RECOPILACIÓN HISTÓRICA UTEC



De los acuerdos de paz al Estado social y democrático de Derecho

Tomo 1 y 2

Mario Antonio Solano Ramírez

Editorial UTEC

De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho

Tomo I

Mario Antonio Solano Ramírez

Universidad Tecnológica de El Salvador

972.84
S684d
Solano Ramírez, Mario Antonio

De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho / Mario Antonio Solano Ramírez. -- San Salvador, El Salv. : Editorial Universidad Tecnológica, 2024.
621 p. ; 22 cm. -- (Recopilación Histórica Utec; Vol. 21)

ISBN Tomo I.
978-99961-48-64-4 ISBN Tomo
II. 978-99961-48-65-1

1. Solano Ramírez, Mario Antonio. 2. Acuerdos de Paz (El Salvador) -- 1992. 3. Estado social y democrático de derecho -- El Salvador. 4. El Salvador -- Historia -- 1980-1992 (Conflicto armado). 5. Derecho constitucional -- El Salvador. 6. 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. 21

De los Acuerdos de Paz al Estado Social
y Democrático de Derecho
Tomo I

Mario Antonio Solano Ramírez.

Primera reimpresión 2025

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. 21
De los acuerdo de paz al Estado Social y Democrático de Derecho
Mario Antonio Solano

ISBN Tomo I. 978-99961-48-64-4
ISBN Tomo II. 978-99961-48-65-1

Diseño de portada y diagramación / Guillermo Contreras

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

CONTENIDO

TOMO I.

LIBRO Primero
El Nacimiento de la República 41
Título Primero 41
El proceso histórico 41

Capítulo Primero
Memoria Histórica 41
1. Importancia de la memoria histórica en El Salvador 43

Capítulo Segundo
Edad moderna y Edad contemporánea (siglos XV – XXI) síntesis 45
1. Edad Moderna 45
2. Edad Contemporánea 46
    2.1 Características generales 46
    2.2 La Conquista de América 47
3. Delimitación geográfica del Reino de Guatemala 48
    3.1 Los Territorios de Nueva España 48
    3.2 El Salvador en el contexto histórico 49
4. El Concepto de élite 50
    4.1 La Definición de Pareto 51

Capítulo Tercero
Independencia Centroamericana 51
1. Influencia francesa y norteamericana 51
2. Próceres de la Independencia 52

Capítulo Cuarto
Causas externas e internas de la Independencia 53
2. Factores Económicos 53
3. El Primer Grito 54

Capítulo Quinto
Proclamación de la Independencia de Centroamérica 56
2. La Sesión del 15 de Septiembre 57

3. El Acta de Independencia..... 58
4. Creación de la República Federal de Centroamérica 61
5. Inicio del Estado Federal.....62
Conclusiones.....64

Capítulo Sexto
Separación de El Salvador de la República Federal.....65
2. El Inicio del Estado Burgués..... 66
2.1 La Burguesía criolla..... 67
2.2 Proceso evolutivo del constitucionalismo..... 69
3. Efectos sociales de la Independencia..... 69
4. Anastasio Aquino 70
5. Francisco Morazán.....72

Capítulo Séptimo
El Régimen Económico y Social.....72
1. Acontecimientos de 1932 73

Capítulo Octavo
Liberalismo y Socialismo: 74
El Estado Liberal en El Salvador en el siglo XX. 74
Formalismo liberal en las Constituciones.....74
Génesis de la Violencia.....74
2. Tránsito del Estado Liberal al Estado Social 76
3. Estado de Derecho y Desarrollo 80
4. El Estado de Derecho y la Paz.....82

Título Segundo
Estructura oligárquica pro-capitalista.....86

Capítulo Primero
La República Cafetalera.....86
1. La Oligarquía como forma de gobierno.....86
Clasificación de las formas de gobiernos según Platón y Aristóteles.....86
2. Evolución de la República cafetalera (1876-1931) 87
3. El Añil y el Café.....88
4. El levantamiento de 1932 89
5. Extinción de la Propiedad Social.....92

Capítulo Segundo
Sistema creador de conflictos y guerras 95
1. El conflicto armado..... 95
2. Actores externos.....97
3. La dinámica política.....99
4. Consecuencias sociales de la guerra.....101
5. Ejecución de los Acuerdo de Paz 101

6. Fracaso del Foro Económico y Social 102

Capítulo Tercero
Acuerdos de Paz de Chapultepec, en 1992: implicaciones y cumplimiento para la consolidación del sistema democrático 103

Capítulo I
Fuerza Armada 104
1. Principios doctrinarios de la fuerza armada 104
2. Sistema educativo de la fuerza armada 105
3. Depuración 106
4. Reducción 106
5. Superación de la impunidad 107
6. Cuerpos de seguridad pública 107
7. Servicios de inteligencia 108
8. Batallones de infantería de reacción inmediata 109
9. Subordinación al poder civil 109
10. Entidades paramilitares 109
11. Suspensión del reclutamiento forzoso 110
12. Medidas preventivas y de promoción 111
13. Reubicación y baja 112
Acuerdos de Paz 1992-2002 112

Capítulo II
Policía Nacional Civil 112
1. Creación de la policía nacional civil 112
2. Doctrina 112
3. Estructura funcional y territorial 114
4. Personal de la policía nacional civil 118
5. Academia nacional de seguridad pública 120
6. Régimen jurídico 121
7. Régimen transitorio 121

Capítulo III
Sistema Judicial 126
1. Consejo Nacional de la Judicatura 126
2. Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos 127

Capítulo IV
Sistema Electoral 128

Capítulo V
Tema Económico Social 128
1. Preámbulo 128
2. Problema agrario 128

3. Sobre las tierras dentro de las zonas conflictivas..... 130
4. Acuerdo de 3 de julio de 1991 sobre tierras ocupadas 131
5. Crédito para el sector agropecuario y para la micro y pequeña empresa 131
6. Medidas para aliviar el costo social de los programas de ajuste estructural 132
7. Modalidades para la cooperación externa directa destinada a impulsar proyectos de asistencia y desarrollo de las comunidades.....133
8. Foro para la concertación económica y social.....133
9. Plan de reconstrucción nacional 135

Capítulo VI
Participación política del FMLN 135

Capítulo VII
Cese del enfrentamiento armado 137

Capítulo VIII
Verificación por las Naciones Unidas..... 142
Acuerdos de Paz 1992-2002.....143

Capítulo IX
Calendario de Ejecución.....143
I. COPAZ 143
II. Fuerza Armada 143
III. Policía Nacional Civil.....145
IV. Sistema Judicial..... 146
V. Sistema Electoral..... 147
VI. Tema Económico Social 147
VII. Participación Política del Fmln..... 148
VIII. Cese del enfrentamiento armado..... 148
IX. Disposición final 149

DECLARACIÓN FINAL.....150
Referencias 150

Capítulo Cuarto
Análisis actualizado de los Acuerdos esenciales que se convirtieron en reformas constitucionales 151
1. Análisis sobre el tema Fuerza Armada 151
2. Seguridad y reforma constitucional.....152
3. Inseguridad en el 2015-08-07.....154
4. Análisis sobre el sistema político. Partidocracia en El Salvador 155

Capítulo Quinto
La participación, la democracia representativa y la democracia liberal.....157
1. Iniciativa Popular 157
2. Referéndum.....158

3. El Plebiscito 159

Capítulo Sexto
Análisis sobre el tema económico social 160
2. Conceptos Generales 161
3. El crecimiento económico 162
4. ¿Se produce crecimiento con desarrollo en El Salvador? 162
5. Marco político y económico 163
6. Un análisis preocupante 163
7. Las Reformas políticas y económicas 165
8. Realidades de la Estructura Socio económica 165
9. Realidad Socio económica 167
10. Informe sobre desarrollo humano: PNUD. (2014) 168
Progreso humano 170
Gente vulnerable en un mundo vulnerable 170

LIBRO Segundo
Sistema Político y Forma de Gobierno 171

Título Primero
Conceptos Preliminares 171

Capítulo Primero
Derecho Comparado 171
2. Rasgos esenciales de la Constitución Española 172
3. Constitución de Alemania 173
4. Constitución de El Salvador 175

Capítulo Segundo
¿Qué es Sistema Político y Forma de Gobierno? 176
2. Sistema Político 177
3. Concepto de formas de gobierno o régimen político 178

Título Segundo
Parte Orgánica 179

Capítulo Primero
El Órgano Legislativo 179
1. Composición de la Asamblea 179
2. El estatuto de los parlamentarios 180
3. Inviolabilidad 181
4. Inmunidad 181
5. Respecto a la propia Asamblea 181
6. Respecto al Órgano Ejecutivo 182
7. La función de control 182
8. Sobre la Jefatura del Estado 183

9. Otras acciones de control....183
10. Con respecto a otros órganos del Estado 184

Capítulo Segundo
Estructura y Contenido Orgánico de la Constitución Salvadoreña 185
El Órgano ejecutivo....185
1. Doctrina 185
2. Atribuciones del Presidente de la República....185
3. Corresponde al Consejo de Ministros (Art. 167.C.S. y Art. 3 Reg. C.M.) 187

Capítulo Tercero
El Órgano Judicial 188
1. Elección por la Asamblea Legislativa 188
2. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia 189

Capítulo Cuarto
La Jurisdicción Constitucional....190
La Jurisdicción Constitucional en El Salvador 190
Aspectos orgánicos 190
Competencias....190

Capítulo Quinto
Tribunales Constitucionales: Sentencias, sus efectos jurídicos y políticos. 192
Ley de Amnistía 192
Tribunales Constitucionales. (Revista UTEC) 192
I. Separación de poderes....193
II. Origen del Poder 194
III. La Potestad Jurisdiccional....195
IV. Evolución Histórica 197
V. Jurisdicción constitucional en El Salvador 197
VI. Sala de lo Constitucional....199
VII. Ley procesal constitucional 202
VIII. Tesis de Kelsen, en relación a los tribunales constitucionales 203
IX. Presente y futuro de la justicia constitucional....205

Capítulo Sexto
El valor Verdad: El problema de la Verdad y la Justicia Constitucional....207
1. Versión resumida del Informe de la Comisión de la verdad....208
El mandato....209
El derecho aplicable....210
Las investigaciones....211
2. La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz....212
3. Comentarios a la Sentencia de la Sala de lo Constitucional sobre Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía....217

Primera Parte

Doctrina Aplicable 217
I. Introducción 217
El Estado es una estructura de poder, de máximo poder 217
Instituciones Políticas y Derecho Constitucional 218
II. Definiciones Delito Político 219

Segunda Parte

I. Legislación Nacional 221
Título I 221
Capítulo I 221
Capítulo II 222
Capítulo III 222
Título IX 222
Concepto de Delito Político 222
Código penal de 1998 223
Título XVII 223
Delitos relativos al Sistema Constitucional y la Paz Pública 223
Capítulo I 223
De los Delitos Relativos al Sistema Constitucional 223
Título XVIII 223
Delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado 223
Capítulo Único 223
Aplicación del código procesal penal de 1998 224

Tercera parte

Contenido de la ley de amnistía 224

Cuarta Parte

I. Parte Resolutiva de la Sentencia de la Sala de lo Constitucional 226
II. Efectos Jurídicos Resultantes de la Ley y de la Sentencia: 227
Nueva Demanda de Inconstitucionalidad de Ley de Amnistía.
2013 Inconstitucionalidad 229
Disposiciones del Estatuto de Roma 230
Implementación del Estatuto de Roma en El Salvador 235

Capítulo Séptimo

Comentarios sobre algunas sentencias específicas de la Sala
de lo Constitucional 2015-2018 235
1. Análisis de la Sentencia 61-2009, Inconstitucionalidad 235
2. Análisis de la Sentencia sobre transferencia de fondos 239
3. Análisis de la sentencia sobre Ley del FONAT 245
4. Sala reafirma que los diputados suplentes no tienen garantía de antejuicio, salvo que cometan delito mientras ejercen como propietarios 251
5. Los magistrados no pueden estar afiliados a partidos políticos
Inconstitucionalidad: 97-2013 255

6. Argumentos de la Sala de lo Constitucional 256
7. Reflexiones sobre el tema 257
8. ¿Qué regulaciones tiene la Constitución salvadoreña? 259
Referencias del Titulo Segundo 263
Título tercero
Situación Global 265

Capítulo Primero
Permanencia o Cambio 265
1. Mañana es ahora 265
2. Sistema Político y Constitución 266
3. Constitución y Derecho Internacional 267
4. Cláusulas Pétreas 268
5. Cláusulas Pétreas en el Derecho Comparado 269

Capítulo Segundo
El Estado debe ser rector de las políticas públicas.
El Cambio formal y cultural constitucional 271
La Reforma Constitucional Básica 271
1. Introducción 271
2. Caducidad Institucional 272
3. La reforma constitucional 273
4. Modernización del Poder Ejecutivo 277
5. En materia Jurisdiccional 279

Epílogo
El Nacimiento de la República 282
I. Antecedentes 283
II. Acuerdos 283
III. Análisis actualizado de los Acuerdos esenciales, que se convirtieron en reformas constitucionales 283

TOMO II

LIBRO Primero
Fundamentación Histórico-Constitucional 289

Título Primero
Poder, Estado y Soberanía 289

Capítulo Primero
Nociones Generales 289
1. Noción de Poder 289
2. Noción de Estado 291
Concepción marxista del Estado 294

Constitucionalismo occidental 295
Deificación del Estado. Guillermo Federico Hegel..... 296
Identidad entre Estado y Derecho 297
Georges Burdeau: El poder institucionalizado..... 298
3. Noción de poder soberano 298
3.1 Jean Bodino (1530 - 1596) 298
3.2 John Locke (1632 - 1704)..... 301
3.3 Rousseau (1712 - 1778)..... 301

Capítulo Segundo
El Estado Nacional..... 302
1. Concepto y Evolución..... 302
2. Estado Absolutista Monárquico 303
3. Crisis Del Estado Monárquico - Absolutista..... 304
4. El Absolutismo como sistema 304
5. Despotismo Ilustrado..... 307
6. El Absolutismo de Thomas Hobbes 307
7. El Individualismo de John Locke..... 309
Del estado natural 310

