Sala de lo Constitucional se abre a petición de cualquier ciudadano, aclara, interpretando armónicamente las dos disposiciones, que ambas vías son procedentes.

Mayor problema presenta lo relativo a la promoción de la acción de oficio o a petición de parte, porque no habiendo ningún artículo constitucional que diga que la acción penal se puede promover directamente por los ofendidos, puede entenderse que en virtud de esta reforma se ha suprimido el acceso directo de los particulares a la justicia

penal. Personalmente creemos que siendo obligación del Estado velar porque la justicia esté a disposición de los gobernados, no puede restringirse ese derecho a través de la exigencia de pasar por el tamiz de la Fiscalía, especialmente porque si bien tiene su titular altas calidades y además es nombrado por el cuerpo legislativo, lo que es una garantía en sí, el resto de tuncionarios y empleados de la institución no están sujetos a un proceso de selección constitucionalmente obligatorio, como es el caso del cuerpo judicial. Se podría dar el caso que se denegase a un particular la solicitud de acusar o denunciar algún delito o falta cometido en su contra, lo que implicaría una apreciación previa o extrajudicial de que no existe o no se puede probar los hechos en que se basa el derecho que se invoca, lo que en el fondo es administrar justicia, potestad que solo le corresponde a los jueces y magistrados competentes.

El *otro* problema nace de la redacción del numeral 3o. Para algunos al disponer la Constitución que al Fiscal corresponde dirigir la investigación del delito y de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal, ello implica que los jueces instructores no pueden conocer sobre un hecho que supuestamente sea delito sino media la acción, acusación o denuncia, del Fiscal. Esta interpretación está de acuerdo con las modernas tendencias del derecho procesal penal, el cual, entre otras cosas, tiende a separar la actividad propiamente investigativa, que sería pre-judíciai, de la propiamente jurisdiccional, afin de evitar que el juez que aprecia las pruebas y decide sobre la detención provisional del imputado se involucre en la investigación, porque se teme, no sin fundamento, que se prejuicie. Para otros la disposición es ambigua porque a continuación de la frase antes mencionada dice que la actividad investigativa del Fiscal no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. Esto supone que el juez es el que investiga jurisdiccionalmente y por tanto todas las pruebas recogidas por la fiscalía deben serle presentadas y solamente él podrá valorarlas, siendo el papel del Fiscal el de un auxiliar de la magistratura, lo cual s'e dice, está en consonancia con la disposición del Art.172 Cn., que dispone que corresponde exclusivamente al Organo Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado entre otras materias, la penal. Finalmente otro sector de pensamiento sostiene que las atribuciones investigativas del Fiscal no son excluyentes de las del juez y por lo tanto, ambos funcionarios tienen competencia para ello,

indistintamente. Nos parece que integrando las dos icteas contenidas en la disposición, se puede concluir que al Fiscal le corresponde la investigación del delito, y por tanto el juez no puede iniciar de oficio la misma, lo que no es óbice para que lo haga ante la solicitud de un particular ni para que el juez ya iniciada la acción penal, a solicitud de parte o de la fiscalía, ordene las diligencias que estime convenientes para el esclarecimiento del hecho investigado y la determinación del o de las personas respon^abí^s^ interpretación que se robustece con lo que dispone la partevf¡naí/de dicha disposición cuando ordena que el organismo de investigación del delito, que es dependencia de la fiscalía, "practique con toda diligencia cualquier actuación que le sea requerida por un juez".

Organización

La Constitución no señala la forma en que debe estar organizada la Fiscalía General de la República, lo cual sucede con el Procurador General de la República y el Procu radorpara la Defensa de los Derechos Humanos. En los tres casos esa organización está librada a lo que los organismos competentes dispongan en la ley secundaria.'Esta es la Ley Orgánica del Ministerio Público, que regula lo referente a la Fiscalía y la Procuraduría y data su vigencia desde el 26 de marzo de 1952, habiendo sufrido reformas. De acuerdo a esa ley está integrada por las divisiones, unidades asesoras y técnicas, Fiscalías regionales, departamentos, secciones y demás dependencias y unidades necesarias para el cumplimiento de sus atribuciones, Art. 5 L.O.M.P.

₩

Su personal permanente está formado por: Fiscal General de la República, Fiscal General Adjunto, Fiscal Adjunto para Derechos Humanos, Secretario General, Jefes de División, Jefes de Departamentos, Jefes de Fiscalías Regionales, Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, Fiscal de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Fiscales de las Cámaras de Segunda Instancia, Fiscales específicos, Fiscal militar, Jefes de Sección, Fiscales Adscritos a los Juzgados de Primera Instancia, Fiscales de Comercio, Asesores, Coordinadores de Fiscales y Colaboradores y el resto de personal que establezca la ley, Art. 7 L.O.M.P.

b. La Procuraduría (¡enera! de la República

El titular de la Procuraduría General es el Procurador General de la República, los requisitos para optar a dicho cargo, asi como su nombramiento, reelección y destitución son los mismos establecidos para el Fiscal General de la República, Art. 192.

Sus facultades son las mismas contenidas en la Constitución de 1950,1962 con la pequeña variante de que en su ordinal 1ro. se agregó velar por la "defensa de la familia", Art. 194. En cuanto a las reformas de 1991 se mantuvieron intactas con la diferencia que el Art. 194 se dividió, correspondiendo al numeral II, las facultades del Procurador General de la República.

Al igual que ocurre con el Fiscal, la Ley Orgánica del Ministerio Público le concede al Procurador además de las atribuciones concedidas por la Constitución, las consignadas en el Art. 23 L.O.M.P.

Organización

La Procuraduría se compone de las dependencias siguientes: secretaría general, dirección de asistencia legal, dirección de asistencia social, departamento de planificación, procuradurías auxiliares y centro de adopción, Art. 24 L.O.M.P.

Los Agentes Auxiliares del Procurador y el personal de la Procuraduría, se encuentran consignados en los Arts. 25 y 26 L.O.M.P., respectivamente.

Las áreas de asistencia que cubre la Procuraduría son:

1. Dirección de Asistencia Legal, se encarga de dirigir, coordinar y supervisar el desarrollo de las actividades jurídicas. Depende de esta dirección los departamentos de adopción, notaría, jurídico, civil y comercial, de relaciones familiares y la procuraduría de trabajo.

2. Dirección de Asistencia Social, se encarga cte velar porque se proporcione atención psicológica y social. Dépenden de dicha dirección los departamentos de Trabajo Social y de Psicología.

3. Dirección Administrativa, cuenta con un departamento de control de depósitos que administra fondos ajenos en custodia, que recibe y distribuye las cuotas alimenticias en beneficio de los hijos menores de las usuarias.

o /

c. El rmcjivcidor para la Defensa de los Derechos Humanos

Esta institución ha sido desarrollada en la parte final del Cap. VII, apartado 7.2.9.

CAPITULO XVI

EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES.

1. Generalidades

En la dinámica constitucional aparecen numerosas situaciones de excepción, denominadas por algunos autores como singulares, originarias o imprevisibles que consisten "en situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza
o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto *por la* Constitución"[1234]

Los eventos que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia son acontecimientos reales o tácticos, los cuales pueden "haberse originado por acción de parte del pueblo, sea por anarquía o por resistencia a la opresión; o por acción del gobierno incurso en opresión o en tiranía. En el primero de los casos, el poder emerge, legitimándose a sí mismo mediante el estado de necesidad (régimen de excepción), para dominar la situación y restablecer la normalidad. En el segundo, el pueblo, legitimándose a sí mismo mediante el derecho de resistencia a la opresión, se impone al poder, lo capta, dando lugar a un nuevo poder o a un nuevo derecho. Lo que el estado de necesidad es [1]

paraelgobernante, laresistenciaalaopresionesparaelgobernado" .

1.1. Régimen de excepción.

Para poder afrontar situaciones anormales condicionadas por circunstancias internas o externas, que suelen crear un ambiente de

1234 Gemían Bidart Campos, Tratado Elemental tlel Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, op. cit. p. 195.

1235 Carlos S. Fayt, Derecho Político. Tomo II, Depalnia, Rueños Aires, 1988, p. I 18.

peligrosidad para las instituciones fundamentales del Estado o valores esenciales del mismo, necesitan las autoridades desarrollar una actividad inusual, ya que si la actuación que el gobierno tiene que desempeñar para remediar la situación, se desarrolla dentro de los cauces normativos ordinarios, podría suceder que se le restaría la efectividad y rapidez necesaria para hacer frente al mal previniéndolo y conjurándolo. Por lo que, las normas constitucionales o legales que son obstáculo para prevenir o remediar la crisis cesan en su vigencia en forma temporal y transitor^ mientras el estado de cosas subsista. Esta cesación normativa íponsíjtucional y legal no opera antijurídicamente, como a primera vistá'podría suponerse, sino que la Constitución generalmente regula los casos, circunstancias y alcances que puede tener el estado de excepción como medida extraordinaria para recuperar la normalidad. "Es lo que se conoce con el nombre de legislación preconstituida para la crisis. Pero puede ocurrir que no prevea en modo alguno, o que lo haga insuficientemente, dejando librada la actuación del poder a lo que corresponda, por vía legislativa, en cada circunstancia, o bien autorizando a la actuación sin otra ley que la impuesta por la lógica de cada situación"[1236].

En general, las medidas que se adoptan para enfrentar las situaciones de emergencias, se encuentren o no preconstituidas, son: a) suspensión de ciertas garantías constitucionales; b) suspensión de ciertos derechos fundamentales; y c) el otorgamiento de facultades extraordinarias a favor de un determinado órgano del Estado, generalmente el Ejecutivo.

Se caracterizan por restringir temporalmente el ámbito de libertad de los gobernados y fortalecen el poder del gobierno.

Por lo que podemos decir, que el régimen de excepción como lo llama nuestra Constitución es un medio jurídico, extraordinario y temporal que tienen los Estados de enfrentar ciertas situaciones, condicionadas por circunstancias internas o externas, que atentan contra la existencia de uno de sus elementos o del Estado mismo o que

1236 Carlos S. l'ayl. op. ul. p. 124

ponen en peligro la finalidad esencial de éste, cual es la vigencia de los derechos fundamentales, ejerciendo facultades extraordinarias y/o suspendiendo derechos y garantías que la norma fundamental reconoce.

1.1.1. Hojeada histórica

La institución jurídica denominada estado de excepción se remonta históricamente al movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el cual dio origen al estado de derecho, aunque apareció en Roma, un tipo de institución excepcional, la dictadura constitucional romana y en la Edad Moderna, la figura del comisario medieval o extraordinario.

Sin embargo, constitucionalmente aparece por primera vez,en la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y también en las leyes francesas de finales del siglo XVIII.

A partir de entonces han surgido toda una variedad de instituciones excepcionales, de normas constitucionales y leyes especiales que han contemplado diversas situaciones de crisis.

A. Roma

El antecedente más lejano conocido es la "dictadura constitucional" romana. La Constitución, desde el comienzo de la época republicana, preveía, para casos de graves necesidades de guerra, por determinadas exigencias sagradas o para resolver situaciones de crisis políticas, que el ¡mperium de los cónsules pudiera ser suspendido, con la finalidad de conceder el poder a un jefe único, el dictador o "magister populi". Con la designación del dictador, que solía hacerse por los cónsules a iniciativa del senado, quedaban en suspenso las demás magistraturas. Esta magistratura extraordinaria era la única en la cual no se diferenciaba entre "imperium domi" e "¡mperium militiae", al considerarse que con el nombramiento del dictador quedaban suspendidas todas las garantías de la libertad ciudadana. Una vez cumplida su misión, el dictador debía resignar de su cargo, el cual, además, se extinguía por ministerio de ley al cesar en sus funciones el cónsul que le hubiera nombrado o al transcurrir seis meses desde su nombramiento.

