

DR. MARIO
ANTONIO
SOLANO
RAMIREZ



Derecho Constitucional de El Salvador

Introducción al Derecho
Constitucional

TOMO

1



COLECCIÓN JURÍDICA
Universidad Tecnológica de El Salvador

Dr. Mario Antonio Solano Ramírez

***DERECHO
CONSTITUCIONAL
DE EL SALVADOR***

***TOMO 1
INTRODUCCIÓN AL DERECHO
CONSTITUCIONAL***

***Colección Jurídica
Universidad Tecnológica de El Salvador***

342

S684d Solano Ramirez, Mario Antonio

Derecho constitucional de El Salvador / Mario Antonio Solano Ramirez. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Universidad Tecnológica, 2006.

256 p. : 25 cm. -- (Colección jurídica : v. 1)

Contenido: v.1. Introducción al derecho constitucional.

ISBN 99923-21-34-2 (v.1)

1. Derecho constitucional-El Salvador. 2. Constituciones. 3. Reformas constitucionales. I. Título.

® Derechos Reservados Universidad Tecnológica de El Salvador
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Derecho Constitucional de El Salvador
Tomo Primero
Introducción al derecho constitucional

Dr. Mario Antonio Solano Ramirez

1.000 ejemplares

Noviembre, 2005

ISBN: 99923-21-32-6

Impreso en El Salvador

Por **Tecnoimpresos, S.A. de C.V.**

Tel.: (503) 2275-8861 • gcomercial@utec.edu.sv

INDICE

PRESENTACION

DEDICATORIA

NOTA INTRODUCTORIA

CAPÍTULO PRIMERO

1. Nociones básicas de Derecho constitucional	1
1.1 Nota introductoria	1
1.2 Definiciones	2
1.3 Teoría marxista del Estado y del Derecho	5
2. El Derecho constitucional en el Universo Jurídico	6
3. Derecho Público y Derecho Privado	8
4. Concepto de Constitución y Derecho Constitucional	9
5. Concepto de Derecho Constitucional	10
6. Nacimiento, desarrollo y contenido del Derecho Constitucional	12
7. Definiciones	13
7.1 Formal y Material	13
7.2 Conceptos Jurídicos	14
7.3 Disciplinas afines	14
Bibliografía	15

CAPÍTULO SEGUNDO

La constitución del Estado	17
1. Definiciones	17
2. Partes de la Constitución	18
3. Características de la Constitución	19
3.1 La eficacia normativa	19
3.2 Constitución y Política	20
3.3 La supremacía constitucional	21
3.4 Coherencia constitucional	22
3.5 El liderazgo de la Constitución	23
4. El bloque de constitucionalidad	23
5. La interpretación constitucional	25
Bibliografía	30

CAPÍTULO TERCERO

Estado y Constitución	31
1. El poder y la soberanía	31

2. El origen del Estado	33
3. Los fines del Estado	37
4. El gobierno del Estado	39
4.1 Qué es el gobierno	39
4.2 Las funciones del gobierno	40
4.3 La separación de poderes	41
Bibliografía	44

CAPÍTULO CUARTO

Derechos fundamentales	45
1. Nota introductoria	45
2. Noción y origen de los derechos fundamentales	47
3. Evolución de los derechos fundamentales	51
4. ¿Por qué derechos fundamentales?	53
5. Garantía de los derechos fundamentales	54
5.1 Instrumentos y mecanismos de garantía	54
5.2 Mecanismos legislativos	55
5.3 Mecanismos institucionales	56
Bibliografía	58

CAPÍTULO QUINTO

Orden axiológico constitucional	59
1. Breve introducción a la Filosofía	59
2. Presupuestos constitucionales	61
2.1 La libertad y la igualdad	61
2.2 Aproximación al concepto de libertad	63
2.3 Aproximación al concepto de igualdad	64
3. Principios y valores constitucionales	66
4. La función normativa de la Constitución	68
4.1 Introducción	68
4.2 Supremacía constitucional	69
4.3 Eficacia normativa directa	70
Bibliografía	71

CAPÍTULO SEXTO

Teoría de la reforma constitucional. Sección primera	73
1. El poder de reforma	73
1.1 La necesidad del poder jurídico	73
1.2 Estática y dinámica constitucional	76
1.3 Reforma constitucional	76

2. Lagunas constitucionales	77
3. Aspectos relevantes de la reforma constitucional	78
3.1 La necesidad de reforma	78
3.2 La técnica de la reforma	79
4. La participación popular	80
II. Reforma total de la constitución	83
1. Aspectos generales	83
2. Naturaleza del Art. 248	84
3. Limitantes de la reforma	85
4. Derecho comparado	86
4.1 Evaluación necesaria	86
4.2 Naturaleza política de diversos estados	86
4.3 Promoción de condiciones y remoción de obstáculos	88
4.4 El proceso de integración	88
5. Reforma integral	89
6. Poder constituyente y poder constituido	90
7. Reformas constitucionales impostergables	91
7.1 ¿Qué clase de Estado es El Salvador	91
7.2 Cambio de nombre	91
7.3 El territorio	92
7.4 Los principios constitucionales	92
7.5 Derechos fundamentales y tratados	93
7.6 El referéndum popular	93
7.7 Protección de grupos vulnerables	93
7.8 El nuevo rol del Estado	94
7.9 Limitación de derechos fundamentales	94
8. Estado de excepción	95
9. Seguridad y justicia	99

CAPÍTULO SEXTO

La reforma constitucional. Sección segunda	101
1. El poder constituyente	101
1.1 Nota introductoria	101
1.2 El poder constituyente	102
1.3 Origen de la teoría del poder constituyente	104
1.4 Concepto de poder constituyente	106
1.5 Poder constituyente originario y derivado	107
1.6 Modalidades del poder constituyente	108
1.7 Originario y derivado	108
2. Titularidad del poder constituyente	110

2.1 Titulares del poder constituyente originario	110
2.2 Titular del poder constituyente o instituido	110
3. Límites del poder constituyente	111
3.1 Límites expresos: Cláusulas de intangibilidad	113
4. Conclusiones	114
Sección tercera. La separación de poderes	115
1. Introducción	115
2. El origen del poder	116
3. Autocracia y democracia	116
4. Aspectos metodológicos	118
5. Estructuras políticas constitucionales	120
6. La representación y la separación de poderes	121
Sección cuarta. El gobierno de la república	125
1. Formas de gobierno	125
2. Evolución de la república	127
Conclusiones	130
Bibliografía	132
CAPÍTULO SÉPTIMO	
Derecho constitucional salvadoreño	135
1. Las constituciones de El Salvador	135
2. Las constituciones federales	139
CAPÍTULO OCTAVO	
La jurisdicción constitucional	141
Sección Primera	
1. Nota introductoria	141
2. Jurisdicción constitucional en El Salvador	143
3. Estructura y organización de la Sala	145
3.1 Asistentes y colaboradores jurídicos	145
3.2 La Sala como tribunal constitucional	146
3.3 ¿Es la Sala de lo constitucional un tribunal?	146
4. Control concentrado o control difuso	148
CAPÍTULO OCTAVO	
Evaluación de la Justicia Constitucional	151
Sección Segunda	
Ley Procesal Constitucional	152

CAPÍTULO NOVENO

Tratados	157
1. Introducción	157
2. Derecho comparado	159
3. Reconocimientos constitucionales	160
3.1 Cláusulas interpretativas	160
3.2 Cláusulas reconocedoras	161
3.3 Cláusulas declarativas	161
3.4 Cláusulas jerárquicas	161
4. Principios aplicables	162
Instrumentos universales	165
A. Declaración universal de derechos humanos	165
Preámbulo	165
B. Pacto internacional de derechos civiles y políticos	173
Preámbulo	173
C. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	199
Preámbulo	199
Instrumentos de la región americana	213
E. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre	213
Preámbulo	214
Capítulo 1. Derechos	214
F. Convención americana sobre derechos humanos	223
Preámbulo	223
Capítulo 1. Enumeración de deberes	224
Capítulo 2. Derechos civiles y políticos	225
Capítulo 3. Derechos económicos, sociales y culturales	236
Capítulo 4. Suspensión de garantías, interpretación y aplicación	236
Capítulo 5. Deberes de las personas	238
Capítulo 6. De los órganos competentes	239
Capítulo 7. La comisión interamericana de derechos humanos	239
Capítulo 8. La Corte Interamericana de derechos humanos	246
Capítulo 9. Disposiciones comunes	251
Capítulo 10. Firma, ratificación, reserva, enmienda, protocolo y denuncia	252
Capítulo 11. Disposiciones transitorias	254
Declaraciones y reservas	255

PRESENTACIÓN

El día que el Dr. Mario Solano, terminaba su período como magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, creí que se podía aprovechar su experiencia y conocimientos en nuestras actividades académicas. Conjuntamente con el Lic. Carlos Reynaldo López Nuila, reunidos en nuestra Universidad, le comunicamos al Dr. Solano, la idea de realizar una obra jurídica, en el campo del derecho constitucional, partiendo de su ejercicio docente y práctica jurisdiccional.

Ha estado en el pensamiento y proyecciones de esta Universidad, crear, apoyar y realizar trabajos en este campo, considerando que las sociedades y en especial la nuestra, necesitan de una norma respetable y universalmente válida, como marco de referencia para su crecimiento y desarrollo social, político y económico y además, punto de unión y reconciliación de sus miembros; esa norma es la Constitución, en otros pueblos y Estado, para alcanzar esos propósitos, se han hecho esfuerzos compartidos en los distintos sectores sociales; sin embargo, entre nosotros la norma constitucional, lamentablemente, es una abstracción o un documento irrelevante, al que sólo se recurre coyunturalmente interpretándola de tal manera, que sólo favorezca intereses específicos.

La Universidad Tecnológica de El Salvador, observa con preocupación ese fenómeno y se ha propuesto desarrollar un proceso de cultura constitucional, como parte de sus programas académicos y de proyección social y en ese sentido se promovió en su momento, un estudio sobre Historia Constitucional de El Salvador, que le fue encomendado al Dr. José María Méndez.

En esta oportunidad, la idea inicialmente analizada y discutida, ha fructificado con esta obra DERECHO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, producto de la entrega y esfuerzo del Dr. Solano, en la que estamos seguros de que se ha puesto todo empeño y sabiduría posibles, para tener una obra

necesaria para el país, de importante utilidad para los estudiantes y fuente de consulta y aprendizaje, para políticos, profesionales, funcionarios, y ciudadanos en general.

La Constitución es un instrumento básico para que el poder se ejerza en un marco jurídico, a eso aspira siempre toda constitución, a transformar el poder político en un poder jurídico o tal como lo ha afirmado Karl Löewenstein, que la Constitución, es un dispositivo fundamental en el proceso del poder. Como institución académica, estamos en el propósito, de que para el bien de la patria, de su democracia y de sus posibilidades de convivencia, se necesita, crear esa cultura constitucional.

Al auspiciar esta obra y ponerla al servicio de la sociedad salvadoreña, lo hacemos en la esperanza de difundir la cultura jurídica, tan necesaria para la construcción del Estado de derecho y también para estimular las inquietudes intelectuales y la producción científica. Sólo compartiendo estas experiencias y comunicándolas, tendremos el efecto multiplicador que se necesita para trasladar la ciencia constitucional, de los recintos académicos, a todos los sectores de la sociedad.

Al poner en consideración del pueblo salvadoreño, la obra DERECHO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, como realización de la iniciativa que surge en aquella circunstancia relacionada al principio de esta presentación, lo hacemos con la especial y grata satisfacción de dar el aporte cultural que la Universidad Tecnológica de El Salvador, se ha propuesto.

José Mauricio Loucel
Rector

DEDICATORIA

La norma Constitucional, tiene la misión de contribuir a que la sociedad alcance la paz y obtenga la justicia; con la paz se termina la guerra; con la justicia, se termina el conflicto.

A quienes luchan por esto, dedico esta obra.

NOTA INTRODUCTORIA

Marco General.

Este trabajo bibliográfico, ha sido posible gracias al apoyo moral y material de la Universidad Tecnológica de El Salvador. Los señores licenciados José Mauricio Loucel y Reynaldo López Nuila, Rector y Rector Adjunto de esta casa de estudios, me invitaron a compartir con ellos la idea de hacer algo en el campo del Derecho Constitucional. Acepté su invitación, interpreté sus anhelos y les formulé un proyecto de desarrollo de aquella idea.

Esta mañana, se materializa ese esfuerzo compartido y me complace hacer a ellos y a ustedes, entrega solemne de la obra Derecho Constitucional de El Salvador, en el marco de las celebraciones del vigésimo quinto aniversario de la Universidad. De inmediato paso a explicar el contenido de la misma, dejando que el juicio crítico de los lectores haga la parte que les toca.

Esta obra se divide en cuatro grandes áreas, distribuidas en cuatro tomos así: Tomo primero, Introducción al Derecho Constitucional; Tomo segundo, El Constitucionalismo Liberal; Tomo tercero, El Constitucionalismo Social; Tomo cuarto, El Estado Social y Democrático de Derecho.

Tomo 1. Introducción al Derecho Constitucional.

Es la propedéutica, es decir, la parte inicial del derecho constitucional; el segundo tomo, el Constitucionalismo Liberal, referido a la etapa en que la libertad y la igualdad humanas, se erigen en los presupuestos básicos del derecho constitucional, los fundamentos de su existencia y desarrollo, sin los cuales no se construye nada; el tercer tomo, el Constitucionalismo Social, nace cuando por los abusos de la libertad, se promueve una sociedad desigual, por lo que el Estado se ve presionado a intervenir frente a los excesos del liberalismo y sin quebranto de la libertad, implantar los correctivos sociales, para que la dignidad humana sea real; el cuarto tomo, es el Estado Social y Democrático de derecho,

o sea el desarrollo y realización de la libertad y de la igualdad, en el marco de la sociedad democrática y del Estado de Derecho.

Estos son los grandes temas tratados en esta obra y que han requerido combinar acciones, para estructurar un trabajo coherente con la idea central, de formular una propuesta de derecho constitucional particular de nuestro país; es decir, que al investigar en el tiempo los hechos históricos, las decisiones políticas y sus expresiones jurídicas, ha sido necesario buscar y encontrar un hilo conductor hacia lo propio, o sea, establecer las relaciones entre los temas universales y lo nuestro. Este es un primer tema para el juicio crítico, para ver qué tanto de lo esperado se ha realizado y qué tanto habrá que investigar para que, desde la perspectiva jurídica, se pueda contribuir a hacer de la Constitución un instrumento normativo y cultural, lo necesario para trascender de la sociedad caprichosa y del estado autoritario, a una sociedad solidaria y a un estado protector de los derechos fundamentales en el marco de la seguridad ciudadana.

Cuando lean este libro tendrán la sensación de las primeras lecciones de Introducción al Derecho, recordando las características de las normas y las notas especiales de la norma jurídica. Aparecerán de nuevo las definiciones de derecho de Ulpiano, Platón y Aristóteles (relaciones del orden natural y del orden positivo), San Agustín que fundamentó la ley en la justicia y Santo Tomás de Aquino, que definió los cuatro órdenes normativos. Luego vendrán las definiciones de autores como Thomas Hobbes, John Locke, Emmanuel Kant, Rudolf Stammler y otros.

Esas normas entrelazantes (Stammler), constituyen un universo jurídico y ahí tenemos que buscar la posición del derecho constitucional. El centro de creación y organización de ese universo es la norma constitucional, es decir, el derecho constitucional. Podremos advertir, entonces, la importancia de la Constitución y su fuerza normativa, como centro de imputación de todo el universo jurídico. De aquí nace la doctrina de la plenitud hermética del orden jurídico, estudiada por autores como Carlos Cossio y Hans Kelsen.

Se entra al campo de las definiciones de derecho constitucional y de constitución y se proponen algunas de autores muy importantes.

El capítulo segundo define el término Constitución, y se retoman las definiciones de autores como Pérez Royo, Löwenstein, Schneider, Schmitt; luego pasamos a las partes de la Constitución, sus características; la eficacia

normativa, la supremacía, la coherencia, el liderazgo, (Hesse: Formación política y creación jurídica); la interpretación constitucional.

El capítulo tercero es un repaso por el Estado con autores como Burke, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, tratándose los fines del Estado, el gobierno y la separación de poderes.

El capítulo cuarto describe los derechos fundamentales, sus definiciones, sus garantías, etc. El capítulo quinto se refiere al orden axiológico constitucional, introduciéndose en el capítulo sexto un estudio muy detenido sobre la reforma constitucional, terminando con un estudio y la incorporación de los tratados más importantes en materia de derechos humanos.

Tomo 2. El Constitucionalismo Liberal.

Hasta el siglo XVII, el sistema de castas y el absolutismo fomentaron y protegieron un régimen jurídico de tipo estamental, en el que las personas tenían derechos de conformidad a la casta o estrato social al que pertenecían. Los conceptos de dignidad humana y de libertad ciudadana eran ajenos al Estado absolutista, que reunía el poder en forma total y en beneficio del monarca. Este era el panorama en toda Europa y durante todo el régimen colonial en América. La llamada revolución gloriosa en Inglaterra, durante todo el siglo XVII, que culmina con el Bill of Rights, en 1689; un siglo después la Revolución Francesa en 1789 y la independencia de los Estados Unidos de América.

Este proceso evolutivo del constitucionalismo moderno tiene su origen en el Estado nacional como unidad política; pero su carácter liberal, en el sentido de proteger la libertad y la dignidad humana y reconocer derechos esenciales a la persona humana, la adquiere con la derrota de las monarquías absolutas. El Estado nacional proporciona la estructura social, política y económica; pero la forma de gobierno, que tiene como fundamentos valorativos, la libertad y la igualdad, es el producto de un cambio histórico y que se produce a partir de esas revoluciones y con el protagonismo innegable de la burguesía, en su lucha por el ascenso al poder.

El Estado que surge después de estos movimientos es el Estado burgués de derecho, sustentado en la libertad como principio rector, es una concepción individualista, una decisión en el sentido de la libertad burguesa (Schmitt), el triunfo de la burguesía o del tercer estado (Sieyès). La libertad tiene sus expresiones en lo político, como el triunfo del ciudadano sobre el absolutismo;

en lo económico, en la propiedad privada y libre contratación, y en lo jurídico, en la autonomía de la voluntad.

Priva la idea de que el Estado se somete a un control riguroso, en el sentido de que debe respetar el ámbito de libertad del individuo, que en principio es ilimitada, frente al Estado que puede interferir muy limitadamente en esa esfera, de un modo mensurable y controlable, según el principio de distribución enunciado por Carl Schmitt.

Los documentos políticos clásicos del período, como la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra, destacándose la libertad de la iglesia inglesa, la libre transmisión hereditaria, la prohibición de las confiscaciones, la radicación de los procesos y la máxima garantía de la libertad, contenida en el importantísimo art. 39. La Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, destacándose el trascendental art. 16; la Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América y la Constitución de 1886 de la República de El Salvador, que proclama el predominio del derecho natural sobre el derecho positivo, (art. 8), se han incluido en este tomo, con el propósito de que el lector encuentre de inmediato las fuentes jurídicas y políticas, que todavía ejercen gran influencia en nuestras decisiones constitucionales, ya sea para bien o para mal.

Tomo 3. El Constitucionalismo Social.

El triunfo de la burguesía y del liberalismo trajo alivio para las quejas de los ciudadanos, especialmente en lo político, pero la vida de muchas personas, especialmente de los trabajadores, se vio seriamente afectada por la marginación, los maltratos y especialmente por los bajos ingresos que recibían a cambio de su fuerza de trabajo. Si bien es cierto el absolutismo había terminado y los ciudadanos tenían una participación en la vida política que les aseguraba su libertad, también es cierto que la libertad fue aprovechada por los terratenientes y los empresarios para realizar actos de explotación mediante el comercio de la fuerza de trabajo, a cambio de bajos salarios y condiciones de vida para los trabajadores que no podían ser aceptados.

La libertad constituye un escudo que permite a los empresarios, impedir que el Estado intervenga en las relaciones económicas: el mercantilismo capitalista ya existía antes de las revoluciones y era usado por el Estado para su propio enriquecimiento, con la promesa de repartir esas riquezas entre los ciudadanos; sin embargo, el capitalismo basado en el "laissez faire, laissez passer", se opone a esa forma de capitalismo ya que por definición se opone a la intervención del Estado.

Es natural que semejante poder sólo conduciría a instrumentalizar al Estado, para obtener mayores ventajas económicas; en cambio, grandes segmentos de la población, especialmente los trabajadores que sólo tienen su fuerza de trabajo, sufrirían las consecuencias de esa situación. La reacción de los trabajadores se manifestaría en todas formas de descontento y numerosas doctrinas trataron de exponer las posibles soluciones a la situación de desajuste que había creado el capitalismo liberal. Por una parte, Carlos Marx y sus seguidores plantearon la lucha de clases, como única posibilidad para generar el cambio social que revertiría los excesos que estaban perjudicando a la sociedad. Otras soluciones fueron planteadas por una naciente doctrina de la iglesia, que alcanza su máxima expresión con la Encíclica Rerum Novarum, del Papa León XIII; otras fueron las propuestas de la social democracia, que no propugnaron por la revolución, sino que mediante reformas al esquema del Estado burgués.

Este movimiento es el que se analiza en este libro tercero, denominado Constitucionalismo social, o sea el proceso de llegar a un Estado, que manteniendo el esquema del Estado liberal, sin cambiar su estructura y en el marco del capitalismo liberal y los esquemas jurídicos y políticos, se introdujeran los correctivos para que, asegurando siempre la libertad como valor inherente a la dignidad humana, se obtuvieran también condiciones para alcanzar la igualdad ante la ley, en las oportunidades, igualdad de trato y la posibilidad de recibir más y mejores remuneraciones y prestaciones, a cambio de la fuerza de trabajo. El autor no entra a defender como válidas las opciones en juego, ni las asume como propias. Se limita a manifestar como aparecieron frente a las realidades generadas por el capitalismo liberal. Lo que sí puede valorarse como posible y como deseable, es el hecho de que los movimientos sociales han generado un tránsito a nuevas soluciones, en las que pueda lograrse la vigencia de la libertad en un ámbito de equidad y de justicia, mediante el ejercicio de la democracia, especialmente de aquélla que haga posible la mayor participación en las cosas del Estado, de las grandes mayorías de la población. De eso se trata en el siguiente libro.

Tomo 4. El Estado Social y Democrático de Derecho.

La cultura política de Occidente ha logrado, en la época contemporánea, la conformación del Estado Social, Democrático y de Derecho. Esto no es un aspecto meramente semántico; al contrario, es una cuestión esencial, es una condición "sin la que", el Estado ya no puede ser entendido, es la exigencia contemporánea para el Estado, ya sea en lo jurídico, en lo político, en lo económico y en lo histórico. La Constitución de El Salvador no revela estas características en cuanto al Estado, sino que le asigna al gobierno otras

características, como son el carácter republicano y representativo; éstas y el preámbulo constitucional, reflejan su compromiso de desprenderse de su pasado colonial, más que el compromiso de promover una sociedad y un Estado con una visión y compromiso de futuro, que garanticen la democracia en libertad.

Difícilmente se encontrarán definiciones o concepciones universales sobre el significado de estos términos, pero sí hay principios invariables en los que se sustentan y enmarcan los Estados que adoptan esta simbología, tales serían el compromiso del Estado con la sociedad, con los procesos y decisiones democráticos, con el respeto a la libertad y derechos fundamentales, en el marco de una organización jurídica respetada y también respetable. ¿Es El Salvador un Estado que puede aspirar a esta calificación?

En este libro, se trata de definir y analizar críticamente, los alcances y los logros del sistema constitucional salvadoreño, de las instituciones comprendidas en su complejo orgánico, así como determinar el nivel de desarrollo alcanzado en materia de derechos fundamentales, y cómo la Constitución es entendida e interpretada por los distintos actores de la vida política y cuánto de deficiencia permanece enquistado en los resabios de autoritarismo y autocratismo, que aún anidan en el espíritu de algunas estructuras de la sociedad.

La tendencia del Estado contemporáneo es definirse como un Estado Social y Democrático de Derecho; las constituciones europeas y algunas constituciones latinoamericanas, adoptan esa denominación; otras constituciones, algunas europeas y otras latinoamericanas, aunque no lo definan expresamente, del contexto de sus disposiciones se puede advertir esa tendencia. La Constitución de El Salvador no hace esa distinción y lo que hace es calificar al gobierno y no al Estado, diciendo de éste que es un gobierno democrático, republicano y representativo. Si estas características, la Constitución se las atribuyera al Estado, nominalmente estaríamos cerca de las corrientes actuales, excepto en lo relativo a lo social, donde el Estado de El Salvador solamente ha desarrollado precariamente los denominados derechos sociales, pero sin tener los dispositivos constitucionales para su debido cumplimiento. Esto será uno de los puntos esenciales por analizar en este libro.

Las Constituciones, si no definen en una sola norma tal carácter como lo hace la Constitución española, lo hacen mediante normas diversas pero que se orientan a la conformación de esta clase de Estado, tal como lo veremos en el desarrollo de este capítulo.

Lo que las Constituciones quieren decir con estas tres características podemos sintetizarlo así: Al decir que el Estado es de derecho, se refiere a un Estado que tiene en cuenta fundamentalmente los principios que caracterizaron esta forma de estado. Tales son el principio de legalidad, la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales. El carácter democrático viene de la participación de los ciudadanos en condiciones de universalidad, igualdad y libertad en la elección de sus representantes y la posibilidad de ser también electos como tales, y su carácter social viene dado por el hecho de que hay un reconocimiento del ser social del hombre y que el Estado está a su servicio o, como dice la Constitución nuestra, que la "persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado, el cual está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común".

No se trata de la figura hobbessiana, de que es el hombre individual el que cuenta y que la sociedad es el resultado necesario del egoísmo, del cálculo, de la necesidad de seguridad, no hay una base racional de obediencia y respeto a la autoridad; al contrario, el carácter social del Estado contemporáneo, es el que nace del compromiso de todos para lograr la convivencia, en el sentido que lo propone John Locke, cual es que los poderes sociales surgen de los poderes individuales, que cada hombre entrega para la formación del poder común necesario para la convivencia. (Vid. George H. Sabine, Historia de la Teoría Política, obra ya relacionada en anteriores citas que se han hecho).

En esta dimensión y con la evolución que el constitucionalismo adquiere a partir de la primera forma de Estado constitucional, como Estado Burgués de Derecho, y las adaptaciones que se han venido dando, es que se llega a considerar el Estado de Derecho como Social y además Democrático. Esto es la esencia del estado contemporáneo y el que debe sugerirse, plantearse, reclamarse, en los momentos en que un país como El Salvador, requiere en la actualidad.

Con estos cuatro mensajes, correspondientes a cada uno de los libros de que consta esta obra, el lector puede iniciar su propia ruta.

San Salvador, siete de junio del 2006.

El Autor

derecho objetivo. Si estas normas, a su vez, se transforman en la facultad de alguien, en relación a otro, conforman el derecho subjetivo. Kelsen, el jurista austriaco (1881-1973), afirma que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo, nada más que visto del lado del sujeto de pretensiones, que tiene la posibilidad de mover los mecanismos estatales, para que se active el acto coactivo estatal previsto por la norma. Son la misma cosa.

1.2.) Definiciones:

Siendo el propósito de este trabajo, establecer las bases necesarias para el aprendizaje y entendimiento del derecho constitucional, en sus múltiples vinculaciones, he creído indispensable hacer referencia a estos presupuestos jurídicos básicos y, en particular, de algunas definiciones que la Historia del Derecho ha registrado. La empresa es complicada por la diversidad de posiciones que esta temática ha tenido; no obstante, con todo y esas complicaciones, sería más contraproducente no hacer mención de algunas definiciones, que permitan el mínimo de claridad suficiente, para sustentar el objeto del presente estudio, es decir, la introducción al concepto de derecho constitucional.

Los griegos como los romanos, abordaron el problema de la conceptualización del derecho. Platón hace su formulación desde la perspectiva del orden natural y el orden positivo y en tanto éste, sea un reflejo de aquél, más cerca estará de la justicia que es la virtud por excelencia. En el mismo sentido, Aristóteles se refiere a un orden natural universal y las leyes positivas creadas por el legislador. Los juristas romanos distinguieron el "jus", derecho y la "justitia", justicia; Justiniano nos deja la conocida definición: Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo que le corresponde", destacando la justicia. Ulpiano nos legó esta bella y complicada definición: "justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo que le corresponde". La dificultad está, para algunos juristas, entre ellos Galindo Pohl, en determinar qué es lo que a cada quién corresponde.

San Agustín (354-430) reafirmó la necesidad de que la ley tuviera fundamento necesario en la justicia, de tal manera que si ésta falta, no existe la ley. **Santo Tomás de Aquino (1225-1274)** distinguió cuatro categorías de leyes: Eterna, divina, natural y humana. La primera es la misma razón divina que gobierna al mundo; la segunda es la verdad revelada por Dios, en las sagradas escrituras; la ley natural es la verdad revelada al hombre; la ley humana es la que crea el hombre, en orden al bien común. Su definición "jus est res", el derecho es la cosa, reclama alguna aclaración, debido a su exagerado laconismo. Sin embargo, esta

CAPÍTULO PRIMERO

1) *Nociones básicas de Derecho constitucional*

1.1.) *Nota introductoria.*

El Derecho es un producto sociocultural; es decir, es parte de la cultura de un pueblo; nace y se desarrolla como una necesidad de establecer, con carácter obligatorio y con la posibilidad de coacción, las reglas de convivencia que toda sociedad necesita para sobrevivir y desarrollarse. "Es un elemento de cultura, como el arte, las creencias, las religiones, la moral, las costumbres, etc." (**E. B. Tylor *Cultura Primitiva*, citado por Duverger, *Instituciones Políticas*.)**

El derecho es una regla de comportamiento dirigida a todos los miembros de una comunidad; por medio de sus disposiciones, las acciones u omisiones de sus miembros, que afecten a los otros, tiene un marco de referencia válido y justo que les haga posibles sus relaciones. El derecho protege los bienes de las personas, cumple con unos principios y con una labor de mediación social y se orienta a la realización de sus propios valores, los que se consideran como deseables de acuerdo a su desarrollo cultural.

Es comúnmente aceptado que la norma jurídica es una norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y correctiva, que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana. El carácter imperativo ha sido cuestionado por autores como Kelsen, para quien la norma jurídica no es un imperativo, sino que es un juicio hipotético; en otro orden, Carlos Cossío considera que el objeto del derecho no es el estudio de un conjunto de normas sino la conducta, la vida misma; las normas son los conceptos con los que aquella conducta es conocida como tal (1).

Las reglas de carácter general y abstracto, dirigidas a todas las personas, de obligatorio cumplimiento y que ha sancionado el Estado, constituyen el

breve definición lo que nos quiere decir es que el derecho está llamado a participar en todas las relaciones humanas y éstas deben estar animadas por la justicia, siendo ésta un centro ético o moral y su objeto o fin es el derecho.

Enseguida, debe mencionarse una serie de autores que han matizado sus posiciones políticas, filosóficas, jurídicas, etc., dejando sus propias interpretaciones del derecho, autores que he de mencionar en el transcurso del presente trabajo.

Thomas Hobbes (1588-1679) recuerda el estado de naturaleza en que vivían los seres humanos antes del pacto social, reflejando su naturaleza egoísta, viviendo en constantes luchas "bellum omnia contra omnes". Ante tal peligro y considerando que los hombres son capaces, en condiciones de igualdad, de hacerse daño unos a otros, es que pactan crear una sociedad civil, erigiendo un poder real capaz de imponerse a todos para asegurar la convivencia social; los hombres crean el Leviatán, es decir, el Estado. Más adelante, John Locke (1632-1704) reconoce que en el estado de naturaleza, los hombres tienen derechos naturales que, al establecerse el Estado, se los reconocerá y protegerá; renuncian al ejercicio absoluto de tales derechos para hacer posible la convivencia. En el mismo sentido, Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) expresó que la ley es la expresión de la voluntad general. Llega a la teoría del Contrato Social, aunque por diversas razones, de las que enunciaron sus predecesores (1).

Emmanuel Kant (1734-1804) afirma que el "Derecho es el conjunto de virtudes de las cuales, el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, bajo una ley de igualdad libertad." Esto es una aplicación del imperativo categórico, por el cual, Kant dijo que se debe actuar de tal manera que la máxima de las razones de cada quien, sean normas de validez universal en un ambiente de libertad. Esta rigidez normativa expresa su carácter austero y estricto, propio de las sectas puritanas, separadas de la iglesia anglicana inglesa y de las que supuestamente la familia, eran miembros. "Dos cosas hay –escribía– que me llenan el alma de asombro: El cielo estrellado arriba en el firmamento y la ley moral en el fondo de mi conciencia".

La ley o imperativo moral está basada en una noción ciega y estricta del deber. No está fuera del sujeto, porque entonces se conformaría a un juicio hipotético y el deber moral es un imperativo o juicio categórico y esta idea del deber es una forma a priori de conocimiento. Sólo el que obra por puro deber, obra moralmente; lo único bueno siempre, es la buena voluntad. El deber ser tiene un componente de libertad, o sea, lo que hago es moralmente aceptable en la medida en que mi conducta es una decisión libre. El hombre

que tiene semejante capacidad es un hombre autónomo, por lo que la regla moral cae en ese campo de autonomía; lo contrario es la heteronomía, propia de la regla de derecho.

Kant desarrolló su Filosofía del Derecho y del Estado, en la *Metafísica de las Costumbres*, que son el conjunto de leyes a priori, por las que se determina la voluntad y esto es lo que tiene importancia moral, pues el estudio empírico de las mismas es materia de la Antropología. La metafísica del Derecho sería el conjunto de leyes dimanadas de la razón o su equivalente el derecho natural (derecho racional). Esto es el objetivo de la filosofía; el derecho positivo en que ha de traducirse este racionalismo, ya es obra de los juristas.

El anterior planteamiento nos lleva a la conclusión de que el concepto del derecho no se puede extraer de los datos empíricos, porque éstos responden a lo contingente, o sea, a lo que se produce en un determinado momento de la historia y, aunque las leyes o normas se nutren de la experiencia, su carácter obligatorio es un ejercicio de la razón. Existe una normatividad interna (Ética) sustento del deber y de la acción; existe una normatividad externa, que responde a situaciones empíricas; el derecho se nutre de éstas; la ética abarca los hechos externos y los internos. De ahí, la diferencia entre Moral y Derecho, en la filosofía kantiana, en el sentido de que el derecho es una norma predominantemente exterior y la moral requiere una correspondencia entre lo actuado y los móviles interiores, para que se hable de un comportamiento ético. Esta es la explicación que corresponde a la noción de derecho que se ha relacionado (3).

En conclusión, moral y derecho son distintos, pero ambos persiguen el mismo fin, pues pretenden asegurar la libertad del hombre, impidiendo que éste pueda ser rebajado al rango de un simple medio. La moral persigue la libertad interior, la independencia, la autonomía, la separación de todo móvil, que no sea el deber por el deber mismo; el derecho realiza la libertad de obrar externamente en la convivencia con los demás y por ello es que se define como **“el conjunto de condiciones bajo las cuales, el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad”**.

Rudolf Stammler, seguidor de Kant, dice que el “Derecho es un modo de voluntad (querer) vinculatoria, autárquica e inviolable”. Es una afirmación de la filosofía de la libertad que mantuvo el maestro Kant. Stammler es producto de las tendencias neokantianas del siglo XX, que pregonaron la necesidad de volver a Kant. Las escuelas de Baden y de Marburgo emprendieron esa tarea de comprender e ir más allá del maestro. Stammler escribió su obra *Derecho y*

Economía y de ésta derivó sus observaciones de carácter jurídico, sintetizada en el Manual de Filosofía del Derecho. La voluntad o el querer se manifiestan de dos modos: aislado o entrelazante; el derecho es de esta forma, vinculante, entrelazante porque siempre supone, al menos, dos sujetos. La voluntad vinculante domina a la vinculada, pero debe sustraerse a la vinculación, constituyendo una voluntad que vincula autárquicamente y, al sustraerse de la vinculación, el derecho sería inviolable, por eso es que el derecho es una voluntad autárquica e inviolable.

1.3.) Teoría marxista del Estado y del Derecho.

Las interpretaciones de Marx y Engels sobre los procesos productivos, han determinado también la interpretación sobre el Estado y el Derecho. El Marxismo considera que, tanto el Estado como el Derecho, son dos supraestructuras, que se determinan por la estructura económica de la sociedad. Además, las dos son categorías de importancia secundaria y únicamente son instrumentos de la clase dominante para defender sus intereses. Con ambos instrumentos se mantiene dominada a la sociedad (proletariado), de parte de la clase dominante (burguesía). Con este esquema, no es necesario revisar autores que nos describan sus ideas sobre estas dos categorías, pues, prácticamente al definirse el marxismo como una doctrina científica, los conceptos se mantendrán girando alrededor de la idea nuclear.

El estado y el derecho son productos del conflicto de clases. Cuando triunfe el proletariado y asuma el control de la sociedad y de los medios de producción y de cambio, habrá un desplazamiento de la propiedad, desaparecerán las clases y su conflicto y gradualmente se extinguirán el Estado y el Derecho. El gobierno de las personas será sustituido por la administración de las cosas. El Estado no es abolido, se va extinguiendo.

Norberto Bobbio, analiza el derecho y propone su concepción del mismo, a partir de su finalidad. En tal sentido, ha indicado que el fin del derecho es la paz. El Derecho tiende a sustituir un estado de guerra por un estado de paz, aunque se reconoce que paz y guerra, son dos modos distintos para resolver conflictos. El derecho como paz se opone a la guerra, no al conflicto; el ideal de la paz jurídica o el orden jurídico no es suficiente, tendría que actuar sobre los motivos de los conflictos sociales, sustituyéndolo por un orden justo; en el presente orden injusto, la antítesis ya no sería paz-guerra, sino igualdad-desigualdad. La noción de derecho como paz, tiende a eliminar la guerra; la noción de derecho como justicia, trata de eliminar los conflictos (4).

En todo caso, el derecho debe tener una posibilidad de coacción para su eficacia; el elemento coercibilidad, como posibilidad jurídica, de aplicarse aun por la fuerza, la cual deberá mantenerse en el marco de lo razonable y con el debido respeto a los derechos fundamentales.

Esta breve historia del derecho nos permite acercarnos a las diferentes concepciones sobre esta materia, aunque, por el objetivo del estudio, no nos sea permitido profundizar más en tan importante tarea, por lo que necesariamente debo darlo por concluido. No obstante, recomiendo proseguir las investigaciones con autores como Eduardo García Máynez, Luis Recasens Siches, Giorgio Delvechio, Gustavo Radbruch y otros; son ellos quienes delinearon el rumbo de muchos investigadores que ahora incluimos en este campo.

2) El Derecho constitucional en el Universo Jurídico.

Las normas jurídicas se relacionan entre sí, conformando un sistema capaz de regular, si no la totalidad, una gran parte de la conducta humana; constituyen un sistema ordenado y sistematizado dentro del Estado y establecen las reglas de conducta de los gobernantes, de los gobernados, de las instituciones, de los ciudadanos, etc. con el nombre de Ordenamiento Jurídico. Juristas como Adolfo Merkel, Kelsen, Verdross y otros han definido el complejo de normas jurídicas, que dan sentido al derecho de un país, para denotar que tales normas no se encuentran aisladas sino que, entre todas ellas, existe o debe existir una interrelación para que puedan cumplir con los fines para los cuales han sido creadas.

Tal sistematización jurídica la denomino Universo Jurídico, (*mundo jurídico, como sinónimo de derecho, realidad humana o social. Vid. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*) o sea la totalidad de reglas de derecho, comunes todas en el sentido de que han sido sancionadas (reconocidas) por el Estado. Este orden, afirma Kelsen, reposa en último análisis, sobre una norma única, que es fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Las normas de El Salvador constituyen un universo jurídico, en la medida en que todas ellas tienen, como fuente de validez, la Constitución.

Sin embargo, ante el evento de que puedan aparecer normas que estén en contra de esa fuente de validez que es la Constitución, los sistemas democráticos tienen previstos los mecanismos para expulsar del ordenamiento jurídico las normas que nacen con ese vicio; en tanto eso ocurre, la norma es válida siempre que la norma haya sido creada, de conformidad a lo dispuesto

en la Constitución. En general, las reglas jurídicas se formulan sujetándose a lo previsto por la Constitución, es lo que Kelsen llama Sistema Dinámico.

Kelsen, (1881-1973), Austria y Carlos Cossío, Argentina, han abordado esta temática; el primero, en su Teoría Pura del Derecho, sostiene que inmediatamente después de la Constitución vienen las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, que desarrollan los contenidos constitucionales, dando lugar al derecho positivo. Las sentencias judiciales también son normas jurídicas individualizadas y constituyen una nueva etapa en la creación del derecho; los actos de la administración, al darles especificidad concreta a las normas generales y los actos privados de los particulares, también constituyen normas jurídicas.

Cossío, por su parte, analizó el problema a partir de la Plenitud Hermética del Orden Jurídico y afirma que una norma jurídica es válida, en tanto está creada conforme la norma constitucional; el tránsito de una norma a otra se da en un proceso autorregulado; la norma vale, en tanto es la ejecución de una norma de mayor valor proclamada la necesidad de esta pretensión y, de cumplirla, todo pasa por una estructura piramidal, donde las normas de menor valor están en la base de la pirámide hasta llegar al vértice ocupado por la Constitución; más de algún comentarista ha expresado que la pirámide jurídica de Kelsen, tendría mayor lógica si la imaginamos invertida. Cossío insiste en que la Constitución es la unidad de una pluralidad y que esa unidad de la norma fundamental constituye una totalidad.