Capítulo tercero
Estado de Derecho 311
Introducción 311
1. La Transformación del Orden Constitucional..... 311
2. ¿Qué es el Estado de Derecho?..... 312
2.1 Estado de Derecho..... 313
2.2 La segunda etapa del desarrollo del Estado de Derecho..... 313
2.3 La tercera etapa del desarrollo de la idea del Estado de Derecho 313

Capítulo Cuarto
Conformación de ideas sobre el Estado de Derecho..... 314
Introducción 314
2. Características del Estado Liberal de Derecho 315
3. El Estado burgués 316
4. Estado liberal y cuestión social..... 318
4.1 Consideraciones Generales 318
4.2. Elementos Característicos del Estado de Derecho..... 320
4.2.1 La libertad 320
4.2.2 La Igualdad 322
4.2.3 Igualdad como valor universal 324
4.2.4 La División de Poderes..... 325
5. Legitimidad y División de Poderes..... 326
5.1 La División del poder del Estado 326
5.2 Tesis de García Pelayo 328

Capítulo Quinto

Proceso evolutivo del Estado de Derecho 330
Introducción 330
1. Inglaterra 331
2. Francia 332
3. Alemania 333
4. Estados Unidos de América 333
5. Unión Soviética 333

Capítulo Sexto

El Estado Social 334
1. Consideraciones Generales 334
2.- Contradicciones en el Estado Social 336
3. El Componente Democrático 336
4. El Estado Administrador 337
5. Reflexiones de Elías Díaz 338
5.1 Constitución de Weimar de 1919 339
5.2 Constitución de la República Española de 1931 341
5.3 Avances en el constitucionalismo del siglo XX 342
6. Efectividad de los derechos individuales y de los derechos sociales 343
Administración y Estado social de derecho 345

LIBRO Segundo

El Estado Social y el Neoliberalismo 347

Título Primero

Origen, Conceptualización, Características y Desarrollo del Estado Social 347

Capítulo Primero

El Surgimiento del Estado Social 347
Ley de bronce del salario 349
1. Causas del aparecimiento del Estado Social 350
2. Condiciones para el aparecimiento del Estado Social 352
3. Ineficacia del estado Liberal ante la problemática social 354
4. La formula Estado Social de Derecho 356
5. Responsabilidad del Estado ante los Derechos sociales 359

Capítulo Segundo

Estado Social y Estado de Bienestar 361
1. Conceptos de Estado Social 365
2. Diversas denominaciones. 365
3. Los inicios del Estado de Bienestar, como proyecto de Bismarck 366
4. El Estado de Bienestar y la cuestión social 367
5. El Advenimiento de la Seguridad Social 368
6. Presencia de John Maynard Keynes 369

Capítulo Tercero

Decadencia del Estado de Bienestar 371
1. Crisis del Estado de Bienestar 371
2. ¿Qué es el Liberalismo?.....371
3. Clásicos del Liberalismo y precursores del Neoliberalismo..... 373
3.1 La riqueza de las naciones 373
3.2 Liberalismo Económico..... 374
3.3 Introducción al liberalismo. Ludwig VonMises 375

Capítulo Cuarto

Surgimiento del Neoliberalismo 376
1. Qué es el Neoliberalismo? 376
2. Ajuste Estructural 379
3. Consenso de Washington.....381
4. Neoliberalismo y Estado Intervencionista 383

Capítulo Quinto

Estado social versus Neoliberalismo..... 384
1. Las principales corrientes Neoliberales.....385
2. Nozcik y Rawls..... 386
2.1 El Debate sobre la Justicia..... 387
2.2 El núcleo central de la teoría de Rawls..... 389
2.3 Robert Nozick 390

Título Segundo

El poder neoliberal y su impacto en la sociedad 391

Capítulo Primero

Capitalismo Democrático.....391
1. Estrategia Neoliberal 391
Primera Fase:..... 394
Segunda Fase:..... 394
2. Ajuste y pobreza: 395
3. Reformas sectoriales..... 395
3.1 Programas compensatorios.....396
3.2 El Neoliberalismo y el Estado 396
3.3 Neoliberalismo y Gobierno..... 398
3.4 Impacto en El Salvador..... 399

Capítulo segundo

El Contra Neoliberalismo.....402
1. El Neoliberalismo como ideología.....404
2. El fondo del proceso neoliberal.....405
3. Fin de la política económica neoliberal 406
4. El Estado de derecho y la globalización neoliberal.
Una mirada desde América Latina 410

Estado liberal de derecho 411
5. Modelo Neoliberal en El Salvador 412
6. Acumulación de capital en El Salvador 414
7. Realidad Nacional 415
Debilidades Nacionales 416
Estado Integrador 418

Libro Tercero
El Estado Social y Democrático de Derecho 419

Título Primero
Diferentes modelos de Estado de Derecho 419
Introducción 419
a) Modelo Liberal 421
b) Modelo democrático 424
c) Estado social y democrático de derecho. ESDD. Dinámica social 425
Características del Estado social y democrático de derecho 427
Modelo constitucional 431
Características propias del Estado Constitucional 432
Democracia y Estado Constitucional 433

Título Segundo
Derecho Constitucional y Estado social y Democrático de Derecho (ESDD) 434

Capítulo Primero
El Orden Axiológico Constitucional 434
1. Significado de la Constitución 434
2. Principios Constitucionales: Constitución salvadoreña 436
3. Valores Constitucionales 437
4. Los derechos sociales 439

Capítulo Segundo
Orden axiológico socio-económico en el ESDD 440
Introducción 440
1. Disposiciones constitucionales en El Salvador 441
2. Legislación Económica en El Salvador 446
3. Orden Axiológico socio-económico en la Constitución española 448
4. Orden Valorativo económico social de Alemania 450
    a. Conceptos claves 450
    b. La economía social de mercado 451
    c. La legitimación democrática 452

Capítulo Tercero
Los Valores en el Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD) 452
1. Los valores políticos en el Constitucionalismo social 453
2. Disposiciones esenciales 454

2.1 Normas Fundamentales: 454
2.2 Estado de Derecho; social; democrático 455
3. Despliegue del Estado de Derecho 455
3.1 El carácter democrático: 456
3.2 El carácter social 456

Capítulo Cuarto
Valores Políticos y Normativa constitucional 458
1. Análisis de Derecho Comparado. Comparatística 458
2. Normas esenciales de las Constituciones 459
3. Derecho comparado, Doctrina y derecho constitucional 460
3.1 España. Significado de los términos: a) Estado de Derecho. Iribaren 460
1. Sinopsis Realizada Por: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero
Letrado De Las Cortes Generales. Junio, 2005. Contenidos CE-Constitución
española 464
3.2. Alemania: 464
2. La Ley Fundamental de Bonn 464
3. La organización federal del Estado 467
Preámbulo 471
I. Derechos fundamentales 472
3.3 Chile 481
Conceptualización 482
Estado Social en la Constitución Chilena 484
3.4 Primera versión de Colombia 486
Cuestiones Políticas 488
Estado Social de Derecho en Latinoamérica 489
Una aproximación comparativa 489
Conclusiones 492
3.4.1 Segunda Versión de Colombia 494
"La justiciabilidad de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
Balance y Perspectivas" 494
Estado social de derecho y derechos económicos, sociales y culturales 495
Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales 497
El valor de la dignidad humana y la integralidad de los derechos 498
3.5 Versión de Venezuela 498
Consideraciones generales 499
Principios y valores fundamentales contenidos en la Constitución vigente
propios del Estado Social de Derecho 502
Obligaciones y deberes al Estado y a los particulares 502
Referencias 504
Bibliografía relacionada por las autoras 504
3.6 El Salvador 505
El Régimen de Derechos Sociales en la Constitución 505
1. El Inicio del Estado Social 505
2. La estrategia de El Salvador para su sobrevivencia 508
3. Rumbo al Estado social y Democrático de Derecho 508

3.1 El Pillaje social..... 508
3.4 Los principios rectores de la política social y económica..... 512

Libro Cuarto
Los Valores Universales..... 513

Título Primero
Nueva Escala de Valores..... 513

Capítulo Primero
Filosofía del Estado social y Democrático de Derecho..... 514

Capítulo Segundo
Constitucionalismo Social Comparado..... 515

Capítulo Tercero
Los desafíos del Estado Social y Democrático de Derecho..... 516

Capítulo Cuarto
La Constitución y las atribuciones del Estado en el mundo de hoy..... 518

Capítulo Quinto
Reacciones ante la Encíclica el Papa Francisco..... 520

Título Segundo
Los Valores que el mundo debe recuperar..... 522

Capítulo Primero
La Seguridad Ciudadana..... 522
El Control Social..... 523
2. Documentos Internacionales..... 525
Documento citado..... 526
2.2 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009..... 527
2.2.1 La Seguridad Ciudadana y Los Derechos Humanos..... 528
3. Las obligaciones de los Estados conforme a la Convención Americana..... 528
4. La caracterización de una política pública sobre seguridad ciudadana..... 529

Capítulo Segundo
La Dignidad Humana..... 531
Referencias..... 536

Capítulo Tercero
La Solidaridad..... 536
Referencias..... 539
La solidaridad como principio constitucional..... 540
Francisco Fernández Segado..... 540

La solidaridad en el constitucionalismo salvadoreño 541
El Salvador 541
El Régimen de Derechos Sociales en la Constitución 541
El Inicio del Estado Social 541
Preámbulo 543
Los Estados Partes en la presente Convención 543
Capítulo Cuarto
Probidad 546
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 546
Preámbulo 546

Capítulo Quinto
La Verdad 551
Constitución de la República de El Salvador 554
DECRETO NÚMERO 38 554
Preámbulo 554
Los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos. 555
Referencias 555

Título Tercero
Antropología y democracia social 556

Capítulo Primero
Introducción a la Antropología 556
1. Concepto de Antropología 556
2. Fines de la Antropología 557
3. Antropología Cultural 558
Trabajos Anteriores a la Obra De Morgan 559
4. Las diversas formas de organización 559

Capítulo Segundo 563
Democracia Social 563
¿Qué es la Democracia Social? 563
I. Fundamentos de la Democracia Social 563
II. Definiciones científicas de «Democracia Social» 564
Cómo proceder en la práctica. Diferentes enfoques 564
¡Libertad, igualdad, fraternidad! 565
III. Valores y derechos fundamentales como brújula política 565
1. Libertad 565
2. Las raíces de la «libertad» 566
IV. Democracia Social 567
V. ¡Libertad, igualdad, fraternidad! 567
¿Qué límites tiene la libertad en la sociedad? 568
VI. Libertad y Democracia Social 570
Dos principios centrales 570
Principio 1 570

Principio 2.....571
La justicia requiere una estrategia multidimensional Idea de «paridad participativa» 571
3. Solidaridad 573
Continuando con los postulados de libertad, igualdad y fraternidad..... 573
El Presupuesto de Promoción Social 574
Justicia y Democracia Social..... 575
Referencia 575

Capítulo Tercero
Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales
efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano..... 576
1. Introducción..... 577
2. La dignidad de la persona como fundamento del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo 577
3. El bloque constitucional de derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano 578
4. Los derechos económicos, sociales y culturales como derecho indivisibles e interdependientes con los derechos individuales y políticos..... 579
5. La ausencia de diferencias estructurales básicas de los derechos individuales y de los derechos sociales..... 580
6. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales eficaces 581
7. Los sujetos obligados por los derechos sociales fundamentales 582
8. El objeto de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales 582
9. Las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.....583
10. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales 584
11. Creación de otros recursos legales, fuera de los judiciales, para proteger los derechos sociales 585
12. Determinación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales.....585
Referencias 588

Libro Quinto
El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Estado Social
y Democrático de Derecho..... 589

Título Primero
Estado Social de Derecho, Derechos Humanos y Constitucionalismo 589

Capítulo Primero
El Derecho Constitucional Procesal como expresión renovada
del Estado Social y Democrático..... 589
La Constitucionalización del Derecho se traduce en varios postulados a saber: 591

Capítulo Segundo

Derechos Humanos en el sistema internacional 592
1. La Declaración Universal 592
1.2 El sistema interamericano de protección a los derechos humanos 594
Órganos del sistema interamericano 594
1.3 Obligaciones internacionales de los Estados en el sistema interamericano 596

Capítulo Tercero

Los Derechos Sociales y el sistema internacional 597
1. Derechos sociales e igualdad 597
1.2 El derecho a la salud 598
1.3 El reconocimiento en el sistema de las Naciones Unidas 598
1.4 El reconocimiento en los sistemas regionales 599
2. El derecho a la educación 600
3. Sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales 601
4. Tres generaciones de derechos humanos 602
5. Derechos humanos del siglo XXI: la declaración universal
de derechos humanos emergentes 604

Capítulo Cuarto

El constitucionalismo y la interacción necesaria con el derecho internacional de los derechos humanos 605
1. Hacia un nuevo paradigma: el estado constitucional ampliado 605
2. Características del estado constitucional ampliado 607
2.1 Desde una visión programática a su eficacia normativa de la constitución 607
2.2 Sistema renovado de derechos fundamentales 607
2.3 Mecanismos de control con base constitucional 607
2.4 Importancia de la participación ciudadana 608
2.5 Estado constitucional ampliado en Latinoamérica 609

Capítulo Quinto

El Neoconstitucionalismo 610
1. Aspectos esenciales de su conformación 610
El Neoconstitucionalismo como expresión jurídica del estado social y democrático de derecho 610
2. El neoconstitucionalismo en Latinoamérica 611
3. ¿Qué caracteriza al neoconstitucionalismo? 612
4. Conclusión 612
Reflexión final 613
I. El Tema del Estado 614
John Locke (1632-1704) 615
Jean Jacques Rousseau (1712-1778) 616
5. Manuel García Pelayo 620
Peter Scheneider 621

PRÓLOGO

Esta obra del Dr. Mario Antonio Solano Ramírez, "De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho", aspira a "ser un componente de ese esfuerzo nacional de amplia participación para construir un nuevo Estado, cuya principal tarea es crear, fortalecer y promover la seguridad ciudadana en el marco de la Ley". El destacado Doctor Solano Ramírez de entrada, prologando su obra, reconoce que como lo dijese Thomas Hobbes en su momento, la primera función del Estado es proporcionar seguridad; hoy, esa seguridad, es el mismo derecho fundamental de protección personal y colectiva que demanda el pueblo salvadoreño.

