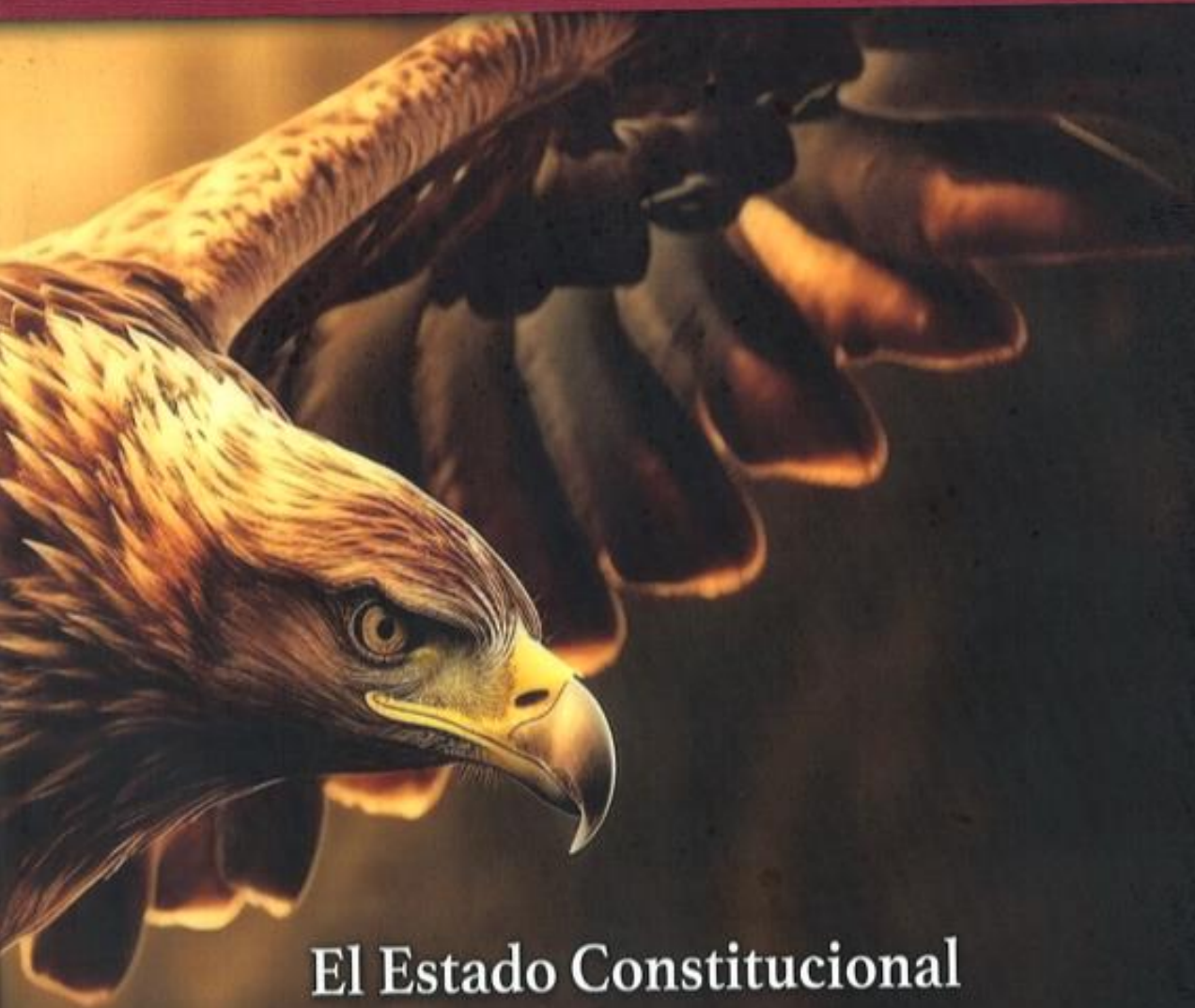
RECOPILACIÓN HISTÓRICA UTEC



El Estado Constitucional

Mario Antonio Solano Ramírez

Editorial UTEC

El Estado Constitucional
Ensayo

Dr. Mario Antonio Solano Ramírez

342.7284
S684e

Autor: Solano Ramírez, Mario Antonio
Título: El Estado Constitucional : Ensayo / Dr. Mario Antonio Solano Ramírez. -- San Salvador, El Salv. : Editorial Universidad Tecnológica, 2024.

Descripción Física: 212 p. ; 22 cm. -- (Recopilación Histórica Utec ; Serie Histórica, Vol. 16)

ISBN: 978-99961-21-53-9
1. Solano Ramírez, Mario Antonio. 2. Derecho constitucional -- El Salvador. 3. Estado de derecho -- El Salvador. 4. Garantías constitucionales -- El Salvador. 5. Publicaciones de la Universidad Tecnológica de El Salvador.

Los veintidós títulos que conforman esta Colección Histórica representan un esfuerzo institucional sostenido por documentar, preservar y difundir la memoria, el pensamiento crítico y el desarrollo del conocimiento en nuestra universidad. Más que publicaciones aisladas, este conjunto funciona como un archivo vivo: una secuencia de etapas de un proceso histórico continuo que testifica la evolución de nuestra institución y su compromiso indeclinable con la sociedad salvadoreña.

Cada obra, desde su propia trinchera disciplinaria —ya sea el análisis de las revueltas populares, la evolución del derecho constitucional, la historia económica o los complejos procesos de paz—, contribuye a una meta mayor: rescatar el patrimonio bibliográfico y documental del país bajo un riguroso estándar metodológico y académico. Poner a disposición del lector esta serie es consolidar una voz institucional que no solo estudia el pasado, sino que lo interpreta para comprender nuestro presente.

Recopilación Histórica Utec ® | Serie Histórica, Vol. 16

El Estado Constitucional
Ensayo

Dr. Mario Antonio SolanoRamírez.

Primerareimpresión2025

Autoridades Utec

Lic. José Mauricio Loucel
Presidente

Dr. José Mauricio Loucel †
Vicepresidente

Dr. Carlos Reynaldo López Nuila
Vicepresidente Administrativo

Dr. Nelson Zárate
Rector Utec

Recopilación Histórica Utec ® | Serie Histórica, Vol. 16
El Estado Constitucional. Ensayo
Dr. Mario Antonio Solano Ramírez

ISBN 978-99961-21-53-9

Diseño de portada / Guillermo Contreras
Diagramación / Karla Argueta

PRIMERA EDICIÓN
DE LA RECOPILACIÓN HISTÓRICA UTEC (Junio 2024)
© Copyright 2024
Editorial Universidad Tecnológica. El Salvador.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual. Algunos textos de esta colección están tomados desde los originales respetando la forma de escritura de origen y época.

Impreso por / Tecnoimpresos, S.A. de C.V. Tel.: (503) 2275-8861

Impreso en El Salvador • Printed in El Salvador

PRESENTACIÓN

Recopilación Histórica Utec

Este año nuestra institución cumple 45 años desde la fecha de su fundación. A través de ese período se han mantenido y cumplido los ideales asumidos como compromiso, por aquellos mecenas fundadores que, en medio de la vorágine del momento, percibieron que más allá de los cambios prometidos por la violencia, existía la oportunidad de ofrecer algo diferente de carácter educativo, que fuera útil para el desarrollo humano de nuestra población en general, tanto para los jóvenes como para los adultos; tanto para los más vulnerables por su condición social como para aquellos otros deseosos de crecer profesionalmente.

El nivel elegido fue el de la educación superior, dada la incertidumbre y riesgos que corrían los jóvenes en aquellos tiempos, especialmente, para quienes no encontraban seguridad para aplicar y culminar la vocación propia de una carrera profesional. La fundación de la Universidad Tecnológica se inició como Instituto Técnico Vocacional que rápidamente creció, ante la misma demanda académica de nuevas licenciaturas y postgrados. En la actualidad, nuestra institución, ofrece un total de 26 carreras presenciales y semipresenciales, 12 carreras virtuales, 5 carreras con énfasis en inglés, 9 maestrías, 6 postgrados, registrando una población estudiantil de cerca de 25,000 estudiantes y destacándose dentro del campo de la educación nacional por la variedad de carreras, por la metodología aplicada, por la pertinencia de los contenidos, por el calificado nivel de sus docentes, por la continuada innovación de la enseñanza virtual y por el acertado empleo de las nuevas tecnologías de la enseñanza.

Uno de los proyectos a mediano y largo plazo que la universidad inició en 1991 fue el de profundizar en nuestra historia nacional, al desarrollar investigaciones, de aquellas importantes etapas de nuestro pasado que dejaron huellas y con el que marcaron el devenir de los acontecimientos dignos de registrarse por constituir los hitos históricos que deben conocer las generaciones presentes y futuras. De conformidad con ese criterio, el hilo conductor nos lleva cronológicamente a los sucesos relevantes que han discurrido con sus hechos, personajes y resultados, perfilándose de esa manera, la trayectoria de nuestro pueblo y de nuestra república.

La presente Recopilación Histórica Utec de 22 volúmenes, es un esfuerzo continuado de varios años, la cual ha requerido la cooperación de muchos autores reconocidos por su elevada formación académica y científica en las respectivas fases históricas en que han plasmado el sistemático proceso de su valioso estudio. La obra, tiene la virtud de comprender desde la época prehispánica hasta nuestros días y la concurrencia de diversos enfoques como producto del vinculante ejercicio crítico, el cual enriquece la diversidad de cada tema y período tratado.

Con esta importante obra, la Universidad logra destacar en el campo de la investigación científica, aportando pasajes inéditos de nuestro pasado. Esperamos que nuestro empeño académico sea, a futuro, un documento de referencia para los estudios sobre la memoria histórica de nuestro país, cuyo resultado final no debe ser más que mantener viva y fuerte nuestra identidad cultural.

San Salvador, abril de 2024

Dr. José Mauricio Loucel
Presidente y Fundador

Dedicatoria

Este es el principio, el inicio del camino para emanciparnos del Estado opresor, Leviathan; y dirigirnos al Estado de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad: El Estado Constitucional.

Con profunda admiración: Al pueblo salvadoreño

PRESENTACIÓN

Una vez más, como institución educativa de nivel superior comprometida con el avance de las ciencias sociales, nos permitimos presentar la última producción científica de nuestro investigador Dr. Mario Solano. Esta nueva obra es una continuación a la obra monumental del mismo autor publicada por nuestra universidad denominada DERECHO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.

El Estado constitucionalmente es en teoría el estado ideal de la sociedad humana, cuyos limites y reglas permiten la plena convivencia de las personasen un clima de expectativas y posibilidades que promueve el desarrollo de las prerrogativas y potencialidades humanas de cada miembro de la sociedad.

La Universidad Tecnológica de El Salvador, se siente honrada y orgullosa del esfuerzo de investigación y publicación en el campo del derecho constitucional y en el de otras áreas de las ciencias jurídicas y esperamos que con nuestra contribución los diversos sectores de la sociedad, especialmente los profesionales del derecho y de la política, encuentren en estas páginas la fortaleza conceptual y la guía intelectual para llevar a nuestro país hacia una sociedad de paz, de justicia y de prosperidad.

Lic. José Mauricio Loucel

Rector

PRÓLOGO

Este es un Ensayo sobre el Estado Constitucional, después de transitar por las sendas del Estado de Derecho en sus distintas versiones o modalidades hago el intento de una aproximación al Estado, en su expresión más refinada, más jurídica más culta, pero también más humana: El Estado Constitucional reconozco es una tarea complicada conceptualmente hablando ¡Todo el universo político y jurídico girando alrededor de una nueva forma de configurar y entender el Estado!

Asomarse al Estado Constitucional requiere el paso por las nociones del Estado moderno en sus diferentes expresiones: absolutismo monárquico, despotismo ilustrado, gobierno de asamblea, etc., o bien como Estado liberal, social o social y democrático de derecho, en ese orden, histórico y jurídico.

De ese conjunto de ideas, teorías y hechos, se nutre y construye el Estado Constitucional moderno, o sea el proceso social y político, que se inicia con la revolución inglesa, (siglo XVII), la revolución francesa y la independencia de los Estados Unidos.

Con esta herencia de cultura constitucional como patrimonio y con las vivencias extraídas de nuestra realidad concreta, podemos iniciar la ruta del Estado Constitucional que aún no tenemos, pero que debemos empezar a construirlo, a partir de tomar conciencia de nuestras obligaciones ciudadanas: Una tarea enorme y difícil que comienza por identificar quiénes somos y qué tenemos, para luego luchar por lo que realmente queremos.

Os invito a recorrer conmigo el camino que nos lleva al Estado Constitucional: Un orden de posibilidades normativas, de cultura, de libertad, de democracia, de pluralismo de derechos fundamentales, sustentado en dos valores esenciales: la dignidad humana y la verdad.

Este es el Ensayo que ahora os presento

Dr. Mario Solano

CONTENIDO

Título primero
Constitución y Estado de Derecho 19

TÍTULO I
Ideas sobre Constitución y Estado de Derecho
1. Proyección nacional 19
2. Constitución de El Salvador..... 20
3. Proceso histórico. Principios aplicables..... 22

TITULO II
Elementos para una teoría de la Constitución: Diversos conceptos y análisis
1.- Aristóteles 28
2. Ferdinando Lassalle 29
3. Carl Schmitt 30
4.- Hans Kelsen 33
5. Karl Löewenstein 34
6. Manuel García Pelayo..... 35
7. Thomas Hobbes, (1588-1679. Inglaterra) 36
8.- John Locke (1632-1704) 37
9.- Jean Jacques Rousseau (1712-1778) 38
10.- Peter Scheneider 39

TÍTULO III

Estado de Derecho

1. Reflexión previa: ¿Es El Salvador un Estado de Derecho? 41
2. El Concepto de Estado de Derecho 41
3. Principios del Estado de Derecho..... 42
5.- El Estado Social de Derecho 45
6. ¿Se cumplen los Derechos Sociales? 51
7. El Estado Social y Democrático de Derecho 55

TÍTULO IV

El Estado Constitucional

1. ¿Por qué Estado Constitucional? 64
2.- Características propias del Estado constitucional 64
3.- Democracia y Estado constitucional 65
4.- Proceso evolutivo del Estado constitucional..... 66

TÍTULO V

El Estado Constitucional de El Salvador

1.- Nociones generales..... 70
2.- Inicio del Estado Social y Democrático de Derecho..... 71
3.- La ruta del Estado Constitucional..... 73
4. Reflexiones sobre la realidad constitucional..... 74
5. El Estado Constitucional como cultura..... 80
6. Maldades constitucionales 82
7. Avances y amenazas o retrocesos 83

TÍTULO VI

Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales 1991-1992 Constitución,

Estado de Derecho y Democracia

2. La seguridad ciudadana..... 95
3. Doctrina sobre el juez natural 103
4. Las reformas judiciales 105

TÍTULO VII

Los Derechos Fundamentales

1. Nociones generales. Antecedentes 107
2. Los derechos de liberlad..... 108
3. Origen de los derechos fundamentales 109
4. Tesis de Eusebio Fernández, Pérez Luño, Elías Díaz 112
5. Derechos fundamentales y derechos humanos. Acción estatal 114
6. Análisis de las teorías sobre derechos fundamentales 114
8. ¿Por qué Derechos Fundamentales?..... 117
9. Derechos fundamentales y derechos humanos 118

EL ARTÍCULO 16 DE LA DECLARACIÓN 118
1. Teoría liberal 120
2. Teoría de los valores 121
3. Teoría institucional 121
4. Teoría democrática-funcional..... 122
5. Teoría jurídico-social..... 122
6. Teoría de la garantía procesal 123

TÍTULO VIII

Derechos Humanos

LIBRO DERECHOS Y DEBERES DE LA PERSONA HUMANA 125
I. Concepto de Derechos Humanos..... 127

TÍTULO IX

Garantía de los Derechos Fundamentales

1. Instrumentos y mecanismos de garantía 137
2. Jurisdicción supranacional 141
3. Justicia y Jurisdicción Constitucional en El Salvador..... 142
4. El Proceso Democrático y la Justicia Constitucional 152
5. Democracia y Justicia Constitucional..... 153
6. Estado de Derecho y Justicia Constitucional..... 155

7. Estado de Derecho y Tribunales Constitucionales 156
8. Efectos de las Resoluciones: Introducción 158
9. Proceso de Inconstitucionalldad 158
10. Proceso de Amparo 161

TÍTULO X

Posibilidades de la Justicia Constitucional en El Salvador

1. Régimen Jurídico Vigente 168
2. Proyecto de Ley Procesal Constitucional 170
3. Sentencias definitivas en el proceso constitucional 172
4. Sentencias en el proceso de Amparo. Efecto restitutorio 176
Restitución material 177
Restitución jurídico patrimonial 177
Daños y perjuicios 177
Daño moral 178
Efecto económico 179
Responsabilidad del demandado y del Estado 179
Daños personales 179
5. Análisis 179
6. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional 180
El Hábeas Corpus Preventivo 180

TÍTULO XI

Jurisprudencia

Dos casos de Jurisprudencia Constitucional 182
Introducción 183

Capítulo primero

Situación de los trabajadores estatales

1. Elemento sociológico laboral 184
2. Presiones al Estado 185
3. Análisis jurídico preliminar 185

Capítulo segundo

El Derecho de Asociación y el Derecho a la Igualdad

1. El derecho de asociación 187
2. El derecho a la igualdad 188
3. Control del poder 189

Capítulo tercero

Convenios 87 y 98 de la OIT

1. Parte dispositiva del Convenio 87 de la OIT 190
3. Ratificación de los convenios 194

Capítulo cuarto

Proceso de reforma constitucional

1. Primera fase: Antes del 2006 195
2. Segunda fase: Después del 2006 195
3. Acciones erráticas 196

Capítulo quinto

Decretos Legislativos números 74 y 75. Ratificación de los convenios

Capitulo sexto

1. Reforma constitucional 199
2. ACUERDO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES No.2 201
3. Alcances de la reforma constitucional 202

Capítulo séptimo

1. Sentencia de la Sala de lo Constitucional 203
2.- Análisis de la sentencia de la Sala 205
3. El principio de Juridicidad 208
Conclusiones. 209

Segundo caso

Delitos políticos y amnistía

Dr. Mario Antonio Solano Ramírez..... 211

Primera parte

Doctrina aplicable

Introducción. 211

Derecho de asilo. Características..... 213

Delitos contra los bienes jurídicos del Estado 216

TÍTULO I 216

Delitos contra la personalidad jurídica del Estado..... 216

CAPÍTULO I 216

CAPÍTULO II 216

CAPÍTULO III..... 216

Título primero
Constitución y Estado de Derecho

De los contenidos esenciales de una Constitución pueden hacerse dos grupos:

Primero. Los derechos y deberes de los ciudadanos las atribuciones y deberes de los funcionarios del Estado, las responsabilidades en que éstos incurren por sus acciones u omisiones y las instancias que resolverán sobre esas responsabilidades.

Segundo. La división de poderes, la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la república, la democracia representativa, el sistema pluralista, la independencia judicial y la justicia constitucional. Si estos presupuestos se cumplen, la Constitución es real; si no se cumplen, es simplemente una hoja de papel un documento semántico o un disfraz.

Este libro desea que aprendas a distinguir esas cosas elementales. Cuando lo hayas leído, estudiado o comentado, podrás advertir si tienes o no Constitución, si tienes o no gobernantes y si eres o no ciudadano; no esperes tener los dos primeros; si tu fuerza ciudadano la ejerces o la desperdicias o si, en el peor de los casos, la enajenas. Quiere decir que lo más difícil es ser ciudadano y tienes que prepararte para ello, para el vino nuevo, para el templo nuevo.

TÍTULO I

Ideas sobre Constitución y Estado de Derecho

1. Proyección nacional

Las ideas que se tienen sobre Constitución y Estado de Derecho en El Salvador, se manifiestan únicamente en los escasos círculos académicos nacionales, promotores de algunos eventos en los que el tema constitucional entra en el debate; esfuerzos importantes y reconocibles. En los círculos gremiales, probablemente la discusión se relacione con algún tema del momento (elecciones, agentes económico, etc.,); el sistema educativo, en general, no tiene un proyecto de cultura constitucional, o sea que es de advertirse un escaso interés por este importante asunto, que debería ser el tema nacional de integración social, como lo es en otras sociedades, para normar la convivencia y la actividad del Estado.

Si en algún momento la sociedad se conmueve por problemas de su propia realidad, las opiniones que surgen sobre ambos conceptos, responden más bien a intereses sectoriales y no a la verdad que hay sobre cada uno de ellos. Cuando las opiniones o defensas son de carácter oficial, es cuando más alejadas de la verdad aparecen; cuando las opiniones representan a los círculos económicos, en general, son interpretaciones orientadas a proteger esos intereses.

Las universidades salvo reconocidas excepciones, tienen muy poco impacto en la vida social, y el paso por estas materias es tan superficial, como la formación que tienen los docentes que las imparten y el sistema judicial constitucional, todavía sin el impacto ni la credibilidad, que garantice razonablemente la constitucionalidad eficaz; la polivalencia del término Estado de Derecho ha favorecido limitadamente la discusión académica razonable, pues lo que más se advierte son las posturas dogmáticas sectoriales que, al margen de los hechos históricos, pretenden imponer concepciones particulares.

Mis trabajos sobre esta materia han tenido como referentes esas carencias y, de algún modo, me han motivado e impulsado a escribir sobre mis conocimientos y experiencias: he creído que en esta intención, se incorporarán otros juristas que, preocupados por el desarrollo constitucional salvadoreño desean contribuir al inicio de esa cultura constitucional; en mi caso, sin embargo, debo agradecer a la Corte Suprema de Justicia, a la **Universidad Tecnológica de El Salvador**, al Instituto Iberoamericano de derecho constitucional y asociaciones gremiales que me han incentivado a mantenerme en esta línea de trabajo.

No debe esperarse competir con los grandes maestros del constitucionalismo universal, para dar a conocer lo que pensamos y sabemos; si así lo hacemos, nunca daremos a conocer nada; si esperamos la perfección suma, la espera será por una eternidad; puede ser que el temor a la critica no haya permitido a excelentes juristas, que los hay, dar a conocer sus ideas aunque, desde luego, conozco algunos trabajos muy respetables y de gran contenido.

En principio podemos adelantar que: "Constitución o norma suprema es la expresión escrita del pacto social del pueblo soberano y titular del poder constituyente donde se establecen las regulaciones para la conformación y el ejercicio del poder y los derechos fundamentales de la persona humana.

2. Constitución de El Salvador.

Introducción.

La Constitución fue promulgada en 1983; tendrá veinticinco años el próximo diciembre; es una síntesis de las anteriores Constituciones que le precedieron desde 1824 con los agregados de 1991-1992, como resultado del proceso de solución del conflicto armado, que culmina con los Acuerdos de Paz.

2.1. No puede dejar de mencionarse que la Constitución de 1983, se promulga en un ambiente anormal, es el producto de una nación dividida, fue propuesta por una parte de la población y negada o ignorada por otro tanto igual. Por ello es que la reforma de 1991, además del cambio en su concepción originaria, implica una ratificación de la insurgencia y sus representados, que no le dieron su aval en sus orígenes. No podría, en consecuencia, deslegitimarse la Constitución de 1983; al contrario, imperfecta como es un principio para construir lo que en otras partes es ya un Estado Constitucional, con el signo de su carácter social y democrático de derecho.

Es un **principio** siempre que el proceso de concertación encuentre cauces, fuerzas y propósito, que trasciendan los estrechos criterios en que se mueven los signos ideológicos, las ambiciones políticas y las estructuras de poder de gran influencia en el proceso salvadoreño; siempre que renunciemos a considerar que la sociedad se organiza y funciona en la relación amigo-enemigo.

2.2. El constituyente salvadoreño dijo en el preámbulo de la Constitución entre otras cosas, su "deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana"[1]. Ideal que debe interpretarse como un reconocimiento de que, hasta entonces, la convivencia humana no se había logrado plenamente porque faltó el respeto a la persona humana; o sea que el ideal expresado no es mera fórmula o cláusula declamativa, sino que es una conclusión extraída de la realidad social e histórica y que, veinticinco años después de su reconocimiento, todavía quedan resistencias palpables, con poder de influencia, para hacer difícil el propósito del constituyente.

Políticamente el principio descrito debe significar que la convivencia humana, además de social, es política, por ello reclama el respeto a la dignidad de la persona humana, siendo componentes y requisitos de ésta, el ser espiritual e intelectual del hombre, las cosas inherentes a la ciencia y a la conciencia de cada quien. o sea "la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo"[2]. Y sólo en el respeto fundado en los más variados atributos de la dignidad humana, es que se puede hablar válidamente de convivencia pues, sin esa interpretación, convivir equivaldría a vegetar, a obedecer, a callar, ajenos a la libertad, alejados de la contienda, resignados a la condición de súbditos, una forma sofisticada de esclavitud.

2.3. Desde luego no es una Constitución ideal, tiene muchos vacíos, muchas debilidades y algunas veces, hasta algunas maldades como las cláusulas pétreas, (art. 248) y la disposición de que los partidos son el único instrumento de la representación (art. 85)... Pero no se puede exigir tanto en la parte formal por ahora; hay mucho que hacer de parte de los funcionarios, de los partidos políticos, del poder económico, universidades, etc., y, de algún modo, de los ciudadanos, que providencialmente hemos estado y otros que están, en algún lugar, desde donde se puede aportar para descorrer el velo de la inocencia, para ahuyentar el terror provocado desde lugares estratégicos, para ayudar a descubrir y conocer lo que tanto se teme: la verdad.

La Constitución no es solamente un texto escrito, o un documento de compromiso formal que enmascara los más deplorables comportamientos; la Constitución debe ser la expresión escrita del pacto social, y los funcionarios y los ciudadanos debemos estar dispuestos a cumplirla, especialmente estos últimos, que asumen sus cargos mediante una protesta solemne de cumplirla ateniendo sea su texto, cualesquiera que sean las leyes decretos u órdenes que la contraríen.(art. 235 Cn.).

2.4. Dice Pete, Haberle: la Constitución es texto constitucional y marco cultural; es un orden jurídico no sólo para juristas sino para los ciudadanos;

---

1 La Política, Libro IV, Aristóteles. El Ateneo, Buenos Aires, Argentina. 1959.

2 Ferdinando Lasalle, ¿Qué es una Constitución? Ariel. S.A., Barcelona, España, 1997. vid. Mario Solano, ¿Qué es una constitución?, publicación de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2000.

es un código normativo, pero, asimismo, es expresión de un nivel de desarrollo cultural".

"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"[3].

Es explicable que por las circunstancias anotadas, la Constitución de El Salvador no alcance los niveles mínimos requeridos, para ser calificada como una Constitución de y para un Estado Social y Democrático de Derecho, pues para que lo sea más que demanda a la Constitución formal, es un problema de Estado; es decir, es un problema de concepción política que impide que El Salvador, como Estado, tenga la dimensión, la conformación y el compromiso para constituir un Estado de esa naturaleza, o sea que su Constitución refleja lo que es el Estado.

Conociendo el pensamiento de sectores influyentes en la política nacional, y por convenir a sus intereses económicos, estos sectores se inscriben dentro del esquema neoliberal en lo político y económico, y orientan la actividad económica del país en los lineamientos de ese modelo: los demás procesos y las demás políticas, se inscriben en esos términos. A nivel mundial, este modelo en su última y actual crisis, ha lanzado esta proclama: "en este modelo, se privatizan las ganancias; las pérdidas se socializan".

3. Proceso histórico. Principios aplicables.

3.1 Los principios liberales. Esta Constitución tiene la virtud de mantener los derechos de libertad, o sea la amplia esfera de libertad de los ciudadanos frente al Estado, que funciona en el marco jurídico de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, o sea el limite objetivo, para el ejercicio de libertad, que el Estado reconoce y protege de esto, se desprenden dos principios fundamentales: 1. El principio de distribución, y 2. El principio de reserva de ley. Todo lo anterior, legado de la Constitución de 1886; reconoce, además, los derechos de los grupos sociales, sin menos cabo de los derechos de libertad.

3.2. Principios sociales. La historia registra abusos que se cometieron durante el auge del liberalismo burgués sobre las mayorías empobrecida: el clásico problema del capital y el trabajo, que era necesario corregir, sin perjuicio de los derechos de libertad; de manera que el Estado, manteniendo y procurando la

3 Carl Schmitt expone en su muy conocida y estudiada Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, Madrid, 1982, Págs. 29 y sigs.)
3.1) El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada. María Concepción Delgado Parra (Maestra en Estudios Políticos y sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México)
3.2) CARL SCHMITT Y SU PARALELISMO CON LA TEORÍA DE TOMÁS HOBBES http:l1168.96.200.17/ar/libros/duarte.rtf

> libertad humana promueve, además, el bien común, lo que se necesita para que la libertad real sea posible:

La salud, el trabajo, la seguridad social, etc., fueron consagrados por la Constitución de 1950; la actual Constitución de 1983 también ha reconocido estos derechos: los gobernantes la han aplicado con dudas, sin ideas definidas, con grandes dificultades, más preocupados por la gran empresa privada que por los sectores laborales, etc., pero al menos el compromiso está ahí, esperando que se estructure un modelo de desarrollo que lo realice con equidad, sin exclusiones, dando a cada quien su puesto social.

Estas realidades exigen del Estado dos actitudes distintas: 1. En cuanto al primer grupo de derechos, el Estado se abstiene de perjudicar las libertades individuales, es un deber de abstención: en el segundo caso, el deber del Estado es de acción, o sea de actuar proactivamente, a efecto de procurar atención a la sociedad, en aquellos requerimientos que no puede cubrirla mayoría de los individuos que la conforman. Sobre ambos temas volveré más adelante.

A partir de las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII y el arribo de la burguesía al poder, en Europa se presenta un nuevo conflicto social entre ésta y los trabajadores, otras formas y estrategias de reclamo social aparecen en el nuevo régimen: el Manifiesto comunista. Los planteamientos políticos del llamado socialismo científico, el socialismo reformista, la doctrina social de la iglesia, el socialismo utópico, etc., presionaron a los poderes económicos para lograr el cambio del individualismo liberal, al derecho y al estado social;

> 3.3. Contradicciones en el estado social. El tránsito del Estado individual al Estado social trajo sus propias contradicciones y frustraciones. Las primeras se dan por el necesario intervencionismo del Estado, por lo que la libertad pudo haber sido limitada exageradamente en algunos casos; el tema de las frustraciones se ha dado por la incapacidad económica y política de los gobiernos, de materializar los derechos sociales, categorías jurídicas propias del estado social.

Armonizar estos dos procesos y mantener los logros o efectos positivos del individualismo y del socialismos, e ha tratado y se logra en algunas sociedades, llegando a la concepción del Estado Social y Democrático de derecho, como en España, Alemania y en general los países europeos, después de la segunda guerra mundial. Este esfuerzo ha consistido en rescatar del liberalismo los derechos fundamentales derivados de la libertad, es decir, la amplia esfera de libertad que los ciudadanos tienen frente al Estado.

El Estado, por su parte, cumplirá con lo que le corresponde, absteniéndose de perjudicar a los ciudadanos en el goce de tales derecho, salvo cuando por estar en juego otros derechos de igual importancia, sea necesario mediante ley, que no debe de afectar el contenido esencial, limitar ciertos derechos; en cuanto a los derecho sociales, el Estado deberá crear las condiciones y superar los obstáculos, para atender las necesidades de la población más vulnerable, en el contexto de la realización del bien común.

3.4.- Tránsito al estado social y democrático de Derecho. La Constitución de 1983, de El Salvador, ha creado algunas instituciones que caracterizan al estado social y democrático de derecho. Las reformas al sistema electoral, al creación de la Sala de lo Constitucional, el Consejo Nacional de la Judicatura, las Procuradurías, la Policía Nacional Civil, etc., ya sea originalmente o por medio de las reformas de los años 90 y 91, como se verá más adelante: Los pasos iniciados en su conformación todavía distan mucho de reafirmarlos principios clásicos del Estado de Derecho, los beneficios sociales y el ejercicio de la democracia.

Los resultados reales de estos cambios todavía están por verse y las elecciones del año 2009, pueden tener mucho significado en esta materia y sobre ese punto no adelanto hipótesis, para no caer en el campo de las especulaciones.

En otras sociedades, especialmente europeas, "se produce en el momento actual la convicción de que la Constitución es texto constitucional y marco cultural; que es un orden jurídico no sólo para juristas sino para los ciudadano. Es un código normativo pero, asimismo, es expresión de un nivel de desarrollo cultural" (Peter Haberle). El sentido moderno y actual de la Constitución, se desarrolla en el constitucionalismo europeo, siendo fundamental para ello, entre otros, el clásico art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución francesa, que prescribió: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

El art. 13 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, dice: "Los Derechos Fundamentales que se relacionan a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a titulo de derecho directamente aplicable"; es decir, que se reafirman la existencia de unos derechos y el compromiso del poder público de garantizar su protección, orientándose al modelo del Estado Constitucional.

Ninguna etapa o proceso histórico ha extinguido la idea inicial del Estado de Derecho clásico; pero la concepción actual, como estado social y democrático de Derecho, exige nuevas visiones al Estado, nuevas conductas a sus gobernantes, a los ciudadanos y a toda estructura de poder, para un nuevo compromiso o pacto social, sin exclusiones, sin poderes hegemónicos es necesario entender que debe dejarse fluir el desarrollo social, procurando los entendimientos y los consensos mínimos, para superar la marginación, la extrema pobreza, la dominación descontrolada, etc.

No deben de introducirse dogmas o teorías fenecidas o propagar miedos infundados; nadie debe oponerse a lo que la historia ha registrado ya, o sea que el Estado de Derecho, conservando sus ideales clásicos, ha cambiado. Las constituciones así lo han registrado, la historia de los pueblos así lo ha escrito: en nombre de la democracia no se puede retornar al superado Estado burgués de derecho ochocentista; el estado social y democrático de derecho es la nueva historia.

3.5.- El Estado de Derecho. Nuevos contenidos. Con las modificaciones que ha tenido la idea matriz del estado de derecho, no se ha restado nada; todo ha sido favorable a su propio enriquecimiento que, no obstante los cambios, el ser se mantiene o se estructura un nuevo ser; está en la lógica de Parménides de Elea, "el Ser de las cosas es inmutable, lo que cambian son las circunstancias, pero cuando aparecen nuevas esencias, aparece un nuevo ser". De ese modo, los principios centrales del estado de derecho: El imperio de la ley y del derecho, la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales, no sólo se mantienen, sino que se han incorporado los instrumentos que lo hacen posible y los mecanismos que promuevan su desarrollo para su eficacia ante los desafíos presentes y futuros.

El pensamiento de Heráclito, de Éfeso, argumentaría que lo que permanece es el cambio constante, el verdadero ser es el cambio, "panta rei", "todo cambia, nadie se baña dos veces en el mismo río". En una discusión de esta naturaleza aparecen el pensamiento de Protágoras de Abderas y su afirmación de que "el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son". Si ha cambiado el ser o si ha permanecido inmutable, o todo es relativo en la dimensión humana, será el problema de los filósofos; pero el estado de derecho ha seguido un proceso y lo seguirá en tanto el ansia y deseo de perfección estén presentes en el alma de los seres humanos; la relatividad no significa que "todo depende del cristal con que se mira", sino que todo fenómeno social tiene a su base al ser humano. La siguiente etapa en este proceso es el ESTADO CONSTITUCIONAL, donde todas las categorías anteriores encuentran la fórmula de consolidación de un proceso dinámico, para beneficio de los seres humanos, sin distinciones.

El estado de derecho, en su versión liberal, no abandona sus principios; pero, en su nombre, se benefician sectores o clases; de hecho existe tal fenómeno, pero la historia también registra las reacciones en contra de la expoliación y aconseja que, cuanto más razonables sean los posicionamientos, más cerca estaremos de los ideales de libertad e igualdad, que sustentan toda doctrina de estado de derecho.

La dinámica propia ha permitido que el estado de derecho clásico supere sus propias contradicciones; los movimientos sociales reclamaron que la libertad, la igualdad y la fraternidad, alcanzan para todos y que los desajustes sociales debían ser corregidos; el tránsito a esta nueva forma de estado, es lo que conoce como Estado Social de Derecho, con su propia característica, pero también con sus propias controversias ideológicas, es paso obligado para llegar al estado constitucional.

Diversas doctrinas han estado en el juego de las ideas para sustentar el cambio: el materialismo histórico, el reformismo socialista (Lassalle), la denominada doctrina social de la iglesia (Encíclicas Rerum novarum, Cuadragéismo año...) el socialismo utópico, etc., todo en cien años, que se inician con el aparecimiento del manifiesto comunista, hasta la finalización de la segunda guerra mundial, cuando se transita al estado social y democrático de derecho; en el que se reconoce

que, cuando en nombre de lo social, se ha atentado en contra de la libertad, los correctivos razonables han prevalecido, no reduciendo el estado de derecho, sino enriqueciéndole con las ideas democrática. Osea que sin menoscabo de la libertad, cumpliendo con los deberes sociales, el Estado ahora se orienta a desarrollar la democracia en todas sus manifestaciones.

TITULO II

El Estado de El Salvador no tiene una teoría constitucional; algunos ciudadanos sabemos que tenemos Constitución y queremos que se cumpla, que los funcionarios sean honestos, que se reconozcan nuestros derechos; algunas veces la Constitución se cumple; algunos funcionarios pasan la prueba de honestidad y puede ser que algunos de nuestros derechos se respeten adecuadamente; al decir lo anterior, admitimos que éste es un sistema de privilegios de unos cuantos.

La mayoría está ajena a su Constitución, muy pocos saben cuáles son los principios, los derechos y los valores que la sustentan; pero hay sectores de ciudadanos que ya cuestionan a sus funcionarios, quieren saber qué hacen, qué clase de leyes dictan para gobernarnos, de qué recursos disponen y cómo los disponen para atender las necesidades sociales y cómo el poder controla al poder. Esto también forma parte del sistema de privilegios.

Lamentablemente, todavía somos muchos los ciudadanos que estamos ajenos a esto; debemos participar por cualquier medio, esfuerzo y forma lícitos, en la búsqueda de la verdad que libera. Es posible que, después de leer este título, conozcas o recuerdes algo de ella.

TITULO II

Elementos para una teoría de la Constitución: Diversos conceptos y análisis.

Introducción

Una cultura constitucional como la nuestra, caracterizada por sus carencias, escaso desarrollo, constitucionalismo formal, muy cerca de lo semántico, etc., no genera ni sensibilidad, ni compromiso, ni siquiera discurso que a su vez promueva expectativas: lo político, especialmente en épocas electorales, genera análisis y polémicas, cuyas conclusiones se orientan a pronósticos o predicciones, sobre todo de quienes pueden o no ganar un evento electoral, pero, al final, esto no genera ningún avance o transformación en la vida del estado y especialmente en el estado de derecho. Los conocimientos escasean y la voluntad de estudiar es mínima, salvo desde luego las excepciones que mencioné arriba.

Como dice Häberle, no basta con repetir las ideas y los conceptos que autores clásicos nos han enseñado. Eso es importante, pero lo sería más ilegitimamos su mención, para sustentar las leyes, los actos administrativos, las sentencias, etc., que van a decidir las cosas fundamentales de las personas que habitan en un Estado; está bien entonces que, detrás de la vida de estas personas, estén las opiniones de los clásicos. **(vid. Peter Häberle, El Estado Constitucional, pag. 46)**

No cuesta entonces, convencernos de que mantener la prédica o el verbo encendido, en espera de que el tiempo recogerá algunas de estas ideas y algunos avances podrán advertirse: algunos con esperanza, como los eventos que se están produciendo en estos momentos. La edición de este libro confirma este aserto.

Esto nos invita repasar estas lecciones.

1. Aristóteles

Los vocablos gobierno y constitución encierran idénticos significado; el gobierno que es la suprema autoridad en los estados, o está en manos de una persona o mucha. Lo importante no es el número sino que gobiernen para el bien común: será entonces la monarquía, la aristocracia o la democracia o poliarquía. Estas formas puras pueden

pervertirse y se convierten, respectivamente en tiranía, oligarquía y demagogia; en la primera, el soberano gobierna a su antojo; la oligarquía es el gobierno de los acaudalados, y la demagogia es cuando el gobierno lo dirigen los pobres. **(La Política, págs. 96 y sigs.)**

Aristóteles se pregunta cuál es la mejor opción para los Estados: el gobierno de la multitud, los más acaudalados, los más virtuosos. Ni es correcto que los pobres se repartan los bienes de los ricos, ni es correcto que éstos exploten a los pobres. No descarta la relación que hay entre los gobiernos y el elemento social y considera que la clase media representa la moderación y el justo equilibrio que evita las pugnas entre los extremadamente ricos y los extremadamente pobres.

La Constitución es la expresión de una realidad social; desde esta óptica es el acontecer de la vida de la comunidad, es la vida misma de la sociedad y el Estado, la existencia de una comunidad armonizada u organizada políticamente. Aristóteles, al hacer el análisis de las tipologías políticas, llega a una conclusión: ni la monarquía, ni las oligarquías, ni las democracias son idóneas, sino que las mejores constituciones son aquellas que son mixtas, o sea aquellas que tienen combinados elementos aristocráticos, monárquicos y democrático[1].

2. Ferdinando Lassalle

Lassalle se propuso encontrar la esencia de una Constitución, a partir del análisis realista. Define la Constitución como el resultado de la suma de los factores reales de poder. Así, lo que debe plasmarse en un régimen constitucional son las aspiraciones de las fuerzas sociales y políticas de un Estado.

Para Lassalle, una Constitución no sería tal si no refleja la realidad política de un Estado; con ello nos quiere señalar que una Constitución refleja la realidad. Todo régimen posee una serie de hojas de papel, en el que se inscriben los principios fundamentales que rigen el funcionamiento del Estado, en torno a los cuales se une su población. Ese documento legal supremo que estructura y señala el funcionamiento del Estado, entorno al cual se une su población; ese documento legal supremo que estructura y señala el funcionamiento de la vida del Estado, sólo sería una hoja de papel, si no corresponde con la realidad.

Concepto de Constitución.

Lassalle dice que hay dos tipos de Constituciones: la Constitución real y la formal. La primera es efectiva porque corresponde a la expresión de los factores reales de poder, y la otra, únicamente es una hoja de papel. El planteamiento de Lassalle, en mi opinión, no es peyorativo sino que refleja la realidad existencial que a él, como a todos los marxistas. les impacta, en el sentido de que el derecho no es sino la expre-

sión del poder real de la clase dominante. Lo que quiere decir este autor es que los factores reales de poder definen el derecho, de acuerdo a sus intereses y los poderes relativos, que el ejército, el clero, los terratenientes, etc., Tienen y que estos deciden qué y cómo debe ser la Constitución y esto lo escribe en sobre ***"una hoja de papel",*** es decir la Constitución formal.

"Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado". El procedimiento que se sigue no es, según Lassalle, algo burdo: no se trata de escribir caprichos, sin que para ello intervienen los electores, que votarán por esa ley, es algo más pulcro, más fino, pero no exento de las manipulaciones, que él observó y que lamentablemente todavía se observan.

3. Carl Schmitt

1. En términos absolutos:

a) "La Constitución puede significarla concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado". En este caso no se refiere a su idea normativa, sino a su existencia real y concreta como unidad política: en consecuencia, se refiere a su ser: se refiere al Estado= Constitución, como unidad concreta: Inglaterra, Alemania, El Salvador

b) Cuando esa concreta situación se toma en una forma especial de dominio que afecta a cada Estado, osea la "manera especial de ordenación, se refiere al modo y forma especial de supra y subordinación, se refiere al modelo o forma de gobierno (monarquía, aristocracia, democracia)" Constitución = forma de gobierno o, como lo definió Maquiavelo, los estados o son repúblicas o son monarquías.

c) Cuando se refiere a esa unidad no como algo estático, sino en su devenir dinámico, surgiendo siempre de nuevo, estamos en presencia del principio de la formación de los intereses contrapuestos o sea la dinámica del poder, que se proyecta al futuro. Constitución = al principio del de venir dinámico: la dinámica que hace la armonía de las contradicciones en los intereses y las opiniones contrapuestas, que deben integrarse según la frase de Rudolf Smend.

Siempre en términos absolutos, pero referidos ya a su aspecto normativo, Constitución significa la regulación legal fundamental, es decir, en el sentido de una unidad cerrada, la ley de leyes, sistema de normas supremas y últimas: una formación total de la vida del estado, de la ley fundamental; en este sentido, Schmitt identifica Estado y

Constitución, tal como lo hiciera Aristóteles (El Estado es una ordenación de la vida común dada a los hombres de una ciudad.)

En términos relativos, la Constitución es la ley formal, según sus características externas y accesorias; se trate de normas fundamentales o no, es decir cuestiones relativas a un Estado, puestas en una Constitución, forman parte de ésta aunque en esencia no son constitucionales. Algo que no comparte el jurista salvadoreño, Julio Fausto Fernández, quien considera que las leyes constitutivas que, en algún momento, existieron en el país, (Ley de Imprenta y otras), no son Constitución; en la actualidad hay ciertas normas que no son parte de la constitución formal, pero para interpretarla y aplicarla, se recurre a esas normas, (Derechos Humanos, jurisprudencia constitucional, etc,.). Es lo que en Europa se conoce como "bloque de constitucionalidad" y que muy escasamente se acepta en El Salvador.

2. El criterio amigo-enemigo como distinción específica del concepto de "lo político".

El criterio amigo-enemigo, planteado por Schmitt como una expresión de la necesidad de diferenciación, conlleva un sentido de afirmación de sí mismo (nosotros), frente al otro (ellos). Así pues, es posible observar el contenido positivo de la relación amigo-enemigo como conciencia de la igualdad y de la otredad, la cual se define marcando al grupo entre los que se distinguen de los otros con base en ciertos referentes. La diferencia nosotros-ellos establece un principio de oposición y complementariedad. La percepción que un grupo desarrolla de sí mismo, en relación con los otros es un elemento que, al mismo tiempo que lo cohesiona, lo distingue; es en esta dualidad oposicionista que se desarrolla el ser social de ahí la necesidad de algo que la constituya, tal como se indicó arriba.

"La posibilidad de reconocer al enemigo implica la identificación de un proyecto político, que genera un sentimiento de pertenencia. Pero, ni la identificación con "del enemigo", ni el sentimiento de pertenencia, ni la misma posibilidad de la guerra que le da vida a la relación amigo-enemigo son inmutables. Antes bien, se encuentran sometido osea variaciones continuas, es decir, no están definidos de una vez y para siempre."

"Schmtit argumenta que la esencia de lo político no puede ser reducida a la enemistad pura y simple, sino a la posibilidad de distinguir entre el amigo y el enemigo. El enemigo no puede pensarse en términos de cualquier competidor o adversario, como lo planteaba el liberalismo, ni tampoco como el adversario privado (inimicus). La oposición o antagonismo de la relación amigo-enemigo se establece si y sólo si el enemigo es considerado público (hosits). "Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere ipso facto carácter público".

La relación amigo-enemigo propuesta por Schmitt, para explicar la necesidad del Estados, e apoya en otra idea también absolutista procedente de Thomas Hobbes: el jus belli, rubricado por éste cuando afirmó: "Los pactos que no consisten en la espada no son más que meras palabras" **(vid. El Leviathán)**

"Para poder comprender este concepto es fundamental recordar, que para Schmtit, lo esencial en lo político se basa en la relación amigo-enemigo. Siendo así, el Estado, mientras exista, debe decidir sobre la distinción de la mencionada relación, puesto que de lo contrarios, carece de la capacidad de establecer dicha diferencia, (entre amigo y enemigo) deja de existir políticamente.

"Al respecto podemos advertir que para nuestro autor (Hobbes), el Estado es una unidad política dominante la cual se evidencia cuando menciona que al Estado, en cuanto unidad substancialmente política, le compete el jus belli, o sea la posibilidad de determinar al enemigo y combatirlo en casos concretos y por la fuerza de una decisión propia".

Si esta unidad desaparece inclusive como eventualidad, entonces desaparece también lo "político mismo"; de esta institución del Estado se derivan todos los derechos y facultades de aquéllos a quienes les es conferido el poder soberano, por consentimiento del pueblo. Claro es que para Hobbes el móvil que lo lleva a la construcción del Estado es ese miedo que reina en el Estado de naturaleza.

En este Estado se encuentra manifiesto que los hombres están en guerra con cada hombre, hasta tanto no se sitúe alguien que los controle y los mantenga atemorizados. Los hombres no encuentran placer, sino, muy al contrario, un gran sufrimiento, al convivir con otros allí donde no hay un poder capaz de atemorizarlos a todos. Mientras los hombres vivan sin ser controlados por un poder común, están en la condición llamada Guerra.

Y como dice Norberto Bobbio, el pacto social consistiría en un acuerdo para la constitución de un poder común. El único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad".

"Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre, como si cada uno estuviera decidiendo al otro. Una vez hecho esto, una multitud así unida en una persona es lo que llamamos Estado ...

De allí, menciona Hobbes, surge el nacimiento del Dios mortal, al que se le debe la paz y seguridad, puesto que es por obra de la cesión de derechos que realiza cada individuo, miembro del Estado, que este Dios adquiera tanta autoridad, y es por ese

miedo que su poder inspira, que obliga y hace que los hombres logren una paz interna y luchen en contra del enemigo externo.

"Se dice que un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o una asamblea de hombres, por mayoría, el derecho de personificar a todos, es decir, de representarlos. Cada individuo de esa multitud, autorizará todas las acciones y juicios de este hombre, igual que si se tratara de los suyos propios, a fin de vivir pacíficamente en comunidad y de encontrar protección contra otros hombres.

4. Hans Kelsen

Según Kelsen, "la Constitución en su sentido lógico-juídrico, es la norma fundamental o hipótesis básica la cual no es creada conforme a un procedimiento jurídico. Y por lo tanto, no es una norma positiva, debido a que nadie la ha regulado y a que no es producto de una estructura jurídica, sólo es un presupuesto básico. Precisamente, a partir de esa hipótesis se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen el sistema jurídico".

Las ideas kelsenianas son aceptables en alguna forma; puede aceptarse en el sentido de que el poder constituyente no es un poder jurídico, sino que responde a intereses y fuerzas políticas; en tanto el pacto social no se ha creado o el existente se ha dejado sin efecto, aparece el poder constituyente, que reside en el pueblo, pero puede residir en cualquiera otra estructura de poder, que es aceptada u obedecida.

Los constitucionalistas contemporáneos y las constituciones actuales, han aplicado la tesis contraria a la de Kelsen, en el sentido de que la Constitución tiene eficacia normativa directa, es decir, se aplica directamente aunque no haya leyes que desarrollen sus preceptos (vid. Cn España y Alemania); existe la inconstitucionalidad por omisión, en el sentido de que las normas constitucionales que no se han desarrollado por el legislador, pueden ser exigidas por medio del recurso de inconstitucionalidad por omisión, además de que los jueces se consideran como jueces de la Constitución, dando paso al Estado de derecho constitucional o sea el Estado constitucional.

Por su parte, una Constitución en el sentido jurídico-positivo, se sustenta en el concepto lógico-jurídico, porque la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico. En este concepto, la Constitución ya no es un supuesto, es una concepción de otra naturaleza, es una norma puesta no supuesta. La Constitución en este sentido nace como un grado inmediatamente inferior al de la Constitución en su sentido lógico-jurídico.

Según Kelsen, la Constitución puede ser contemplada en dos sentidos: en un sentido material y en un sentido formal. En su sentido material, está constituida por

los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Además de la regulación de la norma que crea otras normas jurídicas, así como los procedimientos de creación del orden jurídico; también, desde el punto de vista material, la Constitución contempla los órganos superiores del Estado y sus competencias.

Otro elemento que contiene dicho concepto material, son las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre. La Constitución, en sentido material, implica, pues, el contenido de una Constitución. La Constitución en su sentido material tiene tres contenidos: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal.

"La Constitución en sentido formal - dice Kelsen- es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal, es el documento legal supremo. Hay una distinción entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales; es decir, existen normas para su creación y modificación mediante un procedimiento especial, distintos de los abocados para reformar leyes ordinarias o leyes secundarias".

En esta parte, Kelsen retorna a las ideas comunes del constitucionalismo, en el sentido de que la Constitución es norma suprema y que el derecho en general, debe reglarse conforme sus disposiciones y que la norma que repugna la constitución es nula y debe ser expulsada del orden jurídico, conforme la doctrina del juez Marshal de la suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso Mádisonand Márbury, por el cual el juez Marchalin aplicó la ley contraria a la Constitución.

Esta es una idea contractualista, en el mismo orden que ha sido planteada por filósofos y políticos que parten de la idea de que, en algún momento, los seres humanos se ven forzadas o pasar de la sociedad natural a un estadio superior como es la sociedad civil.[4]

4 Hans Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Autónoma de México, 1988. El Estado es el ámbito de aplicación del derecho; es el derecho como actividad normativa; el Estado es el derecho como actividad normal (de norma); en el Estado alcanza el pueblo su personalidad jurídica. México D.F. 1949. Jurista judío, nacido en Praga, pero de nacionalidad austriaca, profesor de Derecho en diferentes universidades a lo largo de su vida. Redactó la Constitución de Austria de 1920 tras el desmoronamiento del imperio austro-húngaro y fue, durante algunos años de entre guerras, magistrado de la Corte Suprema austriaca. Su interés seminal fue delimitar el conocimiento del Derecho como un fenómeno autónomo de cualquier otra consideración psicológica, sociológica, ética o ideológica. Es el representante más refinado del moderno positivismo jurídico (iuspositivismo). Kelsen puso todo su empeño en desprestigiar el Derecho natural como algo irracional y caduco frente a la superioridad del Derecho positivo.

5. Karl Löewenstein

Afirma que la Constitución es un dispositivo fundamental para la dinámica del poder, el control del proceso del poder. En efecto, el poder se ejerce, es una acción constante, la toma de decisiones es lo que caracteriza, especialmente al gobierno o sea a las personas concretas en quienes se deposita el poder público. Estas personas son las que deben tener ese dispositivo fundamental para ejercerlo, dado, como lo afirma Montesquieu, que es propio de la naturaleza de las cosas que todo aquél que tiene poder tiende a abusar de él. Por ello es necesario que ***"el poder detenga el poder, es decir, "le pouvoir arreté le pouvoir";*** que es el principio que está a la base de la división de poderes, técnica presente en las constituciones modernas y contemporáneas. Desde la Constitución de los Estados Unidos, las constituciones francesas, hasta llegar a nuestros días, en que la división de poderes es el sostén de los gobiernos republicanos o de las monarquías constitucionales que en esa forma subsisten.

Una de las lecciones clásicas de Loewenstein, la encontramos en la clasificación de las constituciones y, al referirse a la clasificación ontológica, hace referencia a las constituciones normativas, nominativas y semánticas, ilustrando en forma didáctica, con el símil del traje, y afirma que éste, el traje, según los casos, queda bien o puede quedar bien o nunca quedará bien. El lector, por su cuenta, puede ir a esta fuente y por sí mismo completará su conocimiento sobre el símil de este autor.[5]

6. Manuel García Pelayo

En su "Derecho Constitucional Comparado", se refiere a los conceptos o teorización es que sobre la Constitución han formulado algunos autores; entre ellos Carl Schmtit, Rudolf Smend, Herman Heller, Mauricio Hauriou, Santi Romano y otros. La síntesis que, de estos autores, nos hace García Pelayo nos proporciona distintas visiones del tema de la Constitución.