B. El Medievo

En la Edad Media, partiendo de un precedente papal, existieron ciertos funcionarios especiales llamados comisarios medievales o extraordinarios, nombrados por el monarca, príncipe o emperador, para situaciones excepcionales o especiales, se buscaba con ello superar determinados estados críticos. No se conocía durante este período, lo que sería una regulación propia del estado de excepción, pues la voluntad del soberano no admitía ninguna limitación, por lo que se estimaba que era part^ de lis prerrogativas reales determinar cuando se había presentado una situación que exigiera una medida excepcional. Así pues, en lugar de los funcionarios normales con esferas de jurisdicción regular legalmente definidas, el monarca nombraba un delegado, el cual era llamado para resolver una situación peculiar, sobre la base de una instrucción especial; en tal caso lo más probable es que el funcionario gozara de facultades extraordinarias para cumplir con su objetivo, inclusive suspendiendo leyes y derechos. Es evidente, que estas facultades extraordinarias del funcionario, derivaban de la autoridad del monarca, el que procuraba revocarla tgín pronto se hubiera solucionado el problema, a fin de evitar una competencia de fundones que pudiera ser peligrosa para su propio poder efectivo. Dichos comisarios comenzaron pues, como simples inspectores de mercados y terminaron siendo verdaderos amos de las contiendas.

C. La Edad Moderna

Modernamente, al surgir las constituciones como reglas supremas de distribución del poder y de límites al mismo, se polemizó sobre la necesidad de prever en los textos escritos instituciones de excepción. Unos han argumentado que estas son la negación de la Constitución y otros, que son la mayoría, sostienen que esas situaciones excepcionales exigen facultades extraordinarias para el gobierno y las consiguientes restricciones a la libertad de los gobernados, precisamente para salvar el régimen democrático.

Así podemos observardiferentes enfoques para enfrentar las crisis.

a. Los países anglosajones

En los estados anglosajones las constituciones no contienen disposiciones especiales o expresas para otorgar poderes extraordinarios al gobierno en situaciones de crisis y la tendencia tanto doctrinaria como jurisprudencial, ha sido más bien hostil a concederlos.

Sin embargo, como dice Rossitter"la legislatura americana, como todas las legislaturas, ha sido forzada por la fría lógica de la historia a reconocer a !a rama ejecutiva de! gobierno como el único poder calificado para actuar como un instrumento de dictadura constitucional" y agrega que: "El más sobresaliente ejemplo de la iniciativa presidencial para salvaguardar la paz por medio de las Fuerzas Armadas, fue por supuesto, el del Presidente Abraham Lincoln durante la Guerra de Secesión"[1237] En la Constitución de los Estados Unidos de América que fue aprobada porla Convención de Filadelfia el 17 de septiembre de 1787 y que se considera como la primera Constitución escrita de la época moderna[1238], no se establecieron disposiciones específicas sobre la suspensión de la Constitución, sino únicamente en el segundo inciso de la sección 9, del artículo I, en el cual se dispone que "El privilegio del hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión". Sin embargo, como lo señala Rossiter, de las atribuciones que se le confirieron a la rama Legislativa del Estado federal se ha concluido que es posible que se den poderes excepcionales a la rama Ejecutiva a fin de que pueda el gobierno cumplir ciertos deberes relativos a la defensa y al mantenimiento del orden interno. Y fue precisamente en base a tales disposiciones que durante las dos guerras mundiales, el Congreso concedió al Presidente, en calidad de jefe del Ejecutivo, plenos poderes para dirigir la defensa de la

1237 Clinton I.. Rossitter, ('onsfitueiuiud Dietabirsliip, Princeton University Press, 1948, p. 215.

1 23K Recuérdese que en tiempo de los Hslnardo se produjo una Revolución la de 1647, por la cual se sustituyó el reinado por una República cuyo comisario era Oljver Cromwell, líder del movimiento, lista República emitió dos documentos constitucionales: el Acuerdo del Pueblo de 1647 y el Instrumento de (lobierno tic 1653. de los cuales sólo el segundo entró en vigencia, aunque su vida fue efímera, porque ¡os Hstuardo recobraron el poder y lo decapitaron

nación y conducir la guerra. Entre las leyes de autorización más importantes otorgadas al presidente Roosevelt fueron la First War Powers Act del 18 de diciembre de 1941 y la Second War Power Act del 27de marzo de 1942. Al finalizar la guerra fueron suspendidas, habiendo sido nuevamente puestas en vigor, como medidas de seguridad, por la guerra de Corea. En los Estados Unidos, el Congreso participó en la determinación de las decisiones políticas; si bien el presidente de la República tenía plenos poderes para conducir la guerra, retuvo sus controles constitucionalesjrente al gobierno, hasta el punto de que frecuentemente se dieron chaves diferencias entre el Presidente y el Congreso. v

En Inglaterra también se han autorizado en época de emergencia la suspensión del hábeas corpus y el otorgamiento de poderes especiales al gobierno, por medio de decisiones parlamentarias.

b. *Francia*

Francia es la nación en donde surge ló que ahora se conoce como Estado de Sitio, pero no fue utilizado a nivel constitucional, sino que por

1 P'-JQ

medio de leyes secundarias. Es hasta 1848, en la Constitución del 4 de noviembre, que se introdujo un artículo, el cual disponía que "Una ley determinará los casos en los cuales el estado de sitio podrá ser declarado y reglará las formas y los efectos de esta medida", Art. 106[1240].

c. *España*

España, cuyo ordenamiento jurídico ha también influido en nuestras instituciones, constitucionaliza por primera vez la protección extraordinaria del Estado, como dice Cruz Villalón "en la primera etapa del Sexenio, en el marco de la monarquía constitucional en 1869. La

1239 Posiblemente la constitucionalidad Je tales leyes no lúe discutida en virtud de la actitud rclraclaria de los franceses hacia el conlrol judicial de los actos legislativos.

1240 Consultar Pedro Cruz Villalón, Id listado de Sitio y la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, l')X0. p. 367.

Constitución de este año es la primera que prevé una amplia suspensión de las garantías -art.31- permitiendo así la posterior legalización del régimen de excepción -ley de Orden Público- en 1870"[1^41].

1.1.2. Instituios de defensa del orden constitucional en situaciones de emergencia.

A partir de entonces, han surgido toda una variedad de instituciones excepcionales; tales como el Estado de Asamblea, el Estado de Previsión y Alarma, la Ley Marcial y el Estado de Sitio. Instituciones que están contempladas dentro de la Constitución o por leyes especiales.

Si bien todos estos institutos pueden considerarse como un estado de excepción, la diferencia entre ellos estriba tanto en la gravedad de los eventos que los producen, como en las medidas encaminadas a resolver la situación de crisis.

1 . Estado de asamblea es una institución del período colonial argentino, en el cual se llamaba "asamblea" a la convocatoria de tropas para la formación de un ejército y "paraje de asamblea" al lugar señalado para la reunión, es contemplado por la Constitución chilena en su Art. 40.1 que establece: "En situación de guerra externa, el Presidente de la República , con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, podrá declarar el estado de asamblea", produciendo de acuerdo con el Art. 41.1. suspensión o restricción de libertades y derechos.

2. Estado de previsión y alarma es dentro de las medidas de gobierno que la amenaza a la tranquilidad en el orden público obliga a adoptar, la más benigna para los derechos constitucionales y privados, lo regula la Constitución española en su Art. 116 junto con el estado de excepción y el de sitio. El estado de alarma es declarado por el Gobierno mediante decreto acordado por el Consejo de Ministro, por un plazo máximo de quince días.

1241 l'eili-o Cruz Villalon. op. ril. |>. *MM.*

3. Ley marcial. Su concepto proviene del derecho anglosajón martial law creada en 1485 yen virtud de la cual se facultaba al Condestable del Ejército a juzgar, al margen del common law, por medio de procedimientos sumarios, secretos y simples y de acuerdo a ordenanzas dictadas por él mismo, a todo aquel civil o militar que a su criterio hubiera cometido algún delito dentro del territorio ocupado por sus tropas.

   Consiste en extender a los civiles la jurisdicción militar, en razón de asumir la autoridad militar el gobierno de tropas y de civiles que las siguen o que se hallan en el lugar. La ley marcial lo que produce es la cesación del ordenamterrTOx jurídico preexistente del lugar ocupado militarmente, síehdo^éste sustituido por ordenanzas militares dictadas por el ejército ocupante, importando el sometimiento de todos los habitantes de la nación, ya sean estos militares o civiles, al juzgamiento de los tribunales militares con sujección a la ley militar. De aquí surge su diferencia con el estado de sitio, el cual se encuentra instituido y reglamentado normalmente en la Constitución, en cambio la ley marcial no tiene la naturaleza de norma legal, es una medida de hecho producto de un estado de guerra.

4. Estado de sitio tiene sus orígenes en el derecho público francés (etat de siege), en la ley del 8 de julio de 1791 aplicable a personas y lugares que se encuentran en una plaza de guerra o puesto militar en asedio por el enemigo, justificándose el predominio de lo militar sobre lo civil, con el propósito de defenderse del enemigo. A partir de la ley francesa del 9 de agosto de 1849, el estado de sitio, es considerado como un régimen jurídico de excepción motivado por la ocurrencia de graves peligros para el orden público y la vida organizada del Estado, provenientes no únicamente de situaciones bélicas, sino de otras causas.

   Es una medida excepcional contemplada dentro del ordenamiento jurídico y por lo tanto, no atenta contra el mismo, sino que por el contrario, pretende protegerlo. Tomando el estado de sitio en su concepto moderno, podemos encontrar cierta semejanza con otros institutos de defensa del orden constitucional en situación de crisis, a esto se debe que en varios países de Latinoamérica se llame estado

r

de sitio a la "medida excepcional de gobierno dictada en circunstancias de extrema gravedad para el orden público, para la paz interior y la seguridad común, temporaria y limitada en sus efectos, y que impone la pérdida de los derechos y garantías individuales mientras está en vigor"[1242]

1.1.3. Ordenamientos internacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) que como hemos manifestado anteriormente, ha sido ratificado por nuestro país, consagra la suspensión de garantías en su Art. 27 que en su ordinal primero establece que "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

En el ordinal 2do. del mismo artículo consigna los derechos excluidos de la posibilidad de suspensión, siendo estos los siguientes: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derechos políticos; ni las garantías judicales para la protección de tales derechos.

Por otra parte, en el ordinal 3ro. le impone al Estado parte que haga uso del derecho de suspensión la obligación de informar inmediatamente

1242 Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. La Situación Excepcional, Tomo I, Documento Rase para la Formulación del Anteproyecto de la Ley Procesal Penal Aplicable en el Régimen de Lxcepción, versión mimeografiada, San Salvador, 1987, p. 105.

a los demás Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la suspensión.

1.1.4. Ordenamiento jurídico salvadoreño

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico, el Estado de excepción, se ha contemplado tanto en las constituciones Federales como en las nacionales, a excepción de la.de~ 1824.
i' J

A partir de 1871 se emitieron Leyes Constitutivas de Estado de Sitio, que eran las que regulaban la institución, hasta que el constituyente en 1950 optó por incorporar en la Carta Magna al régimen de excepción y sustituyó el término "estado de sitio" por el de "suspensión de garantías constitucionales"; lo que se repite en la 1962 y en la vigente.