El apreciado Doctor Solano Ramírez también señala que esa seguridad es la base del desarrollo económico, que produce crecimiento y posibilidades de transformación de la sociedad, que genera la integración social y que promueve la participación política. Reconoce el autor, que la actual sociedad salvadoreña es una sociedad confundida, a merced de los distintos actores organizados en grupos de poder que actúan conforme a sus propios intereses, por lo que el colectivo social, ahora en el caos y la incertidumbre, espera y necesita líderes responsables que asuman funciones de dirección y posicionamiento en favor de la libertad y del bien común.

Después inicia un amplio repaso de nuestra historia como nación, desde la independencia, sus primeros pasos, con el tema del café y su importancia en la vida de cada pedazo de nuestra identidad. Continúa repasando el importante episodio del trato histórico de la propiedad inmobiliaria desde su nacimiento, enumerando las leyes que regulan y modifican su posesión y dominio; Ley de Extinción de la Propiedad de las Comunidades Indígenas, la Ley de Extinción de Ejidos, hasta en la época actual, la Ley de Reforma Agraria, con todas las consecuencias sociales, económicas y políticas que esas leyes produjeron en el país.

El reconocido jurisconsulto, reconoce que la firma de los Acuerdos de Paz nos llevó al término de la guerra como conflicto armado, pero no generaron la paz, porque no resolvieron las causas originadoras del fenómeno político. Lo anterior, señala, es cierto, pero también lo es el hecho, de que deben aceptarse dichos Acuerdos, como un importante paso para buscarla en un ambiente democrático. Por ello es que considera y otorga su reconocimiento a lo que pueden ser logros positivos en el camino a la democracia, plasmada en aquellas conquistas de carácter político electoral como el voto directo, listas abiertas y candidatos no partidarios.

El distinguido Doctor Solano Ramírez adelanta en el inicio de su obra, el protagonismo como principal actor en el proceso de desarrollo político social del país, a las actuaciones de la actual Sala de la Constitucional, que a fuerza de resoluciones sobre temas de constitucionalidad por actos gubernamentales, ha pretendido y por lo general ha conseguido, con sus propios argumentos jurídicos, casi siempre respaldados por la soberanía ciudadana, establecer la vigencia de un general sentimiento de respeto de la norma constitucional, como la más importante y la primera de las normas jurídicas, en el ordenamiento legal de la República; por lo que, consecuentemente, la Ley secundaria debe estar siempre ajustada a lo que señala y dispone la Constitución de la República, primero, y luego, la verdadera esencia y significado del principio de independencia de los poderes del Estado, sujetos a una relación de colaboración, más nunca, de subordinación, ya que no se reconoce ningún poder u órgano del Estado superior, por cuanto, todos ellos se someten en sus funciones a la Constitución y al principio de igualdad entre órganos.

El académico Doctor Mario Antonio Solano Ramírez, con amplios méritos en el ámbito jurídico de El Salvador, ha sido magistrado del más alto tribunal de justicia del país y como especialista en Derecho Constitucional, con reconocidas obras en esa rama del derecho, fue protagonista principal y sin ninguna duda, uno de los primeros académicos que depositó sus vastos conocimientos por la conversión de la norma constitucional en la base de la estructura jurídica que regula este tránsito tan esperado, para lograr una administración de justicia que cumpla con los requisitos que permitan considerarla como ese bien supremo de límites y control que requiere toda sociedad.

La relevante aportación del Doctor Mario Antonio Solano Ramírez se compone no solo de una importante colección académica de obras de Derecho Constitucional que son material de conocimiento y apoyo a estudiantes de derecho y a los aplicadores de la justicia en los tribunales de la república, también es parte de la vida jurídico- profesional del ilustre Doctor Solano Ramírez, la Colección de Estudios en la forma de votos razonados, en su función como Magistrado de la Sala de lo Constitucional, en los cuales, siempre en desventaja de número, el Magistrado Solano sentó versadas cátedras con sus amplios conocimientos y criterios de derecho constitucional doctrinario, así como de la práctica nacional y de derecho comparado, sobre todo en materia jurisprudencial. Imaginamos que la soledad a la hora de votar las resoluciones sirvió al estudioso Doctor Solano Ramírez como la fuerza de espíritu que, apoyada en su formación científica, le permitieron ser el abanderado, en tiempos modernos, del verdadero Juez, y todavía más enaltecedor, del verdadero Juez Constitucional. Con el Doctor Solano se inicia el desarrollo del verdadero Derecho Constitucional Salvadoreño, ese derecho que hoy nos sirve de barrera y defensa contra las arbitrariedades del poder.

No dudamos que ésta será la obra maestra del prestigioso Doctor Solano Ramírez, porque con ella, su ciencia y sus cualidades están de lleno al servicio del futuro de la patria. La Universidad Tecnológica se siente complacida con la presencia

y participación de este insigne jurista que ha hecho del estudio del Derecho Constitucional, la cruzada patriótica para sentar las bases del Estado Social y Democrático de Derecho.

Gracias Doctor Solano por ser parte de nuestro esfuerzo académico.

Lic. Carlos Reynaldo López Nuila
Vicepresidente
Universidad Tecnológica de El Salvador

PRESENTACIÓN

I. El presente estudio intitulado "De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho", es sugerencia y esperanza para iniciar el tránsito imprescindible y el paso consciente hacia una acción concertada y necesaria que la sociedad salvadoreña tiene que hacer para construir un nuevo estadio social, cultural, político y económico, capaz de reflejar los logros que han traído consigo esfuerzos, sacrificios, contradicciones, e incluso las guerras; todo en beneficio para la sociedad entera, sin exclusiones; entonces, es indispensable construir un Estado capaz de servir y proteger a sus ciudadanos en un ámbito natural, social y cultural en el que se puedan desarrollar y cumplir aquellos valores, principios y fines que definen a un Estado democrático. Nos referimos a un Estado que promueva y cuide los derechos fundamentales de sus habitantes, un Estado con poder real y jurídico suficientes, para defender su soberanía y la integridad de su territorio, idóneo para dirigir y conformar una sociedad de convivencia, donde los avances relativos en materia de libertad e igualdad, sean propicios para un ambiente social, fraterno y pacífico.

Lo anterior no es una retórica, se trata de reconocer qué clase de sociedad hemos conformado, una sociedad excluyente, de bajo nivel cultural, plagada de carencias, confundida en la lucha política, en las relaciones laborales y empresariales, cada vez más sumida en la pobreza y en la desesperanza; la superación de esta crisis social obliga a pactar un esfuerzo social de amplia participación, con liderazgos políticos, sociales, religiosos, gremiales, etc., honestos, capaces de crear conciencia social mínima, para que dicho esfuerzo se institucionalice en el nuevo Estado que es necesario construir, que provea los mandatos generales y abstractos, que habiliten a las autoridades para actuar y establecer límites, facilitando el control por parte de un poder judicial independiente lo cual supone un elemento esencial de racionalización del poder. Esta obra investigativa puede ser un componente de ese esfuerzo nacional.

II. Preocupada como está nuestra sociedad por el deterioro de su propio tejido, sin tener clara la complejidad, las causas, y quienes son "los promotores, los operadores, los líderes", del fenómeno delincuencial salvadoreño, de ahí que una de las principales tareas que tendrá que enfrentar el nuevo Estado salvadoreño, es el de crear, promover y fortalecer la seguridad ciudadana, en el marco de la ley y sin menoscabo

de la seguridad nacional y de la seguridad pública; de otra manera es muy difícil que se logre el crecimiento y desarrollo económico que trascienda la visión estrecha de la acumulación y de las ganancias personales o sectoriales.

Filósofos del derecho y de la política, han sostenido que la seguridad es esencial en la vida del Estado; Thomas Hobbes, en su momento sostuvo que el principal fin de la actividad del Estado es proporcionar seguridad; en el momento actual, la seguridad sigue siendo el derecho fundamental de protección personal y colectivo, pero además se agrega el componente de lo humano, "un enfoque hacia la vida cotidiana de las personas y en los lazos sociales que ellas establecen. En otros términos, la seguridad humana se refiere a la construcción en paz de la vida de la gente como la principal garantía para lograr la estabilidad y el progreso. Más aún, es producto de un desarrollo económico que genere integración social y que promueva la participación política."

III. Siendo el Estado la principal institución integradora de la sociedad es urgente e indispensable fortalecerlo en la democracia; y todos deberíamos comprometernos con la persona humana como principio y fin de la actividad del Estado. Las instituciones propias del Estado, -Gobierno- cumplen sus funciones en la forma establecida, esto es, republicana, democrática y representativa, inmersos en la sociedad internacional, que incluye a los poderosos organismos financieros; la constitución del Estado en democracia y en derecho, con supremacía constitucional, con garantía de respeto a los derechos fundamentales, con eficacia normativa directa, es ideal, pero da un punto de partida que permite vislumbrar hacia donde queremos llegar y quienes son nuestros acompañantes. Debemos estar conscientes de que en una sociedad como la nuestra, con todo y Acuerdos de Paz, distintos grupos y factores reales de poder de todo signo que, conforme sus intereses, quieren imponer sus dogmas, ideologías, proyectos y programas. Esto ha creado una sociedad confundida que ahora se debate en el caos y en las imprecisiones. Cambiar esta situación corresponde a liderazgos responsables de esas tendencias; no obstante, para transformar en energías sociales propositivas deben renunciar a sus intereses particulares y en un amplio proceso de concertación y entendimientos, donde se decida la conversión del Estado como instrumento idóneo para dirigir el cambio. En el inicio del proceso, el gobierno en funciones debe asumir el liderazgo responsable como factor aglutinante de los sectores ahora confrontados.

Historia, su impacto en la hora actual

IV.- La Historia es la memoria de las sociedades humanas. Lo mismo que una persona puede "vegetar" pero no progresar y desarrollarse sin memoria, las sociedades que pretendan ser participativas y creativas en el entorno mundial, han de reconocer su patrimonio, y, como elemento fundamental del mismo, su historia. El conocimiento

de la historia real sirve como elemento emancipador para las sociedades dominadas. Es importante recordar que la resolución de todo problema requiere de un correcto planteamiento, para ello, dar a conocer las raíces próximas y lejanas de los conflictos es fundamental. Un recorrido histórico revelador y útil para nuestro propósito sería indagar sobre Centroamérica entre los siglos XVIII y XIX, la Independencia centroamericana, sus causas, su contextualización histórica, política y jurídica, la posición salvadoreña en 1811-1814-1821, la declaratoria de Independencia, el Acta de Independencia: su interpretación, el tránsito de la Colonia a la República, todo esto ayudaría a entender nuestros orígenes, la base para un recorrido fecundo, siempre que la objetividad la imparcialidad y la honestidad, nos permitan presentar los hechos sin prejuicios y sin descalificaciones, así como, sin pretensiones de neutralidad. Nuestro reconocimiento a quienes han trabajado en esta dirección.

V.- Al concretarse la independencia centroamericana y disuelta la posterior Federación, cada Estado hizo su propia historia; en 1841, El Salvador, se declara República Independiente; el grupo menos favorecido siguió siendo el indígena; "Roque Dalton", quien señala que la situación de este sector no cambió en lo más mínimo con la independencia ya que los criollos y los mestizos desempeñaron el papel de explotadores. "Las masas indígenas bien pronto cayeron en la cuenta de que lo único que había cambiado eran las personas de los amos."

Entre los años de 1832 y 1833 y bajo el lema "tierra, medio de producción y libertad", hubo una rebelión indígena como respuesta a la usurpaciones de tierras, al reclutamiento militar forzoso y al incremento de impuestos. Las comunidades nonualcas dirigidas por Anastasio Aquino, antiguo jornalero de una hacienda añilara, se levantaron en armas. Aquino fue asesinado.

La historia del Café

VI.- Para impulsar su producción, el gobierno salvadoreño exentó del pago de impuestos y del servicio militar a particulares interesados en el cultivo del café. Como incentivo a la producción cafetalera, el general liberal, Gerardo Barrios transfirió en 1859, haciendas públicas. La primera modificación a la forma de propiedad se dictó en febrero de 1881, con la Ley de Extinción de la propiedad de comunidades Indígenas; de igual forma en 1882, las tierras ejidales son expropiadas. Ley de Extinción de Ejidos. Cambio estratégico en aquel momento.

Cien años después de la extinción de los ejidos y las comunidades indígenas, en 1980, la Junta Revolucionaria de Gobierno, promovió la reforma agraria que pretendía desarticular aquella estructura pro-oligárquica, probablemente, la causa eficiente del conflicto social que se cultivó durante esta centuria, y que constituye la estructura social, económica, política y jurídica, que es necesario desmontar y sustituir, median-

te la revisión y reconstrucción de la Constitución misma de 1983, con las reformas producidas por los Acuerdos de Paz y la dinámica política que se produce con las sentencias, algunas muy controversiales, de la Sala de lo Constitucional, todo esto se analizará oportunamente. Ningún evento propiciado por los Acuerdos de Paz, y los gobiernos ulteriores ha sido superior a la modificación de la estructura de la tenencia de la tierra que hizo la Junta de Gobierno, en 1980.

VII.- La historia de El Salvador, en la Era republicana, ha sido caracterizada por abismales desigualdades en el engranaje de las relaciones sociales y la estructura del poder. Es notorio el uso histórico del término "las 14 familias" que fue utilizado para denotar a la oligarquía cafetalera que se cimentó en las reformas liberales del último cuarto del siglo diecinueve y que dominó al país por un siglo (1880-1979). En el ideario popular "las 14 familias" se resumió en la simple noción de "la oligarquía" e incluso se sigue utilizando hasta el día de hoy para identificar a las contadas familias que siguen controlando el poder económico en la Era neoliberal, pero desde el punto de vista conceptual y analítico, preguntamos: ¿cómo ha cambiado la oligarquía en El Salvador? ¿Cuáles son las nuevas dinámicas políticas y socioeconómicas que caracterizan la composición y comportamiento del nuevo grupo de poder? (Revista América Latina (Universidad de las Artes y Ciencias Sociales ARCIS, Chile), (2011).

Observamos el natural cambio generacional de las personas, el cambio de los escenarios naturales, sociales e institucionales; se han transformado también los medios y los instrumentos para que los detentadores actuales hagan crecer su patrimonio y mantengan el control de bienes y negocios estratégicos; así lo permite la Constitución vigente; la nueva correlación de fuerzas a nivel mundial y las reacciones de los poderes económicos en el fenómeno de la globalización, produce mutaciones en los herederos de las familias de antaño, algunas conservando los estilos y las pretensiones de mando más allá de los poderes económicos.