La Constitución es apriorística, tiene su validez en sí misma; su validez es previa a la validez del resto de las normas; el todo no es igual a la suma de las partes, el todo como estructura es algo diferente de las partes que organiza. Esto es lo que Cossío denomina la plenitud hermética del orden jurídico, el cual no reposa en necesidades axiológicas o empíricas, sino en una logicidad inmanente de carácter práctico, en la cual, la teoría de la pirámide jurídica cobra especial importancia, en el sentido de que el tránsito de las normas es un proceso autorregulado; de tal manera que la validez de las normas inferiores depende de su adecuación a la norma superior, hasta llegar a la Constitución. (***Vid. Teoría del Derecho, Máximo Pacheco.***)

Lo anterior, por tener un efecto totalizante, debe analizarse con la reserva de que la sociedad tiene otras reglas de comportamiento y que ésta es una concepción estrictamente jurídica, reservada al derecho, sin atentar contra las iniciativas de las comunidades, de las familias, de agrupaciones intermedias;

existen también normas espontáneas de convivencia, representaciones culturales, que son capaces de crear una normativa más voluntaria y de movimiento propio, sin pretender, para cada caso, soluciones autoritarias o totalizantes del Estado. Carlos Cossío, si embargo, conduce su razonamiento sobre la plenitud hermética, recurriendo al fundamento de validez o sea, al hecho de que toda norma debe fundamentarse en la Constitución, es decir, la unidad de una pluralidad, sin entrar a las problemáticas ideológicas que pueden generarse, ya que tanto él como su maestro Kelsen, partieron de teorías puras eminentemente lógicas.

En todo caso, el Estado hace su propia labor en el marco de sus competencias y es el más exigido en la confección de las normas de comportamiento. Actualmente, y a partir de la conformación del Estado de Derecho, las normas jurídicas deben darse conforme a una Constitución; es decir, que las normas jurídicas tienen su validez sobre una norma única o fundamental, que se encuentra en la base de ese orden. Esto se conoce como pirámide jurídica. Kelsen, además, agrega que de las normas existentes en una sociedad, el único derecho válido es el derecho positivo. Esta teoría es rebatida por juristas como Santi Romano, para quien el derecho no se puede identificar con el Estado o con las normas jurídicas, aunque sean especies de un mismo género, sino que él considera que hay varios órdenes jurídicos y que el derecho se expresa por medio de las instituciones (5).

3) Derecho Público y Derecho Privado

Desde el derecho romano clásico, Ulpiano destacó la realidad de que unas normas tienen una finalidad de carácter privado y otras, su finalidad es más bien de orden público. Desde entonces, se tiene la clasificación del derecho público y el derecho privado.

“Derecho Público: es el derecho que atañe al gobierno de la República; Derecho Privado es el que vela por los intereses particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de interés privado” (Ulpiano). Aunque ya no tiene la relevancia que tuvo en el pasado, esta división se mantiene especialmente por razones didácticas y facilitar la comprensión de los fenómenos políticos y jurídicos. Hay un argumento moderno que considera que el derecho, siendo un producto social destinado a regular relaciones humanas, cuyo marco es el Estado y donde los bienes y valores individuales se relacionan con los de la sociedad en su conjunto, nos estarían demandando una nueva visión del derecho, en cuanto a que todo derecho es derecho público.

Más que por su objeto, el derecho público adquiere una distinción en lo relacionado con uno de los sujetos de la relación jurídica, en el que siempre está presente como tal, el Estado. En cuanto a su objeto, los intereses de la colectividad o interés común, prevalecen en el derecho público; el resto de relaciones por regular constituyen el derecho privado.

“El derecho constitucional se incluye tradicionalmente, dentro de las normas de derecho público, pues regula el ejercicio del poder del Estado o de los poderes públicos” (6). Tanto por los sujetos de la relación como por el objeto que dichas normas regulan, el derecho constitucional tiene las características que usualmente se le han atribuido al derecho.

4) Concepto de Constitución y Derecho Constitucional

Muchos conceptos se han formulado de Constitución. Es posible que cada investigador pueda dar su propio concepto; pero, desde luego, algunos de ellos nos aproximan a la idea fundamental o básica que se requiere, para emprender una tarea o estudio.

La Constitución es “instrumento de control social en el proceso de consociación.” Según Peter Schneider, (7) “Concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto estado. Si ésta se convierte en una manera especial de ordenación, refiriéndose al modo especial de supra y subordinación, se refiere al modelo de gobierno: monarquía, aristocracia, democracia, (8) etc. “La Constitución es un dispositivo especial para el control del proceso del Poder” (9), “La construcción jurídica de un orden político” (10). En la corriente kelseniana, “la constitución es la norma que establece la vía para el desarrollo y la renovación del ordenamiento jurídico, garantizando su unidad. El objeto de la constitución, es así, la regulación de los modos de producción del derecho; no es la totalidad del ordenamiento, sin aquella parte de él, que lo conecta con la hipótesis de donde deriva su validez.” (11).

La noción de derecho constitucional ha requerido precisar el concepto de Constitución, tal como lo analiza Schmitt, propuesto también por Biscaretti di Ruffia, en su Derecho Constitucional. A partir de este concepto estructural y organizacional, aparece el concepto normativo, es decir, el complejo de normas fundamentales, escritas, que trazan las líneas maestras del Ordenamiento estructural (12).

5) Concepto de Derecho Constitucional.

Existen posiciones variadas y, en consecuencia, diversas definiciones sobre esta materia, de las cuales examinaremos algunas, que nos posibiliten acercarnos a un concepto clarificador, orientador y eficaz en la línea del objetivo de este estudio.

Una primera idea por examinar se relaciona con la Constitución como fuente de derecho constitucional, en el sentido de que hay autores que consideran que, si bien es la fuente más importante del derecho constitucional, no es la única; tampoco la Constitución es todo el derecho constitucional; los autores de esta materia tienen mucho cuidado de distinguir adecuadamente ambos términos, insistiendo en que no sólo la constitución es derecho constitucional, y que, al contrario, hay normas constitucionales fuera de su contexto; así, el derecho constitucional realiza regulaciones normativas, a partir de otros instrumentos. Si la Constitución es todo el derecho constitucional o si hay otras normas con clara finalidad política, que también constituyen derecho constitucional, corresponde a una discusión actual, que divide a los autores de esta materia. En atención a lo anterior, los conceptos por analizar, estarían en el marco de esta discusión.

El primer grupo de juristas lo integran aquellos que consideran que hay más derecho constitucional, que el que está contenido en la Constitución, aunque reconocen que ésta es la más importante fuente de tal derecho. Tratándose de normas de carácter político o sea aquéllas que tienen que ver con la organización del Estado, el ejercicio del poder y los derechos fundamentales de los ciudadanos, constituyen derecho constitucional aunque estén fuera del texto constitucional, pero que la desarrollan o complementan, manteniendo la unidad de objeto entre Constitución y normas secundarias; sin embargo, se insiste en la mayor importancia de la Constitución, dados su jerarquía normativa y el procedimiento agravado para su reforma (13).

Mauricio Duverger, en esta línea, afirma que el derecho constitucional es cada vez menos el derecho de la constitución para convertirse en el derecho de las instituciones políticas. "El Derecho constitucional, afirma, es la parte del derecho que regula las instituciones políticas del Estado; su estudio se dirige a estudiar esas instituciones desde el punto de vista jurídico; es conocido que las normas institucionales, al sistematizarse y estructurarse en una Constitución, sólo dejaron su carácter disperso y no todas llegaron a ser constitución; es más, algunos países no estructuraron un solo cuerpo que se llame Constitución, tal es el caso de Inglaterra, pero tienen derecho constitucional" (14).

Bidart Campos, quien posiciona al derecho constitucional en tres dimensiones: normativa, sociológica y axiológica, afirma que, en su dimensión sociológica, los contenidos constitucionales ingresan a través de la costumbre, la legislación, el derecho internacional, la jurisprudencia, etc. Y en esta perspectiva, el derecho constitucional trasciende al texto constitucional, aceptando, además, la tesis de Duverger, en el sentido de que el derecho constitucional comprende también las instituciones políticas. En su exposición, Bidart Campos recurre a relacionar el derecho constitucional formal, con la Constitución formal, es decir, el texto o documento escrito, fuente de validez del orden jurídico reservando para el derecho constitucional material, la dimensión sociológica en que las normas constitucionales van más allá del texto único (15).

Otros juristas han reducido el derecho constitucional a la Constitución del Estado, e inclusive se viene acuñando una nueva idea del derecho de la Constitución. Paradójicamente, Bidart Campos, en una obra posterior a su Tratado Elemental, ha seguido la corriente respetable del maestro español Eduardo García de Enterría y Rubén Hernández Valle, ilustre jurista costarricense y Antonio Torres del Moral. La idea es que teniendo la Constitución fuerza normativa directa y siendo, además, la Constitución una norma jurídica, aun cuando su carácter superior y con un procedimiento agravado para su reforma por sí misma, crea vinculaciones entre el poder público, sus instituciones y los ciudadanos; de tal manera que Bidart Campos acoge con entusiasmo la idea de que existe un derecho constitucional, concentrado en la Constitución y, en esta nueva obra, prefiere el derecho de la Constitución al clásico derecho constitucional (16).

Otra vía para abordar la temática del derecho constitucional es mediante la distinción de un derecho constitucional material y otro formal, tal como lo propone Biscaretti di Ruffia, así como se distingue una constitución material y una formal. En una primera aproximación, el derecho constitucional se presenta en sus notas materiales, cuando se expresa en los derechos fundamentales que la persona humana tiene frente al estado, frente a sus instituciones y órganos esenciales y, en general, frente a toda la organización de éste, se parte de la idea de que el ciudadano tiene un catálogo de derechos y el Estado, un deber de abstención, se abstiene de perturbar el ejercicio de esos derechos y, además, tiene como deber crear las condiciones, para el logro de tales propósitos y remover los obstáculos que impidan su ejercicio. Dicho en otra forma, que lo material de ambos conceptos está en la realización de fines políticos dentro de una estructura política. Los elementos fundamentales de esta concepción serían la fuerza política y el fin político (17).

En este sentido, derecho constitucional material es el conjunto de normas protectoras de los derechos de libertad y reguladora de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y entre los órganos del Estado.

El derecho constitucional formal tendría que ver más que todo en cuanto a su origen y formulación de las distintas normas que lo conforman. De la norma constitucional con un origen extraordinario no reformable en forma convencional, se derivan todas las otras normas, es su fuente de validez, su carácter solemne, supremo, irreformable a veces, las leyes escritas, los documentos constitucionales, las resoluciones de los tribunales constitucionales, etc.

6) Nacimiento, desarrollo y contenido del Derecho Constitucional.

El derecho constitucional nace cuando la libertad humana y, en consecuencia, la persona humana se convierte en el centro de imputación del orden jurídico, o sea, cuando el hombre es el origen y fin de la actividad del Estado; nace con el racionalismo del Estado burgués de derecho, que sustituye al estado absolutista de Inglaterra, Francia, Alemania y en general lo que ahora constituye Europa occidental. El tema lo trataré con mayor detenimiento en el desarrollo de esta investigación; no obstante, para tener una noción esclarecedora, se hace esta breve descripción. El derecho constitucional es, en consecuencia, una categoría histórica como el estado de derecho, que corresponde a una forma específica del estado, una forma de ser concreta. Del mismo modo, el derecho constitucional corresponde a una concepción histórica de la sociedad y del hombre.

Los instrumentos constitucionales en Inglaterra, como la Carta Magna, el Acta de Habeas Corpus, el Bill of rights, son antecedentes de esta nueva etapa; autores como Locke, Montesquieu, Rousseau, los dos primeros, defensores de los derechos del hombre, como la propiedad, la seguridad, la libertad y el tercero, con su teoría del contrato social, reivindica la calidad y dignidad humana en el estado de naturaleza, el cual se corrompe en la sociedad civil; estos pensadores son algunos de los paradigmas de una nueva conciencia política que aparece en Europa, en el Renacimiento y se proyecta hasta el siglo XX. La nueva teoría política y especialmente las luchas sociales, cambiaron la política y la estructura del "ancien régime", propiciando fuentes nuevas de las que dimana y se nutre inicialmente el derecho constitucional, que luego habrá

de desarrollarse en el resto de Europa, en los Estados Unidos de América y, en la época de la independencia, en los estados de América Latina.

La nueva concepción del hombre y del Estado y su desarrollo, hasta la época contemporánea y especialmente en el caso de El Salvador, a partir de los Acuerdos de Paz y la Reforma constitucional de 1991, es lo que hace del derecho constitucional una disciplina abierta, dinámica y trascendental para los seres humanos.

7) Definiciones: 7.1.) Formal y Material. 7.2.) Conceptos Jurídicos. 7.3.) Disciplinas afines.

7.1.) El Derecho Constitucional, en su acepción formal, se caracteriza porque sus normas son de carácter superior a las del resto del ordenamiento; son el referente obligado para la producción del derecho en el Estado; la Constitución, la norma por excelencia, requiere de un procedimiento agravado para su reforma (Rigidez).

Derecho Constitucional, en sentido material, significa que ciertas normas establecen pautas en relación a gobernantes y gobernados, definen la forma de gobierno y establecen la carta de derechos fundamentales. Constitución en sentido formal es la ley constitucional escrita, el documento constitucional (18).

Así lo consideró la tradición constitucional alemana; pero, actualmente, el carácter material cobra mayor importancia, por la necesaria protección y garantía de los derechos fundamentales; esta evolución se hace palpable, aun en países en proceso de desarrollo, que han institucionalizado los conceptos de independencia e imparcialidad judiciales, que los jueces deben aplicar preferentemente la Constitución, cuando entre ésta y las normas legales hubiere contradicción y, además, normalmente un tribunal constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuando éstas no respondan a los principios y derechos constitucionales.

En su oportunidad, se hará un desarrollo completo de esta importante temática. En su acepción material, el derecho constitucional supone estar orientado a aspectos concretos en cuanto a objeto se refiere y, en tal sentido, su misión es la de crear condiciones, remover obstáculos para proteger la libertad y los derechos fundamentales; pero la distinción más precisa del elemento formal de lo material, está en el énfasis que lo formal hace, en relación a la mayor o menor dificultad que presentan las normas constitucionales para ser reformadas.

Biscaretti afirma que el derecho constitucional fija los presupuestos para la formación del Estado y determina sus elementos constitutivos, establece los órganos fundamentales, especifica sus atribuciones, dirige las relaciones recíprocas entre éstos y regula las relaciones de los órganos del Estado y los ciudadanos (19).

7.2.) El Derecho Constitucional es también un conjunto de normas jurídicas; depende de la evolución de las sociedades para establecer qué tipo de normas son las que alcanzan el rango de derecho constitucional. El caso más particular y ejemplar es el de Inglaterra que, sin tener constitución escrita, posee una serie de documentos que alcanzan el carácter de documentos constitucionales, tales como la Carta Magna, el Acta de Habeas Corpus, el Bill of Rights, etc. Algo similar vemos en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre; en Estados Unidos, además de la Constitución, las enmiendas son adiciones que integran el derecho constitucional; en nuestro país, además de la Constitución, se incluyen, al menos, es mi opinión, los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia constitucional, etc. En su oportunidad, abordaré una problemática similar como es el Bloque de Constitucionalidad.

7.3.) El Derecho Constitucional incluye una serie de términos, que corresponden a otras disciplinas afines, pero que incorporados al léxico y a los temas que estudia o que regula, se consideran como otros componentes; tal es el caso de gobierno democrático, soberanía, democracia representativa, etc. Se trata de las vinculaciones que este derecho tiene con otras disciplinas de carácter político y una razón por la cual, Pérez Royo afirma que está en la transición de lo político y lo jurídico. De algún modo se refiere al estudio de instituciones político constitucionales funcionando en la sociedad, lo que Bidart Campos considera la dimensión sociológica. Las nociones anteriormente expuestas, las retomaré en el Tomo Cuarto de este libro, cuando se desarrolle el Constitucionalismo Democrático.

Bibliografía

- 1.) Máximo Pacheco. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Editorial Nomos S.A. Colombia. 1993.
- 2.) Samuel Vargas Montoya. Historia de las Doctrinas Filosóficas. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989.
- 3.) Antonio Truyol y Serra. Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Alianza Editorial, S.A. Madrid. 1988.
- 4.) Norberto Bobbio. Contribución a la Teoría del Derecho. Editorial Debate. Madrid, España. 1990.
- 5.) Santi Romano. El Ordenamiento Jurídico. Talleres Gráficos Benzal. Madrid, España. 1963.
- 6.) Luis López Guerra. Introducción al Derecho Constitucional. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1994.
- 7.) Hans Peter Schneider. Constitución y Democracia. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España. 1991.
- 8.) Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. Alianza Universidad. Madrid, España. 1982.
- 9.) Karl Löwenstein. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1996.
- 10.) Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, España. 1996.
- 11.) Francisco Rubio Llorente. La Forma del Poder. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 1997. (***Sobre concepto de Constitución, véase ¿Qué es una Constitución? publicado por la Corte Suprema de Justicia, año 2000. Sección de Publicaciones. Se encontrarán otros conceptos de autores connotados.***)
- 12.) Paolo Biscaretti di Ruffia. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1973.

- 13.) Normas de Derecho Constitucional. Jorge de Esteban y González Trevijano. Tecnos. Madrid, España. 1995
- 14.) Duverger. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Ariel. Barcelona, España. 1980.
- 15.) Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, EDIAR. Buenos Aires, Argentina.
- 16.) El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa. EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 1995).
- 17.) Biscaretti di Ruffia. Obra citada. (***Biscaretti, citando autores tales como Constantino Mortati, (conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado.) Barile (Conjunto de instituciones jurídicas positivamente válidas y operantes que realizan un fin político.)***)
- 18.) Ibid.
- 19.) Ibid

CAPÍTULO SEGUNDO

La constitución del Estado

1) Definiciones:

El Estado es una estructura de poder. El máximo poder que existe en la sociedad. Siempre ha sido así desde que el Estado aparece como forma, en el proceso de consociación o asociatividad. Que donde reside el poder y si éste es legítimo o no, es otra suerte de análisis, que corresponderá a otro momento de esta tarea. El Estado tiene una constitución; es una estructura de carácter social que responde a un ordenamiento, tal como la define "la concreta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social de un cierto estado" (1).

"Cualquier estado se determina por su base económica y social. Si la sociedad se apoya en la propiedad privada, en la explotación de los pobres por los ricos, este estado se convierte inevitablemente, en un instrumento de la minoría para consolidar su posición dominante" (2). Este concepto de inspiración marxista reitera la tesis materialista de que el estado es un instrumento de clase. Niega la tesis contractualista dominante en occidente, que sostiene la idea de un contrato social que sustituye la sociedad natural; sin embargo, no niegan los marxistas que el estado sea un instrumento de poder, solamente objetan la tesis contractual en cuanto al origen y los fines del estado (3).

En cuanto a la Constitución, he propuesto algunas definiciones tomadas de la enorme gama de definiciones que los distintos autores han propuesto; para los objetivos del presente estudio me parece que hay dos definiciones claves para su mejor comprensión: "La Constitución es un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder" (4). "La Constitución trata de posibilitar un orden jurídico de un orden político" (5).

Como puede advertirse, el estado es una expresión de poder desde las concepciones absolutistas de Bodino y Hobbes, hasta el presente, donde las diferencias entre estado y constitución se reducen de tal modo, que todo poder político, en virtud de su propio sentido, aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales. "El Pueblo decide 1º. Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función. 2º. Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar predominantemente, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas de poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). El poder ha de aparecer, pues, como una construcción de la sociedad o del pueblo, en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento" (6).

2) Partes de la Constitución.

El Derecho Constitucional clásico ha enseñado que la Constitución se divide en dos partes: Orgánica y dogmática. Tal afirmación no es totalmente aceptada por el derecho constitucional contemporáneo, pues los constitucionalistas prefieren considerar que la Constitución constituye una estructura unificada y que es más conveniente no introducir artificios que puedan producir confusiones. No obstante, por razones didácticas y como una presentación de la temática, puede recurrirse a esa idea de que, por lo menos, hay dos partes en una Constitución. (7) "La primera, se refiere a la parte orgánica, versa sobre la organización de los poderes públicos y sus interrelaciones, sobre los órganos al servicio de los poderes públicos, modo de producción de las modificaciones de la Constitución misma, etc.; la parte dogmática contiene la tabla de derechos y libertades básicos de los individuos y de los grupos; las definiciones político-sociales que ayudan a interpretar el sentido jurídico político de la Constitución."

Sobre esto hay que agregar el hecho de que las constituciones contemporáneas no pueden evitar afrontar la problemática socio-económica y que ha dado lugar a la inclusión de un concepto de constitución económica (parte programática). También debe anotarse el hecho de que, en algunas constituciones, no existe una separación determinada o expresa de ambas partes. En este mismo análisis, corresponde también anotar que si acepta la distinción, cuál de ellas es la más importante y otra, de que si es aceptable insistir en tal distinción. Arriba he

mencionado que son más bien razones didácticas, las que hacen que se mantenga la división constitucional, en parte orgánica y parte dogmática.

3) Características de la Constitución.

Todo cuanto se ha dicho de los objetivos, fines, definiciones, etc., tanto de la constitución como del derecho constitucional podría destruirse, si al evaluarse la eficacia de los instrumentos constitucionales, resulta que tales instrumentos son inservibles, "o que son instrumentos retóricos que enmascaran la realidad política cuando duran, o bien son pedazos de papel cuyas prescripciones no se cumplen" (Lucas Verdú) o como magistralmente lo describe Loewenstein, en el símil del traje referidas a las constituciones normativas, nominativas y semánticas (8).

3.1.) La eficacia normativa.

Para reducir o disminuir las posibilidades enunciadas en el párrafo precedente, se requiere y exige que la Constitución sea la norma suficientemente capaz de establecer una equivalencia entre ella y la realidad político-social donde se aplica. Si lo que se encuentra es un divorcio y una antinomia evidente entre ambas, resulta que en tal caso no cabe hablar de constitución, no puede hablarse de un traje sino de un disfraz. (Loewenstein) (9). Por ello es que algunos constitucionalistas han hablado de la existencia de una constitución real y una constitución formal.

"La Constitución, dice Manuel Aragón Reyes, ha pretendido siempre ser la encarnación de una determinada racionalidad. El establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se considera modélico o al menos preferible... por ello es que son impropias las expresiones como constitución real o constitución sociológica, con las que se pretende evidenciar distanciamientos entre realidades socio-políticas y la Constitución, olvidando que una pretensión de ésta es legitimar esas realidades (10).

No obstante, según se ha expresado arriba, el derecho constitucional se explica, entre otras, en una dimensión sociológica referente o sea el derecho constitucional aplicado a las instituciones políticas del Estado, desbordando el aspecto normativo de la constitución formal.

La conocida clasificación de Lóewenstein, en el sentido de que las constituciones son normativas, nominales o semánticas, según sus reglas correspondan a la realidad o no, así como la idea de constitución real y formal, de Lasalle, aunque respetables tales posiciones, corresponden a otro momento del derecho constitucional. Actualmente, cuando hablamos de Constitución hablamos de constitución democrática, en el sentido de compromiso de mantener la libertad y la igualdad como presupuestos básicos constitucionales, si esto no es posible, no podemos identificarlos como constituciones, ni como derecho constitucional y, en tal sentido, estaríamos frente a otros eventos y frente a otros fenómenos, dados en sociedades en procesos de formación con gobiernos, estructuras de poder, organizaciones y ciudadanos, con reducida cultura constitucional. Esta temática será ampliada oportunamente.

La problemática que se deriva de estos conceptos tiene que ver con la eficacia normativa de la Constitución, tal como se concibe en el momento actual, de una constitución democrática en libertad, con gobiernos respetuosos de sus compromisos internos como internacionales, de poderes reales internos innegables, pero con un compromiso con la democracia y los derechos fundamentales. Tanto Aragón Reyes, García de Enterría, como Bidart Campos y Hernández Valle en América Latina, que lo interpretan como un derecho de la Constitución, tal como se ha dicho anteriormente y que se desarrolla en una de las temáticas de mayor interés en el constitucionalismo contemporáneo, como es el de la eficacia normativa de la Constitución.

El Art. 9 de la Constitución española dice:

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3.2.) Constitución y Política.

Desde otra perspectiva, pero admitiendo el impacto que las realidades o circunstancias fácticas tienen en la conformación de los instrumentos constitucionales, Lassalle ha establecido una dicotomía entre constitución real

y constitución formal, con un abordamiento que hace referencia, más que todo, al origen de lo que él llamó "la hoja de papel". La Constitución real está constituida por todos aquellos factores reales de poder que se dan en la sociedad y el estado, en ella encontramos y habla de la Prusia de su tiempo, a los banqueros, al ejército, al clero, etc., que son los que determinan los contenidos de la constitución formal; esos factores reales de poder escriben sus decisiones en la hoja de papel. En el análisis que ya se ha hecho de la teoría de Lassalle, concretamente en mi trabajo que lleva el mismo nombre, esto es ¿Qué es una Constitución? he expresado que las conclusiones del autor alemán no tienen intenciones peyorativas, sino expresa realidades, desde una perspectiva social demócrata y a partir de sus posicionamientos marxistas (11).

No obstante, el planteamiento marxista de Lassalle, que explicó las relaciones sociales a partir de que, el derecho y el Estado reflejan los procesos de producción y que la estructura económica es la que define y determina estas categorías, reflejándose el poder de la clase dominante. Las realidades advertidas por Lassalle son las que ahora tratan de superarse mediante el Estado constitucional y especialmente con el carácter democrático y social; es el momento de un reconocido proceso de constitucionalización que los países están desarrollando, especialmente en el marco del estado democrático en libertad, producto de la postguerra y de la caída del muro de Berlín.

3.3.) La supremacía constitucional

Ha existido en el pasado y actualmente también, la tendencia a reducir la Constitución a normas de menor jerarquía, por la coyuntura internacional prevaleciente desde el último cuarto del siglo pasado y lo que llevamos del siglo veintiuno. En efecto, la necesidad de resolver la problemática socio-política del mundo hace que los países desarrollados, ricos para algunos, intenten imponer o en efecto impongan, otro tipo de reglas de juego. De ese modo, se puede recurrir a otra clase de normas jurídicas, las normas de derecho administrativo, por ejemplo, o a imponer los recursos técnicos modernos, o por normas de los organismos internacionales, o por planes internos que obedecen lineamientos de aquellos organismos. Los cambios profundos que se dan en el mundo, las visiones estratégicas de los países hegemónicos, la pérdida del frágil equilibrio existente entre libertad y seguridad, antes de los acontecimientos del 11 de septiembre, la invasión a Afganistán, la guerra de Irak, el conflicto palestino-israelí, podrían estar afectando las concepciones clásicas y las características que tradicionalmente se les han atribuido a las constituciones. Tanto estas transformaciones, como las que internamente se

dan en el Estado, generan modificaciones a la propia estructura constitucional, ya sea en virtud de la reforma o de las mutaciones constitucionales. Aun cuando norma superior, la constitución se moldea por factores como los descritos y su carácter supremo tiende a relativizarse, renunciando a pretensiones absolutistas (12).

Debe destacarse que las políticas exteriores de algunos estados, se conducen, no sólo fuera de los principios y deberes constitucionales, sino de las normas de Derecho Internacional Público, adoptando formas humillantes y nada honorables, en las que ha quedado de manifiesto el servilismo y la obediencia insultante. Lamentablemente, El Salvador está en esa línea.

En todo caso, es conveniente resguardar la constitucionalidad misma, procediendo a discutirse políticamente y a crear mayores espacios de participación ciudadana, para que la tarea de reforma que pueda ser necesaria, se convierta en eventos cívico-políticos deseables y no en imposiciones absolutas procedentes de instancias foráneas creadoras de malestar social y de inestabilidad política.

3.4.) *Coherencia constitucional.*

El documento que contiene la constitución de un país, debe procurar que sus preceptos protejan la seguridad jurídica, la armonía de las instituciones y concordancia entre la teoría y la práctica, es decir, debe favorecer la normativa.

No obstante, ocurre que en la misma constitución existen unas reglas que contradicen a otras, es decir, que estamos frente a una constitución contradictoria e incoherente. Tal es el caso de las autonomías, los preceptos de la Constitución económica, la no modificación del gobierno, etc.

“Una Constitución es coherente y guarda armonía interna, cuando las funciones que organiza, las instituciones que establece y las metas políticas que fija, a alcanzar por la orientación política, conservan todas ellas entre sí, perfectamente delimitadas sus funciones, facultades, atribuciones, competencias y obligaciones y cuando, además, a ninguno de sus poderes u órganos constitucionales, se le atribuyen facultades tales que puedan hacer ilusorias las de los demás, subordinándose entonces, prácticamente, su acción y facultades” (13).

3.5.) *El liderazgo de la Constitución*

La Constitución tiene un signo axiológico y, además, la idea del derecho que pretende crear. La Constitución debe tener un orden axiológico que le sirva de telós. Debe de tenerlo. No puede ser un escrito neutro e insensible; al contrario, debe ser intérprete de la vida, de las necesidades, de los sentimientos nacionales; si también se trata de una constitución democrática, se orienta por el principio de las mayorías, con el debido respeto a las minorías. Debe ser un símbolo de unidad nacional y del Estado de Derecho. Si contiene disposiciones económico-sociales, representa el grado de conciencia social de sus representantes y el deber de realizar esas normas programáticas.

En este sentido, Conrad Hesse, notable jurista alemán, le asigna dos tareas importantes a la Constitución: 1. Formación y mantenimiento de la unidad política y 2. Creación y mantenimiento del orden jurídico. En la primera tarea, se parte de la idea de que la sociedad que sustenta al Estado no es un cuerpo homogéneo, con voluntad uniforme dependiente de una clase dirigente. Al contrario, la sociedad es heterogénea, pluralista, conformada por grupos diversos, con diferentes intereses, opiniones y aspiraciones; de tal manera que la resolución y regulación de los conflictos es una atribución esencial del Estado. La tarea consiste en unificar estas posiciones y conseguir por la vía del entendimiento y de las adhesiones, la voluntad general que se requiere para la existencia del Estado.

Esta voluntad política tiene que se configurada en reglas, que servirán para establecer las condiciones de coexistencia de aquellos intereses y voluntades que se contraponen, de tal manera que el estado es el referente para resolver intereses conflictivos. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales; en esa medida, la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal. (*vid. Conrad Hesse. Manual de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid, España. 2001*).

4) *El bloque de constitucionalidad*

El derecho constitucional europeo maneja la expresión bloque de constitucionalidad, sin que se haya precisado o delimitado su significado como categoría jurídica. Inclusive se ha llegado a señalar de inconstitucionales, las normas que no estén conformes o quebranten el ordenamiento que se reconoce como bloque de constitucionalidad.

En España, aparece el término por primera vez en 1982, en una sentencia del Tribunal Constitucional, pero sin precisar su significado, dejándolo como posibilidad de apertura legislativa que, en algún momento, pueda convertirse en parámetro de control. El Tribunal Constitucional, en esta y otras sentencias, ha admitido este hecho, no de un modo categórico, sino con ambigüedades, que hay inconstitucionalidad en una ley sometida a su examen, cuando contraviene determinadas normas, con características específicas, aun cuando no están en la Constitución (14). (STC.29-1982).

En estados unitarios como el nuestro, es más difícil establecer qué normas estarían conformando ese bloque; en los estados federados, cabe la posibilidad de que las normas de la federación y las superiores u orgánicas de los estados autónomos, puedan integrar normas, equivalentes a la Constitución estatal, las que podrían conformar el bloque de constitucionalidad.

En el constitucionalismo francés, la cuestión ha sido abordada con un poco de más concreción y se ha integrado el bloque con la Constitución, el preámbulo de ésta, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946, de gran contenido social. Esto daría lugar a debates intensos en el seno del Consejo Constitucional Francés, por las diferencias en los enfoques de esos instrumentos constitucionales, ya sea por la distancia que hay entre las épocas en que se dieron, como por las distintas interpretaciones que reglas dispares pueden generar.

En el sistema salvadoreño, podría ser que, además de la Constitución, se consideren como parámetros de control y así parece que la Sala de lo Constitucional lo ha aceptado, que algunos tratados sobre crímenes internacionales o contra la humanidad, tal es el caso de la prevención y sanción del delito de genocidio, el mismo preámbulo de la Constitución, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, etc., puedan integrar el bloque de constitucionalidad, con lo que se estaría ampliando el espectro de los parámetros de control. En la sentencia última de la Sala, relacionada con la Ley de Amnistía, se deja entrever esta posibilidad, al admitirse que la amnistía es aplicable a los delitos comunes conexos con delitos políticos, pero que hay otros delitos que podrían perseguirse, por no entrar en esta categoría, aun con el estilo ambiguo, que ya se les ha atribuido a las sentencias de la Sala puede interpretarse que, más allá de la Constitución, existen otras normas, que las leyes secundarias deben respetar. No obstante, reconozco que El Salvador, por una política particular en el manejo de las relaciones internacionales, no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de

Los Tratados; en consecuencia, los Arts. del 26 al 29 del mismo, no le son vinculantes, según se ha argumentado oficialmente, argumentos que no comparto y a los que en otro lugar me he de referir.

5) La interpretación constitucional

En un país como El Salvador, donde la norma constitucional es para ciertos gobernantes y algunos gobernados, como aquellas medicinas amargas que nos dieron en la infancia, se hace necesario escribir, hablar, publicar, discutir, dialogar, etc., sobre la Constitución, con mayor intensidad y compromiso para ayudar al desarrollo político del país, contribuir a desanalfabetizarlo y fortalecer el proceso democrático nacional. En la política educativa formal y en general, en los círculos políticos y jurídicos, se dan muy pocas oportunidades para analizar seriamente la temática constitucional, los problemas jurídicos que rozan los mandatos constitucionales, etc., lo que desde luego, afirmo, pero reconozco los valiosos esfuerzos que hacen algunos sectores de carácter público, así como también otros de carácter privado, para superar esas carencias.

En las reuniones, como en las charlas, los docentes o los investigadores, los magistrados o los legisladores o, en las simples discusiones, se observa algún interés por trasladar al público propuestas, opiniones y conclusiones constitucionales, con algún grado de consistencia; pero esto se da en círculos académicos muy estrechos advirtiéndose, en general, muy escasa cultura constitucional y una pobre forma de entender o interpretar la Constitución, salvo meritorias excepciones.

Mi paso como magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1994-2003), me deja una experiencia en esta problemática de la interpretación, en muchos casos importantes para la vida social, política, de enorme trascendencia constitucional; no estuve de acuerdo con las interpretaciones que el voto mayoritario tuvo en consideración, para resolverlos y dejé consignado mi voto disidente y los criterios en que fundamenté mi propia interpretación. No puedo ni debo decir que mis interpretaciones eran las correctas y las de mis compañeros no; lo que debo hacer y es lo que hago, es apuntar que hasta en un organismo especializado en la materia, se pueden tener distintas formas de analizar, comprender e interpretar la norma constitucional, de tal manera que la jurisprudencia de la materia, tendrá que registrar esos votos particulares, para que la sociedad tenga una idea de cómo se aplicó en ese período, y especialmente cómo se interpretó la Constitución, en momentos decisivos y trascendentales.

De manera que, en un estudio como el que estoy realizando, me parece que es sumamente importante hacer un "excursus" sobre materia de interpretación constitucional, aunque sea de un modo elemental, pero con la suficiente claridad y extensión para contribuir a un mejor entendimiento y comprensión de lo que dice la Constitución, cómo lo dice y porqué lo dice.

Se ha repetido mucho la idea de que, cuando las normas tienen un sentido claro, deben aplicarse sin mayores dilaciones; no hay porqué buscar sutilezas o complicar su entendimiento. Una primera regla se puede sacar de lo anteriormente expuesto: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu; pero no siempre el sentido de la ley es claro, no sólo por la estructura gramatical y lógica del precepto, sino porque los contextos en que se formuló han cambiado drásticamente. De manera que, a menudo, es necesario interpretar, es decir, determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas; averiguar lo que tiene valor normativo es realizar una operación del espíritu que acompaña al proceso de formación del derecho, al paso de una norma superior a una norma inferior, o bien sea aplicar la norma general a un caso específico o concreto que es la labor que hacen los jueces.

Una primera posición, en materia de interpretación, debe buscarse en las posiciones adoptadas por los clásicos del derecho y las normas que se dictaron. Las Siete Partidas, el Fuero Juzgo, (El legislador debe hablar poco y bien, para que le entiendan todos) etc., en las que no había posibilidad de interpretar nada sino únicamente aplicar las normas; algo similar ocurre en el derecho civil francés, cuando Napoleón declaró que su Derecho Civil se había perdido cuando se escribió su primer comentario.

García Máynez, sobre este tema, ha dicho: "Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos, por ello tiene significación. La ley es una forma de expresión, es un conjunto de signos escritos sobre el papel; pero lo que se interpreta no son los signos como tales, sino el sentido que contienen" (15).

Aftalión García Olano hace énfasis en este punto: lo que los jueces interpretan no son las leyes como símbolos, sino las conductas y comportamientos que encierran (16). La trascendencia de la interpretación es aún mayor, cuando se trata de interpretar la Constitución, porque se trata de las normas fundamentales que organizan la convivencia política de los pueblos, por lo que es necesario saber con certeza, al aplicarlas, el sentido de sus prescripciones; de esto resultará el fortalecimiento del Estado de Derecho. (Paúl Lucas Verdú).

La norma fundamental interesa a todos los ciudadanos. Todos estamos en la situación concreta prevista en sus disposiciones; por ello es necesario que la interpretación constitucional, debe tener presente que la Constitución es "una ley de porvenir y sus aplicadores deben tener presente buscar el recto sentido de la norma, cuya rectitud estará en función de los valores primigenios que inspira el sistema político. Será la única forma de realizar en concreto la justicia y con ella, el bienestar de la comunidad. A la postre, el pueblo que se integra de hombres significa el sujeto y el objeto de toda indagación política; pero no el hombre abstracto que imaginó la burguesía, sino el hombre situado (Bourdeau). El que trabaja, estudia, padece que también sueña porque forja esperanzas" (17).

Javier Pérez Royo, sobre esta materia, tiene un enfoque muy especial, que lo he descrito en mi libro *¿Qué es una Constitución?* El lo denomina el método tópico de interpretación, el que se fundamenta en las siguientes ideas: El legislador traduce la Constitución en normas específicas que la desarrollan y la convierten en realidades concretas. Es una interpretación política y el resultado es la interacción de la política y el derecho a la libertad de configuración del legislador; se le presenta un límite, impreciso al principio, pero que de ser necesario puede ser precisado por el tribunal constitucional. Agrego, ya sea por la vía de la inconstitucionalidad o el amparo, esta libertad de configuración normativa, no es exclusiva del legislador; corresponde a todos aquellos sujetos que, de algún modo, están investidos de autoridad y pueden proponer normas.

Afirma este autor que, por encima del legislador no hay nada; no tiene porqué buscar fundamento alguno a sus actos; él representa a los ciudadanos y no necesita justificar sus actos. Crea derecho a partir de la Constitución y con el límite que la Constitución supone. Pero tiene que decidir sobre distintas opciones para resolver una necesidad social, que se ha convertido en una exigencia política. Nadie puede decirle lo que tiene que hacer. La Constitución no puede ser una barrera para la enorme tarea que el legislador debe asumir. Por ello, la elaboración de la ley es un compromiso muy serio y realizada la acción de legislar, la norma se presume constitucional, excepto si se han rebasado los límites, que en su momento dirá el tribunal constitucional. (18) En mi libro *¿Qué es una Constitución?* he hecho referencia a esta tesis y he abordado muy brevemente esta temática tan importante de la interpretación constitucional.

No puedo dejar de mencionar en esta temática la muy conocida tesis de Savigny, que si bien es cierto fue referida a la interpretación del derecho en general, no quiere decir que no sea aplicable a la interpretación constitucional, aun cuando

debo de aclarar que las reglas de interpretación legal no son suficientes para la interpretación constitucional: 1. La interpretación gramatical, que se basa en el texto de la norma, en su dicción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador. 2. La interpretación sistemática, que acude a la conexión del precepto que se tiene que interpretar con el derecho en que se inserta. 3. La interpretación teleológica, que atiende la finalidad perseguida por la norma. 4. La interpretación histórica, que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida (19).

Un tema como éste no puede agotarse en una obra como ésta. Necesariamente la complejidad de las relaciones sociales y políticas exigirán algo más profundo, más denso, más integral y acá sólo podemos establecer las primeras gradas de un estudio que nos concierne a todos. Este trabajo es un principio, un inicio, la apertura de un camino. Puede ser que cumpla con esas intenciones y propósitos; sin embargo, debo dejar algún atisbo, algunas aproximaciones de cómo debemos interpretar la Constitución, más allá de lo que los academicismos nos imponen.

En El Salvador, la interpretación constitucional debe tomar en cuenta los siguientes puntos:

- 1. La Constitución debe ser una regla de todos y para todos: Deben renunciarse y combatirse las posiciones, actitudes y conductas excluyentes.**
- 2. La interpretación de la Constitución debe formularse a partir de nuestra historia especialmente de la más reciente, para evitar que la norma se convierta en simple fórmula desprovista de autoridad, carente de contenido y alejada de la realidad y de la vida.**
- 3. La democracia representativa que la inspira, no debe ser el pretexto para implantar la dictadura de las minorías, la cual en nuestro país todavía tiene resabios de clase dominante.**
- 4. No debe abusarse del hecho de que, a las normas les acompaña la presunción de constitucionalidad, y que mientras ésta no sea declarada, se podría estar aplicando una norma inconveniente e ilegítima.**
- 5. Respalda al legislador que aproxime sus normas a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho.**

- 6) **Respaldar al Ejecutivo que se esfuerce en mantener en equilibrio los principios de libertad, seguridad e igualdad. La sabia combinación de ellos no sólo mostrará la prudencia de sus gobernantes sino que contribuirá a la paz social.**

- 7) **El magistrado y el juez deberán utilizar sus poderes de anulación de normas, únicamente en los casos en que la aplicación de ellas pueda generar el caos social; la diferencia entre caos y orden, se percibe después de un análisis objetivo y exento de pasiones.**

- 8) **La cultura constitucional es parte de la educación del pueblo. Educar no sólo con el propósito economicista de prepararse para la competitividad, sino con el propósito de formar ciudadanos responsables.**

- 9) **El espíritu de la Constitución, a que se refiere Linares Quintana, es el espíritu de la nación, reflejada en su historia, en las luchas del presente y en las esperanzas del porvenir. Los gobernantes deben asumir el compromiso de valorar esa historia, de dirigir la lucha del presente y de compartir las esperanzas.**

- 10) **Tener presente, con Bobbio, que el fin del derecho es la paz; si se logra ésta se termina la guerra; además, el fin del derecho es la justicia y que alcanzada ésta, se termina el conflicto. El compromiso de cada ciudadano es trabajar porque la Constitución sea el proyecto nacional para alcanzar la paz y la justicia.**

BIBLIOGRAFÍA

1. Carl Schmitt. Obra citada.
2. G. Belov. ¿Qué es el estado? Editorial Progreso, Moscú. 1987.
3. Ibid.
4. Karl Löewenstein. Obra citada.
5. Pérez Royo. Obra citada.
6. Eduardo García Enterría. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Civitas S.A. Madrid, España. 1994.
7. Paúl Lucas Verdú. Curso de derecho Político. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1980.
8. Ibid.
9. Karl Löewenstein. Obra citada.
10. Manuel Aragón Reyes. Estudios de Derecho Constitucional. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España.1998.
11. Ferdinando Lasalle. ¿Qué es una Constitución?
12. Paúl Lucas Verdú. Obra citada.
13. Ibid.
14. Francisco Rubio Llorente. Obra citada.
15. Segundo Linares Quintana. Tratado de Interpretación Constitucional. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
16. Ibid.
17. César E. Romero. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina.
18. Javier Pérez Royo. Obra citada.
19. Savigny, citado por Linares Quintana. Obra citada.