En esta última tomó como fundamento Jbs principios contemplados en la de 1950, por lo que los órganos facultados, el plazo de suspensión, el ámbito territorial de aplicación, la posibilidad de prolongación y el restablecimiento de las garantías, son los mismos. En loque se evidencia una novedad es en que contempla en una sección de un capítulo de la Constitución, los artículos referentes a la suspensión de garantías constituc¡onales,denom¡nándola''F¡ég¡mende Excepción", Arts.29al31.

El Art. 29 dice: "En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán supenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones confines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la República, y se hará por medio de decreto del Organo Legislativo o del Organo Ejecutivo, en su caso.

También podrán suspenderse las garantías contenidas en los Arts. 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de esta Constitución, cuando así

F

lo acuerde el Organo Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los Diputados electos; no excediendo la detención administrativa de quince días".

De donde se traduce:

1. Debe existir una, al menos, de las causas señaladas por la Constitución, para que pueda decretarse el Estado de excepción, deben tratarse de acontecimientos de orden políticos o provenientes de la naturaleza, los cuales deben ser de extrema gravedad o perturbaciones extraordinarias, imprevistas o de súbita aparición y constituir un peligro real, cierto o inminente, de tal gravedad que el sistema jurídico normal resulta insuficiente para contenerlo.

   Nuestra Constitución señala como causas las siguientes: guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia, calamidad general y grave perturbación del orden público:

   a. Guerra es la lucha armada entre dos o más estados o entre bandos de un mismo Estado, a la primera se le conoce como guerra internacional o exterior y a la segunda como guerra civil o interna. La guerra externa puede ser declarada o no, consistiendo la declaración en el acto formal, por el cual un país comunica a otro que sus relaciones pacíficas han llegado a su término y han sido sustituidas por un Estado en guerra. Traemos esto a mención porque la disposición en comento utiliza la terminología guerra en sentido genérico, es decir, sin distintivos ni calificativos, a pesarque el constituyente en algunos artículos, para el caso en el 27 inciso 1ro. habla de estado de guerra internacional, en el 131 ordinal 6to. de guerra legalmente declarada, etc., por lo que consideramos que pudiera ser un supuesto válido que la existencia de cualquier tipo de guerra exterior o internacional o civil, declarada o no, justifique la declaratoria del régimen de excepción.

   b. Invasión del territorio es "la agresión armada internacional, en que se penetra en territorio de otro país, con la finalidad de adueñarse del mismo (en todo o en parte) o para obligar a

rendirse al adversario y que acepte Jas condiciones que se le impongan"[1243] No basta un simple incidente fronterizo, el cual pudiera no llegar a ser considerado como una hostilidad bélica por parte del Estado agredido, sino que por el contrario, debe tratarse de una verdadera agresión seguida de invasión, con la fin de adueñarse del territorio o para obligar a rendirse al adversario.

c. Rebelión es el levantamiento armado contra el orden político constitucional establecido para derrocar al gobierno, usurpar las facultades de cualquiera *ap* las autoridades supremas, abolir o cambiar violentamente la Constitución o las instituciones que de ella emanen, y obtener el poder público con el propósito de imponer un nuevo régimen. El Código Penal tipifica la rebelión como delito contra la personalidad interna del Estado, en su Art. 392 y el Código de Justicia Militar en sus Arts. 76 al 80.

ch. Sedición es el levantamiento multitudinario y agresivo contra las autoridades, para obligarlas a reamar determinados propósitos o abstenerse de cumplir sus funcionés o ciertas disposiciones legales en el ámbito legislativo, administrativo o judicial. Al igual que la rebelión, es tipificada como delito contra la personalidad interna del Estado y la regula el Código Penal en su Art. 393 y el Código de Justicia Militar en sus Arts. 81 al 87.

Ambos son conflictos internos, caracterizados por alzamientos, los cuales suponen un movimiento más o menos organizado de personas y que constituyen la fase culminante de los disturbios internos. Se diferencian: la rebelión es un alzamiento contra el gobierno de la República, afecta grandes zonas del territorio nacional y tiene por objeto alteraciones políticas más hondas; la sedición en cambio, es contra la autoridad sin desconocer al gobierno y es más localizada.

1243 Guillermo Cabanellas, Tomo IV, op. cil. p. 4[l])0.

r

d. Catástrofe es "suceso infausto y extraordinario; como naufragio, descarrilamiento, incendio grande, explosión de polvorines, derrumbamiento de edificios y minas, entre otras desgracias donde se cuentan numerosas víctimas y grandes daños" [1244]; epidemia es una "enfermedad que aflige temporalmente a una población, territorio o grupo definido por la convivencia o el trabajo, afectando a la vez a muchas personas, expuestas al contagio o a sufrir el mismo mal por compartir igual ambiente y causa"[1245]; calamidad pública es una "desgracia, infortunio, privación o mal que alcanza a muchos; como epidemia, terremoto, inundación, guerra, hambre, plaga y desventuras análogas o menores"[1246]. La Ley de Defensa Civil emitida por Decreto Legislativo No. 498 del 8 de abril de 1976 que derogó al Ley de Emergencia Nacional de 1965 considera como "desastre o calamidades públicas para los efectos de esta ley, la consecuencia de fenómenos físicos o naturales, acciones armadas o de trastornos sociales que afectaren el orden público, el normal desarrollo de las actividades económicas en la República o la vida, salud o patrimonio de sus habitantes", Art. 4. Tanto el concepto de calamidad que da Cabanellas como el de la Ley de Defensa Civil en vigor, son de tal amplitud que engloban casi todas las demás causales, a pesar de ello, el constituyente le adicionó el calificativo de "general", el cual sería justificable únicamente en el caso de querer destacar la naturaleza o magnitud del suceso.

e. Grave perturbación del orden público. Marroquín señala entre las más importantes acepciones de la expresión orden público, las siguientes;

'laEl orden público en sentido restringido es lo mismo que el orden policíaco administrativo, es decir, el control

1244 Cabanellas. Tomo 11. op. dt. p 105.

1245 Ib id. Tomo 111. p. 4X7

1246 Iliíil. lomos 11, p. 20.

preventivo y potestativo de la conducta individual, con el fin de lograr la paz y la tranquilidad, acudiendo, si fuere preciso, a la aplicación del poder coactivo.

2aEl orden público, en su acepción más amplia constituye la estructura esencial del Estado, sin la cual sería imposible su existencia y estabilidad. Comprende el orden público todo el régimen político, así como los aspectos fundamentales del régimen económico-social; comprende también la coordinación de las instituciones económico-jurídicasj integrándolas en un todo sistemático"[1247]

Debemos entender el orden público en su acepción más amplia, ya que en su sentido restringuido cuando el orden público se ve atacado por simples desordenes callejeros que pueden ser controlados por el sistema regular de la policía, no amerita la declaratoria del régimen de excepc¡ón,Ja cual podría justificarse en caso de que los disturbios interioras o tensiones internas escaparan del control de la policía regular y llegaran a constituir una amenaza para la seguridad interior del Estado o para la personalidad interna del mismo. En su acepción más amplia engloba a todas las causales por las que pudiera declararse el régimen de excepción, por lo que deja a la discrecionalidad del órgano del Estado competente, la evaluación de las graves perturbaciones del orden público.

2. Le corresponde por norma general al Organo Legislati^o^y^sólo excepcionalmente al Ejecutivo por medio del Consejo de Ministros, si la Asamblea Legislativo no se encuentra reunida, la declaratoria del régimen de excepción, los cuales la hacen por medio de decreto. Cuando es el Organo Legislativo el que la formula nos encontramos con dos situaciones diferentes en cuanto al número de diputados requeridos para emitirla y en cuanto a las garantías que se suspenden.

1247 Alejandro Dagobeilo Mal roijuín. I,a Irretroactivlciad de las Leves..p. 75.

r

a. La contemplada en el inciso 1 ro. del Art. 29, el cual establece las garantías que puede suspender el Organo Legislativo sin especificar el quorum o número de diputados requeridos, el que por interpretación sistemática debe de ser por lo menos dos tercios de los diputados electos, ya que el Art. 131 ordinal 27o. se requiere de los votos favorables en esa misma proporción, por lo que si no estuvieren reunidos en tal número o proporción, no tiene sentido alguno deliberar sobre el caso, ya que sería imposible tomar resolución.

b. En el inciso 2do. del Art. 29 se establece que ciertas garantías procesales solamente pueden ser suspendidas, de manera limitada en el tiempo, por el Organo Legislativo, requeriéndose el voto favorable de las tres cuartas partes de los diputados electos.

Enestecaso lasuspensión solamentepuededarseporelOrgano Legislativo, yaque si en el inciso primerodel mismo artículo, para un caso de menor gravedad, el constituyente creyó necesario indicar expresamente que el Ejecutivo podría hacerlo en defecto del legislativo, es lógico pensar, que para una suspensión en la que se ha requerido mayoría especialmente calificada, sería necesario también que el constituyente expresara claramente la facultad subsidiaria del Organo Ejecutivo; todo a pesar de lo establecido en el No. 6 del Art. 167, en el que no distingue a qué garantías se refiere al hablarde la suspensión que puede efectuar el Ejecutivo, porque, en este caso prevalece el Art. 29, que es una garantía para los habitantes y no el Art. 167 No. 6, que restringe las garantías de los individuos frente al Estado.

En cuanto al Organo Ejecutivo, éste necesita, para poder suspender las garantías a que se refiere el inciso primero del Art. 29, de un prerequisito o supuesto consistente en que la Asamblea Legislativa no estuviere reunida, Art. 167 No. 6.

Si tomamos en cuenta que la Asamblea Legislativa, en la actualidad, se reúne periódicamente, sin largos recesos como ocurría hace varias décadas, esta facultad concedida al Organo

Ejecutivo no tendría mucha operancia, a no ^er i|ue el cumplimiento del prerequisito se deba a la falta de quorum necesario para declarar el estado de excepción por imposibilidad de algunos de los diputados de acudir a la Asamblea Legislativa.

Una vez cumplido el prerequisito, con^pq/ide al Consejo de Ministro, suspender las garantías, no especificando el constituyente el quorúm necesario para que pueda emitir el decreto, por lo que nos remitimos al Reglamento Interno del Organo Ejecutivo, el cual en el Art. 26 establece que: "para que el Consejo de Ministros pueda sesionar válidamente, será necesaria la asistencia de los dos tercios de sus miembros; y para tomar resoluciones, sera necesario el acuerdo de la mayoría de los miembros asistentes".