Smend nos recuerda que la Constitución, según este autor, "es el orden jurídico de un Estado, que se diferencia del resto del orden jurídico por el orden político de su objeto y del resto de las normas jurídicas en que éstas son la normativización abstracta de una pluralidad infinita de casos, mientras que la Constitución es la ley individual de una única realidad vital concreta". "La Constitución es el orden jurídico del Estado, pero como el Estado sólo cobra existencia por la integración de sus órganos, procesos, las funciones formales, las misiones reales, etc., de manera que la Constitución es el orden jurídico de la integración".[6]

---

5 Karl Löewenstein. Teoría de la Constitución, Ariel. Barcelona, España. 1983.

6 Manuel García Pelayo. Derecho Constitucional Comparado. Alianza Universidad.Textos. Madrid. 1993.

Hermann Heller sostiene que "la Constitución es ciencia de la realidad y se equipara con la organización del Estado. El Estado, como toda agrupación humana, vive en cuanto se renueva; por tanto, en la Constitución se alberga el momento dinámico".

Los actos humanos probablemente se seguirán cumpliendo bajo las mismas pautas, por ello es que el Estado no se disuelve en un caos. La configuración actual de la cooperación y la probabilidad de su devenir de un modo similar al de hoy, es lo que se llama Constitución." La Constitución supone la repetición de conductas ¿en qué se basa? En que es una normalidad; son las conductas empíricas, sin valoraciones, son independientes de la norma, son normalidades; es lo que ocurre en forma repetida, sin las que no es posible ninguna convivencia; es Constitución no normada. La Constitución normada responde a una valoración que puede ser jurídica o extrajurídica (moral, costumbres)[7].

7. Thomas Hobbes, (1588-1679. Inglaterra)

Haciendo referencia al Estado, dice que este es una entidad mecánica, que actúa como un organismo humano; es como un hombre grande, observando las relaciones mecánicas pero no las interpreta.

Según Hobbes, afirma Cassirer, "el vínculo legal entre el gobernante y sus súbditos, una vez establecido, es indisoluble. El pacto de sumisión, por el cual los individuos renuncian a todos sus derechos y libertades, es la condición necesaria y el primer paso conducente al orden social. Pero, en cierto sentido, también es el último paso. A partir de entonces, los individuos ya no existen como seres independientes. No tienen ya voluntad propia la voluntad social se ha incorporado al jefe del estado. Y para voluntad es ilimitada; no existe otro poder por encima o al lado del soberano absoluto.

Esta era, evidentemente, una suposición gratuita, a la que no podía justificar o demostrar la idea básica del contrato social. Pues, combinada con la doctrina estoica de los derechos naturales, esta idea conducía a resultados precisamente opuestos. Era manifiesto que los individuos, al ponerse de acuerdo unos con otros y con el gobernante, no podían actuar sino en su propio nombre. "Esto es algo paradójico e inaceptable, pues un hombre que renuncia a su personalidad, carece de moralidad, no es nada ni nadie. ***(Ernst Cassirer. El Mito del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993).***

"El Soberano es quien da cuerpo a la sociedad, es el "Gran Leviathán", el poder absoluto. En él se concentra toda la autoridad. Su voluntad es ley, a él le han sido cedidos todos los poderes y derechos de la sociedad, y por tanto, no hay ningún

7 Manuel García Pelayo. Obra citada.

poder fuera de él. Además, por su propia esencia, este poder es indivisible y no tiene ningún limite, ni siquiera de derecho natural o constitucional como le había impuesto Bodino. Es también inalienable, no se puede ceder, cualquier órgano es un mero instrumento y el poder radica en el Soberano".

En la concepción hobbessiana, la misión constitucional es la seguridad; los hombres se asocian para alcanzarla seguridad, dado que en el estado de naturaleza, a los hombres siendo iguales, pueden hacerse daño entre si, dado que el ***"hombre es el lobo del hombre"*** (Hobbes, recordando la sentencia de Plauto, ***"homo homini lupus est.")***

¿Quién de los mortales le quitará a Leviatán, la piel que lo cubre?¿ O quién entrará en medio de su espantosa boca? En fin, no hay poder sobre la tierra que pueda comparársele, pues fue criado para no tener temor de nadie.**(Cap. XLI vers. 4, 24, Libro de JOB).**

"De la igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines..." "dos hombres cualquiera desean la misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen en enemigos; y en su camino hacia su fin (que es principalmente su propia conservación y a veces su delectación) se esfuerzan en destruirse o en subyugarse.

Y viene así a ocurrir que, allí donde un invasor no tiene otra cosa que temer que el poder de otro hombre, si alguien siempre planta o construye o posee asiento adecuado, puede esperarse que vengan otros preparados con fuerzas unidas para desposeerle y privarle, no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o libertad. Y el invasor, a su vez, se encuentra en el mismo peligro frente a un tercero".

Esta condición es la guerra de todos contra todos... esta condición de guerra se supera solamente con la paz y a ésta se llega mediante la renuncia y la transferencia de derechos y, cuando esta condición es mutua, aparece el contrato, el pacto y, cuando este no se cumple, aparece la idea de la justicia y de la injusticia..."[8].

8. John Locke (1632-1704)

También se inscribe en la corriente contractualista, igual que Hobbes, pero no sigue los mismos pasos de éste y por el contrario, considera que el Pacto se real iza en un ámbito de libertad de la que gozan en la sociedad natural; pero como en ésta se producen transgresiones que ponen en peligro los bienes y derechos de los hombres, es necesario crear una voluntad superior que los represente a todos.

8 Thomas Hobbes. Leviathán, Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil. Editora Nacional, Madrid, 1979. Vid. El Mito del Estado, de Ernesto Cassirer, cita bíblica del Libro de JOB).

"Tenemos, pues, que lo que inicia y 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, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo".

"Nada puede hacer aun hombre súbdito o de miembro de un Estado sino su ingreso en el mismo por compromiso positivo, promesa expresa y pacto..." "La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en el Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno es la salvaguarda de sus bienes; esa salvaguarda es muy incompleta en el Estado de Naturaleza"[9]

9. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado. Tal cual se cree el amo de los demás, cuando, en verdad, no deja de ser tan esclavo como ellos. ¿Cómo se ha verificado este camino? Lo ignoro. ¿Qué puede hacerlo legitimo? Creo poder resolver esta cuestión.

Si no considerase más que la fuerza y el efecto que de ella se derivan, diría: mientras un pueblo se ve obligado a obedecer y obedece, hace bien; mas en el momento en que puede sacudir el yugo, y lo sacude, hace todavía mejor; porque recobrando su libertad por el mismo derecho que se le arrebató, o está fundado el recobrarla, o no lo estaba el "habérsela quitado". Pero el orden social es un derecho sagrado y sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no viene de la Naturaleza; por consiguiente, está, pues, fundado sobre convenciones. Se trata de saber cuáles son estas convenciones. Mas antes de entrar en esto debo demostrar lo que acabo de anticipar.

"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona ya los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y quede tan libre como antes." Tal es el problema fundamental, al cual da solución el Contrato Social.

Las cláusulas de este contrato se hallan determinadas hasta tal punto por la naturaleza del acto, que la menor modificación las haría vanas y de efecto nulo; de suerte que, aun cuando jamás hubiesen podido ser formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y doquiera están tácitamente admitidas y reconocidas, hasta que, una vez violado el pacto social, cada cual vuelve a la posesión de sus primitivos derechos y a recobrar su libertad natural, perdiendo la convencional, por la cual renunció a aquélla.

Estas cláusulas, debidamente entendidas, se reducen todas a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la humanidad;

9 John Locke (1632-1704) Ensayo sobre el gobierno civil. Aguilar, Madrid. 1969.

porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para todos, y siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás.

"Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo." Inmediatamente en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y toma ahora el de república o de cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado, cuando es pasivo; soberano, cuando es activo; poder, al compararlo a sus semejantes; respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y súbditos, en cuanto sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden frecuentemente y se toman unos por otros; basta con saberlos distinguir cuando se emplean en toda su precisión".

"Este tránsito del estado de naturaleza al estado civil, produce en el hombre un cambio muy notable, al sustituir en su conducta, la justicia al instinto y al dar a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Sólo cuando ocupa la voz del deber, el lugar del impulso físico y el derecho, el del apetito, es cuando el hombre, que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar según otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones.

Aunque se prive en este estado de muchas ventajas que le brinda la Naturaleza, alcanza otra tan grande al ejercitarse y desarrollarse sus facultades, al extenderse sus ideas, al ennoblecerse sus sentimientos; se eleva su alma entera a tal punto, que si el abuso de esta nueva condición no lo colocase frecuentemente por bajo de aquella de que procede, debería bendecir sin cesar el feliz instante que le arrancó para siempre de ella, y que de un animal estúpido y limitado hizo un ser inteligente y un hombre.[10]

10. Peter Scheneider

Constitución y Democracia. Haciendo referencia expresa de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, este autor afirma: "También la Constitución es factor de democracia pues la participación democrática en las tareas estatales presupone una libertad organizada jurídicamente, siendo una exigencia ineludible de la Constitución fijar sus condiciones y límites responde en cuanto a su naturaleza normativa al tipo constitucional del orden".

10 Jean Jacques Rousseau (1712-1778) El Contrato Social, Afianza Editorial. Madrid. 1980.

"Constitución es un sistema de normas, sustentadas en una idea de organización y control del poder del Estado, al servicio de la persona humana. La Constitución es, en consecuencia un ordenamiento y responde a un mandato representativo en el que los representantes (gobierno) actúan y organizan la vida social a nombre de sus representados (pueblo), en el marco de unos valores, de unos presupuestos y de unos principios".

Las ideas que se han expuesto permiten adentrar a nosotros contenidos de la vida institucional moderna de El Salvador. No pretendo hacer un estudio exegético de la norma constitucional, no me lo he propuesto aunque es una labor importante, pero no es ese el caso en esta oportunidad. Por de pronto, he recogido algunas vivencias constitucionales a partir de las experiencias recientes, con el propósito de crear un perfil propio de expresión y creación de derecho constitucional salvadoreño.

Este intento de plasmar los fundamentos para una teoría constitucional, es por considerar que es tiempo de que la ciencia jurídica nacional, tenga sus propios referentes para formular lo que nos corresponde como ciudadanos; no importa que los datos sean incompletos, las propuestas, sumarias; los inicios, débiles, pero si no corremos riesgos, siempre estaremos pendientes de lo que hagan aquéllos y nosotros esperando que algún día estaremos a la par. Ese planteamiento no cuenta conmigo.

TÍTULO III

Estado de Derecho

"Queríamos justicia y nos entregaron el Estado de Derecho" Barbel Bohley

Se atribuye a la activista alemana de derechos humanos Barbel Bohley la frase citada, y que puede significar muchas cosas, en la tarea de encontrar respuestas a la pregunta de qué es el Estado de Derecho. El reclamo de justicia es propio de mujeres y hombres libres; conseguida la libertad, se debe luchar por la justicia, aunque a las generaciones que nos precedieron les tocó pelear y morir por ambas; la libertad es un derecho, o mejor dicho es un deber, el deber de ser libres, pero si no hay justicia, (igualdad) la libertad es un sarcasmo.

La frase, atribuida a Bohley, que implica una queja, un lamento, tiene diferentes interpretaciones, pero su autora la refiere a la particular situación que hubo en la República Democrática Alemana (RDA), donde según algunos, los líderes de la justicia, apenas alcanzaron el Estado de Derecho, o por el contrario, opinan otros, encontraron más, al crearse condiciones del estado democrático, porque, además de justicia tienen el resto de los derechos fundamentales queríamos justicia" puede ser en este caso una petición concreta, cuya respuesta seria el castigo de los responsables de delitos que se imputan al gobierno de Alemania oriental.

Las victimas de ese sistema esperaron que se hiciera justicia y que se pagaran las injusticias cometidas; pero el Estado de Derecho tiene dificultades para saldar, al instante y sin los procedimientos probablemente esperados, la deuda de injusticia heredada del régimen anterior. Y es que hacer justicia exige un debido proceso; de lo contrario, se corre el riesgo de cometer otra injusticia y aunque esto pueda interpretarse como impunidad o como un premio a los victimarios de un conflicto o de un sistema.

¿En El Salvador ha ocurrido eso? ¿Queríamos justicia y se nos ha dado Estado Derecho? ¿Qué hace el Estado de Derecho? ¿Que hace El Estado de Derecho por la justicia? O seguimos siendo un estado autoritario? Hay una herencia del pasado que complica las soluciones del presente; los Acuerdos de Paz constituyen el punto de partida para la realización de la justicia; muchos salvadoreños se empeñan en alcanzar el Estado de Derecho, cuyos signos evidentes son las instituciones del Estado, las cuales no han podido o sabido responder a las expectativas de la sociedad; pesan sobre la arquitectura formal del Estado, otros factores reales de poder.

TITULO III

Estado de Derecho

1.- Reflexión previa: ¿Es El Salvador un Estado de Derecho?

La descripción que anteriormente se ha formulado requiere de algunas valoraciones para determinar dos cosas:

1. Qué tanto de lo que está formalmente escrito en la Constitución tiene eficacia normativa y para decirlo con el pensamiento de Löewenstein, qué tanto esa Constitución tiene de normativa, nominativa o semántica, ideas que el lector puede ampliar en la Teoría de la Constitución de este autor y,
2. Qué tanto El Salvador es un Estado de Derecho, en el que la justicia constitucional tenga posibilidades razonables de cumplimiento; para ello, una revisión doctrinaria de los preceptos básicos de esta categoría histórica, puede ser útil para el propósito de este ensayo.

2. El Concepto de Estado de Derecho

El término Estado de Derecho tiene su origen en la doctrina alemana (Rechtsstaat.) El primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl en su libro Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. En tradición anglosajona, el término más equivalente en términos conceptuales es el Rule of law, (resoluciones de los tribunales) o bien sea como lo afirma Ulrich Karpen de la Universidad de Hamburgo, "limited govemment, sustantive due process, reasonablenes, es qua protection, and fair hearing, (garantía de audiencia) etat de droit, etc., su objetivo es la limitación y la dominación calculable, la fijación de principios y legitimidad de las leyes, división de poderes y los principios de distribución y organización.."[11] Siendo estos dos últimos temas que desarrolla Carl Shmitt, en su Teoría de la constitución y a los que me refiero más adelante, por la importancia que tienen en la limitación del poder.

11 Ulrich Karpen. Profesor titular de derecho Constitucional de la Universidad de Hamburgo. Obra citada, pág.212. Estado de Derecho y Democracia. CIEDLA.

Con mucha sencillez pero en forma precisa, Wolfgan Horn dice que, desde que la ciencia jurídica alemana incorporó el término (segunda mitad del siglo XIX), "la idea esencial en este concepto se traduce en la demanda de control jurídico y moderación política para el poder público, además del reclamo de garantías para la libertad personal"[12]

Idea que inmediatamente nos recuerda el trascendental artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa.

Sobre este mismo tema, García Pelayo afirma:

"La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la Ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de modalidades del pensamiento jurídico y político de cada tiempo, si bien siempre ha considerado como uno de sus supuestos la existencia de una Constitución, que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes."

Su primera formulación se le debe a Kant y a Humboldt, y como todos los grandes conceptos jurídico-políticos es, en sus orígenes, un concepto polémico, en este caso doblemente orientado, de un lado, contra el Estado policía típico del absolutismo ilustrado que trataba de hacer la felicidad de sus súbditos a costa de enojosas e impertinentes intervenciones administrativas en la vida privada y, de otro, contra la concepción de la ley como un puro instrumentum regni en manos del monarca y totalmente dependiente de su voluntad.[13]

3. Principios del Estado de Derecho

El Estado de Derecho clásico se sustenta por lo menos en estos principios:

3.1. El Principio de legalidad.

No es, pues, el poder sino el Derecho lo que constituye al Estado, ni es la ley instrumento del poder, sino el poder agente de la ley, bien entendido que por ley jurídica no puede entenderse cualquier norma, es decir, no toda ley es Derecho, sino tan sólo aquella que se derive por necesidad lógica de los principios apriorísticos de la razón, que son los siguientes:

Estado de Derecho, según esta primera formulación de Kant y Humbodlt, es aquel Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al

---

12 Wolfgan Horn. Rasgos Básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental Alemana. Profesor de la Universidad de Essen. CIEDLA.
Obra citada.

13 Manuel García Pelayo. Obras Completas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley, excluyendo, por tanto, de su ámbito de acción toda actividad administrativa, salvo la beneficencia".[14]

Como puede verse, en sus orígenes el concepto de Estado de Derecho, es necesariamente liberal, lamentablemente degeneró en Estado burgués, con las consecuencias sociales y políticas, enfrentadas con éxito relativo por el Estado Social, de tipo reformista, que surge como opción frente a las soluciones del socialismo marxista.

"El Estado, según Humboldt, (Guillermo de Humboldt, filósofo y político alemán, 1767) debe limitarse a garantizar la seguridad de los ciudadanos en el interior y en el exterior, ya que un Estado intervencionista quebranta el libre despliegue individua, aniquila la variedad, debilita con todo ello la fuerza de la nación y supone la negación misma del problema del Estado, que es "combinar la más variada individualidad y la independencia más original con la asociación también más variada y más íntima de los diversos hombres".

El Estado debe, pues, limitarse a velar por la seguridad, es decir, la certeza de la libertad concedida por la ley. "La misión del Estado es, pues, garantizar la seguridad jurídica en el despliegue de unos derechos individuales situados más allá del Estado mismo y derivados del hecho de considerar al hombre como principio y fin del Estado y a la libertad como condición del despliegue vital."[15]

El nuevo Estado adopta una nueva Constitución conforme al individualismo liberal, que corresponde al Estado constitucional o Estado liberal de derecho, la cual contiene "una decisión en el sentido de la libertad burguesa, libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y de comercio. El estado aparece como el servidor rigurosamente controlado de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, o sencillamente, identificado con este sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento".

3.2. El principio de Distribución.

El poder del Estado como la libertad de los individuos tiene un marco de normas que debe de respetarse, en una interacción, que trae dos consecuencias, las cuales Schmitt, define como: 1. Principio de distribución por el cual "la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al estado, quedando esa libertad ilimitada en principio, y expresada en los derechos fundamentales; mientras que la facultad del estado para invadirla, es limitada en principio. 2. La otra consecuencia es el principio de organización, por el cual el poder del Estado limitado en principios, e encierra en

14 García Pelayo. Obra citada.

15 IBID

una serie de competencias, que se expresa en la división de poderes, como mecanismo para el ejercicio del poder público".[16]

3.3. El principio de Organización.

El principio de organización trae como consecuencia algo esencial en esta materia, como es el principio de legalidad que es uno de los rasgos básicos del Estado de derecho, ya no la legalidad del estado, por el hecho de tener una norma que regula las actividades del estado, como en efecto ocurrió también en el período absolutista o ancíen régimen, sino el marco de normas distribuidas en tres direcciones competencias, separación de poderes, con el propósito de proteger la libertad del individuos y de los derechos fundamentales derivados.

4. El Liberalismo en la Constitución de El Salvador

Distintas interpretaciones se han dado a la norma contenida en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789, pocos días después del movimiento revolucionario de 14 de julio de ese año; dicha norma es una advertencia y se enuncia así: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". La más conocida de las interpretaciones de esta regla es que, en tales circunstancias, carecer de Constitución no significa carecer de texto formal, sino que lo que significa es que la sociedad en la que esos elementos no se evidencian, no puede llamársele Estado de Derecho o Estado Constitucional.

El constitucionalismo salvadoreño, que durante su vida independiente ha visto por lo menos trece constituciones estatales y tres federales, incluyendo la primera cuando se declara la independencia centroamericana. Lo que no se puede afirmar es cuántas o si por lo menos alguna de esas constituciones, no sólo en su texto escrito, en la "hoja de papel" a que se refiere Ferdinando Lassalle, en su conocida Conferencia "¿Qué es una Constitución?, sino que además en la vida real o en las condiciones materiales de la sociedad, reflejó y desarrolló el mandato o advertencia del art. 16 de aquella Declaración.

De los numerosos textos constitucionales, el pueblo salvadoreño, especialmente la burguesía intelectual, recuerda con respeto y admiración la denominada Constitución Liberal de 1886, promulgada ese año, durante el auge y desarrollo que alcanza el liberalismo en esa época, para bien o para mal del pueblo salvadoreño, cosa que debe analizarse con la mayor seriedad y rigor científico.

16 Carl Schmitt. Teoría de la Constitución. Obra ampliamente citada y conocida.

El régimen de derechos y garantías individuales, se consagra de tal manera que lo que ahora aparece en la Constitución de 1983, ***(vid supra)*** con pocas variantes, es la misma que se adoptó en 1886. Desde entonces, quedó plasmado como Derecho Constitucional de El Salvador, el debido proceso, la libertad de expresión, el derecho de petición, el de asociación y reunión, el respeto a la propiedad, y la garantía de que nadie puede ser privado de su vida, de su libertad, propiedad, etc. Osea la garantía del debido proceso.

El art. 28 consolidó el recurso de exhibición personal o hábeas corpus, que la Constitución de 1841, había introducido. El art. 37 confirmó el hábeas y además creó el recurso de amparo en caso de violación a los derechos y garantías constitucionales, asignando esa función protectora a la Corte Suprema de Justicia, iniciándose el proceso de control constitucional concentrado de los actos de los otros poderes del Estado.

Desde entonces se adopta el poder legislativo unicameral, prescindiendo de la idea del Senado, dejando para las generaciones actuales una nueva forma de legislar, probablemente por considerar que, dada nuestra extensión territorial, escasez de recursos, la influencia de la idea francesa de una Asamblea Nacional etc,. no era necesario mantener dos Cámaras.

5. El Estado Social de Derecho

Conocidos y sufridos los efectos del liberalismo económico, numerosas formas de resolver la problemática social, se han desarrollado durante los siglos diecinueve, veinte y veintiuno. No es posible hacer referencia a todos esos movimiento, ni desarrollarlos en una síntesis como ésta; sin embargo, para llegar a la noción de Estado Social de derecho, como forma de expresión, desarrollada en el aspecto social, del Estado de derecho, menciono las distintas corrientes que han dado sus aportes e ideas a la cuestión social: 1. El socialismo utópico. 2. El socialismo científico. 3. El socialismo reformista. 4. La doctrina social de la iglesia. 5. El constitucionalismo social.

"Originalmente el principio del Estado de Derecho estaba basado en la idea de una sociedad civil capaz de regularse a sí misma y que sólo requería la protección y la certeza de no ser invadida en su independencia por él mismo. El principio del Estado Social, en cambio, debió precisamente, su nacimiento al fracaso del Estado de derecho en encontrar una solución a la problemática social.

El principio del Estado de derecho sostenía que el individuo era capaz de desenvolverse libremente en la sociedad, en la medida en que el Estado no interfería en su vida; el principio del Estado social; por el contrario, contenía el reclamo de una mayor intervención del Estado en el orden social en consideración a que el

individuo estaba amenazado por las relaciones de poder y dependencias existentes en la sociedad misma".[17]

Ahora bien, en su concreto desenvolvimiento histórico y con independencia de la perenne validez de los principios, estas ideas se articulan al servicio de los intereses de la burguesía. La Ley es votada por un parlamento elegido mediante sufragio censitario, ligado por tanto a la propiedad; los derechos considerados naturales responden a los intereses económicos y vitales de la burguesía; la pretendida neutralidad del Estado desampara a aquéllos a los que la libertad deja más inseguros e indefensos. El libre juego de las fuerzas sociales produce una sociedad de clases, tendente al conflicto. Cuando éste se desencadenó, el capital renunció a los principios, forzando al Estado para que asegurara ante todo el orden necesario para el mantenimiento y la acumulación de los beneficios; ésta es la experiencia que cabe extraer de la imposición del totalitarismo nazi o fascista y de los llamados regímenes autoritarios[18].

"El Estado contemporáneo abarca muchas facetas ignoradas por el Estado liberal, su misión es la protección de los sectores más débiles, el Estado está más comprometido a asegurar a los habitantes lo indispensable para una vida digna. El Estado ya no puede aceptar que el reparto de los bienes sociales sea algo inalterable, tal como lo defendió la burguesía. El Estado para cumplir con sus objetivos, interviene en la provisión de los bienes públicos, aunque puede correr el riesgo de hacerlo de un modo autoritario, por lo que es necesario que la ley sea el instrumento adecuado para tal distribución, o sea es la herramienta para tal fin convirtiéndose en el nexo entre el Estado de Derecho y el Estado Social."[19]

Las constituciones contemporáneas se definen, ya no sólo como Estados sociales, sino que se agrega el carácter democrático y de derecho, tal como se ha establecido al principio: La ley fundamental para la República Federal de Alemania, que en su (art. 3), " reconoce el derecho de asociación para mejorar las condiciones sociales y económicas de los trabajadores: el (art 14), reconoce la propiedad privada, pero con fines sociales y se permite la expropiación; del mismo modo, (art. 6) se reconocen los derechos de maternidad, para la protección de la familia."[20]

---

17 Wolfgan Horn. Estado de Derecho y Estado Social. Publicación de CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina. Pags. 174 y sigs.

18 Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Globalización, Estado y Derecho constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia, vol. 19, nº. 2, Madrid: 2001/2002, Págs. 17 a 21. Nota bibliográfica. Este ensayo toma como punto de partida el artículo de G. Maestro Buelga "Globalización y Constitución débil", TRC nº. 7. Las premisas metodológicas hay que buscarlas en A. López Pina, "De la idealización del Estado", Saber/Leer nº. 36, 1990.

19 Horn. Obra citada.

20 lbid.

Elías Díaz, jurista español, dice: "Descartada la solución totalitaria fascista que, en definitiva, no hace sino reunir todos los males de fondo del liberalismo, sin poseer ninguna de sus ventajas, los sistemas democrático-liberales occidentales, han intentado evolucionar desde sí mismos a fin de adaptar sus estructuras políticas y jurídicas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social y económico de los últimos decenios."

" Dicha evolución viene marcada, se dice, por el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, concibiéndose éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter «social», que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas. El Estado social de Derecho, «casi» es obvio advertirlo, continúa constituyéndose como auténtico Estado de Derecho."[21]

"Lo característico del Estado social de Derecho es, afirma Elías Díaz, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo como forma de producción y otro, la consecución de un bienestar social general. La creencia en la posibilidad de semejante compatibilidad constituye precisamente el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Weffare State, el cual está orientado hacia el bienestar y constituye, en efecto, el componente real de los sistemas actuales que, como Alemania, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia, etc., pueden ser encuadrado, son diversidad de matices, en la fórmula del Estado social de Derecho."

"El Estado social de Derecho se caracteriza por ser un Estado administrador (prevalencia en él del poder ejecutivo y administrativo que llega incluso a legislar) y, a la vez y desde otra perspectiva, un Welfare State, un Estado del bienestar, en cuanto que éste constituye el objetivo fundamental de aquél. El objetivo del bienestar conexionado al objetivo del desarrollo económico aparecen así como resortes que movilizan la acción de la técnica y de la burocracia en el marco de las modernas sociedades industriales."[22]

El denominado fracaso del Estado de Derecho, en su etapa liberal, debido al agravamiento de las reclamación es sociales, ha dado lugar a que "las organizaciones y partidos de raíz obrera logran situarse en condiciones de negociar su integración política a cambio de prestaciones sociales. Desenmascarada la supuesta neutralidad del Estado liberal respecto de las relaciones sociales y económicas, el Estado social interviene en ellas atendiendo a ciertos criterios de justicia material; asimismo, merced a una política

21 Elías Díaz. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Editorial Cuadernos para el Diálogo (EDICUSA), Madrid, 1973- Pág. 95.

22 Ibid

presupuestaria redistribuidora y a la dotación de servicios públicos universales, procura condiciones materiales que permiten a cada uno el disfrute efectivo de los derechos".

"Todo ello presupone cierta autonomía del poder político. Ahora bien, las Constituciones de posguerra, al tiempo que permiten poner en pie el Estado social, limitan el poder del parlamento, asegurando la pervivencia de elementos básicos del orden social y económico capitalista. Justamente esto determina el desarrollo de las garantías de la supremacía constitucional (rigidez, jurisdicción constitucional) en términos que resultan ajenos al constitucionalismo decimonónico."[23]

Según este autor, el proceso de más de dos siglos, ha visto por lo menos estas versiones del Estado de Derecho: a) Estado Liberal de derecho. b)Estado Social de derecho. c) Estado Social y Democrático de derecho; y d) Estado Constitucional. Este es el proceso que se desarrolla en este Ensayo.

5.1. Constitución de Weimar de 1919

La fórmula concreta "Estado Social de Derecho" (ESO) no aparece como tal hasta el turbulento período de la República de Weimar y concretamente de la pluma del teórico del estado de orientación socialista Hermann Héller, en un famoso artículo titulado "Rechtsstaat oder Diktatur?" (1930) en el que el Estado de Derecho (ED) aparece formulado como ESD por oposición a la visión liberal, considerada en forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias del estado, fueran de origen nacional socialista o bolchevique.[24]

La Constitución de Weimar introdujo por primera vez en la historia del constitucionalismo democrático occidental, una lista de derechos sociales en el texto constitucional, aunque continuara manteniendo la formulación de la República como Estado de Derecho, lo cual supuso reconocer, en el ámbito de la Constitución, el fin de la concepción liberal en el ED.[25]

En un momento de crisis del Estado liberal, construido sobre la base de Estado-sociedad civil, la **Constitución de Weimar** reconoce la existencia de unos derechos sociales, aceptados con mucha resistencia, debido a su falta de juridicidad, además de que la República de Weimar, fue de corta duración, pero su previsión fue retomada después de la Segunda Guerra; cuando se aceptan como normas fundamentales de derecho, aunque no como normas de derecho positivo; precondición lógica para la interpretación de todas las reglas de derecho.

---

23 Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Globalización, Estado y Derecho constitucional.

24 Gerardo Meil Landwerlin. El Estado Social de Derecho. Revista de Estudios Políticos No. 42. 1984. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España. Vid. Mario Solano, Libro Tercero, Derecho Constitucional de El Salvador, UTEC, 2006. El Salvador.

25 lbíd.

La Constitución presenta la división clásica de las constituciones: Parte orgánica y parte dogmática. En la primera, en el marco valorativo de su preámbulo, habla el pueblo alemán, como necesitado de reconstruir su imperio, en el marco de la libertad y de la justicia y con el deseo de fomentar el progreso social. Con esto define un estado de naturaleza social, cuyos preceptos se encuentran en la parte orgánica. La parte segunda, Derechos y Deberes Fundamentales de los alemanes, inicia con un Título I, referido a la persona individual, los derechos propios del Estado Liberal de derecho. El Título II se refiere a la vida social.

Consagra el matrimonio que descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges; las familias numerosas tienen derecho a una compensación. La mejor defensa de la comunidad política, la constituye la Educación. Los hijos ilegítimos son especialmente protegidos. La Educación tiene un tratamiento especial, incluyendo su carácter obligatorio. El trabajo y los seguros sociales gozan de especial protección.

"Esta distinta manera de plantearse las relaciones entre el Estado y la sociedad supone, lógicamente, modificar las funciones que se atribuyen al Estado. Este ya no se limitará a ser un Estado gendarme, asegurador de la ley y del orden en el interior de la nación y de paz y seguridad ante el exterior. De acuerdo con los principios del Estado social, se hablará de estado como gestor y suministrador de servicios públicos diversos (salud, seguridad social, educación, esto es el estado empresario), además de requerirse la intervención del estado para resolver los conflictos colectivos que se produzcan entre los empresarios y los obreros, todo lo cual comporta un incremento notabilísimo de la administración del estado en relación al siglo XIX. Junto a los clásicos ministerios de Justicia, Guerra, Interior y Hacienda, surgen los ministerios de industria, Sanidad, Trabajo, etc., así como una multitud de empresas públicas."[26]

"El Estado social de derecho surge con el objeto de adaptar el estado liberal de Derecho a una infraestructura económica avanzada y a una sociedad de masas industrial o postindustrial. Esta forma de Estado comporta ante todo, como se ha dicho anteriormente, una nueva manera de enfocar las relaciones del estado con la sociedad que constitucionalmente se traduce en el reforzamiento del poder ejecutivo -del gobierno y de la administración- y en el reconocimiento de unos nuevos derechos fundamentales de carácter social."

"Ahora bien, el Estado Social de Derecho no es más que un tipo histórico del Estado Liberal de derecho, de tal forma que sólo manteniendo las premisas básicas de esta forma de estado -principio de legalidad, no concentración de poderes, reconocimiento y garantía de los derechos individuales- podrá hablarse de Estado Social de Derecho. A este respecto es indudable que el Estado Social de derecho debe distinguirse de los regímenes fascistas y comunistas. Estos dos regímenes, al igual que el Estado Social de derecho, ponen en entre dicho la vieja separación entre el Estado y la sociedad, exigiendo la socialización del estado. Ahora bien, mientras el fascismo y

26 8. Francisco J. Bastida y otros. Derecho Constitucional. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España. 1999.

el comunismo destruyeron los supuestos básicos del Estado liberal y democrático de derecho, el Estado social los readaptó al nuevo contexto económico, político y social que surge a partir de la Segunda Guerra Mundial".[27]

5.2 Constitución de la República Española de 1931

El movimiento revolucionario, democrático y socialista que se realiza en Europa, durante el siglo XIX, también abarcó a España; sin embargo, es hasta en la Constitución republicana de 1931, cuando consagran las instituciones propias de esta forma de Estado.

El Capítulo I, del Título III (Familia, Economía y Cultura) consagraba una concepción intervensionista del Estado y reconocía un conjunto de derechos económicos y sociales, coherentemente con los programas del liberalismo social y del socialismo democrático, en los que basó la filosofía política de los constituyentes republicanos. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia (art. 43).Toda la riqueza del país, sea quien sea su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional(art, 449.)

La expropiación y la socialización eran posibles, por causas de utilidad social; el Estado asegurará a los trabajadores las condiciones para una existencia digna; un sistema amplio de seguros para los trabajadores, para protegerlos en caso de enfermedad, invalidez, vejez, maternidad, etc., fue previsto por la Constitución y declaró su interés por la educación y gratuidad de la enseñanza.[28]

5.3 Constitución Mexicana de 1917

En materia de Estado Social, la Constitución Mexicana de 1917, constituye un ejemplo en América Latina, especialmente en lo que se refiere a los precedentes del Derecho de los trabajadores, materia regulada en el conocido art. 123. El distinguido jurista Alberto Trueba Urbina, en la Primera Constitución Político-Social del Mundo, relaciona las argumentaciones políticas, sociales, constitucionales, etc., que tuvieron en mente los constituyentes, autores de la Constitución mexicana, conformando una síntesis del pensamiento político, que ha servido de base para la construcción de esta forma de promover soluciones a los problemas que se han producido desde que se conformó el Estado Liberal y el sistema capitalista.[29]

El capítulo IV de esa obra contiene las valiosas argumentaciones para la implantación de un nuevo modelo constitucional, paradigma del constitucionalismo posterior en América Latina, incluyendo el nuestro, cuando se transforma el Estado Liberal, en Estado Social de Derecho, en 1950.

---

27 lbíd.

28 lbíd.

29 "La Primera Constitución Político-Social del Mundo"(1) Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1971)

6. ¿Se cumplen los Derechos Sociales?

El problema del cumplimiento efectivo de los derechos sociales ha interesado o la conciencia y a la discusión jurídica y se han dado infinidad de posiciones, sobre sus dificultades, las limitantes estatales, las dificultades de concertación, la pobreza institucional, etc. Se intenta dar la espalda a la realidad histórica y se piensa que tales derechos no corresponden a ninguna figura jurídica valida que haga exigible su cumplimiento.

1. Visión materialista

El materialismo histórico tiene posición definida sobre el nuevo régimen que aparece con la derrota del absolutismo, para el marxismo lo que vemos es una nueva etapa histórica de la lucha de clases:

"La moderna sociedad burguesa que se alza sobre las ruinas de la sociedad feudal no ha abolido los antagonismos de clase. Lo que ha hecho ha sido crear nuevas clases, nuevas condiciones de opresión, nuevas modalidades de lucha, que han venido a sustituir a las antiguas. Sin embargo, nuestra época, la época de la burguesía, se caracteriza por haber simplificado estos antagonismos de clase. Hoy, toda la sociedad tiende a separarse, cada vez mas abiertamente, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases antagónicas: la burguesía y el proletariado.

Según el Manifiesto del Partido Comunista de K. Marx & F. Engels:

"Los maestros de los gremios se vieron desplazados por la clase media industrial, y la división del trabajo entre las diversas corporaciones fue suplantada por la división del trabajo dentro de cada taller". "Pero los mercados seguían dilatándose, las necesidades seguían creciendo. Ya no bastaba tampoco la manufactura. El invento del vapor y la maquinaria vinieron a revolucionar el régimen industrial de producción. La manufactura cedió el puesto a la gran industria moderna, y la clase media industrial hubo de dejar paso a los magnates de la industria, jefes de grandes ejércitos industriales, a los burgueses modernos.

"Vemos, pues, que la moderna burguesía es, como lo fueron en su tiempo las otras clases, producto de un largo proceso histórico, fruto de una serie de transformaciones radicales operadas en el régimen de cambio y de producción. Hoy, el Poder público viene a ser, pura y simplemente, el Consejo de administración que rige los intereses colectivos de la clase burguesa.

"Frecuentemente se olvida que "La libertad, la igualdad y la fraternidad que la burguesía había prometido al pueblo durante el período de lucha por la destrucción del régimen feudal, resultó en realidad, la libertad de la explotación capitalista. En la nueva sociedad capitalista racional y justa, los obreros asalariados, libres de la dependencia personal, pero privados de los medios de producción, obtuvieron la libertad

de vender su fuerza de trabajo al capitalista y soportar el yugo de la explotación. Al amparo de la ley se realizaba la más implacable explotación, pero también la correspondiente protesta de los grupos asalariados, la cual aún no se organizaba lo suficiente para que su protesta fuera efectiva, no tenía conciencia de su importancia histórica, capaz de terminar con el régimen".[30]

El estado burgués o liberal no tenía ni la capacidad ni la menor intención de corregir estos problemas, en tanto que las mayorías laborales, dependientes de su salario y de su patrón, se encontraban en las mayores desventajas sin tener los mínimos materiales necesarios para resolver los problemas esenciales, recibiendo a cambio, los formalismos de libertad e igualdad que el estado burgués, había proclamado a partir de las grandes revoluciones europeas y de la independencia de los Estados Unidos.

El Estado va conformando una serie de medidas asistencialistas de segundo orden, ya sea para acallar la protesta social o para prevenir males mayores, pero realmente como política de estado, no se hacía mayor cosa. Sucede igual, en la época actual, cuando para atacar males de estructura social y económica, se proponen soluciones formales o jurídicas, como si por medio de la ley, únicamente, se puede romper con estructuras, comportamientos y hábitos que secularmente han atentado contra la sociedad.

2. Visión de Estado social

"Los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos son, primariamente, los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura. Esto vale tanto para los derechos civiles como para los derechos sociales, a estos poderes les corresponde la regulación normativa y la actuación administrativa destinada a velar por la efectividad de derechos tales como el derecho a casarse, a asociarse con fines útiles, a disponer de la propiedad, a la educación primaria, a la asistencia sanitaria, a gozar de condiciones dignas de trabajo, etc.

Al Poder Judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas".[31]

"En realidad, el Estado liberal conservador decimonónico se resolverá en un Estado de pobres, de menesterosos, que interviene para resolver un problema de orden público suscitado en los amplísimos márgenes del mercado laboral y no para incitar la reproducción regular de mano de obra.

---

30 12. V.S. Pokrovski. Editorial Grijalbo. México, D.F. 1966,

31 Apuntes sobre la Exigibilidad de los Derechos Sociales. Víctor Abramovich y Christian Courtis. Material de apoyo, FESPAD, Seminario de derecho.

Un Estado que, reticente a una intervención compensatoria en sentido fuerte, delega el control social a una serie de instituciones de sostenimiento mínimo y disciplina suficiente que comprenden desde hospitales y conventos hasta casas de caridad y socorro, asilos o comedores para pobres."[32]

Sin embargo, afirma que el Estado de Bienestar es un concepto definido de política económica y social, delimitado por notas económicas y sociales. El Estado Social de Derecho, por el contrario, es un concepto más amplio al integrar en su seno aspectos políticos, ideológicos y jurídicos. Su concreción eficaz, sin embargo, esperaría que un nuevo componente se agregue al Estado de Derecho, como es la democracia, que empieza a vislumbrarse a partir de la segunda mitad del siglo veinte (vid. Constituciones de España, Alemania, Portugal, etc.) y se manifiesta en proyectos más definidos en el presente siglo.

3. Visión del Estado Social y Democrático

Los derechos sociales son derechos que el Estado reconoce a los individuos y para ese efecto se declara que el poder público está obligado velar por su cumplimiento. Vid. Constitución española, alemana, etc. Eso ocurre avanzado el siglo veinte, pues durante la segunda mitad del siglo XIX, no se plasman los derechos sociales en instrumentos normativos coercibles, sino en cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras, que según los críticos, fueron intentos de mediatización de los movimientos legítimos de los trabajadores, que persiguen el reconocimiento efectivo de sus intereses.

Los derechos sociales son el complemento necesario para que los principios y derechos concernientes a la libertad y a la igualdad humana, en efecto tengan una aplicación real, dado que por su propia naturaleza, la sociedad humana es heterogénea, y al principio de igualdad, hay que darle vigencia con la aplicación de la justicia.

La igualdad y la justicia se convierten en los motores del Estado Democrático; así como la libertad fue rescatada del absolutismo, la igualdad ha sido reivindicada a partir de la derrota del liberalismo capitalista, en su versión economicista, consumista y materialista. El Estado social de derecho liga en los textos constitucionales, a los derechos fundamentales individuales, herencia del liberalismo, con los derechos económicos y sociales. Estos derechos fundamentales económicos y sociales se convierten, de alguna manera, en programas de acción. Los derechos fundamentales económicos y sociales derivan de la Constitución y no de la ley; por tanto, vinculan no sólo al Ejecutivo, sino también al legislador. Su eficacia y realización concreta no dependerán sólo de su implantación en los textos normativos, sino en el entendimiento y concertación de la sociedad y el Estado.

32 Gerardo Pisarello, de la Universidad de Barcelona: El Estado Social, como Estado Constitucional.

4. Visión constítucionalista

El momento especial que actualmente vive El Salvador (septiembre del 2008) demanda una acción política relevante que ayude reducir la polarización social. A partir de esta coyuntura, se puede decir que olvidar la responsabilidad del Estado ante las exigencias y necesidades sociales es un acto suicida. Los derechos sociales corresponden al individuo como integrante de algún sector de la sociedad, generalmente son los más débiles, los más vulnerables; es el segmento social de la pobreza, sector que es necesario proteger en función de sí mismo y del individuo.

La Constitución identifica el trabajo, la seguridad social, la familia, el derecho al medio ambiente, etc., como lo derechos sociales clásicos; sin embargo, en la actualidad se reconocen otros derechos, vinculados a los anteriores, de tal manera que el cumplimiento de uno depende del otro o sea que ya no hay cumplimientos aislados. En la actualidad, se advierte que las oportunidades de empleo, dependen de los grados de educación; que la salud depende de la seguridad alimentaria; que ésta depende de la protección del medio ambiente y de la productividad de la tierra; el aparecimiento de los derechos emergentes pone en crisis a los Estados, que incapaces de resolver la demanda social, recurren a criminalizar las conductas inconformes, o simplemente se desatienden en consideración a que jamás les deducirán responsabilidades.

Los derechos sociales corresponden a un momento avanzado de la sociedad en que la solidaridad sustituye el egoísmo del sistema liberal, en su versión de liberalismo económico, pero también son el producto de la agudización del conflicto entre las clases poseedoras y aquellos sectores sociales empobrecidos y excluidos por el capitalismo liberal; el gobernante debe considerar estas verdades. (Pisarello);

De nuevo aparecerán las flaquezas del Estado, si no tiene éste el carácter de Estado democrático y que le falta una decisión propia de soberanía para definir lo que le corresponde en materia de bien común; si, como dice Löewenstein, el Estado tiene una Constitución semántica, si su estructura de poder es débil y no está en condiciones de promover una sociedad incluyente, solidaria, no orientada a la usura, a la acumulación y al consumismo.

Tengamos presente a Häberle, para quien en cada Estado hay un ethos jurídico y en el Estado Constitucional, existe un pensamiento de alternativas de lo que es posible, que incluye una mirada a la realidad y a las necesidades sin dejarse gobernar por ellas, y tomando en cuenta los conceptos de la ciencia del derecho que ayuden a definir las opciones: derechos fundamentales, derechos de minorías, la democracia, la dignidad humana, etc. (Haberle, El Estado Constitucional, pag. 49)

7. El Estado Social y Democrático de Derecho

1. Consideraciones previas

El notable jurista español, Francisco Fernández Segado, afirma que "este principio puede considerarse como la resultante del proceso evolutivo recorrido por el Estado constitucional, desde su nacimiento hasta nuestros días, mencionando este autor que también, Lucas Verdú, otro notable jurista español, destaca los avances que corresponden a cada uno, respecto de la estructura anterior y se ha llegado mediante esa evolución progresiva, al Estado Democrático de derecho, ***"una realidad propia del mundo occidental que trasciende todo el orden jurídico",*** según sentencia, (STC 18-1984 febrero), del Tribunal Constitucional Español. Es un resumen de los principales caracteres, principio de legalidad y división de poderes; Estado de derecho y sufragio universal democrático; reconocimiento de derechos sociales e intervención en vida socioeconómica.[33]

Todos ellos, dice Fernández Segado, "están implicados entre sí, el uso de uno no debe afectar el conjunto y utilizado como conjunto, es la integración necesaria de ellos". Esta categoría histórica, además de sustentarse y defender los principios clásicos del Estado de Derecho en su versión liberal, asume características que le distinguen y que algunas de ellas son propias de la época contemporánea a la cual asistimos; se ha desarrollado y ha evolucionado, precisamente, al producirse graves desajustes sociales, que se dieron en el marco del Estado liberal, tales como el empobrecimiento de la clase laboral, la explotación de una clase social por otra, la falta de equidad en el trato de las personas, etc., hechos que ocurren en la segunda mitad del siglo XIX, tal como ha quedado expuesto en los capítulos precedentes y que dieron paso a lo que se ha denominado Estado Social de derecho.

También los acontecimientos ocurridos en la primera mitad del siglo XX, tales son el fascismo italiano, el nacional socialismo en Alemania y el socialismo de la Unión Soviética que, con el pretexto de superar las condiciones de pobreza de las clases laborales, aplicaron y fomentaron medidas totalitarias, dos de ellas eliminadas a partir de la costosa Segunda Guerra Mundial y la otra, el socialismo, con la caída de la Unión Soviética, en los años noventa; estos dos fenómenos, crearon, entre otros, la condiciones para trascender al Estado social y democrático de derecho.

2. Situación de El Salvador

En nuestra Constitución, se hace reconocimiento de la persona humana como principio y fin del Estado; en el primer caso reconoce la libertad y derechos anteriores al Estado; como fin, el Estado reconoce a la persona como sujeto del bien común; en tal caso, reconoce al hombre como ser social. El conocimiento e interpretación del

33 Francisco Fernández Segado. El sistema constitucional español, Editorial Dykinson. Madrid. 1992.

derecho constitucional, no impregna todavía a los dirigentes estatales, los conceptos de Estado de derecho, como Estado social o Estado democrático, todavía generan ansiedad, si no angustia, de que la terminología favorece al temido comunismo, algunos medios de comunicación participan de estas fobias; sin embargo, admito, tal como lo sostiene Fernández Segado, para la Constitución española, en la salvadoreña, se encuentran elementos que corresponden a las distintas cuatro formas en que se ha manifestado el Estado de derecho.

En nuestra Constitución, con todo y que no responde a un exacto Estado social y democrático de derecho, encontramos instituciones liberales, es decir, principio y valores del primer momento del Estado de derecho, que terminó siendo denominado Estado burgués, según Schmitt, probablemente por el predominio y ventajas que la burguesía promovió en ese momento; en 1950, El Salvador introduce instituciones, valores y derechos del Estado social y actualmente se mantienen: trabajo, seguridad, educación, salud, etc. La constitución de 1983, con algunos signos de mejoría, ha reformado *el sistema judicial, el sistema electoral, el pluralismo, la fuerza armada, conservando las instituciones sociales; probablemente esto sea más formal, que real, pero la solución de estas deficiencias corresponde a otro análisis.*

Las constituciones europeas y algunas constituciones latinoamericanas, adoptan esa denominación; en otras, 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 que el gobierno es democrático, republicano y representativo, evidenciando la identidad entre Estado y gobierno, es decir, confundiendo el Estado con uno de sus elementos.

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; en ese mismo sentido, lo hace la Ley Fundamental de Alemania.

3. Significado de lo social, de lo democrático de derecho

Lo que las constituciones quieren decir con estas tres características podemos sintetizarlo así: El Estado es de derecho, cuando reconoce y practica 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 la necesidad de realizar el bien común, bien social por excelencia.[34]

34 Mario Solano. Derecho Constitucional de El Salvador, Universidad Tecnológica de El Salvador. 2006

El jurista español, José Luis Cascajo Castro, sobre el tema sostiene lo siguiente: "El mayor valor, sin duda, de la aportación de García Pelayo consiste en la fundamentación de la tesis según la cual, ninguno de los tres términos de la fórmula en cuestión puede afirmarse sin interacción con los otros. (En ese mismo sentido, Lucas Verdú,) De este modo, el Estado de Derecho no sólo sirve para la conservación de los derechos establecidos, sino que se dota de un amplio contenido democrático y social".

"Mediante este enriquecimiento sustantivo, se pretende superar y salvar las objeciones que, tanto de parte liberal como marxista, se habían ido manifestando. Con la misma precisión, el desaparecido constitucionalista caracteriza al Estado social como un tipo de Estado de prestaciones, comprometido en la prosecución de la procura existencial, donde no cabe contradicción posible entre la titularidad y el ejercicio de unos derechos públicos subjetivos, que dan también lugar a participar en los bienes económicos y culturales. Comprueba después su despliegue y concreción a lo largo del texto constitucional, así como su reflejo en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que demuestra su carácter vinculante y su importancia como punto de referencia interpretativo".

"Precisamente una reiterada jurisprudencia insiste en la posibilidad de reformar el ordenamiento, como exigencia propia del Estado social y democrático de Derecho. No se puede invocar como excusa o pretexto de inmovilismo el principio de seguridad jurídica, que cristalizaría invariablemente las situaciones jurídicas subjetivas e incluso las meras expectativas de derechos". [35]

4. Perfil del Estado Social y Democrático de Derecho

Es lo contrario 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 y que 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, es decir, de que los poderes sociales surgen de los poderes individuales que cada hombre, entrega para la formación del poder común necesario para la convivencia.

En esta dimensión y con la evolución que el constitucionalismo adquiere, a partir de la primera forma de Estado constitucional, como Estado Liberal 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 que un país como El Salvador, requiere en este momento.

35 José Luis Cascajo Castro, catedrático de la Universidad de Salamanca. MATERIALES PARA UN LÉXICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1) JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO. «Estado social y democrático de derecho»

Toda sociedad debe tener canales de participación y los existentes deben ser abiertos a los ciudadanos, para un real desarrollo democrático, para la politización de las masas, el crecimiento de la cultura y el reavivamiento de la necesidad psicológica y social en la lucha por el poder; este es un punto capital en El Salvador, tal como se expondrá cuando se desarrolle el sistema electoral.

Es la práctica contemporánea y así se define, a partir de las mismas constituciones, y el Estado (poder político), actúa conforme los preceptos constitucionales (poder jurídico), teniendo la Constitución eficacia normativa directa, sus normas son derecho aplicable y obligatorio, para los poderes públicos. El Estado de derecho, con los componentes: social y democrático, es una suma cualitativa, que la sociedad actual reclama y que los ciudadanos requieren para la convivencia armónica, sin el peligro de las dictaduras y con los mínimos necesarios para una existencia digna.

"El resultado me parece estimable, dice el profesor Cascajo Castro, en tanto que, por la propia forma procesal en que se produce, nos aleja de la abusiva apelación a la expresión «Estado de Derecho», como elemento machaconamente utilizado en la retórica política. El TC, caso a caso y sin dejarse enredar por una doctrina prolija y en ocasiones confusa y poco sedimentada al respecto, ha sabido recoger los materiales teóricos con que se ha ido construyendo el paradigma del Estado de Derecho, sometido hoy por cierto a una fuerte aceleración histórica de cambios".

"El TC participa hoy de la conocida concepción secuencial del citado paradigma, según la cual, el marco para una convivencia humana justa y pacífica se presenta plasmado históricamente «en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1).[36]

5. ¿Cambia la realidad el cambio de nombre?

Probablemente el hecho de que en nuestro caso sólo se cambian los nombres y las realidades se mantienen invariables, es que no percibimos la importancia de lo que significan estas nuevas valoraciones y transformaciones constitucionales y, aunque las constituciones se definan del modo anteriormente expuesto, los derechos sociales, para el caso, que en definitiva quedan a merced del legislador y éstos a los poderes reales de la sociedad, continuarán tales derechos como cláusulas programáticas, en las que los correctivos constitucionales formales o convencionales no podrán hacer mucho.

Tal es el caso de la seguridad social, que seguirá siendo un sistema de privilegios, únicamente para el 20% de la PEA, en tanto los niveles de empleo, no sean incre-

36 lbíd.

mentados en un proyecto nacional que rebase la óptica partidaria; de igual manera ocurre en salud pública, educación, familia.

Todavía más grave será con los llamados derechos emergentes, que caben en un modelo de social, tales serían el derecho al desarrollo, los derechos de género, solidaridad, migraciones, medio ambiente, etc. Estas categorías ya no pueden satisfacerse en forma aislada, pues se trata de necesidades o requerimientos complejos, o sea que no se manifiestan como los derechos clásicos de libertad, en los que el Estado cumple con un deber de abstención; siendo la cultura constitucional salvadoreña y la sujeción a la Constitución, muy deficitarias, no se espera que se produzcan cambios muy importantes en la aplicación de los principios del Estado Social y Democrático de derecho; las reacciones que se han conocido, después de que uno de los candidatos ofreció transitar a esta forma de Estado, confirman esa falta de cultura.

Gerardo Pisarello sostiene que los derechos sociales, "no dependen sólo de un adecuado diseño normativo e institucional, como el de la existencia y promoción, no de un agente social unitario, sino de múltiples actores, capaces de hacer valer los derechos sociales fuera, contra e inclusive más allá de los órganos estatales en su conjunto. Más allá de la estructura estatal, deben verse, los que él llama los contrapoderes democráticos, es decir, no agotar ni el poder ni la democracia en el Estado. La estructura estatal convencional, digamos, no está en condiciones de cumplir con estos derechos, osea, se trata de una estrategia conjunta de las esferas estatales y las no estatales. No sólo el Estado debe cambiar, sino también las organizaciones sociales que deben abandonar su visión corporativista por una vocación más universal; se requiere la articulación de los proyectos oficiales con los no oficiales, más política y más solidaria".

"Un proyecto austero y sobrio e integral de alternativa civilizatoria capaz de impulsar una efectiva difusión del poder y de relacionar pluralmente, derechos sociales y trabajo, derechos sociales y medio ambiente, derechos sociales y feminismo, derechos sociales y minorías culturales, derechos sociales y pluralismo, derechos sociales en suma y necesidades básicas de todas las personas. Es la democracia del trabajo en sentido amplio capaz de enfrentar la sociedad del empleo; esto requiere importantes esfuerzos, amplitud mental, visión solidaria, reversión del despilfarro y una amplia desconcentración y distribución de recursos básicos".[37]

6. Posibilidades en El Salvador

En nuestro país, la creación de empleos masivos, en el marco de la globalización, trae problemas colaterales como la flexibilización laboral, que hace de los contratos laborales, simples contratos mercantiles, en los que de nuevo la ley de la oferta y la

37 Gerardo Pisarello. "Del Estado Social Legislativo, al Estado Constitucional". Por un protección de Derechos Sociales, de la Universidad de Barcelona, lsonomia NO. 15,

demanda, impone sus reglas; puede ser que el sistema salarial mejore, pero no así el de las prestaciones. Si se lograre un incremento de la productividad, de desarrollo y crecimiento económico perceptible para los trabajadores, podría incrementarse la PEA; la economía informal podría tener otros programas de seguridad social mínimos; pero, más allá de las formas asistenciales que, en forma marginal, hace el Estado, son formas de caridad estatal pero que ni con mucho, podrían denominarse derechos sociales.