CAPÍTULO TERCERO

Estado y Constitución

1) El poder y la soberanía.

“El mayor de los poderes humanos es el compuesto con la mayoría de los poderes de los hombres, unificados por el consentimiento en una persona natural o civil, de cuya voluntad depende el uso de todos esos poderes, tal como acontece con el poder de una república...En consecuencia, tener siervos es poder; tener amigos es poder. Porque se trata de fuerzas unidas. Las riquezas, la sabiduría, la reputación, el buen éxito, también son poder...existe un deseo permanente de poder... la felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior, no es sino camino hacia el siguiente... Por eso mismo sitúo, en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte...” (1).

Por su parte, Loewenstein ha expresado que “los tres incentivos que dominan la vida del hombre en la sociedad y que rigen la totalidad de las relaciones humanas son: El amor, la fe y el poder. De una manera misteriosa están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas, pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder” (2).

Cuando se realiza un estudio sobre el Estado, necesariamente debe hacerse un estudio sobre el poder, ya sea porque se considera uno de sus elementos, como Jellineck, que considera que el Estado es una corporación formada por un pueblo, dotada de poder de dominación originario, asentada sobre un territorio, o si se considera como último referente de la sociedad política, cuando los gobernantes trasladan el poder a una institución, el Estado

(Bourdeau), o como un instrumento de clase, el estado es el poder de una clase; cualquiera que sea la percepción y opinión que tengamos del Estado, encontramos el elemento poder.

En efecto, en el Estado está presente el elemento poder, el máximo poder que puede haber en una sociedad organizada; en tal sentido, cuando se habla del poder del Estado, se habla de poder soberano o soberanía, afirmada por unos (Jean Bodin), negada por otros. Tal el caso de León Düguit, quien sostiene que la soberanía es una creación de la metafísica revolucionaria que terminará hecha pedazos.

Desde estas posiciones, hasta las más recientes, contenidas en las constituciones de los países europeos y en el contexto del derecho comunitario, la noción de soberanía ha venido evolucionando, de tal manera que los términos absoluto, inalienable, imprescriptible, etc., que caracterizaron la soberanía clásica, actualmente tienen un significado muy relativo, confirmando en parte, la profecía de Düguit.

Eso no significa que los estados carezcan de poder y de soberanía; lo que, en mi opinión, ocurre es que se dan nuevos fenómenos, nuevas voluntades, nuevas percepciones y nuevas necesidades. El propósito de los estados ya no es hacer la guerra, sino la paz y para esto lo que se requiere son visiones compartidas de que hay que instrumentalizar la paz para resolver los conflictos (Bobbio); para ello no necesita ejércitos invencibles, sino voluntad de vida y una oportunidad para la supervivencia de la humanidad. La soberanía absoluta se ha rendido ante la necesidad de respetar los derechos fundamentales; el principio de organización ya no es el estado, sino la persona humana; en tal sentido, se afirma que el soberano es el que puede establecer el estado de excepción, es decir, el que puede suspender la garantía de algunos derechos fundamentales.

Soberano es el que puede limitar el poder en beneficio del derecho internacional, como ocurre en los países de la Unión Europea, donde para lograr la existencia de ésta, ha sido necesario ceder derechos de soberanía que hagan posible el funcionamiento de los mecanismos e instrumentos internacionales. Las constituciones mismas tienen que admitir que, a la par suya, existen otros instrumentos, con carácter de constitucionales y que pueden conformar el bloque de constitucionalidad. (vid. Supra: Capítulo Segundo)

Debe hacerse también otra distinción entre el poder y los poderes del Estado. Sobre esto, Rubio Llorente afirma: " el poder del Estado, es la capacidad

de éste para imponer su voluntad (noción compleja, discutible, tal como quedó expresado) por la probabilidad de encontrar obediencia a sus mandatos o de resistir con éxito la voluntad de otros entes situados en su interior o exterior. Los poderes del Estado son por el contrario, las instituciones concretas que actúan la voluntad del Estado en general o de cada estado en particular” (3).

En la tradición constitucional salvadoreña, se ha aceptado el término “poderes”, pero la Constitución de 1983, introdujo el término Órganos y el Art. 86, establece que los órganos fundamentales del gobierno, son el legislativo, el ejecutivo y el judicial; probablemente el Constituyente quiso evitar la discusión de que si el Estado tiene poder o, por el contrario, el poder reside en el pueblo, también la permanente discusión de que el poder es indivisible, en mi opinión la tesis de Rubio Llorente, explica diferencias que el Constituyente no consideró, al momento de dictarse la Constitución; no obstante, el mayor error que hay en este asunto, es atribuir que los poderes fundamentales son del gobierno y no del Estado. Más adelante ampliaré este punto.

2) El origen del Estado.

El anterior apartado contiene las nociones básicas sobre el Estado como una estructura de poder, siendo para algunos autores, una entidad que se reduce a eso, al poder. No es un elemento del Estado, es el único elemento, o sea que hablar de Estado, es hablar de poder, el poder institucionalizado (Bourdeau) (obra citada). Otros como Jellineck, consideran que un pueblo, asentado en un territorio bajo un supremo poder de dominación, es el Estado encontrando por lo menos tres elementos constituyentes; no obstante, el elemento poder estará ahí, cualesquiera sea la concepción.

¿Cuáles son los fines del Estado? ¿Qué es lo que se propone el Estado? y algo más ¿Puede el Estado realizar fines? Estas inquietantes preguntas, nos conducen a un planteamiento más pragmático sobre para qué sirve el Estado. Íntimamente vinculado al tema de los fines del Estado, está el relativo al origen del mismo.

La teoría marxista del Estado reconoce que éste se origina a partir de la división de la sociedad en clases y ha sido el instrumento por el cual las clases dominantes han ejercido su poder político; en consecuencia, no cabe que el Estado tenga fines deseables para todos sus ciudadanos, sino únicamente para una clase específica.

De acuerdo a la dialéctica marxista, en algún momento de la evolución de la sociedad el Estado ya no será necesario; las clases habrían desaparecido, no habrá propiedad que defender y entonces el Estado se extinguiría por no ser necesario, es la fase superior de la sociedad comunista.

Por su parte, el anarquismo considera al Estado como un mal absoluto, contra el que hay que luchar; la libertad individual absoluta rechaza toda idea de control y el Estado es un instrumento de control social, que responde a determinados intereses, pueda que sean deseables o legítimos desde el punto de vista ético, pero esa no es la cuestión, sino que una exacerbación de la libertad los lleva a eso. En esta misma línea andan los que proclaman el Estado mínimo, un no estado, porque éste atenta contra la libertad, especialmente el libre mercado. En este punto hay un acercamiento entre los anarquistas y los fanáticos del liberalismo, incluyendo los fanáticos del liberalismo actual, con sus pretensiones del estado mínimo, que sólo debe subsistir en la medida en que no afecte los intereses y las leyes del mercado.

Por su parte, las teorías contractualistas han dado diversas explicaciones sobre el origen del Estado y los fines que desarrolla. Estas teorías parten de una hipótesis no suficientemente demostrada: El estado de naturaleza, en el cual los hombres vivían en un estado primitivo de libertad, expuestos a todos los peligros de la naturaleza misma y de la tendencia natural de los seres humanos de agredirse unos a otros. Se hace necesario entonces que los hombres hagan un pacto, por medio del cual, convienen crear un régimen de autoridad, de normas y de instrumentos para la defensa y supervivencia de la sociedad. De esta manera nace el poder político; hay una renuncia a los poderes individuales y se erige un poder superior.

Estas ideas conducen a la teoría contractualista del origen del Estado y se inscribe en la corriente racionalista; es decir, que considera que el origen de la sociedad política es un acto racional del hombre. Por mucho tiempo también se ha sostenido la tesis de que el Estado tiene origen divino, especialmente durante el período absolutista, en el que los reyes hacían derivar su poder de Dios y, al identificarse el poder con el Estado, éste también tenía su origen en Él. Ambas teorías han sido objetadas por otras doctrinas como el marxismo, que considera que el Estado es una categoría histórica, es un instrumento de clase, de la clase dominante que lo utiliza para someter a aquéllos que lo único que tienen es la fuerza de su trabajo.

También la escuela histórica, que posteriormente deviene en la doctrina

natural del Estado, (no es la misma del derecho natural), ambas niegan las dos teorías anteriores y se pronuncian porque el Estado se origina con la aparición "corporal del pueblo, el que encontramos siempre que los hombres están reunidos y esto ocurre hasta donde la historia puede darnos noticia de ello; el Estado, por su parte, será el creador del derecho" (4). Schelling sostiene que el origen del Estado se encuentra en la naturaleza, en el universo; el mundo social del hombre está en íntima relación con el mundo físico de la naturaleza, si es que acaso no es idéntico a él. Absoluta identidad de espíritu y naturaleza (5).

Edmundo Burke (1722-1787), creador de la teoría orgánica del Estado, al que considera como un organismo como un ser, que ha venido desarrollándose y que no se puede cambiar de arriba abajo con simples teorías, no se puede borrar de un plumazo el pasado y comenzar de cero, rechazando toda teoría racional (contractualista) del Estado. Su aversión contra Francia lo llevó a sostener la necesidad de intervenir en otros Estados, cuando uno de éstos represente un peligro sobre el propio. Pareciera que Burke revive en los tiempos actuales.

Thomas Hobbes (vid. Supra) expone su teoría contractualista con estos argumentos: En el estado de naturaleza, quiere decir sin ningún poder común, sin la posibilidad de asegurar el respeto recíproco; están en una guerra de todos contra todos; de esta manera, todo hombre es enemigo de otro hombre; la única seguridad que tienen, es la que deriva de su propia fuerza; esta situación es la negación absoluta de toda posibilidad de progreso; ningún valor es posible realizar en semejante sociedad, pues si no hay ley, no hay injusticia; sólo la violencia y el fraude y éstos lo único que generan es guerra.

No obstante un deseo de paz, alguna vez se apodera de los hombres, cuando se dan cuenta de que todos los hombres son iguales en el sentido de que todos y cada uno son capaces de hacerse daño; aparece entonces la necesidad de renunciar a esa libertad, a esa primitiva forma de libertad; la renuncia es total y es recíproca, hay un desapoderamiento de la posibilidad de hacer daño y esta transferencia mutua es el contrato.

John Locke (1632-1704), también contractualista, introduce dos elementos que Hobbes no los ha considerado: la propiedad y Dios. Por la primera, los hombres se ven obligados a renunciar de su estado de naturaleza para confiar la protección de la propiedad y que se obligan a no hacerse daño porque ellos mismos son propiedad del gran Hacedor, que los ha creado y que quiere que todos se protejan (6).

El hombre nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural. Tiene derecho entonces, a defenderlo de los ataques que vengan de los otros hombres; pero la sociedad no podría subsistir sin que pueda tener el poder necesario para la defensa de los derechos y menos pretender que cada uno de los hombres haga esa defensa. No cabe entonces otra cosa que la renuncia que cada uno haga de sus derechos y los transfiera a la sociedad en su conjunto. Los hombres que son capaces de realizar este pacto viven en la sociedad civil, tienen un derecho de apelar ante alguien; aquéllos que no lo han realizado, siguen viviendo en el estado de naturaleza (7).

Nadie puede ser arrancado de su propio estado de naturaleza, pero siendo que todos viven así, es necesario un pacto para crear un poder capaz de defenderlos y permitirles una vida cómoda; para esto es necesario que todos consientan en ese pacto. Cuando esto ocurre, todos quedan conjuntados y han entrado a la sociedad política o civil, distinta de la sociedad natural. Su libertad quedará sometida a las leyes y la facultad de imponer castigos, se transfiere a una autoridad. Esta se encargará de realizar el bien común. Locke inmediatamente concluye que el poder formado se ejerce en tres direcciones: el que hace la ley o legislativo; el que la ejecuta, ejecutivo y el que ejerce el derecho de hacer la guerra y la paz.

Montesquieu. (Charles-Louis De Secondat) Barón de Montesquieu (1689-1755). También se inscribe en la corriente contractualista, gran pensador social y político francés, su obra monumental, *El Espíritu de las Leyes*, ha dejado para la posteridad grandes aportes; esta obra se refiere a la Constitución de Inglaterra, pero la humanidad entera ha recibido sus enseñanzas y aún se comentan, discuten y controvierten. Siguió la teoría de John Locke, en cuanto a la división de poderes y a considerar la existencia de una sociedad natural, que permitía que los seres humanos vivieran en un ambiente de libertad pero expuestos, cada vez más, por la complejidad de las relaciones, por lo que fue necesario que hicieran un pacto de defensa entre todos ellos, ya que la sensación de inseguridad, su timidez y debilidad serían extremadas. Contradice a Hobbes, quien sostiene que los hombres tienen un deseo insaciable de poder; Montesquieu cree que eso no es correcto. El temor recíproco y el instinto sexual son los factores que llevarían a los hombres a asociarse. El autor también desarrolla la tesis de la separación de poderes, que las leyes deben adaptarse a los sistemas de gobierno y a las condiciones del ambiente en que viven las personas a quienes se aplican.

Jean Jacques Rousseau. (1712-1778) Filósofo, pensador social y político ginebrino, vivió en la Francia revolucionaria, siendo perseguido y obligado a refugiarse en Inglaterra; no obstante, su contribución al enciclopedismo es innegable.

La desigualdad política es la condición que permite que unos hombres estén por encima de otros y se hagan obedecer. Contractualista como es, también habla de una sociedad natural, en la cual ve al hombre, al pie de árboles frondosos saciando su sed al borde del arroyo. El abandono de esa vida sencilla nos ha llevado a una etapa reflexiva, que nos ha convertido en hombres depravados. En aquella vida no había defectos ni virtudes, ni buenos ni malos. ¿Cómo se forma la sociedad civil (Estado)?

El primero, al que tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y haber encontrado gente simple que se lo creyera, ése es el fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, miserias, horrores, no habrían ahorrado al género humano, quienes arrancando las estacas o rellenando las zanjas hubieran gritado a sus semejantes: ¡Guardaos de este impostor! Estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie!

Esta brevísima, pero necesaria incursión en el tema del origen del Estado, ha sido necesaria para encontrar las explicaciones y el sustento para una teoría válida sobre los fines del Estado.

3) Los fines del Estado

Aristóteles, al referirse al fin del Estado, afirma que la finalidad real de un Estado debe comprender la mejora moral de los ciudadanos, ya que debe ser una asociación de hombres para alcanzar la mejor vida posible. Esta es la idea o significado de un Estado. Responde a la política de que el Estado debe procurar a sus miembros la mayor felicidad (Eudemonismo). El Utilitarismo, especialmente, la filosofía inglesa, retomó estas ideas en el marco del pleno desarrollo del liberalismo, tanto en lo económico, como en lo político y en lo jurídico y plantea que al Estado le corresponde propiciar un fin utilitario. Jeremías Bentham, (1748-1832), fundador de la Escuela Utilitarista “perseguía la regulación racional de la sociedad según el principio del bienestar general” (10). Bentham, jurista, conocía los abusos que se cometían contra el pueblo, en una aplicación de las ideas liberales en forma tan abusiva, que resultaban peores que las del período absolutista; propugnaba por un cambio en el derecho y que éste debía

estar animado por el principio de máxima utilidad igual máxima felicidad; en consecuencia, este debería ser, si no el único, uno de los fines del Estado.

Jellineck sostiene que ambas teorías se formulan especulativamente y de suma claridad para las conciencias ingenuas; en efecto, lo menos que se le puede ocurrir al ciudadano común es que el Estado se organiza para propiciar bienestar general; la experiencia ha demostrado que los gobiernos se encargan de negar esta teoría. Las teorías éticas afirman que el fin del Estado es alcanzar el máximo bien. En el caso del estado helénico, el máximo bien era la justicia; Hegel, en la época moderna, afirma que el Estado es la realización de la idea de la ética; la idea está vinculada al espíritu absoluto; por lo tanto, el Estado y Dios están racionalmente vinculados, pues el Estado es la máxima moralidad objetiva.

El liberalismo inglés promovió la teoría de los fines limitados del Estado, al contrario de la teoría del bienestar (utilitarismo). El Estado tiene por finalidad proteger o la seguridad o la libertad, especialmente en cuanto a libertad económica y en cuanto a seguridad para proteger esa clase de libertad. A la cabeza de esta idea está John Locke, para quien el hombre, al conformar la sociedad civil (Estado), lo hace para proteger la propiedad; de tal manera que la teoría de los fines limitados, es porque el hombre limita la actividad del Estado. Todo lo contrario de la teoría de los fines expansivos.

La teoría de los fines relativos reconoce al Estado una teleología sustentada en la característica esencial del Estado: el de ser una institución de poder, que puede administrar y regular relaciones objetivas y externas; pero, como Estado, no puede crear cultura, religión, relaciones solidarias, salud, arte, ciencia; estas son actividades de los hombres, de la familia, de las comunidades; el Estado podrá propiciar, crear condiciones, remover obstáculos, etc. pero no podrá crearlas. En esta perspectiva, Jellineck, (1851-1911) en su Teoría del Estado, establece este ordenamiento de los fines del Estado: (11)

- 1. Propiciar la identidad de las individualidades en el marco de los intereses solidarios.**
- 2. La protección de la comunidad y la defensa del territorio.**
- 3. La formación y mantenimiento del orden jurídico.**
- 4. Mantener su poder, conservar su protección y conservar el orden público.**
- 5. Crear condiciones y superar obstáculos para que el derecho del país, sea instrumento de paz.**
- 6. Promover acciones para que las actividades de los individuos en uso de su libertad, sean compatibles con los de la sociedad en su conjunto.**

4) El gobierno del Estado

4.1.) Qué es el gobierno?

Frecuentemente, en círculos políticos ajenos a la ciencia del derecho, se habla del Estado y del gobierno, como si se tratara de lo mismo; o bien, se confunde éste con el poder ejecutivo u organismo ejecutivo. Es necesario aclarar estos términos, que aun con todo y su vinculación inmediata y directa, cada uno tiene su propia entidad.

Recordando la noción de Estado anotada anteriormente, encontramos como elemento principal, el poder; la sociedad política se caracteriza porque monopoliza el ejercicio de un poder especial, la soberanía, para poder mantener un orden que le es consustancial. "El poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden. El poder es el fenómeno social por excelencia, porque, por una parte, no se concibe fuera de la sociedad y ,por otra, sin la actuación de un poder, la sociedad es un cuerpo inerte avocado a la decadencia" (12).

No obstante, el poder no es una prerrogativa propia ni de los miembros ni de la sociedad como tal; es decir, no se ejerce directamente por los individuos sino que se deposita en una institución que lo ejercerá en nombre de todos, esa institución es el Estado. El Estado es el titular abstracto y permanente del poder, del que los gobernantes sólo son agentes esencialmente pasajeros (13). *Ibid.*

Lo anterior nos permite establecer ya diferencia entre Estado y gobierno; el primero, es la institución depositaria del poder, en abstracto, intemporal; el gobierno se conforma por las personas naturales y concretas que ejercen el poder. El Estado es un concepto, sólo existe porque puede ser pensado, es una institución política, pero su legitimidad viene dada por el derecho. Es más, según Bourdeau, las personas concretas animan al Estado y son las que se encargan de hacer patente el poder, mediante la producción de leyes.

El mismo Bourdeau llama institucionalización del poder el acto por el que el fundamento del poder es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad: El Estado. **Capítulo Primero, de ESTADO Y CONSTITUCIÓN, publicado por la Corte Suprema de Justicia, para un análisis más completo de la Teoría del Poder, como carácter esencial del Estado, quedando los otros elementos como condiciones previas para la existencia del Estado.**

En cuanto al gobierno, insisto en que se trata de las personas que ejercen

el poder, no por derecho propio, sino como agentes del Estado, tienen una investidura que les permite el ejercicio del poder, pero en el marco de un principio sagrado en el Estado de Derecho. Todo poder público emana del pueblo, los funcionarios son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. No tienen el derecho subjetivo de ejercer el poder; se les atribuyen competencias para realizar ciertos actos y, en tanto lo ejerzan en el marco constitucional, obligarán al Estado; de lo contrario responderán personalmente. El carisma del gobernante hará que de lo frío de los conceptos surja una figura, el líder, el conductor, el santo, el pastor, el canciller, etc.

4.2.) Las funciones del gobierno

Por de pronto, sólo se expondrá cuáles son las funciones del gobierno, de todos los gobiernos en general, sin alusión a las formas de gobierno.

Las tres funciones clásicas son la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Como ya se ha fijado posición sobre el tema, recordaré que cuando se hable de Constitución, Estado y gobierno es dentro de la concepción del Estado Constitucional, y más específicamente, de la versión que resulta de la aplicación de la filosofía liberal a la política y al Estado; me refiero al Estado de Derecho, tal como se define en algunas Constituciones. España, por ejemplo, se define como un Estado Social y Democrático de Derecho.

La función normativa corresponde en un sistema de división de poderes al Poder Legislativo, el cual puede residir en una Asamblea, Parlamento, Congreso, etc. Esta es la primera función que, de acuerdo a la teoría del contrato social, los hombres renuncian a su privilegio de autogobierno, deciden conformar la sociedad civil y confieren a la institución creada. Por eso es que algunos, sin saberlo, dicen que los congresos o afines, son el "primer poder del estado". No es que tenga o que sea un superpoder; es por el acto inicial de depositar el ejercicio de la potestad soberana de legislar, que se hace a las asambleas o parlamento.

La función ejecutiva, modernamente función administrativa, en un principio se caracteriza por ser de mera ejecución de las disposiciones normativas emanadas de la función legislativa, en el marco de estados nacientes, poco complejos, sin mayores cargas sociales que atender y donde los conflictos civiles entre los ciudadanos se resolvían en los tribunales, sin que el Estado participara con protagonismo en la cosa pública.

Actualmente, los poderes ejecutivos han adquirido especial

preponderancia y, en algunos casos, han revivido las conductas imperiales, reales o dictatoriales; en otros casos con creces, sin que se escape la actitud presente de los Estados Unidos, que posteriormente a los sucesos del 11 de septiembre, ha resuelto el conflicto entre libertad y seguridad, a favor de ésta y con grave deterioro de los derechos fundamentales.

La función judicial. Destinada a resolver los conflictos de intereses o derechos que tengan los particulares y eventualmente los conflictos entre éstos y el Estado. Una correcta interpretación de las funciones de este poder, no sólo mantiene el poder en sus límites sino que se constituye como factor de democracia. En El Salvador, este poder es ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia y de Paz. A partir de 1994, se ve un desprendimiento favorable del poder judicial, de otras estructuras de poder no sólo por el reconocimiento de sus miembros de la independencia y autonomía judiciales, sino por una especie de compromiso que asumen las nuevas generaciones de juristas.

4.3.) La separación de poderes

También conocida como división de poderes o de funciones, parte de un supuesto de que aparentemente la negaría y es que el poder es indivisible; no obstante, la unidad del poder no se resiente si las tres funciones que son necesarias para su ejercicio, se orientan precisamente a la defensa del poder como integración. Se parte de la idea de que todo el que ejerce el poder tiende a abusar de él y para ello es necesario que el poder detenga al poder: "Le pouvoir arreté le pouvoir". La división de poderes preservaría el carácter moral que debe tener el poder para que se considere legítimo; pues, de otro modo, se corre el riesgo de ejercerlo en términos absolutos y abonar el terreno donde se siembra, germina y crece la corrupción. Tal como lo definió Lord Acton: El poder corrompe; el poder absoluto corrompe absolutamente.

El principio de la separación ha sido desde siempre un principio de limitación desde Polibio a Locke y Montesquieu; sin embargo, su aplicación no es en términos absolutos, permanentes y universales; se habla de esta técnica como una aplicación pragmática que consulta épocas, estilos, formas de ejercicio; pero sustancialmente la idea es de limitar el poder. Pero la esencia misma no reside en la división del trabajo, sino en que, por su medio, se logran fines deseables, como es la defensa de la libertad y el goce de los derechos fundamentales de parte de los ciudadanos.

En el constitucionalismo moderno, las valiosas aportaciones en esta materia, de John Locke, Montesquieu y James Mádison, sin restar méritos a otros juristas, políticos y filósofos, que han teorizado y escrito sobre el tema, son referentes calificados para análisis, como el presente. La mención de estos tres personajes, además de sus méritos, es por el reconocimiento que la tradición jurídica les ha prodigado. Me uno a esa tradición.

John Locke (1632 1704) (Vid. Supra). Escribe la obra "Dos Ensayos sobre el gobierno civil". En el segundo de los tratados, distingue la función legislativa, la ejecutiva y una tercera la de relación exterior o federativa. Influye poderosamente en el desarrollo de la nueva filosofía política de Inglaterra y del resto de Europa. Locke, en su intención de superar los argumentos de Hobbes, para quien el absolutismo en el poder es la única forma racionalmente admisible, se pronunció en el sentido de que los hombres poseen una serie de derechos innatos e inviolables, inherentes a cada individuo, de los cuales no se despoja cuando se organiza el Estado. Uno de esos derechos es la propiedad privada y la sociedad como el gobierno deben procurar seguridad y respeto, limitando así el poder de ambos.

Señala como un defecto de la sociedad natural, que no tiene las instituciones adecuadas para esa protección ni las instancias a las que recurrir en caso de conflicto. La nueva sociedad civil tendrá unos poderes, el legislativo y ejecutivo preparados para defender los derechos innatos. (14)

Montesquieu. (Vid supra). Se refiere al tema de la separación de poderes en su obra, "El espíritu de las leyes", en el Libro XI, Cap. VI. En éste afirma: "La experiencia muestra que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; lo emplea hasta que encuentra un límite. ¿Quién podría pensar que hasta la virtud tiene límites? Para que nadie pueda abusar del poder es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación de las cosas, que el poder frene al poder."

Comentando este tema, Luis López Guerra afirma: Montesquieu no se limita a describir una realidad sino que se pronuncia en el sentido de que la garantía de la libertad se encuentra en que existan varios poderes dentro del Estado. Y cada uno de esos poderes debe llevar a cabo sus funciones independientemente de los otros. Todo estaría perdido si el mismo hombre realizara las tres tareas. La contribución al constitucionalismo ha sido innegable (15).

James Mádison, en el Federalista, defendió la necesidad de establecer no un sistema de separación de poderes puro, sino la creación de frenos y contrapesos, "**CHECKS AND BALANCES**", que hicieran a los poderes mutuamente dependientes. En los tomos segundo y cuarto del presente estudio, volveré sobre este tema.

BIBLIOGRAFÍA

1. Thomas Hobbes. *Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. Leviatán. Editorial Nacional. Madrid, España. 1979.
2. Karl Löwenstein. Obra citada. Sobre esta cita y otras en este mismo tema, véase mi libro *Estado y Constitución*. Corte Suprema de Justicia. El Salvador. C.A. (1998). ***Sobre este tema recomiendo consultar la obra de Max Weber, Economía y Sociedad); Estado y Constitución ya relacionado; Obra de consulta: Los Seis Libros de la República. Jean Bodin (Bodino): República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano. La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República.***
3. Francisco Rubio Llorente. Obra citada.
4. Savigny, citado por L. Gumplowis. *Derecho Político*. Apuntes de clase.
5. Ibid.
6. John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Aguilar, Madrid, España. 1969.
7. Ibid.
8. Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Libro Libre. San José, Costa Rica. 1986.
9. Rousseau. *El Contrato Social*. Alianza Editorial. Madrid, España.
10. Wilhelm Dilthey. *Historia de la Filosofía*. Fondo de Cultura Económica.
11. George Jellineck. *Teoría General del Estado*. Editorial Continental. 1958.
12. Georges Bourdeau. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Editorial Nacional. Madrid, España. 1981.
13. Ibid.
14. George Sabine. *Historia de la Teoría Política*.
15. Luis López Guerra. *Derecho Constitucional*.

CAPÍTULO CUARTO

Derechos fundamentales

1) Nota introductoria.

Se ha considerado que tres grandes acontecimientos han sido necesarios para establecer en el mundo, un nuevo orden en el que la libertad humana y los derechos que de ella se derivan, sean el marco referencial para la construcción del derecho constitucional contemporáneo. Los comentaristas de esta materia fincan el surgimiento de ese giro de la sociedad humana, en tres eventos: 1. La serie de hechos que ocurren en Inglaterra en el siglo XVII a lo que se ha denominado la revolución gloriosa. 2. La revolución francesa y 3. La independencia de los Estados Unidos. Cada uno de esos acontecimientos ha dado su aporte para disponer ahora de un poder del estado que limita sus acciones en beneficio de la libertad. Tal como se ha dicho (vid. supra) el pensamiento filosófico y político de Locke, Montesquieu, Rousseau y otros, fue determinante para el cambio que la sociedad debía experimentar; no debe ignorarse que los procesos de transculturización, se han dado desde siempre y la influencia de la cultura islámica y africana, pudiera haber estado presente. También los políticos, el pueblo, los gremios, los distintos factores de poder, etc., hicieron lo que les tocaba en este momento crucial.

Así lo interpreta Goyard Fabré, para quien “la Declaración de Derechos de la Revolución, no es obra de filósofos, sino de hombres cultos que no solicitaban de las obras filosóficas más que un soplo de inspiración. Su preocupación era más política que filosófica: cansados de la “sociedad estamental” caracterizada por los privilegios, así como de las desigualdades que engendraban en la monarquía francesa los “males públicos” y “la corrupción de los gobiernos”, se mostraban ante todo muy cuidadosos de creerse en las vías de un reformismo emancipador”. (1)

Posteriormente de esos tres eventos, el estado constitucional adquiere un compromiso distinto del que tuvo durante el período absolutista: "el cambio cualitativo que se advierte, que sella y define al nuevo Estado Constitucional, como forma política histórica, no es sólo la limitación del poder mediante el derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación o, dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece, que no es otro que la garantía de la libertad" (2).

En esto hay también una lógica de la nueva política y del nuevo derecho que supone el triunfo de las revoluciones, en el sentido de que la libertad no es sólo un límite del poder del Estado sino que, a partir del momento, el pueblo adquiere la titularidad del poder soberano y esto sólo puede ocurrir en un ambiente de libertad.

Esta podría ser una de las formas de interpretar el conocidísimo Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, que dice: "Toda sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución". En efecto, los derechos sólo pueden ser efectivos en un ambiente de libertad; la libertad es un presupuesto de soberanía, de poder soberano que se le atribuye al pueblo; el nuevo estilo de ejercicio del poder exige que, en sus tres grandes direcciones, se ejerza por personas distintas, es decir, un control del poder; si esto no se consigue, la sociedad carece de constitución; no es estado constitucional, con las garantías del estado de derecho.

"Siendo los hombres libres iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros, sin que medie su consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios". Locke, John. (3) "Lo que inicia y que realmente constituye una sociedad política cualquiera no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres, capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo" (4) Ibid.

Montesquieu nos aproxima al concepto de libertad, en sus formas de libertad negativa y positiva. "En la democracia, la libertad no consiste en que cada quien haga lo que le plazca; en un estado democrático la libertad consiste en que cada uno haga lo que debe querer y en no estar obligado a hacer lo que

no se debe querer. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten; de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esa facultad” La libertad política se encuentra en los estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder. Montesquieu. El Espíritu de las Leyes.

Rousseau, en este mismo orden, ha expresado: “Encontrar una forma de asociación, que proteja y defienda con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca sin embargo, más que a sí mismo ,y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social”. Rousseau. El Contrato Social

2) Noción y origen de los derechos fundamentales

Dar una noción de derechos fundamentales que se considere como universal, incuestionable, absolutamente válida, es una tarea imposible; lo que sí es factible, es aproximarse un poco a sus elementos, reunirlos e intentar la formulación de un concepto preliminar. Los derechos humanos fundamentales, en primer lugar, son derechos, tienen un sujeto de pretensiones: el ciudadano y un sujeto de deberes: el Estado; los distintos pensadores en esta materia están de acuerdo en que hay un denominador común en todos esos derechos: la dignidad humana, como condición necesaria para construir una teoría aceptable por todos. No es que sean anteriores y superiores al Estado, como lo sostiene la rancia teoría del derecho natural, sino que el hombre tiene esos derechos, y el Estado, cualquier Estado, los reconoce y los protege. Tienen un reconocimiento constitucional en cada estado y reconocimiento universal por todos los estados que conforman las Naciones Unidas. A partir de estos elementos, se puede intentar un concepto de derechos fundamentales, como tantos que se han dado. En tal sentido, son derechos fundamentales aquellos derechos que corresponden al hombre, en razón de su dignidad como tal y que son protegidos por el Estado y la comunidad internacional.

En primer lugar, hay que considerar que los derechos fundamentales se presentan en dos grandes grupos: aquéllos que son derechos reconocidos por las constituciones de cada estado y aquéllos que tienen regulación o definición

universal. 2. Actualizando la teoría del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, etc), tendríamos un contrato constitucional o un contrato universal, dependiendo de los instrumentos que invoquemos. 3. Los derechos humanos fundamentales tienen su reconocimiento en los textos del Estado constitucional contemporáneo y en la humanidad universal, siendo aplicables los instrumentos universales así como las constituciones de cada estado. Los derechos humanos fundamentales son anteriores al Estado; pero son reconocidos por éste; son anteriores a la cultura mundial sobre los mismos, pero son reconocidos por ésta. Existe una tendencia para que los derechos humanos fundamentales, sean interpretados de conformidad a la Declaración Universal.

Dice Haberle: "La constitución es cultura, no es solamente un texto jurídico o una obra de reglamentación normativa, sino que también es la expresión de una situación de desarrollo cultural, medio del autorretrato de un pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas". Si esto es así, los derechos fundamentales son los derechos que corresponden al hombre en razón de su dignidad como tal, como ser humano que es, tal como lo dice el preámbulo de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de 1948. Ciertamente el hombre nace libre, pero afirma su libertad en su trato con los otros hombres, en quienes reconoce su dignidad. Es un proceso cultural (5).

"Los derechos de los ciudadanos son fundamentales no sólo porque sin ellos, no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, es decir, pueblo libre, sino además porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es en la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o el acto de los poderes públicos que los vulneren" (6). Una definición muy completa, en la que se destaca la libertad como presupuesto de todo orden constitucional, tanto en relación a los ciudadanos como al titular del poder. El reconocimiento de los mismos en la – Constitución, con eficacia normativa directa y con mecanismos de defensa constitucional, en caso de vulneración de parte del poder público.

En la misma línea, pero en un enfoque más cercano al clasicismo contractualista, Carl Schmitt dice que son derechos fundamentales aquéllos que pueden hacerse valer como anteriores y superiores al Estado; de raigambre liberal el anterior concepto, impregnó muchas constituciones de corte liberal, incluyendo algunas en nuestro país que reconocían derechos anteriores y superiores al derecho positivo <, son derechos que el Estado reconoce y protege conforme a sus leyes, sino derechos que son anteriores a él; no son según su

sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de libertad de las que resultan derechos y precisamente derechos de defensa. Esto se ve con toda claridad en los derechos de defensa, que históricamente significan el comienzo de derechos fundamentales: Libertad de religión, libertad personal, propiedad, opinión, etc., existen antes que el estado, no existen en virtud de la ley, ni se arreglan a ella. Derechos fundamentales en sentido propio, no son otorgados por el Príncipe; son fundamentales porque pertenecen a la persona humana individual. Valen para todo hombre, independientemente de su nacionalidad. Su reconocimiento, además, estriba en el reconocimiento del principio de distribución: una esfera de libertad del individuo limitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable (7).

Afirma Schmitt: los derechos que son limitados por las leyes, dejan de ser fundamentales, poniendo de ejemplo el de libre expresión del pensamiento, del que siempre se ha dicho que debe ejercerse en el marco de la ley. La doctrina posterior y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ha destacado que los derechos fundamentales no son absolutos y que pueden ser limitados en virtud de la ley, porque su eficacia y vigencia se conjugan con el derecho de los otros en un amplio y racional ejercicio de la libertad; de manera que no es cierto, como lo sostiene Schmitt, que por las regulaciones legales pierden su carácter de derecho fundamental.

Ambos autores se inscriben en la corriente ius naturalista, por la que se reconocen derechos que son anteriores y superiores al derecho positivo; se fundamentan en la idea de que existen dos derechos: el natural y el positivo, sosteniéndose la superioridad del primero sobre el segundo; en consecuencia, la persona humana se ostenta como reflejo subjetivo de un orden normativo natural. Tres serían las notas características de esta teoría: 1. El origen de los derechos naturales no sería el orden jurídico positivo, sino el orden natural; son inherentes al ser humano y ningún orden positivo podrá quebrantar. 2. Estos derechos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. 3. Estos derechos existen independientemente de ser reconocidos por el derecho positivo. (Vid. Jacques Maritain. *Acerca de la Filosofía de los Derechos del Hombre* y Antonio Fernández Galeano. *Derecho Natural. Introducción Filosófica*).

Sin embargo, por muy respetables que parezcan estas teorías que, a su vez, se complementan con las teorías del contrato social, no pueden aceptarse en términos absolutos y sin mayores discusiones. Pues, tal como lo sostiene Eusebio Fernández "que si tales derechos se reconocen como inherentes a la

naturaleza humana, la primera gran interrogante sería definir qué es la naturaleza humana; concepto ambiguo y equívoco, tal como lo han demostrado las distintas teorías que han tratado de explicarlos. Los derechos no existen porque se desprendan de la naturaleza humana, sino porque considerándose buenos, razonables o justos para ella, se han reconocido como tales. Por otra parte, los derechos naturales están muy vinculados a su reconocimiento histórico y su validez, al reconocimiento por parte del estado

La teoría ius naturalista es inconsistente para algunos autores y, en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, proponen la teoría de los derechos históricos, variables y relativos. No se trata de derechos anteriores y superiores al Estado; se habla de derechos de origen social resultado de la evolución de la sociedad. Se fundan no en la naturaleza humana, sino en las necesidades humanas, en las posibilidades de satisfacerlos; la temática específica está en función de los valores vigentes en la comunidad y de los fines que pretenda ella realizar y siempre que se tenga presente la dignidad humana, la cual no puede ser relativizada. Esta es la corriente histórica.

No obstante, toda teoría tiene sus flancos débiles y esta teoría de los derechos humanos como categorías históricas, de carácter relativo, también tiene sus debilidades, como es el hecho de que siendo fundamentales, pueden ser también relativos. Objeción demoledora si no se encuentra una respuesta lógica y jurídica aceptable. En efecto, si los derechos humanos fundamentales, responden a etapas históricas, deben considerarse como puestos en un orden dinámico y que constantemente están cambiando, en la medida en que nuevas necesidades van apareciendo y la sociedad trata de proteger la dignidad humana, no porque pertenezcan a un período sino por su evolución en beneficio del hombre mismo. Y es que es conveniente aclarar que la visión histórica que acompaña a esta concepción relativa de los derechos fundamentales, no necesariamente corresponde a la fundamentación historicista que no tendría la respuesta a las objeciones que se le formulen, porque ignora u olvida, que las objeciones al ius naturalismo no significan desconocimiento de la validez de su teoría original, emanada del racionalismo contractualista.

La corriente ética destaca que los derechos humanos o fundamentales, tienen su verdadera explicación en los principios morales, pues tales derechos tienen que ver con la dignidad humana, es decir, se trata de derechos morales en su doble vertiente ética y jurídica. O sea que son postulados que éticamente responden a los principios filosóficos o axiología jurídica y, además, tienen

sustentación jurídica en el marco del derecho constitucional. Los derechos humanos fundamentales tienen su origen en la dignidad humana, no tienen origen en el derecho; éste los reconoce como tales, pero estos son derechos morales, vinculados a la dignidad humana y reconocidos por el derecho positivo. (8). *Sobre este punto sugiero la lectura de "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. Eusebio Fernández. Editorial Debate. Madrid, España.*

3) Evolución de los derechos fundamentales.

En la actualidad, se reconocen tres categorías de Derechos Fundamentales, denominados de la primera, segunda y tercera generaciones: Estas categorías están íntimamente vinculadas a la evolución de los estados constitucionales y a la evolución del Derecho Internacional, especialmente al de los Derechos Humanos. Es sobradamente conocido que el estado constitucional que surge a la caída del "Ancien Régimen", se caracteriza por el establecimiento de la separación de poderes y la garantía de los derechos, conforme la proclama de la Revolución Francesa en su Art.16. En un primer momento del desarrollo de esta forma de estado, que se conoce como el Estado Burgués de Derecho o Estado Liberal de Derecho, se reconocen un primer grupo de derechos, derivados de la libertad y que precisamente asumen ese nombre derechos de libertad, porque tienen como reconocimiento las distintas esferas de libertad del hombre y que son generadoras de los derechos, que siendo anteriores al Estado, son reconocidos por éste. No está demás recordar que la actitud del Estado frente a este primer grupo de derechos, es un deber de abstención, es decir, la no interferencia para el pleno goce de los derechos que, por estar referidos al hombre en su dimensión individual, se han denominado derechos individuales, ahora llamados de la primera generación.

El proceso evolutivo del Estado Burgués de Derecho, fue dejando algunas deficiencias especialmente en el campo social y llegó a identificarse, como una muestra de lo que hace la explotación del hombre por el hombre; fue necesario que nuevos hechos históricos se dieran para corregir estas imperfecciones y, sin menoscabo de aquellos derechos de libertad, los poderes constituidos ya sea por las presiones de sus pueblos, por la influencia de la Doctrina Social de la Iglesia, los movimientos obreros, el manifiesto comunista, etc., asumen una nueva posición en cuanto a los derechos fundamentales, creando las instituciones jurídicas, políticas y sociales para prestar mejores oportunidades y condiciones de vida dignas para los seres humanos, es decir, se pone la economía al servicio del hombre, apareciendo los derechos económicos y sociales, denominados de la segunda generación.