3. El efecto que produce el régimen de excepción es la suspensión de derechos y garantías constitucionales. Al respecto, la Comisión Revisorade la Legislación Salvadoreña^24\ha expresado: "Muchos autores y legislaciones incluyendo nuestra Constitución- aluden a p*-■ =; efecto con la frase "suspensión de garantías constitucionales". Sánchez Viamonte nos explica que la expresión se ha arraigado en laterminologíaconstitucionalporsu larga tradición histórica, basada en el sistema inglés de luenga data, en el cual la declaraforia de la situación excepcional determina la suspensión de la garantía de hábeas corpus. Adicionalmente algunos autores no dan a la expresión "garantía constitucional" o "garantía individual" el sentido estricto que le adjudica Linares Quintana, para quien "el concepto de garantías constitucionales debe circunscribirse a los remedios jurídicos, que se hacen valer ante el Poder Judicial, encaminados a la protección y amparo de todos los aspectos de la libertad constitucional, primordialmente a través de un proceso rápido y sumarísimo, que haga posible el pleno, efectivo e inmediato restablecimiento de los individuos en el goce de sus derechos constitucionales indebidamente conculcados, restringidos o amenazados. Según él, tres son las garantías constitucionales

1248 Comisión Revisóla tic la Legislación Salvadoreña. La Situación Kxccpcional, cit. p. 169.

básicas: el hábeas corpus, el amparo y el proceso de inconstitucionalidad"[1249], y por ello la expresión no resulta criticable para ellos. Otros autores, como Bidart Campos, expresan que rectamente entendido, este efecto de la declaratoria del régimen de excepción, involucra una imposibilidad de solicitar determinadas formas de protección para esos derechos y libertades, -los constitucionales- o lo que es igual, la de mantener la vigencia o reparar su violación. Si no procede, por ejemplo, el amparo de la libertad de prensa, no se puede postular el derecho por falta de vía procesal, con lo que la suspensión de la garantía deja al derecho desnudo de acción, a lo menos sumaria; si el domicilio puede ser allanado sin el requisito previo de la orden competente, la suspensión de garantía alcanza al derecho de impedir el acceso, y así sucesivamente. En una palabra, como dice Goldschmidt, si se suspende el amparo especial de los derechos, se exime al gobierno de proceder por catulelosos trámites procesales, o se priva al individuo de defenderse mediante juicio sumario.

La suspensión debe afectar, según lo recomienda Burgoa, sólo a aquellos derechos y garantías que constituyan un obstáculo al desarrollo rápido y eficaz de la actividad estatal-autoritaria de prevención o remedio"[1250].

Se pueden suspender de acuerdo al Art. 29 por ambos órganos (Ejecutivo y Legislativo): las libertades de tránsito y de domicilio o residencia; de expresión y difusión del pensamiento; de asociación y de reunión, excepto cuando se trate de fines religiosos, culturales, económicos o deportivos; y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Sólo pueden ser suspendidas por el Legislativo, las contenidas en los Arts. 12 inciso 2do y 13 inciso 2do. que se refieren a la asistencia de defensor letrado y de que el detenido debe ser consignado a la orden de la autoridad judicial, en el término de 72 horas.

1249 Ver Segundo V. Linares Quintana. 'lomo 6, op. cil. p. 17 1

1250 Ignacio Burgoa, op. t il. p. 2(13

Cabe agregar, que algunos ordenamiento^ jurídicos contemplan además, como efecto del régimen la concentración del poder o el otorgamiento de ciertas facultades extraordinarias a un órgano del Estado, usualmente al Ejecutivo, lo cual importa el ejercicio de atribuciones en exceso de las que normalmente le corresponde.

4. Se debe fijar en la declaratoria, el ámbito espacial de aplicación de la suspensión, el cual puede ser todo el territorio de la República o sólo parte del mismo, dependiendo del ámbito territorial de la situación anormal, Art. 29, inciso 1ro.

5. Se debe especificar expresamente los derechos y/o garantías que se suspenden.

6. No se puede señalar en la declaratoria aplicaciones del régimen de excepción dirigidas a personas o grupos de persona? La suspensión debe de tener carácter general en aplicación del principio de igualdad ante la ley.

El Art. 30 por su parte establece: "El plazo de suspensión de las garantías constitucionales no excederá de 30 días. Transcurrido este plazo podrá prolongarse la suspensión, por igual período y mediante un nuevo decreto,si continúan las circunstancias que la motivaron. Si no se emite el decreto, quedarán restablecidas de pleno derecho las garantías constitucionales".

Conforme a este artículo la duración de la suspensión, se ha de limitaren la declaración, la cual no deberá excederde treinta días. Si las causas subsisten, la Constitución autoriza que la Asamblea Legislativa prorrogue la suspensión por igual período y mediante nuevo decreto, Art. 30.

Es interesante relacionar aquí la opinión del distinguido jurista, doctor Guillermo Manuel Ungo, quien sostenía que la Asamblea Legislativa sólo puede decretar una prórroga, de manera que esa situación excepcional únicamente puede durar sesenta días. El doctor Ungo invocó a su favor la opinión del doctor Carlos Adalberto Fonseca, quien en su tesis doctoral afirma que "el legislador creyó que treinta días era un plazo prudencial para encontrarle solución a cualquier situación

r

anómala". Y agrega que "la redacción literal del artículo que sólo menciona prolongación de la suspensión por igual período en singular, no autoriza a sucesivas prorrogas"[1251]

Esta opinión es respetable, sin embargo sostenemos que si el constituyente hubiera deseado que el régimen de excepción no pudiera prolongarse más que por una sola vez, así lo hubiera expresado categóricamente, ya que la redacción del artículo en singular no puede tomarse en cuenta, puesto que al transcurrir ei primer plazo solamente puede prolongarse por un período igual, absurda redacción sería si dijera: "transcurrido este plazo podría prolongarse la suspensión por iguales períodos", desde luego que cada prórroga es porun sólo período. Por otra parle, es indiscutible que las causas que pueden provocar la declaratoria del régimen de excepción pueden durar más de sesenta días, para el caso la guerra, la invasión del territorio u otras.

Desde luego lo anterior no implica que el gobierno esté autorizado para prorrogar indefinidamente el régimen de excepción, por lo que creemos que la Sala de lo Constitucional tiene facultad para examinar si el decreto correspondiente de prórroga tiene causas reales o no.

El Art. 31 regula el restablecimiento de las garantías cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron la suspensión, correspondiendo a la Asamblea Legislativa o al Consejo de Ministros, según el caso, restablecerlas tales garantías.

1.1.5. Competencia de los tribunales militares

Al ser declarada la suspensión de garantías constitucionales, el poder militar se robustecía y pasaba a ser competencia de los tribunales especiales el conocimiento de los delitos contra la existencia y organización del Estado, contra la personalidad internacional o la personalidad interna del mismo y contra la paz pública, así como de los delitos de trascendencia internacional.

1251 Guillermo Manuel Ungo, Las Garantías Constitucionales en El Salvador, Revista ECA, San Salvador, junio 1977, p. 363.

No podía someterse al conocimiento de dichos tribunales juicios que ya estuvieren pendientes ante las autoridades comunes al momento de decretarse la suspensión, pero al cesar la misma aquellos tribunales continuaban conociendo de los procesos incoados durante su vigencia.

Lo *anterior* estaba regulado en el Art. 30 de la Constitución, el cual por medio de Decreto Legislativo No. 64, relativo a las reformas constitucionales del 31 de octubre de 1991, fue sustituido. Su derogación implica que aun cuando las garantías constitucionales estuvieren suspendidas, los tribunales comunes continuarán ejerciendo su competencia normal.

1.2. Derecho de insurrección

Para defenderse de las arbitrariedades de las autoridades públicas, la mayoría de las constituciones prevén algún tipo de control, a esto tienden instituciones, tales como: el referéndum, la constitucionalidad de las leyes, el derecho de petición, entre otros. Estas sanciones jurídicas organizadas que obligan a los gobernantes al respeto de la idea del derecho, son a menudo insuficientes frente a la voluntad sistemática de éstos de actuar según una política no autorizada por la ley. Por lo que se debe admitir que existen otras sanciones, denominadas por Burdeau como inorgánicas, "que constituyen para los ciudadanos el último recurso contra la arbitrariedad de los que detentan el Poder. Estas sanciones son la resistencia a la opresión y la revolución" [1252]

La primera de ellas, consiste "en la negativa de los gobernados a someterse a las voluntades de los gobernantes contrarias a la idea de Derecho de la que emana el Poder cuyas perrogativas ejercen. La resistencia puede ser defensiva que consisten en rechazar la violencia con la violencia cuando los gobernantes quieren hacer cumplir una ley contraria a la idea dél Derecho, y resistencia agresiva, es decir, la insurrección que tiende a obligar por la fuerza a los gobernantes a retirar las decisiones injustas tomadas" [253].

1252 (İL-orjio Hunlcau. al. |i. (>().

1253 lliíil. |>.M) (SI

Duguit, por su parte al referirse a la resistencia a la opresión expresa "que hay que distinguir las tres especies tradicionales: la resistencia pasiva, la resistencia defensiva y la resistencia agresiva.

Está fuera de toda duda que todo individuo tiene el derecho de resistir a la aplicación de toda ley contraria al derecho, o a todo acto contrario a la ley, no ejecutando lo que se ordene en la ley sino cuando se le fuerce a ello, protestando contra lo que él considera como una violación del derecho y declarando que no cede más que a la compulsión material, a la fuerza que se le hace, después de haber agotado todos los medios y recursos que la ley pone a su disposición para defender su derecho. El derecho de resistencia pasiva comprendido y ejercido así no ha sido nunca controvertido ni negado, ni puede serlo. Corresponde a cada uno apreciar en conciencia si debe obedecer voluntariamente a esta o aquella orden de la autoridad, o si no debe obedecer sino bajo la presión de la fuerza material.

La resistencia defensiva se da cuando se quiere resistir por lafuerza a la ejecución de una ley que se supone contraria al derecho, o a un acto individual contrario a la ley.

* La resistencia agresiva, o sea el derecho a la insurrección. Todo gobierno que de un modo permanente hace leyes atentatorias al derecho superior que le imponen el Estado, o que deja ejecutar actos arbitrarios en violación de las leyes existentes, es un gobierno tiránico, que falta a su misión, y el pueblo que se rebela contra él y lleva acabo una revolución para derribarlo realiza, indudablemente, un acto legítimo. Pero no por eso desconocemos que, en la práctica, el ejercicio de un derecho así presenta grandes peligros. Todos los filósofos políticos, desde Santo Tomás a Locke, que han reconocido el derecho de insurrección, comprendieron y pusieron en evidencia estos peligros, recomendando no usar este remedio sino con extrema prudencia. Por lo demás, claro es que la cuestión de la legitimidad de una insurrección no podría plantearse, en derecho positivo, ante ningún tribunal. Si la insurrección triunfase, el gobierno nacido de ella no haría, de seguro, perseguir por atentado a la seguridad de! Estado, o por complot revolucionario, a aquellos a quienes debe el poder; y si fracasara, no habría tribunal que osase declarar que no había habido complot o atentado contra la

seguridad del Estado, por ser tiránico él gobierno y legítima la intención que hubo de derribarlo"[1254] \ i

La resistencia a la opresión puede ser: pasiva que consiste en resistirse a la aplicaercmde^jna ley contraria al derecho, es decir desobediencia a la ley injusta; defensiva que consiste en oponerse a la fuerza a la ejecución de una ley por estimarse contraria al derecho; y agresiva, es decir el derecho a la insurrección, deriva del latín "insugere", levantarse contra, que consiste en rebelarse contra la violación por parte de los gobernantes del orden constituido, pero que tiende a mantener el pleno imperio de la constitución y las leyes.

La segunda, es decir la revolución, es definida por Cattaneo como "destrucción de un ordenamiento jurídico e instauración de uno nuevo, realizado en forma ilegal, es decir con ^procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente" y diciébdgfo con otras palabras, "por revolución se entiende un acto no jurídico, es decir, no calificado como tal por el Derecho, pero normativo y creador de derecho"[1]

Algunos autores insisten en diferenciar entre la revolución y el golpe de Estado, llegando a asignarle potestades diferentes a los órganos de facto, admitiendo el carácter constituyente originario que puede ejercer el gobierno revolucionario y negándoselo al golpe de Estado, el cual es definido como "cualquier acto ilegítimo, inconstitucional, que importa una modificación a la constitución o al derecho vigente, sin dar vida a un nuevo ordenamiento jurídico; un acto que no se realice según los modos previstos en las normas sobre las fuentes del derecho, pero que no modifique la fuente suprema de validez del ordenamiento jurídico"[1256].