De manera que, aunque El Salvador trascienda del esquema formal del Estado social al democrático de derecho, los efectos no serán sensibles a la población y no se debe desprestigiar las instituciones, ni empobrecer la Constitución con simples agregados formales; es necesario iniciar el proceso de cultura constitucional, desde los ciudadanos hasta los gobernantes, con más preocupación y con más dificultades en cuanto a éstos.

Corresponde en este caso, superar la sociedad y el Estado antidemocrático que persiste, no obstante lo que dice la teoría constitucional; aunque no niega la democracia, pero las instituciones con que cuenta y la historia de una sociedad excluyente, no favorecen las concepciones democráticas, sin que se adviertan los impulsos por trazar algunos rasgos para ese fin.

7. El elemento democrático y el Estado Social

En un interesante trabajo suyo, José Woldenberg propone cómo se entiende el elemento democrático en el Estado social, coincidiendo en algunos de sus propuestas me parece importante transcribir su opinión al respecto:

"De esta manera, el Estado nacional propiamente moderno desemboca progresivamente en Estado soberano, constitucional y democrático, entendiéndose que soberanía, constitucionalidad y democracia son dimensiones esenciales que deben apoyarse recíprocamente. O, en otras palabras, que la afirmación del principio de la soberanía popular requiere de un Estado capaz de afirmarse como poder superior, (estar por encima de poderes particulares, sectoriales, corporativos, económicos, financieros, partidarios, etc.) como poder legal y como poder representativo de la voluntad popular".

"Por eso, un Estado que se ve sometido a poderes externos o internos de cualquier naturaleza, o uno que no puede cumplir y hacer cumplir las leyes, o uno que no logra representar legítimamente la voluntad del pueblo no es, por definición, un Estado que encarne efectivamente el principio de la soberanía popular".

"Cuando se dice entonces que el pueblo es soberano, se quiere decir que la fuente última de todo poder o autoridad política es exclusivamente el pueblo; que no existe, por ende, ningún poder, ninguna autoridad por encima de él, y que la legalidad misma adquiere su legitimidad por ser expresión en definitiva de la voluntad popular. Nótese bien que lo decisivo para el principio democrático no es, como en ocasiones se preten-

de, que se gobierne para el pueblo, para su beneficio y bienestar. Gobiernos autoritarios y dictatoriales pueden, de hecho, pretender hacerlo así, y gobiernos democráticamente configurados, en cambio, pueden desarrollar políticas que se revelan contrarias a esos supuestos beneficios y bienestar".[38]

"No es, por lo tanto, el contenido político- de un gobierno lo que determina su naturaleza democrática o autocrática, sino el modo en que este gobierno es constituido y legitimado. La democracia es, estrictamente, el gobierno que se sustenta en el principio de la soberanía popular, es decir, el gobierno del pueblo por el pueblo".

38 JOSÉ WOLDENBERG. Principios y valores de la democracia. Instituto Federal Electoral. México, DF. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática.

TÍTULO IV

El Estado Constitucional

El término Constitución en la época moderna está referido, en un primer momento, a toda estructura o situación determinada; si está referida a una comunidad política, es la concreta situación de conjunto de una decisión de carácter político, es la sociedad organizada como una estructura de poder. Es la concreta situación de conjunto de la unidad política. (Schmitt).

La Constitución es la expresión escrita del pacto social y en ella se establecen la organización, funcionamiento y control del poder, así como los derechos fundamentales que corresponden a los ciudadanos del Estado. En un sentido formal, es la ley fundamental escrita, emanada del poder constituyente, que fija la organización del poder, su carácter de norma suprema y a la cual debe subordinarse el derecho de un Estado; en su parte dogmática, se establecen los derechos fundamentales.

Esta idea es la que prevalece desde la revolución inglesa en el siglo XVII y el denominado *Instrument of the Government*, de Oliverio Cronwell, "carta permanente e inviolable". Es el prototipo de la Constitución de los Estados Unidos y que luego influenciaría las constituciones latinoamericanas. También la revolución francesa adoptó el término Constitución, siendo sus documentos originales la Constitución de 1791 y 1793, posteriormente se usarían otros términos sinónimos.

Sin embargo, el Estado constitucional va más allá de la Constitución; no se refiere solamente a tener una Constitución; es una meta, hacia donde deberíamos dirigirnos; no está conformado aún; es una visión o una utopía; es una doctrina, una forma de cultura, un modo de disciplina, es la adopción consciente de una estrategia para salir de la confusión y del caos, y ordenar los propósitos y los medios, para convivir con posibilidades de sobrevivir; un modo de vivir en paz y con esperanza. Es la pascua ciudadana, para hacerse sentir y existir dignamente, después de que todos los esfuerzos hechos no han sido suficientes. Esta es la idea que queremos desarrollar en este intento.

1. ¿Por qué Estado Constitucional?

Además de las tres figuras o versiones de Estado de Derecho, descritas en los capítulos precedentes, también la doctrina constitucional reconoce, investiga y promueve, el Estado Constitucional, que algunos autores denominan Estado Constitucional de derecho, denominación que me parece pleonástica, por lo que en este libro lo denominaré **Estado Constitucional**, sin agregados.- En rigor, todas las versiones del Estado de Derecho corresponden al Estado constitucional, es decir, el que se sustenta en una Constitución.

Toda forma de Estado de derecho es estado constitucional; evoluciona a partir de la derrota del absolutismo "ancien régimen", tienen como base una Constitución y especialmente un documento escrito, por ello es que esta versión del Estado de derecho, tiene el agregado "constitucional de derecho"; en mi caso bastaría, lo denominaré Estado constitucional.

2. Características propias del Estado constitucional

No obstante, lo que distingue el Estado constitucional de las otras formas o versiones de Estado de Derecho, son sus características propias, tales son: ***La supremacía constitucional,*** que consagra la superioridad de la norma constitucional, como lo fue en sus inicios en el constitucionalismo norteamericano, tal es el caso Márbury and Mádison, cuando el Juez Marshall, sentenció: "La ley que repugna la Constitución es nula; si se aplica la ley contraria a la Constitución, ésta es violentada; si se aplica la Constitución, se inaplíca la ley. Esto es un reconocimiento de la Constitución como norma superior en el Ordenamiento".

Actualmente, la supremacía sigue siendo principio rector, pero además se reconoce a la Constitución: 1. Eficacia normativa directa. 2. Vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución. 3. Existen tribunales que garantizan la supremacía constitucional. 4. Los compromisos formales que asumen los funcionarios, les generan responsabilidades, tal es el caso del juramento constitucional, lealtad a la infracción a las disposiciones constitucionales, etc. En la Constitución salvadoreña, estos principios están consagrados en los arts. 246, 244, 235 Cn. Además, existe una Sala de lo Constitucional como garantía de cumplimiento de los mismos. Los tribunales especiales para impartir justicia constitucional, deben de ser imparciales e independientes, donde el ciudadano puede acudir en demanda de justicia por violación a sus derechos fundamentales o por violaciones a la Constitución. Una deuda grande todavía.

La protesta o el juramento constitucional, que no sólo supone un compromiso solemne del funcionario de respetar su Constitución, sino un compromiso anticipado de responder por las infracciones en que incurra, gestos honorables que podrán

ir generando responsabilidades directas al funcionario que burle el juramento o promesa; estas instituciones no funcionan en abstracto. En su respaldo, debe existir la fuerza política que exija cumplimientos concretos, tales como el factor democracia, la participación ciudadana, el respeto a las minorías, el compromiso con nuevos valores como la verdad y la dignidad, pueden generar una visión renovada para estructurar el Estado constitucional. (art. 244 Cn.).

3. Democracia y Estado constitucional

El pleno ejercicio de la democracia. Nada de lo que se ha expresado puede ser llevado a la praxis, o sea a tener una Constitución real, si las instituciones y el ejercicio democrático no son posibles. Uno de los grandes problemas en El Salvador, tal como lo expondré adelante. En efecto, en el país, el pueblo soberano sólo aparece en el momento fugaz de la elección; después es un elemento que desaparece e ignora; en consecuencia, las instituciones que surgen después de que votó son el resultado de los manoseos y de las interpretaciones de los profesionales de la política.

Sobre este tema, creo que la opinión de Allan Brewer Carías es sumamente importante:

"El Estado Constitucional, es decir, el Estado democrático sometido al derecho, se caracteriza por la existencia de un sistema de control efectivo del poder que es, precisamente, lo que es inconcebible en los estados autoritarios, que se conforman generalmente en fraude a la Constitución y a la democracia, así hayan tenido su origen en elecciones. La democracia, por tanto, es bastante más que la sola elección popular de los gobernantes y sólo existe en realidad, cuando el ejercicio del poder pueda ser controlado, tanto por la sociedad como por los propios órganos del Estado.

De allí la famosa afirmación de Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, de que: "Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, y lo hace hasta que encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder".[39]

"Controlando al poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando al poder es que puede haber transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia, de manera que ésta pueda funcionar con efectiva

39 EL CONTROL DEL PODER EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SU ELIMINACIÓN EN EL RÉGIMEN AUTORITARIO VENEZOLANO. Allan R. Brewer Carías. Profesor, Universidad Central de Venezuela ; Adjunct Professor of Law, Columbia Law School, New York.

autonomía e independencia, y sólo controlando al poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos".[40]

"En las sociedades democráticas modernas, por tanto, pueden distinguirse al menos seis sistemas de control del poder del Estado, todos los cuales son esenciales al Estado constitucional".

"Por una parte, dos sistemas que derivan de los mecanismos de contrapesos en los poderes del Estado, mediante (i) su división o separación horizontal, y (ii) su distribución vertical o territorial, de manera que los diversos poderes del Estado puedan limitarse mutuamente".

"Y por otra parte, cuatro sistemas adicionales dispuestos para garantizar que los ciudadanos puedan a su vez controlar el poder del Estado, mediante: (iii) un sistema electoral que garantice elecciones libres y justas que garanticen la alternabilidad republicana; (iv) un sistema de partidos que permita el libre juego del pluralismo democrático; (v) la libre manifestación y expresión del pensamiento y de la información que pueda movilizar la opinión pública, y (vi) un sistema de recursos judiciales, que puedan ejercerse ante jueces independientes que permitan asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho".[41]

4. Proceso evolutivo del Estado constitucional

En opinión de García Pelayo, "el período que sigue a la primera guerra mundial se caracteriza, de un lado, por una crítica al Estado legal de Derecho cuyo formulismo le convierte, según sus críticos, en un defensor del orden y del sistema de intereses establecidos, de donde surge la denominación estado burgués de Derecho y frente al que se postula un Estado de Derecho de contenido social. Y, de otro lado, se abre paso a la tendencia de la consideración de la Constitución, como una norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías constitucionales, pues un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho. Resultado institucional de este criterio es el establecimiento de tribunales constitucionales, primero en Austria y, más tarde, en Checoslovaquia y España".[42]

"Pero es sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando tales tribunales se establecen en varios países europeos y con ello se consolida lo que podemos denomi-

40 lbíd.

41 lbíd.

42 Manuel García Pelayo. ESTADO LEGAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Extraído de: Obras Completas vol. III. Publicado por Centro de Estudios constitucionales - Madrid.

nar Estado constitucional de Derecho, pues, del mismo modo que no podía hablarse de propiedad de Estado legal de Derecho, más que cuando existía una jurisdicción contencioso-administrativa, tampoco puede hablarse de un Estado constitucional de Derecho, sin una jurisdicción contencioso-constitucional".

"El Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculantes y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley in suo ordine sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que, en su conjunto o en algunos de sus preceptos, no se adecue a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución. [43]

En su reseña a la obra de Peña Freire, María Lourdes Souza, de la Universidad de León, acota lo siguiente: """ Este nuevo modelo normativo presenta como característica fundamental tres importantes rasgos: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social. b) La consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos, sin excepción. c) La funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y de la efectividad de los derechos de carácter social. """.[44]

"""Pero no sólo eso, sino que en el Estado constitucional de derecho las constituciones crean un referente indisponible de legitimidad para el ejercicio del poder político: "su propia forma de ejercicio - sometida a derecho, democrática, de ejecución y de garantía - y los ámbitos de exclusión que le afectan, como sería el caso de los derechos fundamentales" (p.59). De ahí que este carácter constringente y subordinante de la Constitución, como dice el autor, "se muestra como un expediente tendencialmente válido para la limitación del poder" (p.62)""".[45]

"""Otra importante innovación de este nuevo modelo normativo es la asignación de una dimensión axiológica a la democracia, como modelo de organización política del Estado constitucional de derecho. Pues bien, el punto de partida es la distinción entre dos dimensiones o modelos de democracia: ***la democracia formal,***

43 lbíd.

44 Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 1 PEÑA FREIRE, A. M. La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Madrid, Editorial Trota, 1997. Universidad de León. María de Lourdes Souza. Fecha de publicación: diciembre de 1998.

45 lbíd.

en que el principio mayoritario es fuente absoluta de legalidad, donde se establece la validez de cualquier decisión, sea del contenido que sea, así adoptada, y ***la democracia sustancial,*** que está formada por el conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide, en el marco de un Estado de derecho y, por tanto, vinculada estructural y funcionalmente a la tutela y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Estas reglas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión democrática. Se enuncia primero aquello sobre lo que no se puede decidir así como aquello sobre lo que no se puede dejar de decidir y, en definitiva, lo que sí podrá ser objeto de decisión """.

"Precisa el autor que este último modelo es el que "corresponde a las exigencias y principios del Estado constitucional de derecho, pues asume estructuralmente la existencia de límites respecto del poder de decisión y, por tanto, hace posible la síntesis de los principios que exigen la limitación del poder del Estado y, por otro lado, la legitimidad de sus decisiones democráticas"""""".[46]

La síntesis que ofrece María Lourdes Souza, de la obra del maestro Peña Freire, nos permite poner en perspectiva propia, si El Salvador está en el camino correcto. Veamos.

a) Supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

b) Principio de legalidad y disponibilidad de los órganos para garantizar su cumplimiento. El sometimiento del poder a la Constitución y a la democracia, funcionamiento de la división de poderes.

c) El elemento axiológico relacionado con el ejercicio por una parte de la democracia formal, o sea la de las mayorías absolutas y la democracia sustancial, que define cómo y quién decide en el Estado de Derecho, o sea la vivencia de los derechos fundamentales, al aplicar los criterios de mayorías: lo que no se puede hacer, lo que no se puede dejar de hacer, y en definitiva, lo que sí podrá ser objeto de la decisión que se tomará.

d) Compromisos y responsabilidades reales, deducibles por incumplimiento del juramento constitucional, de las infracciones constitucionales (244 Cn.) y existencia de instancias y procedimientos de garantía.

e) Existencia y funcionamiento de las garantías de vigilancia, y contraloría de la conducta de los funcionarios, de tal manera que las infracciones a la Constitución estén debidamente sancionadas y sean perseguibles, tal como lo ordena el art. 244 Cn.

46 Ibíd.

"El constitucionalismo requiere un orden político en el que sea realizado. Éste sólo será legítimo si se apoya en la ciudadanía, y será efectivo si logra dotarse de cierta consistencia social e institucional. Podrá realizar los postulados constitucionales, si muestra capacidad para enfrentarse tanto a los intereses del capital como a los estados cuya acción viene determinada por ellos, en especial Estados Unidos. Al margen de la confianza que pudieran despertar aun los estados, como eventuales defensores de tales postulados, y habida cuenta de lo limitado de sus posibilidades para hacer frente a la globalización, el constitucionalismo parece abocado a tomar apoyo en nuevas formas de poder político".

"Quienes pretenden gobernar la globalización confían en su desarrollo en el ámbito mundial (Habermas, Held, Höffe, Pisarello), y quizá el estímulo de tal proyecto utópico de constitucionalismo cosmopolita, que pretende extender al conjunto de la humanidad principios básicos de funcionamiento del Estado constitucional, no sea desdeñable. Sin embargo, las relaciones internacionales continúan fundadas en tratados de naturaleza jurídico-privada entre sujetos desiguales.".[47]

47 Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Globalización, Estado y Derecho constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia, vol. 19, nº. 2. Madrid. 2001/2002, págs. 17 a 21. Nota bibliográfica. Este ensayo toma como punto de partida el artículo de G. Maestro Buelga "Globalización y Constitución débil", TRC nº. 7. Las premisas metodológicas hay que buscarlas en A. López Pina. "De la idealización del Estado". Saber/Leer nº .36, 1990.

TÍTULO V

El Estado Constitucional de El Salvador

1. Nociones generales

La Constitución fue promulgada en diciembre de 1983; tendrá veinticinco años el próximo diciembre; es una síntesis de las anteriores Constituciones que le precedieron desde 1824; con los agregados de 1991-1992, como resultado del proceso de solución del conflicto armado, que culmina con los Acuerdos de Paz (vid. Título VI). Esta Constitución tiene la virtud de mantener los derechos de libertad, o sea la amplia esfera de libertad de los ciudadanos frente al Estado, que funciona en el marco jurídico de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, o sea el límite objetivo, para el ejercicio de libertad, que el Estado reconoce y protege; de esto se desprenden dos principios fundamentales: 1. El principio de distribución. y, 2. El principio de reserva de ley. Todo lo anterior, legado de la Constitución de 1886.

La Constitución también reconoce los derechos de los grupos sociales, sin menoscabo de los derechos de libertad; la historia registra abusos que se cometieron durante el auge del liberalismo burgués, sobre las mayorías empobrecidas: el clásico problema del capital y el trabajo, que era necesario corregir, sin perjuicio de los derechos de libertad; de manera que el Estado, manteniendo y procurando la libertad humana, promueve además, el bien común, lo que se necesita para que la libertad real sea posible.

La salud, el trabajo, la seguridad social, etc., fueron consagrados por la Constitución de 1950; la actual Constitución de 1983, también ha reconocido estos derechos; los gobernantes la han aplicado con dudas, sin ideas definidas, con grandes dificultades, más preocupados por la gran empresa privada que por los sectores laborales, etc., pero al menos el compromiso está ahí, esperando que se estructure un modelo de desarrollo que lo realice con equidad, sin exclusiones, dando a cada quien su puesto social.

Estas realidades exigen del Estado dos actitudes distintas: En cuanto al primer grupo de derechos, el Estado se abstiene de perjudicar las libertades individuales, es un deber de abstención; en el segundo caso, el deber del Estado es de acción, o sea

de actuar proactivamente, a efecto de procurar atención a la sociedad, en aquellos requerimientos que no puede cubrir la mayoría de los individuos que la conforman.

Tal como se ha explicado, la historia registra que el tránsito del Estado individual al Estado social, trajo sus propios inconvenientes e inconsistencias; el siglo XX ha dejado algunas experiencias negativas, (nacional-socialismo, fascismo, comunismo, etc.,) que enarbolando la bandera de la protección social, atentaron en contra de las libertades; dicho esto en el mejor sentido de los términos y de las doctrinas; entonces se ha tenido que corregir el proceso y manteniendo los logros o efectos positivos del individualismo y del socialismo, se ha tratado y se logra en algunas sociedades, llegar a la concepción del Estado Social y Democrático de derecho, como en España, Alemania y en general, los países europeos, después de la segunda guerra.

2. Inicio del Estado Social y Democrático de Derecho

La Constitución de 1983 de El Salvador, ha creado algunas instituciones, que hacen posible el tránsito al Estado Social y democrático de derecho y al Estado Constitucional, tales son: 1. Reformas al sistema electoral, lamentablemente instrumentalizadas en forma perversa. 2. Creación de la Sala de lo Constitucional, para la justicia constitucional, todavía con un enorme déficit; el Consejo Nacional de la Judicatura, las Procuradurías, la Policía Nacional Civil, el nuevo rol de la Fuerza Armada, etc., instituciones creadas ya sea originalmente o por medio de las reformas de los años 90 y 91, como se verá más adelante; los pasos iniciados en su conformación todavía distan mucho de reafirmar los principios clásicos del Estado de Derecho , los beneficios sociales y el ejercicio de la democracia. Digamos que es un principio.

En otras sociedades, especialmente europeas, "se produce en el momento actual la convicción de que la Constitución es texto constitucional y marco cultural; que es un orden jurídico no sólo para juristas sino para los ciudadanos. Es un código normativo pero, así mismo, es expresión de un nivel de desarrollo cultural" (Häberle) El sentido moderno y actual de la Constitución, se desarrolla en el constitucionalismo europeo, recomponiendo y trayendo al escenario actual el clásico Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución francesa, que prescribió:

Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución" El art. 13 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, dice: "Los Derechos Fundamentales que se relacionan a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a titulo de derecho directamente aplicable"; es decir, que se reafirma la existencia de unos derechos, y el compromiso del poder público de garantizar su protección, orientándose al modelo del Estado Constitucional.

Ninguna etapa o proceso histórico ha extinguido la idea inicial del Estado de Derecho; pero la concepción actual, como Estado Social y Democrático de Derecho, exige nuevas visiones al Estado y nuevas conductas a sus gobernantes, a los ciudadanos y a toda estructura de poder; para un nuevo compromiso o pacto social, sin exclusiones, sin poderes hegemónicos, es necesario entender que debe dejarse fluir el desarrollo social, procurando los entendimientos y los consensos mínimos, para superar la marginación, la extrema pobreza, la dominación descontrolada, etc.

No deben de introducirse dogmas o teorías fenecidas o propagar miedos infundados; nadie debe oponerse a lo que la historia ha registrado ya, o sea que el Estado de Derecho, conservando sus ideales clásicos ha cambiado, las constituciones así lo han registrado, la historia de los pueblos así lo ha escrito; en nombre de la democracia, no se puede retornar al superado Estado burgués de derecho ochocentista, las cosas han cambiado, el Estado Social y Democrático de derecho, es la nueva historia.

Con las modificaciones que ha tenido la idea matriz del Estado de derecho, no se ha restado nada. Todo ha sido favorable a su propio enriquecimiento que, no obstante los cambios, el ser se mantiene o se estructura un nuevo ser; está en la lógica de Parménides de Elea; el Ser de las cosas es inmutable, lo que cambia son las circunstancias, pero cuando aparecen nuevas esencias, aparece un nuevo ser; de ese modo, los principios centrales del Estado de Derecho: El imperio de la ley y del derecho, la división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales, no sólo se mantienen, sino que se han incorporado los instrumentos que lo hacen posible, y los mecanismos que promuevan su desarrollo para su eficacia ante los desafíos presentes y futuros.

No niega su origen, pero no ha podido aceptar que en su nombre, se beneficien sectores o clases; si de hecho existen, cabe la posibilidad de las reivindicaciones que la historia registra y aconseja: cuanto más razonables sean los posicionamientos, más cerca estaremos de los ideales de libertad e igualdad, que sustentan toda doctrina de Estado de Derecho. Cuando en su nombre, la burguesía monopolizó su forma y contenido, los movimientos sociales elevaron su oportuna protesta y reclamaron que la libertad, la igualdad y la fraternidad, alcanzan para todos; el tránsito a esta nueva forma de estado, es lo que conoce como Estado Social de Derecho.

Este modelo tiene sus propias características, pero también sus propias controversias ideológicas, ya que diversas doctrinas han estado en el juego de las ideas para sustentar el cambio: el materialismo histórico, el reformismo socialista (Lassalle), la denominada doctrina social de la iglesia (Encíclicas: Rerum novarum, Cuadragésimo, etc) ; el socialismo utópico, etc., todo en cien años, que se inician con el aparecimiento del manifiesto comunista, hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando se transita al Estado Social y Democrático de Derecho, en el que se reconoce que, cuando en nombre de lo social, se ha atentado en contra de la libertad, los correctivos razonables han prevalecido, no reduciendo el Estado de Derecho, sino enriqueciéndole con las ideas democráticas.

3. La ruta del Estado Constitucional

El Estado de Derecho, y especialmente su versión como Estado constitucional, no es el Estado sometido al derecho, únicamente por tener unas reglas que se aplican en su ámbito espacial, sino porque sus normas tienen como finalidad garantizar los derechos del individuo, que como datos anteriores al estado, son protegidos por medio de la ley; esto es lo que constituye esencialmente el Estado de derecho, la existencia de normas, generalmente escritas, promulgadas por el poder público, en un proceso en el que se debe garantizar que los derechos fundamentales de los ciudadanos no serán lesionados, y que su promulgación se dará en el marco de unos principios, tales son el de publicidad y el de irretroactividad, mediante un proceso que reúne los requisitos establecidos en la Constitución.

La anterior revisión conceptual del Estado de derecho, es base suficiente para que la realidad político jurídica salvadoreña, pueda ser el parámetro de comparación necesario para formular el análisis y el juicio para saber cómo funciona el Estado salvadoreño y, sobre todo, cómo afronta y resuelve la demanda de libertad, de seguridad y de igualdad. Si el país está en condiciones de responder a estas tres condiciones de un Estado, que se acerque a la noción de estado de derecho y especialmente, si se está orientando y conduciendo a la sociedad salvadoreña a la conformación de un Estado Constitucional.

Sin embargo, estas nociones no son del dominio de los ciudadanos, estas aún son conocidas, deliberadas y decididas en círculos minoritarios; sin embargo, como dice Simone Goyard Fabré, (vid. Supra), la revolución francesa no fue obra de los filósofos, sino de espíritus y hombres comprometidos con la verdad y la sociedad, que influyeron en el ánimo de las mayorías para cambiar el modo de las cosas.

Nuestro sistema educativo, en el que no hay políticas de cultura constitucional, los estudiantes cuando terminan su formación media, no conocen los elementos de la vida del ciudadano en la sociedad política, e inclusive, abrumados por la propaganda intrascendente y el monopolio de la verdad que pretenden hacer los medios de comunicación, lo que se produce es un caos, el cual es difícil de superar. Como no existe el factor educativo como catalizador, la violencia puede sustituir y casi sustituye lo que la comunicación sensata y el diálogo abierto, sin exclusiones, sin discriminaciones, etc., debería estar formulando.

4. Reflexiones sobre la realidad constitucional

¿Dónde está, pues, la fuente del mal? "En las perversidades del poder expoliador, en las truculencias de la codicia desvergonzada; en los desafueros de la arbitrariedad excluyente y en la complicidad culpable de las fuerzas que hubieran podido mantener en alto la luz de alarma ante los signos de la crisis"

David Escobar Galindo

Reflexiones:

1. ¿Tiene el país un compromiso formal y estructural para hacer que el imperio del derecho se convierta en vivencia, no en fórmulas publicitarias o sea si los productos legislativos están en la órbita del derecho o son "homenajes" a lo absurdo? El legislador es un personaje respetable, que cuida de sus productos legislativos como patrimonio de la sociedad que protege sus derechos, para dar seguridad jurídica, para la defensa de la libertad, promoviendo la igualdad, la publicidad de esas normas, ahora secuestradas, por la improvisación y la incapacidad.

2. Los derechos fundamentales, (parte dogmática) o sea los derechos de libertad, sociales, económicos, políticos, los del medio ambiente sano, los derechos de solidaridad, los llamados derechos emergentes, en general el plexo de derechos y las estructuras de poder (parte orgánica)sólo son categorías diferentes en la medida en que estas últimas, son instrumentos para la realización de las primeras; las estructuras de poder, no pueden continuar desde el Estado, configurando oficialmente lo que Carl Schmítt ha denunciado que existe en la sociedad: la relación amigo-enemigo.

   En un país como el nuestro, en general lo que vemos es que la parte orgánica de la Constitución es un polo; el otro es el ciudadano, quien no sabe sí es titular de derechos o es siervo del estado o de otro centro de poder.

3. Sí las instancias de la justicia constitucional están de tal modo desarrolladas que puedan considerarse como garantías suficientes para resolver acertadamente la queja del ciudadano. La esencia del Estado constitucional moderno, es tener las garantías para la defensa de la constítucíonalídad, lo que favorece la existencia y vivencia democrática. El jurista venezolano Brewer Carías expresa que:

   "Controlando el poder es que puede haber efectiva participación democrática; sólo controlando el poder es que puede haber transparencia en el ejercicio del gobierno, con exigencia de la rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho; sólo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia, de manera que ésta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia, y sólo controlando al poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos."

   "Con pena tenemos que admitir que el régimen de libertades, el respeto a la Constitución, a la ley, a las instituciones, ha venido sufriendo una serie de violaciones de parte del gobierno en su conjunto. La sociedad, por su parte,

ha reflejado un deteriorado sistema de relaciones personales, es decir, de ciudadano a ciudadano, que hace más complicada la gobernabilidad.

4. La instauración del Estado social y democrático de derecho en El Salvador, como transición al Estado constitucional, requiere de un consenso social básico para la gobemabilidad en democracia, para lo cual es necesario el cumplimiento mínimo, si lo pleno no es posible, de los derechos fundamentales, el ejercicio de la separación de poderes y la garantía de tribunales independientes. Todo fundado en una sociedad democrática, pluralista, participativa, capaz de elegir a sus representantes en contiendas confiables y transparentes, orientadas por partidos democráticos, entendidos, no como únicos instrumentos, sino como intermediarios entre los ciudadanos y el Estado.

   Lo democrático no debe reducirse a las votaciones, sino a elegir, el sistema actual no asegura ni siquiera una votación transparente; donde la democracia representativa queda en duda; tampoco es democracia la simple mayoría numérica que impone su aritmética, pero esto no garantiza lo razonable; un pueblo, que supuestamente ejerce su soberanía, únicamente el día de la votación, no es soberano.

   Estos partidos deben procurar: 1. Reducir el grado de polarización de la sociedad, sustituyendo de inmediato y sin excusas, la estrategia de Amigo-Enemigo, por un proceso de diálogo, sobre fidelidad y cumplimiento de la Constitución. 2. Comprometerse a promover y participar en contiendas electorales equitativas, libres de influencias y presiones de los poderes fácticos, especialmente de la intromisión indebida del gobierno. 3. Promover la reforma constitucional necesaria para:

   a) Eliminar la partidocracia, o sea el monopolio de la representación.

   b) Crear un verdadero tribunal electoral, sustituyendo la estructura actual y su forma de elección y las atribuciones que hasta hoy le corresponden; un tribunal garante de la justicia electoral, respetuoso del derecho de petición y de acción, con idoneidad jurídica y responsabilidad ética y,

   c) Promover la participación política mediante la organización de asociaciones comunales y electorales; liberar a la sociedad del actual secuestro partidario y promover su participación amplia y protagónica, de ejercicio pleno, que supere el miserable reconocimiento actual de su voluntad soberana.

5. El Salvador requiere una revisión profunda de sus principios, valores y normas constitucionales, para aplicar sin dilaciones y sin mixtificaciones los derechos fundamentales reconocidos por el Estado de derecho clásico, es decir, los derechos de libertad, tales como el derecho a la vida, la libre expresión, asociación, debido proceso, domicilio, juez natural, etc., cuyos retrocesos

han sido evidentes y tal como el que esto escribe, lo ha argumentado en diversos foros e intervenciones.

No debe aceptarse que el aislado combate a la delincuencia, lo cual debe hacerse, sea una acertada política de seguridad ciudadana; las simples acciones represivas pueden dar lugar a que los derechos fundamentales, se convierten en simple retórica, colocándonos en posiciones inferiores, a las que en el pasado El Salvador defendió responsablemente (Constitución de 1886).

6. El Salvador debe reconocer responsablemente que los derechos sociales, de la segunda etapa del Estado de Derecho, no deben considerarse como simples acciones programáticas de parte del Estado, que les concede una importancia marginal, ignorando los deberes de acción u obligaciones de hacer, que tales derechos implican; derechos que representan la complementación de los derechos fundamentales de la primera generación, tomando en cuenta que las libertades abstractas, requieren un mínimo razonable de ejecución pragmática de satisfacción de requerimientos y de necesidades vitales de los miembros de la sociedad.

   Si el Estado carece de una política seria y responsable, para planificar y ejecutar los derechos sociales, como derechos de los individuos y de los grupos, y sustituye esa política por medidas de tipo asistencialista, promoverá una sociedad menesterosa, no igualitaria, al margen del desarrollo, dependiente, vulnerable física y espiritualmente.

   Que para esto se necesitan recursos y el Estado no los tiene, puede ser una excusa; pero no lo es para el estadista que buscó el cargo, se comprometió constitucionalmente, se erigió en representante del pueblo, etc., entonces la excusa no vale; la carencia sólo puede servir como incentivo para buscar y emprender nuevos modelos de desarrollo, nuevos patrones de conducta, pactos de gobernabilidad, un nuevo sentido de la vida social, renovar el concepto de relaciones internacionales, ahora fundamentadas en el consumismo y el economicismo, por relaciones solidarias y de cooperación recíprocas.

   La información oficial destaca en cada ejercicio, el crecimiento económico sobre la base de sus previsiones o cálculos y posteriormente sobre realidades concretas; pero muy pocas veces se explica a la población en qué medida el crecimiento económico ha de traducirse en su crecimiento real, mediante el mejoramiento de su estándar de vida, su mejor nivel económico, cultural y social.

   "El primer valor que debemos tener en consideración es frente a quién nos comparamos, o a qué sociedad tomaremos como punto de referencia de un modelo ideal de crecimiento y desarrollo. Para esto debemos considerar que el crecimiento no necesariamente está ligado al desarrollo, ya que el desarrollo incluye aspectos inmateriales como son la libertad de pensamiento, de religión, intelectual, cultural, acceso a la información y opinión pública."

Una nueva idea de los máximos y bienes sociales aprovechables por los individuos: esto no lo puede lograr sino un grupo de ciudadanos libres, capaces de orientar a la sociedad a formas de convivencia que no son la polarización, el blanco o el negro, el amigo o el enemigo, o sea la política maniquea, que ha fundamentado nuestras relaciones.

7. La Constitución, como expresión escrita del pacto social, debe ser cultivada y cumplida por gobernantes y gobernados, en un afán de mantener la paz, la libertad, la seguridad, la igualdad y demás valores contenidos en ella, estos son presupuestos para un Estado de Derecho, especialmente cuando se quiere iniciar el camino al Estado Constitucional.

   La Corte Constitucional de la República Federal de Alemania en sus resoluciones, afirma que un Estado de Derecho se caracteriza por:

   "1. Que las decisiones se toman de forma MAYORITARIA pero con respeto a la minoría. Una regla clásica en la democracia representativa, pero asegurándose de que ésta, no es la dictadura de las mayorías.

   "2. La existencia de un derecho electoral CONFIABLE."

   Si se carece de este componente, todo lo que teórica o doctrinariamente se discuta en el Estado, se viene abajo; se convierte en simple retórica, en simples y pobres discursos. Si un Tribunal Electoral tiene funciones eminentemente administrativas y sí la parte jurisdiccional todavía no se ha desarrollado, y existen resistencias para que se desarrolle, no tenemos un tribunal real.

   3. La Corte ha considerado, sigo refiriéndome a la Corte Constitucional Federal, que "el derecho de los ciudadanos a elegir, es un derecho fundamental", es decir, no un regalo, no es una gracia. El Estado tiene que hacer el reconocimiento del derecho para constituir OPOSICIÓN, tiene que favorecer y respetar la oposición".

   Señala, además, dos cosas que van a la par y no pueden manejarse de forma separada, y es el principio de legalidad y seguridad jurídica; no puede haber seguridad jurídica, con violaciones al principio de legalidad. Todas las inseguridades jurídicas de un Estado vienen por violaciones al principio de legalidad, léase también principio de legalidad como principio de constitucionalidad por jurisprudencia de nuestra Sala de lo Constitucional.

   Como puede advertirse, en otros países, la garantía de participación política y el cumplimiento de la ley, son claves para la sustentación del Estado de Derecho, o sea que, al final, la libertad, los derechos fundamentales y el Estado de derecho solamente serán posibles, si la democracia

funciona o no. Nuestra Sala ha determinado que, cuando hablamos de ley o principio de legalidad, hablamos de la Constitución, la ley fundamental de la República.

8. En tanto la Constitución no los consagre expresamente, los gobernantes deberán orientar sus acciones a cumplir con los valores, derechos, principios y tendencias de los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales; en los casos en que la Constitución los ha consagrado ya, el Estado debe comprometerse en una oferta responsable, realista y visionaria, para que los funcionarios de los poderes públicos, se sientan obligados a cumplir dichos mandatos, a efecto de lograr la armonía social, la justicia y la paz ciudadanas.

   En tal sentido, no basta ya, con el compromiso con los valores clásicos, sino que es indispensable reorientar al Estado hacia nuevos valores como la dignidad humana, la verdad, la solidaridad, la defensa del medio ambiente, el Estado de cultura, la política de género, de grupos marginados, de minorías, etc.

9. La garantía de la vigencia del Estado social y democrático de derecho, estaría depositada en un sistema judicial independiente, conformado por magistrados y jueces probos, estudiosos, honestos, capaces y comprometidos con la necesidad de que los ciudadanos gocen de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; deben ser jueces de la Constitución, conforme las enseñanzas de la doctrina: la Constitución es norma suprema y que está por encima de intereses particulares, sectoriales o grupales y que en los casos de conflictos entre la Constitución y la ley, prevalece la Constitución.

   Para esto sería necesario revisar la política de designación de estos funcionarios. Mención especial merece el caso de la transformación de la Sala de lo Constitucional, en un Tribunal Constitucional, separado orgánica y funcionalmente de la Corte Suprema de Justicia.

10. La función normativa del Estado debe estar encomendada a una Asamblea Legislativa, que debería estar integrada por ciudadanos honorables, cualesquiera que sea su opción política o signo ideológico, capaces de crear para la sociedad salvadoreña un derecho respetable, justo, conforme a la Constitución; su función debe ser desarrollada en forma sabía, prudente y con la eficacia necesaria para generar seguridad jurídica. Los diputados, tal como dice la Constitución, deberán representar al pueblo y no estarán vinculados a mandatos imperativos; sin perjuicio de sus derechos de reelección, los miembros de la Asamblea deberían de ser propuestos no más de dos veces en períodos sucesivos.

    La función controlara de este poder, deberá ser ejercida en forma tal que los ciudadanos encuentren en él la garantía de que los funcionarios sometidos

a su elección y vigilancia, cumplirán responsablemente con sus funciones; pero la Asamblea no está destinada ni a administrar ni a juzgar; si, además de normar y controlar, pretenden asumir las funciones de los otros poderes, no harán ni unas ni otras y, transcurrido el período de su elección, quedará de nuevo la sensación de desaliento y de haberse perdido algo que es irrecuperable: el tiempo.

11. El presidente de la república y los funcionarios, titulares de las secretarías de Estado previstas constitucionalmente, deben saber que el valor por realizar en sus gestiones, es primordialmente el bien común, (art. 1 Cn.) y que no deben prevalecerse de sus cargos ni de sus actividades oficiales para hacer política partidarista o propagandística.

    Procurar no caer en el sensacionalismo y exhibicionismo, cuando en el ejercicio del poder realicen una obra, que por lo demás se costea con los fondos del pueblo. Como constructores de la paz y la armonía social, usarán del poder, en beneficio de la sociedad en su conjunto, con sabiduría, conocimiento y sobre todo con valor para enfrentar los poderes fácticos que se mueven dentro del Estado.

12. Los poderes públicos deberán abrir y patrocinar un foro nacional, participativo, para que, dentro de los próximos cinco años, estudie, discuta, proponga y analice ideas sobre posibles reformas constitucionales, a efecto de preparar a la sociedad para una vivencia constitucional distinta. Una revisión del art. 248 y sus cláusulas pétreas, en el país casi eternas, de los derechos fundamentales y el diseño de un verdadero equilibrio de poderes, solamente sería posible si en ese término se conduce un evento nacional de estudio de los contenidos y mecanismos constitucionales.

13. Sin cumplir con estos ejercicios mínimos, los detentadores del poder no podrán ser líderes de los ciudadanos; quien quiera que gane unas próximas elecciones, habrá perdido el tiempo, nada de lo que haga tendrá significado vital para la sociedad; su paso por el poder será un desgaste institucional y social, caro en el tiempo, probablemente resolverá los problemas de sus seguidores, pero su impacto e impronta en la ciudadanía, será casi una afrenta para el orden social que debería servir de base para todo lo demás.

14. Por último admitir que el modelo de desarrollo adoptado por el gobierno y lo sectores económicos, veinte años después de su adopción, es un total fracaso, tal como ha sido admitido por expertos económicos, que han señalado: a) la privatización como un robo de los bienes del Estado. b) La falta de planificación de parte del Estado, no obstante que la Constitución ordena que el consejo de ministros, debe formular cada año el plan del gobierno. c) La implantación de una política monetaria errónea, que violó su propia ley, susti-

tuyendo el bimonetarismo, por la prevalencia del dólar como única moneda, que desplomó la capacidad adquisitiva de la gente pobre y de la clase media. d) Que la corrupción, concusión, tráfico de influencias, contrabando, lavado de dinero, etc., son los conductores de una sociedad desarticulada y proclive al crimen, sin que haya un plan para combatir tanto el crimen común, como el de cuello blanco.

El líder mundial de este modelo ha tenido que aceptar que la caída estrepitosa de su economía y su moneda respaldada únicamente en títulos de dudosa sostenibilidad y confianza, los ha obligado a establecer un nuevo axioma en la economía capitalista, de que cuando el sistema no tiene ganancias privatizables hay que socializar las pérdidas (estatizarlas).

5. El Estado Constitucional como cultura

La historia de sus relaciones sociales pesa mucho en la estructura social y política de El Salvador; no obstante los Acuerdo de Paz, no se ha podido desarrollar la idea de que el pluralismo y la competencia, en todos los aspectos, son un factor para la democracia, especialmente de la liberal, supuestamente la teoría emblemática que inspira a la gran empresa privada, de enorme influencia en las decisiones del estado; el pensamiento monopólico, en lo económico, domina las relaciones comerciales, el mercado y también al gobierno; en la crisis del petróleo, el Estado es el niño apenado que no sabe qué hacer ante una situación difícil.

Lo mismo se observa en los partidos políticos; la competencia es la contienda para destruir; vencer para dominar, no para tener la posibilidad de construir entendimientos armónicos mínimos, que una elemental decencia política aconsejaría; de nada sirve proclamar, en el preámbulo de la Constitución, que conservamos "los valores propios de nuestra herencia humanista" y que los gobernantes "protesten cumplir la Constitución", (art. 235) si tienen una mentalidad rígida, que no les permite el manejo necesario de alternativas; ocurre eso en lo normativo, cuando las cosas están decididas por los que controlan el congreso y cuando no, pues se viola la Constitución.

En lo administrativo, las alternativas para el manejo de la grandes necesidades no cuentan con opciones diversas: si es seguridad, sólo represión; si es orientar, sólo publicidad; si se trata de la verdad, hay que ocultarla; en lo jurisdiccional constitucional, mínimos avances que se habían dado en la aplicación de la Constitución contra normas que le son contradictorias, se retoma a la alternativa del pasado, sin posibilidades de crear, de idear, de analizar, de saber que hay otros pensamientos que se pueden confrontar, pero que no se deben ignorar, "para recrear la libertad, para lograr el equilibrio justo y necesario de los intereses, para conservar la Constitución en el tiempo, conservar la res pública del ser humano y para el ser humano" (Häberle)

Esta rigidez que las mayorías imponen es un reto de la sociedad abierta y pluralista, no es que se deje de reconocer el valor de las decisiones mayoritarias o que las opiniones alternantes se impongan a una democracia débil ¡No! Se trata de lograr mediante la participación plural, que se encuentre un sendero menos escabroso y menos insultante: "El pensamiento de las posibilidades presupone apertura de la Constitución, del Estado, de la sociedad, del pensamiento mismo y crea, al mismo tiempo, dicha apertura. Su padrino es el racionalismo critico, el PENSAMIENTO LIBERAL TRANSFORMADO EN ALTERNATIVAS" Häberle.

La apertura de la Constitución

El Estado constitucional necesita un Constitución abierta a las modificaciones necesarias para no interrumpir los procesos culturales y constitucionales; en El Salvador, existen dos cosas que se hacen y que configuran un estado autoritario. 1. Cuando es necesario evolucionar, la repuesta es que la Constitución no lo permite o lo prohíbe, cuando es evidente que si lo permite y no lo prohíbe. 2. Cuando se quiere satisfacer intereses de algún sector, entonces se violenta la Constitución. Ambas situaciones son repudiables. La Constitución debe propiciar una apertura que, manteniendo sus principios, valores y derechos, admita que se mantenga el proceso evolutivo, para lo cual existen varios mecanismos:

1. Establecer las normas de tal manera que de todas las interpretaciones posibles, decidirse por aquella que más esté conforme con la Constitución; en este sentido, la Sala de lo Constitucional ha mantenido este criterio en muchos casos, aunque el grado de certeza y seguridad jurídica que brinda esta Sala, no sea lo óptimo.

2. Recurrir a mecanismos de consulta ciudadana, lo mejor seria que la Constitución posibilitara el referéndum, pero no existiendo esta figura, hacerlo mediante en determinados casos, tal como ya ocurre en el caso de la ley del medio ambiente, o en las resoluciones locales, en los cabildos abiertos, abrir otros canales de reparticipación mediante la utilización de los medios de comunicación y abrir espacios para que la gente opine sobre determinados temas.

En materia electoral, desarrollar la tesis de que el derecho de asociación permite la formación de asociaciones paralelas a los partidos (protopartidos), una apertura que promovería la participación y competencia de la mitad de los salvadoreños que, por ahora, están marginados; de igual modo podría hacerse con los miles de salvadoreños que trabajan y sostienen la economía nacional, desde el exterior; los partidos, ahora cerrados, se verían presionados a tener estatutos más flexibles que acojan las demandas de las asociaciones electorales; en el caso de los concejos municipales, se debe promover la formación de asociaciones electorales comunales, porque a los concejos no les afecta el monopolio de los partidos, de ser el único instrumento para la representación del pueblo, porque los concejos representan a sus comunidades.

Convocar a un foro nacional, amplio, participativo no partidario para que se discuta una reforma constitucional amplia, incluyendo las cláusulas pétreas del art. 248; desarrollar nuevas formas de interpretación de la Constitución. Esto puede hacerse tanto en el campo normativo, como en el administrativo y el jurisdiccional; desde luego, no se trata de transgredir el texto constitucional, sino que revisar los criterios manejados hasta hoy y determinar en qué casos se intentarían nuevas formas de entender la norma constitucional, tal es el caso de las consultas públicas, las elecciones locales, sustituir las audiencias privadas por las públicas, en lo jurisdiccional; abrir la participación de los ciudadanos en los plenos legislativos, consejos de ministros, concejos municipales, corte suprema de justicia, etc.

6. Maldades constitucionales

Denomino así aquellas instituciones, procesos o costumbres, etc., que se encuentran en la Constitución o en la praxis cotidiana, de los funcionarios del Estado, situaciones que no tienen una explicación razonable y que están ahí porque así ha sido siempre y no parece preocupar a nadie, especialmente aquéllos a quienes tal práctica les favorece. Estos son algunos casos:

1. No corresponde a El Salvador, la calificación de Estado constitucional o constitucional de derecho, cuando todavía se mantienen disposiciones propias del autoritarismo. Su sistema electoral es un recuerdo negro de la militancia partidaria única, un sistema que cubre un pluralismo mediocre, además de que la partidocracia no es la solución para una democracia aceptable.

   En la Constitución de El Salvador, los políticos reservaron a los partidos ser el único instrumento para la representación del pueblo, una decisión inconveniente en un país que inicia un proceso de democratización, pues quedan por fuera muchos ciudadanos que no creen en la opciones políticas existentes. Más adelante ampliaré sobre este punto.

2. Conserva como cláusula pétrea la no reforma de la parte orgánica de la Constitución, o sea la forma de gobierno, el modelo que el Estado adopta para gobernarse (monarquía, aristocracia, república), mediante el mecanismo de reforma establecido en el art. 248 y no ofrece otro recurso; ¿Qué ocurrirá cuando esa norma ya no sea sostenible? Es cierto que el constitucionalismo contemporáneo reconoce cláusulas irreformables, cláusulas eternas, dicen algunos; pero se refieren al sistema democrático, a los derechos humanos, a los valores de libertad, dignidad humana.

   La reforma integral de la Constitución no es posible y tratándose de la forma de gobierno, no sería posible tocar ninguna de las atribuciones de los actuales poderes del Estado. Cuando he expuesto esta tesis, he encontrado actitudes ad-

versas, aunque sin manifestar opiniones, que sería bueno que las hubiera sobre este punto tan delicado.

3. El sistema de responsabilidades es débil; ningún miembro de los órganos del Estado ha sido separado por ineficiencia, corrupción, tráfico de influencias o por falsedad, y todas sus instancias jurídicas son frágiles; el sistema policial se ha politizado de tal manera que la seguridad ciudadana, se maneja con énfasis y discurso electorero, vacío, sin principios, indefinido y sobre todo con gran incapacidad técnico jurídica; la figura del antejuicio, controlada por la Asamblea, se maneja políticamente; debe esta atribución pasar a la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, este traslado requiere reforma constitucional.

4. El poder del Estado es sumiso y complaciente ante las grandes empresas, especialmente las transnacionales; el sistema democrático está mediatizado por la intervención abierta del gobierno, en lo que se refiere a la influencia en los electores y los recursos, medios, instrumentos, etc., del Estado se emplean para favorecer la tendencia oficial.

5. El régimen de derechos sociales todavía tiene una importancia marginal en el país; ni por asomo se piensa que el Estado, no sólo es un organismo político, sino un ente promotor de la cultura y de la identidad nacional y que es, además, el espacio vital para la convivencia nacional con libertad y seguridad; el Estado, impávido ante una desbordada migración, no sabe qué hacer, expulsa de su país a sus propios hijos, y no se vislumbran políticas, ni siquiera para mejor aprovechar los recursos que envían sus ciudadanos del exterior, los mismos a quienes en forma despiadada los trató su propio país.

Los índices de analfabetismo son altos, la desnutrición infantil, las carencias de todo en todos los sectores, etc., sin compromisos estatales con el medio ambiente, con los derechos de minorías, sin acceso a la cultura, sin signos claros en materia de integración al desarrollo, etc. Todo este panorama no depara nada importante, sino una lucha intrascendente, estéril, por el control del poder y las reacciones irresponsables, de que "pobreza existe en todo el mundo y de que no tenemos recursos." Los últimos informes de las Naciones Unidas, en cuanto a la calidad y cantidad de empleos, al grado de pobreza, la falta de alimentos, de agua potable, seguridad alimentaria, contradicen la desmedida e inconsistente publicidad gubernamental.

En el coloquio sobre Justicia Constitucional celebrado en nuestro país, (noviembre del 2008) por el Instituto Iberoamericano de Justicia constitucional, en el capítulo final relacionado con los avances, amenazas y retrocesos, en esta materia, durante los últimos treinta años se afirmó lo siguiente:

7. Avances y amenazas o retrocesos

Introducción

Fragmento de la ponencia salvadoreña durante el coloquio de Derecho constitucional y Justicia constitucional (Noviembre de 2008. Instituto Iberoamericano de Justicia Constitucional).

De acuerdo a lo que anteriormente hemos expuesto conjuntamente con el Dr. Segovia, en un esfuerzo de síntesis, nuestro país, como el resto de países amigos, el estado de derecho y la democracia, presentan sus avances y amenazas o peligros. En nuestro caso, se consideran como **avances**, entre otros:

1. El poder de reforma

Tener un poder de reforma como el que consagra el art. 248, ha sido muy importante para tener un dispositivo jurídico, que ha permitido la adaptación de la Constitución a las nuevas situaciones que el país presenta.

2. Nueva institucionalidad de la Fuerza Armada

A partir de los Acuerdos de Paz, la misión constitucional de defensa de la soberanía y de la integridad del territorio, está siendo cumplida por esta institución en una forma disciplinada y constitucional; no obstante, esta misión ha de requerir de estos servidores, una concepción diferente, en el sentido de que la formación de sus miembros para esa misma misión, les demandará más investigación, mejor preparación académica, nuevas carreras, nuevos planes curriculares, la creación de una academia militar de nivel universitario, etc.

La defensa de la soberanía y la integridad del territorio, se plantean con nuevos desafíos, por las nuevas formas de agresión y deterioro que pueden sufrir, especialmente un territorio tan pequeño como el nuestro, que hay que librarlo y defenderlo de los depredadores externos e internos.

3. Creación de la Policía Nacional Civil

Simultáneamente a lo anterior, el Estado ha tenido que conformar una Policía Nacional Civil, para la seguridad ciudadana y garantizar el respeto a los derechos humanos; un cuerpo de seguridad en formación, donde las mayores fallas, no hay que buscarlas en los cuadros inferiores, sino en las políticas de desarrollo y en sus cuadros dirigenciales. Parece que el problema de la violencia en El Salvador, tiene, entre otros factores, la falta de una política de seguridad ciudadana.

4. Sala de lo Constitucional

En el campo judicial, lo más relevante ha sido la creación de la Sala de lo Constitucional, integrada a la Corte Suprema de Justicia; una valoración de su funcionamiento no se ha hecho en forma completa y me parece que la misma institución ten-

dría que promover una convocatoria nacional, para hacer un análisis de lo recorrido y lo que está por hacerse. Mi paso por nueve años en esa Sala, me indica la urgencia de poner en juego ese mecanismo; se creó el CNJ para capacitar, seleccionar y evaluar la planta judicial. Me parece que hay mucho por hacer, pero se ha avanzado algo, hay más actividad profesional y ya no son tan recurrentes los roces con la CSJ, por disputas protagónicas o de cuotas de poder.

5. Procuraduría de Derechos Humanos

Esta institución ha desempeñado una función importante en la promoción y defensa de los derechos humanos; sus máximos representantes, cada uno de ellos, lo hicieron y lo hacen con mucho valor, entrega y riesgos. No tienen apoyo oficial.

6. Defensa del Consumidor y Superintendencia de Competencia

Por fin se entendió que una economía de mercado honorable, depende de cómo los consumidores (ciudadanos) son tratados por el mercado; de manera que estas instituciones están desarrollando labores excelentes que merecen nuestro reconocimiento. Del mismo modo, el plan educativo que dirige el ministerio de Educación, se le observa mucho dinamismo. Estos tres importantes programas son dirigidos por mujeres.

A esto hay que agregar una importante y eficaz política de género promovida por la mujer salvadoreña, solidaria, plural, participativa y universal en sus planteamientos, la cual saludamos con todo respeto y cariño.

Los programas asistenciales del gobierno, red solidaria, fosalud, subsidios, etc., aunque no corresponden a los parámetros del Estado de derecho, son programas de buenas intenciones, que deben ser evaluados para considerarlos como formas iniciales de sustentar programas sociales adecuados, para contrarrestar los efectos del sistema económico prevaleciente hasta hoy.

Amenazas

En este rubro, mencionaremos tanto lo que son amenazas como tales, así como los errores, retrocesos, violaciones constitucionales, etc.

1. Art. 185. Esta norma, desde sus orígenes, forma parte del control difuso de la Constitución. Una reciente reforma obliga a los jueces de la república, a consultar a la Sala de lo Constitucional, los fallos que, en este concepto, se produjeren; esta atribución constitucional no se puede reducir o modificar por el legislador ordinario, por lo que en mi opinión, se violó la Constitución.