Después de la Segunda Guerra Mundial y, mediante el compromiso asumido en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal, los Pactos, los Estatutos regionales de derechos humanos, se proclaman los derechos de solidaridad o de la tercera generación, como son el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente saludable y el derecho a la participación en la herencia común de la humanidad. A esto se agregan las cláusulas de desarrollo, como nuestro Art. 52, por el que la enumeración de los derechos de los trabajadores no es negación de otros que se deriven de los principios de justicia social.

De igual manera, la Declaración Americana de Derechos Humanos y algunas constituciones recientes, en este mismo sentido, establecen reglas para asegurar los derechos de las generaciones venideras, pues una teoría de derechos humanos que sólo tome en cuenta las generaciones actuales, sería tan egocéntrica como fragmentaria. Así como los derechos culturales, el acceso a las ciencias, a las artes, a las religiones como piezas fundamentales de la vida cultural.

No obstante, toda la sistematización de los derechos fundamentales que ahora conocemos, es el resultado de un proceso evolutivo que, al menos en su expresión moderna, se inicia en Inglaterra con la *Petition of Rights* (1628) el Acta de *Hábeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689); en Norte América, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776); en Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789).

En definitiva, son cuatro etapas las que se reconocen en el proceso evolutivo de los derechos humanos fundamentales, desde sus orígenes hasta nuestros días: 1. Los derechos humanos prerrevolucionarios que podríamos identificar como la prehistoria de los derechos humanos, desde los señalamientos de Hobbes, no obstante su teoría absolutista, pasando por Locke, Montesquieu, Rousseau y otros. 2. Los derechos fundamentales del constitucionalismo liberal, que se plasman en los documentos ya relacionados y en el constitucionalismo liberal, llamados de la primera generación y frente a los cuales, el Estado tiene un deber de abstención, se integran básicamente con los derechos civiles y políticos. 3. Los derechos económicos y sociales, o de la segunda generación, denominados programáticos porque constituyen un programa que la Constitución diseña para que el legislador los desarrolle en la legislación secundaria, responden al modelo social demócrata del siglo XIX, hasta mediados del sigloXX; algunos autores le niegan la categoría de derechos por no ser exigibles

jurídicamente. Sin embargo, deben acatarse estas posiciones en el sentido de que un derecho no lo es solamente porque sea reconocido por el sistema jurídico, sino porque la evolución cultural de una sociedad así lo proclama y lo exige (9) *Ignacio Ara. El Concepto de Derechos Fundamentales. Recopilación de trabajos sobre la materia. Universidad Carlos III. Madrid, España.*

Por último, es necesario mencionar los llamados derechos difusos porque corresponden a la sociedad como conjunto, incluyendo las generaciones que están por venir, son llamados derechos de la tercera generación y a los que me he referido arriba.

4) ¿Por qué derechos fundamentales?

El investigador de Derechos Humanos de la Universidad de Génova, Ricardo Guastini, en un trabajo suyo sobre esta materia, sostiene que lo fundamental de estos derechos rebasa su importancia, en términos de calidad de la norma; lo fundamental estriba en dos nociones que al menos aparentemente son contradictorias. En efecto, fundamental significaría que dan "fundamento a un sistema jurídico"; por otra parte, se les llama fundamentales porque para su eficacia no requiere del sistema jurídico.

Son derechos fundamentales los que descansan en normas fundamentales y son éstas las normas materialmente constitucionales, como son las que proclaman derechos; las que disciplinan las relaciones entre los ciudadanos y el gobierno y las que le dan organización al poder. Los derechos constitucionales de los ciudadanos ante el Estado, son fundamentales. También se denominan fundamentales aquellos derechos morales o naturales, que no requieren una justificación jurídica positiva o sea que no se explican por el derecho. Siendo el Estado el sujeto de deberes en esta clase de derecho, se agrega como una connotación más que no deben ser violados. No quiere decir que no puedan serlo.

Luis López Guerra, sobre este particular, afirma: "Desde la perspectiva constitucional, pues, los derechos fundamentales aparecen doblemente caracterizados: **por una parte por tratarse de esferas de libertad garantizadas específicamente en el texto constitucional, disponiendo por ello de una garantía más fuerte que la de otros derechos "no fundamentales" reconocidos en las leyes ordinarias. En segundo lugar, porque el reconocimiento de esos derechos de unos valores inspiran la organización de la comunidad política y justifican la existencia misma de una**

Constitución; (10) en otras palabras, los derechos fundamentales no solamente aseguran situaciones de individuos particulares sino que, además, sirven para definir los valores y fines de la estructura constitucional. Tienen así, los derechos fundamentales una finalidad individual y una finalidad colectiva” .

5) Garantía de los derechos fundamentales.

5.1.) Instrumentos y mecanismos de garantía

De especial importancia debe considerarse la garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales; cada vez son más y mejores los mecanismos que la comunidad internacional, las instituciones y los ciudadanos crean o luchan por crear, para la defensa de los derechos, tomando en cuenta que los gobiernos de los estados, de cualquier estado, no abandonan en términos absolutos aquella tendencia denunciada por Montesquieu, de que toda persona o sujeto de poder tiende a abusar de él y que es necesario que, en caso de que ocurra, tener a disposición los mecanismos de defensa constitucional.

Las diferentes declaraciones de derechos, vigentes hoy en día, ya sean regionales o universales, contienen los tribunales y las normas de procedimiento para que los ciudadanos o las organizaciones puedan acudir a ellos, en caso de violación a los derechos fundamentales. Los instrumentos universales, de igual modo, ofrecen esos instrumentos para que los ciudadanos puedan requerirlos y defenderse de los abusos del poder público o de particulares que, encontrándose en situación de dominio, puedan afectar el ejercicio de los derechos.

De igual manera, las constituciones de cada país tienen sus propias normas para que eventualmente puedan reaccionar ante las violaciones de los derechos fundamentales y para ello, se han establecido por la doctrina universal, los principios que animan o que inspiran esas políticas de restauración de los derechos vulnerados. El amparo constitucional ha sido una vía para reclamar al poder público, la violación de los derechos fundamentales, acción que está a disposición de los ciudadanos ante un tribunal especial, que en el momento actual radica en tribunales como las salas de lo constitucional, cortes constitucionales o tribunales constitucionales.

Cuando los procedimientos y los tribunales respectivos conocen exclusivamente de estas violaciones, se dice que siguen la doctrina del control concentrado; cuando el control está difuminado en todos los tribunales de un país y éstos están en capacidad de velar por el cumplimiento de los derechos

fundamentales, estamos en presencia del control difuso. Es difícil que los estados tengan exclusivamente uno de estos dos sistemas, sino que más bien se da una combinación de ambos y entonces se dice que hay un sistema mixto. En el Capítulo Octavo de este estudio, LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, se hará un análisis integral de esta temática.

5.2.) Mecanismos legislativos

En los tiempos actuales, el legislador además de la función normativa que le corresponde, realiza otras funciones de carácter político y las constituciones así lo reconocen, en defensa de los ciudadanos, especialmente de las acciones u omisiones del poder público y de los grupos de presión, que puedan atentar contra los derechos de las personas, especialmente de aquellos que por su especial condición de pobreza, marginalidad, grupos étnicos, minorías religiosas, etc. puedan resultar más vulnerables.

De acuerdo a la Constitución de El Salvador, corresponde a la Asamblea Legislativa erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los tribunales respectivos conozcan de toda clase de causas civiles, criminales, laborales, etc. Esta atribución legislativa servirá para que los ciudadanos tengan las instituciones necesarias para la defensa de sus intereses en un clima de paz. No hace referencia expresa de la jurisdicción constitucional, pero hay otras disposiciones que le atribuyen al legislador esta facultad. Art. 131, No.31.

También puede la Asamblea Legislativa nombrar comisiones especiales para conocer de asuntos de interés nacional y adoptar los acuerdos o recomendaciones que estime necesarios, de acuerdo al informe de esas comisiones. Art. 131 No. 32. Esta facultad transforma a la Asamblea en una verdadera caja de resonancia de las demandas ciudadanas, y si bien es cierto se maneja con criterios políticos, se tiene un mecanismo que, por intereses también políticos, pone en juego toda su creatividad para resolver los problemas de las personas, especialmente aquellas en las que se advierten tratamientos inequitativos. No cabe duda de que es también un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. A veces, no son ajenos a la crítica, especialmente en un país como el nuestro, donde los intereses políticos se manejan con visión electorera, que tiende a favorecer más estos intereses que el de las personas que han acudido en demanda de ayuda.

El Art. 131 No. 37, atribuye a la Asamblea Legislativa la facultad de

recomendar a la Presidencia de la República la destitución de los ministros de Estado, o a los organismos correspondientes, la de los funcionarios de instituciones oficiales autónomas, cuando así lo estime conveniente, como resultado de la investigación de sus comisiones especiales. La resolución será vinculante, cuando se refiere a los jefes de seguridad pública o de inteligencia de Estado, por causa de graves violaciones a los derechos humanos.

En este orden, también puede la Asamblea interpelar a los ministros o a los encargados de despacho o presidentes de instituciones oficiales autónomas.

5.3.) Mecanismos institucionales

POLICÍA NACIONAL CIVIL. De conformidad a los Acuerdos de Paz, del 16 de enero de 1992, la seguridad pública se encomendará a un nuevo organismo llamado Policía Nacional Civil, "cuerpo nuevo, con nueva organización, nuevos cuadros, nuevos mecanismos de formación y adiestramiento, nueva doctrina". Con esto se buscaba el rompimiento con la estructura anterior de carácter militar, cuerpo represivo, violador de los derechos humanos, que ni por asomo conocía la función de seguridad pública. La nueva estructura estaba pensada para esto, la seguridad pública, en el marco del respeto a los derechos humanos. La reforma constitucional de 1991 estableció esta institución, en la Constitución del Estado y desde ahí, se fijan sus objetivos, fines y compromisos con la sociedad salvadoreña.

Es indudable que, después de doce años de funcionamiento, algunas cosas buenas se han logrado, pero los gobiernos van marcando el signo del autoritarismo, más la tradición autoritaria, que hemos heredado, da lugar a que esta corporación se mueva entre dos polos: El marco de la Constitución y la ley, una débil cultura que no ha permeado ni siquiera entre su máxima dirigencia y el autoritarismo y las tendencias a la politización, que tienen más aceptación en las estructuras cuasi castrenses que todavía permanecen. En el Cuarto de este trabajo, se hará una evaluación crítica de esta organización.

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En igual forma que la PNC, la Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos aparece en la reforma constitucional de 1991 y además, es uno de los componentes de los Acuerdos de Paz. Después de 12 años, no se puede ver todavía su eficacia y sobre todo, qué tanto ha hecho este organismo para combinar las acciones puntuales, concretas o coyunturales, con una labor

de mayor trascendencia, en el marco de una promoción de pedagogía social, que le permitiera procesos más formativos, aunque de largo plazo.

La Procuraduría ha tenido sus alzas y bajas, también ha estado en los vaivenes que la dinámica del poder genera en la sociedad. Debe haber un gran Acuerdo Nacional que, retomando los principios y propósitos de los Acuerdos de Paz, permitiera una acción de recuperación de identidad y servicio a la sociedad, procurando que los protagonismos de calle y mediáticos, vayan cediendo a actitudes más maduras, de ganar respeto y confianza de la población. Merece destacarse, sin embargo, que el proceso aún no deja estos márgenes para acciones más jurídicas que de ipso facto; sería bueno entrar en un proceso de evaluación y respaldar esta instancia, que no tiene porqué verse como un adversario más del gobierno, especialmente si estos presumen de democráticos y defensores de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

1. Simone Goyard Fabré. Los Derechos del Hombre, Orígenes y Prospectiva.
2. Manuel Aragón Reyes. Obra citada.
3. John Locke. Obra citada.
4. Ibid.
5. Peter Haberle. El Concepto de los Derechos Fundamentales. Problemas Actuales de los derechos Fundamentales. Universidad Carlos III. Madrid, España. 1994.
6. Manuel Aragón Reyes. Obra citada.
7. Carl Schmitt. Obra citada.
8. Eusebio Fernández. Obra citada.
9. Ignacio Ara. Obra citada.
10. Luis López Guerra. Obra citada.

CAPÍTULO QUINTO

Orden axiológico constitucional.

1) Breve introducción a la Filosofía:

He abordado el tema en mi libro *¿Qué es una Constitución?* (1) donde he planteado la necesidad de analizar si la Constitución responde a un planteamiento filosófico, es decir, si sus disposiciones pueden analizarse en sus causas, fundamentos y razones, mediante un análisis explicativo de carácter racional. Y al retomarlo en el presente trabajo, es para elevar un poco el nivel de reflexión, en el sentido de que es importante describir los fenómenos concretos de los distintos aspectos parciales de que se compone la realidad mayor, es decir la Constitución; pero también es necesario reflexionar sobre lo que debe ser un estudio explicativo de la realidad constitucional, referido a sus causas, fundamentos y razones, los presupuestos que el Estado de Derecho supone para la existencia de la Constitución, así como la referencia a los principios, o sea el marco filosófico referencial de las instituciones comprendidas en la Constitución y los valores que se pretende realizar.

La filosofía es un conocimiento explicativo de la realidad, de toda realidad. De tal manera que siendo la Constitución una realidad política, no sólo porque, como diría Carl Schmitt, se aplica a "una concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado", sino porque sus normas están vinculadas con una realidad de poder; por ello es necesario descubrir los elementos filosóficos que le sirven de sustentación. No es tarea improductiva hacer un poco de filosofía constitucional; al contrario, muchas explicaciones ahora ocultas, podrían aparecer después de esta jornada (2). Cabe mencionar la anécdota de Tales de Mileto, a quien la gente le echaba en cara la causa de su pobreza, que la filosofía era improductiva, sin embargo,

éste mediante sus conocimientos, previó una abundante cosecha de olivos y arrendó todos los molinos de aceite existentes en Mileto, a muy bajo precio; es obvio que sus ganancias fueron enormes. Demostró Tales que es muy fácil enriquecerse para los filósofos, pero que no se afanan por ello.

Recordemos lo que afirmó Platón, en el Mito de la Caverna: Vemos la sombras desde esta posición. Luego al cambiar y estar más cerca de la realidad veremos las cosas verdaderas. (3) Hegel afirmó que el Estado es la realización de la idea de la Ética; recuérdese que este filósofo explicaba las realidades, a partir de que todo era una expresión del espíritu absoluto.

Esta referencia filosófica incluye los fundamentos teológicos que continúan presentes en las acciones y decisiones que políticamente toman los hombres. En la Constitución de El Salvador, la primera reflexión que hace el constituyente es una invocación a Dios; en su tiempo y guardando distancias y abismales diferencias, Heráclito de Efeso, dijo **“todas las leyes humanas se nutren de una sola, la divina”**; pensamiento que posteriormente fue retomado por la escuela estoica y probablemente, toda la tendencia teológica del escolasticismo medieval.

“La Política,” de Aristóteles, continúa siendo un sostén fundamental de las explicaciones políticas del mundo actual, como lo ha sido en las distintas épocas de la evolución de la ciencia política”. Representa el ensayo insuperado de una ciencia del Estado, elaborada con el método comparado a base de la descripción de las constituciones existentes” (4).

Fue la escuela epicúrea, la que fijó la jerarquía de los valores de la vida al sumo bien; el cuestionamiento de los valores del agrado y el desagrado, como los únicos elementos del mundo moral, iniciando ingeniosamente su reducción, al apuntar hacia una evolución del hombre que, empezando por la vida animal, llegaría hasta el lenguaje, la religión, el derecho y el estado (La Constitución) (5) Ibid.

Conceptos de gran alcance para la filosofía política, fue el pensamiento de Zenón de Citium, máximo representante de la escuela estoica: “La razón divina consciente como alma del cuerpo del mundo; **de este logos del mundo fluye una ley según la cual todos los hombres viven bajo el mismo derecho de la naturaleza en la patria común del universo**; orgullosa conciencia de la libertad del sabio virtuoso, el único que es libre y rey” (6).

Ambas escuelas tienen enorme influencia en la cultura romana, especialmente en personajes como Lucrecio Caro y Marco Tulio Cicerón, (106 a.c.) siendo este último, en quien los grandes conceptos jurídicos y políticos, alcanzan su mayor significación. En efecto, Cicerón, discípulo de Posidonio, contemporáneo de Panecio de Rodas, fundador de la stoa romana, dos de sus mejores obras son *De República* (seis libros) y *De Legibus*. En el primero, tomando de modelo la República de Platón, escribe su propia versión dedicada a Roma; la segunda obra se refiere al derecho natural y acerca de la naturaleza de la ley. En ambos se idealiza el desarrollo, tanto de la constitución romana, como del derecho romano. Cicerón encuentra en “la experiencia psicológica, social e histórica, fundamento suficiente para cimentar y comprender el orden ético, jurídico y político mediante el conocimiento de una conexión más alta. En la medida en que los hechos de la conciencia y los de la historia se abren al espíritu jurídico-político de los romanos, se convierten en base del filosofar” (7).

“El estado mejor no es creación de la prudencia personal, sino de la historia y ésta ha acarreado, con el estado romano, la constitución más perfecta mezcla de la forma monárquica, la aristocrática y la democrática”. Los datos de filosofía política en cuanto a Grecia y Roma, que brevemente se han expuesto, contribuyen a explicar el constitucionalismo de todos los tiempos y, de algún modo, el que se refiere a El Salvador; es natural que estos apuntes sólo constituyen un inicio, que debe proseguirse con un estudio histórico de mayor profundidad. En cuanto a la contribución de la Patrística, la Escolástica, el Renacimiento, etc., se abordará en cada caso especial, en que tenga que hacerse una referencia a épocas, escuelas o autores.

2) Presupuestos constitucionales

2.1.) La libertad y la igualdad

¿Qué significado tiene la expresión presupuestos constitucionales? Entiendo por presupuesto constitucional el o los fundamentos, los cimientos esenciales sobre los que descansa una Constitución y que, de no existir, estaríamos hablando de otra realidad; aunque falte sólo uno de ellos no digamos si faltan los dos. Ambos términos pueden ser entendidos también como valores, como principios, como derechos; pero, en cuanto a su carácter de factores o causas fundamentales, tienen un significado específico, determinante e inconfundible. Si no están presentes en una Constitución, ésta es otra cosa. En este sentido, interpreto el número 2 del Art.9 de la Constitución española, que dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que

la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". En el apartado 3 de este mismo artículo, dicha Constitución establece cuáles son los principios que le dan el marco filosófico a la misma. Significa que la libertad y la igualdad no son considerados como "principios", expuestos de una manera, diría, taxativa. No obstante, su número podría variar y otras constituciones, como la de El Salvador, que ni siquiera aborda esta nomenclatura.

Con la característica de "derechos" aparecen la libertad y la igualdad, en los Artículos 10, 14, 15 y siguientes, en una nomenclatura que no es precisamente un ejemplo de especificidad. Lo que resulta obvio es que ambos conceptos, usados en el Art. 9/2, no lo son en el sentido de principios o de derechos. No siendo ninguna de estas cosas, opino que están referidos a su carácter de presupuestos constitucionales, con el significado que se le ha asignado. O sea el relativo a un status de la persona, a su libertad material, como ausencia de impedimentos o compulsiones psicológicas que le imposibilitan su actuación.

Resulta obvio que las categorías libertad e igualdad, sean entendidas como presupuestos constitucionales y que algunos derechos ya sean fundamentales o legales, estén referidos a ellas como tales. En efecto, la libertad como condición para hablar de dignidad humana, supone desde ausencia de esclavitud, en el más aberrante de sus significados, o sea la sujeción ilegítima e insultante, de un hombre por otro hombre, sentido en el que funciona como presupuesto condicional, hasta el reconocimiento de los derechos que le son inherentes a su calidad de persona humana y a la dignidad que como tal le corresponde y que el Estado se obliga a respetar y proteger, en términos de necesidad para la convivencia social y supervivencia del Estado; derechos que, por lo demás, no fueron enajenados al pasar de la sociedad natural a la sociedad civil.

Reconocidos como tales presupuestos, la libertad y la igualdad, toda la arquitectura constitucional descansará sobre ellos, ya sea por referencia expresa de las cartas constitucionales o porque se den por sentadas. Y esta idea tiene sustento en la constitución salvadoreña, primero, porque los Arts. 3 y 4 hablan de la igualdad y libertad respectivamente; segundo, por las concepciones que contienen. En efecto, la igualdad está formulada como condición para estructurar un sistema político, "condictio sine quan non", no como valor por alcanzar; otro

tanto puede decirse de la libertad, que rechaza la posibilidad de esclavitud, de la servidumbre y los atentados a la dignidad.

2.2.) Aproximación al concepto de libertad.

El hombre actúa decidiendo sobre opciones, alternativas o preferencias... es librevolente, le acompaña la autonomía de la voluntad, al menos esto ocurre en el plano teórico y depende de las circunstancias en que actúa. ¿Es la libertad un bien jurídico, un valor, un derecho, un principio o es todas esas cosas? La filosofía aconseja que el proceso para determinar el carácter del término libertad es más bien por una posibilidad ontológica que axiológica, dada la carga emotiva y subjetiva que hay en el plano axiológico.

Se afirma que la libertad es un bien, el máspreciado después de la vida y de la integridad física; en tal sentido, debe atenderse más a su esencia, a su sustancialidad. Uno de los mejores métodos para llegar al concepto de libertad, es por medio de las dos vías en que ésta se manifiesta: Libertad negativa y Libertad positiva. La primera es el ámbito de actuación de la persona, es el perímetro donde se desarrolla, sin que sea obstaculizado por otros; se expresaría en el sentido de que se es libre en la medida en que al actuar no tengo limitantes, soy capaz de alcanzar los fines que me he propuesto. Isaiah Berlín, lo expresa de este modo: "Yo no soy libre en la medida que otros me impiden hacer, lo que yo podría hacer si no me lo impidieran" (8)

No debe confundirse lo anterior con lo que soy incapaz de hacer o realizar, cuando no estoy limitado por otros, o bien cuando soy incapaz de realizar debido a mis propias limitaciones, soy cojo, soy pobre, etc. En cuanto a la libertad positiva hay enfoques diferentes. No responde a que soy capaz de hacer, sino cómo el poder condiciona y define lo que yo debo hacer, tiene que ver con la ética política y los movimientos de dirección nacional moralmente justos. Es una limitante del grupo social. En la libertad negativa, hay ausencia de impedimentos. (9). Ibid.

El profesor Alfonso Ruiz Miguel propone las siguientes consideraciones:

- 1.- Libertad material: Coincide con la libertad negativa, en términos de que puedo hacer o no hacer en la medida que no existen factores externos que condicionen mis decisiones.
- 2.- Libertad moral: Existe libertad moral, cuando mis acciones están definidas por el hecho de que no hay impedimentos, provenientes de normas interiorizadas cuyo incumplimiento está sancionado por fuertes sentimientos

de culpabilidad.

- 3.- Libertad jurídica: Existe libertad jurídica cuando las acciones humanas, no tienen constreñimientos o limitantes, cuyo incumplimiento es sancionado por otros individuos en forma institucionalizada.
- 4.- Libertad social: Existe libertad social para realizar una acción, cuando el individuo carece de impedimentos, provenientes de normas cuyo incumplimiento es sancionable por otros individuos en forma no institucionalizada.
- 5.- Libertad práctica: Existe libertad práctica para realizar una acción cuando el individuo carece de impedimentos o constreñimientos de carácter económico, cultural o técnico para ello (10).

2.3.) Aproximación al concepto de igualdad.

La Constitución de El Salvador consagra la igualdad en los siguientes términos: Art. 3. Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

La Constitución española se refiere a la igualdad en tres artículos claves para su correcto entendimiento: Art. 1.1. Art. 14 y Art. 9.2. y no con el mismo significado en todos ellos. Joaquín Martín Cubas, sobre este aspecto formula los siguientes cuestionamientos: “¿Es la igualdad un valor superior, de carácter autónomo como es la libertad? ¿o por el contrario es un valor subordinado a ésta? ¿La igualdad a que se refiere la Constitución es de carácter formal o material?” (11).

La igualdad formal es la igualdad ante la ley, producto de la revolución liberal burguesa, consagrada en el Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre; en el Art. 2 de la Constitución de 1793, la igualdad consiste en que todos tengan los mismos derechos; en el Art. 3 de la Constitución de 1795: la ley es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga; todos instrumentos de la revolución francesa: el sentido aristotélico de estos postulados, se hace presente en el sentido de que, para tal goce, únicamente se requieren virtud y talento.

La igualdad en sentido material hace referencia a la igualdad real o efectiva en las condiciones materiales. También en el sentido aristotélico, esto haría referencia a las dos formas de justicia, que enunció el filósofo de Estagira o sea la justicia conmutativa, que tiene que ver con el dar a cada quien lo que en

derecho le corresponde; dar a cada uno lo suyo, de acuerdo a un orden existente; luego hace referencia de que esto tiene que ver con el trato igual y el desigual. Kant afirma que lo suyo de cada quien ya lo tiene, de manera que es superfluo el razonamiento. Dice Aristóteles que "los iguales deben gozar de igualdad. La justicia sería tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Surge la pregunta ¿igualdad o desigualdad en qué? Ej. Los cargos del estado deben otorgarse desigualmente de acuerdo a la competencia indiscutible; los que difieren en un aspecto cualquiera tienen pretensiones diferentes.

Galindo Pohl dice que Aristóteles clasifica la justicia así: 1. Distributiva, proporcional o según sus capacidades y, 2. La justicia sinalagmática, correctiva o igualadora; esta a su vez, se divide en conmutativa y judicial. Conforme a la justicia distributiva, se asignan bienes según méritos y necesidades o bien, por medio de la igualdad, que mantiene la proporción entre lo que se da y lo que se recibe. Ej. Los cargos públicos. Modernamente esta especie de justicia sería la justicia social, que en una sociedad capitalista, exige que la riqueza sea repartida de conformidad a su participación en el proceso productivo; esto fue rechazado por el marxismo leninismo, que ha pregonado que a cada quien, se le dé según su necesidad.

La justicia sinalagmática otorga bienes, por características de las personas, alguna vez fue la nacionalidad ahora no aceptada; pero sí la sola dignidad de la persona: medir con el mismo rasero; predomina en el derecho privado (12).

Lo anteriormente expuesto establece una conexión entre igualdad y justicia, términos que se utilizan como sinónimos, incluyendo Aristóteles, quien ha expuesto su teoría sobre la justicia, tanto en la política como en la ética a Nicómaco. Entender la igualdad como justicia, permite ilustrar e iluminar toda la Constitución del Estado y en ese sentido, es que interpreto que lo usa la nuestra. Ciertamente que existe una justicia conmutativa (tribunales) y una distributiva (acceso a los bienes sociales), así lo ha interpretado Galindo Pohl, al comentar a Aristóteles; de tal manera que la conectividad de la igualdad con la libertad, es importante pero lo es más con la justicia y dependerá de la idea de la justicia que tenga una sociedad, para que produzca un derecho concurrente a la paz social.

"La justicia tiene un objeto primario: la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división (reparto) de las ventajas provenientes de la cooperación social" (13). **John Rawl.**

Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica, España. 1993. La tesis de Rawl, en mi opinión, está en la misma línea de la interpretación de Galindo Pohl, de la teoría aristotélica.

La argumentación anteriormente expuesta sobre libertad e igualdad cubre el propósito de este capítulo relacionado con la consideración de ambos términos como presupuestos constitucionales o sea, expresado en otra forma, entenderlos como fundamentos esenciales para la construcción formal y material de una constitución y que, de no existir, o existiendo se presenten contradictoriamente, harían de ésta una simple pieza de papel, o en la terminología de Loewenstein, un disfraz. En el desarrollo de este estudio habrá más oportunidades de profundizar sobre temática tan esencial.

3) Principios y valores constitucionales

La Constitución de El Salvador establece, en el Art. 246, que los principios, derechos y deberes establecidos por la Constitución no podrán ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. ¿Cuáles son esos principios?

La Constitución no dice cuáles son esos principios, por lo que es necesario establecer cuál es el significado del término. Los principios “constituyen el marco explicativo, doctrinal y filosófico de los valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución, vinculantes para el poder público; con ellos se designan realidades de diversa naturaleza y de muy distinto valor normativo; también pueden definirse como las ideas en que se basa la organización política del Estado y la forma de éste y del gobierno. Tienen un efecto práctico, como garantías que están presentes en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, posibilitando su eficacia y como referentes filosóficos respaldan los derechos y promueven los valores del ordenamiento jurídico” (14).

La Constitución española establece en el Art.9, No. 3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Siguiendo los criterios anteriores en la Constitución de El Salvador, podrían considerarse como principios, los siguientes: Irretroactividad de las leyes (Art.21); legalidad (Art.86); dignidad humana (Art. 10); justicia social (Art. 101);

interés público (Art. 246); seguridad jurídica, independencia judicial, publicidad de las normas, etc.

La Constitución consagra la justicia, la seguridad jurídica y el bien común como valores a los que se orienta la actividad del Estado, considerando que la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado. Este contenido axiológico no se agota en esta disposición, pues siendo la constitución salvadoreña de inspiración eudemonista utilitarista, establece, además, la libertad, la justicia social, la seguridad, el trabajo, la propiedad, etc. como objetivos por alcanzar por el Estado. (Vid. supra)

No puedo dejar de mencionar el hecho de que la teoría de los valores es sumamente controversial y que las características que se les asignan han desatado incontables polémicas sobre su verdadera esencia e interpretación; así la objetividad y la subjetividad han creado muchas discusiones. Por ejemplo, la justicia divide a los juristas, filósofos, políticos, etc. en cuanto al carácter objetivo que tenga; es decir, si puede tenerse de ésta una idea o concepción universal o si se trata de una concepción objetiva y, en consecuencia, temporal, circunstancial, personal; una de las teorías más coherentes en esta materia pertenece a Max Scheller, quien establece una escala jerárquica de los valores y que los valores inferiores estarían más ligados al cuerpo físico, tales serían el agrado-desagrado y otros, serían más sublimes en cuanto estarían más ligados al desarrollo moral y espiritual de los seres humanos, tales como la justicia, la santidad. Carl Schmitt ha sido uno de los más serios críticos de Scheller y se declara contrario a la objetividad de los valores; en consecuencia, la justicia y otros valores, según Schmitt, serían de carácter subjetivo.

José Luis Cascajo Castro, en su estudio sobre "Los Valores y la Constitución", expresa que los tribunales constitucionales siguen apelando a los valores para sustentar la validez de sus fallos, tratando de objetivar al máximo las distintas orientaciones valorativas. Interpretar la Constitución a la luz de los valores superiores, no es una tarea fácil y, aunque controversial, es preferible que éstos y la dignidad humana se conviertan en el parámetro de orientación, a efecto de evitar los subjetivismos exagerados que puedan conducir a decisionismos políticos ya sea de clase, de grupo, de religión, etc. (15).

4) La función normativa de la Constitución.

4.1.) Introducción

Ha sido costumbre en El Salvador argumentar que la Constitución es inaplicable, cuando no existen normas secundarias que regulen los principios establecidos en ella. Se produce este fenómeno especialmente en los derechos económico-sociales, o sea lo que se denomina constitución programática, que establece los principios y derechos en forma abierta, estableciendo que las leyes secundarias desarrollarán en forma específica esos contenidos; no obstante, actualmente hay una práctica generalizada de cumplir y hacer cumplir la Constitución a partir de ella misma, sin necesidad de esperar que el legislador secundario, dicte normas de desarrollo. A esto se llama eficacia normativa directa.

Ocurre también que las normas pueden existir, pero son contrarias a los principios, derechos y deberes constitucionales; en tal caso, los jueces deberán aplicar la norma constitucional, desaplicando la ley contraria; conforme a la Constitución de El Salvador, existe disposición expresa (Art. 185) que faculta esta actuación judicial.

La tradición constitucional anteriormente expresada, también ha impregnado otros sistemas jurídicos y las argumentaciones han sido similares a las que he señalado. En España, afirma García de Enterría, se le ha asignado valor normativo propio únicamente a la parte orgánica, en tanto que la parte dogmática, es decir, la parte material “contendría sólo principios programáticos, indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”. **(16) La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.** *Eduardo García de Enterría. Civitas. Madrid, España. 1994.*

Sin embargo, España como Alemania, tienen disposiciones que apuntan a que la eficacia normativa de la Constitución tenga realizaciones concretas, al declarar que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución (Art. 9.1): la derogatoria de las leyes inconstitucionales y la posibilidad del amparo en el tribunal constitucional. De igual forma en Alemania, la Constitución es vinculante, en cuanto a derechos se refiere a los ciudadanos y a los poderes del Estado. No es muy grande la diferencia de lo que ocurre en El Salvador, donde la preconstitucionalidad de las leyes puede solicitarse a la Sala de lo Constitucional, ya que la derogatoria general que hace la Constitución requiere

de un mecanismo formal (Arts. 249, 271). También puede utilizarse la vía del amparo o el recurso de inconstitucionalidad, etc). Pero no se tiene disposición expresa que vincule a los funcionarios públicos a la Constitución, aunque el juramento constitucional, Art 235, debería tener eficacia concreta y no solamente protocolaria, como se ha creído.

Según García de Enterría, ese valor normativo se fundamenta en el origen de la Constitución, es decir, en el pueblo, quien decide crear su Constitución, tal como lo dice la Constitución de Estados Unidos, España, El Salvador y en general los países en los que el poder tiene fundamento democrático, o lo que el abate Emmanuel Sieyès, reconoce como el poder constituyente que reside en el pueblo, el único que puede dar el poder y autolimitarse, respetar los derechos fundamentales y la separación de poderes. Todo de conformidad a lo dispuesto en el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa, por el cual "toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución".

Sin embargo, no existe en la Constitución salvadoreña un Artículo 9.1 como en España, que expresa la sujeción de ciudadanos y funcionarios a la Constitución, en la que se encuentra la vinculación a la Constitución, como efecto de la supremacía de ésta.

4.2.) *Supremacía constitucional.*

La tradición constitucional ha asignado al constitucionalismo norteamericano haber dado un valioso aporte al desarrollo del derecho constitucional y, en general, a las ciencias constitucionales, por el hecho de haber definido muy enfáticamente y en forma expresa en la Constitución de 1787, (Art. 6) que la Constitución es la norma superior y que las demás normas deberán estar en concordancia con sus preceptos.

La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en un legítimo poder jurídico; el gobierno de los hombres debe transformarse en el gobierno de las leyes. Pero, además, es la primera de las normas. Primero porque define el sistema de fuentes formales del derecho de un país, al exigir que todas las demás normas del ordenamiento observen sus presupuestos formales y materiales para poder ser dictadas; es norma normarum, fuente de fuentes. Siendo su intención configurar un sistema, la Constitución tiene una pretensión de permanencia; el momento perdurable y reposado de la vida del estado; la

Constitución es creación del poder constituyente del pueblo, dotada de rigidez, por lo que su reforma requiere un procedimiento agravado, tiene preeminencia sobre las otras normas, es decir, que se considera norma de superior jerarquía; si una norma pretende salirse del cauce de la Constitución exigiría una reforma constitucional o ser considerada nula, ya por los tribunales ordinarios (inaplicabilidad) por un órgano centralizado, tribunal constitucional, cuyas decisiones tienen efectos erga omnes (17).

“La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante para la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación inglesa de la que surgió” (18).

4.3.) Eficacia normativa directa.

La Constitución vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos, afirman las constituciones española y alemana. Vincula especialmente a los jueces quienes tienen la obligación de aplicarlas preferentemente a las leyes ordinarias, cuando entre una y otras hubiere contradicción. Además, se considera que no es necesario que existan normas de desarrollo de los preceptos constitucionales de carácter programático, para que los preceptos se hagan efectivos.

Hay derechos fundamentales que pueden cobrar vigencia sin necesidad de actividad legislativa; otros requieren que se den normas de aplicación o sea, mandatos al legislador por lo que se ha considerado como reglas programáticas o programas legislativos. Sin embargo, una tendencia dominante en el constitucionalismo contemporáneo obliga especialmente a los jueces a aplicar preferentemente la Constitución, cuando hubiere reglas contradictorias y, cuando no las hubiere, resolver conforme a lo que debe interpretarse del mandato del constituyente, o sea la norma constitucional (19).

BIBLIOGRAFÍA

1. Mario Solano. ¿Qué es una Constitución? Publicación CSJ. **(Ver dicho trabajo publicado por la Corte Suprema de Justicia, año 2001; en el Capítulo que lleva el mismo nombre de éste).**
2. Tales de Mileto. El Pensamiento Filosófico. Salvat Editores, S.A.
3. Platón. Ibid.
4. Wilhelm Dilthey. Historia de la Filosofía. Fdo. De Cultura Económica.
5. Ibid.
6. Ibid.
7. Ibid.
8. Realidad. Revista de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", UCA. **Sobre el tema vid. La Revista REALIDAD, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, año 1994, un estudio conjunto con Salvador Soriano. Este fallecido recientemente, jurista joven, excelente investigador, hubiera llegado a formular densos análisis; teórico y metafísico; un filósofo del derecho, que prematuramente terminó su lucha por la vida. Si estas citas en algo contribuyen a rescatar su memoria, me sentiré sumamente satisfecho.**
9. Ibid.
10. Ibid.
11. **Martín Cubas, Joaquín. El concepto de igualdad en una democracia avanzada. Revista Española de Derecho Constitucional, No.18. No. 53.**
12. Reynaldo Galindo Pohl. Obra citada. **Excelente; brillante. Lo citado corresponde a su obra: Guión Histórico de la Ciencia del Derecho. UCA Editores 1978. San Salvador.**
13. John Rawls. Obra citada.
14. Francisco Rubio Llorente. Obra citada. **¿Qué es Una Constitución? Y el prólogo de don Francisco Rubio Llorente, de la obra Constituciones de los Estados de la Unión Europea.**
15. José Luis Cascajo. Estudios de Derecho Constitucional. Universidad de Murcia, España. 1997.
16. Eduardo García de Enterría. Obra citada.
17. Ibid.
18. Ibid.
19. Luis López Guerra. Obra citada.

CAPÍTULO SEXTO

Teoría de la reforma constitucional

Sección primera

1) El poder de reforma

1.1.) La necesidad del poder jurídico

Todo cuanto se diga de Poder, Estado y Constitución, está referido a la idea que de esos términos se tiene en el momento actual; si, por relación histórica, tengo necesariamente que aludir a cómo fueron estas categorías en el pasado, lo acompañaré del calificativo correspondiente. En tal sentido, actualmente el Estado es social y democrático de derecho; no es un estado mínimo, como la doctrina liberal clásica concebía al Estado; es decir, un estado limitado en lo político y, en ese sentido, era Estado de Derecho, y un estado limitado, en lo económico, en ese sentido era estado mínimo.

Esto no ocurre, según Bobbio, en la versión actual del estado de derecho, en el sentido de que el carácter social se impone a los principios individualistas y en lo económico, porque el Estado reconoce la libertad económica en lo que no se oponga al interés social; es un estado de derecho aunque no es un estado mínimo; sin embargo, se puede concebir un estado mínimo, que no es estado de derecho, como los estados fascistas que siguieron el modelo hobbesiano: absolutistas en lo político; mínimos en lo económico (1).

La Constitución es democrática y normativa; cierto que proclama la libertad; pero también proclama el poder democrático, popular, que además, debe de ser legítimo, tanto en su origen como en su ejercicio; en consecuencia, lo que adelante se diga y lo que arriba ya se expresó ~~sin~~ calificaciones específicas, queda en lo anteriormente expuesto. Sin embargo, en esta materia no se puede

estar confiado; la antigua doctrina de la seguridad nacional puede transformarse en la seguridad internacional y en su nombre y fundada en motivaciones aparentes o reales, surgir, como parece que ya ha sucedido, como el Leviatán contemporáneo, ante el cual a sus criaturas no les queda más remedio que rendirse. Es posible que el fascismo haya resucitado. En mi opinión, el frágil equilibrio entre libertad y seguridad se ha roto y el Estado Constitucional está en peligro. En grave peligro. No sería nada nuevo, ya ocurrió en Francia a mediados del siglo XIX, en el caso de las monarquías restauradas por Napoleón Bonaparte; ocurrió durante las entreguerras, cuando los totalitarismos europeos terminaron con las democracias liberales y las dictaduras latinoamericanas, no fueron más que democracias de fachada sustentadas en constituciones de papel.

Loewenstein, en su obra "Teoría de la Constitución", clasificó las diferentes formas de gobierno del Estado del siguiente modo: (2)

	Autoritario
1) Autocracia	Totalitario
Gobierno:	
	Directa
	Asamblea
2) Democracia	Parlamentaria
	Presidencialismo
	Directorial

El estado social y democrático actual, personificado en cualesquiera de las formas de gobierno, a que se refiere Loewenstein, en su clasificación relacionada está seriamente amenazado en este momento. Es evidente que el terrorismo causa mucho daño al pleno ejercicio de los derechos fundamentales, tal como se practican en Occidente; el terrorismo es un delito en contra de la humanidad y ha sido denunciado, perseguido y castigado por las Naciones Unidas, en diversos tratados. (Infracciones y actos cometidos a bordo de aeronaves 14-9-63; represión y apoderamiento ilícito de aeronaves, 17-3-71; contra la seguridad de la aviación civil, 26-1-73; contra toma de rehenes, 17-12-78, (El Salvador, 12-2-81);). la reacción occidental y especialmente los Estados Unidos se defienden atacando (con suma severidad a los estados, organizaciones o movimientos político-religiosos islámicos) a los estados y/ o grupos que, real o aparentemente, cometen actos de terrorismo o que su política, acciones u omisiones puedan constituir una amenaza para

los intereses de los Estados Unidos o para los ciudadanos de ese país, para su territorio, para las minorías que viven en ese país, para los estados amigos, para los países que coinciden con su política, a los que no forman parte del "eje del mal" o sea que actualmente nuevas categorías jurídicas o políticas estarían por establecerse, incluyendo serias mutaciones que está sufriendo la Carta de las Naciones Unidas y las interpretaciones que los instrumentos internacionales y regionales, en materia de derechos humanos puedan tener, según los intereses que están en juego.

La conducta de occidente frente a los actos de terrorismo, estaría modificando el compromiso de los estados miembros de Naciones Unidas, de respeto a los derechos humanos. Informes recientes de Amnistía Internacional, Human Rights Watch, etc. constituyen verdaderas denuncias de constantes violaciones de países occidentales, en sus reacciones en contra de personas que, real o supuestamente, han lesionado sus intereses.