Ambos significan un alzamiento contra la legalidad normativa. En el caso de la revolución participa el pueblo masivamente, en cambio el golpe de Estado es llevado a cabo por personas o funcionarios que están

1254 León 1)u¿iuil, dt. pp. 3(X) a 303.

1255 Mano Callaneo, di. por Andrés l'ink. Los (¡obiernns do Kacto ante el Derecho v ante la Circunstancia Política. Depalma. Hílenos Aires. l')X4. p. 27.

1256 Ihíd. p. 25.

dentro del gobierno, al cual traicionan. Desde luego, mucho dependerá del éxito del movimiento, pues de fracasar los participantes se exponen a ser procesados de acuerdo al Código Penal, por sedición o rebelión. Pero de triunfar, se convierten en los nuevos gobernantes y dependiendo de su mayor o menor aceptación por parte de la sociedad serán calificados como salvadores de la nación o como tiranos.

Ahora bien, existen también diferencias entre la insurrección y la revolución. En la primera se conserva el orden constitucional y legal, en la revolución, en cambio, se produce un cambio en el orden jurídico vigente.

1.2.1. Antecedentes generales

El derecho de resistencia a la opresión existió tanto en la doctrina de los pensadores, como en las declaraciones de derechos.

Sus antecedentes más remotos los encontramos en los apóstoles y en la Patrística, sin embargo puede decirse que fue en los siglos XII y XIII donde se dieron las primera exposiciones orgánicas, siendo sus más grandes exponentes Juan de Salisbury, en su "Polycraticus" y Santo Tomás de Aquino, principalmente en la "Summa Theologica" y en "De regimine principium". Este último admitía la resistencia activa de los gobernados contra los tiranos, fundándose en la noción del "bien común", por lo que consideraba que el "jus resistendi" era procedente únicamente cuando la tiranía era insoportable y la insurrección tenía posibilidades de ganar.

Sus primeras concreciones de ¡nstitucionalización se dieron en la Edad Media, en España, en los siglos XII y XIII. "Alfonso II de Aragón, al conceder en 1191 a Miguel Valmanzano el castillo y el pueblo de Le itaces, le confirió el derecho de resistir los abusos de autoridad que el propio monarca cometiere, y Alfonso III, en 1287, en el privilegio de la unión de los aragoneses, establecía el "el derecho de alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero contra alguno de los confederados o de deponerle, desterrarle o substituirle por otro, si castigase a cualquiera de ellos sin sentencia de Justicia". Otros ensayos de ¡nstitucionalización del "jus

resistendi" se encuentran en la/Cói>q:ordía de Medina del Campo y en la ley 25, título 13, de Las Partidas"[125]/.¡

En Inglaterra, el Art. 61 de la Carta Magna (1215) confería a los barones, el derecho i' de resistén cia contra las transgresiones reales.

En la Edad Moderna influyeron notablemente en esta institución Suárez, Locke y Rousseau. Locke, sostenía en su libro "Ensayo sobre el Gobierno Civil" que: "quien ejerciendo autoridad se excede del poderque le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja, por ello mismo, de ser un magistrado y se le puede ejercer resistencia, lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro"..."Unicamente se debe oponer la fuerza a la fuerza injusta e ilegal. Quien de cualquier otro paso opone resistencia, atrae sobre sí mismo la justa condenación de Dios y de los hombres"[1258]. Rousseau porsu parte, estatuía que: "en el momento en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social se rompe, y todos los ciudadanos, al recobrar de derecho su libertad natural, se ven forzados, pero no obligados a obedecer. Lo mismo acontece cuando los miembros del gobierno usurpan desesperadamente el poderque no deben ejercer sino corporativamente; cosa que no constituye una pequeña infracción de las leyes, pues produce un gran desorden. Una vez que se ha llegado a esta situación hay, por decirlo así, tantos príncipes como magistrados, y el Estado, no menos dividido que el gobierno, perece o cambia de forma"[1259]. En esta misma época, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) reconocía el derecho de resistencia a la opresión en su Sección III que en lo pertinente decía que, "el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...y que cuando el gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de

1257 Marín Justo Lope/. Introducción a los Lstudios Políticos. Volumen IL Depalma, Buenos Anes, 1987, p. 101.

1 258 John Locke, cil. pp. 154-155,

1259 Jean Jaques Rousseau, cil. pp. I i I-I 12.

F

reformarlo, alterarlo o abo lirio de la manera que se juzgue más conveniente al bien público". Este derecho fue consagrado por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la cual después de establecer que los gobiernos se instituyen para asegurar los derechos del hombre, expresaba: "que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de los principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a aboliría, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad"..."cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigidas invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), lo incluyo, entre los derechos naturales e imprescriptibles, juntamente con la libertad, la propiedad y la seguridad, Art. 2. ¿En qué sentido, decía Duguit, los hombres de 1789 entendían este derecho?. "Se han guardado muy bien de decirlo. Ni en la Declaración ni en la Constitución de 1791, ni siquiera nada que permita formarse, al menos, una idea del propósito de la Asamblea Nacional sobre este punto. Importa notar, sin embargo, que la resistencia a la opresión no es, lo mismo que la seguridad, un derecho individual distinto de la libertad y de la propiedad. Es, como la seguridad, el conjunto de derechos individuales, en tanto que se oponen a todo poder opresor. El individuo, en virtud mismo de sus derechos individuales, puede resistir a todo acto del Estado que atente contra ellos. El principio queda así afirmado y erigido en postulado. Pero cómo y en qué medida puede el individuo resistir, la Asamblea de 1789 no lo ha dicho.

Por el contrario, los autores de la Declaración y de la Constitución de 1793 han determinado claramente el fundamento y la extensión de la resistencia a la opresión. Declaran, en primer término, que es la consecuencia inmediata de los demás derechos del hombre. Puede ser, no tan sólo pasiva y defensiva, sino hasta agresiva, y llegar incluso a la insurrección para derribar el Gobierno opresor"[1260].

1260 León Duguit. cit. p. 299-300.

Burdeau, por su parte, sostiene que la forma-Rlás agresiva del derecho de resistencia a la opresió^íuetecogida "por la Declaración de 1793, fue objeto del célebre artículo 35:)'Cuando el Gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección és para el pueblo y para cada porción del pueblo el derecho más sagrado y el más indispensable de los deberes". Esta fórmiula expresa la concepción extrema del derecho de resistencia. Por una parte, legitima no solamente una actitud defensiva, sino la resister>cia agresiva. Porotra parte concede el ejercicio de este derecho no sólo al pueblo en su totalidad, sino también a cada ciudadano particularmente considerado"[1261].

¡2.2. Ordenamiento jurídico salvadoreño

La Constitución federal de 1324 establecía en su Título IX denominado "De la responsabilidad y modo de proceder en las causas de las supremas autoridades federales" que había lugar a formación de causa contra los representantes del Congreso en los delitos de traición, venalidad, falta grave en el desempeño de sus funciones y delitos comunes que merezcan pena más que correccional, los cuales producían acción popular, Arts. 143 y 146; reconocía el constituyente una acción popular que debemos entenderla como una especie de insurrección contra funcionarios inescrupulosos, que habían infringido la ley.

En las constituciones nacionales, el derecho de insurrección fue consignado en la Constitución-Proyecto de 1885, la cual nunca entró en vigor, ya que su decreto de disolución fue dado el 26 de noviembre del mismo año. Unos días antes, el 19 de noviembre de 1885, el Ministro de Gobernación don Cruz Ulloa con instrucciones del entonces Presidente de la República General Francisco Menéndez, envió una nota a la Asamblea Nacional Constituyente, que denota la importancia y trascendencia del derecho de insurrección y textualmente dice: "PODER EJECUTIVO: MINISTERIO DEL INTERIOR. Palacio Nacional; San Salvador, Noviembre 19 de 1885.

Señores Secretarios de la Asamblea Nacional Constituyente: He recibido instrucciones del ciudadano Presidente Provisional de la República para dirigirme al alto cuerpo de que ustedes son dignos órganos, excitando al patriotismo de los Honorables Diputados a etecto de reconsiderar varios artículos de la Corte Constitutiva que se elabora, y que han aparecido como aprobados, según las actas dadas a la publicidad, en que se consignan ios trabajos de ese augusto cuerpo; permitiéndome con tal motivo reseñar a la ligera algunas observaciones que someto a la reconocida ilustración de los representantes del Pueblo Salvadoreño.

Ei Derecho de Insurrección es un Derecho Natural, que ejercen los pueblos cuando así lo creen necesario para la salvación de sus más caros intereses. Es una materia de suyo ilegislabie, no necesitando la existencia y ejercicio de ese derecho de la confirmación de una ley escrita.

Ejemplos palpitantes de esa verdad nos ofrece ia Historia de El Salvador, cuyo pueblo, si bien sufrido por sus hábitos de trabajo, orden y moralidad, para precipitarse en revueltas, no ha necesitado, llegado el caso, que ninguna carta Constitutiva le otorgara el derecho de insurrección para derrocar a más de un Gobierno que ha conculcado las garantías sociales y políticas.

Los pueblos conocen siempre mejor sus intereses y ellos en masa son los mejores jueces para resolver la oportunidad de hacer uso de la insurrección.

Reglamentar ese derecho sería restringirlo, y dejar la ley expuesta a nuevas violaciones [1] Pfi ?

La mencionada Constitución frustada de 1885 regulaba en el Art. 36 el derecho de insurrección de la siguiente manera:

1262 Juan Ramón Montoya. "1:1 Control de ja Constitucionalidad", **Tesis** para optar al Título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador, San Salvador. Marzo 1977, pp. 203-204.

"Todo salvadoreño puede ejercer legítimamente el derecho de insurrección en los casos siguientes:

lo.Cuando el Presidente cí^ la República se haga reelegir por cualquier medid;

23 Cuando sin hacerse reelegir continúa ejerciendo la Presidehciá de la República, transcurrido el período presidencial;

3D. Cuando juzgado y depuesto legalm'efíte, continúa ejerciendo el Poder Supremo;

4o.Cuando destruye el régimen constitucional, o cuando lo suspende salvo el caso de Estado de Sitio legalmente declarado;

5o.La disposición contenida en este artículo, no restrige de ningún modo el derecho que tienen los pueblos, para desconocer a la autoridad del Poder Ejecutivo, cual la juzgue contraria e incompatible, con los grandes interesesnacionales;

6b. La insurrección no producirá en caso alguno la abrogación de las leyes; sino será limitada a separar del Poder al Ejecutivo y proveer interinamente las personas que deban desempeñarlo, entre tanto se llena su falta en la forma establecida por la Constitución".

Posteriormente el General Menéndez constituyó una nueva Asamblea Constituyente, la cual aprobó la Constitución de 1886, que consignó el artículo que proclamaba el Derecho de insurrección, aunque redactado de diferente manera, así el Art. 36 prescribía "El derecho de insurrección no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes, quedando limitado en sus efectos a separar en cuanto sea necesario, a las personas que desempeñen el Gobierno y nombrar interinamente las que deban subrogarlas, entre tanto se llena su falta en la forma establecida por la Constitución".

La Constitución de 1939 no lo reconoció, pero si apareció nuevamente en la de 1945, conservando el mismo texto que la de 1886.

Cuando se redactaba la Constitución de 1950 la Comisión "se halló ante una disyuntiva: señalar los casos en que procede el derecho de insurrección, o dejar una disposición amplia que no pretenda encerrar la vida y la historia dentro de los estrechos marcos de un precepto, señalando solamente los efectos de esa insurrección. Este es un punto ilegislable. La insurrección se da como un hecho, y sus causas pueden ser muy variadas, por lo que es imposible intentar su enumeración"[1263].