2. El articulo 248 contiene Cláusulas pétreas, que mandan a no reformar la Constitución por la vía establecida en el poder de reforma; no dijo cuál es el camino para hacerlo. La reforma al sistema político y a la forma de gobierno, no es posible por esta vía. ¿Qué haremos los salvadoreños en este caso?. Admitirlas como cláusulas eternas?

3. Intervención del gobierno en política partidaria. Es evidente cómo los procesos electorales son mediatizados desde las esferas gubernamentales. El tribunal supremo electoral no garantiza la transparencia de las elecciones y, por su propio origen partidario, no puede ser imparcial. El presidente de la república está inhibido de participar o intervenir partidariamente, no porque no sea ciudadano, sino porque es el Comandante General de las Fuerzas Armadas y director supremo de la Policía Nacional Civil, ambas instituciones esencialmente apolíticas; además, es el garante de la tranquilidad ciudadana y la paz social.

4. lnconstitucionalidades. En el último período se han producido, al menos, estas inconstitucionalidades: a) Reforma del Art. 185, de la Cn., por la legislatura ordinaria. b) Creación de Fideicomisos, (empréstitos) ignorando el voto de las dos terceras partes de los diputados, una lesión al sistema democrático evidente. c) Creación de jueces especiales, en detrimento del juez natural; además, esta jurisdicción fue creada violentando los arts. 131 No. 31 y 133 No.3. d) Los delitos contra las religiones, con normas abiertas, amplias, donde cabe todo, (reforma al art. 296 Pn.,); además, los considerandos de la ley suponen que los destinatarios de la ley serían los funcionarios públicos; pero, en la parte dispositiva, la dedicatoria es para los ciudadanos. ¡Un monumento a la ilógica jurídica! Hay jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de esta norma.

5. Acciones políticas cuestionables:

    1. Promulgación, derogatoria y constitucionalidad de la Ley de Amnistía, un capítulo pendiente que debe ser estudiado y analizado al margen de la contienda política. El marco jurídico que he analizado, en mi opinión, supera la prueba de la legitimidad; el problema está en los denominados delitos de lesa humanidad que requiere su propio tratamiento jurídico; pero las heridas y las pasiones superan el interés jurídico.

    2. Los efectos favorables o no del Tratado de Libre Comercio. CAFTA. DR., la propaganda lo consagró como la salvación nacional; su aprobación en la Asamblea, desconociendo su contenido, forma parte de nuestra irresponsabilidad legislativa.

    3. Los efectos favorables o no de la dolarización. Esto tiene una explicación más que ejemplar, donde los teóricos se esconden para evadir responsabilidades, especialmente ahora; la sociedad tiene su propia respuesta: Debemos consultarle.

Así nuestro informe.

San Salvador, Noviembre del 2008.

Año del vigésimo quinto aniversario de la Constitución.

TÍTULO VI

Acuerdos de Paz y Reformas Constitucionales 1991-1992 Constitución, Estado de Derecho y Democracia

La tarea de construir el Estado Constitucional en El Salvador, exige que simultáneamente se intente un compromiso o pacto social por la democracia y la gobernabilidad; dejar que el pueblo salvadoreño sea el verdadero protagonista de la designación de sus gobernantes; favoreciendo un clima de tolerancia y que los agentes de comunicación social no continúen manipulando la verdad a favor de intereses concretos; estos elementos son condiciones necesarias para promover la democracia nacional.

1.1 Sistema electoral

La Constitución actual introdujo algunas reformas al sistema electoral en cuanto a: partidos políticos, tribunal supremo electoral, derechos ciudadanos, reformas que el tiempo, veinticinco años, han demostrado que es uno de los sistemas más perversos conocidos, tal como se ha dicho y se demostrará en este título. La perversión del sistema electoral salvadoreño está en la Constitución misma (art. 208), en el hecho de que de los miembros del tribunal, tres provienen de los partidos políticos contendientes: dos son propuestos por la Corte Suprema de Justicia y electos por la Asamblea Legislativa, con mayoría calificada; el que tiene la mayoría absoluta, tres de cinco, decide las cosas sustanciales en ese tribunal; los miembros designados por la Corte se someten a este esquema, en el que las posibilidades de justicia electoral imparcial son ilusorias.

Para ubicar las cosas en el lugar que corresponde al momento en que vivimos, me parece que es preciso formular algunos comentarios.

1.2. El derecho de asociación, (art. 7 Cn.)

Si las personas no tienen el derecho de asociarse o reunirse, de qué serviría la libertad de expresión. Los derechos de libre expresión, reunión y asociación, se necesitan entre sí, y la protección de uno sigue la protección del otro.

Reunirse o asociarse, expresan el derecho natural de las personas de encarar los problemas de la vida en forma solidaria, y además, están referidos a la naturaleza política de la sociedad, en el sentido de que los seres humanos se harán concesiones recíprocas para el ejercicio del poder.

En la misma línea, el derecho de asociación, que regula situaciones más estables, pero en las constituciones aparece en forma más tardía, pues debe recordarse que, durante mucho tiempo, sólo los individuos y la comunidad nacional podían ser sujetos de derechos, esto en consonancia a lo que en su momento prescribió la Ley de Chapelier, (1791, Francia): ***"No existe ya corporación en el Estado; ya no existe sino el interés particular de cada individuo y el interés general".*** Se prohibió toda forma de asociación profesional; en este sentido, el derecho de asociación no se consideró en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, ni en la Declaración de Derechos de Virginia, en la Unión Americana y eso es así, porque estamos en el proceso de la consolidación del Estado liberal, en el que el individuo y la comunidad nacional eran lo más importante.[48]

Rousseau consideraba que lo importante era la opinión de los individuos, que no era ninguna sociedad parcial, sino los individuos los que iban a conformar la voluntad general, y que cada hombre opine por sí mismo; todo como una forma de mantener posiciones en contra de la sociedad estamental, que la revolución habría destruido.

En tal sentido, el derecho de asociación. Para conformar asociaciones intermedias y no propiamente la resurrección de los estamentos o castas del antiguo régimen, aparecerán en las postrimerías del siglo XIX., cuando la sociedad resiente los efectos del capitalismo liberal que produce el empobrecimiento de la clase obrera y los movimientos sociales exigen nuevas formas para afrontar la problemática social y económica; son los escritos de Marx, el movimiento hegeliano de izquierda, la encíclica Rerum Novarum de León XIII, el Fabianismo en Inglaterra y otros movimientos, los que impulsan la necesidad de introducir cambios en el modelo liberal.[49]

A partir de la Constitución de 1883, pasando por la Constitución de 1886, 1939, 1945, 1950 y, desde luego, la actual Constitución, además del derecho de reunión, consagran el derecho de asociación, es decir, conformar grupos estables,

48 /Vid. Francisco Fernández Segado. El Sistema Constitucional Español, Dykinson. Madrid, España. 1997).

49 /Vid. Walter Theimer Cap. XV. Historia de las Ideas Políticas. Ediciones Ariel. Barcelona. 1969.

para cualquier objeto lícito, estableciéndose como contrapartida que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación y que se prohíben las asociaciones armadas de carácter político, religioso o gremial.

1.3. Participación política en la democracia

1. La Constitución de El Salvador aún maneja la tesis de que la participación política es una concesión que el Estado otorga a los ciudadanos, quienes reciben esa dádiva estatal y deben manifestarse agradecidos.

2. Las modernas constituciones europeas conciben al Estado como estructuras democráticas y sociales; así, el art. 20 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania destaca el carácter federal, democrático y social del Estado alemán.

3. La Ley Constitucional de Austria de 1929, en su art. 1, define que Austria es una república democrática y el art. 23 y siguientes, hacen referencia a su vocación comunitaria; la Constitución española de 1978, dice que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1) y en su art. 10 dogmatiza sobre los derechos inviolables de la persona. La Constitución finlandesa proclama el carácter soberano y republicano de Finlandia, y su compromiso de promover la justicia social y que el poder soberano reside en el pueblo, evidenciando su compromiso social y fundamento democrático.

4. Las constituciones democráticas han reunido en una tesis más coherente, desde el punto de vista del origen y naturaleza del poder, las acciones y decisiones que los ciudadanos tienen que realizar, para estructurar, organizar y sustituir el poder del Estado; de este modo se llega al punto en que es necesario concretizar y establecer una praxis política para esa categoría política de difícil definición, como es el pueblo.

5. Para hacer realidad la soberanía del pueblo hay que fundarla en un grupo de hombres de los que habitan en el Estado y entendemos que no todos, pero sí aquellos que vinculados a éste, se encuentran en mejor situación para definir las cosas del poder. La nacionalidad salvadoreña y la mayoría de dieciocho años son requisitos básicos para ingresar a un "corpus" donde se genera el poder del Estado, o sea lo que la Constitución denomina el cuerpo electoral, y que las constituciones democráticas entienden como PODER ELECTORAL.

1.4. Los partidos políticos

El origen de los partidos: "En 1850, ningún país del mundo (con excepción de los Estados Unidos) conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra. En el año 1950, -un siglo después, funcionan en la mayoría de las naciones civilizadas

y tal desarrollo parece estar ligado a la democracia, es decir, a la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias. Cuanto más ven crecer sus funciones y su independencia las asambleas políticas, más sienten sus miembros la necesidad de agruparse por afinidades, a fin de actuar de acuerdo. A mayor número de votantes, mayor necesidad de organizarlos.

"Se discute, así, si los partidos surgieron en el último tercio del siglo XVIII o en la primera mitad del XIX en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica. En esta acepción, por tanto, el origen de los partidos políticos tiene que ver con el perfeccionamiento de los mecanismos de la democracia representativa, principalmente con la legislación parlamentaria o electoral".[50]

"Los movimientos sociales permanecen en la esfera de la sociedad civil reivindicando u oponiéndose a decisiones políticas; son organizaciones informales reivindicativas, en ocasiones radicales. Los partidos, en cambio, aun originándose en la sociedad civil, actúan fundamentalmente en la esfera política a través de una organización formal y con la intención de llegar al poder a través de la competencia política y las elecciones". [51]

El desarrollo democrático, la politización de las masas, el crecimiento de la cultura y el reavivamiento de la necesidad psicológica y social en la lucha por el poder, han dado lugar a la creación de entidades específicas para orientar a las masas, encauzarlas ideológicamente y ofrecerles un programa de bienestar; estos son los partidos políticos, que comienzan en forma de comités electorales, en las medidas en que se universalizó el sufragio y dejó de ser privilegio de élites, que elegían a las élites; los comités fueron instrumentos de la izquierda, para proponer nuevas opciones a los sufragistas. La derecha no se quedó al margen. Esto ocurría en Francia, en Inglaterra y Alemania en el siglo pasado.

En la Constitución de El Salvador, los políticos reservaron a los partidos ser el único instrumento para la representación del pueblo, una decisión inconveniente en un país que inicia un proceso de democratización, pues quedan por fuera muchos ciudadanos que no creen en la opciones políticas existentes; se han dado muchas razones por quienes estuvieron en capacidad de promover y escribir en la Constitución esta idea, tales como la de evitar que otros factores de poder tuvieran la posibilidad de decidir en las cosas del pueblo y que los partidos eran el instrumento más recomendable para evitar esas intromisiones indebidas.

---

50 Jaime Cárdenas Gracia, licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Nacional Autónoma de México. Obra citada: Partidos Políticos y Democracia. Instituto Federal Electoral, México, D.F.

51 lbíd.

En esta forma se rechazó la intervención de grupos armados, como beligerantes en cuestiones políticas; estas explicaciones sobre motivos coyunturales son aceptables para el momento en que se escribieron, que bien pudo hacerse en una disposición transitoria, con vigencia para unos dos períodos electorales.

La norma en la actualidad, se ha convertido en un instrumento perverso que genera una cadena de males: secuestro de la ciudadanía por los partidos, partidocracia, corrupción, funcionarios mediocres. Como el sistema tiene su propio árbitro, el tribunal supremo electoral, éste es el juez que avala todo el proceso degenerativo y antidemocrático; es oscuro, débil, demagógico, no confiable, etc., no se trata de un problema de personas, sino que es lo institucional, lo perverso. Si estos partidos no renuevan esta cláusula pétrea, que puede resultar eterna, sólo se tienen dos caminos: 1. La dictadura constitucional y 2. La insurrección.

Como instrumentos o intermediarios, los partidos son necesarios en la sociedad democrática, pero, en el sistema constitucional salvadoreño, son la fuente de la perversión y del autoritarismo. "Los partidos hacen posible la democracia, es decir, hacen viables las decisiones mayoritarias e impiden excluir de los derechos a las minorías, permiten el consenso pero también el disenso y, por tanto, la tolerancia y el libre debate de las ideas, programas políticos y leyes. Esta función es la más importante de los partidos y refuerza la necesidad que tienen las democracias de conservarlos y perfeccionarlos".[52]

Esto es lo que correspondería a un sistema razonable; en el nuestro eso no es posible.

Para el caso, el reclutamiento y la selección de gobernantes, que obedece a la necesidad que tiene cualquier sociedad de contar con un grupo dirigente que se encargue de la cosa pública, es decir, de la administración de los asuntos comunes, eso no es posible. Antiguamente, las corporaciones, los sindicatos y las asociaciones de profesionales eran las principales vías para reclutar al personal gobernante. En la actualidad, son los partidos los que escogen a los miembros de ese personal e impulsan sus carreras políticas.

Respecto al poder judicial, los partidos suelen tener en varios países, una importante función en la designación de los miembros más importantes de la judicatura, pues, mediante sus representantes en las cámaras y en el poder ejecutivo, determinan quiénes serán los próximos ministros o magistrados.[53]

Menciono concretamente este caso, porque el sistema salvadoreño se ha degenerado de tal manera que, desde la primera elección en 1994, que se hizo por con-

52 Ibíd.

53 Ibíd.

senso de los 84 diputados, posteriormente lo que se ha producido es un reparto de los miembros de elección de segundo grado, especialmente de la Corte Suprema de Justicia, mediante el sistema de cuotas partidarias

Como todo monopolio, la consecuencia de esta decisión ha traído más males que bienes; no es necesario enumerarlos, pero sí el aprovechamiento e instrumentación que se ha hecho de los partidos, no pasa inadvertido de la población excluida por éstos; actualmente se produce un movimiento a favor del cambio de esta situación. La sociedad se encuentra dividida en dos sectores: Los alineados o simpatizantes y la gran mayoría, al margen de las tendencias predominantes.

Se propone que la sociedad civil tenga canales de participación por otras vías que no sean las partidarias. Ejemplo: organizaciones comunitarias, para los consejos municipales; en cuanto a éstos, en mi opinión no están afectados por la limitante constitucional, dado que no son representantes del pueblo soberano, sino de sus comunidades o localidades y bastaría una reforma de la ley electoral, a efecto de que la comunidades se liberen de los partidos.

Las asociaciones electorales departamentales, con líderes de las comunidades o del departamento, podrían entrar en la competencia electoral, para el caso de los diputados; para lo cual es necesario que una ley de elecciones introduzca las figuras y los procedimientos y esperar una reforma constitucional, que difícilmente se dará.

Se ha sostenido que, para el paso de la democracia partidaria a la democracia participativa, es necesario reformar la Constitución. Esta hipótesis es la más cercana a la realidad y estaríamos en el momento justo para lograr una reforma constitucional en ese sentido; pero la realidad perfilaría una solución muy difícil, pues ninguno de los partidos estaría dispuesto a dar una iniciativa en esa línea; sin embargo, es cosa de probar. La otra idea es manejar la posibilidad de una adición a la ley electoral, abriendo paso a los ciudadanos aplicando el derecho de asociación (art. 7) y compatibilizarlo con el art. 85, una elaboración para aperturas constitucionales, que en El Salvador es un lujo.

Al menos en cuanto a los miembros de los concejos municipales, tal como se ha expuesto, no se presenta el problema de que los partidos son el único instrumento para la representación del pueblo, pues los concejos, como se dijo, no representan al pueblo, sino a las comunidades.

1.5. Democracia y partidos políticos

No obstante, algunos críticos de los partidos han señalado que éstos han sido rebasados por los movimientos sociales, en cuanto a su aptitud para movilizar la opinión pública. Tal censura debe ser vista con objetividad. Seguramente, algunos partidos han perdido capacidades para articular las demandas de la comunidad y, ante ciertas reivindicaciones de los movimientos sociales, no actúan con la celeridad que se requiere. Otros, en cambio, actualizan y reformulan sus estrategias y logran

conformar mejores ofertas políticas frente a sus miembros y al resto de la sociedad en los órdenes privado y público, frecuentados por las nuevas organizaciones sociales.

La fase de constitucionalización se ha dado en casi todos los países del mundo. Son famosos los preceptos de constituciones como la italiana, francesa, alemana, griega o española, que constitucionalizan los partidos, y en algunos casos, cuentan con leyes para su desarrollo. La constitucionalización de los partidos en el mundo entero significa varias cosas. La primera de ellas es una repulsa a los estados autoritarios y totalitarios, y la afirmación de que la democracia pluralista sólo es realizable con el concurso de varios partidos.

Para realizar la juridización de los partidos, es preciso tener en cuenta dos ámbitos o esferas: el externo y el interno. El externo está conformado por los derechos y deberes de los partidos frente al Estado, sobresaliendo entre los derechos el de libertad de formación y acción de los partidos, y entre las obligaciones, la de no establecer partidos que persigan fines o motivos ilícitos o contrarios a los principios constitucionales.

El ámbito interno se constituye con los derechos y deberes dentro del partido, entendiéndose en primer lugar que la garantía de la libertad interna por medio de la Constitución y de la ley, puede considerarse como un requisito funcional para la efectividad del sistema democrático; sin embargo, la libertad que tiene el partido para organizarse internamente no puede llevarse al grado de afectar los derechos fundamentales de los militantes.[54]

Los partidos, además de ser reconocidos por la Constitución, suelen estar regulados por leyes secundarias, dependiendo de la tradición jurídica de la que forme parte el Estado concreto de que se trate y de su contexto histórico particular. En los estados anglosajones y nórdicos hay una escasa regulación de las actividades de los partidos. En cambio, en la Europa continental y en América Latina la intención es contar con una normatividad abundante. La regulación, en el caso de América Latina, por ejemplo, se hace en las leyes electorales o, siguiendo una tendencia predominante en Europa, se elaboran leyes específicas para los partidos.[55]

Para su funcionamiento, los partidos requieren de financiamiento. Necesitan fondos para sus actividades ordinarias y para la realización de las campañas políticas. Anteriormente, en la época del sufragio censitario, cuando los partidos se hallaban escasamente articulados y no tenían actividades permanentes, no necesitaban de grandes recursos para operar. Generalmente, era el propio candidato o un grupo de notables quienes lo apoyaban y corrían con los gastos de la campaña. Con la aparición

54 Ibíd.

55 Ibíd.

de los partidos de masas a finales del siglo XIX y de los partidos contemporáneos, los gastos ordinarios y para campañas, han crecido enormemente, haciendo imposible que los candidatos hagan las erogaciones de su propio bolsillo.[56]

Los partidos modernos no recurren para su propaganda a métodos tradicionales, sino que hacen uso de los medios masivos de comunicación, cuyas tarifas suelen ser muy elevadas. Además, tienen gastos ordinarios derivados de sus funciones: capacitar cuadros, penetrar en la sociedad, divulgar sus documentos básicos, apoyar a sus representantes en el poder legislativo o en el gobierno, etc., todo lo cual demanda recursos económicos.

Los fondos de los partidos provienen generalmente de dos vías: financiamiento privado y financiamiento público. El privado deriva de los recursos de los particulares, militantes o simpatizantes y reviste varias formas: cuotas de los afiliados, donativos, préstamos y créditos, y administración de empresas propias, principalmente de carácter editorial.

El financiamiento público puede ser directo, como las subvenciones que el Estado otorga a los partidos, generalmente en proporción a su cuota electoral, e indirecto, como la cesión de tiempo en los medios públicos de comunicación, la exención de impuestos y las franquicias telegráficas y postales ¿Podrán los partidos sortear su crisis y, de ser así, cuál es su futuro?.[57]

La respuesta no puede ser única y definitiva; se trata necesariamente de un planteamiento múltiple con diversas derivaciones. En principio, debemos situar el problema en el contexto del futuro de la democracia. Además, una respuesta así debe ser capaz de distinguir a los regímenes, pues no todos tienen el mismo grado de desarrollo y características, en tanto que algunos son democráticos y otros no.

En países democráticos con sociedades homogéneas la respuesta tiene que ver con el desarrollo de la democracia y la profundización en ella. Los partidos tienen que cambiar de estrategia, de acuerdo con las pautas que presenta la nueva sociedad tecnológica e informática; su apuesta está en fomentar alianzas con los movimientos sociales, ser capaces de avanzar en las propuestas de estas organizaciones y mejorar sus mecanismos de democracia interna. En especial, el cuidado debe residir en la renovación constante de sus élites dirigentes y en mantener frente a la sociedad una gran transparencia en sus líneas políticas y en el uso de sus recursos.

En los regímenes políticos democráticos con sociedades heterogéneas, la tarea consiste en perfeccionar los mecanismos institucionales de la democracia consociativa, para que los diversos grupos sociales y partes de la nación reciban un trato de equidad, que haga factible la unidad en la diversidad y procure un desarrollo

56 lbíd.

57 lbíd.

armónico e igualitario. Ciertamente, esta tarea es más delicada que en los regímenes democráticos homogéneos, por lo que es conveniente que los distintos mecanismos de relación política sean fluidos y transparentes y cuenten con importantes garantías de respeto a las minorías, de suerte que ninguna de ellas sucumba a la tentación de acercarse a la tiranía de las mayorías.

En los regímenes no democráticos la tarea es precisamente construir la democracia, pero sin partidos reales no es fácil arribar a ella. La tarea es, pues, crear el sistema de partidos y el ambiente para que la lucha política se dé en igualdad de condiciones y con imparcialidad; pero, al mismo tiempo, se debe fomentar en todos los partidos una labor de liderazgo responsable y en alto grado pedagógico frente a la ciudadanía. El cometido y el papel histórico de los partidos en los procesos de transición a la democracia son tal vez la mejor justificación para su existencia; pero, al tratarse de funciones tan elevadas, siempre se corre el riesgo de no estar a la altura de las circunstancias.[58]

2. La seguridad ciudadana

La seguridad ciudadana es un derecho fundamental; no es una forma de ejercicio de poder del Estado, como sostén político; no es instrumento para la conservación del poder, ni menos un instrumento de represión; sí es un instrumento de la gobernabilidad porque la seguridad es un fundamento para toda actividad social, estatal y humana; pero su fin no es el de reprimir o castigar, sino brindar la seguridad que la persona humana requiere.

Según la reforma constitucional habrá dos ministerios: DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL. En esto sí hay algo de fondo: el Art. 159 Cn., crea la POLICÍA NACIONAL CIVIL, siempre que el cambio político sea capaz de crear una estructura de poder nueva, ¿nueva en qué? En todo. El primero que tiene que cambiar es el presidente de la república, en el sentido de que este organismo está fuera de la política, y esto incluye al gobierno, o sea que es un cuerpo del Estado, no del gobierno.

Se establece su independencia de la Fuerza Armada y se le han fijado como funciones: Garantizar el orden, la seguridad y la tranquilidad pública, con apego a la ley y estricto respeto a los derechos humanos, denotándose la influencia de la Constitución española de 1978, la cual dice que los cuerpos de seguridad se hallan bajo la dependencia del gobierno y tienen como misión, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Los numerales 17-18 y 19 también del Art. 163 Cn. están relacionados con lo de la Policía Nacional Civil, el organismo de inteligencia. La idea es la de crear responsa-

58 lbíd.

bilidades directas que actualmente tiene el alto mando de la Fuerza Armada, diluyéndose los compromisos en un cuerpo colegiado. Según estas disposiciones, el presidente asume responsabilidades y responde ante la Asamblea. Esto no deberá causar recelos y constituyen aspectos importantes de la reestructuración de la Fuerza Armada. El presidente tiene mayor participación con el propósito de ir creando condiciones de conducir a la Fuerza Armada con criterios de la sociedad civil, evitando formas de autoritarismo que ha causado tanto daño y deterioro de la imagen de la Fuerza Armada.

He destacado el tema de Fuerza Armada y Seguridad, porque ambas instituciones, por mucho tiempo, fueron consideradas como instrumentos del poder real y mecanismos de terror, más que de seguridad y si en algo El Salvador ha mejorado notablemente, es en estos dos aspectos, al grado de que se considera que la Fuerza Armada es una de las instituciones que mejor han cumplido los propósitos de los Acuerdos de Paz; la policía nacional civil, con todo y sus imperfecciones, es mejor sobradamente que los anteriores cuerpos de seguridad; sus deficiencias pueden tener como causa la falta de una política de seguridad ciudadana, la poca formación de los cuadros dirigentes, una creciente violencia social, etc.

2.1. Seguridad pública y seguridad ciudadana

¿Es previsible un cambio favorable en los niveles de seguridad en el país?

Es probable que la seguridad entendida únicamente como combate a la delincuencia, no produzca movimientos significativos; si los hubiere, éstos serían negativos, como un mayor incremento de la criminalidad, ineficiencia policial, confusión en los altos funcionarios encargados, problemas graves en el sistema penitenciario y mayor confrontación entre el sistema judicial y el poder ejecutivo; algunas de estas hipótesis se han probado ya, es decir, son realidades; otras estarían por probarse o no en los próximos meses. Si se mantiene el rumbo adoptado y su metodología , si no se muestra idoneidad y conocimiento de la problemática y si no se define una política de seguridad sustentada en conocimientos científicos de la realidad, no esperemos resultados favorables.

¿En qué se diferenciaría una política de seguridad ciudadana de los experimentos que hemos conocido en nuestro país como seguridad pública?

En principio puede afirmarse que, por seguridad pública, se ha entendido la persecución y encierro de los delincuentes, mediante acciones reactivas tardías, esto es, posterior a los hechos, acciones, por lo general, no planificadas, sino de acuerdo a las circunstancias imperantes; responde a una ecuación simple, tan simple como ineficaz: A más delincuencia, más policías. Lo anteriormente expuesto no significa, ni está en el propósito del análisis, devaluar el esfuerzo de persecución de los infractores de la ley.

Esta es una acción válida, necesaria y legítima; el punto es que no sólo se debe hacer eso. Este es el desafío, la sabia combinación de la prevención de la delincuencia,

la represión de la misma y el proceso de reinserción de los inculpados; todo manejado en el marco de lo que la Constitución dispone; lo que se ha visto es que no existen ni planes ni ideas, probablemente porque tampoco existen los conductores.

El combate a la delincuencia, a la violencia y a la desobediencia social, es una parte; a esto debe agregarse la respuesta estatal a aquellos fenómenos que demandan del Estado, acciones preventivas o reactivas eficaces, ya ante los fenómenos de la naturaleza o ante los comportamientos individuales o colectivos, capaces de impactar socialmente y afectar o limitar el goce de los derechos fundamentales. Esto implica atender a los ciudadanos, desde las calamidades producidas por los fenómenos naturales, pasando por el engaño en las relaciones económicas, los desajustes de las actividades laborales, la lucha por los espacios, por los recursos y por las oportunidades, cada vez más escasos, ya que todo ello afecta la seguridad ciudadana.

2.2. ¿En qué consiste la seguridad ciudadana?"

"Una política de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, se orienta a garantizar a los ciudadanos el goce de sus derechos fundamentales; en el Estado contemporáneo, no se concibe otra forma de seguridad y la Constitución dice que la PNC, debe dar seguridad con apego irrestricto a los derechos humanos; lo cual está bien cuando se trata de acciones antidelincuenciales; pero el problema es más profundo; está vinculado a la falta de una política social eficaz, en la que el modelo de desarrollo nacional debe intentar reducir los niveles de pobreza, de desempleo, de exclusión social, de falta de oportunidades, etc., o sea crear los dispositivos económicos, políticos y jurídicos, para alcanzar una sociedad más justa y solidaria. Esto está muy relacionado con el tema de quién y para quién se gobierna; un juicio de valor que debe ser tema de la discusión política, más que de un planteamiento jurídico constitucional.

Una política de seguridad ciudadana progresista, debe tomar entre sus primeras medidas, la de identificar adecuadamente dos nociones: 1. La seguridad pública, a cargo de la PNC (art. 159 Cn.) y 2. La seguridad ciudadana, que se logra con las intervenciones del Estado en materia de políticas sociales, que deben ser asumidas por las instituciones competentes para ello: Educación, Salud ,Trabajo, Economía, Medio Ambiente, Cultura, etc., etc., pero con un enfoque de garantía de los ciudadanos.

La política de seguridad ciudadana progresista debe contribuir a la acción preventiva y reactiva por parte de la Policía, mediante la aplicación de técnicas apropiadas de control territorial, de disuasión, de recopilación y análisis de información relevante, no de datos o informes utilizados para despliegues policiales publicitarios o controles indiscriminados que promueven los allanamientos al domicilio, atentados contra las libertades esenciales, al debido proceso, etc.

2.3. ¿La seguridad tiene incidencia en la política del Estado?

Los niveles de seguridad o inseguridad ciudadana constituyen actualmente uno de los factores de mayor incidencia sobre el grado de gobernabilidad democrática en cualquier país, una problemática que rebasa la capacidad de los gobiernos y el interés de los partidos; además de que la seguridad es un derecho humano, y el Estado tiene la obligación de garantizar el efectivo goce del mismo mediante diferentes intervenciones en distintos campos de su actividad; la simplista tendencia de criminalizar toda conducta antisocial y pretender que las soluciones jurídicas, (reformas a las leyes), constituyen el mecanismo único para una política de seguridad ciudadana, es tan débil, como la tentación de reprimir por la fuerza, el descontento social.

2.4. ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales de la seguridad ciudadana?

La formulación de lineamientos capaces de orientar políticas públicas para la gobernabilidad en el campo de la seguridad ciudadana en regímenes democráticos, debe estar inscrita en un marco que corresponda al orden axiológico constitucional, es decir, a los valores constitucionales como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; a los principios humanistas que inspiraron a los constituyentes y a los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución. Si el gobierno considera que estos son lujos que no caben en una sociedad violenta, proclive a la delincuencia, ingobernable, etc., entonces la cosa es un desastre.

Domínguez Vial, en un artículo suyo, citando al profesor español Peces Barba dice: "Tal como lo sostiene Gregario Peces-Barba, la seguridad jurídica es un valor superior del Estado moderno: "La formación del Estado Moderno como monopolio en el uso de la fuerza legítima, la idea de soberanía como expresión del poder que no reconoce superior y la vinculación del poder soberano con el derecho, son hitos de ese itinerario histórico que lleva la seguridad a través del Derecho, hasta la seguridad jurídica. El primer objetivo de la sociedad, en las teorías fácticas, pero también en los que consideraban a la sociabilidad como un elemento natural, era conseguir la paz y la seguridad."

Y agrega: Mientras que para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la aspiración más elevada del hombre es el advenimiento de un mundo en que los seres humanos vivan liberados del temor y la miseria, con los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, así como el de derechos económicos, sociales y culturales, los estados se comprometen a adoptar las políticas adecuadas a la realización de los derechos fundamentales allí definidos, según la naturaleza de cada uno de ellos.

Así como la salud no es sólo la ausencia de enfermedad, la seguridad es, en primer término, la calidad del ejercicio de cada derecho en su mejor expresión posible, por lo

cual no se limita a la ausencia de delitos, sino que exige la presencia de condiciones reales y efectivas para su realización como expresión de la dignidad inherente al ser humano.[59]

Según el consultor chileno José Antonio Jáuregui, para lograr ese orden valorativo es necesaria: "una estrategia de reconquista de la ciudad para todos los ciudadanos, que incluya ambientes favorables para la convivencia y la inserción social, inclusive aquellos lugares constituidos sin ningún planeamiento y que, mediante una combinación de políticas y acciones, pueden ir adquiriendo una responsabilidad cívica y urbana. Esta idea presupone en las actuales circunstancias económico-sociales de América Latina, la articulación de aspectos físicos (urbanísticos-infraestructurales ambientales), aspectos sociales (económico-culturales-existenciales) y ecológicos (considerando las tres ecologías de Félix Guattari: ecología mental, ecología social, ecología ambiental) desde una perspectiva donde se interceptan cuestiones éticas, estéticas y políticas."[60]

2.5. ¿Cómo funcionan esos datos constitucionalmente?

Una sabia combinación de los elementos axiológicos propios del Estado de Derecho y el cumplimiento de los deberes sociales, por parte de los Estados, deben acompañar a una política de seguridad ciudadana, que tenga algún nivel de credibilidad y responsabilidad. La Constitución proclama la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; estos tres valores no se realizan en forma separada; la justicia en cualquiera de sus concepciones, se orienta al trato igual; la realización de la justicia propicia el bien común y para ambos se requiere un mínimo de seguridad razonable y tolerable, porque en todo programa de este carácter, hay limitación de libertad, hay restricciones a decisiones voluntarias, pero más que todo voluntaristas.

La Constitución existe por la necesidad de establecer límites en el ejercicio del poder; ésta es una reflexión necesaria para todos los casos en que se impulsen medidas de control social, especialmente aquellas normas que, real o presuntivamente, se destinan a prevenir el delito; sobre esta idea descansa el respeto al juez natural que se ha esbozado y en el que se habría violentado la Constitución.

Nadie puede objetar un plan de seguridad, si éste procura la realización de los valores constitucionales, siempre que la seguridad sea en el marco del derecho; en ese sentido puede afirmarse que la seguridad pública, o mejor, la protección de la

---

59 Centro de Derechos Humanos de Nuremberg. La Prevención es mejor que la Sanción y la Reparación. Posibilidades de prevenir los delitos contra los Derechos Humanos * Andrés Domínguez Vial estudió Derecho en Chile y Sociología en la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Entre los años 1980 y 1991 fue Coordinador de la Comisión Chilena de Derechos Humanos.

60 Jorge Mario Jáuregui. Consultor de URBAL 14 "Seguridad Ciudadana, Políticas Públicas y Estructuración Urbana". Valparaíso, Chile.

seguridad ciudadana, es una suerte de seguridad jurídica, o sea la certeza de que las limitaciones o restricciones, los derechos que se sustentan en la libertad, tienen una marco de límites respaldado por la ley o por un sistema judicial, vigilantes de que la seguridad a cargo del Estado, no sea una forma de autoritarismo o el camino de regreso a estadios políticos aparentemente ya superados; o sea que la seguridad no es un fin en sí misma, sino un medio para lograr otros fines; se hace seguridad ciudadana, haciendo respetar la ley, respetándola.[61]

La experiencia en este campo aconseja "elaborar acciones sociales coordinadas, con programas territorialmente definidos eligiendo dos o tres áreas-problema para poner en acción programas de varias secretarías: Justicia, Trabajo, Educación, Deportes, Salud, Ciencia y Tecnología, Medio Ambiente, Urbanismo, Seguridad. Se trata de forma coordinada, de demostrar en un espacio físico acotado, que es posible tener una eficiencia y consistencia muy grande, y capaz de ejercer un efecto-demostración en relación al programa como un todo."

Los ministerios "islas" han demostrado poco éxito en la gestión pública. Es necesario empezar porque el Consejo de Ministros realmente elabore el Plan de Gobierno (art. 167, 2°. Cn.,) y articule estos ministerios que ahora trabajan a la deriva; si este Consejo funcionara, no sería necesaria tanta comisión, que ha sido el estilo del presente régimen, comisiones, que no se sabe cuáles y qué excelencia tienen sus aportes.

2.6. Consideraciones en relación al tema de la seguridad ciudadana

"Ahora es necesario hacer la revisión crítica de un sistema donde la desigualdad y la exclusión son más regla que excepción. En relación con las políticas públicas sociales, de seguridad y urbanísticas, es necesario viabilizar potentes núcleos de civilidad en las entrañas de la sociedad (y de la ciudad) dividida, partida, fragmentada.

Según Andrés Domínguez Vial "La criminología contemporánea rechaza cada vez con mayor fundamento teórico y empírico las políticas centradas en la represión", dice Domínguez Vial, a lo cual puede agregarse que también la doctrina de los derechos humanos, el derecho constitucional, el derecho penal ; la represión es " el último recurso del Estado, cuando han fracasado todas las medidas de prevención y, en todo caso, siempre como una acción dirigida y bajo la garantía del poder judicial, con estricto respeto de las normas del debido proceso y del derecho a la defensa."

Una política así definida debe cumplir con cuatro requisitos fundamentales, afirma Domínguez Vial. Una política así definida debe cumplir con cuatro requisitos fundamentales:[62]

---

61 Ibíd.

62 Domínguez Vial. Ensayo citado: "La prevención es mejor que la sanción ..."

1) Su apoyo en una legislación armónica y estable, fundada en la igualdad ante la ley, surgida de un proceso democrático, y aplicada por instituciones sometidas a control y fiscalización adecuados, que garantice el respeto de los derechos fundamentales, el derecho a la justicia y al debido proceso.

2) Esta política de seguridad ciudadana debe impulsar un conjunto de medidas de prevención general, para combatir todas las condiciones que exponen a la sociedad al riesgo del desarrollo de conductas delictivas. Esto implica impulsar políticas económicas y sociales, educacionales y culturales, de salud, vivienda y urbanismo, de comunicación y participación social, capaces de crear los vínculos solidarios y articuladores de la sociedad, para resolver los problemas y desajustes que facilitan la realización de este tipo de conductas.

3) Se hace necesario que esta política comprenda la represión adecuada y proporcional de los delitos, poniendo el énfasis en la protección eficaz de las víctimas, garantizándoles en lo posible su recuperación y la indemnización por los daños sufridos. Igualmente debe incluir, para los culpables del delito, el acceso a una justicia segura fundada en la aplicación del principio de proporcionalidad penal.

4) La política de seguridad ciudadana debe diseñar un conjunto de medidas de prevención especial orientadas a:

    i) Asegurar la reinserción social de la persona considerada culpable del delito.

    ii) La neutralización de los factores que pueden producir la reincidencia.

    iii) La eficacia social del cumplimiento de la ley penal y

    iv) El aumento del consenso respecto a la necesidad de proteger los bienes jurídicos considerados como prioritarios en el ordenamiento penal. Para ello se debe desarrollar un moderno sistema de sanciones penales, creando los organismos capacitados para su correcta aplicación y paulatina modernización-desde sus contenidos, su organización y sus programas-, al sistema penitenciario.

El objetivo general de una política que cumpla con esos requisitos es la mejoría de la cohesión social, para lo cual se promueve la asociación entre el Estado y las comunidades locales, en la búsqueda de una calidad de vida inspirada en el desarrollo humano.

Para su realización, esta política de seguridad ciudadana debe surgir de la organización de consejos comunales, intercomunales y provinciales de prevención, articulándose programas de acción en contra de la exclusión de poblaciones desplazadas o marginadas, sea a causa de procesos sociales, de formas de discriminación o de si-

tuaciones de pobreza, de procesos de degradación o perturbaciones en la salud mental de las personas.

"En sentido más amplio, la política de seguridad ciudadana debe diseñarse en programas de educación, inserción social, reconversión de capacidades productivas, acceso a la cultura, a los deportes y a la recreación. Esta prevención requiere el apoyo del financiamiento público y se realiza desde el quehacer global de la sociedad". 4.1.l

El objetivo de una política pública de seguridad ciudadana, ***dice Jorge Mario Jáuregui,*** correcta y competente, debe ser el de contribuir al proceso civilizatorio. La gran división hoy no es la que separa partidos e ideologías, sino la que se coloca entre civilización o barbarie. Por eso, de lo que se trata es de promover una gran coalición civilizatoria, en la cual, el papel de una política de seguridad es la de hacer respetar la ley, respetándola; deberá buscarse la implementación de políticas públicas consistentes, partiendo de un abordaje multidisciplinario de los factores intervinientes, de la actualización tecnológica y gerencial, de la moralización de las instituciones y promoviendo la participación de la comunidad.

Lo que implica la articulación de los niveles federal, provincial y municipal y la convocatoria a todos los sectores sociales, incluyendo instituciones formales e informales, tales como ONGS, juntas de vecinos, la universidad, asociaciones profesionales que actúan en el área de los derechos civiles, etc.; una política pública en el área de seguridad ciudadana deberá obedecer el principio de compatibilidad entre respeto a los derechos humanos y eficiencia de las fuerzas de seguridad, pues no hay contradicción entre estos términos.

Es necesario garantizar las condiciones de seguridad de todos los ciudadanos con políticas públicas consistentes, independientemente de cuáles sean las causas de la inseguridad. Es preciso, por otra parte, enfrentar las causas, pero sabiendo que eso lleva tiempo, que depende de la combinación de una gran cantidad de factores y que no se puede permanecer de brazos cruzados, esperando que las condiciones generales se modifiquen. Siempre es mucho lo que se puede hacer en el área específica de seguridad ciudadana, aun en situaciones adversas y eso tiene un gran impacto en la modificación de las condiciones objetivas y subjetivas de la población.

Es evidente la necesidad de una política general del país capaz de mejorar la distribución de la renta, crear empleo, implantar políticas educativas de calidad accesibles a todos los jóvenes de cualquier clase social, capaces de generar expectativas de inclusión y no de exclusión social. En este marco, las cuestiones de seguridad ciudadana adquieren una relevancia particular.[63]

63 Jorge Mario Jáuregui. trabajo citado

En nuestro país, se ha recurrido básicamente a dos instrumentos para cumplir con el deber constitucional de dar seguridad ciudadana. Tal como he manifestado, no le ha sido posible al gobierno acercarse a esta idea y sus autoridades se han concentrado en combatir la delincuencia, como el fin primordial en un problema tan complejo como es la inseguridad ciudadana. Los instrumentos gubernamentales para enfrentar el problema han sido:

1. Las reformas legales, endureciendo las penas y criminalizando más conductas.

2. Perseguir a los delincuentes y encerrarlos, a lo que nadie se va a oponer, sí se hace en el marco de la Constitución y de la ley; sin embargo, no parece que eso esté ocurriendo.

Para el caso, el tratamiento del crimen organizado y delitos de realización compleja, dio lugar a una ley especial y a jueces especiales; en tal caso, se creó una jurisdicción penal fuera de la ordinaria y se establecieron tal jurisdicción y los cargos respectivos, ignorando a la Corte Suprema de Justicia; no obstante, que la Constitución señala que toda jurisdicción debe ser creada a propuesta de la Corte, es decir, que se violentó el principio de Juez Natural. ***(vid. arts. 15; 131, 31; 133, 3.)***

3. Doctrina sobre el juez natural

1. La idea del juez predeterminado por la ley, es una garantía para la defensa de la libertad como derecho de todos los ciudadanos; no constituye un modo de defender a los delincuentes, ni la impunidad, ni ofende a las víctimas de un delito. El juez natural, como se conoce a esta figura, es una característica del Estado de Derecho, desde su aparición como Estado liberal, hasta el momento, como Estado social y democrático de derecho. Tal como se ha dicho, es un derecho fundamental de todos los miembros de una sociedad, es una respuesta de la sociedad a los autoritarismos de todo signo, es de la misma estirpe que la presunción de inocencia, el debido proceso, la protección del domicilio, etc.

2. La Constitución de El Salvador ha consagrado una serie de derechos fundamentales, lo que hace que El Salvador se constituya como un Estado de Derecho. Entre estos derechos, algunos de ellos están orientados a garantizar la libertad humana, como principio, como derecho y como valor; los atentados contra libertad, por parte del Estado, no se compadecen con la idea del Estado de derecho, el cual se destruye por los atentados en contra de aquélla.

3. La virtud política más reconocible a un gobernante, es la de mantener los niveles de seguridad en la sociedad, sin lesionar ilícita e ilegítimamente, la libertad. Un gobernante sabio está llamado a mantener este equilibrio entre

ambos principios, que paradójicamente uno necesita al otro, pero viven en permanente tensión. Toda limitación a la libertad es aceptable en beneficio de la seguridad, la cual debe ser mensurable y comprobable; toda limitación a la libertad, además, tiene reserva de ley, que a su vez, debe soportar la prueba de la constitucionalidad. Si las cosas no ocurren en esta línea, no hablemos de Estado de derecho.

De igual modo, en ejercicio de su soberanía y en cumplimiento de tratados internacionales, el Estado debe criminalizar ciertas conductas y formas de operación de grupos organizados, adaptando su legislación interior, pero lo que más conviene en el Estado contemporáneo es formular soluciones técnicas, políticas, económicas orientadas a conformar una política criminal de prevención del delito, adaptando y perfeccionando su sistema de investigación, adiestrando a los policías, los servicios de inteligencia, etc., con el objetivo de asegurar al resto de la ciudadanía, el goce de los derechos fundamentales. Se ha demostrado que el combate a la criminalidad, por el mecanismo de reformas legales, introduciendo exageradamente prevenciones normativas, lo único que se ha logrado es el deterioro del Estado de derecho y el aumento de la criminalidad.

4. Cuando se habla de juez predeterminado por la ley, o juez natural, se refiere a los que corresponden a las jurisdicciones generales creadas en virtud del mandato constitucional. Si una misma jurisdicción tiene dos o más formas de manejar los procesos penales, o de otra materia, una de ellas adquiere el carácter de jurisdicción especial, la cual ya no responde a la idea de juez o jurisdicción predeterminados por la ley, sino a la idea de jueces "especiales, ad hoc blindados, sin rostro, especializados, "valientes" o jueces ideologizados, etc.," según la desafortunada expresión de un magistrado.

   a) Según Fernández Segado, el juez natural tiene estas características: 1. Tribunales propios del órgano judicial. Se refiere a que la jurisdicción en general tiene iniciativa judicial, tal como ordena la Constitución; de otro modo, la jurisdicción es administrativa. 2. Carácter ordinario de tribunal, no con poderes excepcionales, aunque son aceptables procedimientos particulares, que estén exigidos por motivos razonablemente superiores, en beneficio del bien común, de la seguridad jurídica y de la justicia (combate a la delincuencia) pero debe existir una sola jurisdicción. 3. Juez natural o predeterminado por la ley es el que pertenece a la jurisdicción (penal) ordinaria. 4. Los jueces deben corresponder a los modos de elección ordinaria, (CNJ, CSJ, dentro de la carrera judicial). 5. Los jueces deben ser imparciales. Los especiales o especializados ***no lo son, no pueden serlo; hay una imposibilidad lógica y filosófica.***[64]

64 Francisco Fernández Segado. exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vid. Sistema Constitucional Español. Editorial Dykinson. Madrid, España. 1992).

b) Según Bidart Campos, tiene estas otras: Los jueces especiales no están conformes con el principio de igualdad; pues los tratamientos especiales afectan unas garantías que sólo pueden suspenderse en los Estados de excepción. ***(En El Salvador las medidas excepcionales contempladas en los arts. 12 inc. 2°. y 13 inc. 2°. Requieren el voto de las tres cuartas partes de los votos de los diputados),*** 2. El juez debe pertenecer a la jurisdicción ordinaria, según la materia y el individuo será juzgado en ella sin poder ser sacado. 3. El juez natural es un derecho de la dogmática fundamental y es una atribución del poder judicial, proponer su creación manteniendo las garantías constitucionales.[65]

5. La Constitución dice que la ley deberá asegurar que los jueces cumplan con sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen. (art. 186). La libertad es necesaria para las decisiones que los jueces tomarán en las causas que ante ellos se controvierten y deberán hacerlo en la forma pura y limpia proclamada en el (art. 421 Pr. C) que reza así: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho y, en falta de una y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Rescata este artículo, de raigambre eminentemente liberal, el valor **verdad**, que nuestra Constitución, sin mencionarlo, lo presupone en el art. 186, ya que sólo jueces libres, imparciales y autónomos serán capaces de producir sentencias que se fundamenten en la verdad. Cosa que no podrán realizar los jueces "valientes", "especializados" "ad hoc" o "ideologizados".

6. Si la delincuencia ha sobrepasado las capacidades del Estado para combatirla y se hacen necesarias acciones legales, que faciliten el procesamiento de ciertos imputados y en reconocido interés de la justicia, el legislador razonablemente puede establecer reglas más efectivas, tales como reformas al proceso penal, sin abrir una jurisdicción ad hoc, Jurisdicción penal "especializada") por ser contraria a la Constitución, o sea que no se puede ni se debe crear un divorcio entre seguridad y Estado constitucional, ambos son compatibles. El policía no es un poder del Estado, es un poder del ciudadano.[66]

---

65 Germán Bidart Campos, constitucionalista argentino. Vid. Tratado de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1. EDIAR, Buenos Aires, Argentina)

66 Andrés Domínguez Vial. "El Estado democrático de Derecho y poder de policía" y Mauricio Duce y Felipe González, "Policía y Estado de Derecho", investigadores de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, ambos Ensayos en: Policía y Sociedad Democrática, Editorial del Puerto, Buenos Aires.

De igual modo no se puede vaciar el contenido de los derechos fundamentales con pretexto de combatir la criminalidad, lo cual podría estar disfrazando una política criminal errática o disfuncional. En los momentos de confusión, como los que se viven, el gobernante debe nutrirse de los principios clásicos de la construcción del Estado. El hombre sólo ha cedido parte de su libertad, en beneficio de la libertad de todos; la seguridad está en beneficio de este propósito y nada más; una perspectiva que frecuentemente se pierde al desconocer la dimensión de los términos y la función que les corresponde en el orden institucional.

Puede ocurrir que todo se deba a que el problema rebasa nuestras inteligencias o a la sustitución, que se suele hacer de las realidades por las fantasías o los convencionalismos; si fuera posible que , aun en el torbellino y en el marco de las ansiedades que provoca, pudiera redefinirse la esencia del conflicto y encararlo como problema de Estado; si así fuera, probablemente estaríamos en la ruta de reducir los riesgos y generar niveles mínimos de tranquilidad, advirtiendo que, tal como lo ha señalado, el magistrado Winfried Hassemer, del tribunal constitucional alemán: "Una cultura jurídica se prueba a si misma a partir de los principios, los cuales ella nunca dejará que sean lesionados, aun cuando esta lesión prometa las mayores ganancias".

4. Las reformas judiciales

En este contexto aparece la asignación presupuestaria del seis por ciento de los ingresos corrientes. Esto crea independencia del sistema judicial. Después de una experiencia de más de 15 años, cabe preguntar independencia ¿para qué? y ¿para quiénes?

La sociedad debe reconocer que en tanto el conjunto no se depure, los miembros de las instituciones tendrán los mismos síntomas y enfermedades de la sociedad en su conjunto; en este sentido, el sistema judicial no logra convencer sobre el sistema de elección de la Corte Suprema de Justicia, la independencia de y capacidad de sus miembros; la Sala de lo Constitucional, incorporada a la Corte; se ha denunciado insolvencia moral y corrupción en el sistema, etc.

La justicia constitucional está reservada a la Sala de lo Constitucional, que forma parte de la estructura orgánica del sistema judicial; es una Sala de la Corte Suprema, lo que exige ya una reflexión y análisis detenido sobre la conveniencia de su separación; esto requiere una reforma constitucional y por de pronto, no se ha considerado en la agenda de los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa, que son los únicos que pueden impulsar una reforma; del funcionamiento de esta Sala y de su capacidad de hacer justicia constitucional, se tratará en adelante; sin embargo, lo que hemos visto en la última gestión gubernamental, presenta signos claros de irrespeto a la Constitución. El tema será desarrollado más adelante, en el tema de las Garantías Constitucionales.

TÍTULO VII

Los Derechos Fundamentales

1. Nociones generales. Antecedentes

El propósito de este libro, tal como lo he expuesto en páginas anteriores, es el de conocer o reconocer los escenarios, las contiendas, los esfuerzos, y en general, los aportes del hombre, para encontrar una forma de controlar y humanizar el poder; además de los elementos materiales e históricos, como las luchas de los pueblos, que han estado presentes en toda forma de evolución y progreso de la sociedad, también los elementos culturales han servido soportes espirituales para ello, o sea que la búsqueda refinada de valores e ideales, asegura la conformación de los modelos políticos que las sociedades adoptan en el transcurso del tiempo.

Tal es el caso de los valores como la dignidad humana, los ideales de libertad, igualdad, solidaridad, paz, etc., han motivado y alentado los esfuerzos para hacer de la convivencia humana una relación constructiva, solidaria, estable, progresista, hasta donde racionalmente ha sido posible.

Esto parece muy sencillo, pero ha significado y significa esfuerzo, presencia, denuncia, conflicto, confrontación, etc., para lograr la racionalización del poder como instrumento al servicio del hombre, para construir un escenario favorable a la convivencia, al entendimiento y a la integración a una vida social segura y agradable; un rechazo al poder como recurso de terror al servicio de minorías y sus fines egoístas. Una tarea no cumplida totalmente y queda mucho espacio que cultivar y caminos que hacer, en un proceso dialéctico de triunfos y frustraciones, de avances y retrocesos.

Los investigadores 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, una intención que, como se ha dicho, encuentra seguidores y detractores.

Simone 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".[67]

Posterior a 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".[68]

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".

2. Los derechos de libertad

En efecto, los derechos sólo pueden ser efectivos en un ambiente de libertad; la libertad es un presupuesto de soberanía, 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.

---

67 Simone Goyard-Fabré. Los Derechos del Hombre. Orígenes y Prospectiva. Problemas actuales de los Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III. Madrid. 1994.

68 Manuel Aragón Reyes. Estudios de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

"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"".[69] ""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".[70]

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"".[71]

Rousseau, en este mismo orden, ha expresado: "Encontrar una forma de asociación que proteja y defienda con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, más que a sí mismo, y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el Contrato Social"[72]

3. 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:

---

69 John Locke. (95) Ensayo sobre el Gobierno Civil. Editorial Aguilar. Madrid. 1969.

70 John Locke. (99). Obra citada.

71 Montesquíeu. El Espíritu de las Leyes. Tecnos. Madrid. 1972. DE LAS LEYES QUE DAN ORIGEN A LA LIBERTAD.

72 Rousseau. El Contrato Social. ALIANZA EDITORIAL MADRID 1980.

el Estado. Los distintos autores 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.

Algunos de estos autores consideran, además, que los derechos humanos fundamentales, son anteriores y superiores al Estado, inscribiéndose en la teoría del derecho natural; otros autores consideran 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.

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 actualizando la teoría del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, etc.), tendríamos un contrato constitucional, o un contrato universal, dependiendo de los instrumentos que invoquemos; 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 Peter Häberle: "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."[73]

Si esto es así, los derechos fundamentales son los derechos que corresponden al hombre en razón de su dignidad como tal, son parte del desarrollo cultural, 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. (vid. Infra VI Libro derechos humanos).

---

73 Peter Häberle. El concepto de los Derechos Fundamentales. Problemas de los Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III. Madrid.

"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".[74]

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 ; no 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. "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."[75]

Afirma Carl 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".

Aragón Reyes dice que "los derechos, aunque gocen de eficacia directa, adquieren plenitud aplicativa por medio de la ley. La doctrina en general, ha resaltado que los derechos fundamentales no son absolutos y que pueden ser limitados en virtud de la ley, porque su eficacia y vigencia se conjuga con el derecho de los otros en un amplío y racional ejercicio de la libertad".[76]

---

74 Aragón Reyes. Obra citada.

75 Carl Schmitt. Teoría de la constitución.

76 Ignacio Ara. El Concepto de Derechos Fundamentales. Recopilación de trabajos sobre la materia. Universidad Carlos III. Madrid. España.