Mientras tanto, otros países continúan en la búsqueda de soluciones, en diseño de estrategias, en la implementación de mecanismos de seguridad, creando condiciones, removiendo obstáculos para garantizar los derechos fundamentales; o sea que hay dos posturas antagónicas, contradictorias y paradójicas; pero es de reconocerse el esfuerzo de que, a pesar de los acontecimientos, se continúa en la creencia de lo valioso de la tradición democrática, respetuosa de los derechos fundamentales necesarios para la convivencia interna y externa.

La conformación jurídica del poder, una forma de simplificar la complejidad de las situaciones jurídicas propias del Estado, es lo que se denomina estado de derecho; o sea que el resultado de toda la movilización política de los siglos XVII y XVIII, para lograr la libertad del hombre frente al Estado y, en consecuencia, el reconocimiento de una serie de derechos que se fundamentan en la libertad y en la dignidad humana, produjo una nueva forma de estado, una nueva idea del poder y fundamentalmente, una nueva forma de entender qué y quiénes son los seres humanos. Esto es el estado de derecho.

La Revolución Francesa, la gloriosa Revolución Inglesa, (una serie de eventos que se producen en Inglaterra, desde principios hasta el final del siglo XVII) y la independencia de los E.E.U.U., son los acontecimientos más notables para terminar con el sistema absolutista y las monarquías gobernantes; el nuevo status que surge en Europa y en Estados Unidos de Norte América, corresponde a un estado protector de la libertad y de los derechos individuales; la separación

de poderes es un componente esencial en estas transformaciones, fijándose límites a los detentadores, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo, se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder, en forma de un sistema de reglas fijas incorporadas a uno de los instrumentos más valiosos del constitucionalismo moderno y contemporáneo: La Constitución, destinada a limitar el ejercicio del poder político. La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder” (3).

“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.

1.2.) Estática y dinámica constitucional.

Toda constitución pretende fijar y establecer un orden entre gobernantes y gobernados y esa pretensión es de carácter permanente, o sea que, no obstante la naturaleza cambiante de la vida social y política, se quiere que el marco jurídico de regulación sea lo más permanente posible.

“Desde un punto de vista puramente teórico - y con ello entramos en el tema propiamente dicho- una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político según el cual, todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras. No obstante, que la constitución tiene un ideal de permanencia y de estabilidad, su carácter de norma superior y fuente de validez de todo el ordenamiento jurídico, producto del poder constituyente del pueblo, no puede condicionar en términos absolutos y autoritarios al poder constituyente de mañana, ni a la sociedad, ni a los ciudadanos de mañana, (4) argumento consagrado ya en la Constitución francesa de 1793, en el sentido de que un “pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las futuras generaciones”.

1.3.) **Reforma constitucional. ¿Por qué?**

“Volviendo ahora a la temática de la reforma constitucional, propia de las constituciones escritas, lo primero que habría que preguntar es bajo qué circunstancias es necesaria o es motivada dicha reforma. En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna manera a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.

Y es que la reforma constitucional es un proceso de cambios ordenados, pactados y, además, legítimos de la norma constitucional y con el propósito de defensa de la constitución. La modificabilidad de la constitución implica, en sí misma, la garantía de su permanencia y estabilidad, en la medida que es un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, y agrego, un mecanismo de defensa de la misma. (5) Pedro de Vega. La Reforma Constitucional.

2) **Lagunas constitucionales.**

“Una reforma constitucional, que aquí surge en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas, con el fin de evitar que quede intorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas (6). Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional; pero, por determinadas razones, omitió hacerlo”. Un ejemplo de esto es el caso del Art. 248 que solamente ha regulado el procedimiento de reforma parcial, pero no ha previsto sobre reforma total (revisión constitucional) que incluya reformas a normas intangibles y, al no hacerlo, hace suponer que la omisión obligaría en su caso a convocar al poder constituyente. ¿Sería este el procedimiento? Más adelante abordaré esta interesante idea. “Por otro lado, una laguna constitucional oculta se produce cuando, en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”.

En este campo, se puede mencionar el hecho de que la Constitución no ha establecido, aparte de la aprobación o desaprobación los efectos del informe

deficiente de los ministros del gobierno, conforme a los Arts. 131/18 y 168/6. Existe esa laguna y, en efecto, aparte de las desaprobaciones o reproches partidarios que ocurren en la asamblea después de las lecturas, no hay nada trascendental con esos informes; lo mismo ocurre cuando el presidente de la república omite dar el informe detallado que le exige la Constitución, en el caso de que haga uso de la fuerza armada para que realice labores de seguridad pública. Estas lagunas deben cubrirse mediante reforma.

3) Aspectos relevantes de la reforma constitucional

Cuando nos referimos a la reforma constitucional, queremos destacar fundamentalmente dos aspectos: 1. La necesidad de reformar, y 2. La técnica que debe emplearse. Desde luego no significa que el estudio únicamente se limite a esos aspectos, sino que éstos son los que más interesan en este análisis de carácter jurídico político.

3.1.) La necesidad de reforma:

Pedro de Vega, en su libro *La Reforma Constitucional*, plantea la reforma que se produce por tres razones fundamentales:

- a) Como instrumento de adecuación de la realidad política y la realidad jurídica. b) Como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. c) Como institución básica de garantía (7).**

b) Como instrumento de adecuación de la realidad política:

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan, en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables (8).

“No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencia de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por otra parte, la revisión constitucional conforma un eficaz mecanismo de defensa de la misma Constitución (9).

b) Como mecanismo de articulación:

“Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento” (10). Dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución (11). Reformar la constitución no significa destruirla, sino simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente” (12).

c) Como institución básica de garantía.

“Por último, habría que indicar que, si frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la constitución, que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en *lex superior*” (13).

3.2.) La técnica de la reforma

“En primer lugar, y desde un punto de vista jurídico, la técnica de la reforma es la que invierte el criterio clásico de interpretación de las normas. Las fórmulas contenidas en los aforismos: *Lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, se verán sustituidas por esta otra: *Lex superior derogat legi inferiori*. Lo que significa que las únicas leyes válidas contrarias a la Constitución, y posteriores a ella, serán las que, por atenerse a los procedimientos de reforma, se presenten como revisiones constitucionales (14). Y lo que significa, además, que la gran institución de garantía del constitucionalismo moderno (los tribunales constitucionales) sólo tiene sentido sobre la premisa de la rigidez. En un sistema constitucional flexible, un tribunal constitucional representaría un cómico esperpento.”

“En segundo lugar, y desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) se transformen en efectivos poderes constituyentes; de tal suerte que, en lugar de estar las asambleas sometidas a la constitución, sería la Constitución la que se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etiológico original, reside, como dice Sartori, la esencia de la democracia moderna (15).

Se parte del principio de que la constitución es un marco normativo del poder y que el pueblo titular de éste, tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su constitución. Este poder es el poder constituyente, que reside en el pueblo. ¿De qué clase de poder estamos hablando? Se habla de un poder absoluto y total, no tiene su origen en la constitución y, en consecuencia, no se justifica en ella; al contrario, él origina la constitución.”

4) La participación popular

¿Cómo el pueblo se hace presente para el ejercicio del poder? Sobre este delicado asunto se conocen dos tesis: Primera: Los colonos puritanos de Norteamérica, (obviamente seguían los patrones ideológicos de sus pares en Inglaterra, que en su momento fueron artífices de uno de los movimientos más decisivos para el constitucionalismo de su época y que llega hasta nuestros días,) aplicaron los criterios de los pactos religiosos, a los pactos políticos que precedieron a la Constitución de los EEUU, considerando que el poder soberano no puede ser representado; exigían cuando menos que los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo. Segunda: es una idea del constitucionalismo francés por la cual, la soberanía no reside en el pueblo, sino en la nación y siendo ésta un ente abstracto, no puede actuar por sí misma y debe actuar por medio de sus representantes y, en tal caso, es necesario convocar a una asamblea constituyente. No obstante, debe recordarse que Rousseau pensaba en la soberanía popular, por la cual cada uno de los ciudadanos lleva una fracción de la soberanía del pueblo.

De una forma o de otra, el poder constituyente es el creador de la norma constitucional y, al crearse ésta, se convierte en la norma superior, o sea que está por encima de las otras normas y, por lo tanto, su reforma requiere un

procedimiento agravado. Pero debe ser una participación de todos los que intervienen en el proceso de conformación del poder: ejecutivo, legislativo, pueblo, de acuerdo a la fórmula de que la soberanía reside en aquél que puede reformar la constitución. En nuestro país, ese poder reside en la Asamblea Legislativa; sin embargo, una reforma sobre este punto debe posibilitar la participación de más sectores, para que la democracia sea auténtica.

En El Salvador, como en Suiza, (aunque en El Salvador una tendencia xenófoba que critica el sistema jurídico garantista que sustituyó al sistema autoritario, sostiene que el garantismo no es aplicable a los salvadoreños y que esas leyes son para suizos) las reformas constitucionales son frecuentes. El Salvador ha ensayado con relativo éxito, ir adaptando su Constitución a las nuevas vivencias políticas que se producen a partir de los Acuerdos de Paz. No así la reforma total o revisión, que no fue considerada por el constituyente de 1983, situación que debe estudiarse con el mayor interés.

Esta práctica dará más estabilidad a la Constitución y será su mejor mecanismo de defensa; sin este mecanismo, probablemente se habrían dado otras constituciones recurriendo a la argucia del golpe de estado. Formulada la Constitución, el poder constituyente desaparece cediendo el lugar a la propia norma creada y todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, inclusive el poder de reforma que se introduce en las constituciones.

En el sistema salvadoreño, es un poder de reforma limitado en los términos del Art. 248. Se trata de reformas puntuales y, en ningún caso, pueden hacerse, en relación a la forma y al sistema de gobierno; la forma de gobierno salvadoreño es la republicana, o sea la forma que reconoce la existencia de tres poderes u órganos distintos, para actuar también en tres direcciones distintas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. El sistema de gobierno se refiere a su estructura política, es decir, su carácter democrático, pluralista y representativo. Llevada a sus extremos, la interpretación del Art. 248 Cn. traería como consecuencia que las reformas relacionadas con el poder no son factibles y, en cuanto a enmiendas relacionadas con la parte dogmática, también no sería factible, ya que por normas de Derecho Internacional, en las que rige el principio *pacta sunt servanda* y el *jus cogens* y especialmente en materia de derechos fundamentales, los estados tienen en sus derechos internos, normas mínimas que no pueden alterar las normas que, sobre la materia, aplica el derecho internacional. A menos que invocándose la no ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, El Salvador decidiera violentar los principios de las normas

mínimas, tal como parece sugerirse, a veces, en materia penal, para no aplicar los tratados en determinados aspectos.

Por ello es preocupante la posición reiterada del poder público de intentar la creación o reforma de leyes, con claros visos de inconstitucionalidad con un doble propósito de esperar que ningún ciudadano promueva el recurso de inconstitucionalidad; o que, promovido, manejar la cosa dentro de los equilibrios políticos y esperar que la Sala de lo Constitucional asuma una conducta "consecuente" y no objete las leyes que han llegado a su conocimiento.

Además debe considerarse, en razón del proceso de democratización y de paz en El Salvador, que este método de reforma ya cumplió parte de los fines para los cuales ha sido creado y las reformas que esta Constitución requiere exigen convocar de nuevo al poder constituyente que impulse la reforma integral de la misma; tal convocatoria procede conforme los poderes implícitos que la Asamblea tiene. Reconozco, en este punto, que existe lo que se denomina laguna constitucional en el sentido de que, tanto la reforma total como la reforma de las normas intangibles, no están reguladas expresamente. Por lo que debe recurrirse a las soluciones del Derecho Constitucional comparado y a la doctrina general del poder constituyente que nos indica que, únicamente el pueblo soberano puede cambiar su constitución. Jellinek nos recuerda que las "leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos" (16).

Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras constituciones escritas. "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir (necesariamente) acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación" (17).

De manera que las mutaciones que alteran el espíritu y características básicas de una Constitución, no pueden ser admitidas. En nuestro país, los regímenes económico y laboral y el servicio civil, han sufrido verdaderas mutaciones contrarias a la Constitución, sin que se haya tenido la capacidad cognoscitiva y fuerza política para denunciarlas con algún éxito.

Volviendo al tema de la reforma constitucional, ¿hasta dónde se puede extender esta reforma? "La teoría atribuye al Estado soberano un poder de

decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándola al Derecho. La constitución de un estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la constitución. En efecto, no hay ningún poder por encima del Estado que pueda impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un derecho nuevo" (18).

"Mutaciones constitucionales son cambios no formales, que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, etc." (19).

Este mecanismo, afirma Conrad Hesse, debilita tanto en su conjunto como particularmente en el sentido normativo de la constitución especialmente porque destruye la función estabilizadora, racionalizadora y limitadora del poder que asume la constitución rígida.

II.) Reforma total de la constitución:

1) Aspectos generales.

Este importante asunto merece mucha atención. ¿No sería posible hacer una consulta nacional, es decir, convocar al pueblo para que, mediante un referéndum, se manifieste y opine si acepta que su constitución sea reformada o cambiada y se proceda a elegir una asamblea constituyente, si la constitución tiene que reformarse totalmente?

¿Es posible superar la presión de los Acuerdos de Paz e impulsar una reforma a partir de nuestra inteligencia? Desde luego, una decisión como ésta debe rodearse de más garantías que las contempladas ahora; en consecuencia, la figura del "referéndum" (consulta) tendría que ser incluida y su análisis formaría parte de la temática por discutirse en un foro nacional que debe ser convocado. La paz debe preservarse; sin embargo, la sociedad está sometida a una serie de presiones y cambios, algunos de ellos pueden impactarla negativamente, por lo que el pluralismo y la participación deben convertirse en una realidad en el cambio constitucional, que necesariamente tendría que darse.

El referéndum previsto como agregado al Art. 248, en todo caso dirá si

hay reforma total. Si se aprueba, la democracia se habría realizado; si no se aprueba, también. La teoría del referéndum merecerá mucha discusión. Se trata de no tener procedimientos excesivamente fáciles o difíciles; sin embargo, cualquiera que sea el procedimiento es necesario que la constitución expresamente defina este punto.

“¿ Es razonable y práctica la distinción hecha por algunas constituciones entre revisión total-conformación absolutamente nueva de la constitución-y revisión parcial-renovación de ciertas disposiciones? En la legislación comparada, es ejemplar el caso de Suiza, que contiene la revisión total, una acción que comprensiblemente encierra siempre gran importancia, está rodeada de todas las cautelas imaginables (Artículos 118, 119 y 123). La iniciativa puede partir del Consejo Federal, de una de ambas cámaras del parlamento o de los cantones (Artículo 93, párrafo 2). Si ambas cámaras están de acuerdo, el proyecto elaborado por ellas es sometido a una votación popular, como en el caso de revisión parcial, exigiéndose la aprobación por las mayorías de los electorados de los cantones (Artículos 118 y 123). Pero si una de las dos cámaras de la asamblea federal expresa su oposición, o el procedimiento fue puesto en marcha por la iniciativa de, por lo menos, 50,000 ciudadanos, el proceso se complica considerablemente.

Por lo pronto, tendrá que ser aprobada por votación popular la cuestión preliminar de si una revisión total es verdaderamente deseable. Es de señalar que, en esta fase, no intervienen los cantones. Si se aprueba la propuesta de reforma, ambas cámaras serán disueltas y la nueva asamblea federal toma entonces en sus manos la tarea de elaborar una nueva constitución. El producto final tendrá que ser sometido, a su vez, a una votación popular (Artículo 123). La Constitución actual de la Confederación Suiza es ella misma el producto de una revisión total de la Constitución de 1848. Desde entonces han sido presentadas tan sólo dos propuestas de revisión total; la primera en el año 1880, a causa de una cuestión que en realidad concernía a una revisión parcial; pero que, por razones técnicas tuvo que ser revestida de revisión total. La segunda propuesta fue hecha en el año 1935 por los nacionalsocialistas en la Federación, con ayuda de los cantones reaccionarios católicos. En ambos casos, la revisión total fue rechazada en votación popular por una abrumadora mayoría”.

2) Naturaleza del Art. 248.

Este artículo consagra el poder de reforma, que se ejerce por medio de dos asambleas legislativas; es un poder constituido, derivado del poder

constituyente originario que reside en el pueblo. Téngase presente que el poder reformador debe respetar el marco (supremacía) de la Constitución, los principios, valores y derechos constitucionales y no intentar la reforma de las cláusulas intangibles (disposiciones intocables), o sea que es un poder soberano, delegado, pero que se ejerce en un marco de legalidad y legitimidad: Es la soberanía de la Ley y del Derecho.

En esta fórmula encontramos un principio de solución de un problema de soberanía, ya que siendo el pueblo soberano puede modificar en cualquier momento su Constitución; sin embargo, el pueblo concede el poder de reforma a sus representantes y se crea la figura de la soberanía constitucional, o sea el establecimiento de una norma, que pueda modificar la misma constitución pero siguiendo un orden preestablecido, o sea, garantizar al pueblo la supremacía de su Constitución inclusive, contra el mismo, contra la irresistible tendencia de la naturaleza humana de cambiar en busca de la quimera de lo mejor.

La afirmación anterior ha dado lugar a mucho ejercicio de doctrina constitucional contradictoria, en el sentido de que la democracia ha resultado muy disminuida, al entregarse el poder constituyente del pueblo, a las minorías parlamentarias o a los partidos políticos.

¿Es lo anterior una afirmación absoluta? Esto depende de la sociedad política de que estemos hablando, pues no es lo mismo el poder de reforma en un estado democrático que en un antidemocrático, o como diría Loewenstein, un estado de constitución normativa, que un estado de constitución semántica, donde la norma sólo es un disfraz o una máscara que protege a un sistema antidemocrático.

En nuestra Constitución, el poder de reforma está previsto en el Art. 248 y se ha ejercido en 1991-1992, 1994-1999,2000; pero no es un poder absoluto, tiene limitantes.

3) Limitantes de la reforma.

El poder constituido (Art. 248) no es un poder soberano, no es poder constituyente; éste corresponde al pueblo, quien lo ejerce cuando lo ejerce, de un modo ilimitado e impredecible; es un modo de ser político, no jurídico y por más que los Arts. 83 y 87 pretendan ponerle un marco de contención, éste podría ser arrasado, sin que nada ni nadie pueda detenerlo, excepto el pueblo

mismo; por tal motivo, la doctrina francesa ha sostenido que el pueblo tiene el derecho inalienable de cambiar la Constitución; el constitucionalismo moderno privilegia el poder de reforma, que lo ejercen los representantes, pero tienen límites en su ejercicio; algunos de éstos se encuentran en la Constitución misma, son los límites autónomos, tal es el caso de los comprendidos en el mismo Art. 248, los del 246, el Art. 83; son límites heterónomos el derecho natural, los tratados internacionales, las declaraciones de derechos, etc.; de tal manera que el poder de reforma está por debajo de la Constitución, es decir, se mantienen la supremacía constitucional y las operaciones de reforma (decreto de aprobación y ratificación); son operaciones jurídicas sometidas al marco de la Constitución. Los límites autónomos, a veces, son explícitos (Art. 248); otras son implícitos (derechos irrenunciables, fines del estado).

4) Derecho comparado.

4.1.) Evaluación necesaria:

En la parte final de mi exposición sobre reformas urgentes que deben hacerse a la Constitución, ya sea mediante el mecanismo del Art. 248 (reformas puntuales) y las que se refieren a las normas intangibles del mismo artículo que, tal como he expresado, presentan una laguna constitucional que debe ser resuelta conforme la doctrina constitucional. Sin embargo, antes -y de eso se trata este capítulo- haré un breve análisis de derecho comparado, para observar cómo diferentes constituciones tratan temas que les colocan en planos superiores -al nuestro- en el desarrollo de sus sistemas constitucionales y en consecuencia de sus sistemas políticos, económicos, sociales, culturales, etc.

Una constitución debe comenzar, definiendo al Estado, en el cual se va a aplicar el carácter político de éste, su origen y su compromiso; se trata de formular una concepción política establecida al inicio del texto, que condensa el propósito e intención del poder constituyente. La Constitución de El Salvador carece de esa apertura y el Art. 1, no hace referencia ni siquiera al término "Estado" y menos a sus características, aunque dice que la persona humana constituye el origen y el fin de la actividad del Estado. Siendo el nuestro un proceso reciente, obliga a esperar que se cumpla tal propósito.

4.2.) Naturaleza política de diversos estados.

El constitucionalismo europeo y en parte el iberoamericano, definen el modo de ser de la unidad política y crear los mecanismos para la remoción de

obstáculos, que impidan el cumplimiento de los derechos fundamentales, que en definitiva es lo que se proponen los estados.

ESPAÑA: Se define como un Estado Social y Democrático de Derecho.

ALEMANIA: "La República Federal de Alemania es un Estado Federal Democrático y Social."

AUSTRIA: República Democrática.

FINLANDIA: República Soberana que promueve la dignidad, la libertad y la justicia social.

FRANCIA: República Democrática y Social, que incorpora la Declaración de los Derechos del hombre de la Revolución 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946.

GRECIA: República Parlamentaria que proclama el respeto y protección del valor de la persona humana y que ésta es obligación primordial del Estado.

IRLANDA: Proclama que el Estado es Soberano-Independiente y Democrático.

ITALIA: República Democrática fundada en el trabajo.

PORTUGAL: Estado de Derecho Democrático.

SUECIA: Todo poder público emana del pueblo. El bienestar personal económico y cultural constituye objetivo fundamental del Poder.

Hago referencia especial a la Constitución de la república bolivariana de Venezuela (1999), cuyo Título I, hace del elemento introductorio definidor un excesivo y ambicioso proyecto político, que la historia ha demostrado que excede a las posibilidades del Estado, enmarcándose en lo que Jellineck, en su Teoría del Estado, llama Teoría de los Fines Expansivos del Estado, y en ésta, aquéllas que se proponen dar a los ciudadanos la máxima felicidad; tal es el caso de las constituciones griegas y en la época moderna, las que se sustentan en la filosofía utilitarista.

La doctrina de la Constitución bolivariana despertó muchas ilusiones y ansiedades que, entre otros factores, han contribuido a incentivar el conflicto entre sociedad y estado, al no poder cumplir con los que el documento constitucional ofrece. Las constituciones europeas quizá sean un poco más

prudentes y no crean ese tipo de compromisos, prefiriendo establecer mecanismos más jurídicos e institucionales que políticos.

4.3.) Promoción de condiciones y remoción de obstáculos.

Me parece que, en una posible reforma constitucional, no debe recurrirse al ejemplo venezolano, sino más bien adoptar una doctrina de fines limitados, tal como lo expone Jellineck, y que parece ser la visión del constitucionalismo europeo, en el que los estados se comprometen a justificar la existencia de los derechos fundamentales, como parte del patrimonio moral y jurídico de los seres humanos por el hecho de ser tales, a crear las condiciones para su cumplimiento y a remover los obstáculos que impiden su real vigencia. Una concepción de éstas es preferible a las ofertas mesiánicas, que pueden aparecer en las normas programáticas que las constituciones contienen (Arts. 9 y 40 Cn. España.)

Estas consideraciones sobre la forma en que los derechos fundamentales como deberes del Estado y aquellas normas de garantía para satisfacer necesidades sociales, son un punto capital en este momento y que encuentra dividida la opinión de los constitucionalistas pues, para algunos, los derechos fundamentales comprenden tanto los de la primera como los de la segunda y los de la tercera generaciones. En cambio, otros, como Rubio Llorente, reservan la denominación de fundamentales únicamente para los derechos de "libertad" y en los que las obligaciones estatales están muy definidas e inclusive con la posibilidad de ser discutidos en la jurisdicción constitucional.

4.4.) El proceso de integración.

La Constitución únicamente señala como un ideal el proceso de integración; sin embargo, no forma parte de la estructura constitucional que obligue a los gobiernos a impulsar los procesos de integración centroamericana, aunque existan débiles intentos orientados a ese fin.

Las constituciones europeas, por el contrario, "abren la posibilidad de una convergencia de los estados hacia una estructura política superior cuya existencia actual es ya vigorosa, pero cuyo formato final, aún indeterminado, hace imposible la definición". La tendencia hacia la ampliación del poder comunitario, con la consiguiente limitación del poder estatal, no es coyuntural ni fruto del apetito de poder de los "burócratas" de Bruselas, sino absolutamente estructural". (Art. 9 Cn. Austria; Art. 24 Cn. alemana y Art. 34 Bélgica).

Centroamérica no gira todavía a una estrategia de integración; por lo tanto las constituciones de estos países conservarán la visión de estados aislados; en cambio, el comercio internacional requiere posibilidades más abiertas, incluyendo renuncias a derechos de soberanías, punto en el que las aldeas centroamericanas tienen mucho que aprender. Si la Constitución salvadoreña no opera un cambio en su actitud frente al derecho internacional, muchos convenios no aplicarán para El Salvador. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Convenio sobre imprescriptibilidad de las acciones en los crímenes de guerra.

La constitución vinculante. Los ordenamientos políticos contemporáneos establecen que los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes del Estado. (Alemania, Art. 1; Austria, Art. 20; Bélgica, Art. 11; España, Arts. 10 y 53) El derecho constitucional comparado abre muchas oportunidades para conocer las diversas instituciones que el constitucionalismo contemporáneo considera e incorpora, con el propósito de hacer de las constituciones instrumentos pragmáticos y útiles. De la enorme bibliografía que se ofrece en ese campo, menciono las constituciones de América Latina (Centro de Estudios Constitucionales Madrid, bajo la responsabilidad de Luis Aguiar de Luque y las Constituciones de los países de la Unión Europea, con un prólogo de don Francisco Rubio Llorente.)

5) Reforma integral:

Por reforma integral debe entenderse el cambio total de Constitución, o sea la renuncia a un documento normativo y cambiarlo por uno que refleje, no sólo cambios formales y estructurales, sino un nuevo modo político de ser; es como recrear el apareamiento de nuestro Estado a la vida política y jurídica, lo que ocurrió en el caso nuestro a partir de la independencia de la corona española en 1821.

Dada la naturaleza colonial de nuestro origen como Estado, El Salvador no surge de la nada política y jurídica, sino que al menos había un principio de organización con esas características. Aunque sí la declaración de independencia debe verse como un acto prejurídico, es un acto de naturaleza política que, aunque sea tímidamente, señala una necesidad de regirse por normas propias y se aparta definitivamente de la corona española.

6) Poder constituyente y poder constituido.

El mecanismo del Art. 248 ha permitido las reformas constitucionales que se han producido desde 1991 hasta el presente y de las cuales las más importantes han sido las de ese año, en materias tan importantes como sistema electoral, Derechos Humanos, Sistema Judicial, Fuerza Armada, Policía Nacional Civil, etc.

Este mecanismo no permite cambios constitucionales en la estructura orgánica del Estado, es decir, que el Art. 248 establece normas intangibles o cláusulas pétreas y, tal como he afirmado, existe además una laguna constitucional, en el sentido de que la Constitución no prevé la forma de ser revisada en su conformación orgánica. ¿Significa lo anterior que jamás podrá ser reformada en esos puntos? ¿Se tendrá que recurrir al espurio golpe de estado?

Tal problemática tiene que ser resuelta a la luz de la doctrina de los poderes implícitos del Congreso y de la titularidad del poder constituyente.

El problema de esta "laguna", en mi opinión, se resuelve así: 1) Siendo que la Asamblea no puede promover reformas de cláusulas intangibles y no existiendo reglas para hacerlo, se deberá acordar por la primera Asamblea, convocar al pueblo soberano, titular del poder constituyente, para que éste -el pueblo- decida si acepta que se reforme la Constitución en cláusulas intangibles; de manera que la Asamblea acordaría dos cosas: a) reformas a cláusulas intangibles y trasladarlas a la siguiente Asamblea. b) Solicitar la convocatoria al pueblo salvadoreño.

2) La siguiente Asamblea, con los dos tercios de los votos de los diputados electos, no procedería a ratificar las reformas acordadas, sino que ratificaría la convocatoria al pueblo soberano, proponiéndole las modificaciones constitucionales acordadas por la primera Asamblea.

De nuevo el poder constituyente está a la disposición del pueblo, convocado por la Asamblea, la cual no tiene poder delegado para modificar la Constitución en esas cláusulas. Aprobadas por el pueblo tales reformas, la Asamblea preparará el decreto correspondiente y deberá someterlo a nuevo referéndum.

Es indiscutible que este procedimiento no está previsto en la Constitución, pero es lo que resulta después de un proceso de interpretación y

consulta al derecho comparado y de lo que, al respecto, enseña la teoría del poder constituyente. No me extrañaría que mi tesis no tenga aceptación total; pero, teniendo una laguna constitucional, debemos proponer un procedimiento doctrinario y constitucionalmente aceptable; si existiere otro -que no conozco- ojalá que quien lo conozca lo haga saber. Lo importante es no cometer el acto suicida de creer que la Constitución es irreformable en términos absolutos, o bien, recurrir al desgastado truco del golpe de estado.

7) Reformas constitucionales impostergables.

7.1.) ¿Qué clase de Estado es El Salvador?

El Art. 1 debe modificarse para definir políticamente al Estado, para determinar el carácter y fines de nuestra unidad política y conocer cuál es el compromiso de los representantes del pueblo que gobiernan en nombre de éste.

Las constituciones europeas, según he expresado, se definen como estados sociales, democráticos y de derecho. Veamos en qué consiste esto.

En nuestra Constitución, se define al Gobierno, al cual se le atribuyen las características que corresponden al Estado y no es conveniente identificarlos, aunque temporalmente, éste es la personificación de aquél; pero no se agota el Estado en el gobierno. En efecto, la calidad, el carácter social, democrático y de derecho corresponden al Estado. Que el gobierno lo sea es una resultante de que lo sea el Estado, que resulta de la decisión de la voluntad soberana del pueblo, de su voluntad constituyente.

7.2.) Cambio del nombre.

Debe sustituirse la noción de derechos individuales por la de derechos fundamentales, para superar un hecho histórico, importante en su momento, pero que ahora no se reconocen como derechos del individuo en contraposición de lo social; son derechos que se reconocen al hombre por su propia naturaleza y dignidad, no como el constitucionalismo clásico los fundamentó: "los sentimientos que la naturaleza ha grabado en el corazón de cada individuo".

Sobre este aspecto, ha habido mucho aporte doctrinario que ha insistido en la evolución de los conceptos. Por mi parte, he tratado el tema en otros trabajos y que, por la naturaleza y brevedad de una conferencia, me veo obligado

a dejarlo hasta acá. La abundancia de argumentos para superar el individualismo y radicar los derechos en nuevas concepciones, obligaría a impulsar esta reforma. En esta materia, hay que incorporar los derechos sociales (2ª. generación) y los derechos de solidaridad (3ª. generación) tales como los derechos de género, participación, pluralismo, medio ambiente, debiendo crearse el compromiso del poder público para su protección; asimismo, la no negación de otros derechos derivados de los tratados internacionales, los cuales deberán tener rango constitucional y ser autoaplicativos, etc. De tal manera que en la concepción Derechos Fundamentales se incluirían estos tres grupos de derechos, dejando la posibilidad de incluir otros, de acuerdo al desarrollo democrático y constitucional.

7.3.) El territorio.

Para un país como el nuestro, su territorio, además de patrimonio físico, es espacio vital. Millones de seres humanos viven, se alimentan de él, lo explotan y lo depredan. El mar, los recursos naturales, la biodiversidad, los recursos hídricos, su extensión física, etc., constituyen espacios para vivir, pero también recursos para el trabajo y para la supervivencia. La nueva Constitución deberá definir, delimitar, precisar con claridad su territorio para que sea parámetro de control de la soberanía, en cuanto es ámbito espacial de validez del orden jurídico. Pocos países como el nuestro están llamados a cuidar su territorio y, más que protegerse de los agresores externos, debe protegerse de los agresores internos.

7.4.) Los principios constitucionales.

Una constitución debe tener un marco filosófico que permita que los derechos que reconoce y su estructura orgánica, tengan un referente para definir sus alcances, propósitos y limitantes. El Art. 246 Cn. solamente menciona "los principios", pero no devela su significado y cuáles son.

La Constitución española dice: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad (Art. 9, 3º.); la Constitución bolivariana reconoce el acceso a la jurisdicción, la nulidad de los actos arbitrarios, imprescriptibilidad de las acciones y otros.

7.5.) Derechos fundamentales y tratados.

En las constituciones modernas, existe todo un compromiso para la protección de los derechos fundamentales y las garantías de protección; además de las propias del derecho interno, se tienen las que el derecho internacional ofrece y exige. Los instrumentos universales y regionales pretenden, cuando menos, alcanzar rango constitucional, la creación de instancias internacionales, la persecución internacional de ciertos delitos, etc.

7.6.) El referéndum popular.

La democracia requiere participación y pluralismo; pero en El Salvador, el pueblo sólo es convocado para elegir a sus representantes (¿sus amos?); la elección debe ser el acto de soberanía y de participación, por excelencia. La reforma constitucional, sin embargo, debe orientarse a crear democracia participativa, que se manifiesta en referendums consultivos, la revocación de los mandatos, cabildos abiertos, las consultas comunitarias, los referendums constitucionales, etc. De esto no tenemos nada; el pueblo no participa.

7.7.) Protección de grupos vulnerables.

No se atenta contra el principio de igualdad, si una constitución crea condiciones especiales para proteger a determinados grupos que requieren tratamientos diferenciados, tal es el caso de la mujer, el niño, el joven, el anciano, los discapacitados, etc.

En materia de protección a la niñez y a la juventud, se establecen controles específicos en la televisión; por ejemplo, en España, la televisión está sujeta a supervisión estatal y en Suecia, una ley especial regula el campo de la información. Nuestra juventud y nuestra niñez son víctimas del abuso de un mercantilismo descarado que ofrece por medio de la televisión: "humorismo", espectáculos, novelas, anuncios y en general programas de baja calidad, que están generando propensión al crimen, a la violencia, a la pereza y al degeneramiento de las costumbres.

La materia de salud, educación, trabajo y seguridad social, deberían ser prioridades del gobierno y que en nuestro país se han descuidado, por creer que esto se opone al modelo económico que se fundamenta única y exacerbadamente en las leyes del mercado. Aun la interpretación mercantilista

que se ha dado al modelo neoliberal, posibilitaría gestos más humanos que el estado salvadoreño no genera, a causa de un desmedido sometimiento al decisionismo de los organismos financieros internacionales.

7.8.) *El nuevo rol del Estado.*

El paternalismo y el populismo son variantes de los modelos autoritarios: han hecho promesas que no se cumplen, han creado falsas expectativas o vanas ilusiones. El estado contemporáneo debe promover la iniciativa privada universal, no selectiva o clasista, que en sus expresiones más aberrantes se manifiesta en los monopolios o en oligopolios.

Debe el Estado orientar la economía a la producción de bienes y servicios útiles a la mayoría, una justa distribución de la riqueza, (política estatal que promueva relaciones de trabajo dignas; salarios justos, prestaciones sociales mínimas, seguridad social, reforma fiscal, etc.); no ignoro las actitudes opuestas que se dan en nuestro medio sobre este tema, pero toca al poder público formular también un desarrollo concertado, reduciendo las ambigüedades y proponiendo un marco jurídico en función de la paz.

Se debe redefinir la función social de la propiedad, a la luz del derecho ambiental, de la biodiversidad, de proteger los ecosistemas, etc., o revisar el concepto de concesiones, la protección de los derechos del consumidor, mediante un riguroso control de calidad, de revisión de los servicios y precios controlados por las operadoras transnacionales y hacer del concepto de las superintendencias, una realidad auténtica del examen de los servicios públicos, sin caer en el entorpecimiento y acciones de autoritarismo.

7.9.) *Limitación de derechos fundamentales.*

La doctrina es unánime en cuanto a considerar que los derechos fundamentales no son absolutos, que no pueden ni deben serlo, pues se correría el grave riesgo de convertirlos en instrumentos de poder de ciertas personas o grupos; atentarían contra el principio de igualdad, haciendo inmanejable e ilusorio el estado de derecho, dada la tendencia natural e innata de que los detentadores del poder tienden a abusar de él.

La forma normal de limitar los derechos fundamentales es por medio de la ley, es decir, que el ejercicio de estos derechos puede ser regulado, determinando su extensión, alcances y límites, por medio de una ley formal, o

sea que es zona de reserva. Este es un punto importante. No hay actos discrecionales o actos administrativos, que puedan limitar derechos fundamentales, pero sí podrán hacer regulaciones específicas con fundamento legal; pero, en todo caso, sin que los derechos pierdan su contenido esencial.

Extraordinariamente los derechos fundamentales, además, pueden ser restringidos en su ejercicio, en cuanto a que el Estado suspende la garantía de algunos de estos derechos. No es que los derechos desaparezcan, sino que el Estado no está en condiciones de garantizar su plena vigencia y con el propósito de superar un estado de alarma, o por la necesidad de dar protección a otros derechos fundamentales de igual jerarquía y que la situación irregular del Estado hace peligrar, o bien por la declaratoria del Estado de Sitio, que se decreta para superar un estatus político.

El Art. 29 Cn. establece el Régimen de Excepción, por el cual se permite la suspensión de las garantías de los Arts. 5 (tránsito) 6 inciso primero (expresión), 7 inciso primero, asociación y 24 (correspondencia); esto en los términos a que se refiere el Art. 131, N°. 27. El mismo Art. 29 prevé la posibilidad de suspender las garantías contenidas en los Arts. 12 inc. 2°. (de informar sobre los motivos de la detención) y 13, inc. 2°. (detención administrativa), en este caso con los votos favorables de 3/4 partes de los diputados electos.

Nuestra Constitución confunde el estado de excepción, con el estado de sitio y el estado de alarma. Tampoco tenemos una ley especial que regule el fenómeno. La reforma constitucional debe orientarse a especificar estas tres situaciones, todo con el propósito de proteger los derechos fundamentales.

8) Estado de excepción.

La Constitución española tiene un régimen de suspensión de derechos y libertades, que puede ser útil para el abordaje del presente tema de mucha sensibilidad para los ciudadanos; se trata de la forma de cómo en un estado se suspenden las garantías de ciertos derechos en determinadas circunstancias; ocurre también como una decisión soberana que, dadas ciertas circunstancias y para defender la Constitución, es indispensable suspender las garantías de algunos derechos constitucionales.

DE LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

(De la Constitución española)

Art. 55. 1.- Los Derechos reconocidos en los Artículos 17,18.2 y 3, Artículos 19,20.1 (Residencia) a) (Expresión del pensamiento) y d) (libre información) y 5 (secuestro de publicaciones), Artículos 21 (reunión), 28.2 (huelga) y Artículo 37.2 (conflicto colectivo) podrán ser suspendidos, cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del Artículo 17, para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2.- Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los Artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".
Esta norma es el equivalente a nuestro Art. 29.

Art. 116. 1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado en consejo de ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al congreso de los diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser derogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3.- El estado de excepción será declarado por el gobierno mediante decreto acordado en consejo de ministros, previa autorización del congreso de los diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberán determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial al que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4.- El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del congreso

de los diputados, a propuesta exclusiva del gobierno. El congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5.- No podrá procederse a la disolución del congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las cámaras, si no estuvieren en periodo de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del congreso serán asumidas por su diputación permanente.

6.- La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

NORMAS DE DESARROLLO

LO 4/1981, DE 1 DE JUNIO, DE LOS ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCIÓN Y SITIO (B.O.E. núm. 134, de 5 de junio de 1981)

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE ALARMA

Art. 4.º El gobierno, en uso de las facultades que le otorga el Artículo 116.2, (Estado de alarma) de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los Artículos 28.2, y 37.2, de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Art. 13.1.- Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del Artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del congreso de los diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Art. 18.1. Cuando la autorización del congreso comprenda la suspensión del Artículo 18, 3, de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada, si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.

2.- La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez competente.

CAPÍTULO IV

EL ESTADO DE SITIO

Art. 32. 1.- Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del Artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al congreso de los diputados la declaración de estado de sitio.

2.- La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

3.- La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del

detenido que se reconocen en el apartado 3 del Artículo 17 de la Constitución. **(Fin de la cita de la Constitución y legislación española).**

9) SEGURIDAD Y JUSTICIA

La Constitución establece como valores esenciales la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, siendo los primeros instrumentos necesarios para que se realice este último, sin perder su carácter valorativo. Actualmente en nuestro país, la seguridad y la justicia constituyen, además, dos grandes fines del estado, inclusive son fines que aparecen en todas las épocas y todos los estados, pues de su cumplimiento depende su existencia.

Cuando la Constitución señala la seguridad jurídica, nos recuerda la necesidad de este factor para asegurar la convivencia social; pero, en un marco de legalidad. Supone la existencia de un orden jurídico, que permite y condiciona las acciones del gobierno y además, las instancias que resuelven las controversias que se suscitan entre los ciudadanos. Esto último es el cumplimiento del otro valor o sea la justicia que se manifiesta orgánicamente en las distintas jurisdicciones y competencias que se crean dentro del Estado. La democracia necesita de ambos; sin embargo, el estado autoritario (y las mentes autoritarias) privilegian la seguridad sobre la justicia, así como también un formalismo exagerado puede llegar a privilegiar la justicia sobre la seguridad, fomentando la anarquía y creando el caos. Lo anterior puede explicar la controversia nacional entre los que reclaman técnicamente la represión aun a costa de la justicia y quienes protegen desmedidamente a infractores, aun a costa de la seguridad.

El tema en la actualidad enfrenta esas dos posiciones y se reclama que, en los Códigos Penal y Procesal Penal son exageradamente garantistas y se reclama también su endurecimiento, lo cual está llevando a la destrucción de esos Códigos sin reparar que entre nosotros lo que hace falta es la creación de otros instrumentos normativos que regulen la seguridad.

Una reforma constitucional debería señalar que la libertad, la justicia y la seguridad necesitan de leyes específicas para la acción estatal, por ejemplo:

Ley Sobre Protección de Seguridad Ciudadana.

Ley Reguladora de la Policía Nacional Civil

Ley de Investigación del Delito.

Los Códigos Penal y Procesal Penal se orienten a investigar la verdad,

asegurar la realización de un juicio justo para los que violan la ley y si procede sancionarlos.