Fue consagrado sin enumerar los casos en que proceder el derecho de insurrección, así el Art. 175 estatuía: "El derecho de insurrección, que esta Constitución reconoce, no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes; queda limitado en sus efectos a separar, en cuanto sea necesario, a los funcionarios, mientras se sustituyen en la forma legal".

Sin embargo, el Art. 5 establecía "la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia es indispensable para el mantenimiento de la forma de Gobierno establecida. La violación de esta norma obliga a la insurrección", en el Art. 46 ordinal 32 que le correspondía a la Asamblea Legislativa, desconocer obligatoriamente al Presidente de la República o al que haga sus veces, cuando habiendo terminado su período constitucional, continúe en el ejercicio del cargo y el Art. 112 le encargaba a la Fuerza Armada velar especialmente por el cumplimiento de esa norma.

Refiriéndose al art. 175 Gallardo expresa: "El derecho de insurrección tiene en El Salvador una especificación constitucional bien caracterizada, pues en ningún caso debe producir la abrogación de las leyes y sus efectos deben limitarse a la sustitución de los funcionarios culpables que hubiesen deliberadamente violado los Textos constitucionales (art. 175). A decir verdad, este derecho siempre ha servido para parapeto jurídico a la gran mayoría de los golpes de Estado, cuyos autores se han arrogado facultades que no entran precisamente

en su regulación; también el Legislador no determina exactamente a qué Poder incumbe. Pero, sea dicho en honor a la verdad, una buena parte de la culpabilidad incuiyibe al mismo Legislador quien no determina exactamente a qué Ppder incumbe la calificación de este derecho, ni menos se preocupa e(n sorneterlo a criterio del Poder Judicial, pues en ciertos casos (artículo 4^ No.32) impone a la Asamblea el deber de desconocer al Presidente de la República que continué indebidamente en el ejercicio del cargo, en otros no establece criterio alguno y concede esta misma facultad a la Fuerza Armaba, sin que ésta deba regir su criterio en base y de conformidad, con la resolución favorable de uno de los Poderes del Estado (art. 112)"

Agrega, dicho autor, "como observamos, la problemática del Derecho de insurrección, cuando se entrevee desde un punto de vista exclusivamente realista no estriba precisamente en el dilema o en la disyuntiva ante la cual se creyó estar sin criterio propio la Comisión Redactora. Esta última admitió que debía elegir entre dos vías: la primera, señalada ya en el Ante-proyecto, consistía en determinar los casos en que procedía ejercitar este derecho, y la segunda, referirse únicamente a los efectos que este derecho debe producir en la vida orgánica del Estado, sin querer enumerar las circunstancias en que se debe recurrir a él. Ante esa disyuntiva, y no obstante haber admitido en principio los casos concretos contenidos en el Ante-proyecto, la Comisión se replegó y aceptó la teoría claudicante, que consiste en reconocer que la insurrección es un hecho, y que siendo sus causas muy variadas es imposible para el legislador el detenerse a enumerarlas".

"Como repetimos", -dice Gallardo- "el verdadero problema fue soslayado por el Legislador quien pasó a su lado sin siquiera observarlo de reojo. Tanto del punto de vista pragmático como por sus facetas doctrinales, queda en pie el problema de saber, a qué Poder, o a qué grupo de personas o a qué individuos incumbe la calificación de este derecho. Si debe establecerse o no, como un requisito sine qua non, la ratificación mayoritaría o por unanimidad de los cuerpos colegiados que integran al Estado, o si este voto aprobativo y a posteriori debe emanar o no de la Corte Suprema de Justicia, y a defecto de ésta de otro Poder Constitucional. Sólo mediante esta preceptuación constitucional podrá evitar el Legislador salvadoreño la repetición de los abusos que se han perpetrado en el pasado y que consistían en invocar el derecho de

insurrección en favor de toda asonada o cuartelada, que derrocaba al Gobierno preexistente, sin que el nuevo movimiento poseyere mayor transcedencia social ni constitucional, fuera de haber desplazado del Gobierno las personas que lo integraban y de haberse sustituido a ellas con la nueva administración"[1264]

Se encontraba en prensa la obra de Gallardo a que nos referimos anteriormente, cuando invocando el derecho de insurrección, fue derrocado el gobierno del General José María Lemus por golpe de Estado, el 26 de octubre de 1960. Una Junta Cívico-Militar, integrada por los Doctores René Fortín Magaña, Ricardo Falla Cáceres, Fabio Castillo Figueroa y por el Teniente coronel Miguel Angel Castillo y Mayor Rubén Alonso Rosales asumió el Gobierno y separó de su cargo a los funcionarios del régimen depuesto, entre ellos a los miembros del Poder Ejecutivo, Diputados de la Asamblea Legislativa y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La Junta Cívico Militar fue depuesta tres meses después, es decir el 25 de enero de 1961, por el Directorio Cívico Militar que convocó a la Asamblea Constituyente, la cual fue constituida el 29 de diciembre de 1961 y el 8 de enero de 1962 aparece decretada la Constitución, que recoge nuevamante el derecho de insurrección en su Art. 7 que decía: "Se reconoce el derecho del pueblo a la insurreción. El ejercicio de este derecho no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes y estará limitado en sus efectos a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios del Poder Ejecutivo, los que serán sustituidos en la forma establecida en esta Constitución". Consignó además, la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia como indispensable para el mantenimiento de la forma de gobierno, obligando la violación de esta norma a la insurrección, en su Art. 5, la atribución a la Asamblea Legislativa de desconocer al Presidente de la República cuando habiendo terminado su período, continúe en el cargo, Art. 47 ordinal 32o. y a la Fuerza Armada la de velar porque no se viole la alternabilidad en la Presidencia de la República, Art. 112.

A diferencia de las anteriores constituciones reconoce el derecho del pueblo a la insurrección y lo limita en sus efectos a separar a los funcionarios del Poder Ejecutivo.

Al analizar este tema, la ComisiónÍRed^ctora de la Constitución vigente, estimó que "las insurrecciones ocurridas en El Salvador no se han producido todas en ejercicio del derecho consagrado en la Constitución y, que más bien se han invocado para llevarlas a cabo, el derecho inmanente de los pueblos a la insurrección. Estimó la Comisión que, si bien era conveniente mantener la tradición, también había que condicionar el ejercicio del derecho de insurrección, tanto en lo que se refiere a las causas o los motivos por los cuales puede ejercerse como en sus efectos. El propósito de estas limitaciones es el de hacer posible la insurrección en determinados casos sin violentar el orden constitucional sino, por ef coñtrario, institucionalizarla para su defensa y conservación"[1265]

La Constitución vigente, regula el derecho de insurrección en su Art. 87 que dice:

"Se reconoce el derecho del pueblo a la insurrección, para el solo objeto de restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno o al sistema político establecidos, o por graves violaciones a los derechos consagrados en esta Constitución.

El ejercicio de este derecho no producirá la abrogación ni la reforma de esta Constitución, y se limitará a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios transgresores, reemplazándolos de manera transitoria hasta sean sustituidos en al forma establecida por esta Constitución.

Las atribuciones y competencias que corresponden a los órganos fundamentales establecidos por esta Constitución, no podrán ser ejercidos en ningún caso por una misma persona o por una sola institución".

1265 El Salvado». Asamblea ConMiiuycnie, Informo Unico, ('omisión de* Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos Constitución de 19K3). pp. 57-58

1. Reconoce el derecho del pueblo a la insurrección.

2. Limita el derecho de insurrección en cuanto a sus causas. Tiene un solo propósito: restablecer el orden constitucional alterado. No se trata de cualquier alteración, dice la Comisión "sino que está circunscrita a la transgresión a la forma de Gobierno, esto es a la forma republicana, al sistema político pluralista democrático y representativo, y a las graves violaciones a los derechos consagrados en la Constitución, vale decir, las garantías y derechos fundamentales, sin cuyo respeto la vida de los ciudadanos se vuelve insoportable"[1266] Cabe agregar, que conforme al Art. 88 que para el manteniento de la forma de gobierno y del sistema político, es indispensable la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia, por lo que la violación de la misma obliga a la insurrección.

3. En sus efectos, el ejercicio del derecho de insurrección se limita a separar a los funcionarios transgresores reemplazándolos de manera transitoria hasta que sean sustituidos en laforma establecida en esta Constitución. Esta forma para el Presidente de la República la regulada en el Art. 155 que dice que "En defecto del Presidente de la República, por muerte, renuncia, remoción u otra causa, lo sustituirá el Vicepresidente; a falta de éste, uno de los Designados por el orden de su nominación, y si todos éstos faltaren por cualquier causa legal, la Asamblea designará la persona que habrá de sustituirlo".

   Hay que señalar que en el sentir de la Comisión "este reemplazo sólo puede hacerse en una forma no prevista por la Constitución, cuando los funcionarios transgresores no puedan ser sustituidos en la forma establecida. Por ejemplo, si el Presidente de la República es el funcionario transgresor, debe ser sustituido por el Vice Presidente o por los designados que no han intervenido en la alteración del orden constitucional"[1267]

1266 Ibíd p. 58.

1267 Ibíd. p. 5H.

Se limita además en sus efectos el derecho de insurrección de tal manera que no pueda dar lugar "a gobiernos totalitarios que asuman todas las funciones del gobiernos Aun en estas circunstancias excepcionales se debe mantener ia independencia de los distintos órganos, en cuanto a sus atribuciones y competencias, en la formulación de la voluntad política. Ni una sola persona, ni una Junta, ni un Consejo podrá tener simultáneamente las facultades que en la Constitución se confiera al Organo Legislativo. Ejecutivo o Judicial"[1268]

BIBLIOGRAFIA

A

Aguilar Pocasangre, Margarita c Iglesias Herrera,Ricardo, El Proceso de Inconstitucionalidad en El Salvador, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. UC'A, San Salvador, 1989.

Aguir de Luque, Luis, "Artículo 22, Derecho de Asociación", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Civitas Madrid, 1988.

Aguirre Godoy, Mario, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Derecho Procesal Civil de Guatemala, Talleres Gráficos del Centro de Reproducción de la Universidad Rafael Land/var, 19X6.

Albanez, Armando Napoleón, "Artículo 1X3, Constitución de 1950", La Universidad, Revista Trimestral de la Universidad de El Salvador, Universitaria, San Salvador, 1960.

Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga Manuel, Curso de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1939.

Alexandrov, N. G. y otros. Teoría del Estado y del Derecho, versión Española de A. Fierro, Grijalbo, México, 1966.

Alsina, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, (2a. Ed.), Ediar, Buenos Aires, 1963.

Alvarenga, ívo Príamo y Sandoval Magno Tulio, "Estudio Jurídico sobre una Posible Ley General de Reforma Agraria o un Código Agrario", Presencia, No. 7-8, San Salvador, 1990.

Aragón, Manuel, ('onslilucion y Democracia,'léenos, Madrid, 1989.

- "1.a Interpretación de l;i ('onslilucion v el carácter objetivado del (onlrol luí isdii i icmal" Krvi-.ia l■ s¡i;i¡it >la de Derecho ('onslilucional. No. 1/ (Vnlin di' l ■■.ludio'. ('ini'.lilni umales. Madnd, Mavn Agosto 1'>S6.

- "El Control como Elemento inseparable del Concepto de Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 19 Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Enero-Abril 1987.

Aristóteles, La Política, UCA Editóles, s)m Salvador, 1988.

- Las Constituciones Griegas. La Constitución de Atenas, Akal, Madrid, 1987.