4. Tesis de Eusebio Fernández, Pérez Luño, Elías Díaz

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, catedrático español de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, dice:

"Son derechos humanos fundamentales unos y ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza y dignidad y que la sociedad, el poder político y el derecho deben proteger, sin ninguna clase de discriminaciones". "Tales derechos morales son fundamentales, en el sentido de que se encuentran muy vinculados a la idea de dignidad humana (Es decir a su esencia, a su ser, a su naturaleza) y al desarrollo y perfeccionamiento de ésta".[77]

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 ostenta como reflejo subjetivo de un orden normativo natural. Tres serian las notas características de esta teoría: 1. EI origen de los derechos humanos fundamentales no seria 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.[78]

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 reconocidos como tales. Por otra parte, los derechos naturales están muy vinculados a su reconocimiento histórico y su validez al reconocimiento por parte del Estado.

Elías Díaz, jurista español, al hablar del Estado de Derecho, afirma, que éste se caracteriza por la protección de los derechos fundamentales e introduce un elemento relacionado al origen de éstos, "identificándolos como una conquista histórica irreversible, símbolo del espíritu moderno frente al absolutismo de los mismos," apartándose de las consideraciones ius naturalistas, a las cuales parece adherirse Fernández.[79]

---

77 Eusebio Fernández, Catedrático español de Derecho Natural y Filosofía del Derecho. Teoría sobre los derechos humanos fundamentales.

78 lbíd.

79 Estado de Derecho Sociedad y Democracia. EDICUSA. Madrid. 1973.

Según Antonio Pérez Luño, "constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos en un Estado de Derecho de que el sistema político y jurídico se orientará al cumplimiento y respeto a las libertades fundamentales (Estado liberal de derecho) o sea la promoción de la persona humana en su esfera individual y conjugando ésta con la exigencia de solidaridad, corolario de la competente social y colectiva de la vida humana (Estado Social de Derecho).[80]

Los derechos fundamentales no son sólo categorías filosóficas, sino que son verdaderos derechos subjetivos, que corresponden a la condición humana de persona y a la condición político social de ciudadano y sin cuyo reconocimiento al más alto nivel normativo, no podría hablarse con propiedad de la existencia de un verdadero Estado de Derecho. (Sentencia tribunal constitucional julio 81). Los derechos fundamentales son normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, pero además demuestran rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta, trasciende el significado individual, para adquirir una dimensión objetiva.

Pérez Luño afirma: "los derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social admitiendo que el principio de igualdad es una quimera."

"En cualquier caso, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en que se afirma la dignidad de la persona, no sólo es eficiente ante desmanes o excesos del poder político; hoy no puede ya cuestionarse que preserva una esfera susceptible de especial protección, también frente a abusivas e indebidas interferencias de los demás ciudadanos y de los grupos y organizaciones en que se manifiesta la deseable espontaneidad social o se vertebra la llamada sociedad civil".[81]

Sobre este aspecto, Pablo Pérez Tremps afirma:

"dada su naturaleza, dichos preceptos se predican especialmente frente a particulares, ya que las lesiones más comunes que puedan infligirse proceden de éstos; tal es el caso, por ejemplo, del derecho al honor puesto que la mayoría de los atentados contra él dirigidos proceden de particulares y no de los poderes públicos".[82]

---

80 "Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid. Los Derechos fundamentales, Tecnos. Tercera edición. Madrid.

81 Ibid.

82 Pablo Pérez Tremps. Derecho Constitucional. Tirant lo blanch. Valencia. España. 1991.

5. Derechos fundamentales y derechos humanos. Acción estatal

Se hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminados a promover las condiciones, para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud"(Art. 9.2 Cn. española).

El proyecto de Ley Procesal Constitucional, elaborado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, crea el amparo contra particulares cuando éstos se encuentren en una posición de poder frente a los demás ciudadanos y ante el cual, no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección, o existiendo resulten insuficientes.[83]

En la Constitución italiana, el art. 3.2 prevé que la tarea de la República es "remover los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la persona humana" y esa tarea corresponde al legislador ordinario y a la Corte Constitucional y el Órgano Judicial, quienes tendrán que ver no sólo con el cumplimiento sino con la interpretación axiológica de los contenidos, sino las incompatibilidades que pueden darse entre las normas constitucionales.

Los derechos humanos constituyen un ideal compartido por todas las naciones y a ello han contribuido mucho los convenios internacionales, como lo veremos más adelante; pero no necesariamente tiene que haber una correspondencia total con los derechos constitucionales de cada país, aunque la tendencia creciente es que así ocurra en la medida que hay cláusulas constitucionales ampliatorias que los conciben como derechos implícitos, o les confieren un rango constitucional.

Pretender formular diferencias sustanciales entre derechos humanos y derechos fundamentales, en mi opinión y salvo teorías muy particulares, es una labor ahora no muy relevante y casi podrían considerarse como términos sinónimos. Es más, constituciones como las de Costa Rica y Perú, elevan a un rango constitucional, los tratados que sobre derechos humanos celebran sus respectivos países, identificando éstos con los derechos fundamentales.

6. Análisis de las teorías sobre derechos fundamentales

La teoría ius naturalista, que considera que los derechos humanos corresponden a la naturaleza humana, por su propia naturaleza y dignidad y que son anteriores y superiores al Estado, es inconsistente para algunos autores y, en lugar de derechos naturales, universales y absolutos, proponen la teoría de los derechos históricos, variables y relativos.

---

83 Vid. Mario Solano. Derecho constitucional de El Salvador. Universidad Tecnológica de El Salvador. San Salvador. 2006.

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 satisfacerlas; 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.[84]

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. ¿Pueden serlo? 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.

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.[85]

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.[86]

---

84 Manuel Peris. Juez, Estado y Derechos Humanos citado por Eusebio Fernández. Teoría de la Justicia, citada anteriormente

85 Eusebio Fernández. Obra citada.

86 Ibíd.

7. Evolución de los derechos fundamentales

Antecedentes históricos

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 Régime", 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.

a) 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 reconoce 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.

b) 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, asume 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.

c) 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, se 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; 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) y la Declaración de Derechos de Virginia; 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 siglo XX.

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"[87]

8. ¿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 sig-

87 Ignacio Ara. Problemas actuales de los Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. Madrid. 1994. Pág. 148.

nificaría 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 para el Estado.[88]

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.

Luís 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.[89]

En segundo lugar, porque el reconocimiento de esos derechos de unos valores que inspiran la organización de la comunidad política y que justifican la existencia misma de una Constitución; 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".[90]

9. Derechos fundamentales y derechos humanos

EL ARTÍCULO 16 DE LA DECLARACIÓN

La noción de derechos del hombre parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789. De entonces acá, los estados han venido evolucionando hasta encontrar la complementación de los derechos humanos con el gobierno republicano. El art. 16 de la Declaración, dice: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada, la separación de los poderes carece de Constitución"; no obstante, el predicado fundamental "es utilizado por primera vez en la Constitución de 20 de diciembre de 1848, aprobada

88 Ricardo Guastini. Problemas actuales de los Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. Madrid. 1994.

89 Luis López Guerra. 23. Introducción al Derecho Constitucional. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.

90 lbíd.

por la Asamblea Nacional en la Paul Kirche de Frankfurt y definirse que los Derechos Fundamentales del pueblo alemán, constituyen uno de los elementos característicos de la única Constitución alemana radicalmente liberal y que tiene como fundamento la soberanía popular".[91]

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre es clave en la conformación del Estado de derecho; sin él, tal como lo hemos dicho, no habría posibilidad para esta categoría histórica, y en general, ese mismo impacto tiene toda la Declaración que, en expresión de Hauriou, "es la única que ha pervivido en la memoria de los hombres porque es la realización más completa del catecismo político, del evangelio de los tiempos nuevos"[92]

La constitucionalización de los derechos fundamentales se ha realizado y desarrollado en países como es Alemania, Italia, España y casi todos los de América Latina. No es el caso de Francia que, hasta en 1970, el texto de la Declaración Universal de 1758, se incorpora como Derecho Fundamental el texto de la Declaración Universal de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946; dice el Preámbulo de la Constitución de 1958: El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional, tal como fueron definidos en la Declaración de 1789 conformada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.

La ley general pierde, a partir de entonces, el lugar primordial que ocupaba en la definición de las libertades y se ve desplazada a un lugar secundario respecto de la Constitución.

Pérez Tremps, de un modo casi dogmático, expresa que los derechos fundamentales son un elemento estructural del Estado de Derecho, de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas: Sólo allí donde se garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y sólo en éste, puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales.[93]

Si no hay un adecuado régimen constitucional en materia de derechos y garantías, el Estado del caso no tiene justificación, ni es un auténtico Estado Constitucional. Esto nos recuerda el Art. 16 de la Declaración citado, en el sentido de que la sociedad que no garantiza los derechos carece de Constitución. Y segundo. Una dimensión individual, en cuanto derechos subjetivos individuales como ciudadanos y como status jurídico.[94]

---

91 Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional.

92 lbíd.

93 Pablo Pérez Tremps. Obra citada

94 lbíd.

Los derechos fundamentales tienen como misión distribuir funciones entre el Estado y la sociedad y dotar de contenido al Estado de Derecho; quiere decir que los derechos son expresiones con un contenido concreto, que producen vivencias reales en los miembros de la sociedad, en consecuencia, la reflexión se dirige a los conceptos: sociedad, estado y derechos fundamentales. O sea que éstos se articulan en un orden social cuya organización política es el Estado.

No obstante y aunque de hecho existe un proceso de positivación de estos derechos, existe también la afirmación de que los derechos fundamentales son derechos morales, o sea, exigencias de la ética que nacen como categorías filosóficas fundadas en la dignidad humana, que pueden alcanzar positivación, pero que valen aunque no puedan alcanzar la calidad e inclusive le dará la calidad valorativa sin la cual el derecho es cualquier cosa, recordándonos la frase de San Agustín: "El derecho injusto no es derecho".

Los derechos fundamentales también se denominan derechos del hombre, derechos humanos, derechos esenciales, derechos constitucionales; sin embargo, la denominación fundamental es la que adoptamos en este análisis por una pretendida valoración éticorracionalista de los derechos humanos y su incorporación como Derecho en el ámbito constitucional; sin embargo, creo que todas esas denominaciones están hablando de la misma categoría de derechos, también cualquiera de estos términos tendría el mismo objeto, como es el de proteger la naturaleza moral del hombre, aun con sus características propias.

Los filósofos ius naturalístas reivindicaron la esencia naturalista, pero admiten que su mayor eficacia depende de su positivación aunque con la misma dignidad, pero requieren reforzarse en el orden positivo humano. Si el derecho positivo los niega o los degenera, no es un derecho real ni esencial, ha perdido eticidad.

10. Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

Quiero compartir con ustedes una excelente tesis sobre derechos fundamentales, en un análisis constitucional, formulada por el reconocido jurista, César Landa, profesor de Derecho Constitucional de la Real Pontificia Universidad de San Marcos, quien en su estudio expone:

Se pueden identificar las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos:[95]

95 Teorías de los derechos fundamentales. César Landa, Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Exbecario de la Alexánder von Humboldt Stiftung de Alemania.
Página Web elaborada por la Comisión Andina de Juristas. E-mail: rij@caipe.org.pe Red de Información Jurídica DERECHOS HUMANOS

1. Teoría liberal

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se conciben los derechos y libertades como derechos de defensa «Abwehrrechte». Se pone el acento en el status negativus de la libertad, frente y contra el Estado. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal; en la medida en que, como reza el artículo 4° de la Declaración de los Derechos y del Ciudadano: «la libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros; en consecuencia, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley". Delvecchio.

2. Teoría de los valores

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerra, para la cual, «los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... Este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales», "los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológícos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas" ... Rudolf Smend, Nicolai Harttman.

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores «material Wertethik»; «Wertentscheidung». En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad, que se va expresando en normas legales y sentencias.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales, dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad.

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados presuntos valores supremos objetivos a los valores minoritarios; pero, en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no termina integrándose, sino que «en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifica en que el valor destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor». Por ello, los derechos fundamentales en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales, lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales, a partir de la teoría institucional. Carl Schmitt.

3. Teoría institucional

Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social; de ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.

En tal sentido, se debe partir de entender que, para Hauriou, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que «los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos». Por eso, Schmitt trazó una divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, a fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, «la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional». Hauriou, Schmitt.

Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir, como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta, pero que encuentra en los conceptos jurídicos, diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional. En ese sentido, «el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores a los que esencialmente, hace referencia todo derecho fundamental». Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales, que justifiquen limitar los derechos fundamentales. El autor sustenta su posicionamiento en autores como Meter Häberle, López Pina, Müller.

4. Teoría democrática-funcional

"Se parte de concebir los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; de allí que «no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho». Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales, como elementos constitutivos y partícipatorios de la democracia estatal.

Teoría multifuncional. Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que

abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social del Derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales.

5. Teoría jurídico-social

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la norma programática sujeta a la reserva de ley o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia. Por ello, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social, que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes para el Estado, es que se puede hablar de derechos normativos sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica. El autor ha considerado las opiniones de Kelsen, Bandura y Cascajo Castro.

En esta perspectiva, subyacen dos cosas: «de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la implementación de la libertad en la realidad constitucional y, del otro, el procuramiento de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales» .

"En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida en que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva."

6. Teoría de la garantía procesal

La teoría, según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del «status activus processualís» planteado por Haberle. En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que

permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales, a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal".Häberle.

En consecuencia, «las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales, están vinculados con una amplía concepción del proceso» Helmut Goerlích.

TÍTULO VIII

Derechos Humanos

LIBRO DERECHOS Y DEBERES DE LA PERSONA HUMANA

Introducción

El 29 de mayo del corriente año, el Dr. Florentín Meléndez, destacado ius humanista salvadoreño, presentó su libro Derechos y Deberes de la Persona Humana, en la perspectiva de los Derechos Humanos, como una visión propia del problema de los derechos fundamentales, o Derechos Humanos Fundamentales, aunque en esencia estamos hablando de los mismos.Dependiendo de la vocación de cada quien, unos prefieren Derechos Humanos, otros preferimos Derechos Fundamentales.

El Dr. Meléndez me encomendó, honor que mucho agradezco, la presentación de su libro. Lo que a continuación escribo, es lo que entonces dije:

Distinguida concurrencia:

Deseo presentar mis agradecimientos al Dr. Florentín Meléndez, por haberme invitado a la presentación de su obra: "Los Derechos y Deberes de la persona humana"; mayor agradecimiento todavía por concederme el privilegio de presentarla a ustedes; una distinción y un honor que acepto agradecido; de manera especial, le agradezco y reconozco su entereza, pues en ningún momento me ha sugerido absolutamente nada de lo que deba decir esta noche; de tal manera, que mi discurso será en los términos y método, que algunos de ustedes ya conocen, excepto que ahora, por la naturaleza del evento, estaré muy vinculado al texto que para esta ocasión he preparado.

A) La tarea que el Dr. Meléndez ha emprendido, en materia de Derechos Humanos, es sumamente enaltecedora, pero muy difícil; primero porque esto es una cultura que tiene muchos componentes que deben ser estudiados con mucha devoción; segundo, en su parte normativa, es preciso conocer, en lo racionalmente posible, los instrumentos jurídicos relacionados con esta

materia; estudiarlos, entender y comprender su significado; especialmente comprometerse con su vigencia y divulgación en todos los niveles, requiriéndose no solamente conocimientos jurídicos clásicos, sino una elevada cultura por el carácter multidisciplinario de los derechos humanos, siempre en conflicto con el Estado y en general con los poderes legalmente constituidos, (municipio, autoridades administrativas, judiciales, policía, etc.,); siempre enfrentados con los poderes fácticos o centros de poder particular, con tanta influencia y con capacidad para agraviar a la persona humana.

B) El Dr. Meléndez es un experto en materia de derechos humanos y es un defensor permanente de los mismos, por medio de sus obras escritas; es además, un preceptor y maestro; la obra que ahora comentamos es un aporte a la cultura universal de los derechos humanos, aunque entre nosotros, puede ser el inicio de esa cultura y a la que algunos sectores todavía se oponen; esta parte me parece muy importante en los propósitos e intenciones del autor: diseminar la semilla de la verdad de los derechos humanos, insistiendo en el contexto de su libro, en la objetividad, en la universalidad y en la positividad .

No sabemos qué piensa el Dr. Meléndez del destino de la semilla que hoy entrega a la sociedad salvadoreña y de ésta, para el Estado; cuando uno escribe un libro, digo consultando mi propia experiencia, debe de ocurrirle, como al jardinero, como al agricultor, como al pintor o como al músico; hasta dónde llegará el producto de mi constancia, de mi perseverancia o de mi fantasía; en esta materia, la inquietud es mayor porque la semilla sólo tiene posibilidades, en un Estado donde no sea una medicina amarga.

C) Esta obra es más bien de carácter descriptivo y didáctica, no es una teoría de los derechos humanos; sacrifica, el autor, sus opiniones personales y su ilustrado criterio y ha dado paso a un desarrollo fluido de los conceptos. Su pretensión es presentar una visión universal del tema de los derechos humanos, su obra no está dirigida a una realidad concreta, aunque el solo enunciado de su temática despierta las más variadas opiniones, comentarios e interpretaciones, como que si hay la intención de que seamos los lectores los que hagamos nuestras propias críticas y especulaciones.

Una obra muy bien presentada, con bellas ilustraciones, con un estilo y lenguaje comprensibles y sencillos; concluye con una serie de ejercicios, que denotan el afán pragmático y las recomendaciones metodológicas para su enseñanza y aprendizaje, destacándose el sociograma, cuya eficacia he podido percibir, en instituciones jurídicas y educativas de Suecia y España.

En la medida de mis posibilidades, me voy a referir a los contenidos principales del trabajo del autor, destacando los conceptos e interpretaciones; con esas mismas

limitantes formularé algunos comentarios sobre los impactos y efectos, que me han producido los contenidos de su obra y cuáles son las condiciones nacionales que su trabajo encontrará en el país, según mis percepciones.

En la introducción de esta obra, el autor identifica el objetivo que se propone y nos dice : "Dar a conocer los aspectos básicos de esta materia, explicarlos de una manera sencilla, que los ciudadanos conozcan de un modo práctico el significado de estos derechos, cuáles son, cómo se protegen, reconocimiento de los mismos, beneficios, etc. Quiere decir que en esta obra, el objetivo es difundir el conocimiento de los derechos humanos, a todos sus destinatarios, es decir, a todas las personas; que traspase los límites estrictos de los círculos académicos, en que se conocen y se practican y que todos los salvadoreños sean sus beneficiarios, dado su carácter universal.

I. Concepto de Derechos Humanos

El autor identifica los derechos humanos con los valores sustentados en la dignidad humana y los considera como inherentes a la persona humana; al funcionar como facultades, se convierten en verdaderos derechos subjetivos. Aunque no está construido un concepto, que en sí mismo es una tarea muy complicada; de los componentes mencionados se puede intentar llegar a una concepción válida. Se destacan en este párrafo el valor, dignidad y el carácter de derecho subjetivo.

En la jurisprudencia alemana, la dignidad es el valor supremo, o el valor jurídico más importante del ordenamiento constitucional, o el fin supremo de todo derecho; si no son definiciones completas son aproximaciones acerca de lo que debe entenderse como dignidad humana desde la óptica jurídica, de hacer del hombre un mero instrumento del estado, y en este sentido, cobra presencia Enmanuel Kant, en el sentido de que el hombre debe considerarse a sí mismo, siempre como un fin y no como un medio.

En mi opinión, el autor nos está diciendo que los derechos humanos son aquellos derechos inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza y dignidad, y que se constituyen en verdaderos derechos subjetivos por lo que, en caso de violación, son tutelables y controlables. Con mucha precisión, Carl Schmitt, (Teoría de la Constitución) afirma que tales derechos corresponden a la amplia esfera de libertad de los individuos y que "esa esfera de libertad es ilimitada en principio y que el Estado tiene sobre ellos una injerencia limitada en principio, mensurable y controlable": Principio de Distribución.

El fundamento y principio rector de los derechos humanos son la dignidad humana, dice el autor. Pongamos esta perspectiva constitucional para tener un referente objetivo de la dignidad, como principio fundamental de los derechos humanos: Dice la Constitución que los principios, derechos y deberes, de esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio; sin embargo, no dijo cuáles

son esos principios, en otras constituciones, como la española, sí están definidos los principios que le sirven de marco filosófico; entre nosotros, hay que buscarlos o reconocerlos en el contexto.

Algunos están definidos como derechos o valores; pero además son verdaderos principios también, tales son la libertad, la igualdad, el pluralismo, la publicidad del derecho.

Pues bien, el autor del libro nos dice que los derechos humanos están vinculados a la idea de la dignidad humana; principio fundamental en el constitucionalismo moderno y que nuestra Constitución lo menciona en el preámbulo; en el art. 101, rememorando el art. respectivo de la Constitución de 1950 y ambas repitiendo el art. 151, de la Constitución de Weimar, dice que el orden económico debe responder esencialmente a los principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano; el art. 11 dice que se tiene derecho al hábeas corpus por restricción ilegal, también cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad e integridad de la persona. En este mismo fundamento, se asientan otros principios que han generado la promoción y vivencia de los derechos humanos, tales son la libertad, la igualdad, la tolerancia, la solidaridad, etc.

¿Qué es la dignidad humana? Peter Häberle, ilustre profesor de derecho público de la universidad de Baviera, Alemania, propone algunas ideas sobre el tema; (vid) el ensayo intitulado "La Dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", uno de sus tantos estudios, publicado en una recopilación bajo la responsabilidad de Dykinson, SL, denominada " Dignidad de la persona, derechos y justicia constitucional", (coordinación de Francisco Femández Segado, notable jurista español), haciendo un análisis de derecho constitucional comparado y de jurisprudencia constitucional. Häberle afirma que las constituciones europeas consideran que la dignidad humana es la base de todos los derechos.

Los documentos previos a la constitución de Baviera, Alemania, revelan algunos elementos claves sobre la dignidad humana. Dicen así: El hombre como persona es portador de los más altos valores morales y espirituales, personifica su propio valor intrínseco, que no se puede perder así como la pretensión de todo individuo en la comunidad; es indisponible, independiente, inviolable e intangible, en especial frente a las posibilidades políticas y jurídicas de intervención del Estado y de la sociedad; estos valores no los da el legislador constituyente, sino que está por encima y delimita la soberanía de éste. La idea de la dignidad se patentiza en los regímenes económicos (101 Cn. ES) laborales, penales, asistenciales, etc., llegándose al consenso de que la conducta humana fallida y comprometida con el derecho penal, (art.11) no puede ser motivo para violentar la dignidad de los procesados."

Ricardo Yepes, filósofo y antropólogo español, fallecido relativamente joven y con una inspiración marcadamente teológica al referirse a la dignidad humana, dice:

"La preocupación por la dignidad de la persona humana es hoy universal: las declaraciones de los Derechos Humanos la reconocen, y tratan de protegerla e implantar el respeto que merece a lo largo y ancho del mundo. Los errores que pueda haber en la formulación de esos derechos no invalidan la aspiración fundamental que contienen: el reconocimiento de una verdad palmaria, la de que todo ser humano es digno por sí mismo, y debe ser reconocido como tal. El ordenamiento jurídico y la organización económica, política y social deben garantizar ese reconocimiento."

"Cuanto más fijamos la mirada en la singular dignidad de la persona, más descubrimos el carácter irrepetible, incomunicable y subsistente de ese ser personal, un ser con nombre propio, dueño de una intimidad que sólo él conoce, capaz de crear, soñar y vivir una vida propia, un ser dotado del bien precioso de la libertad, de inteligencia, de capacidad de amar, de reír, de perdonar, de soñar y de crear una infinidad sorprendente de ciencias, artes, técnicas, símbolos y narraciones. Por eso, dignidad, en general y en el caso del hombre, es una palabra que significa valor intrínseco, no dependiente de factores externos. Algo es digno cuando es valioso de por sí, y no sólo ni principalmente por su utilidad para esto o para lo otro. Esa utilidad es algo que se le añade a lo que ya es. Lo digno, porque tiene valor, debe ser siempre respetado y bien tratado. En el caso del hombre su dignidad reside en el hecho de que es, no un qué, sino un quién, un ser único, insustituible, dotado de intimidad, de inteligencia, voluntad, libertad, capacidad de amar y de abrirse a los demás."

"La persona es un absoluto, en el sentido de algo único, irreductible a cualquier otra cosa. Mi yo no es intercambiable con nadie. Este carácter único de cada persona alude a esa profundidad creadora que es el núcleo de cada intimidad: es un "pequeño" absoluto. La palabra yo apunta a ese núcleo de carácter irrepetible: yo soy yo, y nadie más es la persona que yo soy. Nadie puede usurpar mi personalidad."

La otra gran tarea es la búsqueda de la verdad. Peter Häberle, en otro de sus trabajos, "El problema de la verdad en los textos jurídicos," nos dice que la gran tarea pendiente en el Estado, es la búsqueda de la verdad; los derechos humanos deben sustentarse en la verdad, no en las apariencias; describe Häberle, cómo las constituciones de los estados de la federación alemana, están insistiendo en el principio de la verdad.

La libertad, la igualdad, el derecho a la vida, a la salud, a un medio ambiente sano, tienen que estar sustentados en la verdad y orientarse a su búsqueda. Suponiendo, sin sostenerlo, que la sociedad salvadoreña tiene suficiente conocimiento de la libertad y de la igualdad, como presupuestos jurídicos para construir el estado de derecho, la gran tarea pendiente es identificar los nuevos presupuestos; ellos son la dignidad humana y la verdad; nuestra formación humanista, cristiana para muchos, nos impone ese deber, partir del postulado cristiano "Y conoceréis la verdad y la verdad os hará libres", ratificada después por Jesús, ante Pilato, a quien le dice: "he veni-

do a dar testimonio de la verdad". Pilato, preguntó qué es la verdad. Hans Kelsen, en su teoría de la justicia, afirma que si Jesús hubiera dado respuesta a la pregunta de su verdugo, hubiera dicho: "la verdad es la justicia".

El Estado de Derecho contemporáneo, entendido como estado constitucional, sin menoscabo del desarrollo de los valores jurídicos clásicos, proclama la necesidad de construir la sociedad sobre los fundamentos de la dignidad y de la verdad. El Estado de El Salvador algo ha dicho sobre la dignidad; sobre la verdad, no ha dicho nada; en tanto, la sociedad y algunas de sus agencias de comunicación y socialización, lo que alientan son el caos y la confusión, muy alejados de orientar a la búsqueda de la verdad.

Características (Pág. 15). El autor del libro proclama la universalidad de los derechos humanos; son derechos de la humanidad, son derechos de los seres humanos, inclusive desde antes de nacer y hasta después de morir; favorecen a todos y obligan a todos, ésta es la universalidad que proclama el Dr. Meléndez. Esto debe recordarnos la idea de Cicerón de que somos ciudadanos del mundo: "soy ciudadano del mundo y conmigo llevo mis pertenencias ... la sociedad de los pueblos une a todos los hombres en una sola familia" una declaración que corresponde al estoicismo como filosofía de vida en esa época y que debería seguir vigente. El autor destaca la necesidad de superar la idea prevaleciente de que estos derechos sólo tienen como sujeto de deberes al Estado, la realidad actual es otra, todos somos sujetos de deberes; mis derechos tienen como límites, los derechos de los otros.

Dice el autor que estos derechos se interrelacionan, y en efecto, no se trata de figuras o categorías aisladas; están vinculadas de tal manera que unos sirven a otros y el privilegio de unas resulta ofensivo para las otras; puede ser que la vida, la libertad y la igualdad resulten como categorías de mayor jerarquía, por los contenidos valorativos excepcionales que en sí mismas representan; el resto de los derechos tienen la misma jerarquía y en esto se distinguen de los valores, que son categorías deontológicas, que sí tienen jerarquía.

Del mismo modo los derechos humanos, no son categorías abstractas; el régimen de libertades que sustenta a los derechos humanos no debe entenderse como figuras declamativas. Así, no se puede proclamar libertades en abstracto o catálogos de ilusiones, para un pueblo atacado por la epidemia más grave: la miseria; de qué sirve la libertad de expresión, en un ambiente en el que priven la mendacidad y el sacrificio de la conciencia; la libre expresión como un medio para inducir y no para orientar, no para convencer sino para confundir, para crear el caos y el miedo, mientras nuestros principios cristianos, "nos alientan a que no se turbe nuestro corazón y no sienta miedo". (Juan XIV)

En efecto, el derecho a la vida requiere del derecho a la salud, a un medio ambiente sano, el derecho al agua, etc; la libertad supone los mínimos materiales para la

subsistencia; así como la pérdida de la libertad supone el debido proceso. Del mismo modo, el autor nos recuerda que estos derechos son irrenunciables e inalienables, no pueden menoscabarse por la renuncia ni por la enajenación, ambas posibilidades latentes, aunque inaceptables.

Estoy de acuerdo con el autor de esta obra y considero que los actos u omisiones de los sujetos de deberes u obligaciones, constituyen violaciones a los derechos humanos; por mi parte, agrego que tales violaciones alcanzarán altos o leves niveles de gravedad, según el Estado de que se trate, el que será mayor en los estados autocráticos que en los estados democráticos; en ciertas formas totalitarias, son tan graves que los gobiernos de esos estados son la negación y son adversarios de los derechos humanos. Dependerá también del grado de cultura constitucional que se tenga en un Estado.

¿Qué posibilidades tienen los derechos humanos en el Estado de El Salvador?

En otras palabras, ¿qué es lo que el autor de este libro propone? El autor considera que el compromiso con los derechos humanos, es tarea de todos, una eficaz cruzada nacional, incluyente, masiva, sostenida en el tiempo, y que luego dé paso a una política nacional de derechos humanos, una acción que requiere la acción estatal, con el liderazgo de sus propios gobernantes; eso es lo que al autor nos propone. ¿Es posible eso en El Salvador?

Si recurrimos al conocido símil de Karl Löewenstein, tendríamos que los estados con constituciones normativas se estarían aplicando a una realidad concreta que coincide con su propia Constitución, es un traje a la medida; puede ser que la Constitución no corresponda exactamente a esa realidad concreta, aún no, pero lo será en algún momento, son las constituciones nominativas; el traje aún no queda, pero en algún momento quedará; otras constituciones están totalmente distanciadas, hay un divorcio entre la Constitución y la realidad y del comportamiento del gobierno y de la sociedad, no se espera nada; el traje no queda, ni quedará bien. La Constitución, es decir el traje, es un disfraz. De acuerdo al símil, sólo en los primeros estados tendrían posibilidad de cumplirse los derechos humanos; pero quienes más lo necesitan no son ellos sino que los segundos y los terceros.

El autor no debe desalentarse por esta realidad, que todavía oprime o abraza a algunos países de nuestra América y algunos habiendo alcanzado niveles aceptables de respeto a los derechos humanos, ahora presentan marcados retrocesos en los mismos; algunas explicaciones sobre este fenómeno, se refieren al combate al terrorismo y a las pandillas. Este punto daría lugar a un debate fecundo, que lamentablemente no podemos abordar en este momento.

Las demandas contenidas en los derechos humanos, se cumplen en correspondencia al Estado de que se trata, a quien se le plantean esas demandas; los países

europeos responden de un modo; los países de América, de otro modo; el proceso en éstos todavía no tiene el suficiente impulso, pues la construcción del Estado de Derecho, apenas se inicia; en El Salvador, se advierten serios retrocesos. Sin estado de derecho, no hay derechos humanos; sin éstos no existe aquél. "Estado de derecho es aquel Estado en el que las autoridades y los individuos se rigen por el derecho y éste, incorpora los derechos y libertades fundamentales y es aplicado por instancias imparciales y accesibles que generan certidumbre." Volveré sobre este tema.

Peter Haberle afirma que el estado constitucional es la culminación de la evolución del estado de derecho, deberá combinar la constitución como norma y la constitución como cultura.

2. Clasificación de los derechos humanos. Siguiendo el esquema de nuestra Constitución, el autor nos habla de los (A) Pág. 16, derechos humanos civiles, identificándolos con los derechos individuales; son los llamados derechos de libertad, que suponen autonomía, autodeterminación. En esa amplia esfera de su libertad, el hombre puede hacer lo que quiera Y LO QUE LE PAREZCA OPORTUNO, SIN TENER QUE DEPENDER DE OTRO YA QUE NADIE PUEDE ser obligado a HACER LO QUE LA LEY NO MANDA NI A PRIVARSE DE LO QUE ELLA NO PROHÍBE.

Introduce los derechos políticos en la categoría de los derechos humanos, ¡y qué bien que así sea!, pues estos derechos están vinculados a la democracia, que es otro factor de vigencia de los derechos humanos, de tal manera que en tanto la democracia, no sea una realidad, es imposible hablar de derechos humanos; estuvieron reservados únicamente para los nacionales, a partir de cierta edad; la ciencia del derecho constitucional ha ido avanzando en esta idea, las migraciones fenómeno universal, han determinado que los estados reconozcan derechos de participación en algunos casos, a los ciudadanos extranjeros.

Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte de la amplia oferta de derechos que la sociedad moderna reclama. El orden económico debe orientarse a favorecer la existencia digna de la persona humana; pero no está consagrada como un derecho fundamental, vinculante a los poderes públicos, como derecho directamente aplicable, sino que aparece como una norma programática o ética; sin embargo, puede considerarse como un pequeño avance y como un mensaje directo a los responsables de la conducción temporal del Estado.

Uno de esos derechos es el derecho al agua, que se reivindica como un derecho fundamental. El acceso al agua es un derecho fundamental que vincula a los poderes del Estado, a título de derecho directamente aplicable (teniendo la Constitución eficacia normativa directa).

Relaciona los derechos sociales que, en algún momento, definieron lo que es el estado social de Derecho: salud, educación, alimentación, vivienda, trabajo, seguri-

dad social y cuya falta de cumplimiento nos denuncia como un estado que todavía no encara responsablemente la problemática social; no se puede ignorar que existen esfuerzos gubernamentales en una concepción asistencialista, por medio de subsidios y servicios sociales, que algún alivio dan a la población, así como la protección de los consumidores y acciones para controlar las prácticas monopólicas que, aun en pleno apogeo del liberalismo, quedaron prohibidas.

El autor destaca los derechos culturales, es decir, la necesidad de que los pueblos gocen y ejerzan ciertos derechos propios de su identidad, historia, costumbres, el arte, en todas sus manifestaciones, lo cual es muy importante, pues al final, el Estado, que no es creador de cultura, debe de tomar la responsabilidad de promoverla y protegerla.

3. Sujetos de los derechos humanos. Las personas, los grupos sociales, los pueblos. El autor señala que, además de los individuos y los grupos sociales, los pueblos también deben ser destinatarios de los derechos humanos, especialmente de aquéllos que sólo es posible desarrollarlos, si se dirigen agrandes núcleos de población, tal es el caso del medio ambiente, la biodiversidad, el derecho al desarrollo, el derecho al mínimo para la subsistencia. Los derechos humanos, dice el autor, no caben en los límites de su propia persona o grupos locales, sino que hay derechos como los del medio ambiente sano , biodiversidad, agua, desarrollo, que deben ser reclamados por los pueblos independientes de sus fronteras, o sea son los derechos humanos de la humanidad.

4. La positivación o codificación de los derechos. Todos los Estados adoptan su propio sistema de derechos humanos; en efecto, hay en la Constitución de cada uno de ellos, un catálogo de los mismos y que reciben el nombre de derechos fundamentales; de acuerdo a la práctica constitucional, los estados incorporan los tratados sobre derechos humanos como parte de sus constituciones y tienen rango constitucional; otros, los consideran por encima de sus constituciones; otros, a la par de las leyes secundarias, por lo que no constituyen parámetros de control, como es el caso de El Salvador.

5 y 6. En estos apartados, el autor enfatiza que los derechos humanos no son absolutos, destacando las nuevas categorías de derechos, especialmente aquellos derechos de solidaridad, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, a la solidaridad, el derecho al desarrollo.

El ejercicio de los derechos está limitado por el respeto al derecho a los otros; además pueden ser regulados mediante ley, que debe respetar su contenido esencial y también el caso de la suspensión de las garantías constitucionales, que es la única forma en que pueden suspenderse las garantías, no los derechos como tales.

El autor nos recuerda que estos derechos no se ejercen en forma arbitraria; lo derechos de los demás representan una limitante. No son permisiones para actos incontrolables; los límites estatales están consagrados en los mismos derechos: reunión, expresión, tránsito, suspensión de garantías.

7. Protección de los derechos. Estado de derecho. El autor exige la vigencia del Estado de derecho y la democracia para que los derechos sean efectivos. Me parece oportuno hacer un comentario especial sobre este punto.

¿Qué es el Estado de Derecho? No es fácil definir o conceptuar en forma precisa, si no tenemos los elementos previos para caracterizarlo. Si trazamos un círculo imaginario, o quien pueda dibujarlo, puede hacerlo; este círculo le llamaremos Estado de derecho. Haga un círculo mayor, de tal manera que el primero quede adentro. Divida este círculo exterior en tres partes: Al primero, le llamaremos imperio del derecho. Al segundo, derechos fundamentales o derechos humanos. Al tercero, sistema de protección y control de los derechos; éstos serían los componentes del Estado de Derecho.

Los ejes del Estado de Derecho. Trazar dos líneas: Una horizontal y otra vertical; unirla por el vértice; la línea horizontal se refiere a la relación de los ciudadanos y la seguridad. La línea vertical se refiere a la relación del Estado con los ciudadanos y los derechos fundamentales; eleve al infinito una diagonal. El comportamiento del Estado se mide por su avance en ambas líneas, sin perjuicio de uno por el otro; en la parte más alta de la diagonal, estarían algunos países europeos: Suiza, Suecia, etc.; muy cerca del vértice estarían algunos países africanos; entre esos extremos podría ubicarse El Salvador; qué tan cerca del vértice, qué tan cerca de Suiza o Suecia.

El imperio indica que no es cualquier derecho, sería el derecho intrínsicamente justo y formalmente válido; la norma ampliamente discutida, debidamente publicada y sobre todo, promulgada en el marco de la Constitución el derecho legitimado; la leyenda negra de la legislación salvadoreña, no cabe en estos presupuestos; el segundo se refiere a la existencia, vigencia y respeto de los derechos humanos; el tercero hace referencia a la posibilidad de que estos derechos sean categorías protegibles.

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.

Quiere decir que, para la existencia del estado de derecho, se requieren estos tres componentes en función coordinada; pero no tenemos la seguridad de, que las instancias nuestras funcionen para que los derechos fundamentales estén protegidos. Para el caso, la PNC debe realizar su labor con respeto a los derechos humanos; la responsabilidad de este cumplimiento corresponde al presidente de la república; la vigilancia y supervisión de la vigencia de estos derechos corresponde al señor procurador para la defensa de los derechos humanos; el control constitucional correspondería al sistema judicial, cuya actuación merece un comentario que, en este momento, no es posible hacerlo (vid. Anuario Iberoamericano No.11)

El autor nos habla de que otro factor de eficacia de los derechos humanos es el Estado democrático; tiene que ver ya con los procesos y avances políticos que los salvadoreños hemos alcanzado. En la medida que el sistema democrático funciona en un Estado y existe además una cultura democrática, cuando se ha superado la relación amigo-enemigo, cuando hay un sistema electoral confiable, etc. las posibilidades de los derechos humanos son mayores, porque también la antinomia, parte orgánica-derechos humanos, desaparece o se reduce significativamente gobierno-ciudadano.

He destacado la importancia del estado de derecho y la necesidad de un mecanismo válido y eficaz de control, por el hecho de que el ciudadano frente al Estado, tiene un derecho fundamental: el derecho a la supremacía constitucional, (Allan Brewer Carías, profesor de la Universidad Central de Venezuela.), o sea que yo ciudadano, estoy bajo la tutela del poder constituyente; si el poder público violenta la Constitución, tengo el derecho de que las cosas vuelvan como estaban al principio y para ello, puedo demandar la inconstitucionalidad de la ley o el amparo contra la misma o contra los funcionarios estatales.

Quiero referirme a la situación nacional, en este año que la Constitución cumple veinticinco años de haber sido promulgada. La Constitución se dio en tiempo de guerra, por lo que el período del presidente Duarte se caracterizó por eso, por tratar de realizar los mandatos constitucionales, en medio de la guerra misma; en el siguiente período, correspondiente al presidente Cristiani, se dio un impulso significativo a la democracia y a la constitucionalidad; además de los Acuerdos de Paz, se introdujeron importantes reformas a la Constitución en sistema electoral, fuerza armada, sistema judicial y derechos humanos.

En el siguiente período se intentó consolidar las instituciones jurídicas, especialmente la Sala de lo Constitucional; en el período del presidente Flores, se advirtió un rompimiento en el proceso de concertación nacional y de vigencia del estado de derecho, quedando como una lesión social de vastos alcances, la ley de integración monetaria que dio paso a la dolarización.

En este último período, lamentablemente tenemos que hay en los últimos cuatro años, una constante de violaciones constitucionales, rebasando sus prescripciones, ya sea por la necesidad de resolver problemas de seguridad o problemas económicos. O sea que, para fines probablemente deseables o lícitos, se han empleado medios reprobables por ser inconstitucionales, tales han sido los casos de la Ley contra el crimen organizado (15-131. 31 y 133.3); la idea del juez especial es contraria al juez natural; es atentatorio a la dignidad de que venimos hablando, el que unos sujetos sean juzgados por jueces de distinto origen; además, se rompe el principio de igualdad; eso es una cosa , la otra es que tal jurisdicción no fue propuesta o promovida por la CSJ. En tal sentido, esa jurisdicción es administrativa; no está dentro de la potestad de juzgar que corresponde al órgano judicial.

¡El riesgo es que mañana podrán venir otros jueces administrativos!

El otro caso es el de la creación de los fideicomisos. (arts. 148 y art. 85: pluralismo). El tema tiene relevancia en el sentido de que, al no hacer la voluntad constituyente, se reforma la Constitución mediante las llamadas mutaciones constitucionales; es un atentado a la democracia, es ignorar que las oposiciones no se destruyen, sino que al contrario, se construyen.

Destaco lo anterior, para que el autor que conoce muy bien estas situaciones, siga teniendo presente que el terreno donde él quiere cultivar es un erial donde la siembra de la semilla, ya es una forma de mejorarlo y de hacerlo productivo.

En un escueto, pero firme estudio de la democracia, de mucho interés, el autor, en la pág. 39, propone una serie de elementos para tener aproximaciones acerca de lo que es la democracia, tales como la forma de gobierno, el sistema de elecciones, la tolerancia ideológica, el pluralismo político, los controles legales, todos ellos necesarios en un estado democrático; precisamente, lo que hemos visto en el caso de los fideicomisos es un ejemplo de lo que no es la democracia.

Los deberes humanos. Inspirado en la declaración de los derechos y deberes del hombre, el Código de principios o normas de ética social y especial aparece el principio cristiano de que no hagas a otro lo que no quisiereis que te fuese hecho, destacando los deberes que tenemos para con nuestra familia, con nuestra comunidad, los deberes laborales para con los demás y los deberes para con la humanidad.

TÍTULO IX

Garantía de los Derechos Fundamentales

I. Instrumentos y mecanismos de garantía

Introducción

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 término absoluto 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.

Entre las garantías constitucionales tenemos las siguientes:

1.1. Garantías relacionadas con el desarrollo normativo de los derechos fundamentales

Doctrina aplicable a la Constitución española.

Los derechos fundamentales tienen reserva de ley en su desarrollo (art. 53.1 CE). Es más, hay unos derechos fundamentales que tienen reserva de LO (los que van del 15 al 29 CE) y relacionado con esto nos encontramos con prohibiciones que afectan al decreto-ley y al decreto legislativo. Lo que afecta del art. 15 al 29 de la Constitución no puede ser delegado. El gobierno no puede desarrollar los derechos fundamentales, sólo el legislador. Para estas garantías normativas, tendríamos que hacer referencia al procedimiento de reforma constitucional.

En segundo lugar, la CE establece limitaciones a la suspensión, la cual tiene un procedimiento. La suspensión está sometida a unas limitaciones procesales, hay unos requisitos, siempre ha de intervenir el Congreso de los diputados, el gobierno. Pero también tiene limitaciones materiales porque no se puede suspender toda la Constitución; sólo pueden ser suspendidos un número máximo de derechos fundamentales (art. 55 CE).

Y, en relación con la limitación, hay un sistema de control en el momento de votarla y controles a posteriori, que no sólo son políticos sino también jurisdiccionales, que provoca que a los poderes públicos se les pueda exigir responsabilidades.

En tercer lugar, la existencia de instituciones no judiciales de garantía. Y aquí se sitúa, en primer lugar, el defensor del pueblo e instituciones similares de las CCAA, que son órganos no judiciales de garantía. Y también se sitúa aquí el Ministerio Fiscal cuya función es promover la acción de la justicia en defensa de los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, llegamos a las garantías jurisdiccionales que son las verdaderas garantías. El sistema español de garantías jurisdiccionales actúa sobre tres pilares: sobre el poder judicial (que es el guardián natural de las libertades), el TC (a través de todos sus procedimientos; ahora bien, existe un procedimiento específico para garantizar los derechos fundamentales: es el recurso de amparo constitucional), y el

tercer nivel de protección es el TEDH. El constituyente español ha sido extraordinariamente sensible a la garantía internacional de los derechos fundamentales, cualquier derecho fundamental que se encuentre protegido por el Convenio Europeo de derechos humanos, cualquier ciudadano, agotadas las vías judiciales en España, puede acudir ante el TEDH y ahí se cierra el sistema de garantías jurisdiccionales.

Conclusión: podemos afirmar que formalmente el sistema es ciertamente un sistema que, visto desde el derecho comparado, se puede definir como completo, riguroso y de articulación plural.[96]

1.2. 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 aquéllas 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 los 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

96 www.patatabrava.com/apunts. Documentos Constitucionales, tomado de la Pág. Web, Cn. Wikileaming

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.

1.3. Mecanismos institucionales

1.3.1.-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; mas 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.

1.3.2. 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; sería bueno entrar en un proceso de evaluación y respaldar esta instancia, que no tiene por qué verse como un adversario más del gobierno, especialmente si estos presumen de democráticos y defensores de los derechos fundamentales.

2. Jurisdicción supranacional

Mención especial merecería si El Salvador, como ya ocurre en otros países, reconoce la jurisdicción supranacional para discutir las violaciones a los derechos humanos. Se trataría del caso de que un ciudadano salvadoreño o extranjero, no encontrara en la jurisdicción salvadoreña ya sea acceso a la jurisdicción o la protección que busca por la violación de sus derechos, los que la jurisdicción constitucional le otorga en el país.

Sobre este aspecto parece que la solución afirmativa se impone por el hecho de que El Salvador en el año de 1995, reconoció a la Corte Internacional de Derechos Humanos como instancia válida, para resolver estos conflictos (Art. 53 sigs.); sin embargo, la problemática se vuelve más compleja si un fallo de Corte Suprema de Justicia o de Sala de lo Constitucional, puede ser dejada sin efecto por la Corte lnteramericana, y si eso violentaría el orden constitucional (Art. 63 C.I.D.H.).

Debo agregar que El Salvador no ha ratificado la Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados, de tal manera que podría oponerse el derecho interno a la normativa internacional, si esta contraría la Constitución del país. Nosotros no tenemos la aceptación de organismos supranacionales que, de modo expreso, aborden el problema como ocurre con la Constitución hondureña que, en su Art. 16, establece que Honduras "reconoce como de ineludible y obligatorio cumplimiento las sentencias pronunciadas por tribunales internacionales".

Según Néstor Sagüez, Argentina ha dado a la problemática diferentes interpretaciones, como es 1°.) la de considerar dos derechos diferentes, 2°.) El de la no compulsión y 3°.) el del no cumplimiento, el que, desde luego, es el más ilegítimo de todos. Los derechos fundamentales no lo son sólo en cuanto constituyen condiciones indispensables para el desarrollo de la persona humana, sino que también en cuanto son parte esencial del orden político y de la paz social.

Pérez Luño, en su obra "Los Derechos Fundamentales", afirma que el constitucionalismo moderno no sería lo que es sin los derechos fundamentales.[97]

Ambos y el sistema económico, definen lo que es el Estado. Estas normas determinan el modelo constitucional, forma de estado y sistema económico. En ese

97 Antonio E. Pérez Luño. Los Derechos Fundamentales. Tecnos. Madrid. 3ª. edición.

apartado hemos señalado la correspondencia que hay entre Estado de Derecho y Derechos Fundamentales y viceversa y ambos conceptos son inescindibles.

A estos elementos, agrega Pérez Luño, (pág.25) "el sistema económico, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales; no se quiere anular los derechos de libertad, sino garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exige conjugar lo individual y lo colectivo; estos derechos se integran a la categoría de fundamentales."[98]

Los derechos fundamentales representan el acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, para el logro de metas comunes, es decir, que tienen una dimensión axiológica, en el sentido de que representan los valores que una sociedad tiene en un determinado momento y que le imprimen su propia personalidad nacional y su carácter como pueblo políticamente considerado. Los valores constituyen la filosofía del derecho positivo, del derecho fundamental; algo así como la positivación de los derechos humanos.

Inicialmente los derechos fundamentales tienen como sujeto de deberes al Estado "son instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado"; ahora también son oponibles a otros particulares como tanto poder, algunos, como el estado. Estamos frente al caso de un estado que libera y de una sociedad que oprime.

3. Justicia y jurisdicción constitucional en El Salvador

La Jurisdicción Constitucional en El Salvador, publicado en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 11, (2007), Págs. 339 y sigs. Publicación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

A) La potestad jurisdiccional

El art. 172 Cn., habla de potestad de juzgar y hacer lo juzgado, lo que está indicando que se trata de una función soberana, que no puede ser compartida, mediatizada o sustituida y que, de este modo, el poder judicial tiene que ser independiente de las otras estructuras de poder. Sólo por habérsele asignado como potestad soberana es que se puede asegurar la independencia judicial, lo que es muy importante por la tendencia en las dictaduras por considerar el poder judicial, como el departamento jurídico del Estado.

La realidad de esta doctrina constitucional empieza a concretarse, a partir de las reformas constitucionales de 1991, como consecuencia de los Acuerdos de Paz, realidad que no sólo puede verse de este órgano en relación a los otros, sino en todos los

98 Ibíd.

tribunales de la República y la máxima jerarquía que es la Corte Suprema de Justicia.

Es cierto que debe haber mucho compromiso, para el mejoramiento del sistema judicial, que todavía no genera la confianza que los ciudadanos deben de tener para que sus derechos estén debidamente garantizados; es preciso que las denuncias de corrupción sean investigadas y, en su caso, castigadas; toda forma de poder tiende a la corrupción; en el sistema público, es un insulto para el Estado y para el ciudadano; sin embargo, en el sistema judicial toda forma de corrupción, además de ser un delito, es una lesión o daño moral, que deprime y degrada la conciencia colectiva.

Si a lo anterior se agrega la queja sobre tráfico de influencias, lentitud en los procesos, compromisos adquiridos, etc., impiden que el sistema judicial sea garante de justicia, seguridad jurídica, imparcialidad, independencia y demás valores que, por ahora, no han mejorado sustancialmente para beneficio de la sociedad salvadoreña. También permanece la idea de que la Sala de lo Constitucional violenta el derecho de acceso a la jurisdiccional hacer uso inmoderado e indebido de la improcedencia ***"in límini litis."***

Breves apuntes históricos

El constitucionalísmo salvadoreño registra, en materia de jurisdicción constitucional, cuatro grandes momentos a saber:

A.1.En la Constitución de 1841, (art. 83) aparece la garantía del «hábeas corpus» con la misma finalidad con que se creó originalmente en otras legislaciones, conservándose hasta el momento, con importantes innovaciones como veremos más adelante.

A.2. El recurso de amparo que aparece en la Constitución liberal de 1886 (art. 37), que servía al ciudadano para reclamar el respeto a sus derechos constitucionales. Esta Constitución se nutre de todas las ideas individualistas y liberales de la época y proclama que El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores (ius naturalis) al derecho positivo.

A.3. En la Constitución de 1950, destacada por reconocer, además, un régimen de derechos sociales, propio de un Estado Social de Derecho, en el campo económico y laboral, conocido como Estado Bienestar, o sea el Constitucionalismo Social, actualmente sustituido por el modelo neoliberal que privilegia el "libre" mercado, el Estado mínimo, las privatizaciones, etc., un sistema que, agregado a la dolarización, perjudica a la población más vulnerable, económicamente considerada; pues bien, esta Constitución introduce el recurso de inconstitucionalidad, por el cual todo ciudadano puede pedir que así se declare, toda ley o decreto contrarios a la Constitución.

A.4. La Constitución de 1983 que crea la Sala de lo Constitucional, como Tribunal de esa materia, ejerciendo esa jurisdicción, pero como una Sala de la Suprema de Justicia.

Tenemos una Justicia Constitucional en desarrollo conforme lo permite el avance del sistema democrático de El Salvador, pero también dando nuestro aporte a veces en contra de las resistencias que todavía existen en contra de ese proceso, asumiendo los riesgos que eso significa. La Justicia Constitucional no es privativa de la Sala de lo Constitucional, todos los tribunales están llamados a velar porque se administre y se cumpla; pero, en términos de Jurisdicción Constitucional, hago esa reserva para la Sala respectiva, que conoce y resuelve mediante procedimientos propios, casos específicos de Justicia Constitucional.

A.5. Función jurisdiccional

La configuración constitucional del Poder Judicial

La responsabilidad de impartir justicia conforme a la Constitución y a las leyes, es la función propia del poder Judicial.

Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de o contencioso administrativo, así como las otras que determine la ley (art. 172 Cn.). Cuando dice la potestad de juzgar, se refiere a la potestad o poder soberano, en el marco de la separación de poderes.

La razón de esta confirmación constitucional, en cuanto al poder jurisdiccional, es por la tendencia que hay en los países latinoamericanos de considerar que este poder es débil, y que se encuentra en relación de dependencia de los otros dos.

Hasta antes de los Acuerdos de Paz, en El Salvador, esta relación de dependencia era más que obvia, no solamente de los otros dos poderes, sino de cuanta estructura de poder estuviera organizada en el país: militares, empresarios, capitalistas, hacendados, finqueros, etc. se daban el lujo de ordenarle al sistema judicial, qué y cómo hacer la justicia, para ello contaban con un poder judicial obediente, ignorante, sumiso, complaciente y con la disposición para cumplir con lo ordenado. La reforma constitucional de 1991, introduce algunos cambios que podrían estar generando algunas posibilidades de transformación en este órgano del Estado.

Tanto la independencia económica, con el seis por ciento de los ingresos corrientes del Estado, como la toma de conciencia para construir la independencia judicial, la libre expresión de los jueces, la capacitación judicial, la aplicación de la carrera judicial, etc., son pasos iniciales en la ruta del cambio estratégico y esencial de la justicia, pero debo advertir que lo hecho o logrado no corresponde todavía a lo necesario, menos a lo suficiente.

No se puede afirmar aún que la justicia en El Salvador, es el soporte básico para la convivencia social armoniosa, para el imperio de la constitucionalidad, para garantizar el acceso a la jurisdicción, como garantía del debido proceso, y en general,

del cumplimiento de los derechos fundamentales, presupuestos para una sociedad equitativa, participativa y democrática. Afirmar todo eso, sería presentar una ilusión que no corresponde a la objetividad.

Todavía debe hacerse mucho para considerar que la jurisdicción constitucional es el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales, aun cuando esté integrada por organismos especializados e independientes e imparciales; tengo reservas de que así lo sea en El Salvador, no hago afirmaciones de los otros países hermanos y serán sus representantes, quienes podrán comentar sobre el tema.

El recurso de inconstitucionalidad de las leyes, permite la acción ciudadana, una de las últimas expresiones de la soberanía popular, al tener los ciudadanos acción para pedir que las leyes inconstitucionales sean expulsadas del sistema; en algunos estados, existen tribunales constitucionales, independientes del sistema judicial ordinarios, otros, como el nuestro, mantienen una Sala de lo constitucional, dentro de la estructura de la Corte Suprema de Justicia.