Es oportuno mencionar que hay empresas que a la par de sus actividades lucrativas, promueven y financian acciones solidarias y de responsabilidad social como nuevas formas de filantropismo, facilitando becas o ayudas para estudios a jóvenes talentos, programas sociales, culturales, recreativos; para sus trabajadores, un agregado aceptable que debería ampliarse al mayor número de empresas, independientemente de sus compromisos legales y constitucionales establecidos; en tanto que, los promotores del neoliberalismo a escala mundial promueven la creación y control de partidos políticos, ONG´s, grupos coincidentes de la llamada sociedad civil, de instituciones no gubernamentales, incluidos algunos de los llamados "tanques de pensamiento" medios de comunicación, por supuesto que eso no es algo raro, responde a una estrategia que se diseñó por los años ochenta en el denominado "consenso de Washington", que ha respaldado políticas como la privatización, programas de ajuste estructural, el estado mínimo, entre otras.

Desarrollo del constitucionalismo salvadoreño

VIII.- El impacto del neoliberalismo, con sus objetivos económicos y políticos, hace que la sociedad humana actual, presienta que se estarían reescribiendo, los abusos del liberalismo ochocentista que dio lugar a la formación de dos bloques: la burguesía contra el proletariado, -la eterna lucha entre ricos y pobres, según el rey Solón- hecho que generó condiciones para el movimiento proletario y las distintas soluciones aportadas para abordar la problemática social. La Era formalmente republicana e independiente, sustentada en una estructura económica de tipo burgués, al principio, oligárquico, posteriormente, tal como se ha expresado desde sus inicios, hasta nuestros días, es una de las causas que ha propiciado esta sociedad violenta, no exenta de lucha de clases, que se manifiesta de diversas maneras; no obstante, se han dado en los casi doscientos años, después de la Independencia, por lo menos las Constituciones inspiradas en los principios de libertad e igualdad, algunas de ellas muy respetables como las de 1841, que introduce el "hábeas corpus" y la de 1886, que consagra el Amparo constitucional; el recurso de inconstitucionalidad, esperaría hasta 1950.

El teórico, Ferdinand Lasalle afirma que en esencia, la constitución de un país es la suma de los factores reales del poder, en el caso de El Salvador, sólo han instrumentalizado a su favor tales principios, permitiendo que la mayoría de ciudadanos apenas subsistan en condiciones materiales deplorables. El siglo XXI, demanda con urgencia que se vean signos de madurez y rectificación de parte de las dirigencias políticas; actualmente pueden darse ciertas condiciones para nuevos entendimientos entre los partidos políticos de las distintas corrientes ideológicas, pero que deben coincidir en la democracia; se esperaría el inicio de un cambio de dirección, la modificación de sus cartas de principios y la adopción de nuevas formas de conducción y liderazgos; un formal régimen de legalidad, en el que tanto los derechos individuales y sociales proclamados por las Constituciones se han medianamente cumplidos en beneficio de la mayoría de los ciudadanos porque, a la fecha sólo ha sido una expresión sin contenidos, una máscara, un disfraz (Löewenstein); podrían ser más bien un ejemplo de los gobiernos fascistas y militaristas que caracterizaron Europa y los países americanos, en los primeros años del siglo XX. Lo anterior es el resultado de interpretar nuestra memoria histórica y no es necesario inscribirse en ideología alguna, para que en un análisis derivado de un interés académico se pueda y deba de expresar esa memoria que nos dice donde hemos estado siempre.

IX.- En 1950, con la Constitución de ese año y ratificada en 1983, en lo que puede considerarse una reacción histórica, un movimiento de ajuste a la estructura político-social y una expresión de la necesidad del cambio, da inicio al constitucionalismo social, influencia tardía de la Constitución de Weimar de 1919; de la Constitución Mexicana, de 1917; de la Constitución española, de 1931. Esa Constitución introdujo las instituciones económico-sociales, que deberían servir para mejorar las precarias

condiciones de la población; sin embargo, la eficacia normativa directa de esa Constitución, ha sido mínima hasta el presente, debido a que no se generaron condiciones apropiadas para su cumplimiento, no se removieron los obstáculos existentes y el poder público, carente de la voluntad para constituirse en agente del cambio social.

La Guerra y el proceso de paz

X.- El presunto cambio social que se lograría a partir de aquella Constitución, trajo, algunos alivios que no alcanzaron a modificar siquiera superficialmente la complicada estructura social salvadoreña, caracterizada por las diferencias abismales de condiciones de vida, para el caso los datos sólo reflejaron que el 10 por ciento de la población se repartía el noventa por ciento de la riqueza nacional realidad, que persiste. No obstante, formó el convencimiento de que el cambio real solamente sería posible mediante la revolución, en su concepción marxista, es decir la conquista del poder mediante la sustitución de la burguesía (oligarquía) por el proletariado; la realidad de todos esos eventos y sus resultados, son los que ahora podemos conocer y evaluar.

Para el año 1977, se describe un ambiente generalizado de protestas, de tomas de tierras y edificios públicos, que agudiza una campaña de represión a los sectores populares. En este contexto asume el cargo de Presidente de la República el general Carlos Humberto Romero, en cuyo mandato crece el descontento popular, un clima de desobediencia, de represión, de persecuciones y un proceso de organización político militar de los sectores populares. "El Salvador se encontraba no sólo en una situación trágica, sino en un callejón sin salida. Lo grave no era sólo la escalada de los conflictos, sino su ritmo sin solución previsible".

La Guerra es el enfrentamiento organizado de grupos humanos armados, con el propósito de controlar recursos naturales, por razones religiosas o culturales, por mantener o cambiar las relaciones de poder, para dirimir disputas económicas o territoriales. -La voz guerra viene del término germánico werra, con el significado de contienda; su equivalente latino es bellum y de esa palabra han quedado en castellano o español las voces: bélico, beligerante, belicoso, belicista o belígero.-

En lo social, la guerra afecta a todos los sectores, se produce una desorganización de la sociedad. En el aspecto humano se presentan olas de violencia, atropellos, deshumanización por los combatientes, pérdida de la espiritualidad, de la autoestima, de los atributos humanos. Constituye una violación flagrante de los derechos humanos. Genera efectos adversos sobre el ambiente y la población al aumentar el riesgo de enfermedades transmisibles y los peligros ambientales. Afecta el comportamiento psicológico y social en las comunidades; generalmente, luego de un desastre se presenta ansiedad, neurosis y depresión. Las poblaciones se exponen a un grado de tensión máxima o extrema con las consiguientes afectaciones a la salud mental. Causa grandes movimientos

de población, espontáneos u organizados, a menudo hacia áreas donde los servicios de salud no pueden atender la situación. EEl nuevo Estado y la nueva Constitución, tienen que sustentarse en realidades distintas, en ideas renovadas que sustituyan la conformación social basada en la directriz de amigo-enemigo." Schmitt, Carl. 1999.

XI.- Los Acuerdos de Paz

1.- Los Acuerdos produjeron la pacificación en cuanto se terminó con la guerra, en la forma indicada en el párrafo que antecede; pero no trajeron la paz porque no terminaron con las causas del conflicto; sin embargo, se ha afirmado que los Acuerdos de Paz, constituyen el esfuerzo más importante, después de la Independencia patria, para que la República se sustente en la democracia, en la paz y en la libertad; en efecto, los puntos y temas acordados por las partes en conflicto crearon expectativas favorables para ello; sin embargo, la realidad existencial no corresponde en todo a ese optimismo, pero vale la pena considerar que el período de transición, acomodado por la burocracia partidaria para beneficio de sus propios intereses, en los últimos cinco años, ha sufrido un cambio importante, con la decisión de la Sala de lo Constitucional, que sienta nueva doctrina sobre el voto libre y directo, las listas abiertas y sobre las candidaturas no partidarias. Un análisis de los Acuerdos de Paz, sus efectos y evolución hasta el presente, el funcionamiento institucional, las actuaciones de la Sala de lo Constitucional, la conducta ciudadana, el aparecimiento del fenómeno de las pandillas, etc., estarían demandando un nuevo enfoque para transformar el Estado y equilibrar la actitud y comportamiento de los grupos sociales, que puedan mejorar la y reducir los términos del conflicto social; este es el nuevo reto que tiene la sociedad y el Estado pues pareciera que lo que se advierte es que los Acuerdos de Paz y sus instituciones no han tenido o creado condiciones para obtener realidades nuevas.

2.- El propósito de la presente investigación es entonces, determinar y reconocer la importancia, los efectos y las posibilidades a futuro, de los Acuerdos de Paz salvadoreños pactados entre el Gobierno de El Salvador -GOES- y los grupos insurgentes en 1992; valorar su importancia como hecho histórico precedido de un largo conflicto social, político, económico y cultural, que se produce a partir de la independencia centroamericana; analizar los efectos inmediatos de los Acuerdos, las instituciones resultantes y cómo se constitucionalizaron han impactado en la sociedad actual; así como delimitar sus posibilidades a futuro; ya sea revisando, modificando, mejorando lo acordado y dependiendo del análisis y conclusiones que se obtengan de los mismos, de las instituciones que fueron creadas, del sistema político y forma de gobierno existentes, proponer aquellos cambios en el Estado y en la Constitución, que fueren compatibles con el sistema republicano y con la democracia real.

Expuesto es un presupuesto de realidades políticas y jurídicas, a considerar para iniciar el proceso de transformación de la sociedad actual en una sociedad libre,

igualitaria, solidaria y digna; un proceso de cambios, dirigido por el gobierno, con el respaldo nacional lo más amplio posible, pero sin manipulaciones políticas, ideológicas, partidarias, religiosas, etc., siendo indispensable para ese fin "buscar, encontrar y definir el objetivo principal y sólo después determinar los medios para alcanzarlo." Bodino, Juan. 1576.

3.- La finalidad de esta tarea, se resume en la importancia trascendental de los Acuerdos de Paz, los efectos que se han alcanzado y sus posibilidades para iniciar la transformación del Estado y la Constitución, es una idea que evoluciona hacia un proyecto de análisis e investigación de la realidad social salvadoreña, que comprenda su memoria histórica, su presente y sus posibilidades futuras, pero inmediatas. Esta obra es un instrumento orientador para el desarrollo material y espiritual de la sociedad salvadoreña, que tiene como principio y fin el respeto a la dignidad de la persona humana, sustentada en la libertad y la igualdad como valores integrados y que los estados contemporáneos se proponen alcanzar, en el marco de sus propios derechos internos y conforme a los principios del derecho internacional.

4.- Uno de los temas de mayor sensibilidad, producto de los Acuerdos, es el de La ley de Amnistía que todavía genera acciones y protestas de algunos sectores por considerar que la misma es factor de impunidad; recuérdese que una primera sentencia de la Sala de lo Constitucional, ha resuelto ya sobre la constitucionalidad de la misma, es decir que la ley se promulgó conforme lo establecido constitucionalmente y la sentencia pronunciada avaló el contenido de la ley; no obstante se ha iniciado otra acción o demanda para que se declare su inconstitucionalidad; la sentencia anterior, reafirmó que los delitos políticos a que se refiere la Constitución, la Ley misma y la sentencia, no hacen referencia o equivalencia entre delitos políticos y comunes conexos, con delitos de lesa humanidad; la sentencia, además dejó a la judicatura nacional la responsabilidad de conducir los procesos y por supuesto dejó a salvo el derecho de los particulares a que promuevan las acciones legales pertinentes, dejando también a la Fiscalía General de la República, la responsabilidad de actuar conforme a sus atribuciones y deberes; de manera que no sería necesario un nuevo pronunciamiento en sede jurisdiccional; sin embargo, algunos sectores insisten en un nuevo pronunciamiento de la Sala, pero sin plantear su derogatoria por la vía legislativa; una forma de desgaste de las instituciones; es posible que en un plazo relativamente corto se vea un pronunciamiento de la Sala; el cual, si se pronunciara en tiempo, será analizado en el presente estudio.

5.- Reconstruir el pasado para que ilumine el presente no es una tarea fácil y la historia universal registra dos procedimientos: 1.- Que la mente humana, puede partir de los relatos lineales, tal como lo planteó el pueblo hebreo, para quien Yabé, ha diseñado un plan que se revela a lo largo de los siglos, o bien, 2.- Adoptar la idea de otros pueblos (India), que consideran la historia como un proceso, en el que hay fenómenos de distinta índole que se mueven en ciclos repetidos; la generación actual

tiene esa tarea; revisar la realidad del momento, articularla, entrar en su análisis y con el pasado y presente reunidos de la manera más coherente, iniciar una propuesta del legado que dejará a las generaciones que vienen; aplicar uno u otro, o ambos, dependerá de la sabiduría de sus creadores y ejecutores. ¡Esto no lo debemos ignorar! (Historia Universal, Editorial Aguilar).

XII.- Tránsito al Estado social y democrático de Derecho. (ESDD)

La Constitución de 1983, de El Salvador, ha creado algunas instituciones, que hacen posible algunas instituciones que caracterizan al Estado Social y democrático de derecho: Las Reformas al sistema electoral, la 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 reafirmar los principios clásicos del Estado de Derecho, los beneficios sociales y el ejercicio de la democracia, tal como lo hemos dicho en los párrafos del acápite anterior.

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" (Peter Häberle). 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 título 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 clásico; pero la concepción actual, como Estado Social y Democrático de Derecho, o Estado 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.

XIII. Neoliberalismo y Estado Social

¿Cuáles son las diferencias entre Democracia Social, liberalismo y conservadurismo? En un periodo de crisis económica y financiera global, la búsqueda y discusión

de modelos sociopolíticos ideales es más urgente que nunca. Rara vez han sido tan evidentes las consecuencias del fracaso del mercado y tan fuertes los reclamos por un Estado activo y eficaz como lo son hoy. El colapso de Lehman Brothers y sus consecuencias no solo han puesto de rodillas a las economías nacionales más grandes del mundo, sino que han cuestionado muchos principios y dogmas políticos que hasta hace no tanto tiempo eran considerados evidentes. De pronto, han recuperado interés preguntas fundamentales ya centenarias sobre los sistemas de gobierno democráticos: ¿cómo puede lograrse la justicia social en una época de globalización? ¿Cómo puede resolverse la tensión entre el interés particular y la solidaridad en las sociedades de hoy? ¿Qué significan la libertad y la igualdad frente a las actuales realidades sociopolíticas? ¿Cuál es el papel del Estado en la implementación de estos principios?