B

Bachof, Otto, Jueces y Constitución. Civitas, Madrid, 1985.

Balaguer Callejón, María Luisa, La iñterpr^tación de la Constitución por la Jurisprudencia Ordinaria, Civitas, Madrid, 1990.

Basile, Silvio, "Los Valores Superiores, los Principios Fundamentales y los Derechos y Libertades Públicas", La Constitución Española de 1978,Civitas, Madrid, 1980.

Bertrand Galindo, Francisco. "Los Acuerdos Legislativos de 1991 sobre Reformas Constitucionales", Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, Año I, No. 1.

"El Estado Liberal de Derecho", publicado en El Estado Democrático de Derecho de El Salvador, La Pirámide. San Salvador, 1990.

"El Parlamento Centroamericano, Aspectos de Derecho Internacional". Boletín, Año No. I, Imprenta La Idea, 1991.

- "Derecho Agrario y Legislación Agraria en El Salvador", Revista de Justicia, Tipografía Central, San Salvador, 1977.

- El Derecho a la Salud en las Atnéricas, Estudio Constitucional, Publicación Científica, Washington, 1989.

Bidart Campos, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, Ediar, Buenos Aires, 1967.

- Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1989.

- Las Obligaciones en el Derecho Constitucional, (2a. reimpresión) Ediar, Buenos Aires, 1987.

- Doctrina del Estado Democrático, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, Derecho Constitucional. Tecnos, Madrid, 1973.

- Introducción al Derecho Constitucional Comparado, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

Bocanegra Sierra, Raúl, El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional . Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid,
1982.

Browning, David, El Salvador. La Tierra y el Hombre, Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación, San Salvador, 1975.

Bryce, James, "The action oí ccntripetal and centrifuga! torces on political constitutions", Studies in History and Jurisprudence, Oxford University, New York, 1901.

Buergenthal, Thomas, "Derecho c Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos", El Derecho a la Salud en las Américas, Estudio Constitucional Comparado, Publicación Científica, Washington, 1989.

Burdeau, George, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Nacional, Madrid, 1981.

Burgoa, Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo , Porrúa, México, 1989.

- Derecho Constitucional Mexicano, Pomía, México 1973.

- Las Garantías Individuales, (13a. Ed.) Porrúa, México, 1980.

- El Juicio de Amparo, (23a. Ed.) Porrúa, México, 1986.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Heliasta, Buenos Aires, 1989.

Calamandrei, Piero, Derecho Proa_____stal Civil, Ejea, Buenos Aires, 1973.

Campbell Black, Henry, Black's Law Diclonary, (6a. Ed.), West Publishing Co„ St. Paul, Minnesota, 1990.

Cappelletti, Mauro, Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional, Tribunales Constitucionales Europeos y Derecho Fundamentales.

- **Access to Justice, Milano. 1978-1979,**
- **Le azioni a tutela di interessi collettivi, Padova, 1976.**

Caipizo Jorge, Algunas Reflexiones sobre el Ombudsnian y los Derechos Humanos , (Ponencia presentada avLas XIII Jomadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y al XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal) inédita. Agosto, 1982.

Carré de Malberg, R., Teoría General del Estado, versión castellana de José Lión Depetre, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

Carro Fernándcz-Valmayor, José Luis, "Defensor del Pueblo y Administración Pública", Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T.I, Civitas, Madrid,

1991.

Caleña Moreno, V. " La Justicia Penal y su Reforma " en Revista Justicia 88.

Castro, Juventino V., Garantías y Amparo, Porrúa, México, 1986.

Caslro Cid, Benito de. El Reconocimiento tic los Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 1982.

Chalmers and Hood Phillips, Constitulional Laws of Great Britain, The British Empire and Commonwealth. Londres, 1946.

Chevallier, Jean Jacques, Los Grandes Textos Políticos desde Maquiavclo hasta nuestros días, Aguilar, Madrid, 1962.

Chiovenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil,(Vol.II), Reus, Madrid, 1977.

Cicerón, Marco Tulio, La República, Traducción de Rafael Pérez Delgado, Aguilar, Madrid, 1979.

Ciará, Mauricio Alfredo, "El Debido Proceso Legal", Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, Año I, Enero 1992.

- **"Improcedencia del Amparo en los asuntos puramente civiles, comerciales o laborales ", Revista de Derecho Constitucional. Publicación de la Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia No. 2, enero-marzo, San Salvador, 1992.**

Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, (2a. Ed.), Jurídica de Chile, Santiago de Chile,1978-1979.

Cobo del Rosal, Manuel, "Art. 13.3. Extradición y Asilo". Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978. Civitas, Madrid, 1988.

Colindres, Eduardo y Morales Velado, Oscar, Marco Histórico Doctrinario del Municipio de El Salvador. Publicación mimeografiada de la Alcaldía Municipal de San Salvador, 1987.

Corwin, Edward S., La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual, traducción realizada por Harold W. Chase y Graig R. Ducat, Gráfica Yeanina, Buenos Aires, 1987.

Couto, Ricardo, Tratado Teórico Práctico de la Suspensión en el Amparo, (4a.Ed.), Porrúa, México, 1983.

Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, (3a. Ed.) Depalma, Buenos Aires, 1958.

Cruz Villalón, Pedro, El Estado de Sitio y la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Cushman, Robert E„ Práctica Constitucional. Bibliográfica Argentina, 1958.

D

D. Dios, S., El Consejo Realce Castilla, Madrid, 1982.

Dabin, Jean, "Doctrina General del Estado", Elementos de Filosofía Política, Jus, México, 1955.

Denti, V. Processo civile e giustizia sociale. Milano, 1971

- **Un progetto per la giustizia civile, Bologna 1982.**

De Visscher, Charles, Cours Géneral de Principes de Droit, International Public, Tomo I, R.C.A.D.l.,París, 1954.

Del Vecchio, Giorgio, Lecciones de Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 1980.

*** Díaz, Elias, Estado del Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid, 1986.**

Diez Picazo, Luis Maríay "Los Criterios de Representación Proporcional", Estudios sobre la^Constilución Española. T. III Civitas, Madrid, 1991.

- **Diez Picazo, Luis María y Poncc de León, "El Derecho a la Propiedad Privada en la Constitución", Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid. 1991.**

Diez, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

Duguit, León, Manual de Derecho Constitucional, (2a. Ed.) Francisco Beltrán, Madrid, 1926.

Duverger, Maurice, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Ariel, México, 1978.

- **Sociología Política, traducido por Antonio Monreal, José Acostó y Eliseo Aja, Ariel, Barcelona, 1980.**

E

El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Sentencias (separata de la Revista Judicial), Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1989.

F

Fairén Guillen, Víctor, El Defensor dei Pueblo-Ombudsman-, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982.

- **El Ombud.sinan y los Derechos Fundamentales, (Conferencia pronunciada en las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Cuernavaca, 1992), Inédita.**

Fayt, Carlos S., Derecho Político. Depalma, Buenos Aires, 1988.

Fernández Miranda, Alonso, "Artículo 19. Libertad de Circulación y Residencia", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Civitas, Madrid, 1978.

Fernández, Julio Fausto, Ensayos Constitucionales, Imprenta Nacional, San Salvador, 1978.

Fink, Andrés, Los Gobiernos de Facto ante el Derecho y ante la Circunstancia Política. Depaima, Buenos Aires, 1984.

Fix Zamudio, Héctor, (et al) La Constitución y su Defensa, UNAM, México, 1984.

- **"El Juicio de Amparo y Enseñanza del Derecho Procesal", Metodología, Docencia c Investigación Jurídica. Porrúa, México, 1984.**

- **Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos. Porrúa, México, 1985.**

Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, Porrúa, México, 1980.

Galindo Pohl, Reynaldo. Guión Histórico de la Ciencia del Derecho, UCA Editores, San Sal^adorj 1978.

- **"La Cokrcibilidad en lo Jurídico", Revista de Estudios, Centro de Estudios Jurídicos, Editorial Universitaria, San Salvador, 1965.**

Gallardo, Ricardo, Las Constituciones de la República Federal de Centro América, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

- **Las Constituciones de El Salvador, Diana, Madrid, 1961.**

Gálvez Montes, Javier, "Artículo 17. Seguridad Personal", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Civitas, Madrid, 1988.

Ganshof Van Deer Mecrsch W. I., Organisations Européennes, T.I, Emilie Bruyant, Bruselas y Sirey París, 1966.

García Morillo, Joaquín, "Algunos Aspectos del Control Parlamentario", El Parlamento y sus Transformaciones Actuales, Tecnos, Madrid, 1990.

García de Enterría, Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, (2a. reimpresión), Civitas, Madrid, 1991.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo ,T.H, Civitas, Madrid, 1986.

García, Enrique Alonso, La Interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

García Laguardia, Jorge Mario, "El Habeas Corpus y el Amparo en el Derecho Constitucional Guatemalteco", La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica , Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

García Máynez, Eduardo, Filosofía del Derecho, (4a. Ed.) Pomía, México, 1983.

García Macho, Ricardo, "El Derecho de Asilo y del Refugiado, en la Constitución Española", Estudios sobre la Constitución Español. Homenaje al Profesor Eduardo García de Entcrría, T. II, Civitas, Madrid, 1991.

García Pelayo, Manuel, "Constitución y Derecho Constitucional", R<^X^{LS}J$^{\cdot}$iiÍP Estudios Políticos, Madrid, Año VIH.

- Derecho Constitucional Comparado. (5a. Ed.) Revista de Occidente, Madrid, 1961.
- Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, Alianza, Madrid, 1982.

García Belsunsc, Horacio A., Garantías Constitucionales, Depalma, Buenos Aires, 1984.

Garrone, José Alberto, Diccionario Jurídico Abeledo Perrot, Artes Gráficas Candel, Buenos Aires, 1987.

Gimeno Sendra, Vicente, El Proceso de Hábeas Corpus, Tecnos, Madrid, 1985.

González Encinal', Juan José, "La Constitución y su Reforma", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, No. 17. Mayo-Agosto, 1986, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

González Cossio, Arturo, Ei Juicio de Amparo, Porrúa, México, 1985.

Goldschmidt, J., Problemas Jurídicos y políticos del Proceso penal, Barcelona, 1935.

González Casanova, A.J., Teoría del Estado y Derecho Constitucional, (2a.Ed.), Vicens, Barcelona, 1983.

Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio, Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia, (2a. Ed.) Publicaciones especiales de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1991.

- "Corte expone luí ispi udeiu la sobre Impedimento Extradición", El Diario de Hoy, San Salvador. I I de julio 1992.

H

Hassemer, W„ " La Persecución penal: legalidad y oportunidad " en Revista Jueces para la Democracia, 1988.

Hauriou, MauriGe, Principios de Derecho Público y Constitucional, versión Castellana de Carlos Ruíz del Castillo, Reus, Madrid, 1927. Precis de Droit Constitutionnel , Sirey, París, 1923.

Hauriou, Andié, Derecho Constilucional e Instituciones Políticas, Ariel, Barcelona, 1980.

Heller, Hermann, Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1934.

Hernández, Octavio A., Curso de Amparo, Instituciones Fundamentales, Porrúa, México, 1983.

Hernández Valle, Rubén, Derecho Parlamentario Costarricense, Investigaciones Jurídicas, San José, 1991.