B) Doctrina aplicable a la Jurisdicción Constitucional

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, tal como se ha dicho, podría ser calificado como un sistema mixto que es la tendencia mayoritaria en América Latina.

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, ensayando una distinción entre el contenido de la Constitución, estructura orgánica más derechos fundamentales (supremacía) y la garantía jurídica de esa estructura (supralegalidad) que se evidencia en un procedimiento agravado para su reforma, en tal sentido. Dice don Manuel:

«La Constitución tiene supremacía política y supremacía legal; es decir que tiene supremacía que significa la cualidad política de toda Constitución. Son reglas fundamentales, esenciales, para la perpetuación de la forma política y supra legalidad; es la garantía jurídica de la primera». (págs. 98 y 99).[99]

99 Manuel Aragón Reyes. Estudios de derecho constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.

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 (86,87) al menos preferible... La garantía jurídica de ese orden es la supralegalidad».[100]

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: «La Constitución no es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios o está equiparada a los actos legislativos ordinarios y, al igual que otras leyes, es alterable a discreción de la legislatura.**[101]**

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que, por su propia naturaleza, es ilimitado»**[102]**

«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».**[103]**

«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

100 lbíd.

101 lbíd.

102 lbíd. y Manuel García Pelayo. Derecho Constitucional Comparado. Alianza Universidad. Textos. Madrid. 1992.

103 lbíd.- vid. Manuel García Pelayo. Obra citada. Pág. 422 citando a juez Marshall.

obligados a preferir dicha Constitución, leyes y tratados, sobre las constituciones y leyes de sus respectivo Estados", surgió el principio de la "judicial review", que consiste en la inaplicación de esas leyes cuando se consideran contrarias a la Carta Federal».[104]

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.

Esta disposición ha sufrido una interpretación ambigua por el legistador, de tal manera que los jueces deben informar a la Sala de lo Constitucional sobre los casos en que inapliquen; esta interpretación se ha hecho mediante reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales y hasta ahora no ha merecido un análisis de sus alcances. (D.L. No. 45 de la Asamblea Legislativa, de seis de julio de 2006).

C) Estructura orgánica de la Jurisdicción Constitucional

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 los 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

104 Héctor Fix Zamudio. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Sociales. Madrid.

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.

D) Estructura y organización de la Sala de lo Constitucional

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.

Conscientes o no, los presidentes que he visto actuar hacen una de éstas dos cosas:

1) asumen y concentran el poder total, lo que los convierte en dictadores del Órgano Judicial, o, 2) 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 esto 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, (proyecto a consideración de la Asamblea Legislativa, abril de 2005) 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.

E) 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 en 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.

F) ¿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, la 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».[105]

105 Eduardo García de Enterría. La Constitución y El Tribunal Constitucional. Civitas. Madrid.

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»[106]

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 determinaran la constitucionalidad de las leyes; pero no se adopta el modelo kelseniano del legislador negativo, que declara la inconstitucionalidad ex nunc; nunca ex tune, 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.

G) Control concentrado o control difuso

La Constitución puede autorizar 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 concor-

106 Ibíd.

dancia 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 expulse del ordenamiento jurídico; es lo que se conoce como control concentrado de constitucionalidad; actuando el tribunal como legislador negativo, 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.

H) La independencia y la imparcialidad

Además de la transformación que se produce con los Acuerdos de Paz, en el orden de los compromisos de los ciudadanos que, a partir de entonces, se incorporaron al sistema judicial, se ha requerido de otros apoyos para crear la conciencia y la necesidad de lo importante que es la independencia judicial. En ese sentido, puede afirmarse categóricamente:

1. La independencia judicial, en El Salvador, ha sido posible por el hecho de que constitucionalmente el sistema judicial, recibe, para no tener que doblegarse ante los otros órganos del Estado, el seis por ciento de los ingresos corrientes. No puede recibir menos.

2. Existe una Ley de la Carrera Judicial, que asegura a los jueces las condiciones para una vida digna, especialmente asegurándoles un salario justo y otras prestaciones, además de un sistema escalafonario de promociones y ascensos de jueces y magistrados

3. Los nombramientos de jueces y magistrados se hacen mediante la intervención de un organismo independiente; el Consejo Nacional de la Judicatura, que tiene por funciones principales la capacitación judicial, la evaluación de los jueces y la selección de los mismos para ser propuestos a la Corte Suprema de Justicia; todavía se resiente la falta de coordinación entre ambas instituciones, en las que se ha visto, lamentablemente, una lucha cerrada por cuotas de poder, que no ha hecho posible obtener los mejores rendimientos de las instituciones.

4. La Constitución establece, en su artículo 186, que la Ley debe asegurar a los jueces que puedan ejercer sus funciones con toda libertad y sin influencia alguna de los asuntos que conocen. También esto pasa todavía por una etapa crítica, que debe ser superada para lograr el desarrollo del sistema judicial.

I) El Consejo Nacional de la Judicatura

El art. 187 establece que esta institución es independiente de los otros órganos y de la Corte Suprema de Justicia, para que pueda desempeñar una triple función de máxima importancia, como es la capacitación, evaluación y selección de los jueces que ingresarán a la planta judicial o que serán promovidos para hacer efectiva la Carrera Judicial. Le corresponde la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, cuyo objeto es el mejoramiento en la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales. Estas funciones tan importantes que corresponden a este organismo, estarían esperando una actitud más positiva y más técnica, pero hasta ahora se ha visto una disputa dañina con la Corte Suprema de Justicia, por controlar la Carrera Judicial, que no ha permitido el crecimiento de este Consejo.

4. EL PROCESO DEMOCRÁTICO Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es posible separar la protección de los derechos fundamentales, de los cambios que se han venido produciendo en los países iberoamericanos en el último cuarto de siglo, cambios que se han impulsado como parte de los procesos de democratización que, a su vez, se producen por causas históricas, políticas, económicas, sociales, etc.

Cada país tiene en esto su propia historia y su propio drama. Nada de lo que los sistemas constitucionales reconocen ha sido otorgado o dado gratuitamente. Lo que ahora abordamos académicamente, ha sido escrito en la lucha diaria de los pueblos, con enormes cuotas de sangre, de lágrimas y de muertos; el mejor homenaje que podemos hacer a sus protagonistas, es ofrecer nuestro aporte jurídico, para su perfeccionamiento y realizaciones.

Creer que la tarea está completa o que no está en peligro, sería un grave error; primero debemos reconocer que grandes segmentos de la población, no tienen acceso a la Jurisdicción, especialmente aquella población que, por su situación económica y social, son mas vulnerables; es oportuno recordar que los llamados «derechos sociales» todavía son programas tibios de los gobiernos y que sólo las acciones reivindicativas de las masas laborales, pueden rescatar algunas prestaciones sociales y económicas.

En cuanto a los derechos individuales, en los que la obligación del Estado consiste en un deber de abstención, hay todavía resistencias no sólo de las autoridades, sino también de grupos de poder que, con sus acciones u omisiones, pueden ser tan perjudiciales como los remanentes de los modelos autocráticos que aún se conservan. Frente a esto, la justicia constitucional aún carece de proyectos firmes, coherentes y además consecuentes y comprometidos.

Muchas acciones de tutela introducidas e impulsadas en la jurisdicción constitucional, no prosperan por falta de asistencia letrada gratuita, o por una legislación atrasada y sin aperturas o bien por el exagerado formalismo que todavía

impregna a los operadores del sistema. Esto es muy atentatorio para la paz social, pues la marginación puede orientar a los habitantes a reclamaciones violentas, en las que el derecho pierde prestigio y credibilidad, o bien que —como parece está ocurriendo en algunos países— las instituciones ortodoxas entren en un proceso de deslegitimación y encuentren que un regreso al autoritarismo populista, puede ser el cauce obligado de una presión social desbordada, que no encontró respuesta en los esquemas formales de la democracia representativa.

5. DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En el libro «Justicia para una sociedad nueva», publicado por la Corte Suprema de Justicia, se expone cómo la democracia y la justicia, se desarrollarían a partir de 1994, año en que surge la nueva Corte Suprema de Justicia, producto de los Acuerdos de Paz de 1992; los siguientes pasajes del preámbulo de dicho libro, recogen esas ideas:

«El modelo agro-exportador de tipo dependiente, como lo define Marcos Kaplan, entra en crisis, no de un modo espontáneo, sino debido a la interacción de distintas fuerzas sociales que se enfrentan a los poderes constituidos, y que vienen conformando un nuevo estamento de poder, estructurándose como un nuevo factor real de poder"[107]

Estas distintas fuerzas sociales tienen un elemento común: su marginación económica, política, social y cultural, produciéndose así una agudización de las contradicciones sociales, al no darse el cambio que había previsto el estado burgués, al introducir los correctivos económicos y sociales que supone el estado social de derecho, que vino caracterizando al Estado burgués a partir del Manifiesto Comunista, la conformación de la Social Democracia y la nueva Doctrina Social de la Iglesia».

«El Estado liberal que se había limitado a salvaguardar las relaciones de propiedad y las relaciones recíprocas entre los agentes económicos, se vio precisado, exigido, frente al problema político que le generaba la masa proletaria urbana, a introducir cambios que la estabilidad del sistema demandaba». Estas medidas de coexistencia fueron ignoradas en América Latina y en tal circunstancia es que debe examinarse y aplicarse la realidad del conflicto y su situación actual."

La crisis de que hablamos es la crisis como trance determinativo, no es un juicio de valor, sino que es una etapa a la que la dinámica social empuja a los modelos prevalecientes; en el presente caso, entendemos que la crisis es un suceso histórico que hace posible el cambio.

De 1979 hasta llegar a los Acuerdos de Paz, se agudizan las contradicciones sociales, que se manifiestan en una serie de sucesos que tienen matizaciones de carácter

107 En el libro «Justicia para una sociedad nueva», publicado por la Corte Suprema de Justicia autores Méndez-Solano.

económico, político, cultural, militar, etc. La situación del país se vuelve muy violenta, la desobediencia social es un hecho, la rebelión se advierte, un modelo contrainsurgente se mantiene a base de muchos costos. El único resultado previsible era el caos total; sin embargo, hay todavía espacio para las salidas racionales y la sensatez se impone en ambas partes, produciéndose el proceso de diálogo y negociación que culmina con los Acuerdos de Paz, que luego en algunas de sus partes, dejará establecido el lugar para los cambios que se producirán en el Sistema Judicial y que será analizado en el marco de este ensayo en los límites de los contenidos y la naturaleza del mismo.

Entre otras cosas, los Acuerdos han venido conformando una nueva cultura jurídico constitucional, que tiene su mejor expresión en el proceso de reformas constitucionales, y en ellas, las reformas que tienen que ver con el sistema judicial, además de haber creado el hábito o uso, de instrumentar la figura del Constituyente Permanente, poder de reforma, consagrado en el art. 248, Cn. por medio del cual, se puede reformar la Constitución, sin derogarla y sin recurrir a las vías de hecho que caracterizaron las reformas constitucionales durante toda la historia de vida independiente. «El momento actual nos está exigiendo una disposición sostenida para ensayar una agenda de contenidos específicos, en un intento de cambiar lo ilusorio y abstracto, por medidas de mayor pragmatismo que se adapten a las necesidades del momento.

Es una agenda que representa muchos desafíos y que nos impulsa a acciones poco usuales. Después de dos años de tanteos, en que hasta cierto punto pudimos caer en momentos de desgaste, hemos tenido la prudencia de actuar con alguna mesura en la introducción de los cambios que el Órgano Judicial requiere; pero tal actitud no debe ser interpretada como inercia frente al cambio, del que muy frecuentemente se acusa a la justicia».

En atención a lo anteriormente expuesto, podemos formularnos estos cuestionamientos:

1. ¿Podemos resolver el problema de la lentitud, la corrupción y el favoritismo?
2. ¿Puede desarrollarse la Justicia Constitucional para proteger los derechos humanos y el Estado de derecho?
3. ¿Podremos colocar adecuadamente al sistema Judicial en el contexto de la globalización jurídica y procesal constitucional?
4. ¿Podrá la justicia salvadoreña tomar un papel protagónico, que sustituya al liderazgo que aceleradamente pierden los dirigentes de los otros poderes del Estado y en general, los liderazgos sociales de la nación?
5. ¿Por el contrario, permanecerá el Órgano Judicial sometido a las formas autoritarias que aún se mantienen en algunos niveles del Estado?.[108]

108 Ibíd.

6. ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Estado de Derecho es una versión del Estado moderno, ya que se inserta en sus presupuestos orgánicos; sin embargo, su compromiso con la libertad del hombre, le ha permitido alcanzar un perfil propio en lo político y jurídico. Por lo menos, tres revoluciones fueron necesarias para que se transformara el Estado; ha surgido una nueva clase social: la burguesía; una nueva concepción del derecho; el ius naturalismo, reivindica la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado.

La revolución estampó un principio capital en materia de derechos humanos. El art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 que dice: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes carece de Constitución», lo que expresado en términos jurídicos y políticos, significa que tal sociedad no constituye Estado de Derecho. En consecuencia, esta concepción del Estado tiene como presupuesto los derechos humanos y como mecanismo para su garantía real, la separación de poderes.

Supone el ascenso o toma del poder de una clase social: la burguesía, el triunfo de ésta sobre el poder omnímodo de los reyes; se origina en Inglaterra, con el «*Agreement of the people*», entre, otros; luego en Francia, cuyo lema «no hay más autoridad que la ley», y con la independencia de los Estados Unidos de América, que busca un «gobierno de leyes más que de hombres». Significa que frente al estado burocrático, autoritario, absolutista, se erige un estado respetuoso de la ley, garante de la libertad, del despliegue vital de cada quien en el marco de un orden jurídico.

Un estado concebido de este modo tiene en su base, el principio de legalidad como expresión de la voluntad general y la separación de poderes en el sentido de equilibrio de éstos, evitando los intentos desmesurados de un poder ante el otro, impidiéndose las determinaciones arbitrarias (Montesquieu).

«En el Libro XI del Espíritu de las Leyes, Montesquieu ha dicho que «el peor enemigo de la libertad es el poder y nos ha enseñado una experiencia eterna de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él». «En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. Se llama a este último poder judicial y al otro, poder ejecutivo del Estado... Cuando el poder legislativo y ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad... no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo».[109]

El Estado de Derecho no supone la imposibilidad de la arbitrariedad, pues ésta puede darse potencial o actualmente; pero, merced a la autolimitación lurídica, los

109 Montesquieu. El Espíritu de las Leyes. Libro XI. Editorial. Libro Libre. San José, Costa Rica.

individuos y sus grupos, y aun determinados órganos del Estado (tribunales constitucionales, por ejemplo, u otros entes) pueden subsanar mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, la consecuencia de la arbitrariedad, anulando por defecto o vicio jurídicos, contrarios a la legalidad, los actos jurídicos lesivos de ésta y, en definitiva, de los derechos y libertades afectados y de la regularidad jurídica.

7. ESTADO DE DERECHO Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En el Estado Democrático de Derecho, la Constitución es el marco de referencia para el ejercicio del poder público; mantiene el esquema del estado «burgués» de derecho y además, se constituye en un centro por el que necesariamente debe pasar el ordenamiento jurídico, en su conjunto; esto significa que la Constitución es normas suprema (Supremacía Constitucional) que en El Salvador está reconocido en los arts. 239 y 246 Cn., principio más de ética política que jurídica, pues la norma constitucional es el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de una sociedad, con su experiencia de codificación racional de las leyes. Más que norma de cúspide piramidal, según Kelsen, se considera como punto interior por el que fluye todo el derecho objetivo.

Los tribunales constitucionales de la época actual se instituyen como interpretes máximos de la Constitución; en sus actuaciones, deben considerar elementos metajurídicos que la Constitución no puede definir a partir de su propia estructura, sino que deben consultar la historia, la política y la moral de los pueblos para que la protección de los derechos fundamentales contenidos en la misma Constitución sea realista; sin embargo, el juez constitucional debe percibir que de su función depende que los ciudadanos sean beneficiarios efectivos de aquellos derechos.

La Constitución no crea el Estado de Derecho, sino que más bien ésta es una resultante de su existencia; los derechos fundamentales que consagra y su cumplimiento, son beneficios según el grado de desarrollo social y político de una sociedad determinada. Aquí es donde los tribunales constitucionales cobran su dimensión real, o sea un proceso histórico de constitucionalización, en el que los procesos democráticos y participativos son decisivos y en el que los actores legislativos, ejecutivos y judiciales, deben actuar en consecuencia, o sea convertir el estado de derecho en una Categoría Jurídica capaz de proteger al ciudadano del poder público.

En el caso de El Salvador, aunque no se define que la Sala de lo Constitucional es el máximo interprete de la Constitución, este carácter se desprende del contexto de las disposiciones, estableciéndose que la Sala tiene la misión de conocer y resolver en materia de ampares, «hábeas corpus» e inconstitucionalidades. Estas funciones son las que constituyen el plexo esencial que le permitirá constituirse en factor de equilibrio

entre el poder y el hombre; es la garantía de que, en caso de violación de los derechos, existe la instancia adecuada para la reparación del daño.

En ese sentido, la Sala de lo Constitucional cumple esta misión.

1. Resuelve conflictos entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, determinando si la norma producida pasa la prueba de constitucionalidad; ésta es una forma de conocimiento previo de que el proceso de formación de la ley es garantía de una producción legislativa (normativa) en el marco de la Constitución.

2. Aunque no existe la iniciativa popular en la formación de la ley, la Constitución reconoce al ciudadano el derecho de pedir la inconstitucionalidad de una norma, o sea lograr la anulación de la norma que no pasa la prueba de constitucionalidad; la Sala ha interpretado que lo mismo se aplica en los casos de decretos ejecutivos y de ordenanzas municipales que no son leyes en sentido formal. Una regla de éstas, que limita y prohibía las manifestaciones públicas, se declaró inconstitucional por considerar que las restricciones a los derechos fundamentales están reservadas a la ley.

3. La Sala de lo Constitucional también conoce y resuelve sobre las demandas de amparo presentadas por los ciudadanos, cuando éstos se consideran lesionados en sus derechos constitucionales, por acciones u omisiones de las autoridades o de particulares. Aunque el 247 Cn. no lo dice, la Sala ha sentado jurisprudencia admitiendo amparo en contra de particulares. La construcción de una carretera en el corazón de una finca, clave para la protección del medio ambiente salvadoreño, dio lugar a admitir un amparo para proteger derechos difusos, adelantándose a la jurisprudencia prevaleciente de que el derecho a proteger tiene que ser cierto y determinado (derecho subjetivo); una amplitud de criterio como la expuesta estaría conduciendo a considerar que todo acto de poder público, es verificable judicialmente en cuanto a constitucionalidad.

Esto puede ser generador de riesgos para el tribunal constitucional, pues las intromisiones indebidas de los otros poderes, que tanto mal han hecho a la democracia y al Estado de Derecho, podrían estarse generando en «vía de regreso» del poder judicial a los otros órganos. La Sala de lo Constitucional obligó en 1998, al presidente de la República, a suspender el acto reclamado que consistía en el despido, por parte de éste, de un funcionario con rango ministerial, luego en sentencia definitiva concedió el amparo. El presidente sorteó la sentencia de la Sala, simulando otorgar la garantía de audiencia y luego volvió a destituir al funcionario.

4. La Sala de lo Constitucional protege la libertad humana por medio del «hábeas corpus». El art. 11, inc. 2º Cn., dice: «La persona tiene derecho al hábeas corpus, cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el hábeas corpus cuando

cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas». Esta regla ha tenido su mejor respaldo cuando se promulgó en 1998 el nuevo Código Penal y el nuevo código Procesal Penal, que desarrollaron los principios constitucionales.

El poder económico del país, por medio de sus asesores, acusó a los Códigos y al sistema oral en el proceso penal, de promover la delincuencia, y a los jueces de estar protegiendo a los delincuentes y abandonando a las víctimas. No obstante, la fuerza o poder de los patrocinadores de los ataques, no han podido convencer a la sociedad, ni al poder público de la verdad de sus afirmaciones. Y es que sólo un desmesurado subjetivismo puede seguir sosteniendo que la ley crea la delincuencia, pues todos sabemos que el delito no es un ente jurídico y que la delincuencia se sustenta en una sociedad estructurada injustamente, de bajos niveles culturales, con altos índices de desempleo, de carencia de oportunidades laborales y educativas y en algunos países como el nuestro, donde la extrema pobreza induce a delinquir o incrementa la masa que ejecuta las acciones finales que necesita el crimen organizado.

8. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES: INTRODUCCIÓN

De conformidad a la L.Pr.Cn, y tal como se ha establecido arriba, la Sala de lo Constitucional conoce y resuelve tres clases de procesos, orientados a garantizar los derechos fundamentales de los de la República; éstos son el de inconstitucionalidad de las leyes, el de amparo y el de hábeas corpus. En su orden, se darán a conocer las características de cada uno de ellos, tratando de seguir el guión establecido en la temática de «Efectos de las Resoluciones».

9. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Este proceso, como los demás que se han mencionado, son de carácter escrito y no se dan audiencias comunes para la comparecencia de las partes, de tal manera que de viva voz pudieran presentar sus alegatos, pruebas y argumentos; el carácter escrito da lugar a la formación de expedientes en los que se consigna lo que los interesados manifiestan, según las fases del proceso.

9.1. Características del proceso. Tiene el carácter de proceso constitucional y conocido por la Sala de lo Constitucional. Su objeto es el de recuperar la constitucionalidad perdida o alterada por las decisiones normativas que se producen en sede legislativa, así como las normas creadas por sus funcionarios administrativos, según las circunstancias.

9.2. Mayorías. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ, se establece (art. 14), que en materia de inconstitucionalidad, la Sala toma sus resoluciones con un número no menor de cuatro de los cinco miembros que la integran. Una posición de 3 a 2, pone un virtual empate en cualquier sentido y se ha interpretado que, en estos casos, procede llamar a un tercero para que éste dirima la controversia y si persistiere el empate, se llama a otro miembro para que en definitiva se resuelva. No se ha presentado el caso, sino que se ha tratado en lo posible de llegar por medio del consenso a una solución racional. Los llamados son miembros suplentes de la Sala de lo Constitucional.

9.3. Efectos en el ordenamiento jurídico. La sentencia definitiva que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, tiene los siguientes efectos: a) No hay ningún recurso en contra de estas resoluciones (efecto de cosa juzgada), y será obligatoria de un modo general para todos los Órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica (efectos erga omnes).

9.4. En el caso de que no exista la inconstitucionalidad, ningún funcionario judicial puede declarar la inaplicación de dicha ley, amparándose en la facultad que le otorga el art. 185 Cn.

9.5. La sentencia definitiva se publicará en el Diario Oficial, para que tenga los efectos de vigencia, que se exige a toda norma de carácter general y obligatoria.

9.6. Efectos en el tiempo. La Sala ha interpretado que si la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efecto «ex nunc», sólo produce efectos equivalentes a la derogatoria de la ley; en tal caso, sus efectos son de ahora en adelante y esto ocurre cuando, de aplicarse con efectos hacia el pasado, pudieron afectarse derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Es un criterio semejante o equivalente a los efectos de una ley, que se aplica con efectos retroactivos.

El efecto «ex tune» o declarativo, surte efectos hacia el pasado y ocurre precisamente cuando no se afectan derechos adquiridos. Esto podría ocurrir en leyes de carácter penal que, al ser declarados inconstitucionales, pudieran aplicarse retroactivamente, si la declaratoria de inconstitucionalidad favorece a los imputados, a quienes la ley inconstitucional les resultaba más gravosa.

9.7. Las sentencias constitucionales se clasifican así: Aquellas en las que el tribunal: «1) puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, o bien, 2) declarar un plazo determinado al legislador para que provoque la reformas sugeridas»; en El Salvador, sólo es posible la primera de las modalidades, pues la Sala únicamente decide sobre si es o no inconstitucional; pero no

puede hacer recomendaciones y esperar comportamientos propios del legislador; hacerlo podría considerarse como una intromisión en asuntos de otro poder. No es que no sea recomendable o aceptable, solamente señalo que en nuestro país, no es posible; inclusive parece inaceptable que un magistrado emita opinión, pues se ha mantenido un criterio tan viejo como absurdo, de que no debe opinar sobre tal asunto porque más adelante puede llegar a ser conocido por él y, en tal caso, «habría adelantado criterio que podría excluirlo de conocer de ese caso».

Las sentencias interpretativas declaran que un texto o normas son inconstitucionales, no porque sean atentatorias a lo dispuesto en la Constitución (art. 246 Cn.), que dice que «los principios derechos y obligaciones establecidos en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes regulen que su ejercicio; pero, en este caso, no se ha violado directamente, sino que tal norma en su aplicación o por la forma o modo como se aplica, modifica de un modo reflejo una norma constitucional.

La Sala ha conocido sobre casos de tal naturaleza y se ha manifestado que si la norma en referencia, al ser aplicada, se modela a ser interpretada en un sentido específico que no altere la constitucionalidad, desaparecería el rasgo de inconstitucionalidad de que se le acusa. (Interpretación conforme).

9.8. lnconstitucionalidad total o parcial. La Sala ha conocido casos en que los recurrentes manifiestan que piden la inconstitucionalidad de toda la ley y, en ese caso, el pronunciamiento de aquella (de la Sala) deber ser pronunciándose por la inconstitucionalidad, por vicios de forma contenido de la misma; en la mayoría de casos, se les previene a los interesados que manifiesten cuáles son las reglas de una norma general que deben ser declarados inconstitucionales. Es parte de los requisitos establecidos en la ley respectiva que los interesados manifiesten cuáles son los preceptos y especialmente los motivos en que hacen descansar la inconstitucionalidad alegada. Sobre este particular, es conveniente advertir que no se requiere de motivaciones estrictamente jurídicas o académicas; en mi opinión, bastará que el ciudadano considere en su criterio, que posteriormente deberá justificar, que la regla viola la Constitución.

9.9. Sobreseimientos y denegatorias. Hay casos en que la Sala, al resolver sobre una demanda de inconstitucionalidad, hace terminar el procedimiento de un modo anormal, sin entrar a conocer el fondo o a resolver definitivamente la petición y en «sobresee» a favor de la constitucionalidad. Recordemos que, en esta materia, toda ley goza de la presunción de constitucionalidad, en tanto no se haya demostrado lo contrario. De tal manera que, al no justificarse el pedido de inconstitucionalidad y no pudiendo la Sala resolver el fondo, «sobresee».

Y es conveniente que no resuelva el fondo pues de lo contrario, teniendo los efectos de cosa juzgada y ser de cumplimiento general y obligatorio (erga omnes) los fallos de la Sala, quedaría cerrada la posibilidad de controvertir la norma cuestionada. Si se resuelve que no existe la inconstitucionalidad alegada es porque o no se justificó por parte del peticionario o al formularse la argumentación de la Sala, los magistrados no encuentran la pretendida inconstitucionalidad.

Efectos de la jurisprudencia constitucional

«La actuación de los tribunales constitucionales crea una tensión entre política y derecho, siendo muy difícil establecer una línea divisoria definida entre ambas funciones; en razón de lo anterior, dice García Enterría, son los tribunales, organismos jurisdiccionales o más bien son órganos políticos, que deciden políticamente bajo capa de sentencia, o para decirlo con Carl Schmitt, citado por el mismo Enterría, que con estos tribunales se estarían convirtiendo las instancias jurídicas en instancias políticas, lo cual no conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia».[110]

10. PROCESO DE AMPARO

A) Introducción

El amparo constitucional tiene por objeto garantizar que, cuando una persona recibe un agravio o se encuentra en situación de recibirlo, en cuanto a uno o más de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, existe una instancia con capacidad suficiente para protegerlo, mediante las debidas reparaciones legales o evitar que llegue a producirse la lesión en tales derechos; en efecto, el Estado de Derecho, donde este régimen protector cobra su real eficacia, no evita que se produzcan los comportamientos agresivos, ya sea de las autoridades estatales o de los particulares, pero sí crea y sostiene las instancias adecuadas para que el ciudadano acuda en busca de la protección eficaz.

Si en el recurso de inconstitucionalidad, lo que se ataca es el vicio de forma o de fondo, que puede tener una norma en el amparo constitucional, el beneficiario del recurso es una persona o personas, que específicamente reclaman la posible violación a los derechos fundamentales; 110 necesariamente debe de tratarse de derechos o intereses fundamentales concretos o específicos, como es el caso de lo que establece una corriente dominante en esta materia, la de los derechos subjetivos (interés concreto), para que la jurisdicción constitucional pueda actuar, y en efecto, hay una corriente

110 García de Enterría. obra citada.

que proclama la posibilidad de que la jurisdicción constitucional entre a conocer de los llamados derechos o intereses difusos, en los que basta con que el daño pueda producirse aunque los titulares concretos, no puedan determinarse por el momento.

Sin embargo, caracterizados expositores como Gimeno Sendra, hacen énfasis, en que a la «Jurisdicción ha correspondido tradicionalmente la tarea de tutelar los derechos subjetivos, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional a través del proceso. Es el proceso, pues, la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado».

«El recurso de amparo, pues, se convierte en manos del T.C., en un mecanismo de impugnación mediante el cual logra el restablecimiento o la preservación de los derechos fundamentales de la persona, frente a los actos y omisiones de los poderes públicos lesivos de sus contenidos esenciales».

B) Principios aplicables

a) Subsidiariedad

«Conforme a dicho principio de subsidiariedad, de manera elemental se impone a la persona cuyos derechos fundamentales se hallan en litigio, y que reclama la tutela jurisdiccional de los mismos, la obligación de instar, en primer término, el amparo ordinario ante los juzgados y tribunales del Poder Judicial, hasta agotar todas las vías del recurso capaces de proporcionar la satisfacción de sus pretensiones; en segundo lugar, y en su caso (subsidiariamente), el amparo constitucional ante el T.C.», en la justicia española. - Lo anterior no es posible en El Salvador.

El art. 12 L.Pr.Cn. establece que «la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama, no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos». La Sala podrá declarar la improcedencia de la acción si no se cumpliere con este requisito.

b) Especialidad

El art. 13 L.Pr.Cn. dice que el «juicio de amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales y respeto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal». Esto significa que un tribunal constitucional solamente podrá admitir, conocer y resolver una demanda de amparo, si se ha producido una violación a un derecho fundamental o constitucional; si el derecho violado corresponde a un ámbito de aplicación del derecho derivado de una rama distinta a la Constitucional. Esto se relaciona con el principio de subsidiariedad por el cual, la vía constitucional es excepcional y del mismo modo es en cuanto a la materia que los derechos que se derivan de las leyes civiles, mercantiles, laborales, etc.

En el proceso constitucional salvadoreño, esto ha dado lugar a muchos abusos de poder, al denegar por este motivo el acceso a la jurisdicción constitucional, al tomarse estas decisiones in limine; además de que es sumamente difícil establecer una separación absoluta entre lo legal y lo constitucional; en el proyecto de Ley Procesal Constitucional, esta causal desaparece y se introduce la no aceptación de la demanda, cuando fuere manifiestamente improcedente.

En el juicio de amparo intervienen el actor, o sea la persona agraviada que promueve el juicio; la autoridad contra quien se interpone la demanda y si lo hubiere, puede intervenir el tercero a quien beneficie la ejecución del acto reclamado; el Ministerio Público (Fiscalía) intervendrá en el juicio en defensa de la inconstitucionalidad.

Como no existe la asistencia letrada y para evitar el fracaso de la acción, se ha previsto que la Sala prevenga al actor que aclare o corrija oportunamente su demanda; de lo contrario se le declarará inadmisible, si las deficiencias que presenta la demanda son meramente formales.

c) Medida cautelar

Admitida una demanda, se resuelve sobre la procedencia de suspender el acto contra el que se reclama, si este produce o pudiere producir efectos positivos; y la suspensión provisional e inmediata del acto cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

d) De las sentencias y sus efectos

En el proceso de amparo, se pueden producir diversas clases de resoluciones o sentencias, que tienen efectos importantes en la protección o tutela efectiva de los derechos fundamentales. De éstas unas son interlocutorias; otras, interlocutorias con efectos de sentencia definitiva; sobreseimientos y las sentencias definitivas.

e) lnadmisibilidad e improcedencia

El proceso de amparo puede frustrarse «ab initio» o «in límite litis», ya sea por no cumplir el impetrante, con requisitos de forma o de fondo. Es inadmisible una demanda cuando no reúne los requisitos formales que el procedimiento exige para la viabilidad de la demanda. Es improcedente cuando el punto por tratar, no es de competencia constitucional o no se han agotado las instancias normales para decidir en sede constitucional, o sea cuando no se cumple con el principio de «subsidiariedad» que se analizó arriba. También cuando no se cumple con el principio de «especialidad» y se quiere llevar a sede constitucional un tema que corresponde a una cuestión de legalidad, o sea derechos reconocidos por las leyes, que no se han ventilado en sede constitucional.

f) Sobreseimiento

El proceso de amparo puede terminar en forma anormal, por medio del sobreseimiento y ocurre por: 1) Desistimiento del actor. 2) Por expresa aceptación

del acto reclamado de parte del actor. Este caso es muy discutible, pues la satisfacción o reparación debe ser de tal manera que no quede huella del quebrantamiento constitucional. 3) Por advertir el tribunal que se admitió indebidamente el recurso, ya sea por defectos de forma o por haberse violado los principios de subsidiariedad y especialidad. 4.) La falta de prueba también es causal de sobreseimiento; sin embargo, cuando ésta deba ser producida por la autoridad demandada es demasiada pena sobreseer por este motivo. 5) Por haber cesado los efectos del acto y por el fallecimiento del agraviado cuando es algo personal.

g) Sentencia definitiva

En esta materia, si es concediendo el amparo tiene efectos «Ex Tune», es decir, es de efectos restitutorio, en el sentido de que se resuelve que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del acto reclamado y si esto no fuere posible, se condena al resarcimiento de los daños y perjuicios, mediante una acción civil que se confiere al actor. (Efecto restitutorio jurídico).

Si el amparo es procedente porque la autoridad ha obstaculizado el ejercicio de un derecho, la sentencia contendrá, a partir de su fecha, el comportamiento por seguir por la autoridad demandada. Habrá especial condenación en costas, daños y perjuicios, si la autoridad se limitó a negar la existencia del acto o hubiese omitido el informe o hubiere falseado los hechos.

Si la sentencia deniega el amparo, se condenará al demandante en las costas, daños y perjuicios; lo mismo al tercero que sucumbiere en sus pretensiones. Se presenta una duda razonable en este caso, que siendo la autoridad demandada, representante del Estado, no debería obtener tales beneficios, pues esto alentaría contra el principio constitucional de la gratuidad de la justicia.

Si la autoridad no cumpliere con la sentencia de amparo se pedirán los auxilios materiales al Poder Ejecutivo para hacerla cumplir coactivamente y mandará a procesar al desobediente, quien quedará suspenso en sus funciones, de conformidad al art. 193/ 3º Cn. y al nuevo Código Procesal Penal (1998). El procesamiento de una persona, se inicia mediante acusación formal hecha por el Fiscal General de la República, por lo que la Corte Suprema de Justicia no podrá mandar a procesar al desobediente, sino le pedirá al Fiscal para que lo haga.

h) Proceso de “hábeas corpus”

El «hábeas corpus» es un amparo específico para proteger la libertad humana y la L.Pr.Cn. determina que siempre que la ley no provea especialmente lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción de otro, disposición que exalta la libertad del hombre como un valor, como un derecho, como un presupuesto de todo Estado de Derecho.

Esta ley, sin embargo, habla del derecho de disponer que el hombre tiene, de su propia persona, y rechaza la sujeción, la opresión, la esclavitud. La Constitución de El Salvador, además de la protección de la integridad psíquica o moral de las personas detenidas y en caso de irrespetarse, procede el hábeas corpus.

El hábeas corpus es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad —uno de los más importantes derechos fundamentales si no el primero y más fundamental de todos— y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos. Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios.

La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir, si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria. El derecho a invocar el hábeas corpus asegura a la persona la posibilidad de que un juez evalúe la situación jurídica por la cual se encuentra privada de la libertad. El interés protegido en forma mediata es la libertad, pero el interés inmediato es el examen jurídico-procesal de actuación de la autoridad.

Precisamente porque el control de legalidad de la detención es una garantía especial de la libertad, la decisión que resuelve el hábeas corpus no es susceptible de impugnación, ni resulta procedente el ejercicio del recurso frente a los mismos hechos que generaron la interposición de la acción. El hábeas corpus puede pedirse ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia o ante las Cámaras de Segunda Instancia que no residen en la capital. La resolución de la Cámara que denegare la libertad del favorecido podrá ser objeto de revisión, a solicitud del interesado, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (art. 247.2 Constitución).

El proceso de hábeas corpus puede incoarse en caso exista una presunta violación ilegal al derecho constitucional de la libertad, la cual puede ser cometida por cualquier autoridad o individuo. El presupuesto para la procedencia a la pretensión de hábeas corpus es que exista en contra del favorecido restricción a su derecho de libertad, la cual puede ser ocasionada por autoridad jurisdiccional, administrativa o un particular.

Los sujetos que pueden dar inicio al proceso de hábeas corpus son básicamente cuatro: a) el individuo cuya libertad está siendo ilegalmente restringida. b) Cualquier persona. c) La Sala de lo Constitucional o las Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, pueden iniciar el proceso de oficio al existir motivo suficiente para suponer que alguien está siendo ilegalmente restringido en su derecho de libertad, y d) El Procurador para la defensa de los derechos humanos.

La legitimación procesal pasiva es amplia, ya que este proceso puede iniciarse contra cualquier autoridad o individuo responsable o presunto responsable de restringir la libertad de otra persona. Lo anterior implica que el hábeas corpus procede contra autoridad administrativa o judicial. El hábeas corpus puede iniciarse de oficio o a petición de parte.

En el segundo de los casos, debe existir la posibilidad de que el hábeas corpus pueda promoverse en distintos puntos geográficos del país y de forma oral o escrita; las formas de petición escrita son: a) por medio de escrito. b) Carta y c) telegrama.

Una vez presentada la solicitud o emitido de oficio, el auto de exhibición de la persona, el Tribunal designará a persona o autoridad de su confianza como juez ejecutor, precisamente para que ejecute el cumplimiento del auto de exhibición. Este auto constituye la resolución de la petición.

Estos actos son realizados por el juez ejecutor y su secretario. Consisten en la intimación de la autoridad denunciada y la resolución proveída por el juez ejecutor, en la cual deberá pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al derecho fundamental de la libertad.

El acto procesal de terminación por excelencia es la sentencia, en la cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la legalidad o ilegalidad de la restricción al derecho fundamental de la libertad del favorecido, resolución con la que puede confirmar o no el informe del juez ejecutor.

Efectos de la sentencia

La sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus produce efectos de cosa juzgada, erga omnes, en cuanto a la valoración constitucional de la restricción o vejación alegada por el favorecido. Sin embargo, no declara, reconoce; no constituye derechos privados subjetivos en favor de particulares o del Estado.

Dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, no existen, aparte de los mencionados, otros mecanismos específicos de tutela de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Salvadoreño —Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia— es competente para conocer del proceso de inconstitucionalidad de normas, control que puede ser previo o posteriori. El primero de dichos controles constituye el mecanismo para solventar los conflictos entre los Órganos Ejecutivos y Legislativos, conflictos que se suscitan dentro del proceso de formación de la ley. El supuesto concurre cuando, en el proceso de formación de la ley, el presidente de la República devuelve un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, por considerarlo inconstitucional, el cual, al ser recibido por la Asamblea Legislativa, es ratificado por este último Órgano del Estado, con el voto de los dos tercios de los diputados electos, por lo cual le es remitido nuevamente al presidente de la República.

En el supuesto antes relacionado, el presidente de la República deberá dirigirse a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dentro de tercero día, para que ésta oyendo las razones del Órgano Legislativo y Ejecutivo, decida si es constitucional o no, a más tardar dentro de quince días. Si la Sala decide que el proyecto es constitucional, el presidente de la República estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley.

TÍTULO X

Posibilidades de la Justicia Constitucional en El Salvador

1. Régimen Jurídico Vigente

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, tal como ya se expuso. No obstante, sí se ha observado que la actual ley, no responde a los criterios más actualizados que hay en materia procesal constitucional y debe reconocerse que muchas resoluciones de la Sala, se han fundamentado en aplicaciones directas de la Constitución, en la doctrina de los expositores del derecho, en razones de buen sentido y razón natural, recurriendo a una disposición que subsidiariamente se aplica del Código Procesal Civil.

De entonces a la fecha, la Sala de lo Constitucional ha tenido una función importante en la vida del país, pero lo realizado debe de someterse a una evaluación nacional, imparcial, objetiva, esencialmente jurídica, lo que no significa alejada de la realidad y de las necesidades concretas de la sociedad; 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, qué tanto el ciudadano se siente protegido en sus derechos fundamentales; de ese análisis, podría obtenerse una imagen de lo que tenemos en materia de jurisdicción constitucional y si existe o no un régimen de garantías a los derechos fundamentales, sustento de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

En este punto es que saltan las mayores dudas; el período de nueve años que ejercí la magistratura y mis observaciones posteriores, después del 2003, me confieren las credenciales necesarias para opinar sobre el tema; además, el ejercicio de la magistratura misma, más las percepciones de la sociedad, me obligan a expresar una opinión cautelosa de esta Sala, especialmente cuando se han producido fallos o

comportamientos que han dejado mucho malestar en los ciudadanos; es, desde luego, un tema que no puede ser tratado a profundidad en estos espacios, sino que lo he abordado y lo seguiré haciendo, en situaciones o posiciones, donde la objetividad e imparcialidad sean la medida y la regla, todo en beneficio de los ciudadanos, que esperan tener funcionarios que cumplan con las responsabilidades constitucionales.

Debo reconocer asimismo, que manifiesto mi profundo respeto por las personas que conjuntamente coDmigo y los posteriores, hemos participado en la construcción de la justicia constitucional y que mis apreciaciones están relacionadas a la historia global y en el ejercicio exclusivo de la magistratura, y que mis opiniones no pueden -no deben- extenderse -a las actuaciones personales de los funcionarios.

Si el examen crítico de la reciente historia de la jurisdicción constitucional, surgiera de la misma Sala de lo Constitucional, no sólo sería ejemplar, sino que contaría con los recursos disponibles propios, lo que no sería posible, si la iniciativa proviene de sectores académicos o de la sociedad misma; no sería recomendable que la iniciativa provenga de otras instancias del poder, porque la experiencia ha demostrado que esto puede ser contaminado por intereses políticos; no obstante, la iniciativa propia nos aleja de esta evaluación, por lo que únicamente queda el recurso de los análisis académicos, aunque éstos puedan ser parciales o limitados.

Se podría tener un diagnóstico integral si, por lo menos, se analizan los siguientes temas:

1. Si la Sala de lo constitucional es el máximo garante del respeto al derecho constitucional.

2. Si el tribunal peca por interferir o por omitir; en el primer caso atentaría contra la división de poderes; en el segundo, favorecería al Estado.

3. Si el Tribunal ha formado una jurisprudencia correcta o no.

4. Si el Tribunal es garante de la supremacía constitucional y en tal caso, el calificativo de intérprete supremo estaría correcto.

5. Qué tanto sus sentencias tienen fuerza persuasiva y tienen la sensatez necesaria.

6. Qué tanto sus resoluciones son jurídicas o sólo son una forma de disimular la intromisión en asuntos políticos.

7. Qué tanto el tribunal ejerce independencia judicial y cómo sus actuaciones cumplen con el precepto constitucional de imparcialidad y autonomía.

El estudio que se formula en este espacio y con estas apreciaciones muy personales, no se podría llegar a tanto pues, por la naturaleza de este trabajo, alcanza

únicamente a ofrecer algunos rasgos descriptivos de la justicia constitucional, en sus formulaciones más generales; pero no hacer juicios de valor o un análisis del tribunal constitucional y sus logros; únicamente se formulan los cuestionamientos, pero como hipótesis necesarias para iniciar la investigación.

No obstante, se ha llegado a la conclusión, puede afirmarse, oficial, de que el instrumento legal vigente, ***o Ley de Procedimientos Constitucionales,*** 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.

El análisis del rendimiento jurídico constitucional de esta ley, se ha formulado en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 11, (2007), págs. 339 y sigs. La Jurisdicción Constitucional en El Salvador, bajo la responsabilidad del que esto escribe. Los dos estudios se complementan, por lo que ruego a los lectores tomar en cuenta esta referencia.

2. Proyecto de Ley Procesal Constitucional

2.1. 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 es el de establecer la jurisdicción constitucional, como sistema para el ejercicio de la potestad soberana de impartir justicia.

2.2. El proyecto que se menciona no por su eficacia jurídica, porque sólo es eso, un proyecto, sino por el hecho de que refleja una necesidad nacional, el cambio para una justicia constitucional eficiente; representa, además, que existen ideas y motivaciones para seguir una doctrina, en consonancia con lo que está ocurriendo en el mundo; en tal sentido, se intenta incorporar esas ideas; tal es el tema de que la Sala es el máximo intérprete de la Constitución;

Si la Sala de lo Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, 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.

2.3. Finalidad de la ley: garantizar la supremacía de la Constitución, (art. 246 Cn.) el ejercicio pleno de los derechos consagrados en ésta, (removiendo obstáculos, creando condiciones, etc.) y el funcionamiento regular de los órganos de gobierno. (art. 235 Cn) El amparo, el recurso de inconstitucionalidad, el hábeas corpus son procesos regulados en este proyecto.

2.4. "Todo proceso será de conocimiento público"... (art. 4) , ¿será suficiente esta medida? ¿Cuáles son los alcances esperados? Me parece que en esto hay alguna sugerencia tímida de algo que es prácticamente una regla en el procedimiento contemporáneo, como es el juicio oral y público, o sea que la controversia es interpartes y abierta, tal como aparece en el derecho penal y en el de familia; pero, en este caso, no es eso lo que se está legislando y si no aparece el carácter de oral, lo público no tiene mayor significado; en efecto, las audiencias que resuelven las admisiones, las sentencias definitivas y especialmente las resoluciones de improcedencias in límine, tendrían que ser orales y públicas.

2.5. No obstante, el art. 5 crea la competencia para la Sala. ¿Para conocer de las pretensiones? La realidad que es una queja. La pretensión es el derecho de acción, más la demanda, más el sustrato fáctico, el sustrato jurídico y el vínculo o nexo causal. Aunque la ley no lo diga, pero la complejidad que supone configurar la pretensión constitucional, es de tal naturaleza que es necesaria la asesoría técnica, y aunque aparentemente no se requiera asistencia letrada, la práctica así lo exigirá con indudable perjuicio de la gente sin recursos.

2.6. El art. 6 limita la competencia a las normas constitucionales, de tal manera que los tratados internacionales no son parámetro de constitucionalidad; tomado a la letra del art. 247 Cn., pareciera que el amparo solamente procede ante violaciones a los derechos contenidos en la Constitución; de tal manera que si un derecho fundamental no está contemplado constitucionalmente, no se podría exigir tutela.

Se sigue el modelo español que solamente reconoce como derechos amparables, los contenidos en los arts. 14 a 29 de la CE. Eso es así, porque otros derechos son conocidos por los jueces o tribunales, por los tribunales europeos, o en su caso, a la Corte de Estrasburgo. (Derecho comunitario) En esta ley, debe reconocerse que al referirse a toda la normativa constitucional, comprende derechos individuales, sociales, económicos, del medio ambiente y políticos; sin embargo, su interpretación es de acuerdo al pensamiento del juez y no a los tratados y especialmente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, (art. 10.2 Cn)

2.7. El art. 75 del proyecto 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.

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, también procede contra leyes y otras disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, cuando se trate de normas autoaplicativas; asimismo, es procedente contra actos de particulares, cuando éstos 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. (Per saltum) según se estipula en la letra d) art. 76.

2.8. Problemática de caducidad. La pretensión debe ejercerse en el término de 120 días de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto lesivo, bajo pena de caducidad. 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.)

2.9. El art. 37. Definitividad o subsidiariedad per saltum. Este es el tercer caso de los que plantea la temática. El caso que se analiza 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 per saltum.

2.10. 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 Procuraduría de los derechos humanos, aunque fuere sólo de representación.

2.11. Si la pretensión fuese manifiestamente improcedente, el tribunal lo declarará así mediante resolución motivada, tales son los casos puramente civiles, resolución de mera legalidad, que no tienen trascendencia constitucional y que tiene vicios la pretensión.

Con todo y que ese proyecto no es !o mejor, pero al menos tiene ideas más aceptables para la justicia constitucional; desde hace por lo menos seis años que fue presentado para su conocimiento y su discusión a la Asamblea Legislativa , sin que ésta emita alguna resolución al respecto.

3. Sentencias definitivas en el proceso constitucional

3.1. Materia constitucional.

El jurista salvadoreño José Carlos Malina, joven investigador constitucionalista, en una experiencia académica valiosa como ha sido el Diplomado de Derecho Constitucional, que se imparte en la Universidad Tecnológica de El Salvador, (UTEC) relaciona que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en el campo del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, ha emitido sentencias en las áreas siguientes:[111]

3.1.1. La inconstitucionalidad por omisión.

"Con relación a este tipo especial y novedoso de inconstitucionalidad, la doctrina más representativa señala la necesidad de mantener, en principio, el carácter abierto de las normas constitucionales, que puede ser concretado en un momento histórico y aceptado por tendencias ideológicas de distinto signo, y la imposibilidad de regulaciones exhaustivas que agoten todas las materias, lo que trae como resultado la existencia en la Constitución de auténticos encargos al legislador, los que se traducen en una concreta obligación de actuar que pesa sobre el legislador ordinario, la cual es distinta de la genérica obligación de legislar."

"Esta obligación de desarrollo y complemento posterior que recae sobre el legislador ordinario, viene caracterizada por tres notas: 1) el legislador no es libre en cuanto a si emite o no la normativa, así que tiene que actuar indefectiblemente. 2) El cómo de esta regulación debe discurrir, claro está, por los márgenes que supone el contenido de la Constitución maximizando sus valores y sus fines, y 3) El cuándo de tal normativa está, en principio, sometido a la libertad del legislador, aunque éste no puede dilatar de tal manera su actuación, que suponga un fraude al concreto precepto constitucional."

Sin embargo, no se trata de que el legislador cumpla con sus obligaciones emitiendo leyes de pobres contenidos, o enmascaramientos normativos, ***"en ese caso es cuando cobran sentido los mecanismos de participación democrática de los ciudadanos, que demuestren que el incumplimiento de los mandatos constitucionales es también contrario a la Cn."***[112]

¿Queda inconcluso el derecho constitucional, si no se produce la ley esperada? Es probable que sólo estemos ante un derecho constitucional en formación pues, aun cuando se produzca la reacción del tribunal constitucional, los alcances de esta sentencia, en algunos países, entre ellos El Salvador, las cosas no vayan más allá de una resolución con efectos morales o sociológicos, en el sentido de documentar a los

111 Malina Méndez, José Carlos. Investigación y docencia en el Diplomado de Derecho Constitucional de la Universidad Tecnológica de El Salvador. San Salvador, El Salvador.

112 Francisco Femández Segado. lnconstitucionalidad por Omisión: TEMIS, S.A. Bogotá, Colombia. 1997.

ciudadanos para reclamos en el plano político. ***"En tanto los árbitros de la Constitución, los legisladores, según Bidart Campos, no dicten la ley que desarrolle la norma constitucional, estamos frente a una constitución frustrada"[113].*** Por mi parte, agrego, si el tribunal constitucional no se pronuncia, estamos en presencia de una Constitución nula. Ha ocurrido por años en este país, donde la única forma de mover el proceso constitucional es mediante el impulso ciudadano; si esto no ocurre, la Constitución no existe; no obstante que la acción ciudadana, es una figura muy democrática, su eficacia y requiere de un proceso de difusión y cultura constitucional que en El Salvador, no tiene todavía.

Grave en este país, donde el fiscal general, constitucionalmente defensor de los derechos de la sociedad y del Estado, no ejerza esta función. La constitución no le dice expresamente que es parte de sus atribuciones, explícitamente no se lo dice, y la tradición salvadoreña sólo acepta el impulso procesal del ciudadano. En nuestra opinión, el fiscal tiene como parte de las atribuciones y deberes que le da la Constitución aunque en forma implícita, sí tiene acción para proceder a desarrollar el espíritu de la Constitución. Esto debe considerarse como la necesidad de que la Cn., no degenere en una norma inútil y que el cumplimiento de sus reglas esté condicionado por gobernantes caprichosos o arbitrarios.

Según Molina Méndez, "Los únicos precedentes que existen y en los cuales se ha desestimado la pretensión son las sentencias de inconstitucionalidad 2-95 del 28-IV-2000 y la 19-98 del 26-II-2002. No obstante lo anterior, se encuentran en trámite demandas en las que se insiste en esta temática. Si estas pretensiones llegaran a feliz término, la SC ejercería un control de pesos y contrapesos y podría -dentro de la tipología de sus sentencias- ordenar lo que más convenga, v. gr., un plazo perentorio al legislador para que lo haga, una sentencia de aviso o hasta una manipulativa agregando como el caso italiano el elemento que falta en la ley, ejerciendo con ello un papel de legislador positivo, como lo hacen modernamente los tribunales constitucionales de España, Alemania e Italia, entre otros. Desde luego, el resultado pondría en evidencia una de tantas omisiones de nuestro legislador salvadoreño y la poca eficacia de su trabajo."[114]

No obstante, aunque la jurisprudencia salvadoreña pueda desarrollarse positivamente, no es mucho lo que puede lograrse dado que estos tribunales son todavía fácilmente mediatizados por el poder ejecutivo y en general, sus magistrados todavía no tienen la independencia suficiente para dar saltos de calidad en ese sentido.

No tiene la Constitución una regla que reconozca la constitucionalidad por omisión, por lo que el tribunal se encuentra muy debilitado y de producirse alguna reso-

113 Germán Bidart Campos. lnconstitucionalidad por Omisión.

114 Malina Méndez. Trabajo citado.

lución positiva, la sentencia será simplemente declarativa reconociendo la omisión y recomendando al legislador que la ley se promulgue; pero, después de esto, es muy difícil seguir. Se requerirá, lo que dice Fernández Segado, la participación de los destinatarios de la Constitución, para que mediante sus acciones participativas puedan lograr el reto.

3.1.2. La inconstitucionalídad por conexión.

En su estudio jurisprudencial, Malina Méndez ha encontrado lo que él llama inconstitucionalidad posconexión y nos remite a la sentencia, "23-2201-11-XI-2003. El principio de congruencia circunscribe al tribunal al conocimiento de la pretensión objeto de estudio; de la misma se desprende implícita o explícitamente la conexión que los pretensores realizan de la norma principal con otras "derivadas" o intrínsecamente vinculadas con la misma y que de hecho, constituyen parle del objeto de control constituido por la norma atacada de inconstitucional, v. gr., un reglamento de aplicación o de ejecución".

Antes ya se había afirmado en la sentencia de inconstitucionalidad 27-99 del 6-IX- 2001, que un tipo particular de decisión estimativa es la que abarca una inconstitucionalidad "derivada" o "conexa", según la cual, ese tribunal, "como excepción al principio de congruencia, cuando llega a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, declara además cuáles son las otras disposiciones o cuerpos normativos, cuya inconstitucionalidad se deriva como consecuencia de la decisión estimativa adoptada. Elfo con la finalidad de no consentir que una disposición o cuerpo legal quede en vigor cuando otro, que constituye su necesario presupuesto o fundamento, se declara inconstitucional."[115]

3.1.3. Sentencias interpretativas.

Los tribunales constitucionales, que comenzaron actuando como "legisladores en sentido negativo", han evolucionado a tal punto que, desde hace tiempo, han abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas de creación de derecho, adoptando tipos de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones según los países: interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, entre otras.