Ante el impacto del liberalismo político y económico en el mundo, y especialmente los abusos de la burguesía contra el proletariado, obrero, y las distintas soluciones aportadas, para abordar la problemática social; por lo menos las Constituciones inspiradas en los principios de libertad e igualdad, algunas de ellas muy respetables como las de 1841, que introduce el "hábeas corpus" y la de 1886, que consagra el Amparo constitucional; pero ninguna de ellas abordó la problemática social de un modo serio y definido.

Antes y después de la guerra civil y estando vigente la Constitución de 1983, los partidos políticos, incluyendo la izquierda, han mantenido a su conveniencia, un formal régimen de legalidad, en el que el título de liberal es únicamente por que las constituciones se sustentaron en esos principios; en la parte social, aparte de programas asistencialistas con beneficios focalizados, los gobiernos de izquierda desde 2009, no han trazado todavía un proyecto de desarrollo siquiera, de los establecidos en la Constitución vigente; la eficacia normativa directa de la Constitución, ha sido mínima hasta el presente, debido a que no se generaron condiciones apropiadas para su cumplimiento, no se removieron los obstáculos existentes y el poder público, carente de la voluntad para constituirse en agente del cambio social; ante los vacíos dejados por la clase política, emergió la Sala de lo Constitucional, y ha removido ciertas condiciones consolidadas especialmente en una nueva actitud en lo político y electoral principalmente.

Los derechos económicos y sociales aparecieron formalmente en el espectro constitucional salvadoreño, sin menoscabo de los derechos individuales, que el constitucionalismo liberal había proclamado. Pero ni uno ni otro sistema han creado mejores condiciones para las mayorías de ciudadanos; aunque debe aceptarse que ha habido asomos, intentos y propósitos de redención; pero en general, siguió evidenciándose la falta de democratización del poder y el divorcio entre constitución real y formal o entre el constitucionalismo semántico y el constitucionalismo normativo. (Loewensteín)

De lo expuesto, se destaca un hecho que las causas que provocaron la sangrienta y larga guerra civil en El Salvador siguen vigentes y son ahora, más agudas que antes.

Es de notar que este último tema es aquel, que hábilmente se excluye de las evaluaciones y discusiones, acerca de los resultados concretos de los tratados de paz de 1992, hasta nuestros días. Es algo así, como si la democracia sería un valor que se basta a sí misma independiente (e insensible) ante las condiciones socio-económicas de la inmensa mayoría de los ciudadanos. Lo que explicaría por un lado, la victoria casi total de la democracia formal y por el otro lado, la entrada del proceso violento atribuido a las pandillas, pero sin que se haya dado a conocer, si es que el gobierno conoce, quienes son los organizadores y patrocinadores de ese nefasto plan.

La violencia, sin embargo, no es un fenómeno reciente en la sociedad salvadoreña; durante décadas, los ciudadanos del país más pequeño de Centroamérica han vivido con la violencia en distintas modalidades pero cuya característica común ha sido siempre la enorme magnitud del fenómeno; sus expresiones más sangrientas son la llamada "Matanza de 1932" la guerra de 1980-1992, y la actual, esta última, que enfrentan los salvadoreños forma parte de un prolongado ciclo de "violencia delincuencial" nueva particularidad de una forma de agresión social, más cruel, sin control y sin explicaciones razonables; los conflictos anteriores tuvieron por mucho tiempo un semblante social expresado en los continuos levantamientos de indígenas-campesinos, trabajadores-gremios. Cardenal, 1996, que luego en el transcurso del siglo se transformó en violencia política y en el decenio de los ochenta, convertirse en una escalada de guerra civil abierta.

Metodología

Este estudio tiene como objetivo el análisis, desde una perspectiva crítica, de la memoria histórica de la sociedad y del Estado salvadoreño, desde su independencia hasta el presente, relacionándolo con la Constitución de la República, que será el punto referencial; es esencialmente un estudio socio-histórico-jurídico, advirtiendo que la Constitución carece de definiciones esenciales o sustantivas que revelen la estructura, filosofía, fines, objetivos, principios y presupuestos, que el constitucionalismo contemporáneo incorpora en sus textos, para que a partir de la constitución misma, como instrumento normativo y cultural, podamos orientar con eficacia, tanto en el principio como en el destino que buscamos; para este fin se considera la memoria histórica, las instituciones y sus fundamentos doctrinarios, constitucionales; el derecho comparado y su evolución; aspectos jurisprudenciales, las posiciones controvertidas entre juristas, economistas, politólogos.

La obra se distribuye en dos Tomos:

El primero comprende dos libros: 1) El Nacimiento de la República; 2) Sistema político y forma de gobierno.

El Tomo Segundo, comprende los siguientes libros: 1) Fundamento Histórico-constitucional del Estado de Derecho, 2) Estado Social y Neoliberalismo, 3) Estado Social y Democrático de Derecho, 4)Los valores universales, 5)El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho.

El contenido de esta obra es el resultado de un estudio de carácter documental-bibliográfico. Analítico en cuanto a la obra y posicionamiento de los autores y el efecto de sus planteamientos en el tiempo; en el campo jurídico constitucional, se ha respetado la doctrina de los expositores que se incorporó al trabajo; pero sin adoptar posiciones neutrales, dado que el trabajo es en perspectiva crítica.Como también lo es el análisis objetivo de hechos y fenómenos sociales, políticos y culturales de la realidad salvadoreña, así como aquellos acontecimientos pasados y presentes aplicables, ocurridos en otros escenarios; siendo el derecho comparado parte de la metodología para una investigación jurídica, se ha utilizado en buena medida ya sea para efectos comparativos o para efectos interpretativos; los fenómenos globales correspondientes a otras áreas, se ha recurrido a diferentes

interpretaciones, que se exponen con la opinión del autor, pero dejando espacio para la interpretación del lector; en todo caso, que sean útiles el tipo de obra que se quiere realizar y luego proponerlo y plantearlo a la realidad concreta de El Salvador.

Se debe asegurar y garantizar fundamentalmente la libertad de la persona para participar de manera activa en la sociedad y en sus decisiones; la libertad presupone que cada individuo pueda vivirla en la realidad y que las decisiones políticas sean adoptadas democráticamente. La libertad presupone que los individuos actúen de manera responsable y razonable para alcanzar la verdad como bien de la humanidad y como instrumento de la igualdad; son los grandes valores unidos para siempre y dicho de un modo inconfundible: "Y conoceréis la verdad y la verdad os hará libres"; la igualdad es un bien de la humanidad para acercar a la persona humana como principio y fin de la actividad del estado; la justicia tal como lo señaló Aristóteles, la justicia conmutativa, de dar a cada quien lo suyo y la justicia distributiva, para poner al alcance de los ciudadanos los bienes de la civilización y los valores culturales, mediante el fomento de la riqueza en el contexto de una sociedad solidaria y fraterna.

La práctica y alcances de estos valores es la tarea de todos, pero los líderes nacionales están obligados a la conducción y orientación de los individuos, ya que cuando las sociedades tienen claro y comprenden sus fundamentos, estarán en condiciones de transitar por el camino correcto; en ese sentido debemos entender también que el Estado, es el organismo rector de las actividades sociales y en su seno se conocen y resuelven los intereses conflictivos, para ello es necesario que se convierta en un instrumento normativo que constituya a la sociedad o sea que tenga la probabilidad efectiva de que con sus ordenaciones, se produzca el sometimiento razonable al poder otorgante del gobierno, ordenaciones que abarcan a los miembros de la asociación y a los que no lo son; algo de lo que la realidad nuestra carece y que al contrario lo que nos presenta es que el Estado ha perdido esa capacidad, en definitiva un estado débil, con un espectro legal abundante de normas incoherentes, regidos por una deficiente Constitución.

No es esta obra una adscripción servil al Estado, ni menos su deificación (espíritu absoluto, Hegel); se parte de la realidad de que el estado es el poder institucionalizado (Bourdeau) y que en su seno se conocen y resuelven los conflictos sociales, de tal manera que es obligación construir, no estados mínimos (Noczik), ni estados totalitarios (nazifacismo); sino el estado eficiente que trabaje por la procura existencial (E. Forstfoth).

En el año 2012, el autor participó en el Primer Certamen de Investigación Jurídica, auspiciado por la Universidad Dr. José Matías Delgado y por medio de su Instituto de Investigación Jurídica, un trabajo investigativo sobre "Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz", el que obtuvo el primer lugar en dicho certamen; ahora con los auspicios de la Universidad Tecnológica de El Salvador, el autor presenta

la obra "De los Acuerdos de Paz, al Estado Social y Democrático de Derecho" y considera que ambos estudio complementarios pueden constituir un material pedagógico apropiado para quienes deseen continuar con esta tarea de contribuir a la transformación nacional y para aquellos que quieran comprender mejor la situación que la sociedad salvadoreña vive en este momento y qué posibilidades tiene para el cambio esencial. Confieso un orgullo especial al describir el hecho de que ambas instituciones académicas insignias del país hayan promovido y respaldado estos estudios, proporcionándoles legitimidad académica y poniéndolos al servicio de la cultura.

Resumen.- 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 que hay un reconocimiento del ser social del hombre y la necesidad de realizar el bien común, bien social por excelencia.

Palabras clave: Estado, democrático, social, de derecho

Abstract: *What the Constitutions mean with these three characteristics we can synthesize it thus: The State, is of right, when it recognizes and it practices the principle of legality, the division of powers and the respect to the fundamental rights; the democratic character, comes from the participation of the citizens in conditions of universality, equality and freedom in the election of its representatives and the possibility of being also elect as such and its social character par excellence comes dice by the fact that is a recognition of the social being of the man and the necessity to make communal property, corporate property.*

Keys Words: *State, democratic, social, of right.*

LIBRO Primero

El Nacimiento de la República

Título Primero

El proceso histórico

Capítulo Primero

Memoria Histórica

Ciertamente la historia es un relato del pasado y los cronistas e historiadores, seleccionan o escogen aquellos hechos o momentos que dejan su huella o su impronta en el alma y la vida de los pueblos y de esta selección aparece el retrato de la actividad humana en el tiempo. La historia es la memoria de las sociedades humanas. "Lo mismo que una persona puede "vegetar" pero no progresar y desarrollarse sin memoria, las sociedades que pretendan ser participativas y creativas en el entorno mundial, han de reconocer su patrimonio, y como elemento fundamental del desarrollo. Cualquier sociedad que se pretenda cohesionada y que quiera construir un futuro para sus ciudadanos reconoce su patrimonio, investiga su historia y la enseña y difunde".[1]

Puede ocurrir y en alguna medida es nuestro caso, que la realidad social sea manipulada, encubierta o desfigurada con propósitos perversos y en la memoria colectiva queda escrito algo que no ha ocurrido o ha sido de modo distinto a lo que se tiene como hecho histórico; de tal manera que cuando es necesario hacer referencia a los hechos del pasado y la forma en que han sido registrados, no se pueden tomar como verdades absolutas y en tal sentido lo que se conoce debe ser analizado críticamente, ponderar las fuentes de donde procede, verificarlas con el presente, a efecto de que el pasado sea una base para construir la sociedad que queremos, sin falsificaciones y sin dudas, considerando, además que la historia es un proceso de contradicciones, de ideas contrapuestas y que dialécticamente se han sucedido desde el origen de la república hasta el momento actual.

---

1 nabarra.blogspot.com/2005/03/la-historia-para-qu.html. 1.1. La Prensa Gráfica, 10 de Agosto de 2015 a la(s) 6:0 / David Escobar Galindo

Se deben reconocer las raíces próximas y lejanas de los conflictos y saber que el Estado conoce, dirime y resuelve situaciones conflictivas casi en forma monopólica, excepto en cuestiones civiles, en las que el Estado admite los medios privados para resolverlos. En el caso de El Salvador, si se intenta un cambio real del Estado, después de veintitrés años de Acuerdos de Paz y del injerto constitucional de esos años, es indispensable partir de nuestra historia, la más cercana a la verdad que se conoce, evitando incluir los relatos propagandísticos o apologéticos, ajenos a la realidad y orientados a satisfacer intereses políticos o religiosos y a partir de esos datos, revisar quienes somos y hacia dónde vamos: Una empresa tan difícil dado que la mente humana, puede partir de los relatos lineales, tal como lo planteó el pueblo hebreo, para quien Yabé, ha diseñado un plan que se revela a lo largo de los siglos, o bien adoptar la idea de otros pueblos (India), que consideran la historia como un proceso, en el que hay fenómenos de distinta índole que se mueven en ciclos repetidos.

Los historiógrafos distinguen la historia y la memoria histórica, reservando a cada una su propio objeto y fin; se habla de historia al referirse a los hechos objetivos como se han dado o pudieron darse y es memoria histórica el reconocimiento, valoración e interpretación de los hechos históricos, para comprender mejor el presente aprovechar los que fueron buenos y desestimar y rechazar los que sólo han producido un daño social. La noción de memoria aparece tardíamente en el campo de la Historiografía. Para muchos investigadores, el primer acercamiento a la memoria histórica como concepto historiográfico se le atribuye al historiador francés Pierre Nora, quien lo introduce en los terceros Anales en la Historia del tiempo presente. No obstante, las discusiones acerca de la relación entre historia y memoria son muy antiguas.

La memoria histórica no es un factor opcional cuando se quiere llegar al fondo de la realidad en cada momento del devenir nacional respectivo, ya que se trata de una forma de ser de cualquier sociedad en cualquier época.

Tampoco, por supuesto, es un componente de naturaleza estrictamente académica, como muchos parecieran pensar cuando se habla de algo que implica historia reconstruida en el tiempo. En verdad nos estamos refiriendo a un fenómeno de índole bastante más compleja, ya que no sólo se refiere a datos, a aconteceres o a recuento de experiencias, sino que está íntimamente vinculado con emociones y con percepciones en cadena humana.

En nuestro caso nacional, lo vivido históricamente nos ha deformado muchas cosas, y una de ellas es la memoria histórica. Dichas deformaciones derivan, en gran medida, de los traumatismos acumulados por la forma en que el poder se ha ejercido tradicionalmente entre nosotros. El poder rígidamente excluyente de las décadas anteriores a los primeros síntomas del conflicto bélico generó una dura memoria de rechazo a todo lo establecido. El poder que en la preguerra se contaminó previsiblemente de subversión produjo una memoria duplicada en función de las fidelidades ideológicas activas. El poder enfrentado en la guerra dio pie a la memoria ríspidamente fragmentada entre victimarios y víctimas. Y ahora mismo, en este ya largo trayecto

de posguerra, nos hemos vuelto cultores cada vez más desorientados de una memoria que no acaba de reconocerse a sí misma, porque carece de los indispensables asideros en la valoración desapasionada de lo real.