Una reforma constitucional debería considerar los valores, los presupuestos constitucionales (libertad e igualdad) y los principios que son los referentes filosóficos de una constitución. Debe existir un orden axiológico constitucional, que haga posible contar con los principios teóricos, doctrinarios o ideológicos que informen el contenido formal y material de la Constitución. Esa es la función de definir cuáles son los presupuestos que fundamentan la arquitectura constitucional y que, en lo que se refiere a la Constitución democrática y social, son la libertad y la igualdad.

De igual manera es con la definición de los principios y de los valores constitucionales.

CAPÍTULO SEXTO

La reforma constitucional

Sección segunda

1) El poder constituyente.

1.1.) Nota introductoria

La necesidad y el derecho que tienen los pueblos de modificar sus reglas superiores de convivencia, han sido exigidos, no sólo por los políticos y juristas, sino fundamentalmente por los ciudadanos que son los destinatarios de las acciones de gobierno, con las que se intenta convertir en realidad lo que las reglas prescriben. No obstante, la Constitución tiene un sentido de permanencia que garantiza la seguridad y la unión de las generaciones pasadas, con las presentes y las futuras. Por tal razón, reformar la Constitución debe ser un proceso que combine muchas complejidades, desde la identificación del o los procedimientos para tal reforma. Se comienza por afirmar que dicho procedimiento es de naturaleza distinta de las reformas de la ley, y que es necesario agravar o complicar el proceso formal, para introducir los cambios que aquellas necesidades exigen.

Ferdinando Lassalle, político alemán, fundador del Partido Social Demócrata, de Alemania, en su conferencia ¿Qué es una Constitución? sostiene que la constitución formal es el resultado de la combinación de los distintos factores reales de poder (constitución real) que hay en una sociedad ; son ellos los que ordenan el contenido de la "hoja de papel" (constitución formal). Los distintos factores reales de poder que se mueven en una sociedad, escriben el texto constitucional y, a partir de entonces, dejan de ser factores de poder y se transforman en derecho (1). Lassalle observa cómo la monarquía, la aristocracia, los banqueros, el clero, el ejército de su país son los verdaderos factores que

determinan la Constitución. La influencia del socialista alemán es evidente en Jellineck, quien sostiene que “la Constitución del Estado expresa a su vez las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales. La verdadera constitución, en oposición a la escrita, descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores políticos base del Estado” (2).

La combinación de estos factores reales de poder son la clave de la permanencia o cambio constitucional; ellos definieron el grado de flexibilidad posible en una constitución que, por su naturaleza, es rígida y ellos arbitrarán en el conflicto tensionante y permanente. Entre lo expuesto en la constitución francesa de 1793, por el cual “un pueblo (nación) tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su constitución”, es decir, que una sociedad no puede condenar a las sociedades futuras de vivir con una misma Constitución, entre esta máxima volátil que daría lugar a una extrema y peligrosa flexibilidad, aparecería otra que la “Constitución y sus principios no pueden ser desconocidos o alterados por un acto de fuerza, siendo los tales inalienables e imprescriptibles”.

Jellineck encontró que una vía formal de cambio constitucional muy rígida, daría lugar a las **mutaciones** considerándolas como “dialéctica de la normatividad escrita y realidad constitucional, causa fundamental de dichas transformaciones constitucionales indirectas, tácitas, silentes que configuran el cuadro de la dinámica constitucional” (3). Estos procesos y los medios formales inscritos en las propias constituciones, generan la posibilidad de la reforma. El tema ha sido expuesto en la Sección Primera de este Capítulo Sexto, por lo que en esta Sección Segunda se hará énfasis en la reforma total o integral de la Constitución, que es lo que se llama revisión constitucional, que da lugar a la teoría del poder constituyente.

1.2.) El poder constituyente.

1). Cuando se funda un estado y se dicta su carta constitutiva, o bien cuando se reforma sustancialmente o parcialmente dicha carta, impulsando esas acciones se encuentra un poder específico, una forma especial de ser de una comunidad que expresa su voluntad para fundar o modificar una estructura política real y su documento normativo: la Constitución.

Esa fuerza real se denomina poder constituyente, que no sólo crea sino que también legitima su propia creación. Sobre este importante fenómeno político, el profesor Luis López Guerra, en su Introducción al Derecho Constitucional, dice lo siguiente:

“La atribución a la comunidad política del poder de establecer una Constitución, supone que ésta es derivada de la voluntad popular, y en ella encuentra su legitimación. Supone, desde un punto de vista **lógico**, el elemento que determina el paso de un conglomerado social desorganizado, (la muchedumbre o la sociedad estratégica o dominada), o sea el grupo plural e inconexo, a un sistema jurídico estatal plenamente organizado y adecuado a una norma constitucional suprema. Tal fue el punto de partida de las constituciones surgidas en las revoluciones norteamericanas y francesa. **La Constitución norteamericana de 1787** comienza con la solemne afirmación de que “**Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos**, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, afianzar la tranquilidad interior, proveer a la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y nuestros descendientes los beneficios de la libertad, promulgamos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América” (4).

“La Constitución francesa de 1793 comienza encabezada por el Derecho del 21 de septiembre de 1792: “La Convención nacional declara: 1º .- Que no puede haber otra Constitución más que la aceptada por el pueblo”. Y el Artículo 3 de la Constitución española de 1812 proclama expresamente que “la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo, pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”. Sólo a la voluntad nacional, pues, se le reconoce el poder de establecer una Constitución, esto es, regular las instituciones fundamentales y los derechos de los ciudadanos” (5).

La Constitución española de 1978, dice: La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran en uso de su soberanía proclaman su voluntad de: “En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifican la siguiente constitución. En el preámbulo de la Constitución salvadoreña encontramos: “nosotros, representantes del pueblo salvadoreño, reunidos en la Asamblea Constituyente, decretamos, sancionamos y proclamamos la siguiente Constitución. Estos son típicos actos de poder constituyente originario, que es cuando se crea el estado, “es el paso de un grupo plural e inconexo a un sistema moderno, si no en todos los casos en que se conforma un estado o se modifica sustancialmente el estado anterior.

No obstante, en el caso de El Salvador, el auténtico poder constituyente debe buscar en el acto de promulgación de la Constitución Federal de 1824, al crearse la República Federal de Centroamérica, consecuencia de la

independencia de 1821; en el mismo sentido, debe considerarse la Constitución estatal de El Salvador de 1824.

Tanto la Constitución originaria, como las que suceden y que representan cambios políticos e ideológicos profundos, han sido creados por el poder constituyente originario; pero las constituciones, actualmente tienen reglas que permiten modificar en todo, o en parte, por medio de reglas propias, sin necesidad de recurrir a la revolución o al golpe de estado; es el poder constituyente derivado.

Los poderes establecidos y creados por una Constitución derivan de ésta su legitimidad, y están sometidos a las regulaciones y mandatos constitucionales relativos a su composición, y a sus procesos legítimos y jurídicamente correctos, en cuanto se adecuen a los preceptos constitucionales. Ahora bien, muy distinta es la situación que se produce, cuando de lo que se está tratando es de crear un orden constitucional nuevo porque no se admite la legitimidad del ordenamiento anterior.

En este caso, la creación de una constitución no se basa en mandatos o preceptos anteriores, que se consideraban ilegítimos, sino en la voluntad nacional; el ejercicio de ese poder creador no está sujeto a los límites o procedimientos establecidos en una normativa previa, cuyo valor vinculante no se reconoce (6).

No siempre puede justificarse el rompimiento de un orden constitucional, introduciendo cambios cosméticos a las constituciones, que más bien lo que pretenden es un cambio en los detentadores del poder (golpes de estado). En el proceso constitucional salvadoreño, encontramos muchos ejemplos de las situaciones descritas, pero que terminan por aceptarse, dado el carácter autocrático que todavía caracteriza al sistema. En el caso de los poderes constituidos, están limitados por la Constitución y no pueden contravenir los principios, derechos y deberes que ésta proclama. No obstante, como poder de reforma constitucional, que se limita a lo que la Constitución le permite, ya sea en forma originaria (creación del Estado) o en forma derivada, las siguientes creaciones constitucionales, son hechos que constituyen la teoría del poder constituyente.

1.3.) Origen de la teoría del poder constituyente.

“La teoría del poder constituyente nació en Francia, fue construida en la época de la revolución francesa por el abate Emmanuel Sieyès”; la construcción de Sieyès tiene o se elabora en un contexto histórico determinado y fue cuando

la tambaleante y quebrada monarquía en Francia se vio obligada a convocar al parlamento. Este se componía de estados generales y su estructura, en la que había tres órdenes: la nobleza, el clero y el tercer estado. **En este último orden, correspondiente a los estratos sociales comunes, no privilegiados, ejercía un papel preponderante, la “burguesía”.**

En el parlamento se votaba por órdenes y el tercer estado o también estado llano, estaba en desventaja numérica frente a la unión que había a la hora de votar entre la nobleza y el clero. Era indispensable una reforma para lograr el control de la asamblea parlamentaria. Es entonces cuando entre fines de 1789, Sieyés escribe su famoso folleto titulado “¿Qué es el tercer estado?” con miras a explicar un cambio que se tornaba indispensable. Sieyés tenía que demostrar que, para darse una constitución, la nación tenía que tomar la decisión mediante la reunión de representantes extraordinarios, especialmente delegados para expresar la voluntad nacional. Ello lo conduce a elaborar la teoría del poder constituyente, a fin de establecer a quién pertenece y cuáles son las condiciones de su ejercicio (7).

La Asamblea Constituyente que se conforma en 1788 y 1789, dejaría un legado histórico, como antecedente emblemático para lo que ocurriría en España (1812) y posteriormente en América Latina, la constitución en 1791, fundamento político jurídico de la separación de poderes y de la garantía de los derechos del hombre, tesis que posteriormente ha sido muy criticada, entre otros, por Düguít (8).

“Sieyés señala tres etapas en la formación de un estado. En la **primera etapa**, los individuos que viven **aislados** en un estado de naturaleza racionalmente concebido, resuelven **reunirse** y por este solo hecho pasan a formar una **nación**; es una nación donde el poder constituyente radica en forma indiscutible e inalienable. En la **segunda etapa**, la nación lleva adelante la decisión de actuar en común y los asociados convienen en cuáles son las necesidades públicas y los medios para proveerlas; el poder ya pertenece al conjunto y es en este momento en el que nace la **constitución**. En la **tercera etapa**, los asociados son demasiados y están dispersos en una superficie tan extensa que no les permite ejercitar por sí mismos su voluntad común, nace entonces el **gobierno de la nación**” (9).

El proceso descrito por Sieyés retrata lo que ocurrió en Francia y otros países europeos en aquel momento; no así en el caso de América Latina, donde en la colonia el proceso de independencia generó actores diferentes: autoridades, funcionarios y ejército colonial, población indígena, mestiza, mulatos, criollos,

etc. Probablemente identificaron su estamento después de la independencia; sin embargo, también le es aplicable lo que ocurrió en Francia.

“La diferencia, siempre según Sieyés, está entre el **poder constituyente**, no sujeto a constitución alguna, pues la nación existe ante todo y es el origen de todo, sin otro límite que el que le impone el derecho natural, y el **gobierno** que ejerce un poder constituido, sujeto a las condiciones y límites que le impone la constitución” (10).

1.4.) Concepto de poder constituyente.

De acuerdo a lo expuesto por Sieyés, el poder constituyente es la voluntad de la nación que se orienta a crear un orden; este orden tiene carácter político que, al conformar una Constitución, establece un marco jurídico al poder. Según Sánchez Viamonte es “la soberanía originaria, extraordinariamente suprema y directa, en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el estado, para darle y crearle sus órganos de expresión necesaria y continua”.

Es el acto por el cual, un grupo social decide crear institución que los represente y que sea depositaria del poder que el grupo, como tal, ostentaba de un modo individual (soberanía popular) o en su conjunto (soberanía nacional) ya sea en la visión particular de Sieyés, que ubica el poder en el tercer estado (burguesía) o en la visión de otros autores, que la ubican en la totalidad de los miembros de una sociedad, que definen la creación del estado moderno por la confluencia de otros factores como los nuevos modelos económicos, que surgieron de la transformación de las fuerzas armadas, monedas, sociedad industrial, conformando la base del estado moderno y sus primeras formas dentro del absolutismo (estado nacional) y su evolución al estado de derecho. Según los conceptos relacionados, debemos atribuir al poder constituyente, las siguientes características:

- a) Originaria: porque es primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico.
- b) Extraordinaria: porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el poder constituyente sólo actúa cuando es necesario dictar una constitución o reformarla y cesa cuando ha llenado su cometido.

- c) Suprema: porque es superior a toda manifestación de autoridad, desde que la crea o constituye (poder constituido), determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites.
- d) Directa: porque según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo (11).

Bidart Campos propone este concepto: “Poder Constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al estado, es decir para organizarlo, para establecer su estructura jurídica-política”. Y agrega que este puede ser originario o derivado (12).

1.5.) Poder constituyente originario y derivado.

El poder constituyente es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del estado, para darle nacimiento y estructura; a su vez, el poder constituyente es derivado cuando se ejerce para reformar la constitución, o ejercer atribuciones constitucionales que no necesariamente impliquen reforma constitucional, si es cuando se funda el estado, es decir, cuando nace ya en la idea del estado moderno con una Constitución, como instrumento jurídico.

Lo expuesto en el párrafo precedente responde a la teoría formulada por Sieyès, propia del estado moderno y que fundamenta el advenimiento del estado burgués de derecho, como categoría jurídica, que no sólo explica el origen del estado como expresión de poder, sino un modo de ser de éste, al estar enmarcado en una constitución, con la garantía de la separación de poderes y el respeto a los derechos fundamentales. En todo caso, el poder constituyente originario en los dos conceptos que se han mencionado, tiene como titular al pueblo o a la comunidad, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica al momento de crearse el estado. Esta noción responde a la búsqueda de la legitimidad en el uso del poder constituyente originario.

Así ocurrió en Francia, en Estados Unidos de América y en El Salvador y Centroamérica en 1824. “La decisión de fundar el estado originario queda librada a la totalidad o conjunto de hombres de la comunidad; el ejercicio en acto (material) de ese poder constituyente se radica en razón de eficacia en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar la estructura fundacional del estado; son, pues, las condiciones socialmente determinadas en razón de lugar y de tiempo, las que espontáneamente confieren eficacia histórica a la voluntad del hombre o de un

grupo, con suficiente base de consenso (acuerdo) y participación de toda la comunidad" (13).

El fenómeno más reciente entre nosotros ocurre en 1983, cuando se da la Constitución, por la asamblea nacional constituyente, convocada por la Junta Revolucionaria de Gobierno, que a su vez derrocó al gobierno del General Romero (1979).

1.6.) Modalidades del poder constituyente.

El poder constituyente puede clasificarse en base a dos criterios fundamentales. El primero de ellos tiene que ver con el órgano que lo ejerce, en cuyo caso se suele distinguir entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, según que la emisión de las normas de rango constitucional esté en manos del pueblo mediante los mecanismos de manifestación directa o de sus representantes, respectivamente. El segundo criterio de clasificación atiende la forma como se manifiesta el poder constituyente, entre poder constituyente revolucionario y poder constituyente normal, dependiendo de si la modificación de las normas constitucionales ha producido o no la ruptura del hilo constitucional.

1.7.) Originario y derivado

Linares Quintana sostiene que el poder constituyente puede ser originario o derivado, según que a través de él, se pretenda dictar una nueva Constitución (Poder Constituyente Originario) o revisar, en forma parcial o total, la que ya ha sido dictada (Poder Constituyente Derivado) (14).

Básicamente esto es lo que ha ocurrido en las constituciones ⁽¹²⁾ de El Salvador, donde la ocurrencia de golpes de estado ha roto con frecuencia con el orden constitucional formal; se ha convocado a asamblea constituyente y se han dictado nuevas constituciones, aun cuando el fondo o sustentación ideológica o la filosofía política que las inspira no cambien esencialmente, salvo las honrosas excepciones de las constituciones de 1886 y 1950 y, en alguna medida, la actual.

El poder constituyente será originario, cuando las normas constitucionales sean elaboradas por el titular directo de la soberanía (vrg. El pueblo) a través de cualquiera de los mecanismos jurídicos, que le permiten manifestar su voluntad soberana y a este mecanismo se acude normalmente.

En cambio, **el poder constituyente será derivado o instituido**, cuando el autor de la normativa constitucional sea un órgano de los poderes públicos constituidos (generalmente el congreso o parlamento), al cual el titular de la soberanía, mediante una norma constitucional previa, le hubiere otorgado en forma limitada la posibilidad de efectuar reformas, modificaciones o adiciones a la constitución.

Cuando sea necesario producir cambios en la estructura jurídica del estado, y habida consideración de lo inconveniente que resulta utilizar un mecanismo de manifestación popular, cada vez que se requiera una modificación constitucional por pequeña que ella sea, se admite como posible y de hecho ello es lo que acontece cuando se establecen procedimientos reglados de revisión constitucional, por parte del parlamento que el ejercicio de Poder Constituyente en su aceptación fundacional, es decir, **el ejercicio de la función de dictar normas jurídicas de rango constitucional, sea delegado por el pueblo a favor de un poder público constituido (normalmente el poder legislativo) de manera que es órgano el cual, efectivamente, siempre seguirá siendo, desde el punto de vista orgánico, poder constituido que ejerza en forma extraordinaria y sometido a los límites y requisitos** que se le fijen, la facultad de dictar normas jurídicas de rango constitucional.

Esto es lo que ocurre con nuestro Art. 248 que fundamentalmente tiene los siguientes caracteres: a) El depositario del poder de reforma es la asamblea legislativa. b) La iniciativa le corresponde a un número no menor de diez diputados. c) Una asamblea actual acuerda la reforma constitucional con la mitad más uno de los diputados electos. d) La siguiente asamblea deberá ratificar, por lo menos con los dos tercios de los diputados electos. e) Existen cláusulas intangibles. f) Hay laguna constitucional en cuanto a reforma total.

En definitiva, la función de dictar normas jurídicas constitucionales, que hemos denominado poder constituyente en sentido funcional, y que corresponde al pueblo en forma originaria, puede ser ejercida, de manera delegada, derivada o instituida, por los órganos que integran los poderes constituidos, siempre que ellos tuvieren efectividad delegada para tal posibilidad.

Cuando los poderes orgánicamente constituidos hacen uso de esa delegación y proceden, por vía extraordinaria, a dictar normas de rango constitucional, se dice que ejercitan un poder constituyente (entendido en aceptación funcional, se insiste) de carácter derivado o instituido. Esto también se conoce como poder de reforma o constituyente permanente, consagrado

en el Art. 248 de la Constitución de El Salvador, descrito arriba. El poder en referencia no puede ir más allá de su mandato, so pena de violar la Constitución (Art. 235-234).

2) Titularidad del poder constituyente.

En referencia a este tema, digamos que en las monarquías absolutas de la antigüedad, el monarca era el dueño y no el titular, del poder constituyente y, en todo tiempo, en los regímenes arbitrarios o despóticos, tan suprema facultad es detentada por un individuo o grupo de individuos que oprimen a los demás habitantes; pero, en el estado constitucional, el sujeto titular del poder constituyente es el pueblo y únicamente en la comunidad política. El tema de la titularidad del poder constituyente se enmarca también en el esquema general de las modalidades, que asume esa función creadora de normas constitucionales.

2.1.) Titulares del poder constituyente originario

En este sentido, el titular del poder constituyente originario se determina atendiendo al sujeto o al grupo de sujetos en quienes descansa la soberanía, pues el titular de la soberanía lo es también del poder constituyente originario. (Véase. Origen del poder constituyente desarrollado arriba, especialmente la tesis de Sieyès).

2.2.) Titular del poder constituyente o instituido.

Por su propia naturaleza, la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano o a los órganos del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tengan competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la constitución.

La solución en el derecho constitucional comprobado ha sido, en la mayoría de los casos, otorgar el poder constituyente derivado a los órganos legislativos y, en los casos más trascendentes, someter la modificación adoptada a referéndum aprobatorio. Así lo hace la Constitución Venezolana en sus Artículos 244 al 249.

En Italia, su aprobación se verifica con el voto de la mayoría de los integrantes de la cámara en la segunda votación. El referéndum no es requisito de eficacia para la entrada en vigencia de la reforma, pero deberá acudir a él

cuando soliciten la quinta parte de los miembros de una cámara: quinientos mil electores o cinco consejos regionales.

Sin embargo, no podrá ni siquiera solicitarse el referéndum, cuando la ley haya sido aprobada en la segunda votación de cada una de las cámaras con una mayoría de dos tercios del total de sus miembros.

En España, la reforma constitucional en los Arts. 167 y 168 de la Constitución corresponde al órgano legislativo (Cortes Generales). La iniciativa de reforma se regula en los mismos términos que la iniciativa de leyes; los proyectos deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las tres cámaras, pero si no hubiere acuerdo entre ambas, se intentará obtener, mediante una comisión de composición paritaria, un texto que será votado por el congreso y el senado. Si todavía no se lograra la aprobación, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto de la mayoría de dos terceras partes, podrá aprobar la reforma. Por las cortes generales, se someterá a referéndum para su ratificación, sólo cuando alguien lo solicite, dentro de los quince días siguientes a la aprobación, una décima parte de los miembros de las cámaras.

En Estados Unidos, las enmiendas constitucionales pueden ser propuestas por el voto de las dos terceras partes de cada cámara del congreso, o por una convención nacional convocada por éste, a solicitud de las dos terceras partes de los estados miembros de la federación.

Para que se vuelvan parte de la Constitución, las enmiendas deben de ser ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los estados o por convenciones realizadas en esa misma proporción de aquellos. Las reformas de esta Constitución (1787) son sumamente limitadas; se han hecho a lo largo de muchos años y especialmente hacen referencia al avance de los derechos civiles y en tal sentido, esta Constitución es rígida.

3) Límites del poder constituyente.

Según George Jellineck, el poder constituyente tiene las siguientes limitaciones:

- a).- Limitaciones heterónomas: que serían jurídicas y de procedencia exterior a la constitución, provenientes:
 - 1.- Del derecho estatal, como las que existen en las relaciones federales, en las que las constituciones de los estados miembros no pueden

contrariar los criterios establecidos por el orden federal. (Obviamente se refiere al caso de Alemania)

- 2.- Del derecho internacional, como las que surgen de los tratados internacionales.
- b).- Limitaciones autónomas: que son jurídicas y de origen interno, que presuponen que existe y se respeta una forma correctamente establecida para la revisión constitucional.
 - c).- Limitaciones absolutas: que rebasan el área estricta de lo jurídico, por ejemplo el derecho natural. Linares Quintana expresa: (15) "El Poder constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en estado y darse las bases de su ordenamiento, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes". En cambio, "el Poder constituyente derivado (que es el que ejercitan las convenciones reformadoras) es esencialmente limitado, por cuanto, como se ha visto en 1994, aparte de las restricciones que puedan surgir del espíritu de la constitución originaria, está sujeto al procedimiento, a las condiciones y hasta a las prohibiciones que determinan la misma constitución y más particularmente la ley que declara la necesidad de la reforma". Dice: "el Poder Constituyente originario, en principio, ilimitado, ello significa que no tiene un límite de derecho positivo o, dicho de otra manera, que no hay ninguna instancia superior que lo condicione". El poder constituyente originario ejercido en 1853 fue ilimitado porque no estuvo condicionado por ninguna instancia positiva superior o más alta. Pero tuvo en cuenta:
 - a).- Los límites suprapositivos del valor justicia (interpretamos derecho natural).
 - b).- Los límites que pueden derivar colateralmente del derecho internacional público (tratados).
 - c).- El conocimiento de la realidad social con todos sus integrantes, que es método realista de elaboración por tener en cuenta para organizar el estado".

En Argentina, Venezuela, El Salvador, etc., el poder constituyente derivado tiene límites. En Argentina, dice Bidart Campos, el contenido de la

reforma está limitado por las cláusulas pétreas, en cuanto a la forma, por la iniciativa, el quórum de aprobación.

En Venezuela, en primer lugar, la Constitución permite a los órganos constituidos ejercer la función constituyente; éstos han de respetar las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional, las cuales se encuentran previstas en los Artículos 340 al 346 de la Constitución, que consagran las formalidades relativas a la enmienda y reforma del texto constitucional (342).

También está prevista la convocatoria de una asamblea nacional constituyente, con el objetivo de transformar al Estado, crear un nuevo orden jurídico y redactar una nueva Constitución. Art. 347.

Por lo tanto, las modificaciones del texto constitucional, realizadas por los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado, que se produzcan fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, realizadas por los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado, que se produzcan fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán absolutamente nulas e ineficaces, efecto previsible, aunque no se hayan previsto expresamente.

La consagración positiva de este permite límite del poder constituyente derivado; se encuentra en el de no modificación de la estructura y principios fundamentales del texto de la Constitución previsto en el Artículo 342, antes citado. Sin embargo, el poder constituyente originario puede cambiar la Constitución (Art. 347) (ver la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que modifica sustancialmente el texto de la Constitución de 1961). En El Salvador, los límites están descritos en los Art. 248, 246, 244. No está prevista la convocatoria de la asamblea constituyente; existen cláusulas intangibles y ante solicitudes de reformas al Órgano Judicial, la Corte Suprema de Justicia, en dos oportunidades aunque no jurisdiccionalmente ha dicho que reformar la Carta Magna en cláusulas intangibles no es posible por la vía del Art. 248 y, en consecuencia, se infringe el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, siendo aplicable la consecuencia jurídica prevista en el Art. 244.

3.1.) Límites expresos: Cláusulas de intangibilidad

No pueden los órganos constituidos ejercer el poder constituyente derivado, para modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como "intangibles".

En este sentido, en el caso venezolano no podría el Congreso de la república utilizar la figura de la enmienda o reforma constitucional, para alterar su estructura fundamental, por ejemplo, derechos humanos, territorio, etc. Precisamente para evitar que los órganos constituidos en el ejercicio del poder constituyente derivado, que le ha sido acordado constitucionalmente, produjesen cualquier modificación de esos principios sustanciales del sistema político venezolano, los mismos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado; sin embargo, al estar prevista la transformación total de la Constitución en el Art. 347, se supera esta dificultad y se cambia totalmente la filosofía de los artículos precedentes y el espíritu que animó la Constitución de 1961. En El Salvador, es el Art. 248 el que establece límites expresos; pero también hay límites que aunque sustanciales, no se han expresado en este artículo, por lo que hay que descubrirlos, interpretando la Constitución.

Lo anteriormente expuesto es aplicable a la mayoría de constituciones, que proclaman como inamovibles los principios, derechos, valores, que la herencia humanista ha legado a sus respectivos pueblos.

4) Conclusiones

1.-El poder constituyente funda el Estado, define el gobierno y crea o reforma la Constitución. Ese es, además, el objetivo de este poder.

2.-El poder constituyente es originario, cuando las normas constitucionales sean elaboradas por el titular directo de la soberanía. (vgr. el pueblo) a través de cualquiera de los mecanismos jurídicos que le permiten manifestar su voluntad soberana. A estos mecanismos se acude, normalmente, cuando se pretende llevar a cabo modificaciones sustanciales del régimen constitucional precedente. El poder constituyente es un órgano del poder del Estado, previsto constitucionalmente.

3.- El poder constituyente se manifiesta: a) en el acto originario o funcional del estado. b) Cuando se rompe el orden constitucional de un modo irreversible (rebelión, insurrección, etc.) c) en situaciones normales reformándose la Constitución por los mecanismos previstos. El poder constituyente originario tiene su raíz, explicación y justificación en el pueblo; se legitima en la aceptación por éste y no se enmarca en disposiciones legales. Véase el Art. 87 de la Constitución salvadoreña que establece una tesis mixta.

SECCIÓN TERCERA

La separación de poderes.

1) Introducción

El estado constitucional que ahora conocemos, se desarrolla a partir de los siglos XVII y XVIII y los precedentes más conocidos e influyentes en el mundo occidental ocurren, a partir de la revolución inglesa de 1688 (16) y francesa de 1789 y de la independencia de los E.E.U.U. en 1776. El estado constitucional se caracteriza por tener como fundamento y como marco una constitución o sea una norma superior que organiza y supraordena; aunque desde luego no basta, pues en muchos estados, tras la constitución se esconde un gobierno autocrático y anticonstitucional, o sea lo que Loewenstein, denomina constitución semántica, aquella donde la realidad es totalmente distinta de los enunciados formales.

En un estado constitucional, democrático y de derecho, que es la orientación del estado contemporáneo, hay dos presupuestos valorativos que lo justifican y sustentan: La libertad y la igualdad, los que a su vez exigen la existencia de dos presupuestos políticos: La separación de poderes y el respeto a los derechos fundamentales.

En el estado, la separación de poderes tiene como fundamento la distribución del poder o sea cuando existen varios e independientes detentadores del poder u órganos de gobierno que participan, es un elemento central de la teoría política liberal para controlar, frenar y dividir el poder. Para la mejor comprensión del tema de la separación del poder, tenemos que indagar sobre el origen y naturaleza de éste, en la formación de la voluntad estatal.

La "división del poder" debe entenderse en un sentido metodológico de ejercicio del mismo, es decir, como división del trabajo y no la pérdida de unidad y consistencia del poder, el cual por su propia naturaleza es indivisible.

2) El origen del poder

¿Cuál es el origen y fin del poder político? Es el compromiso pactado que un pueblo o comunidad de hombres formula para autoorganizarse creando la suma de voluntades de todos los ciudadanos, un poder superior que ordena y que manda; es lo que se denomina contrato social (17). Este poder así creado y organizado define qué hacer y qué no hacer, o sea, manda, prohíbe o permite. El contrato social que formula mandatos sobre la conducta humana, es un poder ordenador y normativo y es el consentimiento de una pluralidad de hombres libres, que aceptan la regla de la mayoría y a ser guiados por ella, y que acuerden unirse e incorporarse a dicha sociedad.

3) Autocracia y democracia

Locke nos dice que el máximo poder es la ley, colocándola en una posición sobresaliente, en tanto que aquella aparecerá como garantía de la verdadera libertad, que protege aquellos derechos que tenían en el Estado, producto del pacto social no desconocer o negar. La función de la ley es dar esa protección, por lo que es necesario que el poder debe tener sus autolimitaciones y autocontroles; tal objetivo se logra mediante la técnica de separación de poderes. Significa lo anterior que el estado requiere de tres vías independientes entre sí, pero con intención y voluntad colaboradora, que permite la unidad orgánica que el estado necesita y que propicie el autocontrol o sea que el poder, controle al poder, ("Le Povoir arreté le pouvoir"). El sistema político en el que, al contrario, el poder se manifiesta en forma concentrada, o sea donde sólo existe un detentador del poder, sea un dictador, una asamblea, un comité o un partido; el poder no está distribuido, es un monopolio sin límites, un poder absoluto, funciona en un circuito cerrado que excluye otras ideologías. Esto es la autocracia.

En la concepción de Locke "en el estado de naturaleza, el hombre vive en un estado de perfecta libertad e igualdad, gobernado por una ley de naturaleza que enseña a cuantos seres humanos quieran consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones" (18).

No podemos encasillar todos los regímenes políticos en esta dicotomía, como si todo se presentara de un modo tan simple; pues, a lo largo del desarrollo histórico, se han visto elementos del constitucionalismo y de la autocracia, en una aparente combinación. Así lo advierte Loewestein, y dice que estas "formas híbridas o intermedias surgen frecuentemente en épocas de transición de un sistema político

a otro, bien cuando la autocracia se desenvuelve hacia el constitucionalismo, o por el contrario cuando un estado que, hasta ahora estuvo regido constitucionalmente, adquiere la forma autocrática de ejercicio del poder” (19).

En el ambiente latinoamericano en épocas recientes, se ha intentado dar la apariencia de régimen democrático a sistemas intrínsecamente autoritarios, de los que aún se miran algunos ejemplos nada edificantes; sin embargo, es tal el prestigio de la legitimación democrática, que algunos gobiernos espurios tratan de alcanzar esta calificación.

Siempre en opinión de Loewenstein, (20) “la dicotomía fundamental propuesta de distribución y concentración en el ejercicio del poder político, sugiere un examen crítico de los dogmas políticos más famosos que constituyen el fundamento del constitucionalismo moderno: la así llamada “Separación de poderes”, esto es lo de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, que encontró su formulación clásica en el Art. 16 de la Declaración Francesa de los derechos del hombre de agosto de 1789. Inclusive en la asamblea constituyente francesa, uno de los diputados lo proclamó dogmáticamente en el sentido de que, “ni más ni menos de estos tres poderes y así se mantendrían en un equilibrio perfecto”.

No obstante en Locke, sólo reconoce la separación entre el parlamento y la monarquía y Montesquieu, que menciona el poder judicial como poder negativo y un apéndice del legislador. No obstante, para algunos intérpretes lo negativo de este poder, no es sinónimo de nulidad, sino por la forma en que se manifiesta, dejando sin efecto las decisiones de otros poderes, tal es el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes.

El en Art.16 de la Declaración dice: “Toda Sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, no determina la separación de poderes y carece de Constitución”.

Este artículo, como toda la Declaración, forma parte de la actual Constitución Francesa de 1958, que por decisión constituyente la incorporó a su texto, lo mismo que el preámbulo de la Constitución de 1946.

La combinación de proteger los derechos y la separación de poderes, es parte de los supuestos de Montesquieu(El Espíritu de Las leyes), quien desarrolló la teoría que antes propuso John Locke, y expresó sus ideas en su obra “Ensayo sobre el gobierno civil”. Posteriormente, las constituciones norteamericanas tanto la federal como las estatales, aplicaron esta teoría.

4) Aspectos metodológicos.

Existe un problema técnico de división del trabajo y un reconocimiento de que los destinatarios del poder salen favorecidos, si esas funciones son ejercidas por órganos diferentes; no obstante, la libertad es el telos ideológico de la separación de funciones y, en tal sentido, funciona como garantía de la libertad humana y de la vigencia de los derechos fundamentales; responde, pues, a la conocida problemática del control y la limitación del poder del Estado. Bidart Campos (21) desarrolla esta teoría con gran precisión y afirma, refiriéndose a Argentina, pero aplicable a El Salvador.

- a) "El principio fundamental de nuestro sistema político, la división del gobierno en tres grandes departamentos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas, pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes públicos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno".
- b) La doctrina de la limitación de los poderes es la esencia de ese sistema de gobierno, que impone la supremacía de la Constitución y excluye la posibilidad de la omnipotencia legislativa. Este aspecto es clave para comprender la temática de este trabajo y las facultades del poder constituyente derivado del Art. 248 de la Constitución de El Salvador.
- c) Ningún órgano puede invocar origen o destino excepcional para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido. Ejm. (ser el primer poder del Estado o reivindicar el hecho de la elección popular para exigir posiciones de jerarquía política.
- d) Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades, que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas.
- e) "Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación, aplica e interpreta la constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente".
- f) "Para poner en ejercicio un poder conferido para la constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional, es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que, a su juicio, fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquellos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma constitución".

- g) "El control de constitucionalidad que pertenece al poder judicial no debe menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes; por ende, ese control no alcanza a la conveniencia, acierto o error, justicia o injusticia, oportunidad o inoportunidad con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas".
- h) La tesis de las cuestiones políticas no judiciales -que nosotros rechazamos- ha sido construida, precisamente, en torno del supuesto respeto a la división de poderes, para no interferir ni menoscabar la esfera de los actos privativos que se consideran irreversibles, pese a la eventual infracción a la constitución que en su ejercicio pueda ocasionarse". La cita textual del ilustre jurista argentino, es con el propósito de reafirmar los límites y alcances de los poderes constituidos; estas ideas son analizadas también por Loweinstein, en lo que él llama los controles interórganos.

De lo anterior expuesto se concluye:

- a) La independencia de cada uno de los "poderes" con respecto a los otros.
- b) La limitación de todos y cada uno, dada por la esfera propia de competencia adjudicada; la esfera de competencia ajena; los derechos de los habitantes, y el sistema total y coherente de la constitución en sus dos partes -dogmática y orgánica- que deben interpretarse de manera armónica y compatible entre sí y con el contexto integral.
- c) El control de constitucionalidad a cargo de los jueces, no como superioridad acordada de éstos sobre los otros poderes, sino como defensa de la constitución en sí misma cada vez que padece transgresiones (22).

La competencia de los órganos.

- a) Cuando la constitución señala a qué órganos pertenece una competencia quiere decir que, implícitamente, tal competencia no puede -como principio- ser ejercida por otro órgano.
- b) Cada competencia signada a un órgano involucra la de interpretar y aplicar las normas de la constitución que le conceden.
- c) Si la competencia se mueve en un plano que, además de estar por debajo de la constitución, viene subordinado a otro y otros planos superiores que la limitan o condicionan (por ejemplo: la administración tiene por encima de sí a la legislación).

- d) En el marco de ubicación de cada competencia, el órgano que la ejerce goza de margen para escoger los medios razonables, que considera más apropiados y conducentes.
- e) La competencia inherente a los órganos de poder no puede considerarse, sin más, como anterior y superior a la ley; se hace necesario, por ende, examinar cada caso, si el ejercicio de una determinada competencia precisa o no de previa habilitación legal.
- f) Como principio general, se puede aceptar que otorga una competencia por la constitución; el órgano respectivo dispone de los llamados “poderes implícitos” para hacer efectivos los que le han sido expresamente reconocidos, a condición de que tales poderes implícitos, como toda competencia, no se usen fuera de las limitaciones constitucionales, entre órganos y la de violar los derechos personales (23).

5) Estructuras políticas constitucionalizadas

Alemania

El Art. 20 de la Constitución alemana dice: “La República federal de Alemania, es un Estado Federal democrático y social”, “todo poder emana del pueblo” y reconoce “la existencia de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Su carácter social está vinculado al cumplimiento de los derechos humanos como sustratum de la dignidad humana (Art. 1) cuyo respeto y protección es deber de todas las autoridades del Estado. El carácter democrático está determinado porque el poder emana del pueblo, quien lo ejerce en las votaciones y elecciones y mediante los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Austria

Art. 2. “Austria es un Estado Federal, de Estados Autónomos”; es una “República Democrática fundada en la Constitución. El gobierno se compone de tres poderes: Poder Legislativo Federal, Presidente Federal, Jueces”.

Bélgica

La Constitución de Bélgica dice que el poder legislativo es ejercido conjuntamente por el Rey, la Cámara de Representantes y el Senado. El Art. 37 dice que corresponde al rey ejercer el poder ejecutivo federal y el Art. 40 dice que el poder judicial se ejercerá por los tribunales y los juzgados.

Art. 1. Bélgica es un Estado Federal y se divide en comunidades y regiones.

Art.33. Se podrá confirmar por tratado o ley el ejercicio del poder soberano, en beneficio del Derecho Internacional (parlamento europeo).

Art.36. El poder legislativo federal será ejercido por el rey, la cámara de representantes y el senado.

Art.88. La persona del rey es inviolable y responderán sus ministros: "juro observar la Constitución".

Dinamarca

El reino de Dinamarca es una monarquía constitucional. El poder legislativo será ejercido por el rey y el judicial por los tribunales. El Rey es l y su persona inviolable y sagrada.

Los ministros ejercen y responden.

El alto tribunal de justicia será competente para juzgar las acusaciones formuladas contra los ministros. (Art. 60) El Parlamento es inviolable. El Art. 62 establece que el ejercicio de la función judicial se mantendrá separado de lo administrativo.

6) La representación y la separación de poderes.

La democracia representativa: Ya se ha expresado en otro lugar, que la democracia directa es imposible en la sociedad política actual. La delegación del poder es un hecho ineludible que nace en el titular del poder que lo transmite a algo que actuará por él. El constitucionalismo moderno hace descansar el origen del poder en el pueblo, pero también se ha manejado el concepto de nación. Para evitar entrar en un análisis innecesario de las semejanzas y diferencias de ambos conceptos y de las consecuencias jurídico-políticas que trae alinearse a una u otra tesis, en el contexto de este libro los consideraré como sinónimos y adoptaré el término "pueblo, que es el que usa nuestra constitución".

Siendo la democracia una forma de ejercicio del poder, y no pudiendo ser éste de un modo directo, el pueblo designa quiénes en forma delegada lo ejercerán. Sobre estos analizaré el texto constitucional, pero antes se hará mención del origen de la representación.

Según Bourdeau, (24) "El Estado es el poder institucionalizado", es decir, el fundamento de poder es transferido a una entidad, el Estado, quien detenta el

poder político. Las personas naturales que ejercen el poder en los que el estado adquiere existencia corpórea, son los gobernantes, son los que toman decisiones de un doble carácter: jurídico y político; en este último sentido es que "representan" al titular del poder.

Lowenstein advierte el origen de la representación "al final del período feudal, cuando la corona estaba necesitada de dinero, los delegados de las capas sociales, poderosas financieramente que estaban convocadas por el rey, se emanciparon probablemente debido a los primitivos medios de comunicación de las instrucciones y mandatos imperativos que habían recibido y tomaron allí mismo sus decisiones bajo su propia responsabilidad. De esta manera, obligaron y "representaron" a los grupos o asociaciones de personas de los que eran portavoces y mandatarios. La representación ha venido siendo desde entonces la condición necesaria para la distribución del poder en varios detentadores, sistema que logra su mayor y mejor expresión en Inglaterra, con el parlamento, que se independiza del gobierno (25).

Los signos totalitarios no admiten la representación del estado burgués de derecho, porque no se adapta a su interpretación de la sociedad pues, según ellos, la única representación admisible es la del grupo, la de una clase; esto, más que un defecto de la representación, es un reto, pues es lógico que no responda a modelos para los que no estaba hecha, pero con la proliferación de partidos y la universalización del sufragio, la democracia representativa se fortalecerá necesariamente.

Sin embargo, actualmente se considera que el sistema representativo se legitima con el pluralismo y la participación.

Las ventajas de representación pueden apreciarse sin mayor profundización jurídica, pues pertenecen al orden práctico: 1. En los países y sociedad modernos el pueblo no puede actuar directamente. 2. El representante está calificado para actuar y discutir los asuntos que la generalidad no puede hacer. (Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*) 3. También el gobierno representativo es moderador de la libertad política (elección del pueblo), con el orden y la estabilidad.

Según la Constitución de 1983 y en general de las constituciones salvadoreñas, consagran el mandato representativo, a diferencia del mandato imperativo. Se habla y se hace en nombre de todo el pueblo y el acto jurídico realizado por el representante es como si lo hiciera el propio representado y

no tiene responsabilidad política por los actos realizados. Representan a todo el pueblo, es una representación colectiva de naturaleza política, que excede a la doctrina civilista del mandato en que descansaba la soberanía popular fraccionada por la cual, el individuo representa una parte de la soberanía del pueblo.