En este sentido, esta Sala se ha pronunciado en los casos de interpretación conforme (sentencias interpretativas) v. gr., en las sentencias recaídas en los procesos de Inconstitucionalidad 15-96 del 14-11-97 (Ley de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado); 5-99 del 20-VII-99 **(Ley del Consejo Nacional de la Judicatura)** y 24-97 (ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz). Y, sobre todo, en el caso que nos ocupa, en un tipo de sentencia que podría denominarse

115 lbíd.

integratíva o basada en la interpretación sistemática, cuyo precedente lo encontramos en el proceso de inconstitucionalidad 3-93 del 22-X-99 (Ley de Creación del Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria y Forestal).

En cuanto a la ley de **Amnistía General para la Consolidación de la Paz,** esta sentencia de la Sala ha sido duramente criticada, especialmente por miembros de la Compañía de Jesús, que dirigen en El Salvador la prestigiosa Universidad "José Simeón Cañas," que sufrió la muerte de seis sacerdotes, durante la llamada "ofensiva final" de la guerrilla en 1989. En opinión de quien esto escribe, magistrado de la Sala de lo Constitucional, en la época que se consideró constitucional esa ley de amnistía, la resolución está conforme con la Constitución de El Salvador, pues la Sala consideró procedente la amnistía, por los delitos políticos y los comunes cometidos conexos con delitos políticos, sin que esta decisión la apartara de la Constitución. Los sectores han manifestado que esto favorece la impunidad de los que cometieron delitos de ***"lesa humanidad"*** durante la guerra; la Sala sostuvo que tales delitos se persiguen de conformidad a su propia doctrina y que no caben dentro de la categoría de derechos políticos y que en consecuencia, son perseguibles y punibles; que si habrá persecución o no, no corresponde a la resolución que se pronunció, eso depende de factores que no son consecuencia de la sentencia.

3.1.4. Efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Las sentencias definitivas que recaen en los procesos de inconstitucionalidad, tienen estos efectos:

1.) Expulsar del ordenamiento jurídico la norma viciada de inconstitucionalidad. El poder público ha sido respetuoso de estas resoluciones y la norma declarada inconstitucional, no vuelve a ser aplicada; no han corrido la misma suerte las normas que han sido inaplicadas por la misma Sala, especialmente en los procesos de amparo, y unos precedentes de inaplicación de normas inconstitucionales; en resoluciones más recientes, se ha modificado la propia jurisprudencia de la Sala.

2.) Las resoluciones proveídas que conozco tienen efecto hacia el futuro (ex nunc); se ha considerado que durante la vigencia de la norma inconstitucional pudieron haberse dado situaciones jurídicas ya consolidadas y la aplicación retroactiva generaría inseguridad jurídica.

3.) Hasta ahora, los creadores de la norma inconstitucional no han sido responsables de sus acciones u omisiones; el grado de cultura constitucional del Estado, no es suficiente para llegar a esta clase de evaluar la responsabilidad del poder público; probablemente habría algunos casos de impunidad evidente.

4.) Algunas resoluciones in persiquendi litis, (sobreseimientos) son verdadera sentencias definitivas, que encubren normas inconstitucionales o que evitan entrar a conocer el fondo de la cuestión, pero sus efectos son los mismos.

5.) Las sentencias no anulan el cuerpo íntegro de la ley sino que la norma específica cuya invalidez ha sido demandada, (principio de congruencia); tal ocurrió con la inconstitucionalidad de la ratificación de los Convenios de la OIT. Sólo fue declarado inconstitucional el art. 2 del Convenio 87, pero en sus efectos todo el Convenio resultó anulado.

4. Sentencias en el proceso de Amparo. Efecto restitutorio

En el análisis de Melina Méndez, encontramos: Este efecto implica volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio -retrotrayéndose al momento de la violación- restableciendo al perjudicado en el pleno uso y goce de sus derechos violados y reparando el daño causado, efecto ex tune. Ocurre lo contrario de las sentencias de inconstitucionalidad.

El efecto normal y principal de la sentencia estimatoria es la restitución, la que debe entenderse en una forma amplia, es decir, atendiendo a la doble finalidad del amparo: en primer lugar, el restablecimiento del orden constitucional violado y, en segundo lugar, la reparación del daño causado.

En nuestro país, las sentencias estimatorias tienen efectos declarativos o de reconocimiento del derecho vulnerado y de condena, que consiste en dejar sin efecto el acto reclamado y el restablecimiento al agraviado en el pleno goce del derecho conculcado.[116]

Restitución material

La restitución material constituye la finalidad última que persigue cualquier persona que decide promover una demanda de amparo, pues dentro de la pretensión inserta en su demanda -en última instancia- el actor lo que pretende es que se repare el agravio que se le causó por parte de la autoridad demandada, "volviendo las cosas al estado en que se encontraban", es decir, dejando su situación jurídica propia de manera idéntica a como se tenía antes de ocurrir la violación constitucional.

Restitución jurídico patrimonial

La SC afirmó-en la sentencia de amparo 431-98- que este supuesto de restitución jurídico-patrimonial se deriva del artículo 35 de la LPC y se diferencia del supuesto que señala el artículo 245 de la Constitución, pues su procedencia no radica en la vulneración de uno u otro derecho constitucional en particular, sino más bien en la imposibilidad de restituir materialmente la situación jurídica precedente al acto reclamado, configurada, obviamente, a partir de la plena vigencia del derecho cuya conculcación fue declarada a través de la sentencia estimatoria de amparo.

116 Ibíd.

Daños y perjuicios

Ante la imposibilidad de reparar materialmente al agraviado, procede entonces la opción de restituirlo jurídicamente. Como ya se dijo, cuando es imposible realizar una restitución material del derecho vulnerado, la SC habilita al victorioso a que inicie un proceso civil declarativo por los daños y perjuicios (Art. 960 Pr C.) -juicio civil ordinario de reclamación de daños y perjuicios- contra el responsable -personalmente y en forma subsidiaria contra el Estado, -art. 235 Cn.- lo que genera la responsabilidad derivada de la infracción a la Constitución. Un ejemplo concreto al respecto es la sentencia de amparo 431-98.

La sentencia de amparo, por sí sola, no garantiza al amparado el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la lesión constitucional, puesto que es considerada como un medio más de prueba, siendo así que el amparado deberá probar fehacientemente -en sede ordinaria- mediante pruebas contundentes el daño sufrido, como si la sentencia de amparo al pronunciarse sobre la violación no hubiese constatado la existencia de dicho daño.

La valoración de los daños deberá seguir algunos criterios diferentes, según la naturaleza del daño que se ha sufrido, así por ejemplo:

- El daño emergente son los daños en que se incurre cuando hay un perjuicio. Estos daños no podrán considerarse al antojo del demandante, no basta que estos daños se prueben sino que debe quedar justificado que este se produjo. (Art. 1427, 2067, 2080, 2082 CC) y

- El lucro cesante que será la ganancia dejada de percibir o la pérdida de ingresos que se dio, cuando se produjo la lesión (Art. 1427, 2067, 2080 y 2082).

Daño moral

En cuanto a los daños morales, éstos se tipifican como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de una persona, que determina dolor o sufrimiento en sus afecciones legítimas principalmente a los derechos y atributos de la personalidad.

El daño moral significa, entonces, el desmedro sufrido en los bienes extraeconómicos jurídicamente protegidos.

Visto lo anterior, diremos que el daño moral no es un daño patrimonial; no obstante, es posible su equiparación. Por lo mismo, el daño moral debe de determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial.

Este criterio es adoptado por las Cámaras de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en sus decisiones jurisdiccionales. Esto lo confirma la sentencia 2-JO-C/E-02 proveída el 7 de julio del 2003 en la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en la que establece el cómputo, del resarcimiento de daños personales y morales.

En este caso, se promovió juicio ordinario declarativo de daños y perjuicios, basado en la sentencia de amparo 303-99, acumulada a la 304-99 proveída por la Sala de lo Constitucional, en la que se declaró la violación de los derechos constitucionales, causando daño de carácter patrimonial e indemnizable. Dicha Cámara condenó al Estado de El Salvador a pagar al señor José María Navidad Hernández la suma xxx de dinero.

Efecto económico

Asimismo, surge también un efecto económico ligado al pago de las costas que, en el caso del amparo, se dan cuando el funcionario no rinde el informe o falsea los datos. También cuando la sentencia deniega el amparo o cuando el actor no rinde la prueba sobre la existencia del acto reclamado -art. 31 No 4 PLRC- en donde se condena en costas, daños y perjuicios al demandante y al tercero que sucumbiere en sus pretensiones tal y como lo señala el art. 35 de dicha ley.

Responsabilidad del demandado y del Estado

En reiterada jurisprudencia, la SC ha hecho hincapié acerca de los efectos de la sentencia de Amparo en relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos. Recuérdese que el art. 235 de la Cn., señala que éstos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.

Así, el daño es todo aquello que provoca en el ser humano un desmedro o deterioro, ya sea en sus bienes materiales o en su esencia corporal y moral. Por lo mismo, este daño debe de ser resarcido por aquel que lo causó, y para que produzca un efecto de resarcimiento es necesario que el daño sea personal y directo del que reclama la indemnización, ya que sin éste -el daño- no es posible determinar una responsabilidad civil ni contractual ni extracontractual.

Daños personales

Los daños patrimoniales o económicos. Estos los sufre la persona perjudicada en su patrimonio. Se pueden evaluar económicamente; pero para que se dé una indemnización, deberá considerarse el quántum, pero también deberá cumplir con algunas características, como es que haya una persona titular del patrimonio y que sea posible traducir el daño en dinero.

El daño emergente son los daños en que se incurre cuando hay un perjuicio. Estos daños no podrán considerarse al antojo del demandante, no basta que estos daños se prueben sino que debe quedar justificado que este se produjo. (Art. 1427, 2067, 2080, 2082 CC) y el lucro cesante que será la ganancia dejada de percibir o la pérdida de ingresos que se dio cuando se produjo la lesión (Art. 1427, 2067, 2080 y 2082).

5. Análisis

El proceso de Amparo en El Salvador, por razones que se han expuesto en este Ensayo, todavía no alcanza el carácter de institución clave y decisiva en la protección de los derechos fundamentales; es probable que la Sala esté saturada por el hecho de que muchas acciones, no son más que meras inconformidades de las partes por las resoluciones que se produjeron en el sistema judicial; por mi experiencia como magistrado, pude ver que los procesos de inquilinato, p.ej., llegaban a la sala, utilizada como tribunal de instancia.

Puede ocurrir que las partes no entiendan la finalidad del proceso de amparo, pues interponen sus demandas por violaciones a las leyes o procesos en los que actúan, aunque los agravios que reciben no tengan trascendencia constitucional y sean la normal consecuencia del evento incierto de la litis. La Sala resuelve estos casos como de mera legalidad, y declara la improcedencia in límine, lo que también puede generar de parte de ésta, violación al derecho de acceso a la jurisdicción.

Los procesos pueden tener alguna explicación razonable en las pretensiones de amparo, que se derivan de actos u omisiones de las autoridades administrativas del Estado; conociendo las formas que emplean estas autoridades y conociendo la cultura de arbitrariedad que los acompaña, me perece que los procesos iniciados por causa de las actuaciones de estas autoridades, tienen más posibilidades de éxito.

Las sentencias que favorecieron las pretensiones de los ciudadanos, presentan, en mi opinión, dos deficiencias graves: 1. Sobrada indeterminación del fallo, de tal manera que las autoridades que la cumplirían, no lo hacen por considerar que no saben cómo cumplirlas. 2. La carta del victorioso es un instrumento para iniciar nuevos procesos para ejecutar lo resuelto, especialmente cuando se trata de indemnizaciones en dinero. 3. La sentencia no resuelve nada sobre el comportamiento de las autoridades emisoras del hecho agraviante; en materia de inconstitucionalidad es conocida la actitud de los diputados, al decidir a sabiendas de la inconstitucionalidad y manifestar que “eso lo resuelva la Corte”.

Con este trabajo y el que apareció en el Anuario 11, los lectores, investigadores, estudiantes, tendrán una idea, tal como dije al principio, lo más cercana posible a la realidad constitucional de El Salvador.

6. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional

El Hábeas Corpus Preventivo

1.) Expediente No.2-Q-95

Argumentación de la Sala. Sentencia de fecha:14.IV-97. Este Tribunal advierte que, en la jurisprudencia de esta Sala, se acepta la existencia del hábeas corpus preventivo, el que tiene como finalidad proteger la libertad individual cuando existe la amenaza de restricción ilegítima, considerando que si la ley protege tal derecho fundamental cuando es ilegalmente restringido, debe hacerlo también cuando la restricción ilegal 110 existe pero es inminente su producción.

Expediente No.213-2001

Argumentación de la Sala. Sentencia de fecha: 25-II-2003. "En el derecho comparado y en la doctrina se ha llegado a definir el hábeas corpus preventivo como aquel tipo de procedimiento de hábeas corpus, que se otorga para proteger a los administrados contra la amenaza de eventuales detenciones. Para tales efectos, nos dice Pedro Néstor Sagüez, que para que se configure el hábeas corpus preventivo , deben darse determinadas exigencias particulares: a) Un atentado a la libertad decidido y en próxima vía de ejecución: los simples actos preparatorios no son en principio al menos, suficientes. b) la amenaza a la libertad tiene que ser cierta, no conjetural o presuntiva.

Expediente No. 99.2001

Argumentación de la Sala. Sentencia de fecha 31-I-2002. El hábeas corpus preventivo ha sido definido en muchas ocasiones como aquél, que tiende a prevenir una lesión por producirse y tiene como supuesto de precedencia la amenaza de eventuales detenciones ilegales, a fin de evitar que se materialicen, y es que su objetivo es precisamente impedir que la persona sea detenida, luego de haber sido objeto de una decisión por cuya virtud se pretenda restringir su derecho de libertad de manera arbitraria o en contravención a la Constitución, es decir, sirve como mecanismo de protección a la libertad corporal frente a amenazas, las cuales no pueden bajo ningún punto de vista constituir meras especulaciones.

Expediente No. 28-2001

Argumentación de la Sala: Sentencia de fecha 26-VI-2001. la doctrina procesal constitucional acepta la existencia del hábeas corpus preventivo, el cual protege la libertad individual cuando existe una amenaza ilegítima contra ésta, y opera cuando la privación de libertad no se ha concretado, pero sí existe una amenaza cierta de que ello ocurra.

Expediente No. 210.99

Sentencia: 27-VII-99. En igual sentido que las anteriores

Expediente 279. 2000

Sentencia: 8-XII.2000. En igual sentido que las anteriores

Expediente No. 365. 2000

Sentencia: 12-I-2001. En igual sentido que las anteriores, con este agregado " Tomando en cuenta lo anterior , en I presente caso no existe restricción ilegal o inminente de la libertad del favorecido, pues no se ha podido comprobar que existe alguna medida que implique la restricción a tal derecho, bajo el supuesto de que el peticionario argumenta, pues no hay ninguna denuncia , ni requerimiento fiscal contra el favorecido (A contrario sensu, aun en caso de amenazas administrativas, podría hablarse de hábeas corpus preventivo).

TÍTULO XI

Jurisprudencia

Dos casos de Jurisprudencia Constitucional

Primer caso.

Consideraciones sobre los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. OJT.

Introducción

La ratificación - ahora fallida -de los Convenios 87 y 98de la OIT, generó y sigue generando mucha controversia y posiciones encontradas entre sindicalistas, políticos y juristas. Es natural que así sea, pues con la sindicación y contratación colectiva, como derechos de los trabajadores, se equilibra la relación laboral entre éstos y su empleador: el Estado.

La organización sindical tendrá un instrumento jurídico a su disposición, para negociar prestaciones sociales, económicas y culturales; el Estado queda obligado a pactar con sus servidores, las condiciones de trabajo, un hecho positivo que abona a la democracia, pues mediante el ejercicio de esta forma de control del poder, que corresponde a la sociedad civil, se reduce el autoritarismo y se desconcentra el poder, condiciones necesarias para la democracia y para el perfeccionamiento del estado de derecho.

No se puede negar y la doctrina así lo confirma, que en el Estado de derecho contemporáneo, se necesita el fortalecimiento de los poderes intermedios, para que la distribución del poder o separación de poderes, trascienda el esquema clásico de los tres poderes y se reconozcan otras estructuras que participen en el proceso y dinámica del poder, **(Löewenstein)** agenciándose un doble resultado: impulso a una sociedad pluralista y el paso de la democracia representativa, a un estadio cualitativo superior la democracia participativa.

Capítulo primero

Situación de los trabajadores estatales

1. Elemento sociológico laboral

Los Convenios de la OIT se crearon en 1948 y son parte de un proceso de reconocimiento de los derechos sociales, característica propia del siglo XX, cuando, después de la 2ª. Guerra Mundial, se advierte la necesidad de superar las condiciones sociales, económicas y culturales de los trabajadores, mediante formas jurídicas, reafirmando que la dignidad humana es la fuente y fin de todo derecho, y que éste, vincula a los poderes públicos.[117]

En El Salvador, los derechos de los empleados estatales han tenido en la Constitución, lamentablemente, el impedimento formal que ha frenado su pleno desarrollo, pues tanto la Constitución de 1950 como la de 1983, que aparentemente se inscriben en la corriente del Estado social de derecho, estableció para los empleados estatales, ***el régimen administrativo del servicio civil,*** luego desarrollado y regulado por una ley secundaria, dentro de una concepción autoritaria, con una estructura de mando de tipo vertical y el poder concentrado en los jefes de las unidades, con algunas concesiones, pero sin la posibilidad de participación de los mismos trabajadores ***(vid 218 y 219 Cn.).***

En estas circunstancias, el Estado cuenta con tres ejércitos: Fuerza Armada, Policía Nacional Civil y un ejército civil, los empleados estatales. Es en relación a estos últimos, que el verticalismo se rompería con la sindicación y la contratación colectiva.

La Constitución dispone expresamente que los derechos de los trabajadores, en cuanto a sindicación y contratación colectiva, están limitados a los trabajadores privados y de las instituciones oficiales autónomas. La afirmación de que los servidores públicos tienen un régimen cuasi castrense, se desprende de lo expuesto en la misma Constitución, pero mediante la adopción de estos convenios y otros de la misma naturaleza, esa concepción puede ser superada.

Los trabajadores estatales, de distintas forma han presionado al Estado, para que reconozca estos derechos; se han suscrito diversos Convenios que los reconocen entre ellos los de la OIT, la Asamblea Legislativa, aun en las circunstancias descritas en el párrafo que antecede, los ha ratificado, excepto los Convenios 87 y 98, que no sólo no logró ratificarlos sino que la Sala de lo Constitucional anuló el intento.

Una interpretación correcta de esta situación, exige el examen del contexto y no lecturas aisladas, aunque sean con buenas intenciones; en efecto, la Constitución ordena un régimen administrativo, en el que se establecen las características del servicio civil; ninguna interpretación doctrinal, personal o jurisdiccional podría rebasar el texto

117 vid. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

de la Constitución (vid. Título VII, cap. 1 Cn.); el intento de ratificación intentado por el gobierno, abortado por la sentencia de la Sala de lo Constitucional, confirma este aserto, aunque dicha sentencia, por otras razones, contiene errores insalvables.

2. Presiones al Estado

En los últimos meses del año 2005, una empresa extranjera habría amenazado con retirar sus inversiones en El Salvador, si no se ratificaban los Convenios 87 y 98 de OIT, condición necesaria para que la Unión Europea, mantuviera los beneficios arancelarios conocidos como SG plus; la advertencia fue retomada por el GOES y la Comisionada para la gobernabilidad, convocó a una mesa de trabajo, muy pluralista, para discutir el tema y proponer soluciones a la problemática que generaba el hecho anteriormente relacionado y su contraste con las disposiciones constitucionales.

No puede decirse que la posición de la empresa mencionada mostrara su interés en la ratificación de los convenios, por razones puramente mercantilistas, sino que tal actitud debe admitirse como parte de una cultura constitucional y de respeto a los derechos fundamentales, que se supone forman parte del acervo de los estados y empresas europeas, algo que todavía es una quimera en las respectivas contrapartes de nuestro país; sin embargo, las autoridades salvadoreñas se vieron compelidas a tomar algunas decisiones, encaminadas a romper con el pétreo sistema de reconocimiento a los derechos laborales, que todavía son parte de la cultura constitucional y social de El Salvador.

3. Análisis jurídico preliminar

En esas circunstancias, el que esto escribe recibió un llamado de la respetable comisionada para la Gobernabilidad y además coordinadora de la Comisión (CONAMOL), para que brindara opinión sobre el tema, ya que la mesa que debatía la ratificación de los convenios, estaba dividida en cuanto a que la ratificación de los mismos, podía hacerse válidamente por la Legislatura ordinaria o si era necesaria la reforma previa de la Constitución. Mi respuesta verbal, fue y sigue siendo, que es indispensable la reforma constitucional; posteriormente, ratifiqué por escrito esa opinión, en los términos siguientes:

1. La Constitución de El Salvador ha reconocido a los trabajadores y patronos privados, el derecho de constituir asociaciones profesionales o sindicatos (sindicación) o sea que se garantiza la libertad sindical art.47 Cn. Igual derecho concede a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas. Este reconocimiento no se extiende a los trabajadores y empleados al servicio del Estado, es decir, que éstos no pueden constituir organizaciones con libertad estatutaria y con titularidad para negociar condiciones laborales mediante contratos colectívos.(art. 47 Cn.).

La modificación de esa voluntad soberana, (que actualmente debe ser modificada por razones obvias) únicamente corresponde a su titular, es decir, al poder constituyente y no a los poderes constituidos, en consecuencia. Para que la libertad sindical

sea plena y se extienda a los trabajadores al servicio del Estado, es necesario reformar la Constitución mediante los procedimientos formales, pues de lo contrarío, se estaría reformando la Constitución de un modo irregular, violándose el art. 86 Cn., en cuanto al principio de legalidad y el art. 235 Cn., en cuanto al juramento constitucional y se modificaría la Constitución, mutándola (mutación), o sea utilizando un procedimiento irregular no previsto en el art. 248.

2. La ratificación de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, relacionados el primero, con la libertad de organización de los trabajadores y el segundo, relacionado con las formas de aplicación mediante procedimientos de negociación, de aquél, no sería posible en el marco normativo constitucional actual.

La Asamblea Legislativa ejerce el poder de legislar; es decir, que crea derecho, pero en el marco de sus límites y competencias; una norma fuera de su competencia material y formal, puede y debe ser atacada en sede constitucional. El legislador estaría reformando la Constitución, por la vía de una mutación constitucional; se crea derecho irregular (es un no derecho) pero no en el marco constitucional.

3. La ratificación de esos convenios es competencia de la Asamblea Legislativa, previa reforma constitucional, de por lo menos, dos de sus disposiciones, tales serían los arts. 47 y 221. En el art. 47, para hacerlo compatible con la libertad de sindicación de los empleados estatales y en el art. 221, para que los procedimientos de negociación, a que se refiere el convenio 98, especialmente la contratación colectiva, puedan tener uno de sus componentes básicos: el derecho de huelga.

4. El compromiso del gobierno de El Salvador en esta etapa, sería el de hacer las gestiones necesarias, en un compromiso serio y de buena fe, ante la Asamblea Legislativa de la República, a efecto de que tales disposiciones constitucionales sean reformadas, que hagan posible la aplicación de ambos convenios, o el punto pueda ser regulado por leyes internas o aplicando otros convenios, que tienen mayor amplitud normativa, que los convenios de OIT, tales son los casos de Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, la convención americana de Derechos Humanos, ampliada por el Protocolo de San Salvador.

5. Siendo que el gobierno de El Salvador, como Órgano Ejecutivo, no tiene iniciativa en materia de reformas constitucionales, su compromiso es de gestión ante la Asamblea Legislativa, para que ésta, haciendo uso de sus facultades constitucionales y aplicando lo dispuesto en el art. 248 Cn., introduzca las reformas necesarias para la ratificación, por ella misma, de los dos convenios ya relacionados.

6. El Órgano Ejecutivo, de conformidad a lo anteriormente expuesto, no estaría autorizado para someter dichos convenios a ratificación de la Asamblea Legislativa (art. 168, No. 4°. Cn.); pero sí puede darle cuenta de la existencia de ambos

convenios y pedirle que, si así lo considera, que se inicie el procedimiento de reforma constitucional.

7. La reforma constitucional, acordada para ese efecto, no comprendería a los miembros de los tres poderes del Estado, Fuerza Armada , Policía Nacional Civil y a jueces y magistrados, pero deberán garantizárseles los derechos que la Constitución y las leyes les confieren.

8. La reforma deberá encomendar al legislador secundario la garantía de la prestación de los servicios esenciales a la comunidad.

9. Es previsible que el legislador requiera de autorización expresa para modificar o reformar la normativa secundaria, que resultare afectada por la reforma constitucional.

10. Las presentes consideraciones constituyen el fundamento de una posible reforma constitucional y política y su desarrollo ulterior corresponde a decisiones de Estado.

San Salvador, 19 de octubre del 2005 Dr. Mario Solano

Dr. Mario Solano

Si las gestiones se hubieran hecho en aquel momento, antes de que tomara posesión la Asamblea del 2006, el destino de los convenios sería otro. Una comisión integrada por dos respetables juristas y apreciables amigos y el que esto escribe, elaboraron un informe que fue presentado al gobierno. Éste lo adoptó según su conveniencia, con los resultados ya conocidos; para efectos de este ensayo, tomo prudente distancia del mencionado informe.

Capítulo segundo

El Derecho de Asociación y el Derecho a la Igualdad

1. El derecho de asociación

Para comprender la situación jurídica de los convenios, después de los acontecimientos relacionados, el verdadero espíritu que los anima y la necesidad de sostener los esfuerzos hasta hoy realizados, me parece oportuno relacionar dos derechos fundamentales claves para ese efecto, tales son los derechos de asociación y el de igualdad.

Si las personas no tienen el derecho de asociarse o reunirse, de qué serviría la libertad de expresión. Los derechos de libre expresión, reunión y asociación, se necesitan entre sí, y la protección de uno sigue la protección del otro. Rousseau, sin embargo, "consideraba que lo importante era la opinión de los individuos, que no era

ninguna sociedad parcial, sino los individuos los que iban a conformar la voluntad general, y que cada hombre opine por sí mismo". Todo como una forma de mantener posiciones en contra de la sociedad estamental, que la revolución habría destruido.[118]

No obstante, el derecho de asociación para conformar asociaciones intermedias -y no propiamente la resurrección de los estamentos o castas del antiguo régimen- aparecerán en las postrimerías del siglo XIX., cuando la sociedad resiente los efectos del capitalismo liberal que produce el empobrecimiento de la clase obrera y los movimientos sociales exigen nuevas formas para afrontar la problemática social y económica.[119]

El constitucionalismo liberal salvadoreño ha defendido el derecho de asociación, a partir de la Constitución de 1883, aunque no precisamente en el campo del derecho de los trabajadores, pues la idea del estado social de derecho, aparece en forma tardía en nuestro sistema constitucional y es hasta en la Constitución de 1950, en que se consagra un capítulo especial, como Trabajo y Seguridad Social, pero con referencia expresa a los trabajadores privados y de las instituciones oficiales autónomas , en lo relativo al derecho de sindicación y contratación colectiva.

2. El derecho a la igualdad

La igualdad es un presupuesto constitucional. Como la libertad y junto a ella, se erigen como columnas necesarias para construir la arquitectura constitucional y sin ellas hablar de constitucionalismo sería una burla y una ofensa a la inteligencia humana y un desprecio rotundo a la idea de dignidad humana como principio y fin del estado y de cualquiera otra forma lícita de poder.

La Declaración de Derechos del Estado de Virginia, de la Unión Americana , en su pórtico se leía "Todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres e independientes". En el Punto IV proclamó que ***"Ningún hombre o grupo de hombres tienen derecho a privilegios o ventajas exclusivas;"; en 1789 la Revolución Francesa proclamó que "todos los hombres nacen libres e iguales en derechos (art. 1) y que la ley es la expresión de la voluntad general, ella debe ser la misma para todos ya si los protege o los castiga. Si los ciudadanos son iguales a sus ojos, son admisibles a todas fas dignidades, puestos públicos, etc"***...(art.6). Una clara advertencia al derrocado ancien régimen, en el que los ciudadanos tenían derechos según su casta o clase.

No debe de confundirse con el igualitarismo, en el sentido de ser "iguales a los demás", lo que está fuera de toda lógica, de lo que se trata es de que los seres humanos deben ser tratados en la misma forma, es decir, un reconocimiento a su dignidad. No

118 Rousseau. El Contrato Social, Cap. 111 . "De si la voluntad general, puede errar". Alianza Editorial. Madrid. 1980.

119 Walter Theimer Cap. XV. Historia de las Ideas Políticas. Ediciones Ariel. Barcelona. 1969.

es independiente de otros derechos, es un derecho relacional, siempre se manifiesta o expresa en relación a otros derechos: Tengo libertad económica, puedo competir, tengo propiedad; tengo capacidades, quiero estudiar, tengo derecho a la educación, etc.

Una declaración más pragmática dice que no es que los hombres sean iguales; pero deben ser tratados como si lo fueran y que es admisible el tratamiento desigual, si con ello se logran armonizar los desajustes colectivos, que necesariamente se soportan como designios de la naturaleza o la ubicación social y, conocidas esas realidades, la Constitución aproximará a los ciudadanos a condiciones y tratamientos de igualdad.

3. Control del poder

Cuando Montesquieu ha indicado que es propio de la naturaleza de las cosas, que todo hombre que detenta el poder tiende a abusar de él, por lo que es necesario que el poder detenga al poder (Le pouvoir arrete le pouvoir), estaba indicando la necesidad de que en el Estado debería de existir la separación de poderes, teoría que la dejó establecida en su obra "El Espíritu de las Leyes" (Libro Sexto Cap. 11).[120] Posteriormente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, lo dejó establecido en el Art. 16: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes, carece de constitución."

Constitucionalistas contemporáneos como Peter Haberle, (Alemania), Bidart Campos (Argentina), Rubio Llorente (España), Diego Valadés (México), refiriéndose a este tema, lo analizan como una problemática de control del poder. En efecto, es necesario que se considere al Estado, como un medio y no como un fin en sí mismo, una estructura cuya única explicación es la de garantizar a toda persona el goce de los derechos fundamentales (derechos humanos) en un ambiente de libertad; véanse algunas de esas opiniones:

"La época del estado unitario, rígido y de máxima concentración de poder, ha concluido, en la medida en que su finalidad es la protección de los derechos fundamentales; que tome en serio la democracia en lo pequeño, en lo local..." (Haberle). "El fraccionamiento de las tareas estatales en distintos cometidos asignados a distintos órganos, de una parte, y de la otra, la necesaria cooperación de éstos en la adopción de determinadas decisiones, asegura la limitación de cada uno de los centros de poder" (Rubio Llorente .La Forma del Poder);[121] "Los poderes intermedios de la sociedad (partidos, sindicatos) ejercen una forma de control vertical, al confrontarse como sujetos sociales frente al aparato estatal" (Valadés).[122]

---

120 Montesquieu. El Espíritu de las Leyes.

121 La Forma del Poder. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

122 Diego Valadés. El Control del Poder, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F.

En esta perspectiva debe ubicarse la ratificación de los convenios ya relacionados y aparte de las resistencias de centros de poder, alejados de los principios de solidaridad y de convivencia social, se puede afirmar que la inmensa mayoría de sectores y de ciudadanos, están de acuerdo en que los trabajadores estatales tengan dispositivos jurídicos, para regular las relaciones laborales, entre ellos y el Estado.

Con todo, introducir un cambio de esta naturaleza requiere de un análisis constitucional muy serio y técnico. No se pueden dar respuestas emotivas que sólo generan mayores ansiedades y expectativas exageradas, ya sea para asegurar la vigencia formal de los convenios, como por los efectos de su aplicación en el tiempo; tal como se dirá oportunamente, la situación se ha complicado con la resolución de la Sala de lo Constitucional.

Capítulo tercero

Convenios 87 y 98 de la OIT

1. Parte dispositiva del Convenio 87 de la OIT

Se transcribe la parte dispositiva de ambos convenios, prescindiendo en esta oportunidad de otras reglas -también importantes, pero que para efectos de este ensayo no tienen mayor incidencia, en lo que adelante se explicará.

Tal como se había previsto, el decreto legislativo por el cual fue ratificado este convenio, fue declarado inconstitucional por la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, resolución que más adelante será comentada. Nótense las frases que se destacan en los arts. 2 y 11 de este documento, el primero, que motivó la desafortunada declaratoria de la Sala de lo Constitucional; el segundo, que podría generar problemas de constitucionalidad y no fue analizado y resuelto por la sala. Si se ratificare la reforma constitucional propuesta, según se verá adelante, este convenio quedará ratificado lpso jure; solamente por decisión del poder constituyente, se puede dejar sin efecto la resolución de la Sala de lo Constitucional, quien actuando como intérprete supremo de la Constitución, sus sentencias tienen efectos erga omnes y están por encima de cualesquiera de los otros poderes constituidos.

Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

Parte l. Libertad sindical

Art. 1.— Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio, se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.

Art. 2.—los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Art. 3.

1. las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Art. 4.—Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Art. 5.—Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Art. 6.—Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Art. 7.—La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones, no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.

Art. 8.

1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Art. 9.

1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía, las garantías previstas por el presente Convenio.

2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio.

Art. 10.—En el presente Convenio, el término «organización» significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

Parte II. Protección del derecho de sindicación.

Art. 11.—Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio, se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

2.— Parte dispositiva del Convenio 98 de la OJT.

Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Nota: Repárese en lo que dispone el art. 4 de este Convenio, que podría reñir con los art. 39 y 47 de la Constitución de El Salvador y que no fue analizado y resuelto por la Sala de lo Constitucional. Quiere decir que este Convenio es ley de la república, está vigente ya que la sentencia de la Sala, es de carácter constitutivo, no es declarativa, en consecuencia no se puede extender la inconstitucionalidad a otras normas. Si se ratificare la reforma constitucional, que se hará referencia más adelante, este Convenio deberá ser aplicado ipso jure.

Art. 1.

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarle en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Art. 2.

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Art. 3.—Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

Art. 4.—Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Art. 5.

1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio, en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio.

Art. 6.—El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.

Art. 7.—Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al director general de la Oficina Internacional del Trabajo.

Art. 8.

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo, cuyas ratificaciones haya registrado el director general.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el director general.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

3. Ratificación de los convenios

En la discusión y decisiones tomadas sobre la ratificación de estos convenios, se manejaron posiciones diferentes, poniendo a prueba la habilidad y capacidad del gobierno en el proceso de uno de los cambios más trascendentales que, en el campo democrático y de confirmación del Estado de derecho, podría impulsarse. Entre éstas menciono:

1. En el año 2006, el gobierno tomó la decisión de llevar adelante y en forma simultánea, la ratificación de los Convenios 87 y 98 y otros, de la OIT, la reforma del art. 47 de la Constitución y reformas a la legislación secundaria. Una decisión contradictoria, de la cual lo único válido, es el acuerdo por el que se aprobó la reforma constitucional.

2. La vía que el suscrito y posteriormente la comisión de juristas, recomendó al gobierno, fue la de ir primero y únicamente por la reforma constitucional.

Completado el proceso de reforma constitucional, mediante legislación interna o, mediante la plena observancia de estos Convenios y otros que ya están suscritos e inclusive ratificados por El Salvador, se reconocieran los derechos de los servidores estatales.

Es necesario rescatar otros convenios, tales como: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y sociales, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, los cuales ya confieren estos y otros derechos para todo trabajador, propiciándose un modelo diferente para ordenar las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores, que haga posible la participación, igualitaria de las partes, para organizar y ejecutar las políticas laborales públicas; sin embargo, no constituyen derecho positivo, por la falta de aplicación, aunque han corrido mejor suerte que los Convenios de la OIT, pues no pesa sobre ellos declaratoria de inconstitucionalidad.

3. Otra vía, analizada por otros juristas y sectores, era la de llevar únicamente la ratificación de los convenios, pues según sus defensores no era necesaria reforma constitucional alguna; un acto suicida, se habría cometido al aceptar esa sugerencia, pues a estas alturas y con la resolución de la Sala, los trabajadores estatales no tendrían absolutamente nada.

4. Otros analistas habían expresado opinión en el sentido de que estos derechos podrían reconocerse, modificando la normativa secundaria por medio de la Asamblea

Legislativa, y además, la ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT, mediante solicitud del gobierno, al Órgano Legislativo, todo sin necesidad de reformar la Constitución.

Esta vía, aparentemente la más fácil de manejar, traería consecuencias jurídico-constitucionales insostenibles y que posteriormente hubieran creado un ambiente de incertidumbre, inseguridad jurídica y resistencias sectoriales, más complicadas para el Estado, teniendo el mismo carácter suicida de la anterior.

Capítulo cuarto

Proceso de reforma constitucional

1. Primera fase: Antes del 2006

Si se hubiera aceptado la recomendación de reformar la Constitución, para la ratificación pura y simple de los convenios, probablemente ya habrían ocurrido importantes y complejos eventos jurídicos , políticos y sociales; primero, se estaría por ratificar de parte de la Asamblea Legislativa, la reforma acordada del art. 47 de la Constitución; es probable que eso ya hubiera ocurrido o talvez no, si tomamos en cuenta que a la oposición nunca le ha caído en gracia la reforma constitucional; no conozco los argumentos que expliquen tal actitud.

Si se hubiera ratificado, el gobierno tendría ya las primeras presiones de los trabajadores estatales, no sólo para obtener el derecho de sindicación, sino la presión para que los primeros contratos colectivos, se aplicaran en el 2009. Esta misma situación se daría, si la Sala de lo Constitucional no hubiera declarado inconstitucional el Decreto de ratificación de los Convenios.

2. Segunda fase: Después del 2006

Ya se ha descrito lo que ocurrió después de que el gobierno, al crear su propia "torre de Babel", no encontró la salida correcta para hacer lo correcto. Por una parte, una comisión, recomendando y argumentando ante la Asamblea Legislativa, que se llevara adelante la reforma constitucional, y por otra, el gobierno, además de la reforma constitucional, logró la ratificación de los convenios y reformas a algunas leyes secundarias.

Lo anteriormente descrito contiene una contradicción de fondo, ya que por una parte, se pidió la ratificación pura y simple de los convenios, pero se pedía también la reforma constitucional, porque la Constitución no autoriza la sindicación y contratación colectiva de los trabajadores estatales. La ratificación fue apoyada por todos los partidos.

3. Acciones erráticas

Tengo la impresión de que en el ánimo y conocimiento de los diputados, no había suficiente convencimiento de lo que estaban por votar; sin embargo, por los cuestionamientos, me parece que un sencillo ejercicio de lógica, los llevaba a la conclusión de que las acciones por tomar, eran contradictorias y excluyentes; la oposición sólo presentaba como argumento, que la ratificación era viable porque "lo que no está prohibido está permitido" y por ese motivo no votó por la reforma constitucional; pero sí por la ratificación de los convenios.

Capítulo quinto

Decretos Legislativos números 74 y 75. Ratificación de los convenios

De conformidad a las acciones realizadas anteriormente y las gestiones que el gobierno hizo ante la Asamblea Legislativa , ésta decidió ratificar los convenios mediante la aprobación de los siguientes instrumentos jurídicos. Es oportuno destacar que El Salvador no había suscrito estos convenios de naturaleza laboral de la OIT, no obstante que los Convenios 87 y 98, se habían puesto a disposición de los Estados, desde 1948, demostrando la resistencia del Estado, a conducir las relaciones laborales con sus servidores por procedimientos democráticos; en efecto, tanto la adhesión, como la ahora fallida ratificación, se hicieron con enorme tardanza.

Decreto No. 74

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

Que el 9 de julio de 1948, se adoptó por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio No. 87, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación.

Que el 12 de agosto del 2006, el gobierno de la República de El Salvador, se adhirió al Convenio en referencia, a través del Acuerdo Ejecutivo No. 574.

Que dicho Instrumento Internacional ha sido aprobado por el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el Acuerdo No. 578, de fecha 14 de agosto del 2006, y sometido a consideraciones de esta Asamblea Legislativa, para su ratificación e inclusión en el ordenamiento juridico salvadoreño, vigente y positivo.

Que el Convenio antes relacionado constituye, sin lugar a dudas, un importante sustrato jurídico internacional, que reafirma y consolida el espíritu del constituyente salvadoreño de 1983, quien a su vez retoma los ideales consagrados en las Constituciones de 1950 y 1962, reivindicando y elevando al rango supremo y fundamental, los derechos y garantías de los trabajadores, contemplados en el Capítulo II, Sección 2ª. de nuestra Carta Magna.

Que sobre la base de las razones expuestas en las Consideraciones anteriores, es oportuno y conveniente para los intereses de la nación y del pueblo salvadoreño ratificar en todas las partes del Convenio a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación.

DECRETA:

Art. 1. Ratificase en todas sus partes el Convenio No. 87, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 9 de julio de 1948; instrumento internacional que consta de: Un Preámbulo, y Veintiún Artículos, al cual el gobierno de la República de El Salvador se adhirió por medio del Acuerdo Ejecutivo No. 574, del 12 de agosto del 2006 y posteriormente fue aprobado por dicho Órgano Fundamental del Estado, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Acuerdo No. 578, del 14 de agosto de 2006.

Art. 2. El presente Decreto entrará en vigencia de conformidad a los establecido en el Art. 15 del Convenio, previa su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil seis.

RUBÉN ORELLANA

PRESIDENTE

Siguen firmas

DECRETO No. 75

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR CONSIDERANDO:

Que el 1°. de julio de 1949, se adoptó por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio No. 98, relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva.

Los considerandos que siguen son iguales a los del Decreto anterior y por eso se omiten.

DECRETA:

Art. 1. Ratificase en todas sus partes el Convenio No. 98, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 1°. de Julio de 1949; instrumento internacional que consta de: Un Preámbulo, y Dieciséis Artículos, al cual el gobierno de la República de El Salvador se adhirió por medio del Acuerdo Ejecutivo No. 575, del 12 de agosto del 2006 y posteriormente fue aprobado por dicho Órgano Fundamental del Estado, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante Acuerdo No. 579, del 14 de agosto de 2006.

Art. 2. El presente Decreto entrará en vigencia de conformidad a lo establecido en el Art. 8 del Convenio, previa su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIOS LEGISLATIVO: San Salvador, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil seis.

RUBÉN ORELLANA

PRESIDENTE

Siguen firmas.

Capitulo sexto

1. Reforma constitucional

De conformidad a la decisión gubernamental, al ratificarse los Convenios debía de promoverse la reforma constitucional de los arts. 47 y 48 de la Constitución.

1. ACUERDO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES No.1

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. CONSIDERANDO:

Que la constitución de la República en su articulo 47 consagra el derecho de sindicación de los trabajadores privados, y con relación a los trabajadores del sector público, reconoce únicamente este derecho a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas.

Que los demás trabajadores del Estado y municipales, son parte de la clase trabajadora en general, por lo que se hace necesario regular el ejercicio del derecho libre sindicación a favor de los mismos, excluyendo los que de acuerdo con la Constitución y Convenios Internacionales no pueden gozar de este derecho.

Que careciendo nuestro ordenamiento constitucional de disposiciones habilitantes para el ejercicio del derecho de libre sindicación por parte de todos los trabajadores del Estado y municipales, es necesario emitir las reformas constitucionales pertinentes.

POR TANTO,

(Nombres de diputados mocionantes)

ACUERDA:

Las siguientes reformas a la Constitución de la República emitida por Decreto No. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 81 de fecha 16 de diciembre del mismo año, de la Asamblea Constituyente, la cual se considera en forma individual para su ratificación.

Art. 1— Reformase el Art. 47 de la siguiente manera:

"Art. 47. Los patronos y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos. El mismo derecho tendrán los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, los funcionarios y empleados públicos y los empleados municipales.

No dispondrán del derecho consignado en el inciso anterior, los funcionarios y empleados públicos comprendidos en el inciso tercero del Art. 219 y 236 de esta Constitución, los miembros de la Fuerza Armada, de la Policía Nacional Civil, los miembros de la carrera judicial y los servidores públicos que ejerzan en sus funciones poder decisorio o desempeñan cargos directivos o sean empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

En el caso del Ministerio Publico, además de los titulares de las instituciones que lo integran, no gozarán del derecho a la sindicación sus respectivos adjuntos, ni quienes actúan como agentes auxiliares, procuradores auxiliares, procuradores de trabajo y delegados.

Dichas organizaciones tienen derecho a personalidad jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus funciones. Su disolución o suspensión sólo podrá decretarse en los casos y con las formalidades determinadas por la ley.

Las normas especiales para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales del campo y de la ciudad, no deben coartar la libertad de asociación. Se prohíbe toda cláusula de exclusión.

Los miembros de las directivas sindicales deberán ser salvadoreños por nacimiento y durante el período de su elección y mandato, y hasta después de transcurrido un año de haber cesado en sus funciones, no podrán ser despedidos, suspendidos disciplinariamente, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa calificada previamente por la autoridad competente.

Asimismo, se reconoce a los trabajadores y empleados mencionados en la parte final del inciso primero de este artículo, el derecho a la contratación colectiva, con arreglo a la ley. Los contratos colectivos comenzarán a surtir efecto el primer día del ejercicio fiscal siguiente al de su celebración.

Una ley especial regulará lo concerniente a esta materia".

RUBÉN ORELLANA MENDOZA PRESIDENTE

Siguen firmas...

2. ACUERDO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES No.2

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de ia República en su artículo 48 consagra y garantiza el derecho de huelga de los trabajadores.

Que resulta necesario establecer limitaciones al derecho de huelga, a fin de que el ejercicio de tal derecho no afecte la prestación de los sen,icios públicos esenciales a la comunidad.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los diputados (Nombres de diputados mocionantes)

ACUERDA,

Las siguientes reformas a la Constitución de la República emitida por Decreto No. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281 de fecha 16 de diciembre del mismo año, de la Asamblea Constituyente, la cual se considera en forma individual para su ratificación.

Art. 1. Refórmase el Art. 48 de la siguiente manera:

"Art. 48. Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales determinados por la ley. Para el ejercicio de estos derechos no será necesaria la calificación previa, después de haberse procurado la solución del conflicto que los genera mediante las etapas de solución pacifica establecidas por la ley. Los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que estos los generan mediante las etapas de solución pacífica establecidas por la ley. Los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que éstos se inicien.

La ley regulará estos derechos en cuanto a sus condiciones y ejercicio".

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO. San Salvador, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil seis.

RUBÉN ORELLANA MENDOZA PRESIDENTE

Siguen firmas...

3. Alcances de la reforma constitucional

De conformidad a lo dispuesto en el art. 248 Cn., las reformas acordadas, para su vigencia efectiva, deben de ser ratificadas por la Asamblea Legislativa , que tomará posesión el año 2009 y que termina su período el treinta de abril del 2012. Lo que está ocurriendo en este momento es una dinámica de poder constituyente que, como poder de reforma, se encuentra en dispuesto en el art. 248 Cn.

La ratificación requiere de mayoría calificada, es decir, los dos tercios de los diputados electos, que en su momento tendrán que retomar la decisión de la anterior Asamblea y en una decisión más política que jurídica, determinarán si procede o no la ratificación; de lo que se conoce en ese campo, hasta este momento, algunos voceros de la oposición han manifestado no estar de acuerdo con las reformas y si se confirma esa posición.

Cuando la reforma se ponga a discusión, podría ser que ésta fuera abortada; dependerá las cosas de las correlaciones y del interés y compromiso social que las fracciones tengan en su oportunidad. A la fecha se mantiene el interés que, en su momento, manifestaron la Unión Europea y las empresas, a efecto de que El Salvador reconozca la necesidad de crear condiciones de participación de los trabajadores en las relaciones laborales que establezcan con el Estado.

Forma parte de una cultura constitucional que se manifiesta en la necesidad de superar los esquemas autoritarios que todavía etiquetan a los gobiernos latinoamericanos, como que si fuera muy difícil entender que los derechos de asociación y a la igualdad, son derechos fundamentales de la persona humana que contribuyen a la armonía social y a reducir los niveles de polarización que aún anidan en la conciencia de algunos gobernantes y centros de poder.

Alemania lo tiene muy claro al proclamar que el Estado alemán es de carácter democrático y social y que la legislación laboral con su sistema de prestaciones materializa jurídicamente a ese estado social y vincula a todos los poderes públicas para lograr su efectividad.

La reforma sigue reconociendo el derecho de los trabajadores privados, e incluye en forma expresa, y no deja ninguna duda de que los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, los funcionarios y empleados públicos y municipales tienen también ese derecho. Nótese que no se aceptó el concepto "trabajador", para los estatales y municipales, lo que refleja todavía que ciertos mitos del pasado todavía presionan la mente de las esferas de poder; pero al menos la inclusión, aunque sea con términos administrativos, puede calificarse de procedente.

Capítulo séptimo

Inconstitucionalidad de la ratificación.

1. Sentencia de la Sala de lo Constitucional

Teniendo como base los argumentos y fundamentos dados en los considerandos que preceden, esta Sala concreta que el contenido del parámetro de constitucionalidad fue delimitado por el constituyente en el sentido de reconocer el derecho de libertad sindical a los patronos y trabajadores privados, como consecuencia de las circunstancias que antes se han señalado. También el constituyente incorpora en el ámbito de ese derecho a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, no porque éstas sean entes privados, sino porque disponen de su propio patrimonio y en ese sentido lo utilizarán de acuerdo a sus necesidades. Además, según las ***perspectivas*** actividades que dichas instituciones realicen, en caso de se necesario, el Estado siempre podrá asumir directamente la prestación de los servicios públicos, "cuando los intereses sociales así lo exijan", Art. 110 inc. 4°. Cn.

Ahora bien, la exclusión que hace el constituyente no puede ser entendida como contraria a la Constitución, ya que es la misma norma constitucional la que no comprende a los servidores públicos dentro del ámbito del derecho de libertad sindical; pero como contraparte a esa exclusión, se establece el régimen no sólo de los deberes de los servidores públicos sino además se reconoce como parte de los derechos de éstos, el de estabilidad laboral.

En consecuencia, la vigente Constitución reconoce un derecho general de asociación - artículo 7 Cn.-, es decir, cualquier persona puede asociarse libremente con otra u otras para constituir entes colectivos; sin embargo, no reconoce un derecho de libertad sindical en sentido general-artículo 47 inciso 1°. Cn.-, sino que lo hace de forma particular para los patronos y los trabajadores del sector privado y de las instituciones oficiales autónomas. Es de forma particular, porque no se establece un derecho de libertad sindical para todo trabajador, lo hace únicamente para un sector laboral; aspecto que es regulado en igual sentido por el Código de Trabajo, específicamente en el artículo 204.

De acuerdo con la interpretación constitucional justificada en esta sentencia, parece claro que la expresión "sin ninguna distinción" utilizada por el Art. 2 del Convenio 87, como fórmula expansiva del derecho a la libertad sindical, es contraria a la Constitución, puesto que la Ley Fundamental sí distingue entre los titulares de tal derecho, al reconocerlo expresamente en forma particularizada y limitada a ciertas categorías subjetivas, dentro de las cuales no se encuentran los empleados públicos, por cuanto la Constitución establece para estos servidores un régimen de derecho público administrativo que es incompatible con la titularidad y el ejercicio del derecho a la libertad sindical, en los términos regulados por los Convenios de la OIT impugnados

en este proceso. Sin embargo, el resto del contenido de las disposiciones impugnadas admite una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de que la regulación a que se refieren, así como cualquier otra incorporada al ordenamiento jurídico vigente para regular el ejercicio del derecho de libertad sindical, es aplicable únicamente a los sujetos identificados expresamente en el Art. 47 inc. 1°. Cn.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta sala.

Falla:

Sobreséese en el presente proceso respecto de la demanda presentada por el ciudadano Josué Gustavo Adolfo Torres Rivera, en cuanto a la inconstitucionalidad por vicio de forma de Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 87 relativo a la libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, por la supuesta violación al artículo 145 de la Constitución.

1. Sobreséese en el presente proceso respecto de las pretensiones expuestas por los ciudadanos demandantes, el primero en cuanto a la inconstitucionalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número: (i) 87 "Convenio de Sindicación y de Negociación Colectiva", y del segundo, en cuanto a la inconstitucionalidad de los Arts. 2 y 3 del primero de los Convenios antes relacionados, por la supuesta violación al artículo 221 de la Constitución.

Sobreséese en el presente proceso respecto de las pretensiones expuestas por el ciudadano Rafael Arturo Muñoz Canizález, en cuanto a la inconstitucionalidad de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número: (i) 87 "Convenios relativo a la libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación" y (ii) 98 "Convenio relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva", por la supuesta violación a los artículos 31 Ord. 9°. y 227 de la Constitución.

Declárase, de un modo general y obligatorio, que la expresión "sin ninguna distinción" utilizada por el Art. 2 del Convenio de la OIT No. 87 "Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación", es inconstitucional porque contraviene el artículo 47 inc. 1°. de la Constitución, en tanto que esa fórmula del Convenio extiende el derecho a la libertad sindical hacia los empleados públicos, quienes no están comprendidos en la determinación constitucional de los titulares de [...]

2. Análisis de la sentencia de la Sala

2.1. La sentencia que se pronuncia en esta clase de procesos es de carácter constitutivo, es decir, que es hasta el final del proceso que se determina si existe la inconstitucionalidad alegada o no; pero no existe ningún antecedente al cual atribuirle o negarle un derecho, por eso no es declarativa, sino que de carácter constitutivo; en tal sentido, resultan infundadas las decisiones relacionadas con el sobreseimiento, que como en este caso se han pronunciado, ya que la calidad de cosa juzgada de estas sentencias, está en duda y se puede impugnar o controvertir de nuevo, pues la Sala, más que un tribunal, actúa como un legislador negativo y podría prever su propia resolución. El sobreseimiento implica no entrar a conocer el fondo de lo pedido, pero en materia constitucional, que es un procedimiento de estricto derecho, la controversia se define por una decisión de fondo.

La Sala, frecuentemente, ha recurrido a la figura del sobreseimiento, aun sin tener en el procedimiento causales determinadas, sino que lo hace aplicando por analogía el proceso de amparo, teoría que no comparto, pues la naturaleza diferente de los procesos no permite la aplicación analógica; en igual forma, la Sala ha extendido, en materia de amparo, las causales de sobreseimiento, aun sin estar determinadas en la ley, favoreciendo en tales casos los intereses del Estado, como autoridad demandada.

2.2. En el presente caso, estando en curso una reforma constitucional por la cual, los motivos de la inconstitucionalidad de ahora dejarían de serlo, por el cambio constitucional, la sentencia de la Sala, ipso jure quedaría también sin ningún efecto; si no se ratificare la reforma constitucional, la sentencia de la Sala estará vigente erga omnes y por tiempo indefinido, afectando no sólo los Convenios de la OIT, sino también otros instrumentos internacionales suscritos por El Salvador y que inclusive ya están ratificados

Sobre este aspecto, el joven jurista José Carlos Malina Méndez, sostiene: " Los Tribunales Constitucionales, que comenzaron actuando como "legisladores en sentido negativo" han evolucionado, a tal punto que, desde hace tiempo, han abandonado en gran medida tal función y se ha dado un paso más asumiendo tareas claramente positivas de creación de derecho, adoptando tipos de sentencia, conocidas con diferentes denominaciones, según los países: interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, entre otras."[123]

En este sentido, esta Sala se ha pronunciado en los casos de interpretación conforme (sentencias interpretativas) v. gr., en las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad 15-96 del 14-11-97 (Ley de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado); 5-99 del 20-Vll-99 (Ley del Consejo Nacional de la Judicatura) y 24-97 (Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz). Y sobre todo, en el caso que nos ocupa, en un tipo de sentencia que podría denominarse

123 Molina Méndez. "Constitución y Procesos." Obra en preparación, a cargo del autor de este Ensayo.

integrativa o basada en la interpretación sistemática, cuyo precedente lo encontramos en el proceso de lnconstitucionalidad 3-93 del 22-X-99 (Ley de Creación del Centro Nacional de Tecnología Agropecuaria y Forestal).