La memoria histórica está conformada por acontecimientos, hechos y elementos de cultura popular tradicional: leyendas, costumbres, fiestas, canciones, mitos, bailes populares, tradiciones, que caracterizan la vida de la comunidad en su desarrollo histórico desde su surgimiento participando en su conformación cada individuo. Es la capacidad que tiene el individuo y la comunidad en general de recordar, es la información, que a nivel de la psiquis, deja impresas imágenes o huellas del pasado.

En la actualidad los debates se centran en la relación existente entre la memoria y la historia, sobre todo a partir del momento en que la historia deja de ser una simple cronología de hechos históricos, para comenzar a ver y analizar los mismos desde las percepciones de los actores sociales La memoria enaltece la historia nacional, rescata las prácticas culturales ocultas en el tiempo, los oficios, las recetas de cocina, los remedios, las creencias, en fin, es un patrimonio de transferencia oral de un valor incalculable para el trabajo sociocultural. (Macías; 2003: 67)

Es evidente que un pueblo sin memoria está condenado al olvido, puesto que ella hace, factible la conservación y transmisión de conocimientos culturales. Todo pueblo necesita conservar su memoria histórico cultural; de lo contrario su identidad se desvanece, así como la percepción de ser parte de una totalidad y, finalmente, la relación con el mundo circundante queda atrofiada.[2]

1. Importancia de la memoria histórica en El Salvador

Revisar la realidad del momento, articularla, entrar en su análisis y con el pasado y presente reunidos de la manera más coherente, iniciar una propuesta nueva; esto no lo debemos ignorar. Un recorrido histórico revelador y útil para nuestro propósito sería indagar de manera científica y ética sobre Centroamérica entre los siglos XVIII y XIX, la Independencia centroamericana, sus causas, su contextualización histórica, política y juridical, su interpretación, el tránsito de la Colonia a la República.

1. Reunir los datos dispersos, someterlos a un análisis crítico, verificar su origen y esclarecer dudas, serían otros elementos de un proceso de investigación que puede comenzar con el proceso de conquista, el coloniaje, la dominación, la explotación, el despojo luego los movimientos independentistas, el contenido del Acta de Independencia, los acontecimientos de 1811, 1814 y 1821; Aprovechar lo valioso y positivo existente, presionar a las autoridades del Estado para el rescate de la memoria y profundizar en la investigación de lo inédito.

---

2 reflexiones teóricas acerca de la interrelación entre... www.eumed.net › Revistas › CCCSS1.-contribuciones a las ciencias sociales mayo 2011. Reflexiones teóricas acerca de la interrelación entre memoria histórica e imaginarios sociales. José Luis Marañón Rodríguez (CV) joseluis@ult.edu.cu

2. La sociedad salvadoreña ha incurrido en graves errores en cuanto a sus datos históricos: se ha recurrido a afirmar como historia los relatos de las personas mayores, las tradiciones locales, la imaginería popular, etc. que si bien es cierto forman parte del folklore no se pueden tener como datos fidedignos, comprobables y confiables de lo que ha ocurrido en la realidad.
3. Los historiadores, los cronistas e investigadores, afirman que muchos acontecimientos han sido tergiversados, modificados, o inventados, con propósitos políticos y los estudios serios que pudieren existir se han manipulado de un modo perverso en beneficio de los intereses específicos de los detentadores del poder, escribiéndose y exponiéndose una historia mentirosa; pueden citarse los casos de la rebelión de Aquino, del general Barrios, los acontecimientos de 1932, la dictadura del general Martínez, algunos pasajes de la Guerra civil de 1980, entre otros.
4. El gobierno del Estado debería convocar a historiadores, antropólogos, sociólogos, pedagogos, etc., a un evento nacional, llámese conferencia o congreso, de carácter académico para revisar la historia salvadoreña y que sus conclusiones nos permitan conocer el pasado, para comprender adecuadamente el presente y vislumbrar y proyectar el futuro de la república; una tarea científica no abordada seriamente en nuestro país, por lo que no existe una memoria histórica confiable, conformada en forma coherente y que sin menoscabo de la libre investigación de los ciudadanos, permita que el proceso educativo nacional cuente con un documento básico para interpretar adecuadamente la realidad social, política, cultural y económica de la sociedad salvadoreña.

Se sabe por la crítica historiográfica actual, que en general en estos modos de construir la historia "oficial" de los estados latinoamericanos, a excepción de algunos pocos historiadores y cronistas excepcionales, se ha privilegiado un polémico concepto fundacional, respecto del origen de la República por el que se trata siempre de construir historias de países desde una propuesta de la homogeneidad y unidad territorial, ahogando casi siempre las particularidades tanto etno y geoculturales como los espacios regionales. Este concepto prevaleciente tiene como principal dificultad teórica que no responde, más que tangencialmente, a la temporalidad y a los valores e intereses específicos de los proyectos vitales de los diferentes pueblos y comunidades que quedaron dentro de los límites definidos desde afuera y casi nunca desde dentro.

Desde otra perspectiva, la reconstrucción de la historia republicana levanta con fuerza las posibilidades contenidas en otros relatos locales, rompe los grilletes de un relato histórico fundacional, y sobre todo propone epistémica y políticamente la construcción de una narración hegemónica de la República; por lo general, funcional a las elites dominantes que lideraron los procesos independentistas. Además asume creativamente otros enfoques que respectivizan el trabajo historiográfico que ha llevado hasta hoy a privilegiar únicamente los documentos y textos canónicos de "una historia patria" desde un punto de vista general de las diversas elites y de los centros urbanos.

En definitiva, son éstas las memorias de las comunidades humanas "derrotadas", "reducidas", "deportadas" o simplemente "aniquiladas" según la lógica de la fáctica "manu militari" que requieren ser resituadas en otros modos de narrar las historias de la humanidad, de entregar nuevas posibilidades para asumir sus aportes abortados a la humanidad. Esta posibilidad no apunta a ser un nuevo imaginario de incorporación tardía a la historia nacional, sino de repensar otras formas de concebir las dinámicas historias a partir del entrecruzamiento de las múltiples historias, que quedaron a veces como registros de una memoria oral o como bastión de resistencia cultural frente a la imposición centralizadora.[3]

Capítulo Segundo

Edad moderna y Edad contemporánea (siglos XV – XXI) síntesis[4]

1. Edad Moderna

Un breve repaso de lo acontecido en siglos anteriores, a la conformación de la sociedad mestiza y posteriormente a la Etapa Republicana, nos pondría en perspectiva de cómo los acontecimientos de la Edad Moderna y Contemporánea, contribuiyeron a moldear lo que ahora es el país que tenemos.

Se denomina Edad Moderna, a la tercera época de la historia universal, marca el estudio de los hechos acaecidos desde 1453, año en que ocurrió la toma de Constantinopla por los turcos, último baluarte del imperio bizantino, hasta el año 1789, fecha en que estalló la Revolución Francesa. Sus principales características:

a. El sentido antropocéntrico de la vida: la naturaleza y el hombre fueron en la Edad Moderna los objetivos centrales de los estudios científicos y literario así como de la admiración artística, en todas sus ramas, mientras que en la Edad Media, la vida era considerada como un tránsito, en el que se buscaba el camino verdadero hacia la felicidad eterna (el cielo). Con el Renacimiento, el hombre, sin abandonar su religión, busca su felicidad terrenal, hay una concepción antropocéntrica de la vida.

b. El carácter individualista del hombre moderno: la concepción antropocéntrica, volvió al hombre moderno un tanto egoísta, signándole un comportamiento individualista. El triunfo dejó ser colectivo y gremial, prevaleció el logro individual. En este proceso influyó significativamente la formación literaria y

3 Universum (Talca) - Para una reconstrucción intercultural de... www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-23762007000200015&script

4 http://www.historia Universal.com/2010/08/edad-moderna.html
En el mismo sentido, vid:.http://www3.planalfa.es/santaceciliaca/ciencia%20sociales/Historia%204%C2%BA%20eso/Resumen_E.Moderna.pdf

artística, al grado de potenciar las habilidades y destrezas del ser humano que le permitieron diferenciarse de los demás.

c. El encumbramiento de las monarquías absolutistas; la decadencia del feudalismo, la inestabilidad económica y los problemas sociales de la época, fueron los intereses comunes que le dieron unidad a todas las clases sociales, para apoyar la monarquía, como un posible remedio para todos sus males. Fueron los burgueses ricos, cultos y con ambiciones políticas, los que apoyaron, con todos sus recursos, al ascenso de las monarquías.

d. El progreso artístico, literario y científico: al impulso de los renacentistas, los grandes descubrimientos geográficos y el auge económico de las monarquías, se desarrollaron notablemente las artes, las letras y las ciencias, pero fueron los siglos XVII y XVIII, los que experimentaron un progreso intelectual asombroso, especialmente en las ciencias y la filosofía; como ejemplo de este progreso intelectual tenemos a los filósofos y enciclopedistas franceses que con sus ideas avanzadas de libertad, igual y fraternidad; prepararon el advenimiento de la Edad Contemporánea, previa a la Revolución Francesa.[5]

2. Edad Contemporánea[6]

2.1 Características generales

A finales del siglo XVIII se produjeron una serie de cambios políticos y económicos que inauguraron la Edad Contemporánea; la Revolución Industrial y la Revolución Francesa marcaron el futuro de Europa y del mundo. Los siglos XIX y XX fueron testigos de grandes cambios, guerras, nuevas ideologías y procesos históricos que se presentan a continuación.

La Revolución Francesa derribó el antiguo régimen, que era absolutista (todo el poder para el rey) y estamental (grupos privilegiados y no privilegiados), e inició el parlamentarismo y las luchas políticas. A raíz de este proceso, triunfó una nueva clase social emergente, la burguesía.

La Revolución Industrial, que supone la sustitución de las actividades desarrolladas tradicionalmente en el taller artesanal, por un nuevo sistema de producción basado en la organización del trabajo en fábricas.

---

5 escrito por: Luis Portillo Edad Moderna: Historia Universal. www.historialuniversal.com/2010/08/edad-moderna.html

6 Edad Contemporánea Módulo Social 2ºpcpi. Dpto. C. Sociales. IES "Los Colegiales" https://www.google.com.sv/#q=Tema+9:+Edad+Contempor%C3%a1nea+M%C3%b3dulo+Social+2%C2%BAPCPI.+Dpto.+C.+Sociales.+IES+%E2%80%9clos+Colegiales%E2%80%9D

En el mismo sentido: http://www.historiacultural.com/2010/11/edad-contemporanea.html

El Liberalismo, ideología de la burguesía, se fue implantando en toda Europa, pese a los múltiples conflictos y guerras que provocó (oleadas de 1820, 1830, y sobre todo, 1848). Asi como el Antiguo Régimen fue desapareciendo poco a poco. El liberalismo económico se basó en la ley de la oferta y la demanda, el establecimiento de la libertad de producción, la división del trabajo y la no intervención del Estado en la economía (Laissez-Faire). Este sistema económico no se preocupó de los trabajadores y, tampoco permitió que lo hiciera el Estado, con su no intervención en economía.

El tema del liberalismo en todas sus expresiones, es considerado con especial atención en el presente trabajo, por la influencia que ha tenido en el proceso de desarrollo de los estados; la impronta así como sus consecuencias positivas y las decisiones para minimizar el impacto o en su efecto, rescatar aquellos elementos positivos como es el Estado de Derecho, la separación de poderes y como expresión de libertad y de conformación de los derechos fundamentales en las constituciones y en el derecho internacional.

El nacionalismo: la ideología nacionalista impulsó las unificaciones de Italia y Alemania (1870) y la independencia de pueblos como el griego, el belga y muchos otros sometidos a los imperios.

El imperialismo: las potencias europeas: Gran Bretaña, Francia, Alemania, Rusia, Japón y los EEUU, motivados por el deseo de acceder a las materias primas y a nuevos mercados, y de ampliar sus recursos y su prestigio, ocuparon y se repartieron en pocos años (1870-1914) toda África y casi toda Asia, y ejercieron una fuerte influencia en América del Sur y Central. Esto llevó a múltiples injusticias y aculturaciones, además, creó conflictos entre las potencias imperialistas.

2.2 La Conquista de América

Durante los reinados de Carlos V y Felipe II, los españoles conquistaron buena parte del territorio americano apoyados por la corona. Los españoles se interesaron sobre todo por las tierras más pobladas, con mayor cantidad de recursos y un clima y una vegetación benignos, para el caso Hernán Cortés conquistó Méjico; Francisco Pizarro, Perú; Almagro, Chile, etc. Las nuevas colonias eran organizadas de diferentes formas; pero se hicieron desaparecer culturas autóctonas a favor de las costumbres europeas. También fue muy importante el apoyo de la Iglesia con la evangelización de las nuevas tierras, destacando fray Bartolomé de las Casas, por la defensa de los indígenas.

El marco referencial que antecede en la historia universal nos permite centrar nuestra atención en lo que ocurre en el período preindependencia centroamericana y cómo las nuevas ideas, la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos y la liberación de los pueblos americanos, influyeron en los movimientos independentistas centroamericanos y a los que se hará referencia en este apartado.

"Los países independientes que hoy se conocen genéricamente como América Latina, fueron colonias de dos grandes imperios el español y el portugués, si bien con características y modalidades distintas. La historia fecha el siglo XV, con el descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón en 1492, que hoy los estudiosos prefieren recordar como "encuentro de dos mundos" Siglos después, en 1808, con la invasión napoleónica a la península ibérica, sucedieron una serie de hechos políticos, que repercutieron en las colonias hispanoamericanas, lo cual precipitó la independencia política entre 1810 y 1824, menos las islas de Cuba y Puerto Rico, y así fue hasta 1898".