Como consecuencia de actuar en nombre del pueblo y la no responsabilidad de sus actos y el hecho de no rendir cuentas a nadie excluye el mandato imperativo. Mandato es, en interpretación de Rousseau, el único que impide al representado despojarse de su soberanía; contrario a esto, la representación prohíbe la subordinación del elegido a sus lectores; sería admitir que una circunscripción electoral le imponga criterios a un diputado arrogándose la representación total del pueblo. Es célebre la contestación de Condorcet, representante en la Asamblea Francesa a sus electores que le reclamaban su conducta, y les dice: "Ustedes no me eligieron porque yo piense como ustedes, sino me eligieron porque ustedes piensan como yo" o la de Mirabeau: "Si estamos vinculados por nuestras instrucciones no tenemos más que dejar nuestros cuadernos sobre la mesa y volvernos a casa".

El constitucionalismo marxista, por el contrario, institucionalizó el mandato imperativo. La constitución soviética disponía que "cada diputado está obligado a rendir cuentas a sus electores de su trabajo en el "Soviet" de que forma parte. "La constitución checoslovaca dispone: Art. 4 "el pueblo soberano ejerce los poderes del Estado por medio de los cuerpos representantes que son elegidos por el pueblo, controlados por el pueblo y responsables ante el pueblo".

Sección cuarta

El gobierno de la república

El término gobierno se ha utilizado diversamente, bien con un significado funcional (acción de gobernar), bien con un contenido estructural, es decir, un órgano pluripersonal con funciones específicas. (*vid. Tomo Cuarto de este Libro*).

Gobierno es un órgano colegiado, dice la Constitución española, dirigido por su presidente y al que se atribuyen una serie de funciones de orden ejecutivo, normativo y de dirección (Arts. 97 a 107 Cn.). El gobierno es la encarnación del poder o sea las personas concretas en quienes se deposita la responsabilidad del ejercicio del poder soberano en sus tres funciones: Legislativa, ejecutiva y judicial.

El poder del estado se ejerce por hombres. A los hombres que asumen esa tarea se les llama órganos, y su conjunto compone el gobierno. Gobernantes, repartidores poderosos, titulares, detentadores o portadores del poder, son términos equivalentes a órganos del estado, del poder o del gobierno. Esos órganos representan al estado, o sea, lo ponen en el mundo jurídico en relaciones jurídicas e imputan a él la voluntad y la acción que despliegan en el ejercicio del poder (26).

1) Formas de gobierno

Las formas de gobierno atañen a la organización de la estructura gubernativa; se refiere al cuarto elemento del estado -el gobierno- y responden a la pregunta ¿quién manda? Actualmente, si bien los órganos de gobierno se clasifican según el número de individuos que los forman en unipersonales y colegiados, ya no se utiliza un criterio cuantitativo o numérico para clasificar a las formas de gobierno. La clásica división de éstas en monarquía, aristocracia y democracia no conserva más que un valor histórico (27).

¿A qué hace referencia la Constitución de El Salvador, cuando habla de forma de gobierno? (Art. 248 Cn.)

Loewenstein afirma que tradicionalmente y modernamente también, siempre ha habido un interés en encontrar las cualidades que acompañan la dirección, organización y ejecución del poder. De cómo se concentra o distribuye el poder no sólo nos orientará sobre la estructura del gobierno, sino del grado de participación y de los consensos en cuanto a su ejercicio. Monarquía, aristocracia y politeía denominó Aristóteles, a las distintas formas que los gobiernos podrán adoptar, las cuales podían degenerar en forma impura como son la tiranía, la oligarquía y la demagogia (democracia, olocracia).

Una mezcla de las formas puras nos llevaría al gobierno ideal, al que parece inclinarse, en el que la monarquía, aristocracia o politeía, estarían representadas en el gobierno republicano así: Presidente de la república, judicatura y asamblea, tres órganos o poderes equilibrados o controlados entre sí.

“La clasificación tripartita aristotélica fue recogida con una inteligente simplificación por Maquiavelo, quien observa en Italia, formas de ciudad-estado de carácter republicano con fundamento democrático y formas de absolutismo. En las primeras, el poder se distribuye en una mayoría o colectividad; en la segunda, el poder radica en un solo detentador: “El Príncipe”. (28) De ahí su famosa expresión de que los estados que la historia registra o son monarquías o son república.

Montesquieu concibió al **gobierno** como el marco de organización para el desenvolvimiento de las fuerzas sociales y a las distintas formas de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia; les agregó un elemento valorativo, en su orden: honor, moderación y virtud. Toda forma despótica del gobierno tendrá su contraparte ya sea la monarquía o la república, anticipándose a lo que ahora es el estado de derecho.

De esto surge la forma **republicana** de gobierno que adopta el poder constituyente de El Salvador, desde 1824 hasta la Constitución de 1983, cuando dice que el gobierno es democrático, republicano y representativo. Su clásica división de los tres poderes y órganos del gobierno: legislativo, ejecutivo y judicial. La distribución es garantía de su autocontrol, porque cada órgano tiene sus propias competencias y atribuciones las cuales son indelegables.

La revolución francesa adoptó esta doctrina y la selló para siempre en

el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre, de agosto de 1789. Con lo anteriormente expuesto estamos acercándonos a una explicación razonable a lo que la Constitución expresa con la idea de "forma de gobierno", es decir, al poder republicano, el que se ejerce al menos en tres direcciones o funciones, independientes unos de otros, con sus competencias indelegables y con autocontrol (cheks and balances).

2) Evolución de la república.

El gobierno republicano se ha sustentado en formas diferentes dependiendo de la época en que ha regulado y fundado las relaciones políticas; esto nos permite reconocer por lo menos estas modalidades: 1) La república antigua, es decir, las formas rudimentarias o primitivas de distribución del poder, tal como se dieron en Grecia y Roma clásicas.

En Grecia, la república tiene un solo órgano de dirección (Asamblea); Roma ya presenta una pluralidad de órganos: magistrados, senado, comicios, etc. Según la naturaleza de estos órganos inmediatos, se conformarán distintos tipos que se desarrollan en el curso de la historia.

Jellineck, en su Teoría del Estado, describe las siguientes formas de república: a) de carácter corporativo. b) Oligocráticas. c) República democrática. Cada una con los distintivos que le corresponden según sus nombres y de los cuales, obviamente interesa para los fines de este trabajo, la república democrática, que es la que más responde a nuestro modo de ser político y al carácter republicano, democrático y representativo del gobierno. La república democrática descansa sobre el carácter de la comunidad del pueblo como órgano supremo del Estado, los nacidos (nacionalidad) en la soberanía del estado; de ahí nace la voluntad dominante, de la comunidad de los miembros del pueblo; no obstante, aún no se habla todavía del sufragio universal, ni de su obligatoriedad, por lo que el número de integrantes del "pueblo", es reducido. Todos los anteriores, lo que Jellineck veía en su tiempo, conceptos que ahora han sido totalmente superados.

Ya he relacionado el hecho de que fueron los colonos puritanos que aplicaron los criterios de los pactos políticos, que precedieron a la Constitución de los Estados Unidos, considerando que el poder soberano no puede ser representado y exigían que cuando menos los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo.

La separación de Inglaterra y la conformación de los nuevos estados con suficiente base popular, los acerca a un ideal, a una fuerza espiritual, en el sentido de que la república democrática es producto de la naturaleza del hombre y es el único estado conforme a derecho. Es el pacto del estado natural al político.

Gobierno representativo. Todas las funciones del estado se ejercen por medio de representantes, que cumplen las funciones del estado en el esquema de la división de poderes, es un verdadero salto de calidad que supera el sistema monarquía.

El estado democrático y el gobierno que, además es republicano y representativo, responden al esquema demoliberal, es decir, se sustenta en la filosofía liberal que proclama que el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia; idea que sirvió de fundamento al estado burgués de derecho en sus primeros tiempos y que al exacerbarse, dio lugar a excesos que terminaron por crear una sociedad en la que “el hombre se convirtió en el lobo del hombre”, sentencia de Plauto que posteriormente Hobbes, la reviviera en “El Leviatán”. El hombre, el individuo, libre frente al estado no debe tener obstáculos para su desarrollo; al contrario, el estado es un instrumento de libertad, que deberá proteger los derechos individuales, tener un principio de organización sustentado en la división de poderes y que el único poder aceptable, es el que se fundamenta en el derecho, estado de derecho.

Esta versión esquematizada del estado, es la que adopta la Constitución de 1983, recogiendo el principio establecido en el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, que exige el mantenimiento del poder soberano en la doctrina de la división de poderes, por la cual ningún poder constituido puede interferir en las atribuciones y competencias, que el poder constituyente originario, ha asignado a los otros; tales atribuciones y competencias, ninguno podrá despojar de las atribuciones de uno, para asignárselas a otro, ya se trate de una de estas atribuciones o de varias, pues al hacerlo se afecta la forma de gobierno adoptada, es decir, la forma republicana, que se fundamenta en la filosofía demoliberal y que se ejerce en base a los principios de la democracia representativa. Las vocaciones autoritarias de diversos signos, estarían por tener un ejecutivo más fuerte, capaz de dar decretos-leyes, ignorando a la asamblea; los románticos de los gobiernos de asamblea, procurarían para ésta, la facultad de cercenar a los otros, una parte o todas sus atribuciones, y finalmente los defensores del gobierno de los jueces, someterían a la majestad del juicio y de la sentencia, las funciones del estado. Esto no es admisible.

Sistema político: El Art. 248 se refiere al sistema político proclamado en los Art. 85 y 87 Cn. En efecto, el Art. 85 establece que: a) el sistema político es pluralista. b) Se ejerce por medio de los partidos políticos. c) Se basa en la democracia representativa. d) La trasgresión da lugar al derecho de insurrección. El sistema pluralista no podría ser cambiado por el Art. 248, es decir, que cambiar a un régimen de partido único o ajeno a los partidos, no podría hacerse; es más, su violación daría lugar al derecho de insurrección.

Reforma del territorio. El Artículo 84 determina la calidad irreducible de su territorio, definiéndolo como el espacio sobre el cual, El Salvador ejerce su soberanía y jurisdicción, con lo que determina tanto el poder político como el jurídico. Dice que el territorio consta de:

- a) Parte continental.
- b) Territorios insulares, según Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana (1971).
- c) Otras porciones insulares, según el derecho internacional.
- d) Las aguas del golfo de Fonseca, según sentencias de 1971 y el derecho internacional.
- e) El espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente.
- f) La soberanía se ejerce sobre el mar, el subsuelo y lecho marinos hasta la distancia de 200 millas marinas, contados de la línea de más baja marea.
- g) Luego define los límites.

Ni la ideología formal de Art. 248, ni las mutaciones a que se refiere Jellineck, ni las leyes, ni decretos ejecutivos, tratados o acuerdos internacionales, etc., podrán modificar lo dispuesto en las normas territoriales. No obstante, el caso del golfo de Fonseca y el mar territorial, son puntos no agotados que, en su momento, generarán la necesidad de otros criterios constitucionales.

Conclusiones

Una nación tiene siempre el derecho inalienable de cambiar su Constitución; una sociedad no puede sujetar a las normas de ahora, las generaciones futuras. "Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras". Art. 28 Cn. 1791, (Francia). Cada revolución triunfante crea un derecho nuevo, una esperanza nueva, una constitución nueva... eso se espera.

En otro extremo, se ubican las constituciones o regímenes que establecen cláusulas que impiden las modificaciones, si no se observan las reglas que ellas mismas han establecido, declarando inmodificables determinados contenidos constitucionales, tal es el caso del Art. 248 de la Constitución de El Salvador que, entre otros, no permite reformar la forma de gobierno. La constitución francesa de 1958, dice que "la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión"; en igual sentido, las constituciones italiana y alemana, si del hecho se producen cambios, estamos en presencia de una mutación". El Salvador siguió esos modelos; no se puede reformar lo relacionado con la forma de gobierno y el sistema político; esto es una limitante al poder constituyente, derivado aunque sea en mínima parte; en consecuencia, ni los órganos fundamentales pueden ceder o delegar sus atribuciones ni otro poder podría usurpar funciones para sí o para un tercero.

- 1) La constitución es una llamado permanente a la reflexión para un proyecto de cambios, y su normativa se modifica con el impacto de la realidad político social, que no afecta sus formas textuales, pero trasmuta su contenido, un cambio que deja indemne su texto; no lo cambio formalmente, pero son las prácticas legislativas, administrativas y jurisprudenciales, las que transforman las constituciones, o bien, cuando se desaplican sus preceptos, alterándose los mandatos constitucionales. Esto podría darse en los casos de abusos del legislador, al irrespetar una norma constitucional en el Art. 248. Cn. Estas son las llamadas mutaciones constitucionales que se producen en toda sociedad y tiempo. No obstante, la mutación no es posible, incurriendo en defectos de procedimiento o alterando cláusulas intangibles.
- 2) ¿Existen lagunas en la Constitución de El Salvador? Toda norma tiene lagunas; el derecho ha creado la ficción de la plenitud hermética del orden jurídico y el juez deberá resolver el problema de las lagunas con este mecanismo; pero, en materia constitucional, esta ficción no aplica indiscriminadamente; en efecto, muchas situaciones podrán resolverse vía

interpretación jurisprudencial (pretorianamente); en efecto, la tan recordada sentencia del caso "Marbury and Madison" el juez Marshall resolvió aplicando la lógica más que el derecho escrito, pues al no resolver el caso expresamente, Marshall aplicó la lógica.

En este caso de la reforma a la estructura (forma) de gobierno, buscar la reforma de este por el mecanismo del Art. 248, sería violar la Constitución con conocimiento de causa. El legislador salvadoreño, en algunas oportunidades, ha expresado que se dará la ley y ante reclamos de inconstitucionalidad ha manifestado que se lleve el caso a la Corte Suprema de Justicia, quizá esperando que se produzca una mutación constitucional, dado que en nuestro sistema se espera que un ciudadano demande la inconstitucionalidad.

- 3) Los esquemas políticos autoritarios proceden a modificar sus constituciones empleando mecanismos espurios, tales como el golpe de estado, las mutaciones, el incumplimiento de la misma, o bien, apoyándose en sus propias disposiciones, impulsan procesos de reforma constitucional, en claro abuso de derecho, pasando por lo que tales disposiciones prescriben; tal sería el caso de modificar la Constitución en cláusulas intangibles.
(Art. 86,246,248, Cn.).
- 4) Toda comunidad política debe tener una constitución, dado que el proceso de conformación del poder necesita de un marco jurídico (Loewenstein) la Constitución funciona como dispositivo fundamental para el control del proceso del poder, o bien, como lo expresa Pérez Royo, la necesidad de que el proceso político deba construirse en proceso jurídico. La constitución del Estado originario, es una expresión de voluntad de poder originario; esto es el poder constituyente del pueblo, es un acto puro.

(Para ampliar este punto, véase mi ensayo sobre El Poder Constituyente, publicado en Edición Especial de "Quehacer Judicial". Revista de la Corte Suprema de Justicia. Abril 2003. No. 20).

BIBLIOGRAFÍA

SECCIÓN PRIMERA

- 1) Norberto Bobbio. Liberalismo y Democracia. Fondo de Cultura Económica.
- 2) Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución. Edit. Ariel. Barcelona, 1983.
- 3) Ibid.
- 4) José Alfonso Da Silva. Mutaciones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. IIJ. UNAM.
- 5) Pedro de Vega. La Reforma Constitucional. Edit. Tecnos S.A. Madrid. 1998.
- 6) Karl Löewenstein. Obra citada.
- 7) Pedro de Vega. Obra citada.
- 8) Ibid.
- 9) Ibid.
- 10) Ibid.
- 11) Ibid.
- 12) Ibid.
- 13) Ibid.
- 14) Ibid.
- 15) Ibid.
- 16) George Jellineck. Reforma y Mutación Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.
- 17) Ibid.
- 18) Ibid.
- 19) José Alfonso Da Silva. Obra citada.

SECCIÓN SEGUNDA

- 1) Ferdinando Lasalle. ¿Qué es una Constitución? Editorial Ariel,S.A. Barcelona, España. 1997.
- 2) George Jellineck. Reforma y Mutación Constitucional.
- 3) Ibid.
- 4) Luis López Guerra. Introducción al Derecho Constitucional.Tirant Lo Blanch.
- 5) Ibid.
- 6) Ibid.
- 7) Enmanuel Sieyés. ¿Qué es el tercer Estado? Lectura de Historia de las Ideas Políticas. Fernando Prieto. Unión Editorial, S.A. Madrid, España. 1989.

- 8) León Düguit. La Separación de Poderes y la Asamblea de 1789.
- 9) Sieyés. Obra citada.
- 10) Ibid.
- 11) Carlos Sánchez Viamonte. Manual de Derecho Constitucional.
- 12) Germán Bidart Campos. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino.
- 13) Ibid.
- 14) Derecho Constitucional Argentino.
- 15) Ibid.
- 16) Roberto F. Blanco Valdés. El Valor de la Constitución.
- 17) John Locke. Ensayo Sobre el Gobierno Civil.
- 18) Ibid.
- 19) Karl Löewenstein. Obra Citada.
- 20) Ibid.
- 21) Germán Bidart Campos. Obra citada.
- 22) Ibid.
- 23) Ibid.
- 24) Georges Bourdeau. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.
- 25) Karl Löewenstein. Obra citada.
- 26) Germán Bidart Campos. Obra citada.
- 27) Ibid.
- 28) Karl Löewenstein. Obra citada.

CAPÍTULO SÉPTIMO

Derecho constitucional salvadoreño

1) Las constituciones de El Salvador.

La constitución norteamericana de 1787, se mantiene hasta el presente; su adaptación a las distintas épocas se hace por medio de las enmiendas constitucionales, por ese mecanismo se introdujo el tema de los derechos fundamentales. En El Salvador, por lo menos, se han dado trece constituciones, algunas con los mismos contenidos, la misma filosofía, los mismos principios e instituciones. ¿Por qué ha habido tantas? Hay dos razones esenciales, en mi opinión: Primera: Hasta 1821, El Salvador y el resto de países centroamericanos eran colonias españolas y la colonización no fue precisamente un medio propicio de culturización; al contrario, el proceso de marginación social viene desde entonces. España no impulsó la cultura político- constitucional; el acto independentista, en toda América Latina, no se forjó en un proceso de transición, al grado que las nuevas repúblicas fueron dirigidas por minorías locales, que no tenían noción clara de cómo y a quiénes se aplicaría el nuevo sistema republicano, de separación de poderes y de absoluto respeto a los derechos fundamentales.

El constitucionalismo se vino conformando en el esquema de Lasalle, en el sentido de que la Constitución Real está conformada por los distintos factores reales de poder, que escriben en "la hoja de papel", las normas que contendrá la constitución formal. Con esto se conformaron o esto promovieron los detentadores del poder en el período postindependentista y, en el caso de El Salvador, se estructuró una sociedad polarizada, monopólica que adoptó el modelo económico agroexportador financiero que, a su vez, permitió la formación de los grupos oligárquicos locales -algunos todavía persisten- que promovieron una sociedad regida por una constitución semántica, es decir, una constitución que disfrazaba los grandes desajustes sociales.

Este panorama propiciaría los reacomodos generacionales de grupos o de familia que, en su momento, exigirían “el derecho de gobernar”; el resultado de este comportamiento político generó el irrespeto de la norma fundamental, de parte de los detentadores del poder o de quienes han querido detentarlo y cada vez que ha sido necesario derribar a quien ocupa el poder, se cambia la Constitución (golpe de estado).

Segunda: La rigidez exagerada que han tenido nuestras normas fundamentales, o los obstáculos que en la práctica supone el proceso de reforma, que estimuló el golpe de estado como forma de cambiar la constitución; de tal manera que el poder de reforma solamente se ha aplicado después de los Acuerdos de Paz; por lo que la Constitución de 1983 rige desde ese año con las enmiendas, algunas muy importantes, que se han introducido, especialmente, las que resultaron como parte del proceso de pacificación y democratización que se impulsa en el país. Lo que ahora se observa es una intención de trascender de la constitución semántica por lo menos a una constitución nominativa, sin que ello signifique que hemos alcanzado el nivel del constitucionalismo normativo, por el cual la realidad y la norma serían equivalentes o casi equivalentes. (El lector podrá conocer esta teoría en Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución).

- a) **Constitución de 1824.** De acuerdo a la doctrina que he sustentado en materia de Derecho Constitucional esta Constitución, es el acto originario que da origen a nuestro Estado, es la expresión del pueblo soberano que, por medio de una Asamblea Constituyente, promulga su Constitución. Independiente de la Constitución Federal de ese mismo año, el Estado de El Salvador, nace a la vida política, jurídica y constitucional en ese año, y esa Constitución podría estar vigente hasta la fecha, con las enmiendas que hubieren sido necesarias. El resto de constituciones ya no se dan mediante actos originarios, sino que el pueblo ha sido convocado para elegir Asamblea Constituyente y luego se da la Constitución; si bien es cierto no se puede objetar la figura de la Asamblea Constituyente y manteniendo las constituciones que se han decretado, las mismas condiciones que se daban con la constitución derogada, no se puede hablar de Poder Constituyente Originario, pues no han aparecido nuevas formas de Estado, aunque sí es obvio, han cambiado los gobiernos;

La Constitución de 1824 es el producto de la reunión de los representantes de la intendencia de San Salvador y de la Alcaldía Mayor de Sonsonate, quienes cumpliendo lo dispuesto en la Constitución

Federal, decretan la Constitución estatal; sin embargo, como la federación desaparece debe tenerse que el acto originario creador del Estado de El Salvador y su correspondiente Constitución, lo que crea la sociedad política salvadoreña. En mi opinión, habría un primer acto constituyente originario al crearse la Federación, o sea el Estado Federal y segundo, el acto creador del "Estado del Salvador" (sic) que es el que ha permanecido desde las generaciones pasadas hasta las presentes y las futuras.

CARACTERÍSTICAS PROPIAS.

La libertad y la independencia son los presupuestos de esta Constitución; sin ellas no habría Estado, sino la continuación del régimen colonial. Actualmente, el presupuesto de independencia está comprendido en el de libertad, y se ha sustituido por el de igualdad. Se destaca el carácter federado de la República de Centro América, malgrado esfuerzo que aún duele a Centroamérica. El Art. 5 hace referencia a que la religión será la C.A.R.: Católica, Apostólica, Romana.

Se define como un gobierno popular y representativo; esto último es propio de las democracias modernas, en el sentido de que el poder se ejerce por medio de representantes libremente electos. Luego se inscribe en la Doctrina eudemonista-utilitarista de los fines del estado, al afirmar que la felicidad del gobierno en la Federación, es su principal objeto. Lo anterior es un total contrasentido, pues la felicidad que se busca es la de la sociedad y no la del gobierno y, por otra parte, refleja la ingenuidad de los primeros momentos, pues ningún estado moderno se propone la felicidad, cuando mucho asegurar un poco de bienestar.

Siguiendo el modelo norteamericano, asume la doctrina de la separación de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, aunque siendo un estado federado, sólo hay jefe de Estado. La figura del presidente de la república aparecerá en las futuras constituciones.

- b) Constitución de 1841.** Sus características: Esta Constitución es eminentemente estatal, pues la federación ya había desaparecido y esta es la principal explicación de su apareamiento. Tiene ya mayor grado de técnica constitucional incorporada en su texto al establecer la parte orgánica y la parte dogmática con mayor precisión; define el gobierno republicano, popular y representativo; reconoce la existencia

de tres poderes separados, aparece el término presidente del Salvador, germen de la figura del presidente de la república. Determina que la religión católica es oficial, pero declara que todo hombre es libre para adorar a Dios, según su conciencia: auténtica libertad de conciencia.

Establece una declaración de derechos, deberes y garantías. Proclama el derecho del pueblo de modificar su Constitución, consagra los derechos a la vida, a la propiedad, a la libre opinión. El Art. 76 es un monumento de principios constitucionales, que en una reforma debiera retomarse por contener sabias disposiciones que conforman los principios filosófico-políticos, que animan a las constituciones modernas. El Art. 67 habla de poder político y no de poder público, y es preferible la concepción moderna, pues existe pleonasma jurídico al decir poder político. No obstante, ser producto de la disolución de la república federal, mantiene la esperanza y propósito de contribuir a su reorganización.

- c) **Constitución de 1864.** Sus características: En su Art. 1 define a la república del Salvador. El Art. 76 proclama la tesis de que el derecho natural existe antes del Estado y que es superior a él. Afirma que El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores al derecho positivo; tiene por principios la libertad e igualdad; aparece por primera vez la idea de igualdad; la pena de muerte es aplicable únicamente por delitos muy graves, pero nunca por delitos políticos; este avance se truncó durante el período del General Martínez, (un funesto personaje al que todavía muchos enfermos añoran) quien fusiló a los rebeldes del 2 de abril de 1944.

Las constituciones de 1886, 1950 y 1983, serán analizadas extensamente, ya que constituyen el núcleo de tres momentos importantes de la vida constitucional del país y que conforman objetivos especiales de este estudio. Los tres tomos siguientes de esta investigación estarán dedicados a ello.

Recomiendo al lector el estudio de la obra HISTORIA CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, del Dr. José María Méndez, editada bajo el auspicio de la Universidad Tecnológica de El Salvador, especialmente para el conocimiento del período preindependentista, hasta la Constitución de 1883).

2) Las constituciones federales

- a) **La constitución federal de Centroamérica de 1824** se produce durante el pleno auge del liberalismo, bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano, la doctrina francesa e inglesa; en su texto, se encuentran los principios doctrinarios, que se generaron con los grandes acontecimientos que impactarían e impactan la cultura constitucional. En efecto, la estructura orgánica de dicha Constitución sigue el modelo norteamericano, excepto en lo que se refiere a “los derechos del hombre” que, como es sabido, en la constitución norteamericana no formaron parte de su estructura originaria, sino que se introducen posteriormente a través de las enmiendas. La Constitución tiene como objetivo promover la felicidad, sostenerle en el mayor goce posible de sus facultades, afianzar los derechos del hombre, los principios inalterables de igualdad, seguridad y propiedad.

La felicidad, como objetivo o fin del estado, es una remembranza de la teoría eudemonista de Aristóteles, para quien el fin de la polis era alcanzar la mayor felicidad de sus habitantes; así como para Platón era alcanzar el mayor bien, lo cual era explicable en estas formas primarias de estado, por cuanto la polis era autárquica, en el sentido de que podía generar la mayor armonía entre sus miembros; sin embargo, en los tiempos actuales, la mayor felicidad es el objetivo de las religiones, por motivos y a partir de presupuestos diferentes; se proclama la soberanía y la independencia, como presupuestos necesarios para la existencia de un estado, pues careciendo de ellos estaríamos hablando de otra cosa. La igualdad, la seguridad y la propiedad son elementos fundamentales en la federación. Recuérdese que, en la teoría del Contrato Social, para Locke era la propiedad un derecho natural, anterior al estado; del mismo modo la seguridad, la cual en Hobbes es de especial importancia, considerando que es la motivación esencial para que los hombres se asocien.

Proclama como suyo el antiguo territorio del reino de Guatemala y su composición de cinco estados; el gobierno es popular, término que posteriormente sería sustituido por el de democrático que, en mi opinión, significan lo mismo, con la desventaja de este último de ser ambiguo y generar distintas interpretaciones. Mantiene como religión única, la católica, apostólica y romana. Aunque no lo dice en forma expresa, el poder legislativo reside en un congreso legislativo y el senado; sus

funciones son las mismas que en el sistema norteamericano. (Vid. José María Méndez. Obra citada.)

b) Constitución centroamericana de 1898.

En la ciudad de Managua, Nicaragua, se promulgó la segunda constitución centroamericana. Esta vez participaron Honduras, El Salvador y Nicaragua, habiéndose disuelto la primera federación, quedó latente el deseo de los países centroamericanos de reconstruir la patria, con la integración de todos los países que la habían conformado en 1824; sin embargo, en esta segunda oportunidad solamente concurren los países anteriormente nominados.

- ↪ El hecho de que los estados conservaron su soberanía sin delegarla a la entidad creada, hace que este intento no logre conformar un verdadero estado federado. Más bien da la idea de una confederación. No se logra conformar un ejército federal; proclama la necesidad de la alternabilidad en el ejercicio del poder. (Vid. José María Méndez. Obra citada).

c) Constitución centroamericana de 1921.

En Tegucigalpa, Honduras, reunidos los representantes de Guatemala, Honduras y El Salvador, promulgan la tercera constitución de la república de Centroamérica, que presenta características similares a las anteriores, en especial al régimen de soberanía, que se mantiene en los estados y no se transfiere al organismo federado; se reconoce algún valor a los tratados internacionales que los estados hubieren celebrado y fundamentalmente se establecen las bases para un régimen laboral, que responderían a los nuevos principios de la problemática social y la influencia de las constituciones mexicana y rusa y Alemania en 1919, dándose reglas para la protección de las mujeres y los menores en el campo laboral, así como algunas prestaciones de seguridad social. Se mantuvo el ideal de la filosofía liberal de protección de los derechos fundamentales, iniciándose el constitucionalismo social en Centroamérica, en el esquema del estado burgués de derecho, que se fundamenta en el individualismo liberal y en la separación de poderes. (Vid. José María Méndez. Obra citada.)

CAPÍTULO OCTAVO

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Sección Primera

1) Nota introductoria.

A la jurisdicción constitucional en El Salvador, le corresponde la atribución de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional; reside en primer término, en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en materia de inconstitucionalidad de las leyes, amparo constitucional y exhibición personal (hábeas corpus); en las Cámaras de Segunda Instancia, en los casos de exhibición personal y a todos los tribunales de la república, en los casos de inaplicación de las leyes por causa de inconstitucionalidad. Existe, pues, un tribunal especial que, en forma concentrada, tiene competencia en materia constitucional y los otros tribunales, que conocen en la forma anotada. La Sala, actuaría como un organismo de control concentrado; los otros tribunales harían un control difuso, por lo que el sistema salvadoreño podría ser calificado como un sistema mixto que es la tendencia mayoritaria en América Latina.

En su orden, estos tres derechos aparecen en la historia constitucional salvadoreña en la siguiente forma: En la Constitución de 1841, (Art.83) el derecho a solicitar auto de exhibición personal o hábeas corpus, en caso de detención ilegal. Tal solicitud se presentaría al juez respectivo, manteniéndose hasta el presente, pero en la forma que se expresó arriba; el Art. 37 de la Constitución de 1886, estableció el derecho de pedir y obtener el amparo de la Corte Suprema de Justicia o de las Cámaras de Segunda Instancia, cuando cualquier autoridad o individuo restrinja su libertad o cualquiera otro de sus derechos individuales que garantiza la Constitución, manteniéndose hasta el presente, pero en la forma que se expresó en el párrafo precedente. En la Constitución de 1950, aparece por vez primera el recurso de inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones de otros

poderes, atribuible a todos los tribunales, en los casos que tengan que pronunciar sentencia. (Control difuso). También se crea el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerse a petición de cualquier ciudadano. De esta forma de control constitucional, haré referencia oportunamente.

Para comprender la existencia de la jurisdicción constitucional y en ésta el control constitucional, ya sea concentrado o difuso, debe partirse de un doble carácter que acompaña a las constituciones. Como afirma Manuel Aragón Reyes, "la Constitución tiene supremacía política y supremacía legal; es decir que tiene supremacía y suprallegalidad" (1).

Por el primer carácter, la Constitución es una racionalización del poder o poderes existentes en la sociedad; representa la suma de los factores reales de poder que actúan en la sociedad (Lassalle). "El establecimiento de una Constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se considera modélico o al menos preferible" (2).

La Constitución es también norma, pero es la superior de todas las normas y constituye el punto de referencia para la validez de todo el orden jurídico y del resto de pautas normativas, que se observan en la sociedad. Lo anterior constituye uno de los aportes que impactan al constitucionalismo moderno y procede del constitucionalismo norteamericano:" (3) "La ley que repugna a la Constitución es nula", expresión que caracteriza la doctrina derivada de la famosa sentencia del Juez Marshall, en el caso *Mádison & Marbury*. Significa lo anterior que todas las normas estatales deben estar conformes a los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución. **(Art 246. de la Constitución de El Salvador)**. El Juez Marshall parte de un razonamiento elemental:" Cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple, o se aplica la ley, en cuyo caso inaplica la Constitución o se aplica la Constitución y en consecuencia, se inaplica la ley"(4).

"De este principio y de lo dispuesto en el Art. VI de la mencionada Carta Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con el cual, dicha Constitución, las leyes del Congreso Federal que emanen de ella y los tratados internacionales aprobados por el Senado, serán Ley Suprema de la Unión, y además, que los jueces de los Estados están obligados a preferir dicha Constitución, leyes y tratados, sobre las constituciones y leyes de sus respectivos Estados. Surgió el

principio de la judicial "review", que consiste en la desaplicación de esas leyes, cuando se consideran contrarias a la Carta Federal" (5). Este mandato ha sido retomado en el constitucionalismo latinoamericano y, en la Constitución de El Salvador, se consagra en el Art. 185, que dice: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contraria a los preceptos constitucionales"; esto corresponde al sistema americano, por el cual, los jueces están autorizados y obligados a resolver cuestiones de inconstitucionalidad, denominándose a este sistema control difuso.

2) Jurisdicción constitucional en El Salvador.

El Art. 172 de la Constitución establece que "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la ley." "Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes".

Art. 174. "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo y las causas mencionadas en la atribución séptima del Art. 182 de la Constitución".

Art. 183. "La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano".

En la Ley de Procedimientos Constitucionales, se fijan otras reglas para regular el procedimiento en materia de inconstitucionalidad de las leyes, en materia de amparo constitucional y en materia de hábeas corpus. Es una ley netamente procesal, no establece reglas para orientar las actuaciones, la vista

de las causas, los ponentes, las discusiones, las convocatorias, los votos particulares; de tal manera que esta materia tan delicada queda a juicio prudencial del Presidente de la Sala que, a su vez, es Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial. Existe la posibilidad de delegación para que un magistrado dirija determinado proceso, y en esto las reglas son más necesarias, porque la experiencia ha demostrado abusos y manipulaciones, que, dada la saturación que tienen los magistrados de labores administrativas, no pueden dedicar el tiempo necesario para vigilar el sano desarrollo de los procesos.

La Ley Orgánica Judicial regula tíbiamente algunos aspectos de organización interna, como el de las precedencias y que corresponde a esta Sala, la primera; que el Presidente de la Corte será sustituido, en caso de ausencia, por un magistrado de esta Sala, en el orden de su nominación, cuando son electos; el sistema de votación, fijándose un mínimo de tres votos conformes en el caso del amparo y el hábeas corpus y de cuatro en el caso de las inconstitucionalidades

La Constitución fija las reglas para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siendo los requisitos idénticos para todos; son electos de dos listas que se forman así: Una, que resulta del voto directo, igualitario y secreto, de los abogados; otra, de una selección que hace el Consejo Nacional de la Judicatura. Ambas son vinculantes para la Asamblea Legislativa, que deberá seleccionar, cada tres años, cinco magistrados propietarios y cinco suplentes. Es potestativo de la Asamblea, tomar en cuenta candidatos de ambas ternas o sólo de una; los magistrados de la Sala de lo Constitucional son designados con nombre y apellido; los magistrados de las otras Salas son electos, sin nominación específica y posteriormente la Corte Plena, lo ubicará en la Sala correspondiente; uno de los magistrados de la Sala de lo constitucional es presidente de la Sala, de la Corte y del Órgano Judicial.

Aunque la Constitución ha previsto la reelección de los magistrados, hasta el momento no se ha producido ninguna; algunos han corrido por su "reelección", ubicándose en la lista ya de los abogados, ya del consejo; ninguno ha logrado su objetivo. En mi opinión, la verdadera reelección se daría mediante elección directa de la asamblea, sin recurrir a las listas mencionadas; sería un acto soberano, si consideran que un magistrado merece ser reelecto. Si un magistrado que termina su período se inscribe en las listas ya referidas y es electo, en mi opinión, no hay reelección, sino elección por segunda vez; o sea que ha seguido el camino que la ley establece para los que se quieren elegir; los que deben ser reelectos, lo son sin necesidad de correr por la elección; es

más, correr por una segunda elección denota oportunismo y debilidad de carácter, pues la reelección no debe ser buscada o someterse a una contienda para lograrla; la reelección debe ser espontánea por el Órgano que puede hacerlo.

3) Estructura y organización de la Sala.

Al no existir reglas para el orden, ejecución y despacho de los asuntos de que conoce la Sala, se recurre a la sabia dirección del presidente que, por lo general, delega la tramitación de los expediente, en uno o más magistrados; la práctica que pude ver, es de resultados nefastos y tristes experiencias pues, dado el volumen de compromisos del presidente, éste por lo general delega todo en el magistrado que le sigue en la precedencia; éste se convierte en el poder detrás del trono, con las consecuencias que debemos imaginar, dada la delicadeza de los asuntos que se conocen. Además de concentrar una exagerada cuota de poder, probablemente éste sea uno de los superpoderes a que se refirió el magistrado René Fortín Magaña, en un revelador artículo publicado en uno de los periódicos de la capital.

Conscientes o no, los presidentes que he visto actuar hacen una de estas dos cosas: Asumen y concentran el poder total, lo que los convierte en dictadores del Órgano Judicial o, abrumados por las crecientes responsabilidades de este Órgano del Estado, delegan en el siguiente o en otro magistrado y le trasladan las responsabilidades y el poder. Esto es gravísimo, pues conduce a manipulaciones indebidas, a la demora en resolver y a la baja calidad de las resoluciones, formándose una cadena de males que van surgiendo tales como los vicios del proceso, el tráfico de influencias, los tratamientos injustos, los actos de corrupción, las denegatorias de acceso a la jurisdicción, etc. En mi opinión, una nueva Ley Procesal Constitucional, debe regular estas importantes materias, todo con el objeto de que el tribunal constitucional, no pierda credibilidad, que genere confianza, que produzca seguridad jurídica, etc.

3.1.) Asistentes y colaboradores jurídicos:

Debo expresar que la Sala ha formado un excelente número de jóvenes abogados, que entraron a su servicio por vocación, intelectualmente aptos y moralmente también. Me agrada referirme a este aspecto humano, pues el crecimiento y desarrollo de la Sala, debemos buscarlos también en el empeño, esfuerzo y sabiduría de muchos jóvenes, que colaboran con ella. En España, se les denomina letrados y son asesores del tribunal, con excelencia y capacidad.

Es una práctica generalizada de que, a la par de los magistrados de Sala o de Tribunal, se cuente con el respaldo de asesores o colaboradores que, en el caso nuestro, recayó en su mayoría en profesionales jóvenes. Lamentablemente, no sólo buenas calificaciones se obtienen en una clase, sino que también se han dado casos de elementos que no han resistido el halago, las presiones o los compromisos y la Sala tuvo que prescindir de sus servicios. Este tema no es ajeno al propósito esencial, pues la visión del nuevo país requiere capacidad y, además, honestidad, no sólo en esta esfera sino que en todos los niveles estatales y el mundo entero confía y desea el desarrollo de ambos valores.

3.2.) La Sala como tribunal constitucional.

La discusión de que si los tribunales constitucionales son verdaderos tribunales, es decir, si ejercen jurisdicción y, en consecuencia, se vinculan a todo el ordenamiento jurídico y resuelven apegados a las leyes o para decirlo con lenguaje forense, si resuelven apegados a derecho. Otro tema que tiene que ver con la Sala es su ubicación en el seno de la Corte Suprema de Justicia, y si esto es necesario o si por el contrario, debería reformarse la Constitución con el propósito de crear el Tribunal Constitucional, con una estructura organizativa y financiera independiente de la Corte Suprema de Justicia, se ha cuestionado si existe una subordinación de la Sala a la Corte, pues siendo este tribunal supremo, se supone que la Sala estaría en segundo plano; sin embargo, como la Sala puede inclusive conocer en amparo constitucional, resoluciones de la misma Corte Suprema, se ha considerado que la Sala está por encima de la Corte. Orgánica y administrativamente, la Sala está subordinada a la Corte, pero constitucionalmente, la Sala tiene superioridad. Los problemas apuntados podrían resolverse con la reforma constitucional y, en otros casos, con dar una Ley Procesal Constitucional que actualice estos temas.

3.3.) ¿Es la Sala de lo constitucional un tribunal?

Tribunal es un organismo que ejerce jurisdicción; está autorizado para impartir justicia conforme a las leyes, en el marco de una competencia, ya sea por razón de la materia, del territorio, de la cuantía, etc., sigue los marcos que la jurisprudencia y la doctrina han asignado a un organismo de esta naturaleza; cabe decir que jurisdicción y competencia, tienen reserva de ley. Un tribunal aplica una norma previa a hechos concretos. ¿Hace esto la Sala de lo Constitucional, en los casos de inconstitucionalidad de las leyes? García de Enterría, citando a Kelsen, manifiesta que un tribunal constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que

se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas. En el juicio de amparo constitucional, se supera el hecho del simple cuestionamiento abstracto de normas, porque ya existe un sujeto de derechos y otro de deberes, o sea que hay derechos subjetivos sobre los cuales resolver, el tribunal constitucional actúa únicamente en la determinación del derecho, pero la ejecución de la sentencia sigue reservada a los tribunales comunes.

Sin embargo, es el primero de los argumentos, en caso de inconstitucionalidad, que se niega la calidad de tribunales a los organismos estatales, que actúan en el caso de la incompatibilidad de las leyes por razones de inconstitucionalidad y en el amparo. En los juicios de amparo, cambia el argumento ya que no se trata de la determinación de normas igualmente abstractas, sino que ya es en la etapa de ejecutoria de la sentencia que corresponde a otros tribunales y no al tribunal constitucional.

Afirma García de Enterría, que una interpretación como la anterior lo refiere al caso de la inconstitucionalidad, "es para evitar que las normas legales sean abrogadas directamente por los jueces, que según el modelo norteamericano, es de control difuso y cualquier juez puede declarar la incompatibilidad de las normas, y eso traería como consecuencia un gobierno de los jueces tan nefasto como un gobierno de asamblea y que Europa quiso evitar por las circunstancias propias de la preguerra mundial.