Me parece, respetando la opinión del Lic. Malina, que el hecho de que la Sala ha ampliado su capacidad interpretativa, no cambia la naturaleza del órgano y en esta materia, estos organismos tienen una función predominantemente legislativa, desde el ámbito jurisdiccional, lo cual no debe extrañarnos, pues el proceso de formación de la ley, requiere de la intervención de los órganos fundamentales, a veces de los tres como en este caso. "No se trata de un juicio lógico -la sentencia- en la que se resuelva un caso particular y concreto, de carácter singular, típico de las sentencias, sino que el efecto erga omnes la pone en la situación de una norma general, nada más que expresada en forma negativa".[124]

2. 3. La Sala, sin embargo, en mi opinión, cometió tres errores en ese fallo:

2. 3.1. Declarar "de un modo general y obligatorio, que la expresión "sin ninguna distinción" utilizada por el art. 2 de del Convenio de la OIT, No. 87, es inconstitucional porque contraviene el art. 47 de la Constitución, en tanto que esa fórmula del Convenio extiende el derecho a la libertad sindical, hacía los empleados públicos...", cosa que el Convenio no dice. La posible inconstitucionalidad del convenio estaría en el art. 11 del mismo, por el hecho de que las autoridades del Estado deben reconocer el derecho a la sindicación; pero, por lo dicho en el art. 2 del convenio no, porque el derecho de asociación está reconocido por el art. 7 de la Constitución.

Un error de lógica jurídica, en el sentido de que la Sala no declara inconstitucional la norma sino que uno de sus componentes, tomando la parte por el todo; la Sala tiene, como atribución, resolver sobre la inconstitucionalidad de leyes o disposiciones, no de frases o términos; en estricto derecho, no se ha resuelto sobre la inconstitucionalidad de la norma, sino sobre una frase; distinto sería si la Sala hubiera dicho; declárase que el art. 2, del Convenio (disposición normativa), es inconstitucional porque, al utilizar la frase "sin ninguna distinción", incluye a todas las categorías de trabajadores

¿Por qué la Sala utilizó esa fórmula y no la que se expresa en este estudio? Porque advierte que, por tal razón, esta norma no puede ser inconstitucional, ya que asociarse es un derecho de toda persona y que estaría amparado por el art. 7 de la Constitución.

La inconstitucionalidad de la ratificación del Convenio, está en que se adoptó el art. 11 del mismo, que es el que manda que las autoridades de los estados miembros, reconozcan la calidad sindical a las asociaciones que se constituyan; pero esto no se ha declarado inconstitucional, de tal manera que una disposición viciada está vigente y una disposición conforme a la Constitución se ha declarado que contraviene ésta.

---

124 García de Enterria, Eduardo. La Constitución y el Tribunal Constitucional. Civitas, Madrid.

2. 3. 2. La Sala pronunció el fallo, aceptando el informe de la 2ª. designada a la presidencia de la República y encargada del despacho; sin que se sepa si el presidente, vicepresidenta, o primer designado, estaban incapacitados legalmente para comparecer; si en el proceso no consta esta justificación, la sentencia de la Sala sería nula, por error procesal insalvable; lamentablemente este incidente no es destacado en la motivación de la sentencia y lo que se diga sobre este punto sería más bien mera especulación. Aclaro que no he tenido acceso al expediente que se abrió para este efecto y que mis observaciones y comentarios se fundamentan en la sentencia motivada que se pronunció y en la que no se ha justificado por qué se aceptó como válida la respuesta de la 2ª. designada a la presidencia.

2.3.3. La Sala tiene un poder de configuración en sus resoluciones tan amplio, como el del legislador y el criterio de oportunidad, otras veces invocado; bien podría haber servido para un prudente aplazamiento del fallo, en espera de que se perfeccionara la reforma constitucional; ha habido falta de tacto y de prudencia -me parece- en relación al poder constituyente, que en este momento se ha activado, conforme a la dinámica preceptuada por el art. 248 Cn. Los expositores del derecho constitucional son coincidentes en reconocer que los tribunales constitucionales caminan al filo de la navaja o de la montaña; sus resoluciones, además de sustentarse en la norma constitucional y doctrina aplicable, deben estar en el marco de la prudencia y de la visión de Estado.

No haber tenido en cuenta esta circunstancia refleja esa carencia y el supuesto intérprete supremo de la Constitución, no ha reparado que el máximo poder del Estado (el poder constituyente), hacía su propio proceso para modificar y superar un estadio cultural que nos exhibe como un Estado autoritario; no se percató la Sala, de que en la Constitución, además de la "elaboración rigurosa del pasado para convertirla en elevadas exigencias para el futuro (prohibición de !a esclavitud, no reconocimiento de títulos nobiliarios, etc.,), existen normas, que esperan la actitud visionaria de los poderes públicos, para preparar el futuro de las generaciones venideras que vivirán otro mundo, bajo otras reglas," (Vid. Peter Häberle, El Estado Constitucional, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM). Tal lo que dispone el art. 52l2°. Cn. y que, de acuerdo a la forma y dinámica propias del art. 248, demandan de actitudes y previsiones de los intérpretes oficiales, de un acercamiento a la Constitución abierta, en lo que fuere posible; es decir, dado que el proceso de reforma se dirige a un nuevo estadio cultural en materia laboral, se tiene la impresión de que la premura en resolver sobre la inconstitucionalidad alegada, trajo como consecuencia una evidente ligereza: se privilegió el ámbito competencia! del poder, a la relación de cooperación que entre sí manejan los órganos del Estado y por qué no con el poder constituyente.

Creo que la sentencia podría ser revisada, ya que la pronunciada no es causa finita; es decir, que no hay cosa juzgada, pues en nuestro sistema y en esta materia la Sala, tal como se expresó en el párrafo precedente, más que como tribunal, actúa

como legislador negativo; no es esta una descalificación, sino que es la función de los tribunales constitucionales, la que recibe esa denominación cuando resuelve en forma distinta a la del legislador ordinario.[125]

Una revisión en el ámbito jurisdiccional es previsible que no ocurra, conocidas las posiciones muy conservadoras de la Sala, de manera que lo único que se espera es la ratificación de la reforma constitucional, lo cual no corresponde a esta Asamblea, sino que a la del año 2009, que debe hacerlo con los dos tercios de los diputados electos, para lo cual dispondrá desde la primera sesión ordinaria del período, hasta el último día de su mandato, o se el 30 de abril de 2012; si eso no ocurre, no habrá sindicación ni contratación colectiva de los empleados estatales y se habría perdido la oportunidad de desconcentrar el poder del Estado, una forma pacífica de reducir el autoritarismo y en consecuencia, una oportunidad de contribuir a nuestro desarrollo democrático y a perfeccionar el Estado de Derecho.

3. El principio de Juridicidad

El fundamento constitucional de la Sala, en su resolución, es básicamente el principio de legalidad o de juridicidad, que atribuye a este dos formas de manifestarse:

3.1. Como derecho fundamental que corresponde a los ciudadanos y por el cual, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe, lo que coloquialmente se dice lo que "no está prohibido está permitido", o sea la amplia esfera de libertad que tienen los ciudadanos para actuar con entera confianza de que no serán sometidas injerencias innecesarias, es un reconocimiento a su libre albedrío, siendo el límite los derechos de los demás, de tal manera que una persona actúe bajo el principio cristiano de que no hagas a otro lo que no quisieres que te fuere hecho, o tal como lo expresó Kant, "Obra de tal manera que la máxima de tus razones sea de validez universal. Es obvio que este derecho no es aplicable al Estado.

3. 2. En cambio, el principio de juridicidad establecido ene. Art. 86, es el que se aplica al Estado, cuando dice que todo poder público emana del pueblo, los funcionarios son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley; de acuerdo a lo anteriormente expuesto y en el caso que motiva estos comentarios, la Asamblea Legislativa no podía ratificar los Convenios de la OIT, por no tener a su libre disposición, un marco que le permitiera configurar jurídicamente una decisión política o una necesidad social. La Sala lo que entiende es que los poderes constituidos no pueden ir más allá de lo permitido por el poder constituyente, claramente expresado en el texto constitucional.

125 Ibíd.

Conclusiones.

1. Tal como se ha expresado arriba, en los últimos meses del 2005, se discutió la posibilidad de ratificar los convenios 87 y 98 de OJT. En ese momento se tenía la posibilidad de iniciar un proceso de reforma constitucional, - necesaria en mi opinión para ratificar esos convenios. De haberse tomado aquella decisión, a la fecha la reforma constitucional podría haberse ratificado y los Convenios 87 y 98 también, con respaldo constitucional suficiente y los beneficios de la Unión Europea, no estarían, de nuevo, en riesgo; los próceres, de uno y otro lado de este negocio, no tendrían razones para pedir y dar explicaciones; las primeras de por sí, arrogantes y las segundas, no muy adecuadas, tales son las de la señora ministra de Economía, quien manifestó "que tendremos el tiempo necesario para que "el pequeñito problema se resuelva cuando la siguiente asamblea legislativa ratifique las reformas a la Constitución"(vid. la Prensa Gráfica. 18l04l08) ese "pequeñito problema" habrá de requerir mucha habilidad política y capacidad de diálogo, ya que las mayorías calificadas no están a la libre disposición de éste y de ningún gobierno.

2. A la fecha, el escenario es bastante complicado, ratificarse los convenios, sin fundamento constitucional consistente, ocurrió lo que se habla previsto, de que mediante un recurso de inconstitucionalidad, se podría poner fin a una irregular ratificación y en efecto, la Sala de lo Constitucional declaró inconstitucional la ratificación del Convenio 87; en consecuencia, lo único que se tiene es el decreto por el cual se aprobó la reforma constitucional, que reconoce a los trabajadores estatales y municipales, el derecho de sindicación y contratación colectiva, que para su plena vigencia y efectividad, requiere que la próxima Asamblea, la ratifique.

   Si las cosas ocurren así, la ratificación de los Convenios 87 y 98 de OIT y otros de la misma calidad, obtienen reconocimiento pleno; por otra parte, teniendo la calidad de derecho fundamental no es necesario esperar normativa secundaria para que se apliquen, ya que la Constitución se debe aplicar directamente.

3. Mientras tanto, los funcionarios estatales deben ser muy claros con la UE, manifestarles qué es lo que se tiene; que entre nosotros no existe lo que es común en los países de la comunidad europea, de que los Estados pueden ceder derechos de soberanía en beneficio del derecho internacional; no estaría mal que nuestros benefactores europeos tuvieran presente que nuestros países, apenas comienzan a estructurar sus propios regímenes constitucionales en su fase normativa y que la cultura constitucional, es un trabajo de muchos años, como lo ha sido para Europa, lo cual requiere concursos y voluntades.

4. La plena vigencia de los Convenios, no debe constituir un recurso electorero, porque los efectos de su aplicación, cambiarían la idea del poder que hasta ahora se ha tenido en El Salvador; ratificados estos instrumentos, la fijación de salarios, las prestaciones económicas, los procesos culturales en materia laboral, los días de asueto, vacaciones, horas extras y otros, dependerían ya de otras formas de estipularlas, tal es la negociación colectiva; las decisiones verticales abren paso a una nueva cultura laboral que debe tenerse en cuenta.

5. Indudablemente que este paso constituye un tránsito del Estado social, muy débil entre nosotros, al Estado social y democrático de derecho, o sea el Estado, en el que las prestaciones, concesiones y formas participativas, sustituyen al Estado intervencionista que define las reglas del juego probablemente a favor de los sectores laborales, pero sin tomar muy en cuenta sus decisiones y sus opiniones; se trataría de un salto de calidad en la idea prevaleciente en el país, de que el poder centralizado lo decide todo.

Segundo caso

Delitos políticos y amnistía

Dr. Mario Antonio Solano Ramírez

Primera parte

Doctrina aplicable

l. Introducción.

Con el presente estudio se pretende contribuir a aclarar algunos temas que se han propuesto a la opinión pública, en un caso tan delicado como es la Ley de Amnistía y después, la declaratoria de constitucionalidad de la misma, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Siendo, en ese momento, el que esto escribe, magistrado de dicha Sala, considero que este aporte, desde mi mayor objetividad, puede ayudar a poner en claro algunos puntos, tal es el caso de si la ley de Amnistía como tal, no estuvo en el marco de la Constitución y si la sentencia de la Sala no corresponde a lo que se esperaba.

En el caso de la ley, en mi opinión lo que dijo es lo que la Constitución permite que se haga en tales casos, o sea que la ley no se salió del marco constitucional; en el caso de la sentencia de la Sala, de igual manera; los ciudadanos deben entender que ni uno ni otro órgano que han intervenido en esto, tienen que ver en cuanto a los delitos de lesa humanidad, los cuales no han sido comprendidos por la ley, ni por la sentencia de la Sala; queda a los interesados profundizar en el análisis para determinar si hay acciones posibles, sise dieren casos de delitos, no regulados por los códigos penales de posible aplicación en el tiempo, o no incluidos en la ley de amnistía y en la sentencia de la Sala. Con estos antecedentes iniciemos el estudio correspondiente.

El Estado es una estructura de poder, de máximo poder.

Esta definición de género próximo y diferencia específica, ha estado en la terminología de los investigadores de esta materia, quienes han abordado la temática del Estado a partir de otros elementos, ya sea incluyendo o no este elemento podía llegar a conclusiones limitadas y poco esenciales. Georges Burdeau, ilustre profesor francés, define al Estado como el " poder institucionalizado". "La institucionalización del poder es el acto por el que el fundamento del poder es transferido de la persona de los gobernantes a una entidad: EL ESTADO".* Sin embargo, el Estado ha de requerir de un "corpus" para materializar el ejercicio del poder; esa entidad "Corpus" es el gobierno.

*** Instituciones políticas y derecho constitucional**

Dos hechos pueden afectar al gobierno, en un momento determinado. Son: 1º.) Aquellos que atentan en contra de su estabilidad o de su misma existencia. 2º.) El hecho de que ya ocurridos, el gobierno mismo se vea obligado a perdonarlos y a olvidarlos.

Los hechos o injurias en contra del gobierno, cuando no fructifican con su derrocamiento, se tipifican como delitos, que se consagran casi de una manera universal; pero los tratamientos especiales que reciben como figuras jurídicas, así como las particulares consideraciones de sus agentes activos, los colocan casi en la categoría de delitos de máxima protección; tal es el caso de los así llamados delitos políticos, que dependiendo de sus autores, de los sujetos pasivos, del prestigio de una causa, etc., gozarían de tratamientos internos y de vigilancia internacional muy especiales, como por ejemplo, la no extradición de los procesados; a nivel de derecho interno, gozarían del indulto y de la amnistía.

Existiendo estos delitos, resulta casi natural considerar que haya perseguidos políticos, quienes pueden acogerse al asilo político, institución universal, que favorece la aceptación y protección de los perseguidos; las normas internacionales son ampliamente aceptadas y también respetadas por la mayoría de países, salvo las excepciones explicables. Del mismo modo, debe considerarse que existan presos políticos; sin embargo, ambas posibilidades, cada vez tienden a ser menores; en los países democráticos, el caso tiende a desaparecer o a disminuir considerablemente: Ocurre de hecho en algunos países, en los que la simple disidencia ya puede ser considerada como perseguible, o en algunos casos, donde el alzamiento en armas es casi permanente: México, Colombia, Perú, etc. Por la forma en que ocurren, los delitos políticos sólo se manifiestan en grado de tentativas y en forma de conspiración, ya que de ejecutarse y alcanzar su propósito, como en el caso de una rebelión, que es el delito político por excelencia, que al triunfar ya no es más delito, por razones obvias.

Podría afirmarse que en Centroamérica, no existe la persecución política oficial, aunque algunas formas de alzamiento sigan produciéndose en Guatemala; ocurre en Cuba, donde el modelo político, social, económico y cultural tiende a generar y a mantener una forma de oposición casi permanente. El caso español es paradigmático. El gobierno de este país presenta a su disidencia no como alzados en armas o como sujetos en actitud permanente de rebelión, sino como terroristas. La calificación de alzamiento o de terrorismo, dependerá en gran medida, de que lo hagan unos a otros; es decir, como se vean a sí mismos. Los acontecimientos del 11 de septiembre en Estados Unidos, están generando visiones, estrategias y comportamientos que podrían modificar la doctrina tradicionalmente aceptada en esta materia. No es el propósito de este trabajo profundizar en esta temática, sino que se menciona únicamente para diseñar un escenario, en que, el tema puede desplegarse para su mejor comprensión.

No obstante, estamos llamados a dar seguimiento a lo que ocurra en un futuro cercano; es posible que se produzcan cambios dramáticos.

II. Definiciones de delito político. Es aquel que tiende a quebrantar por hechos ilícitos, el orden jurídico y social establecidos atentando contra la seguridad del Estado, contra los poderes y autoridades del mismo o contra la Constitución o principios del régimen imperante.

El delito político pretende variar la forma de gobierno (república por monarquía o viceversa), el gobierno mismo (el legal por uno de fuerza, o uno de hecho por otro también violento), o el régimen económico de la sociedad (burgués por socialista o a la inversa), empleando en todo caso medios no admitidos por el orden legal o establecido.

La diferencia entre delitos políticos y comunes se torna a veces muy difícil; como en las rebeliones o revoluciones, cuando se trata de determinar qué víctimas y qué daños son "necesarios" y cuáles fruto de excesos y abusos totalmente caprichosos, de venganza o perversidad.

La nomenclatura legislativa destina otros nombres a estos delitos y, en la codificación internacional, es muy raro encontrarlos con ese nombre tal es el caso de El Salvador, donde es la Constitución (art. 131, Nº. 26) la que habla de delitos políticos, aunque sin especificar cuáles son. El Código Penal de 1973, habla de delitos en contra de la personalidad jurídica del Estado en tres capítulos: 1) Contra la existencia y organización del Estado. 11) Contra la personalidad internacional del Estado. 111) Contra la personalidad interna del Estado. De éstos solamente alcanzan la categoría de delitos políticos, los de los Capítulos II y 111 (art. 151 Pn.).

Siendo delitos contra el Estado, la doctrina les reserva la calificación de delitos políticos, "Porque evocan un privilegio frente a los restantes delitos, fruto de una generosa tradición liberal, que actualmente tiende a revaluarse, especialmente cuando se comenten otros delitos (terrorismo, genocidio) para alcanzar objetivos políticos; además de que la mayoría de Estados y gobiernos son de carácter democrático, por lo que el móvil altruista, propio del delito político, ya no existe."*

III) Derecho de asilo. Características

1.- Inmunidad o protección legal, convencional entre Estados o consuetudinaria, que se concede a ciertos delincuentes y perseguidos por motivos políticos, sociales, religiosos o raciales, cuando se refugian en lugar donde no alcanza la jurisdicción del Estado, aun estando dentro del (*) territorio de él, y que hoy día es tan sólo el edificio o propiedad de alguna representación diplomática extranjera, o consular en extensión ya muy discutida. Este es uno de los privilegios a que he hecho alusión arriba, en el sentido de que todo perseguido por delito político, gozaría de la protección de otro Estado, lo cual podría crear y crea fricciones entre los estados.

***(Derecho Penal Español, José María Rodríguez. Madrid, España.1983)**

2. El de carácter político. Hasta los albores del siglo XIX, el absolutismo regio y las reducidas relaciones diplomáticas entre los países, no habían favorecido una nueva tendencia del derecho de asilo, la denominada ideológica o de hospitalidad, y basada en cierto favor para los conocidos como delitos políticos.

También revolucionarios frustrados o gobernantes depuestos, para escapar de las sanciones de delitos o para eludir otras persecuciones, discurrieron explotar la extraterritorialidad de los edificios diplomáticos de las potencias extranjeras acreditadas en cada país.

El respeto a los diplomáticos, y quizás en algunas hipótesis, el seguro de los gobernantes ante eventuales circunstancias que pudieran convenirles, llevaron a consolidar esta práctica y hasta denominarla derecho, tal vez no legislado con carácter interno en nación alguna.

3. Normas usuales. "El asilado no puede ser reclamado eficazmente ni por la policía ni por la justicia; ni debe ser entregado a las autoridades locales de las cuales se tema escasa serenidad. La calificación de asilado la realiza en principio quien lo acoge, que puede expulsarlo si no existe persecución o ésta obedece tan sólo a delitos comunes, y también cuando su comportamiento no sea decoroso. Por lo común, el asilo es transitorio, por dar garantías el Estado nacional o, de mantenerse la situación, se traslada al asilado, mediante especial pasaporte y a veces clandestinamente, a país en que esté a salvo de extradición." "Por la garantía que representa, y aun sin estar sujeto a reciprocidad, este derecho debe ser reconocido; pero con la exclusividad de los delincuentes o perseguidos políticos, sin incluir en ellos, como se pretendió luego de la Segunda Guerra Mundial, a los criminales de guerra (v.), por el horror y la magnitud de las infracciones de las leyes en lo bélico y por las atrocidades de lesa humanidad que implican casi siempre."

"El derecho de asilo nunca debe ser otorgado para los delitos comunes. Reconocimiento tal equivaldría a convertirse los estados en encubridores, y aseguraría prácticamente la impunidad al que delinquiera en la proximidad fronteriza."*

(*) (Diccionario de derecho usual. G. Cabanellas)

4. Vigencia. "En los países europeos, ha caído en desuso el derecho de asilo, aunque no así en los americanos, de revoluciones tan frecuentes.

Ha sido regulado por las convenciones de la Habana de 1928 y por la de Montevideo de 1933, según las cuales "no es lícito a los Estados signatarios de *asilo* en legaciones, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares a los inculpados de delitos comunes que estuvieron procesados en forma o que hubieran sido condenados por tribunales ordinarios, así como tampoco a los desertores por tierra o mar".

"El *derecho de asilo* apasiona todavía a la conciencia jurídica del mundo, como pudo comprobarse en el conflicto planteado entre Colombia y Perú, al reclamar este país a un perseguido que se había refugiado en legación colombiana. El caso Haya de la Torre llegó hasta la Corte de La Haya, que no resolvió como se esperaba, al pronunciar uno de los fallos más oscuros, vacilantes y contradictorios conocidos; pues venía a "decidir", en conclusión, que no correspondía ni el derecho de asílo ni la obligación de entregar a tal asilado. *

(*) Diccionario citado.

Segunda parte

l. Legislación nacional

Para entender adecuadamente, de manera objetiva, sin ansiedades e inquietudes exageradas, tanto la Ley de Amnistía como la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ante el recurso de inconstitucionalidad presentado en contra de dicha, considero conveniente revisar el marco legal vigente a la fecha en que se promulgó la primera y se pronunció la segunda.

Según la sentencia, la ley ha pasado la prueba de constitucionalidad, es decir, que al promulgarse se hizo con todos los requisitos necesarios para su validez respetándose el marco de la Constitución.

La Ley parte del presupuesto constitucional que la amnistía procede en caso de delitos políticos, o de comunes conexos con los mismos, o comunes cometidos por un número no menor de veinte personas.

El Código Penal de 1973, reguló el caso de los delitos políticos así:

A) CÓDIGO PENAL DE 1973 *

(*) Se cita este Código para comparar con el Código de 1998 y sus relaciones con la Sentencia de la Sala de lo Constitucional, sobre la ley de Amnistía.

Cuarta parte

Delitos contra los bienes jurídicos del Estado

TÍTULO I

Delitos contra la personalidad jurídica del Estado

CAPÍTULO I

Delitos contra la existencia y organización del Estado

Art. 373. Atentados contra la integridad e independencia del Estado. Art. 374. Atentados contra la unidad nacional.

Art. 375. Alteración de límites.

Art. 376. Asociaciones subversivas.

Art. 377. Filiales extranjeras.

Art. 378. Difusión de propagandas.

CAPÍTULO II

Delitos contra la personalidad internacional del Estado

Art. 381. Traición.

Art. 382. Inteligencia con estado extranjero.

Art. 383. Provocación de guerra.

Art. 384. Revelación de secretos.

Art. 385. Espionaje.

Art. 386. Sabotaje.

Art. 387. Infidelidad.

CAPÍTULO III

Delitos contra la personalidad interna del Estado

Art. 392. Rebelión.

Art. 393. Sedición.

TÍTULO IX

Concepto de delito político

Delitos políticos y delitos comunes conexos

Art. 151. Para los efectos penales, son delitos políticos los hechos punibles contra la personalidad **internacional o interna del Estado,** excepto el vilipendio a la patria, sus símbolos y a los próceres.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste, debiendo desde luego calificarse como conexos con los políticos, en el delito de rebelión, la sustracción o distracción de caudales públicos, la exacción, la adquisición de armas y municiones, la tenencia, portación o conducción de armas de guerra, la interrupción de las líneas radiofónicas, telegráficas y telefónicas y la retención de la correspondencia. A todos los casos y tipos de delitos expresados, en su caso, se les aplicó o debió de aplicarse la Ley de Amnistía hasta la derogatoria de dicho Código.

B) CÓDIGO PENAL DE 1998

TITULO XVII

Delitos relativos al sistema constitucional y la paz pública.

Capítulo I

De los delitos relativos al sistema constitucional.

REBELIÓN

Art. 340. Serán sancionados con prisión de quince a veinte años, quienes se alzaren en armas para cualquiera de los objetivos siguientes:

Abolir o cambiar violentamente la Constitución de la República, o las instituciones que de ella emanen.

Deponer al presidente de la República o al que haga sus veces u obligarlo a ejecutar un acto propio de sus funciones, contra su voluntad.

Impedir que se encargue de la presidencia de la República la persona a quien corresponda.

Usurpar las facultades de cualquiera de las supremas autoridades del Estado.

Sustraer a las fuerzas armadas de la obediencia al gobierno constitucional, e Impedir la reunión legítima de la Asamblea Legislativa, consejo de ministros o de la

Corte Suprema de Justicia, disolverlos, impedirles que deliberen u obligarlos a resolver en determinado sentido.

Si el autor fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, se impondrá además inhabilitación absoluta en el cargo o empleo público por el mismo término.

SEDICIÓN

Art. 341. Serán sancionados con prisión de diez a quince años, quienes sin desconocer la autoridad del gobierno constitucional, se alzaren pública y tumultuariamente para conseguir con violencia cualquiera de los objetivos siguientes:

Impedir, por actos directos, la promulgación o ejecución de las leyes o la celebración de un acto eleccionario o del escrutinio.

Impedir que las autoridades ejerzan libremente sus funciones o hagan cumplir las providencias administrativas o judiciales.

Deponer a algún funcionario de la administración pública o impedir que tomen posesión de su cargo los que hayan sido legítimamente nombrados o electos y,

Ejercer, con fines políticos o sociales, algún acto de coacción contra las pertenencias del Estado o de algún organismo descentralizado.

Si el autor fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá además inhabilitación absoluta del cargo o empleado por el mismo término.

PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y APOLOGÍA PARA COMETER REBELIÓN O SEDICIÓN

Art. 342. La proposición y conspiración para cometer los delitos de rebelión o sedición, serán sancionadas con prisión de seis meses a dos años.

Si el autor fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, se le impondrá además inhabilitación absoluta del cargo o empleo por el mismo término.

TÍTULO XVIII

Delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado.

CAPÍTULO ÚNICO

Atentados contra la integridad y existencia del Estado.

Art. 350. El que ejecutare actos dirigidos a someter el territorio del Estado de El Salvador o una de sus partes a la soberanía de un Estado extranjero o a suprimir o menoscabar su independencia, salvo lo prescrito en el art. 85 de la Constitución de la República, será sancionado con prisión de diez a veinte años.

ATENTADOS CONTRA LA UNIDAD NACIONAL

Art. 351. El que ejecutare actos directos encaminados a disolver la unidad del Estado en su integridad territorial o constitucional, será sancionado con prisión de seis a doce años, salvo lo prescrito en el art. 89 de la Constitución de la República.

TRAICIÓN

Art. 352. El salvadoreño o el extranjero que desempeñare algún empleo, cargo o función pública o técnica, que tomare armas contra El Salvador bajo bandera enemiga, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda de carácter político, militar, técnico, económico, de propaganda o de cualquier otra índole o realizare comercio que favoreciere o facilitare los fines o capacidad bélica de un Estado que se hallare en guerra con El Salvador, será sancionado con prisión de quince a veinticinco años.

Lo dicho en el inciso anterior se aplicará al extranjero que estuviere en el país en el desempeño de un empleo, cargo o función pública o técnica al servicio de organismos internacionales, que realizare cualquiera de los actos allí mencionados.

INTELIGENCIA CON ESTADO EXTRANJERO

Art. 353. El salvadoreño o extranjero que, estando en las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se pusiere en relación o inteligencia con Estado extranjero, a fin de que se declarare la guerra o se realizaren actos hostiles contra el Estado salvadoreño o realizare otros hechos dirigidos al mismo fin, si en virtud de tales hechos sobreviniere la guerra, será sancionado con prisión de quince a veinticinco años; si resultaren sólo actos hostiles, con prisión de cinco a diez años.

PROVOCACIÓN DE GUERRA, REPRESALIAS O ENEMISTAD INTERNACIONAL

Art. 354. El que realizaré en territorio salvadoreño reclutamiento u otro acto hostil contra un Estado extranjero, de modo que expusiere al Estado salvadoreño al peligro de una guerra, será sancionado con prisión de cinco a diez años y si la guerra sobreviniere, con prisión de diez a quince años.

Si los actos previstos en el inciso anterior dieren lugar a una perturbación de las relaciones amistosas del gobierno salvadoreño con un gobierno extranjero o a una grave perturbación el orden interno del país o expusieren al Estado de El Salvador, a sus habitantes o a los salvadoreños residentes en el extranjero, al peligro de represalias o actos de hostilidad o de vejación, la prisión será de tres a siete años y si se sugiere la ruptura de relaciones diplomáticas o se efectuaren las represalias o actos de hostilidad o vejación, la sanción será de cinco a doce años de prisión.

REVELACIÓN DE SECRETOS DE ESTADO

Art. 355. El que revelare los secretos políticos o militares referentes a la seguridad del Estado o facilitar su divulgación, será sancionado con prisión de dos a seis años.

La sanción se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado, si el responsable hubiere conocido los secretos en virtud de su carácter de funcionario o si se hubiere servido de la violencia o del fraude para obtener tal conocimiento.

ESPIONAJE

Art. 356. El salvadoreño, el que lo hubiere sido y haya perdido tal calidad y el extranjero que debiere obediencia a la República de El Salvador a causa de su empleo, cargo, función pública o técnica, que en tiempo de paz se pusiere al servicio de una nación extranjera o de sus agentes, con el fin de suministrarles informes sobre secretos políticos, diplomáticos o militares del Estado, será sancionado con prisión de ocho a veinte años. Si el salvadoreño fuere empleado o funcionario público, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Si se tratare de extranjero que no estuviere en las circunstancias dichas, la sanción será de cuatro a diez años de prisión.

SABOTAJE

Art. 357. El que, con fines de sabotaje y en tiempo de guerra, de grave trastorno del orden público o de calamidad nacional, destruyere o inutilizare en todo o en parte, aunque fuere temporalmente, los medios de ataque, defensa, comunicación, transporte, aprovisionamiento, depósito u otras obras militares o que sin serlo estuvieren al servicio de la fuerza armada o de la seguridad pública del Estado, será sancionado con prisión de cinco a diez años.

El sabotaje será sancionado con prisión de diez a veinte años, si se hubiere cometido en interés de un Estado en guerra con el Estado salvadoreño y si el hecho hubiere comprometido la preparación o la eficiencia bélica de este último o sus operaciones militares.

Si los actos indicados se realizaren en tiempo normal y afectaren directamente a la capacidad bélica nacional, la sanción será de uno a tres años de prisión.

INFIDELIDAD EN NEGOCIOS DE ESTADO

Art. 358. El que, encargado por el gobierno salvadoreño para tratar en el exterior asuntos de Estado, se apartare de las instrucciones recibidas y del hecho se derivare grave perjuicio al interés nacional, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de empleo, profesión y oficio por igual término.

VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS

Art. 359. El que violare los tratados celebrados con estados extranjeros, las treguas o los armisticios acordados entre El Salvador y un Estado enemigo o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de cargo, empleo, profesión u oficio por el mismo término.

VIOLACIÓN DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Art. 360. El que violare las inmunidades personales o el domicilio del jefe de un estado extranjero en visita oficial o los miembros de una misión de un estado extranjero, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

DELITO POLÍTICO Y DELITO COMÚN CONEXO CON DELITO POLÍTICO

Art. 21. Para efectos penales se consideran delitos políticos los relativos al sistema constitucional (rebelión, sedición) y a la existencia, seguridad y organización del Estado.

También se consideran delitos políticos los comunes cometidos con fines políticos, excepto los delitos contra la vida y la integridad personal de los jefes de Estado o de gobierno.

Son delitos comunes conexos con políticos los que tengan relación directa o inmediata con el delito político, o sean un medio natural y frecuente de preparar, realizar o favorecer éste.

C) APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1998

De conformidad al art. 404 del Código Penal vigente, si los delitos que estuvieren siendo conocidos por los jueces de acuerdo a la ley anterior pero que actualmente no fueren calificados como delitos, se sobreseerá en el procedimiento y el reo quedará en libertad, lo mismo si las Cámaras de Segunda Instancia o la Sala de Casación Penal actuaran del mismo modo.

Se aplicará también la ley más favorable.

El art. 453 del Código Procesal Penal vigente, dispone que dicho Código se aplicará desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que sea su fecha en que se hubiere cometido el delito o falta. Todas estas disposiciones nos están indicando que los delitos políticos a que se refiere el Código Penal de 1973 y de conformidad al art. 151 de dicho Código, son calificados como tales y debió aplicárseles la Ley de Amnistía. En consecuencia, los delitos de traición, inteligencia con estado extranjero, revelación de secreto, espionaje, sabotaje, infidelidad, rebelión, sedición etc. estaban comprendidos como tales, es decir, como delitos políticos y en consecuencia hubieran sido objeto de la amnistía.

El Código Penal de 1998 ha considerado otros delitos como de carácter político tales son: Delitos relativos al sistema constitucional y a la paz pública entre ellos, la rebelión, la sedición, el espionaje, etc. si una persona hubiera cometido estos delitos gozaría de la Ley de Amnistía y se le aplicaría el Código Penal de 1998.

Tercera parte

1) CONTENIDO DE LA LEY DE AMNISTÍA

Tal como es del dominio público, en su momento la Asamblea Legislativa decretó la Ley de Amnistía, según Decreto Legislativo No. 486, de 20 de marzo de 1993, publicado en el D. O. No. 56 T. 318 de 22 de marzo de 1993 que contiene la Ley de Amnistía General, para la consolidación de la paz y que ha tenido como marco doctrinario los temas expuestos en este artículo y los objetivos que en el mismo decreto se han detallado.

Las disposiciones impugnadas prescriben respectivamente: "Art. 1. Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que, en cualquier forma, hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediato o cómplices en los hechos delictivos antes referidos. La gracia de la amnistía se extiende a las personas a las que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional, contenida en el Decreto Legislativo Número 147, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos y publicado en el Diario Oficial Número 14 Tomo 314 de la misma fecha";

4. La gracia de amnistía concedida por esta ley producirá los efectos siguientes:

a) Si se tratare de condenados a penas privativas de libertad, el juez o tribunal, que estuviere ejecutando la sentencia, decretará de oficio la libertad inmediata de los con-

denados, sin necesidad de fianza; igual procedimiento aplicará el Tribunal que estuviere conociendo, aun cuando la sentencia no estuviere ejecutoriada. b) Si se tratare de ausentes condenados a penas privativas de libertad, el juez o tribunal competente levantará de oficio inmediatamente las órdenes de captura libradas en contra de ellos, sin necesidad de fianza. c) En los casos de imputados con causas pendientes, el juez competente decretará de oficio el sobreseimiento sin restricciones, a favor de los procesados por extinción de la acción penal, ordenando la inmediata libertad de los mismos. ch) Si se tratare de personas que aún no han sido sometidas a proceso alguno, el presente decreto servirá para que, en cualquier momento en que se inicie el proceso en su contra por los delitos comprendidos en esta amnistía, puedan oponer la excepción de extinción de la acción penal y solicitar el sobreseimiento definitivo, y en el caso de que fueren capturadas, serán puestas a la orden del juez competente para que se decrete su libertad. d) Las personas que no se encuentren comprendidas en los literales y que, por iniciativa propia o por cualquier otra razón, deseen acogerse a la gracia de la presente amnistía, podrán presentarse a los jueces de Primera Instancia respectivos quienes, vistas las solicitudes extenderán una constancia que contendrá las razones por las que no se les puede restringir a los solicitantes sus derechos que les corresponden como ciudadanos. y e) La amnistía concedida por esta ley, extingue en todo caso la responsabilidad civil".

La Ley de Amnistía reitera lo que la Constitución establece en cuanto a los delitos que gozan de dicha gracia; no existiendo violación constitucional cuando los imputados se favorezcan con ella, siempre que los hechos que se les imputan encajen en los tipos de delito descritos en el Código Penal de 1973 y de 1998.

Los casos que hubieren sido resueltos de conformidad al Código Procesal Penal derogado (1973), constituyen cosa juzgada; los casos nuevos que se conocen y resuelven conforme al Código de 1998, generan controversias de tipo jurídico y de carácter político. A este efecto concierne revisar lo que al respecto dijo la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de inconstitucionalidad presentado en contra de dicha ley.

Cuarta parte

I) Parte resolutiva de la sentencia de la sala de lo Constitucional

1. En relación con el art. 1 de la LAGCP y el art. 244 Cn., esta Sala concluye que la disposición impugnada tiene un ámbito de aplicación más amplio que el de la disposición constitucional con la cual se ha confrontado, por lo que la excepción contenida en la Constitución podría operar en algunos de los casos contemplados en la LAGCP pero no en todos, lo que significa que el juzgador deberá determinar, en cada caso concreto, cuándo opera dicha excepción mediante una interpretación conforme a la Constitución.

En consecuencia, siendo que el art. 1 de la LAGCP admite una interpretación conforme a la Constitución respecto del art. 244 Cn., no puede considerarse que el referido artículo sea inconstitucional, debiendo desestimar la pretensión al respecto.

2. Ahora bien, en cuanto al mismo art. 1 de la LAGCP, relacionado con el inciso primero del art. 2 Cn., se ha concluido que esta última disposición constituye una limitación a aquel artículo, en el sentido de que la amnistía concedida en el mismo es aplicable únicamente en aquellos casos, en los que el mencionado ocurso de gracia no impida la protección en la conservación y defensa de los derechos de la víctima o sus familiares, es decir, cuando se trata de delitos cuya investigación no persigue la reparación de un derecho fundamental.

Por lo tanto, también se advierte que la disposición impugnada admite una interpretación conforme a la Constitución que debe ser tenida en cuenta al momento de aplicación de la ley, por lo cual no puede afirmarse que el art. 1 de la LAGCP sea inconstitucional, debiendo asimismo desestimar la pretensión en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación de los art. 2 inc. 3°. Y 245 Cn. por parte del art. 4 letra e de la LAGCP, se concluye que la legitimidad de los efectos señalados e el artículo impugnado depende de la correcta interpretación que el aplicador del derecho haga en cada caso concreto del art. 1 de la misma ley.

En consecuencia, tampoco puede sostenerse que el art. 4 letra e de la LAGCP sea inconstitucional, puesto que también admite una interpretación conforme a la Constitución, y por lo mismo, procede desestimar la pretensión.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la república de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Sobreséese en el presente proceso, en cuanto a la petición de que se declare la inconstitucionalidad de los art. 1 y 4 de la Ley de Amnistía General para la consolidación de la paz, por contravenir los art. 1 al 4 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG), art. 1,2 y 4 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID), art. 1 al 6 de la Convención lnteramericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST); y el art. 1 párrafo 1, 2 y 25 párrafo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), por estar fuera de la competencia material de este Tribunal, el examen sobre la compatibilidad entre tales instrumentos internacionales y la ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

2. Declárase que, en los art. 1 y 4 de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, emitida por Decreto Legislativo No. 486, de 20-111-1993, publicado en el Diario Oficial No. 561, Tomo 318, correspondiente al 22-111-93, no existen las infracciones constitucionales alegadas, consistentes en que el artículo 1 de la referida ley viola el art. 244 y el 2 inciso primero de la Constitución, y que el artículo 4 letra e del mismo cuerpo legal contraviene los artículos 2 inciso tercero y 245 CN., ya que tales disposiciones admiten una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido expuesto en la presente sentencia.

3. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma la directora de dicho órgano oficial.

4. Notifíquese la presente sentencia a los demandantes, al Presidente de la República, a la Asamblea Legislativa y al Fiscal General de la República".

II) Efectos jurídicos resultantes de la Ley y de la Sentencia

El sobreseimiento dictado confirma que en El Salvador, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no tienen la misma jerarquía que la Constitución y que no constituyen parámetro de control de constitucionalidad; sin embargo, aplicando una doctrina reconocida en España, Panamá, Costa Rica y otros, como es la del bloque de Constitucionalidad, en la cual los tratados internacionales (Jus cogens) no deberían ser excluidos de una interpretación constitucional que los integre.

"El art. 131 ord. 26º Cn. establece una regla general según la cual, la amnistía y el indulto están permitidos en el ordenamiento jurídico salvadoreño en materia penal, como competencia de la Asamblea Legislativa; pero se advierte que la amnistía está prevista únicamente para delitos políticos, comunes conexos con éstos, o para delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte.

Por su parte, el art. 244 Cn. constituye una excepción a la regla general mencionada en el anterior artículo, ya que prescribe en qué casos y bajo qué supuestos no es permitida la amnistía ni el indulto, como tampoco la conmutación.

Desde esta última disposición, se concluye que no se admite amnistía cuando el delito reúne en su conjunto los siguientes elementos: a) cuando se trata de una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, especialmente penada la ley. Cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos, sean éstos civiles o militares y, c) Cuando el delito se haya realizado durante el periodo presidencial en el que se pretende conceder la amnistía.

En relación al elemento (a), se señala qué delitos constituyen una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales. Para ello, se advierte que el art. 244 Cn. se ubica dentro de lo que la doctrina del Derecho Constitucional

analiza bajo el tema de la Defensa de la Constitución, y que en resumidas cuentas, no es más que el conjunto de instrumentos necesarios para lograr la eficacia de la Ley Suprema. Concretamente, el art. 244 Cn. contiene una parte de esos instrumentos en el sentido de que conforma una defensa penal de la constitución.

El ámbito de aplicabilidad del art. 244 Cn. no comprende la totalidad de disposiciones constitucionales. En algún momento, he considerado como una posible interpretación de este artículo, que todo el Derecho Penal (Código) tipifica conductas, que de algún modo, puedan alterar las disposiciones constitucionales y que todo el contenido del Código, sólo puede reflejar conductas que violen preceptos constitucionales.

Lo que se pretende con la defensa penal de la Constitución es reprimir aquellas conductas, que según el legislador, resultan especialmente lesivas del núcleo de la Constitución u orden constitucional. De conformidad con lo antes expuesto, cabe entender que el art. 244 Cn. se refiere a los delitos contra la Constitución o delitos contra el orden constitucional, es decir, aquellas conductas que atentan (i) contra los derechos fundamentales, (ii) contra la forma de gobierno y el sistema político diseñados por la Ley Suprema o (iii) contra los principios que integran el núcleo del orden económico.

Los primeros delitos contra la forma y sistema de gobierno son, por su propia naturaleza, delitos políticos-objeto de la gracia de amnistía, según lo prescrito en el art. 131 ord. 26º Cn, mientras que los delitos contra el goce de los derechos fundamentales o contra el orden económico, aun cuando delitos comunes, en ocasiones pueden tener conexión con los delitos políticos, en cuyo caso también pueden ser objeto de amnistía, o cuando han sido cometidos por un número de personas superior o igual a veinte; de lo contrario, tales delitos no son susceptibles de ser amnistiados.

Los delitos políticos, comunes conexos con políticos y comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, pueden ser amnistiados, siempre que no sean a su vez delitos contra el orden constitucional, cometidos por funcionarios públicos dentro del período presidencial en el cual se pretende amnistiarlos.

El art. 244 Cn. establece, pues, los elementos que, al concurrir en un supuesto de delito -en principio susceptible de ser amnistiado- impide que el mismo pueda ser beneficiado por tal curso de gracia. Dichos elementos no pueden ser vistos aisladamente sino que deben verse en conjunto; previamente a considerar que un delito encaja en la excepción del artículo en referencia, en primer lugar es necesario determinar si dicho delito constituye o no una violación, una infracción o una alteración de las disposiciones constitucionales, es decir, si se trata de un delito contra el orden constitucional. Verificado lo anterior, corresponde advertir si el hecho punible ha sido cometido por un funcionario público o no, y finalmente, procede examinar si el mismo ha sido cometido en el período presidencial en el que se pretende amnistiar."

Es obvio que, tanto la ley como la sentencia de la Sala de lo Constitucional, tengan efectos políticos; la sentencia, no obstante su rigor lógico-jurídico y de reflejar una interpretación constitucional muy complicada, es una respuesta de mucha objetividad. Sienta una doctrina general y en tal sentido no responde concretamente a demandas muy concretas, a intereses que, con todo y su carácter emblemático, no deben ser considerados como componentes de una resolución. Sin embargo, los delitos de "lesa humanidad" no están comprendidos ni en la ley de Amnistía, ni en la sentencia de la Sala.

La decisión de la Sala de que sean los jueces, los que analicen y resuelvan los casos particulares y concretos, generó sentimientos encontrados en la sociedad; sin embargo, esta misma puso en juego ya los mecanismos judiciales, que la Sala había señalado; el mayor o menor éxito de las gestiones, no reduce la corrección de la doctrina sustentada.

Sentencia "barroca" fue el bautismo que le dio un respetable padre jesuita; quizá en atención a que toda la cultura barroca, ha sido creadora de obras monumentales, muchas de las cuales han sido para la grandeza de Dios y en su momento, para la salvación de la Iglesia.

"En todo caso ni la ley ni la sentencia de la Sala, están fuera del marco de la Constitución, tampoco están favoreciendo la impunidad o protegiendo intereses específicos que hubieren en relación con los hechos delictivos que conmovieron los sentimientos nacionales, o sea los delitos calificados como de lesa humanidad, porque estos no están, ni pueden, ni deben estar comprendidos en ambos instrumentos jurídicos".

EPÍLOGO

En el Título IV, de este libro he dado una idea básica sobre las características del Estado Constitucional; revisemos esos contenidos por las reflexiones que haré en esta parte final:

"No obstante, lo que distingue El Estado Constitucional, de las otras formas o versiones de Estado de Derecho, son sus características propias, tales son: -La supremacía constitucional, que consagra la superioridad de la norma constitucional, como lo fue en sus inicios en el constitucionalismo norteamericano, tal es el caso Márbury and Mádison, cuando el Juez Marshall, sentenció: " La ley que repugna la Constitución es nula; si se aplica la ley contraria a la Constitución, ésta es violentada; si se aplica la Constitución, se inaplica la ley esto es un reconocimiento de la Constitución como norma superior en el Ordenamiento".

"Actualmente la supremacía, sigue siendo principio rector, pero además se reconoce a la Constitución: 1. eficacia normativa directa, 2. vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución, 3. existen tribunales que garantizan la supremacía constitucional; 4. Los compromisos formales que asumen los funcionarios, les generan responsabilidades, tal es el caso del juramento constitucional, lealtad a la patria, la infracción a las disposiciones constitucionales, etc. En la Constitución salvadoreña, estos principios están consagrados en los arts. 246, 244, 235 Cn., además, existe una Sala de lo Constitucional como garantía de cumplimiento los mismos. Los tribunales especiales para impartir justicia constitucional, deben de ser imparciales e independientes donde el ciudadano puede acudir en demanda de justicia por violación a sus derechos fundamentales o por violaciones a la constitución. Una deuda grande todavía".

"La protesta o el juramento constitucional, que no sólo supone un compromiso solemne del funcionario de respetar su Constitución, sino un compromiso anticipado de responder por las infracciones en que incurra, gestos honorables que podrán ir generando responsabilidades directas al funcionario que burle el juramento o pro-

mesa; estas instituciones no funcionan en abstracto, en su respaldo debe existir la fuerza política que exija cumplimientos concretos, tales como el factor democracia, la participación ciudadana, el respeto a las minorías, el compromisos con nuevos valores como la verdad y la dignidad, pueden generar una visión renovada para estructurar el Estado Constitucional, (art. 244 Cn.)"

El momento actual es propicio para iniciar un gobierno que dirija y oriente su gestión en el marco del y para el Estado Constitucional, para ello es necesario que el gobierno entero asuma un compromiso con la Constitución misma y no con las ideologías ni con los dogmas sectoriales o personales; la Constitución, es como dice Loewenstein, ***"un dispositivo eficaz para el control de la dinámica del poder",*** o sea que todo plan, proyecto o programa de gobierno, debe sustentarse en lo dispuesto en la Constitución: Único pacto que se origina en la voluntad popular, es decir en el poder Constituyente.

1) Compromiso Constitucional

El término gobierno en este punto, está relacionado con el poder personalizado y en sus tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial; no está referido únicamente a gobierno-administración, uno de los componentes del todo; la estructura completa del gobierno debe estar comprometida con el cumplimiento de la Constitución, conforme al art. 235, que establece que *"todo funcionario civil o militar antes de tomar posesión de su cargo debe protestar bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer la constitución ateniéndose a su texto cualesquiera que sean las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen",* este compromiso no debe seguir siendo una simple fórmula protocolaria o pauta simbólica; esto debe transformarse en un compromiso vinculante a dos mandatos constitucionales que le son inherentes y consecuentes; tales son el art. 246 que se refiere a que las disposiciones constitucionales no pueden ser alteradas por las leyes que regulen su ejercicio, principio que compromete a lo tres poderes del Estado y el art. 244, que se refiere a la violación de las disposiciones constitucionales, que son constitutivas de delito.

La temática anterior, no se ha desarrollado en nuestro sistema y los estudiosos del derecho constitucional, no han profundizado sobre el tema; en cierto modo con la interpretación del art. 246, la Sala de lo Constitucional, tiene alguna doctrina , dado su carácter de intérprete de última instancia de la Constitución, pero en cuanto al art. 244, sólo en la sentencia que resolvió sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, se sentó una doctrina inicial sobre el punto.

Es oportuno señalar que el tema de la protesta constitucional tiene que ver con los deberes básicos en el ejercicio del gobierno; al ejecutivo le corresponde esencialmente orientarse a la consecución del bien común, las pautas constitucionales comienzan cuando el Consejo de Ministros que le corresponde elaborar el plan de gobierno; en el momento actual debe suponerse que ese plan debe estar impregnado

de la oferta electoral, si es que esta tiene algún grado de seriedad y de responsabilidad, si así fuere, se esperaría que la oferta del plan partidario se refleje en el plan de gobierno; no sólo por ello, sino porque se supone que en base al plan de gobierno se elabora el proyecto de presupuesto, que se enviará a la Asamblea Legislativa; la realidad de lo anterior debe será sometida a una evaluación constitucional, para ser aprobado o no, después de cada año de labores del gobierno.

Un análisis objetivo de la realidad indica que esto no se ha cumplido hasta hoy, probablemente por que los gobiernos salvadoreños, han respondido a intereses de clase y no a las demandas nacionales; sobre este tema habría mucho que decir tanto en el ámbito constitucional, como en el político, pero en esto hay suficientes opiniones sustentadas diversos sectores y personas, por otros medios de expresión y por otras causas no necesariamente académicas.

2.) El Pensamiento de Peter Häberle

Haberle, es un jurista alemán, de quien quiero dejar constancia de mi respeto y admiración. Nació en Gopingen, Alemania, en 1934, estudio en Friburgo, donde se doctoro en 1961, de la cual fue posteriormente catedrático. Su obra que tiene que ver con el tema en análisis, es el Estado Constitucional, en el que ha planteado los puntos o valoraciones que deben orientar el constitucionalismo actual. Dice Haberle, que en el Estado Constitucional, la lista de temas esta abierta; todo lo que pueda aportarse para la democratización de la sociedad y del Estado. En esta apertura caben, en la parte orgánica (petrificada total y absolutamente en El Salvador art.248), temas como el plebiscito consultivo (Suecia), la publicidad de los actos administrativos (Guatemala), las máximas para el proceso constituyente (Suiza) (cerradas totalmente en nuestro sistema); las clausulas anti-ideologicas (Rusia), la eternización de los derechos fundamentales, para esta y la próxima generación (Japón)

3) El compromiso con la Verdad y la Dignidad

La verdad ocupa un lugar preferente en algunas Constituciones, países en donde la mentira era la regla , por ejemplo en algunos Landers de Alemania, ahora consagran la verdad como algo deseable y exigible; en El Salvador, no existe ni siquiera mencionada como valor; la garantía al derecho de información, etc., Haberle, señala que las Constituciones, no deben normar estrictamente sobre derechos reconocidos ya, sino que vislumbrar nuevos modos de entender la vida social, pues en cierto modo una Constitución, es espejo de la realidad pero también esperanza de los pueblos y en tal sentido es instrumento de cultura: Deberá considerar la Constitución no solo lo que existe, sino también lo que debe ser en el futuro, una especie de utopía que les sirva a los ciudadanos de orientación, de gula, de fe, es decir la utopía que hace de la vida un camino excelso . En este tema, nuestra Constitución consagra el ideal de la patria centroamericana.

En el Estado Constitucional, es imprescindible la solidaridad con todos los pueblos, el compromiso con los derechos humanos universales: un análisis de la verdad que corresponde a los ciudadanos, sin manipulaciones, sin propaganda como la patrocinada por el gobierno, en las recién pasadas elecciones, para crear cultura constitucional; en ocasiones he propuesto la creación de un foro nacional , para que en los próximos cinco años los ciudadanos discutan su Constitución y propongan los cambios que se necesitan para dar el salto de calidad en lo político y en lo social. (vid, mi Libro Estado de Derecho, Corte Suprema de Justicia, 2008).

Haberle, cree que el Estado no debe ser el estereotipo de la represión, de la fuerza, de la imposición, como lo ha planteado Hobbes, en el Leviathan, o sea la figura bíblica, dura, impenetrable, invencible y con capacidad de imponerse por el terror y la muerte. Al contrario, el Estado debe ser un instrumento cultural que representa las glorias pasadas, pero también los compromisos con la gente y con los ciudadanos; debe expresar disposición para el respeto de los emblemas nacionales, el arte, el deporte, el cultivo de las religiones. El sano esparcimiento, la alegre convivencia, etc. Es decir la recreación de la república, en el sentido de libertad, democracia, convivencia, responsabilidad, etc. Esperarla que la sensibilidad y visión de Peter Häberle nos contagie y nos conmueva, para iniciar nuestra propia misión constitucional detenida por la soberbia y por la ignorancia.

Como dije al principio, de este libro, debemos emancipamos de Leviathán y dirigimos al Estado de libertad, igualdad y fraternidad: El Estado Constitucional. Así sea.

San Salvador, abril de 2009.

Recopilación Histórica Utec
en conmemoración de sus 45 años de fundación
se terminó de imprimir
en junio de 2024
en los talleres de Tecnoimpresos, S.A. de C.V.
19ª. Av. Norte N.º 125,
ciudad de San Salvador, El Salvador, C.A.