Ubicado El Salvador, en lo que fue el reino de Guatemala, el presente estudio y en especial esta referencia histórica, estará centrada en lo que, con la declaratoria de independencia, ha sido y es Centroamérica, que en sus inicios fueron las provincias unidas de Centroamérica, un hecho que se registra en la historia y donde el veneno ideológico, no ha querido reconocer, que la grandeza y el desarrollo de los pueblos no ocurre en su nacimiento, sino en el camino que se recorre, en las luchas diarias, en los momentos políticos, sociales, culturales y jurídicos, complicados que se viven y que solo el tiempo, el esfuerzo colectivo, los triunfos y los fracasos, van generando condiciones, posibilidades y estrategias para lograr transformaciones y construir el Estado que la sociedad y las generaciones actuales necesitan y se merecen; hablamos de una dinámica de integración de posibilidades, de visiones, de pulsos de poder, en definitiva se trata de un proceso marcado por aciertos y errores; sin embargo, ahora es el momento de definir como dar el salto de calidad que se necesita para la creación del nuevo Estado: El Estado Social y Democrático de Derecho.

3. Delimitación geográfica del Reino de Guatemala

El reino de Guatemala, conocido también como la Capitanía General de Guatemala, era un reconocido territorio del imperio español, entre los años 1540 a 1821, año, este último, en el que se independizó de España.

3.1 Los Territorios de Nueva España

Después de la independencia, los territorios comprendidos en esta denominación se convierten en Estado que se denomina Provincias Unidas del Centro de América, integradas por los actuales países de Guatemala, Belice, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, así como el estado mexicano de Chiapas. Su calificación como Capitanía General se debió a que el presidente de la Audiencia era, al mismo tiempo, en lo militar el Capitán General de los territorios, desde 1609. Administrativa y políticamente, estos territorios eran independientes del Virreinato de la Nueva España. La división y límites de las provincias del reino variaron a lo largo de los siglos, pero el reino de Guatemala se inició a partir de 1542, cuando se emitieron las llamadas Leyes Nuevas. San Salvador y Sonsonate formaban parte de las Alcaldías Mayores del reino.

A partir de 1785, se modifica el sistema administrativo de las colonias y se comienza a aplicar el sistema de Intendencias en la Capitanía General de Guatemala; la Intendencia de San Salvador, fue creada el 17 de septiembre de 1785, dividida en cuatro partidos: San Salvador, Santa Ana, San Vicente y San Miguel.

En 1812, la Corte de Cádiz suprimió el reino de Guatemala y dividie su territorio en dos provincias: la Diputación Provincial de Guatemala, que incluía a Chiapas, Honduras y El Salvador, 57 y la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica. El 16 de octubre de 1814, fue anexionado al reino de Guatemala la provincia de Yucatán, la que es separada del virreinato de Nueva España. De 1814 a 1820, durante la restauración del absolutismo de Fernando VII, es anulada la Constitución y se restablece el reino de Guatemala. En 1820, al estar nuevamente vigente la Constitución de Cádiz, el territorio quedó dividido así: Diputación Provincial de Chiapas Diputación Provincial de Guatemala, incluye a El Salvador Diputación Provincial de Comayagua Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica.

En lo militar, el Capitán General seguía siendo el jefe de las tropas ubicadas en Chiapas, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.[7]

3.2 El Salvador en el contexto histórico

Hasta el 15 de septiembre de 1821, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Costa Rica, formaban parte del antiguo reino de Guatemala, que comprendía también el estado de Chiapas, que ahora es parte de la federación mexicana. Barraza Ibarra.

Para entender la conformación republicana del Estado de El Salvador, es necesario hacer referencia, de los acontecimientos históricos, económicos, religiosos, etc., que precedieron primero la conformación de la república centroamericana y después, el establecimiento de nuestro Estado. La separación de España, está precedida de una serie de acontecimientos que debilitaron el reino español, disminuyendo su capacidad de dominación en las regiones de ultramar, lo cual favoreció condiciones para la separación o independencia de éstas; un debilitamiento que está precedido de una conquista y colonización depredadoras, sangrientas, expoliadoras y con violaciones masivas de los derechos de las poblaciones sometidas que fueron ocultadas por los gobiernos de la era republicana y que aún se mantiene cubierta con un velo de conveniencia e hipocresía.

"En la actualidad, las polémicas históricas interpretativas se concentran hoy en el terreno de los problemas generados por la categoría del reconocimiento, y en particular en la forma de reconstruir y procesar una "verdad histórica" que dé cuenta de los atropellos de los derechos humanos en sus respectivas conceptualizaciones. Todo

---

7 HISTORIA DE LAS IDEAS POLÍTICAS EN EL SALVADOR 43 .Jorge Barraza Ibarra 972.84 B269h Barraza Ibarra, Jorge. Historia de las Ideas Políticas en El Salvador / Jorge sv Barraza Ibarra. -- 1ª ed, -- San Salvador, El Salv. : UFG Editores, 2011.

lo que aconteció en los territorios indígenas y en las diversas formas de etnocidio en el planeta están asociadas a las problemáticas particularmente complejas vividas por las sociedades mayores producto de la conciencia de los enormes atropellos que se llevaron a cabo contra personas y naciones por una lógica de la represión, tortura y desaparición de sujetos y comunidades. Lo vivido por los pueblos durante la expansión militar de los imperios occidentales en estos últimos siglos, se podría parangonar con el proceso que lleva al exterminio de sujetos y comunidades por razones políticas, culturales y religiosas en diferentes lugares de la humanidad".[8]

Los criollos, o los españoles nacidos en América y sus seguidores resentían el trato que recibían de las autoridades de la monarquía española; además eran conscientes del despojo, de la marginación, de la extracción de sus riquezas, de la dominación española, sostenida en contra de la población indígena, negra, mestiza y demás personas que no estaban en el control del poder y menos en condiciones de disputarlo a los españoles; también conocían de las nuevas ideas, ideales de libertad, igualdad y fraternidad, de la Revolución Francesa, la independencia de los Estados Unidos y las declaraciones de derechos, que se produjeron durante la Revolución Inglesa, los tres acontecimientos que dejarían su impronta en la lucha de las colonias españolas, lo que dio impulso a sus ansias libertarias. Según el historiador Carlos Meléndez, los criollos aparecen como clase dominante en el proceso quienes consideraron que era "necesario modificar radicalmente las condiciones políticas y económicas a que estaban sometidos y que se oponían a su desenvolvimiento en todo terreno"[9]

4. El Concepto de élite

"La aceptación del término francés corresponde al verbo elire (escoger) y hasta el siglo XVI, fue solo choix (elección, acción de escoger)" (Ferrando, 1976, p. 7). En el siguiente siglo adquirió un sentido comercial para designar a los bienes de calidad especial y fue en el siglo XVIII; cuando se empezó a usar para determinar a algunos grupos sociales y el término élite adquiere actual significado la Belle Epoque, y se difundió extraordinariamente al socaire de la boga de los autores "Maquiavelistas" en el primer tercio del siglo XX.

En el amplio sentido, se indicaba con esta palabra a quienes tenían las más altas aptitudes frente al promedio general y, en un sentido más restringido, se refería al grupo que G. Mosca denominó "clase política". Más tarde W. Pareto, hace una distinción entre "Élite no gobernante" y "Élite gobernante", que ejerce el control efectivo del poder. En este sentido se suele asimilar élite a la "clase dominante" o de oligarquías, como lo hizo R. Michel.

---

8 Cf. Vargas, Sonia "Pasado y presente. Reflexiones sobre la memoria, el olvido y la ética", en Revista de Estudios Interdisciplinarios, 1 (2006), pp. 109-11. citada por Ricardo Salas

9 http://www.academia.edu.- elites_politicas_y_grupo_gobernante

4.1 La Definición de Pareto

Vilfredo Pareto, da al término y a la noción de élite carta de ciudadanía en Sociología. Considera que, la élite está compuesta por todos aquellos que manifiestan unas cualidades excepcionales o dan pruebas de aptitudes eminentes en su dominio propio o en una actividad cualquiera. Como se habrá advertido, Pareto define la élite en términos muy parecidos a como la entiende el sentido corriente: le atribuye un valor cualitativo. La élite, a su juicio, está integrada por miembros "superiores" de una sociedad, por aquellos a quienes sus cualidades eminentes deparan poder o prestigio. Gaetano Mosca, por su parte, cree que la élite está compuesta por la minoría de personas que detentan el poder en una sociedad. Esta minoría es asimilable a una auténtica clase social, la clase dirigente o dominante, porque aquello que constituye su fuerza y le permite mantenerse en el poder es precisamente su organización, su estructuración. Existen, en efecto, diversos vínculos que unen entre sí a los miembros de una élite dominante. Estos lazos o vínculos aseguran a la élite una unidad suficiente de pensamiento y la cohesión propia de grupos característicos de una clase. Dotada ya de poderosos medios económicos, la élite se asegura, además, por su unidad, el poder político y la influencia cultural sobre la mayoría mal organizada. Esto explica el papel histórico de la élite.[10]

Capítulo Tercero

Independencia Centroamericana

A inicios del siglo XIX, se empezaron a gestar movimientos insurreccionales en Centroamérica y el resto del continente. En El Salvador, el 5 de noviembre de 1811 el padre Dr. José Matías Delgado, llamó a la insurrección, un movimiento que fracasó, sin embargo, se considera como "el primer grito de independencia", (vid. Infra: 7) que precedió a otros intentos y al formalmente definitivo del 15 de septiembre de 1821.

1. Influencia francesa y norteamericana

Dos grandes influencias tuvieron los países independizados: "la francesa influenció en el aspecto político, los Derechos del Hombre, así como en la literatura de la época, en especial, los textos de la Ilustración, y Estados Unidos fue un ejemplo modélico, y en cierto sentido afín a los nuevos países, por su liberación de la tutela del imperio inglés. De este ejemplo llegó, sobre todo, la forma presidencial de gobierno, así como el modelo federal, que mucho adoptaron en el siglo XIX, y que aun mantienen los países más extensos y poblados como son México, Venezuela, Brasil y Argentina".[11]

---

10 Teoría de las Elites: Román Reyes (Dir): Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Rocío Valdivielso del Real: Universidad Nacional de Educación a Distancia

11 Domingo García Belaúnde, Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica. Los tribunales constitucionales en América Latina Versión html del archivo http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/Domingocia.pdf.

2. Próceres de la Independencia

"El trabajo de los próceres de la independencia centroamericana, especialmente intervención de personajes salvadoreños, ha tenido diversas calificaciones y sus más reconocidas figuras han sido acusadas de pertenencia a "altas clases" o "criollos con sus intereses", "defensores de sus negocios o fincas", como las que se mencionan de Delgado y Arce, entre otros. Este trabajo no es una defensa de los principales actores de aquellos acontecimientos, pero sí, ubica la actividad de los próceres en el contexto de la objetividad más razonable, a partir de los documentos y de las investigaciones que se han encontrado y evita los sesgos ideológicos en que algunos comentaristas incurren". (Vid Mario Solano, Evaluación del desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz salvadoreños, UJMD, 2012).

En una afirmación casi temeraria, Rodolfo Cardenal, afirma: "Al proclamar la independencia, los criollos pretendían gozar de las ventajas y los privilegios económicos y sociales sin la molesta presencia de los representantes de la monarquía española; en otras palabras se apoderaron de la independencia para defender sus intereses, sólo después se habló de libertad, república y democracia, conceptos que les sirvieron para encubrir sus verdaderos intereses. En todo caso la libertad que buscaban era aquella que les permitiera obtener las ventajas económicas, sociales y políticas de la nueva república, sin ninguna interferencia o restricción. Estos criollos comprometieron la independencia no por ignorancia política, sino porque sabían muy bien el significado liberal de la república".[12]

No obstante, el hecho de ser propietarios, criollos con recursos propios o al servicio de la "familia criolla" o de los "nobletes", o el hecho de ser académicos, no debería ser un estigma que descalifique las acciones políticas que ellos realizaron; con todo y que hay comentaristas muy respetables, pero nos parece muy simplista desvalorizar el movimiento separatista, por la posición social o económica que en ese momento tenían sus protagonistas, quienes por lo demás, según comenta Domínguez Sosa, al contrario puede advertirse que "Arce, muere casi en la pobreza y que Delgado y los hermanos Aguilar, se vieron obligados a seguir estudios académicos para sobrevivir". Los criollos ocupan un escalón debajo de los Nobletes, éstos nobleza criolla terrateniente, controlaban el poder económico "pues eran latifundistas y además, monopolizaban el comercio exterior, eran los prestamistas del istmo, pues eran los únicos que poseían capitales, al residir en la capital del reino, tuvieron gran influencia en el control de las autoridades; los criollos en escala menor gozaban de privilegios similares".[13]

---

12 Rodolfo Cardenal, Manual de Historia de Centroamérica, UCA editores, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 8ª. reimpresión 2008, San Salvador, Pág. 221

13 Julio Alberto Domínguez Sosa, Independencia de Centroamérica. El Salvador Historia General, Oscar Martínez Peñate, Editorial "Nuevo Enfoque", El Salvador 2008, Pág. 45. Ap. Postal 01-197 San Salvador, El Salvador.

Capítulo Cuarto
Causas externas e internas de la Independencia

Introducción

El tratamiento político desigual entre peninsulares y criollos, el descuido de los gobiernos coloniales en relación a los habitantes, lo que produjo la natural aversión hacia las autoridades, el desgaste de éstas y su impopularidad creciente, debido a que el reino español no empleaba criollos conocidos para que dirigieran el gobierno de las colonias y prefería enviar desde España, funcionarios que desconocían las necesidades de las colonias, algo similar a lo que ocurrió entre Estados Unidos e Inglaterra. Los criollos reclamaban iguales derechos, y los indios hacían lo mismo, resentidos por los fuertes impuestos que pagaban; exigían que la iglesia no debía ligarse al gobierno, los Estados debían gobernarse por una Constitución se proclama el principio de la división de poderes; éstas se han considerado como causas internas que favorecieron la independencia;

En cuanto a las causas externas, se han considerado que los ejemplos de los tres movimientos libertarios relacionados anteriormente, las ideas surgidas en Europa y Estados Unidos de América, que pregonaban la libertad y el principio de que todos los seres humanos son iguales ante la ley; la invasión napoleónica de España en el año 1808, debilitó a la monarquía española, favoreciendo los movimientos libertarios en América. No es conveniente generalizar estas clasificaciones, porque se trata de cuestiones relativas, lo que para unos pueden ser causas internas, para otros no, lo que debe advertirse es que hay una combinación de factores que no pueden verse como influencias separadas.