- **La Tutela de los Derechos Fundamentales, Juricentro, San José, 1990.**
- **Las Fuentes Normativas en Costa Rica, Juricentro, San José, 1989.**
- **Las Libertades Públicas en Costa Rica, Juricentro, San José,1980.**
- **El Control de la Consiilucionalidad de las Leyes, Juricentro, San José, 1978.**
- **Derecho Electoral Costarricense, Juricentro, San José, 1990.**
- **Democracia y Participación Política, Juricentro, San José, 1991.**

I

Ibisate, Francisco Javier, "Licitación para construir un modelo Económico en El Salvador", Revista del Deparlamento de Administración de Empresas, UCA, No 31, San Salvador, 1987.

Interiano, Armando, "Consideraciones sobre la Extradición", Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1956.

J

Jellinek, George, Teoría General del Estado, Albatros, Buenos Aires, 1954.

Jiménez de Parga, Manuel, Los Regímenes Políticos Contemporáneos, (5a. Ed.) Tecnos, Madrid, 1974.

Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Hermes, México, 1986.

K

Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, (15a. Ed.) traducido por Luis Legaz y Lacambra, Nacional, México, 1979.

- **Teoría Pura del Derecho. (6a. reimpresión) traducido por Roberto Vemengo, Porrúa, México, 1991.**

L

Laferriére, Julien, Manuel de Droit Constitutionnel, Editions Domat-Montchrestiem, París, 1947.

Laguardia, Sandra Morena, La Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional, Publicación de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990.

Lardé y Larín, Jorge, Historia de Centro América, Ministerio del Interior, Imprenta Nacional, San Salvador, 1981.

Lasalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Traducción Castellana y Prólogo de Wenceslao Roses, Ariel, Barcelona, 1976.

Lavilla Rubira, Juan José, "Congreso de los Diputados y demás Poderes Públicos: información, control y responsabilidad", Estudio sobre la Constitución Española. Civitas, Madrid 1991.

Legaz y Lacambra, Luij' Filosofía del Derecho. Bosch, Barcelona, 1972.

Lima, Francisco Roberto, "El Estado Democrático del Derecho en El Salvador", La Pirámide,-.San Salvador, 1990.

Linares Quintana, Segundo V., Reglas paja la Interpretación Constitucional, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987.

- **Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado , (2a. Ed.), (9 Vol.) Plus Ultra, Buenos Aires, 1977-1987.**

- **Derecho Constitucional e Instituciones, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.**

Locke, John, Ensayo sobre el Gobierno Civil, Aguilar, Madrid, 1969.

Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1982.

López, Mario Justo, Introducción a los Estudios Políticos, Depalma, Buenos Aires, 1987.

López de Haro, La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor, Reus, Madrid, 1926.

López Guerra, Luis. El Parlamento y sus funciones Actuales, Tecnos, Madrid, 1990.

Lovo Castelar, José Luis, "El Régimen Constitucional--y la Controversia Marítima Hondura-Salvadoreña". Presencia , San Salvador, año II, No 7-8, Octubre 1989, Marzo de 1990.

Lucas Verdú, Pablo.Curso de Derecho Político, (4a.vol.), (3a.Ed.),Tecnos, Madrid,1980-1984.

Luchaire, Francois, "El Consejo Constitucional Francés", Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Luna, David Alejandro, El Asilo Político, Tesis Doctoral, Universitaria, San Salvador, 1962.

M

Magaña, Alvaro, El Principio de Legalidad Tributaria, San Salvador, obra inédita.

- **"La División de Poderes", Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, Año I, No 3, julio 1992.**

Marroquín, Alejandro Dagoberto, La Irretroactividad de las Leyes, Universitaria, San Salvador, 1960.

Martínez Moreno, Alfredo, "Foi (alecimiento del Asilo Diplomático", Anuario Hispano-Luso-Amcricano de Derecho Internacional, Madrid, 1991.

Miaja de la Muela, Adolfo, Derecho Internacional Privado, T. II, Atlas, Madrid, 1982.

Michavila Nuñez, José María,"El Derecho al Secreto Profesional y el Artículo 24 de la Constitución". Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Civitas, Madrid, 1991.

Molina, Carmen Elena, El Proceso de Incontitucionalidad como Mecanismo de Control y Defensa del Sistema Democrático, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, 1987.

Monterrey, Francisco, Historia de El Salvador, Anotaciones Cronológicas, 1810-1842, (2a. Ed.) Universitaria, San Salvador, 1977.

Montesquieu, El Espíritu de las Leyes, traducción por Mercedes Blásquc/. y Pedro de Vega. Tecnos. Madrid. 1985.

Montoya, Juan Ramón, El Control de la Conslitucionalidad, Tesis Doctoral, San Salvador, 1977.

Morales Ehrlich, José Antonio, El Municipio en el Proceso de Desarrollo, Impresos Crisol, S. A., San José, 1979.

Morgentau, Hans J., Política entre las Naciones, (fia l .d), Ktlij'ial, Humos Aires, 1987.

Natale, Alberto A., Derecho Pplíiico, De palma. Buenos Aires, 1979.

Niboyet, J. P., Principios de Derecho Internacional Privado, traducido por Andrés Rodríguez Ramo^-.-Rpus, Madrid, 1929.

O

Ojeda Marín, Alfonso, El Contenido E _____ Económico (je las Constituciones Modernas , Instituto de Esludios Fiscales, Madrid, 1990.

Olano V., Carlos Alberto, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, (2a. Ed.) Temis, Bogotá, 19X7.

Orlando, V. F., Principi di Pinito Cosiilu/.ionalc, Firenzc, 1894.

Oís y Capdequi, José María, Historia de Derecho Español en América y del Derecho Indiano, Aguilar, Madrid, 1969.

Otto, Ignacio de. Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, Ariel, Barcelona, 1987.

p

Pacheco Mejía, Daysi Elizabetli, El Nuevo Derecho del Mar. Enfoque Actual, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, 1990.

Palmerini, Massino, Introduziono alio Studio del Diritto Costituzionale, Roma, 1947.

Pedia/. Penalva, Ernesto, Constitución. Jurisdicción y Proceso, Akal, Madrid, 1990.

Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos Humanos. Justado de Derecho y Constitución , Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Royo, Javier, La Reforma de la Constitución, Publicación del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

Pérez Tremps, Pablo, Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

Pereznieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado, (3a. lúl.), liarla, México, 1985.

Pessina, Enrico, Manuale del Pinito Pubblico Costituzionale, Stabilimento Poligrafo, Nápoles, 1849.

Petit, Paúl, Historia de la Antigüedad, UCA Editores, San Salvador, (s.a.).

Petit, Eugené, Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducción de José Fernández González, Nacional, México. 1980.

Pikasa, Javier, Las Dimensiones de Dios. Sígueme, Salamanca, 1973.

Platón, La Política, UCA Editores, San Salvador, 1983.

Q

Quiroga Lavié, Humberto, Curso de Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1987.

R

Recasens Siches, Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa, México, 1978.

Rocco, Ugo, Teoría General del Proceso Civil, Ponua, México, 1959.

Rodríguez Ibáñez, José E. y González Temprano, Antonio, Voz:"Interpelación" en Diccionario de Ciencias Sociales,Vol.I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, ^)75.x,

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "Artículon5.' Derecho a la Vida", Comentarios a las Leyes Políticas, ConstituciórKjIspañola de 1978, Civitas, Madrid, 1978.

Romano, Santi, Principii de Diriiio Cosiituzionale Generale, Milán, 1947.

Rosen, George, A Hisiory of Public Health, MD. Publication Inc., New York, 1958.

Rossiter, Clinton, Constilulional Dictatorship, Princeton, University Press, 1948.

Rousseau, Jean Jacques, El Contrato Social, UCA, San Salvador, 1987.

Rousseau, Charles, Derecho Internacional Público, Ariel, México, 1966.

Rubio Llórente, Francisco, "El Futuro de la Institución Parlamentaria", El Parlamento y sus Transformaciones Actuales, Tecnos, Madrid, 1990.

S

Scheuner, U., " Die neure Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", en Hundertjahre des deutsche Rechtsleben, Festschrift zum 100-jahrigen Beslehen des deutschen Juristentages 1960-1960, Karlsrube,1960.

Sagúes, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario , T. II, Astrea, Buenos Aires, 1989.

- **I láhcas Corpus, Astrea, Buenos Aires, 1988.**

Savigny, Traite de Droit Romain, (T.I) Guenoux, 1933.

Sctimitt, Cari, Teoría de la Constitución, Nacional, México, 1981.

- **La Defensa de la Constitución, Tecnos, Madrid, 1983.**

Sempere Rodríguez, César, "Artículo 18. Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Español de 1978, Civitas, Madrid, 1978.

Sieyés, Emmanuel, ;,Que es el Estado Llano?, Instituto de Esludios Políticos, Madrid, 1950.

Solé Tura, Jordi, "El Futuro de la Institución Parlamentaria". El Parlamento y sus Transformaciones Actuales, Tecnos, Madrid, 1990.

Soriano, Ramón, "Artículo 21. Derecho de Reunión", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Civitas, Madrid, 1988.

- **El Derecho de Hábeas Corpus, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.**

Squier, E. G., "Apuntes sobre la América Central". El Salvador-Honduras, Documentos y Doctrinas relacionadas con el Problema de Fronteras, Delgado, San Salvador, 1985.

Stein, Ekkehart, Derecho Político, Aguilar, Madrid. 1973.

Suárez Pertierra, Gustavo, "Artículo 14. Igualdad ante la Ley", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Civitas, Madrid, 1978.

Suay Rincón, José, El Principio de Igualdad en la Justicia Constitucional, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

T

Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1944.

Tinetti, José Albino, Temas Introductorios Relacionadas con los Derechos Fundamentales . (versión mimeogral'iada).

- **Notas al Artículo: "Las I•'nenies del Ordenamiento Jurídico en Chile", Revista de Ciencias Jurídicas No. I, San Salvador. 1991.**

- "Los Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución", Revista de Ciencias Jurídicas, No 2, San Salvador, 1992.

Torré, Abelardo, Introducción a[Dyécho, Pcrrot, Buenos Aires, 1977.

Torres, Abelardo, Tierras y Colonización, Publicaciones del Departamento de Derecho Público, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, ejemplar mimeografiado.

U

Ungo, Guillermo Manuel, "Las Garantías Constitucionales en El Salvador", Revista ECA, San Salvador, Junio, 1977.

V

Vanossi, Jorge Reinaldo A., Teoría Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1975.

Vega, Pedro de, La Reforma Constitucional, Tccnos, Madrid, 1988.

- "Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución", La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 19X4.

Véle/. Mariconde, A., Derecho Procesal Penal, (2a. Ed.), Buenos Aires, Lernes, 1962.

Verdross, All'rcd, Derecho Internacional Público, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1972.

Verney, Douglas V. Análisis de los Sistemas Políticos. Tecnos, Madrid, 1961.

Vcrgoilini, Giuseppe de. Derecho Constitucional Comparado. (2a. lid.) lispasa C'alpe, Madrid, 1985.

Véscovi, Enrique, Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, Depalma, Buenos Aires, 19X8.

Vieira, Manuel Adolfo, Derecho de Asilo Diplomático. Martín Hianchi Altuna, Montevideo. 1961.

Villacorta, Rafael. Pahlino Delgado, y María Elena Caballero, "1.a Autonomía Municipal", Presencia . Año I. No. 4. San Salvador, Mar/o 19X9.

w

Wheare, **K. C'., Las Constiiuciones Modernas. Labor, Barcelona, 1971.**

Williams, Jaime. "Las Fuentes de Ordenamiento Jurídico en Chile", Revista de Ciencias Jurídicas, No. 1, San Salvador, 1991.

Z

Zovatto, Daniel, Contenido de los Derechos Humanos", Primer Seminario Interamericano [sobre] Educación y Derechos Humanos, Departamento de Publicaciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Asociación Libro Libre, San José, 1986.