Siendo así las cosas, el tribunal constitucional no lo es desde el punto de vista jurídico, sino que en la teoría de Kelsen, citado por Enterría, se trata de un colegislador, el tribunal constitucional, es un legislador, su acto es más político que jurídico; es un órgano que abroga las leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que explica el efecto erga omnes de las sentencias anulatorias, y es porque tiene fuerza legislativa. El tribunal constitucional es un legislador sólo que un legislador negativo. "El poder legislativo se ha escindido en dos: el legislador positivo, que toma la iniciativa de dictar y de innovar las leyes y el legislador negativo, que elimina aquellas normas que son incompatibles con la superior norma constitucional" Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma*, citando la tesis de Kelsen.

Esta teoría influyó en los tribunales constitucionales de la primera postguerra (Austria, España 1931); también en la segunda postguerra, pero ahora con matices diferentes, pues los efectos de un legislador abusivo, que anula todo lo que había logrado el estado de derecho un legislador, que llevó al mundo a un sacrificio de millones de personas, obligaría a sacar de su control,

la validez de las leyes y pasarlo a verdaderos tribunales que, en forma independiente, determinarán la constitucionalidad de las leyes. Pero no se adopta el modelo kelseniano del legislador negativo, que declara la inconstitucionalidad *ex nunc*, nunca *ex tunc*, porque entonces perdería la calidad de legislador negativo; adopta el modelo norteamericano de tribunal jurisdiccional, carácter que aquel modelo niega.

¿Por qué surge esta teoría? Este sistema contrarresta la pretensión judicial que, en algún momento, existió del gobierno de los jueces que proclamó que en algunos casos los jueces podrían resolver sin observar la ley; así ocurrió en Alemania, Francia y Estados Unidos. El sistema de Kelsen pretende someter a todos los jueces a los mandatos de la ley y un tribunal especial, actuando como legislador negativo, que anula los efectos de la ley, pero reconoce el valor de la ley en el tiempo pasado. Sus resoluciones son para el futuro (*ex nunc*) pero si es inconveniente el gobierno de los jueces, también lo es el gobierno de Asamblea; por lo que es necesario volver a la idea del tribunal con carácter jurisdiccional, (no sólo como legislador negativo, que es contrario a la separación de poderes) tal como era y es en Estados Unidos de América, pero no para todos los tribunales (control difuso) sino un órgano especializado (control concentrado), pero considerando la tesis norteamericana de la supremacía constitucional.

4) Control concentrado o control difuso.

La Constitución puede autorizar a algún órgano o algunos órganos distintos del legislativo a controlar la constitucionalidad de las leyes. Kelsen describe tres formas: a) Otorgando competencia a algún órgano de aplicación (a los jueces y tribunales), para apreciar la concordancia de las normas con rango de ley con la Constitución y no aplicarla, en los casos que él examina, si esa concordancia no se da; es lo que se llama control difuso. b) Otorgando competencia a un tribunal especial para controlar las normas creadas de forma irregular y la expulsa del ordenamiento jurídico; es lo que se conoce como control concentrado de constitucionalidad, actuando el tribunal como legislador negativo. c) Atribuyendo responsabilidad personal (sanción) al órgano que crea normas en forma irregular.

En el caso de El Salvador, puede ser uno de los delitos contra la Constitución (Art. 244), aunque no está dicho expresamente. La sentencia, que establece o declara la inconstitucionalidad, tiene valor constitutivo; es hasta en ese momento que la norma impugnada tiene el carácter inconstitucional; la norma

inconstitucional es anulable, no es nula; por tal razón, la sentencia pronunciada es constitutiva, porque su anulación tiene el mismo sentido de su creación; se crea una situación jurídica inexistente.

CAPÍTULO OCTAVO

Evaluación de la Justicia Constitucional

Sección Segunda

No se ha hecho un trabajo investigativo sobre los resultados favorables o no de la gestión de la Sala de lo Constitucional, especialmente a partir de las reformas constitucionales de 1991, cuando se modifica el procedimiento de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, eligiéndose la primera de ellas, en julio de 1994.

De entonces a la fecha, la Sala de lo Constitucional, ha tenido una función muy importante en la vida del país, pero lo realizado debe de someterse a una evaluación nacional, imparcial, objetiva y eminentemente jurídica; se necesitaría una iniciativa de alguna institución con suficiente grado de credibilidad, para investigar qué es lo que se ha hecho en ese campo, revisando la jurisprudencia, los criterios, la uniformidad de los fallos, la honestidad de los mismos, etc., y de esa manera saber si se cuenta con un sistema de protección de los derechos fundamentales, confiable y honorable.

En el estudio que se formula en el presente libro, no se podría llegar a tanto pues, por su propia naturaleza, solamente es posible ofrecer algunos rasgos descriptivos de la justicia constitucional, en sus formulaciones más generales; pero no es posible hacer juicios de valor o un análisis crítico del tribunal constitucional y sus logros.

No obstante, se ha llegado a la conclusión de que el instrumento legal vigente ya no cubre las necesidades mínimas de una legislación aceptable y aunque no hay, tal como se ha expuesto, investigaciones responsables que permitan partir de bases confiables para el enjuiciamiento crítico de la justicia constitucional, por lo menos se ha partido del criterio de lo antiguo de la ley

vigente, para pensar que emitiendo una legislación nueva, se tendrán mejores posibilidades para el respeto de los derechos fundamentales. En tal sentido se ha conocido de la presentación que se ha hecho a la Asamblea Legislativa de un proyecto de Ley Procesal Constitucional, de la cual se harán algunos comentarios en este apartado, citándose los artículos pertinentes del proyecto.

Sin embargo debe anticiparse, que las instituciones no cambian por el hecho de que cambie su normativa; puede ser que el proyecto de ley tenga algunos tecnicismos novedosos y sea un marco jurídico más actualizado, aunque el documento refleja algunas disposiciones que no producen un optimismo desbordante. Más bien las transformaciones, estarían en el orden de crear actitudes nuevas y visiones renovadas ante el significado actual de los derechos fundamentales y los procedimientos de tutela. En esto tiene que ver mucho el compromiso que personalmente asuman, concretamente los magistrados de la Sala de lo Constitucional. Con esos antecedentes examinaré algunos aspectos de ese proyecto.

Ley Procesal Constitucional

1. Esta Ley Procesal Constitucional debería haber sido de la Jurisdicción Constitucional y poner en el centro de dirección y organización, a la Sala de lo Constitucional; eso no ocurre en este proyecto, que se conforma con ser reguladora de procesos; pero no se hace lo que la Constitución quiere que se haga, como es el de establecimiento y creación de la jurisdicción, como sistema para el ejercicio de la ***potestad soberana de impartir justicia constitucional***.

2. El proyecto trae la novedad de una disposición que expresamente declara que la Sala de lo Constitucional es el ***máximo intérprete*** de la Constitución. Si esto es así debería de haberse creado la jurisdicción constitucional, así como lo dispone el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, que proclama su independencia y sometimiento a la Cn. y a la ley.

El carácter de intérprete supremo se deriva de la Constitución misma y no de una decisión del legislador; de esto hay que esperar: 1. si éste, acepta que la Sala de lo Constitucional sea ese "intérprete supremo"; 2. que ocurrirá en caso de que no lo diga; 3. si la Sala, sigue asumiendo esa cualidad, entonces para que pedirla al legislador.

La jurisdicción daría a la Sala, el carácter de verdadero tribunal, que siempre ha estado en entredicho, porque nunca ha definido su rol de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en materia de amparo constitucional y en el caso del recurso de inconstitucionalidad, por el hecho de que en éste, no hay contención de partes; esta sería la razón por la cual el proyecto tímidamente habla de una ley reguladora y no establece, lo que debió haber hecho, crear la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, el carácter de intérprete supremo debe sustentarse en la competencia de la Sala en la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y en la protección concreta de los derechos fundamentales, cuando se hubieren violentado en perjuicio de un ciudadano y que la decisión que en ambos casos tome, son vinculatorias para los otros órganos del Estado. Esta cuestión no ha sido ampliamente explicada por los autores del proyecto.

3. **Finalidad de la ley:** La ley, dice el proyecto, tiene por objeto garantizar la supremacía de la normativa constitucional, el ejercicio pleno de los derechos consagrados en ésta, y el funcionamiento regular de los órganos de gobierno. Lo anterior podría interpretarse como una consecuencia de lo expuesto en el apartado anterior. El amparo es uno de los procesos regulados.

4. El art. del proyecto establece cuestiones generales para el manejo de los procesos, tales como el derecho de acceso, (que tantas veces se ha negado conforme a la legislación vigente) el impulso de oficio; la apreciación de los errores de derecho; las prevenciones correctivas, pruebas, igualdad de las partes; todo proceso será de conocimiento público, expresa la letra "g" de este artículo mejor hubiera sido el juicio oral y público, al menos las audiencias que resuelven las admisiones o no y las sentencias definitivas, pues de esto dependen muchas cosas importantes para la vida jurídica y democrática del país.

5. No obstante, el art. 5 crea la competencia para la Sala. ¿Para conocer de las pretensiones? La realidad que las demandas de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, deberían como acciones públicas, o quejas en el caso del amparo, dada la frecuencia de las violaciones constitucionales y la escasa formación jurídica de la población formalizarse con la sola demanda. **La pretensión es el derecho de acción, más la demanda, más el sustrato fáctico, el sustrato jurídico y el vínculo o nexa causal,** configurar esta pretensión es todo esto es un reto hasta para los abogados, no se diga para un ciudadano, que lo que plantea es una queja por violación a sus derechos fundamentales

Aunque la ley no lo diga, pero esto es para asistencia letrada. En el fondo hay esta intención, presionar al ciudadano para que busque asistencia técnica, aunque aparentemente pueda tener acceso a la jurisdicción constitucional sin ese recurso; pero cuando se habla de pretensión y con la jurisprudencia sentada por la Sala, se refiere a cosas más complicadas.

6. El art. 6 limita la competencia a las normas constitucionales, de tal manera que los tratados internacionales no son objeto de control constitucional siguiendo el modelo español que solamente reconoce como derechos amparables, los contenidos en los arts. 15 al 29 de la CE., según lo dispone el art. 53 de dicha Constitución. Otros derechos son mandatos al legislador, o son conocidos por los jueces o tribunales, por los tribunales europeos, o en su caso por la Corte de Estrasburgo (derecho comunitario).

En este sentido el proyecto salvadoreño es más ambicioso, pues se refiere a toda la normativa constitucional y aquí encontramos derechos individuales, sociales, económicos, del medio ambiente y políticos.

Sin embargo, su interpretación es de acuerdo al pensamiento del tribunal y se **“abstendrá de cualquier consideración que no tenga relación con ésta”**. ¿Hasta dónde podría llevarnos esta interpretación, conociendo nuestra formación y pensamiento judicial de no muy amplio criterio? Tal como se ha redactado pareciera que esta disposición, abjura de los tratados, entre estos la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que otros Estados invocan como parámetro de interpretación (art. 10.2 CE), pero se exige que sea derecho fundamental; entre nosotros no, ya que el art. 6 del proyecto habla de normas constitucionales.

7. El art. 75 define que el amparo tiene por objeto garantizar el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la normativa constitucional. La vulneración comprende: privación, obstaculización de ejercicio, restricción o desconocimiento; la amenaza y los derechos colectivos o difusos; lo anterior rompe con la teoría de que los derechos constitucionales son derechos subjetivos públicos.

8. Procede la pretensión de amparo por acción, omisión o simple actuación material que vulnere los derechos consagrados en la normativa constitucional, procede en contra de las actuaciones impostoras, burdas o con abuso de derecho, contra leyes y otras disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, cuando se trate de normas auto aplicativas.

Contra actos de particulares cuando estos se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección, o existiendo no funcionen; en un país como el nuestro lo dispuesto en este artículo debe considerarse como una especie de realismo jurídico, que debe ser considerado un avance.

9. El art. 77, regula una problemática muy discutida como es la caducidad, estableciendo que la pretensión debe ejercerse en el plazo de 120 días, bajo pena de caducidad a partir de la fecha de que tuvo conocimiento del acto lesivo. Si está impedido con justa causa no le corre término; si es de comisión instantánea, cuando el acto se produjo; si es de tracto sucesivo, cuando haya cesado su ejecución.

Es importante señalar que en el derecho español, la caducidad, se explica por el hecho de que parte de una situación jurídica que ha resuelto anteriormente, dado que en ese sistema, el amparo se recaba o tutela, en sede ordinaria y hasta después se llega al tribunal constitucional. (art. 43.2 L. Pr. Cn.)

10. El art. 37, regula el problema de la subsidiariedad o per saltum. El caso, más importante es que corresponde únicamente a los casos de decisiones de autoridades judiciales. La regla pareciera que no se concede siempre. No dice nada de los administrativos, por lo que en tal caso podemos considerar que admite el persaltum.

Aunque no es el lugar pero esta ley no tiene nada de las cuestiones de mera legalidad, que han motivado tanta improcedencia ilegítima que la Sala, ha decretado en una interpretación perversa del art. 13 y 14 de la ley actual.

11. Legitimación activa, art. 78. Las personas naturales, las jurídicas y las autoridades del Estado, cuando se violentaren derechos fundamentales de las instituciones que representan. En España, el defensor del pueblo. Igual función se debería de asignar a la Procuradora de los Derechos Humanos, aunque fuere sólo de representación, en el caso de la letra "C" deberían ser el Ministerio Público.

12. El art. 42, dice: Si la pretensión fuese manifiestamente improcedente, el tribunal lo declarará así mediante resolución motivada. La política creada en este artículo es indudablemente más objetiva, más jurídica y sobre todo más equitativa para las partes.

Dadas las circunstancias, es lo más que puedo aportar -por de pronto- en este importante asunto, que indudablemente es un tema de la vida nacional que genera enormes expectativas.

CAPÍTULO NOVENO

Tratados

1) Introducción

El fenómeno contemporáneo de la universalización de los derechos humanos y la necesidad de que la comunidad internacional se convierta en garante de su vigencia efectiva y su cumplimiento, tiene actualmente amplia aceptación en todos los países democráticos, que reconocen la necesidad de que, además del derecho interno, el ser humano encuentre en otras declaraciones y mecanismos de protección, el sustituto válido, cuando su propio Estado, o en el que sea de su residencia, por diversas circunstancias, no esté en posibilidad de proteger sus derechos.

La comunidad internacional ha avanzado mucho en el campo de protección de los derechos humanos, aunque no tanto como para decir que la violación de éstos ha sido eliminada totalmente, cosa que, por demás, será difícil lograr; pero sí es incuestionable que es un valioso progreso, que un ciudadano tenga otros mecanismos de protección a su alcance, cuando su propio Estado, manifiestamente o por circunstancias coyunturales o estructurales, le niegue la protección de sus derechos fundamentales; en tales casos, las acciones de la comunidad internacional, tienen previstos los procedimientos para vigilar para que esos Estados se sometan a lo que disponen las declaraciones internacionales o su propio derecho interno. Pareciera que en ambos casos, existe aceptación generalizada de que las cosas deben de funcionar así; en lo que sí hay discrepancia, es en el valor o jerarquía que tienen tales declaraciones en relación al derecho interno. Así tenemos que hay países, especialmente los países europeos que reconocen que las normas internacionales tienen jerarquía constitucional; otros, como algunos países latinoamericanos, aceptan que el derecho internacional de los derechos humanos, está en el mismo plano que la Constitución; otros países, como El Salvador, sólo reconocen que los derechos

humanos están por encima de la ley, cuando entre unos y otros hubiere contradicción y finalmente el caso de países donde los tratados están al mismo nivel de la ley, pero son infraconstitucionales.

Esto es consecuencia del avance progresivo en esta materia, aunque se presentan algunas resistencias, que lamentablemente se observan en El Salvador, algunos invocando conceptos de soberanía o bien recurriendo a la idea de la supremacía constitucional. Estas ideas reduccionistas tienden a perder fuerzas dado el fenómeno de la integración comunitaria, a la descentralización y reconocimiento de estados autonómicos, etc. (1). **German Bidart Campos. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, EDIAR, Buenos Aires, Argentina***).

No obstante, reducir la existencia y vigencia de los derechos fundamentales, a la existencia de un derecho escrito ya sea nacional o internacional y la posibilidad de que sea efectivo por estar prevista una sanción, en caso de incumplimiento, es limitar el derecho a un orden que los únicos que pueden resultar beneficiados son los detentadores del poder, pues se corre el riesgo de vaciar el derecho de contenidos axiológicos y dejar todo a la voluntad del legislador, lo que fácilmente da paso al autoritarismo (2). **Guillermo A. Gordo. *Derechos Humanos. Agustín Gordillo. Fundación de derecho administrativo. Buenos Aires, Argentina. 1997***).

No ha sido esta concepción la que fundamenta la teoría de los derechos fundamentales, de que su existencia depende del reconocimiento del legislador; al contrario, desde el Acta de Independencia de los Estados Unidos, en 1776, posteriormente la Constitución del Estado de Virginia, que proclamaron la igualdad de los hombres y la necesidad de que sean protegidos en su dignidad, hasta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948, que reconoce lo que las constituciones de los Estados americanos han proclamado, la condición de dignidad humana y la necesidad de proteger los derechos esenciales del hombre.

No significa, desde luego, lo anterior lo importante que resulta la positivación de estos derechos, ya sea en instrumentos nacionales o en los regionales o universales, lo que se quiere significar es que su validez no depende de la censura o las sanciones que pueden recaer sobre los estados infractores. No. Lo que se quiere afirmar es que estos derechos han acompañado al hombre por su propia naturaleza y dignidad y que su existencia y vigencia positiva y expresa en declaraciones, no es más que ese

reconocimiento. (3) (*vid supra, Derechos Fundamentales.*) Este reconocimiento es lo que impulsa al mejoramiento en el trato y manejo de los derechos humanos, regulando mediante leyes internas o tratados, las condiciones, observancia y garantías para el cumplimiento de los mismos. Tal es el caso de la creación de la jurisdicciones constitucionales y el fortalecimiento de los tribunales constitucionales, que se desarrollan como verdaderos mecanismos de defensa de la Constitución.

Lamentablemente, El Salvador no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo Art. 27, se estatuye que ningún Estado podrá invocar el derecho interno, para negarse a cumplir una norma internacional, por lo que nuestro país se está quedando en posiciones que sólo favorecen las conductas autoritarias, que en nada le benefician, en su desarrollo constitucional y democrático.

Según Bidart Campos, el reconocimiento y aplicación a las normativas internacionales en materia de derechos humanos, lejos de debilitar a los Estados, los fortalece, por cuanto si acepta la posibilidad de ser enjuiciado internacionalmente, el estado, mayor vigilancia desplegará, en el funcionamiento de sus propios tribunales" (4), a efecto de que éstos se conviertan en eficaces mecanismos de garantía de los derechos fundamentales, ya sea por la vía del amparo o del hábeas corpus. Tengo entendido que el país, aunque reconociendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (**D.L. No. 319 de 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. No. 82 de de 5 de mayo de 1995**) en la práctica se resiste a aceptar sus mandatos, situación que lo pone en las mismas condiciones de los regímenes autoritarios.

Una reforma constitucional, para elevar la jerarquía de los instrumentos internacionales, sería el paso político que la sociedad salvadoreña exige para que el Estado asuma nuevos roles en cuanto a desmercantilizar la sociedad y al mismo Estado, y que los seres humanos dejen de valorarse como simples consumidores y que los trabajadores dejen de ser una mercancía más regida por la ley de la oferta y la demanda. Un primer paso sería ratificar el Derecho de los Tratados y luego promover la reforma constitucional, por el mecanismo previsto en el Art. 248 Cn.

2) Derecho comparado

América Latina ha progresado en este campo y ha insertado en sus constituciones, preceptos que reconocen que los tratos internacionales en materia

de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Algunos ejemplos son más elocuentes que el discurso.

Nicaragua. Art. 46. "En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia (mencionando los instrumentos universales y regionales).

Argentina. Art. 75. Concede jerarquía constitucional, a los instrumentos universales y regionales, convenciones en contra de la tortura, contra la discriminación de la mujer, los derechos del niño, etc.

Colombia. Art.93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Guatemala. Art. 46. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno

3) Reconocimientos constitucionales.

Las constituciones han incorporado las normas internacionales sobre derechos humanos de diversas formas, pero siempre en la línea de que esta materia es de dominio universal, y que todo lo que sea para la protección de los derechos humanos debe ser interpretado como una contribución al reconocimiento de la dignidad humana como principio rector y traerá grandes beneficios a la paz mundial.

No obstante lo anterior, las técnicas de incorporación de los tratados en el derecho constitucional de cada Estado, asumen caracteres propios del desarrollo y evolución del constitucionalismo de los estados, por lo que en tal sentido conviene hacer una revisión de esas fórmulas.

3.1.) Cláusulas interpretativas.

Hay constituciones que establecen que toda materia relacionada con derechos humanos ya sea internacional o nacional, se interpretará conforme la Declaración Universal de los Derechos Humanos; tal es el caso de la Constitución española de 1978 (Art. 10.2). Este es un reconocimiento

explícito; los países que no hacen esta declaración, deberá entenderse, según la opinión de Bidart Camos, que lo hacen implícitamente siempre que estemos en presencia de una constitución democrática. **Ariel E. Dulitzky. La Aplicación de los Tratados. Proyecto Regional de Justicia, PNUD, Buenos Aires, 1998.**

En El Salvador, hubo algunas iniciativas (Florentín Meléndez y otros), porque en la Constitución se incluyera esta cláusula, que no fue aceptada por lo poderes constituidos, lo cual una mala señal en cuanto al compromiso con los derechos humanos.

3.2.) Cláusulas reconocedoras.

En algunas constituciones existen cláusulas, que reconocen que el establecimiento y enumeración de principios y derechos sobre esta materia, no se oponen a otros que, sin estar expresamente establecidos, tengan la misma orientación axiológica que los reconocidos constitucionalmente. En la Constitución salvadoreña, el Art. 52 proclama que la enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye a otros que se deriven de los principios de justicia social.

3.3.) Cláusulas declarativas

Se trata de normas que expresan un orden valorativo o axiológico y que deben de considerarse para la interpretación de las normas específicas en esta materia; tal es el caso del preámbulo, de las definiciones de principios, de los juramentos constitucionales, etc. En la Constitución de El Salvador, el preámbulo, encierra una declaración que proclama el valor de la dignidad humana, la necesidad de crear una sociedad más justa; el Art. 1 hace referencia a que la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado y el Art. 235, ordena a los funcionarios públicos que protesten cumplir la Constitución por encima de otras normas que la contraríen.

3.4.) Cláusulas jerárquicas.

He mencionado (vid. supra.) cómo los ordenamientos constitucionales incorporan los tratados sobre derechos humanos, en el mismo orden jerárquico que tiene la misma Constitución; en los países europeos, tal declaración es conforme a normas de cesión de derechos de soberanía, decisión política necesaria para la construcción del derecho comunitario. La Ley Fundamental

para la República Federal de Alemania, es un claro ejemplo de cómo se entiende el concepto de soberanía en el mundo de hoy.

Tal como se ha expuesto, en el caso de la Constitución de Nicaragua no se le otorga la categoría constitucional a los tratados como instrumentos jurídicos, sino a los derechos que los tratados contienen. (*vid. supra*). En otras constituciones (Costa Rica) se prevé la posibilidad de hacer valer por la vía del amparo, los derechos contenidos en los tratados. No obstante, en El Salvador no se consideran como parámetros de constitucionalidad tales preceptos, por no tener categoría constitucional y la Sala de lo Constitucional no los admite como tales.

En cuanto a la forma de proteger los derechos contenidos en los tratados, cuando no tienen jerarquía constitucional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 2, ha dejado establecida la forma en que los Estados deben organizar la protección de los derechos consignados en los Tratados. La Constitución de El Salvador no ha establecido reglas especiales para este caso ni en forma expresa la Ley de Procedimientos Constitucionales, pero siendo derechos debería de aplicarse el Art. 11 de la Constitución reclamando la vigencia del debido proceso, cuando cualquier autoridad atentare contra esos derechos, ya que incorporados al derecho positivo del Estado, gozan de protección en los términos establecidos por el Art. 11 de la Constitución.

4) Principios aplicables.

La aplicación de la normativa internacional de los derechos humanos y su obligatoriedad al interior de los Estados, debe pasar por la prueba de algunos principios que constituyen su marco filosófico, tal como se ha considerado en el caso de la aplicación de la norma constitucional y en el que constituciones como la española, enumeran los principios que le dan ese marco a la misma Constitución.

En cuanto a los tratados internacionales, el principio *pro hómini* tiene enorme respetabilidad en los derechos internos y por medio de él, se entiende que las normas relativas a derechos humanos deben entenderse e interpretarse de una manera muy amplia, en cuanto a que los derechos se han establecido en beneficio de la dignidad humana y que, en ese sentido, debe interpretarse la norma, que impone una interpretación extensiva en cuanto a la protección y una interpretación restrictiva en cuanto a la limitación. Esto es algo que Carl Schmitt define como el principio de distribución por el cual, los derechos fundamentales,

son una esfera ilimitada, en principio y una facultad limitada del estado, para restringirlos, facultad que además es mensurable. La interpretación más amplia para proteger y la interpretación más restringida para limitar. Una investigación de cómo aprecia la Sala de lo Constitucional de El Salvador este principio, nos descubriría una doctrina no muy agradable.

Otro principio es el de **la no discriminación**, que establece que en esta materia no se aplicarán restricciones en razón de la nacionalidad, raza, religión, opciones políticas de las personas, para que sean sujetos de estas normas. No pueden dejar de mencionarse los principios de **pacta sunt servanda**, en cuanto a que debe sujetarse a lo establecido en el Pacto. **El margen de apreciación o discrecionalidad**, es un principio que se aplica y se establece a favor de los Estados partes, para que puedan tener un margen de discrecionalidad y, en determinados momentos, no responder en términos absolutos en cuanto a estas obligaciones, tal es el caso del Art. 29 de la Constitución salvadoreña, que no garantiza la protección de ciertos derechos en los casos de Estados de excepción. Lo mismo ocurre con la Constitución española y en general, ciertas reservas que hacen los estados, en determinadas circunstancias, lo cual no es de amplia aceptación ni por la doctrina ni por los juristas.

INSTRUMENTOS UNIVERSALES

A. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Aprobada y adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (XXX), de 10 de diciembre de 1948.

PREÁMBULO

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones.

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derecho de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

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 ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados 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.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

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 contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. 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.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derechos sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho 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, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse en defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. 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 sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia, por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus 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.
3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

B. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el Artículo 49.

PREÁMBULO

Los Estados Partes en el presente Pacto

Considerando que, conforme con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones, que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros

individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

Conviene en los artículos siguientes:

PRIMERA PARTE

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

SEGUNDA PARTE

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos

reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
 - b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres, la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos en el presente Pacto.

Artículo 4

En situaciones excepcionales, que pongan en peligro la vida de la nación cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean compatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 7. 8 (párrafos 1 y 2). 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto, que haga uso de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente

Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto, en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

TERCERA PARTE

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no hayan abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituye delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena capital.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Artículo 7

1. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
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:
 - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), 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 decisión, se encuentre en libertad condicional.
 - ii) 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 con la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

- iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad.
- iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones civiles normales.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión, tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia, con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
5. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar a un país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme con la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad

nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecida por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero de toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en lo en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme con la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.
 - b) Disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.
 - c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular la readaptación social.
 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sea sometida a un tribunal superior, conforme con lo prescrito por la ley.
 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme con la ley a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, no fueran 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 se dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
2. Nadie será objeto de medidas coercitivas, que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho

comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho, cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el Artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes de derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

CUARTA PARTE

Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.
2. El comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.
3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

Artículo 29

1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas, que reúnan las condiciones previstas en el Artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.
2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.
3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

Artículo 30

1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.
2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el Artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto, a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.
4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes, quedarán elegidos miembros del Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

Artículo 31

1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.

2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Artículo 32

1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del Artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.
2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

Artículo 33

1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la ausencia temporal, el presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.
2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

Artículo 34

1. Si se declara una vacante de conformidad con el Artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del Artículo 29.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará

de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.

3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el Artículo 33, ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme con lo dispuesto en ese artículo.

Artículo 35

Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 36

El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

Artículo 37

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.
2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.
3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Artículo 38

Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 39

1. El Comité elegirá su mesa por un período de dos años. Los miembros de la mesa podrán ser reelegidos.
2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:
 - a) Doce miembros constituirán quórum.
 - b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Artículo 40

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:
 - a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados.
 - b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.
2. Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.
3. El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.
4. El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir el Consejo Económico y Social esos comentarios junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.
5. Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre

cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.

Artículo 41

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar, si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación recibida a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:
 - a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación, una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.
 - b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses, contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.
 - c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto, todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

- d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada, cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.
- e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.
- f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b, que faciliten cualquier información pertinente.
- h) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b, tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.
- i) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibo de la notificación mencionada en el inciso b, presentará un informe en el cual:
 - I) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada.
 - II) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos, y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe a los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor, cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento

mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 42

1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al Artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basado en el respeto al presente Pacto.

b) La comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si transcurridos tres meses los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.
2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el Artículo 41.
3. La Comisión elegirá su propio presidente y aprobará su propio reglamento.
4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.
5. La secretaría prevista en el Artículo 36 prestará también servicio a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.

6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.
7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:
 - a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto de doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto.
 - b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto de los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada.
 - c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados.
 - d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.
8. Las disposiciones de este artículo no afectan las funciones del Comité previstas en el Artículo 41.
9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.
10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los

Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme con el párrafo 9 del presente artículo.

Artículo 43

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme con el Artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 44

Las disposiciones de aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

Artículo 45

El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

QUINTA PARTE

Artículo 46

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados, que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 47

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

SEXTA PARTE

Artículo 48

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 49

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 50

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 51

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes, en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Tales enmiendas entrarán en vigor, cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 52

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del Artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el Artículo 48.
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme con lo dispuesto en el Artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el Artículo 51.

Artículo 53

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el Artículo 48.

Ratificado por El Salvador, según Decreto Legislativo, No.27 de 23 XI.1979, publicado en el Diario Oficial No. 218, 23.XI.1979.

C. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 a (XXI) de 16 de diciembre de 1966

Entró en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el Artículo 27.

PREÁMBULO

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros

individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

Conviene en los artículos siguientes:

PRIMERA PARTE

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como el derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomisos, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

SEGUNDA PARTE

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y las mujeres igual título, a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme el presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o su limitación en medida mayor que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país, en virtud de leyes convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menos grado.

TERCERA PARTE

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, para lograr la plena efectividad de éste y figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminados a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7

Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familiares conforme con las disposiciones del presente Pacto.
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo.
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las

horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.
 - b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.
 - c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones, que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.
 - d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas, que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna, por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad, por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo de la mano de obra infantil.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesitan para:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios, de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales.
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas.
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 13

- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe

capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios

enunciados en el párrafo 3 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 14

Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, el principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.

Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho a toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural.
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales, que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

CUARTA PARTE

Artículo 16

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a participar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

- a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme con lo dispuesto en el presente Pacto.
- b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que, además, sean miembros de esos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias, que sean de la competencia de dichos organismos conforme con sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto, presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados Partes y con los organismos especializados interesados.
2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.
3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le

confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que, en relación con ese cumplimiento, hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten los Estados conforme con los Artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme con el Artículo 18.

Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados, podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del Artículo 19 ó toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General, informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda

servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto, convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados, que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente su aguas y recursos naturales.

QUINTA PARTE

Artículo 26

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.
2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.
4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 27

1. El presente Pacto entrará en vigor, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 28

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 29

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes, con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará a una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de Estados presentes y votantes en la Conferencia se someterá a aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor, cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.
3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 30

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del Artículo 26, el Secretario General de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

- a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el Artículo 26.
- b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme con lo dispuesto en el Artículo 27, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el Artículo 29.

Artículo 31

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el Artículo 26.

Ratificado por El Salvador según Decreto Legislativo No. 27 de 23-XI-1979, publicado en el Diario Oficial No.218 de 23-XI-1979.

INSTRUMENTOS DE LA REGIÓN AMERICANA

E. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, 1948.

La IX Conferencia Internacional Americana

Considerando que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias, que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

Que, 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 fundamento en los atributos de persona humana.

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalista del derecho americano en evolución.

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que esas circunstancias vayan siendo más propicias.

Acuerda adoptar la siguiente:

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

PREÁMBULO

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance, la cultura que es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.

CAPÍTULO 1

DERECHOS

Artículo 1

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

Artículo 2

Derecho de igualdad ante la ley.

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.

Artículo 3

Derecho de libertad religiosa y de culto.

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Artículo 4

Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión.

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.

Artículo 5

Derecho a la protección, a la honra, a la reputación personal y la vida privada y familiar.

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.

Artículo 6

Derecho a la constitución y a la protección de la familia.

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella.

Artículo 7

Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todos tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.

Artículo 8

Derecho de residencia y tránsito.

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.

Artículo 9

Derecho a la inviolabilidad del domicilio

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo 10

Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia.

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Artículo 11

Derecho a la preservación de la salud y al bienestar

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo 12

Derecho a la educación.

Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo, tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, el mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.

Artículo 13

Derecho a los beneficios de la cultura.

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad,

gozar las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo, derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autora.

Artículo 14

Derecho al trabajo y a una justa retribución

Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Artículo 15

Derecho al descanso y a su aprovechamiento.

Toda persona tiene derecho al descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre, en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

Artículo 16

Derechos a la seguridad social

Toda persona tiene derecho a la seguridad social, que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Artículo 17

Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Toda persona tiene derecho a que se le reconozca, en cualquier parte, como sujeto de derecho y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Artículo 18

Derecho de justicia.

Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve, por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo 19

Derecho de nacionalidad.

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

Artículo 20

Derecho de sufragio y de participación en el gobierno.

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes y participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Artículo 21

Derecho de reunión.

Toda persona tiene derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

Artículo 22

Derecho de asociación.

Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Artículo 23

Derecho de propiedad.

Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

Artículo 24

Derecho de petición.

Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés participar y el de obtener pronta resolución.

Artículo 25

Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Artículo 26

Derecho a proceso regular

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma importante y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos, de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

Artículo 27

Derecho de asilo.

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Artículo 28

Alcance de los derechos del hombre.

Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Artículo 29

Deberes ante la sociedad.

Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

Artículo 30

Deberes para con los hijos y los padres.

Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

Artículo 31

Deberes de instrucción.

Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria.

Artículo 32

Deber de sufragio

Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada por ello.

Artículo 33

Deber de obediencia a la ley

Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre.

Artículo 34

Deber de servir a la comunidad y a la nación

Toda persona hábil tiene derecho de prestar los servicios civiles y militares que la patria requiera para su defensa y conservación y, en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.

Asimismo, tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional.

Artículo 35

Deberes de asistencia y seguridad sociales

Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias.

Artículo 36

Deber de pagar impuestos

Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.

Artículo 37

Deber de trabajo

Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad.

Artículo 38

Deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero

Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.

F. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Entró en vigor el 18 de julio de 1978

PREÁMBULO

Estados americanos signatarios de la presente convención.

Reafirmado su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, en régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Reconociendo 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.

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y considerando que la Tercera Conferencia Interamericana

Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE 1

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1

Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen 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.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2

Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPÍTULO II

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4

Derecho a la vida

1. 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.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se les aplicará a las mujeres en estado de gestación.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte, mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5

Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las personas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6

Prohibición de la esclavitud y servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres, están prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a) Los trabajos o servicios que exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la

autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

- b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.
- c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad, que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
- d) Trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 7

Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme con ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad, si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal

amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8

Garantías judiciales

1. 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.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
 - b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
 - c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
 - e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.
 - f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
 - g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida, si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9

Principio de legalidad y de retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que, en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer 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 una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10

Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme con la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11

Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias a esos ataques.

Artículo 12

Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas, que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 13

Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas,
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados

en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona, grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14

Derecho de rectificación o respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tienen derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Artículo 15

Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16

Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 17

Protección a la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única de interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 18

Derecho al nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Artículo 19

Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 20

Derecho a la nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 21

Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Artículo 22

Derecho de circulación y de residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme con la ley.
7. Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo 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 o los convenios internacionales.
8. En ningún caso, el extranjero puede 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.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Artículo 23

Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
 - b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal.

Artículo 24

Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 25

Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
 - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial y

- c) A garantizar el cumplimiento, por autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

CAPÍTULO III

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26

Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPÍTULO IV

SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 27.

Suspensión de garantías

1. 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 limitado 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.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3. (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica). 4. (Derecho a la Vida). 5. (Derecho a la Integridad Personal). 6. (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre). 9. (Principio de Legalidad y de Retroactividad). 12. (Libertad de Conciencia y de Religión). (Protección a la Familia). 18. (Derecho al Nombre). 19. (Derechos del Niño).

20. (Derecho a la Nacionalidad) y 23. (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que haya suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 28

Cláusula federal

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención, relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme con su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Artículo 29

Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertad reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad, que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte de uno de dichos Estados.
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30

Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme con leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31

Reconocimiento de otros derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades, que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Artículos 76 y 77.

CAPÍTULO V

DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32

Correlación entre deberes y derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. 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.

PARTE II

MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VI

DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 33

Son componentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Sección I

Organización

CAPÍTULO VII

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Artículo 34

La Comisión interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización que representa a todos los estados americanos.

Artículo 36

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos a título personal, por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los estados miembros.
2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos,

nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un estado distinto del proponente.

Artículo 37

1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.
2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo estado.

Artículo 38

Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración al cabo del mandato, se llenarán por el consejo permanente de la Organización, de acuerdo con lo que disponga el estatuto de la Comisión.

Artículo 39

La Comisión prepara su estatuto, lo someterá a la aprobación de la asamblea general, y dictará su propio reglamento.

Artículo 40

Los servicios de secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir los que le sean encomendados por la Comisión.

Sección II

Funciones

Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la defensa de los derechos humanos y, en el ejercicio de su mandato, tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.
- c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones.
- d) Solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.
- e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten.
- f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 44 a 51 de esta Convención, y
- g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que, en sus respectivos campos, someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite, sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección III

Competencia

Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.

Artículo 45

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar, si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados Miembros de dicha Organización.

Artículo 46

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme con los Artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
 - a) Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme con los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.
 - b) Que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.
 - c) Que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
 - d) Que en el caso del Artículo 44, la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a) y 1.b) del presente artículo no aplicarán cuando:
 - a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados.
 - b) No se haya permitido el presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
 - c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Artículo 47

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada, de acuerdo con los Artículos 44 ó 45 cuando:

- a) Falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46.
- b) No exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención.
- c) Resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y

- d) Sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección IV

Procedimiento

Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación.

Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso:

- b) Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente.
- c) Podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobreviniente.
- d) Si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias.
- e) Podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados.
- f) Se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una solución previo consentimiento del Estado, en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f) del Artículo 48, la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que se expondrán los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e) del Artículo 48.
2. El informe será transmitido a los estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Sección I

Organización

CAPÍTULO VIII

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme con la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.
2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.
2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados

en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de esos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el periodo de éste.
3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.
2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado Parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.
3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.
4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el Artículo 52.
5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.
2. La Corte designará a su secretario.
3. El secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Artículo 59

La secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Artículo 60

La Corte preparará su estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su reglamento.

Sección II

Competencia y funciones

Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los Artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la media o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección III

Procedimiento

Artículo 66

1. El fallo de la Corte será motivado.
2. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días, a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo, que disponga indemnización compensatoria, se podrá

ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencia contra el Estado.

Artículo 69

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los estados Partes en la Convención.

CAPÍTULO IX DISPOSICIONES COMUNES

Artículo 70

1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.
2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 71

Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembro de la Comisión con otras actividades, que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme con lo que se determine en los respectivos estatutos.

Artículo 72

Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su secretaría. A estos efectos, la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Artículo 73

Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte, que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión, además de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

PARTE III

DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

CAPÍTULO X

FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos.
2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme con las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Artículo 76

1. Cualquier Estado Parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.
2. Las enmiendas entrarán en vigor, para los estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el Artículo 31, cualquier Estado Parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.
2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años, a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Sección I

Comisión interamericana de derechos humanos

CAPÍTULO XI

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 79

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista, por orden alfabético, de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Miembros de la Organización, al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 80

La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el Artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección II

Corte interamericana de derechos humanos

Artículo 81

Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista, por orden alfabético, de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Artículo 82

La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el Artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

DECLARACIONES Y RESERVAS

Declaración de Chile

La Delegación de Chile pone su firma en esta Convención, sujeta a su posterior aprobación parlamentaria y ratificación, conforme con las normas constitucionales vigentes.

Declaración del Ecuador

La Delegación del Ecuador tiene el honor de suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos. No cree necesario puntualizar reserva alguna, dejando a salvo, tan sólo, la facultad general contenida en la misma Convención, que deja a los gobiernos la libertad de ratificarla.

Reserva del Uruguay

El Artículo 80, numeral 2, de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende «por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaria». Esta limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el Artículo 23 de la Convención no está contemplada entre las circunstancias que, al respecto, prevé el parágrafo 2 de dicho Artículo 23, por lo que la Delegación del Uruguay formula la reserva pertinente.

EN FE DE LO CUAL, los Plenipotenciarios infrascritos, cuyos plenos poderes fueron hallados de buena y debida forma, firman esta Convención, que se llamará «PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA», en la ciudad de San José, Costa Rica» el veintidós de noviembre de mil novecientos nueve.

Ratificado por El Salvador, según Decreto Legislativo, No.5 de 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 113 de 19 de junio de 1978.



DR. MARIO ANTONIO SOLANO RAMIREZ

Es Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, con estudios de Derecho Internacional, Constitucional y Planificación Social.

En el mundo académico se ha desempeñado como Jefe del Departamento de Derecho Público, Director de la "Revista de Derecho", y Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Agrario en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador (UES). También como Profesor Investigador en Derecho Constitucional y Teoría del Estado, en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) y en la Universidad Tecnológica de El Salvador (UTEC).

En el sector público ha sido Asesor Jurídico y Sub-Director General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Magistrado de la Sala de Amparos (1979-1980).

Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, (1994-2003). Presidente del Consejo Salvadoreño de Menores. 1980-1982.

Ministro de Justicia de la República de El Salvador. 1980-1982.

Es autor de los siguientes libros:

"La libertad en la Constitución"

"La independencia Judicial"

"Poder Constituyente en El Salvador"

"La Constitución de El Salvador"

"Estado y Constitución"

¿Qué es una Constitución?

Es miembro activo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.