2. Factores Económicos

El tema económico es crucial en todos los movimientos sociales, lo fue en la época del rey "Juan sin Tierra", cuando los Barones ingleses, le reclamaron el exceso de los tributos, y obligándolo a que los tuviera como sus representantes el rey los tuvo que aceptar; lo fue en el caso de la Revolución Francesa y en la Independencia de los Estados Unidos. Si algo unifica las posiciones más encontradas es cuando se afectan sus intereses económicos. De manera que Centroamérica, no puede ser la excepción.

Los tratados celebrados entre España y Francia llevaron a España a declararle la guerra a Inglaterra en 1796, y ésta interrumpió el comercio internacional. Entre 1798 y 1802, la cosecha de añil en El Salvador quedó embodegada, por lo cual durante cuatro años no existió ningún tipo de pago de esas exportaciones. Inglaterra para dañar económicamente al Imperio Español, patrocinó ataques de corsarios a la península

ibérica y sus colonias. El Rey Carlos IV buscó apoyo económico en las colonias para financiar las guerras en Europa, por lo cual implementó dos medidas: las "contribuciones patrióticas" y la consolidación de deudas de la Iglesia Católica.

La familia de los Aycinena, terminó siendo propietaria de grandes haciendas en Guatemala y en territorios de la Intendencia de San Salvador, "dominando el comercio del añil y al final del siglo XVIII, llegó a contactar con familias de Lima, México, Cádiz, Jamaica y Londres; su máximo poder lo alcanzó al comprar el título de Marqués (Fernando) de Aycinena. Al concluir el siglo XVIII , la Casa de Aycinena controlaba un décimo de todo el añil de la Audiencia y en el siglo XIX, un sexto; los nuevos capitalistas se unieron al capital santiagueño en Guatemala, que luego se traslada a El Salvador creando condiciones de antipatía hacia lo español y europeo, pero ese hecho fue inevitable y los inmigrantes continuaron llegando y adquiriendo más poder, factor que posteriormente incidirá en las guerras post independencia. Los Aycinena, compraron grandes haciendas en San Miguel, incrementando su poder económico que les sirvió durante la independencia y posteriormente para influir en la anexión al imperio de Iturbide y en la República Federal de Centroamérica".[14]

Para aliviar el problema de los exportadores las autoridades coloniales autorizaron el comercio con países que eran neutrales con respecto a los conflictos europeos, principalmente los Estados Unidos de América. Significa que los poderes económicos de las provincias, eran tan importante como los de la península. Esto evidencia pérdida del poder de parte de la monarquía, pues el dominio de las rutas comerciales marítimas de parte de Inglaterra, y el debilitamiento económico y militar fue aprovechado por los intelectuales criollos para promover los movimientos de independencia, "apoyándose en las masas centroamericanas que desesperadas por las condiciones económicas favorecieron los movimientos e intentos separatistas y fundar la república centroamericana".[15]

3. El Primer Grito

En este contexto es que cobra importancia el movimiento de San Salvador en 1811. La Intendencia de San Salvador, que había causado más estragos con la crisis económica, fue la primera en rebelarse de forma abierta en 1811. Un grupo de criollos se empezó a reunir en San Salvador en la casa de los hermanos Aguilar Nicolás, Vicente y Manuel. A esas reuniones de conspiración asistían también: José Matías Delgado, Bernardo y Manuel José Arce, Juan Manuel Rodríguez y Pedro Pablo Castillo. La noche del 4 de noviembre un grupo de ciudadanos se presentó ante el intendente Gutiérrez de Ulloa, protestando por la detención en Guatemala, de Manuel Aguilar; los tres her-

14 Rodolfo Cardenal, obra citada, Pág.164.

15 Lilian Jiménez. Imagen sociopolítica de El Salvador, México, 1ª. Edición 1996. Pág. 97.

manos corrían peligro y se rumoraba un atentado contra José Matías Delgado. Las protestas fueron acalladas por los dirigentes criollos, pero el incidente denota el apoyo popular que tenían los rebeldes.

Lo que se conoce como "Primer Grito de Independencia", no fue un hecho aislado, sino más bien, el acontecimiento más publicitado, por el hecho de haberse realizado en la capital, de una serie de levantamientos realizados el 4, 5 y 6 de noviembre de 1811 en San Salvador, San Pedro Grande y Santiago Nonualco, el día 17, en Usulután, Chalatenango y Tejutla; el 20 en Santa Ana, el 24 y el 30 en Metapán y Cojutepeque y el 20 de diciembre en Sensuntepeque. Numerosos próceres desconocidos fueron capturados y encarcelados por el régimen español sin que podamos conocer sus nombres para la posteridad.

Con ocasión del levantamiento en San Salvador el 5 de noviembre, cuando el padre, José Matías Delgado hizo sonar las campanas de la iglesia de La Merced para levantar al pueblo; una acción que no tiene comprobación histórica, pero que la tradición acepta como un emblema de la insurrección; al Gral. Manuel José Arce, fundador del Ejército salvadoreño, se le atribuye la frase: "No hay ni rey ni Capitán General, solo debemos obediencia a nuestros alcaldes".

Pocas horas más tarde, otro sonido de bronce campanero invitaba a la población para una reunión en el Cabildo, al sur de la Plaza del Rey o de Armas, ahora llamada Plaza Libertad. A las ocho horas y subido en un taburete, el joven Manuel José Arce le resumió al pueblo san salvadoreño el ideario de esa reunión y de los líderes emancipadores que la convocaban: "No hay Rey, ni Intendente, ni Capitán General: sólo debemos obedecer a nuestros alcaldes […]". El primer llamado por la Libertad Centroamericana fue lanzado con esas palabras y con las acciones de los patriotas san salvadoreños, quienes invitaron a otros ayuntamientos de la Intendencia y del resto del Reino y Capitanía General de Guatemala a sumarse a este primer movimiento a favor de la emancipación.

Mientras pronunciaba estas palabras, al lado de Arce se encontraban otros de los implicados en este primer movimiento criollo de emancipación: su padre Bernardo José Arce y León, sus tíos maternos José Matías, Juan Miguel y Francisco Delgado, los presbíteros Manuel, Nicolás y Vicente Aguilar, Juan Manuel Rodríguez, los hermanos Domingo y Mariano Antonio de Lara, Leandro Fagoaga, Juan y Pedro Aranzamendi, Carlos Fajardo, Fulgencio Morales, Antonio Campos, Eusebio Mena, Pedro Pablo Castillo y muchos más.

En el nuevo gobierno de San Salvador, el sector criollo más beneficiado fue el de los moderados. No se le concedió ningún cargo de relevancia a los líderes comunales o de barrios. Para fines de esa misma semana, el tono de los discursos y propuestas de gobierno de aquellos primeros patriotas ha cambiado algunos grados: de los afanes

incendiarios ha pasado a esgrimir las armas de la tolerancia y el bienestar común, donde se solicita poder local, pero se le rinde vasallaje al rey Fernando VII, a las Cortes españolas y a las leyes municipales.

"Debido a lo crítico de su situación, Juan Manuel Rodríguez, los Arce, Nicolás Aguilar y otros más realizaron una junta cívica en la parroquia de la cercana población de Mejicanos. Tras el debate suscitado en ella, decidieron recibir en paz a los regidores enviados por las autoridades reales guatemaltecas, quizá para que la posición negociadora de los criollos frenara a las voces radicales que hablaban de emboscar a esos altos emisarios y reducirlos a prisión".

"El papel de los próceres que aparecen como los dirigentes del movimiento insurreccional, fue más bien de tratar de canalizar y apaciguar los ánimos de las turbas capitalinas ante la posibilidad de obtener ciertas concesiones de la Corte de Cádiz, que había convocado a las colonias españolas ante el asedio de que estaba siendo objeto España por parte de los ejércitos napoleónicos. Este movimiento y el de 1814, tienen importancia en los acontecimientos posteriores aunque, ya que en el momento en que se dieron, los datos históricos hacen relaciones muy confusas, tal se desprende del relato que Cardenal, pero lo que sí se puede sacar en claro es que los verdaderos ganadores de ello fueron los criollos y la familia Aycinena".[16]

"El 24 de enero de 1814, se dio un segundo intento insurreccional en San Salvador, dirigido por Pedro Pablo Castillo, luego de que fueron anuladas dos elecciones municipales ganadas por los anticolonialistas para Intendente de Colonias para la Provincia de San Salvador, estas elecciones se habían realizado bajo prescripciones de la Constitución de Cádiz de 1812".[17]

Capítulo Quinto

Proclamación de la Independencia de Centroamérica

Introducción

El 15 de septiembre de 1821, una junta de notables, convocada por la diputación provincial y el ayuntamiento, a la usanza de la época, se reunió en la capital lo que hoy es ciudad de Guatemala y declaró la independencia de España. El panorama que se presentaba era semejante al de otros lugares: una autoridad errática que había perdido sus vínculos con la metrópoli, el alto clero y funcionarios españoles fieles hasta el final a la Corona, y la presión popular por la independencia expresada a través de improvisados tributos emergentes de la clase media.

16 Rodolfo Cardenal, obra citada, pag. 2117...Wilkilibros "http://es.wikibooks.org/wiki/Historia_de_El_Salvador/El_proceso_de_Independencia "Categoría: Historia de El Salvador.

17 IBID.

En estos acontecimientos, participaron José Matías Delgado y Manuel José Arce el primer presidente de la Federación centroamericana- Miguel de Larreynaga, distinguido jurista nicaragüense; y el guatemalteco Pedro Molina, director del primer periódico de la región, "el Editor Constitucional", que surge al calor de los acontecimientos. Algunos de los insurgentes, graduados de la Universidad de San Carlos de Guatemala fundada en 1676, de las primeras en América después de la de México y el Perú. "La confrontación entre los partidarios y los adversarios de la independencia es salvada por el hondureño José del Valle, el mejor intelectual de la época, de los mejores ilustrados de la América Española, quien redacta el acta en forma condicional para permitir que las provincias manifestaron su voluntad".[18]

2. La Sesión del 15 de Septiembre

El Acta de Independencia, proclamada en la sesión del 15 de septiembre, es un documento de transacción. Se declara la independencia, sujeta a la condición de que un congreso decidiera, en definitiva, una asamblea con representación de todas las provincias; no se hace alteración en las autoridades, incluso el Jefe Político español Gabino Gaínza; pero se crea una Junta Provisional. Se trataba, como Valle apuntó en el Acta, de "prevenir las consecuencias que serían temibles en el caso que la proclamase de hecho el mismo pueblo…", el que presionaba a la Junta desde las calles aledañas a la reunión. Las mujeres centroamericanas empiezan a participar en asuntos cívicos y políticos: Dolores Bedoya, la esposa de Pedro Molina, es una de las precursoras de la presencia de género, una de las activistas más importantes ese día. La junta se inició sin mayor retraso. El ambiente era tenso ante la importancia de lo que se habría de tratar y resolver. La reunión fue a puerta abierta, en el Real Palacio. Estaban alrededor de 50 personas en salón, pero en la antesala y en el corredor se reunieron cada vez más personas, lo mismo que en el patio, portales exteriores y en la plaza misma.

Se transcribe lo esencial del texto del Acta, pues al contrario de lo que expresan algunos historiadores y críticos, para los propósitos de este estudio, encontramos que en cada uno de los puntos resueltos, existen decisiones que afectarían al futuro constitucional de los pueblos liberados; no se puede negar que el Acta, recoge acontecimientos concurrentes a las acciones formales que se realizaban al interior del palacio, revelando entre otros: "que existe un clamor popular, que sería de imprevisibles consecuencias si la hace el propio pueblo, hay una convocatoria a las provincias para que nombren sus representantes, que se espera su reunión para decidir la forma de gobierno, fijar un tiempo prudencial para reunirse, mantener temporalmente a las mismas autoridades, el mantenimiento de la religión católica, que sólo confirma que no hubo en ese acto separación de Iglesia y Estado, lo cual se haría posteriormente."

18 IBID.

3. El Acta de Independencia

Palacio Nacional de Guatemala, quince de Septiembre de mil ochocientos veintiuno.

Siendo públicos e indudables los deseos de independencia del Gobierno Español, que por escrito y de palabra ha manifestado el pueblo de esta capital: recibidos por el último correo diversos oficios de los Ayuntamientos Constitucionales de Ciudad Real, Cometan y Tuxtla, en que comunican haber proclamado y jurado dicha independencia y excitan á que se haga lo mismo en esta ciudad: y oído el clamor de Viva la Independencia, que repetía de continuo el pueblo que se veía reunido en las calles, plaza, patio, corredores y antesala de este palacio, se acordó por esta Diputación e individuos del Esmo. Ayuntamiento:

1º Que siendo la independencia del Gobierno Español la voluntad general del pueblo de Guatemala, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el Congreso que debe formarse, el Sr. Jefe Político lo mande publicar para prevenir las consecuencias, que serian temibles en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo.

2º Que desde luego se circulen oficios a las provincias, por correos extraordinarios, para que sin demora alguna se sirvan proceder á elegir Diputados ó Representantes suyos y estos concurran a esta capital, a formar el Congreso que debe decidir el punto de independencia general y absoluta, y fijar en caso de acordarla, la forma de gobierno y ley fundamental que deba regir.

3º Que para facilitar el nombramiento de Diputados, se sirva hacerlo las mismas juntas electorales de provincia, que hicieron ó debieron hacer las elecciones de los últimos Diputados á Cortes.

4º Que el número de éstos Diputados sea en proporción de una por cada quince mil individuos, sin excluir de la ciudadanía a los originarios de África.

5º Que las mismas juntas electorales de provincia, teniendo presentes los últimos censos, se sirvan determinar, según esta base, el número de Diputados ó Representantes que deban elegir.

6º Que en atención a la gravedad y urgencia del asunto se sirvan hacer las elecciones de modo que el día primero de Marzo del año próximo de 1822 estén reunidos en esta capital todos los Diputados.

7º Que entre tanto, no haciéndose novedad en las autoridades establecidas, sigan éstas ejerciendo sus atribuciones respectivas, con arreglo a la Constitución, decretos y leyes hasta que el Congreso indicado determine lo que sea más justo y benéfico.

8º Que el Señor Jefe Político, Brigadier Don Gabino Gainza, continúe con el gobierno superior político y militar; y para que este tenga el carácter que parece propio de las circunstancias, se forme una Junta Provisional Consultiva,

compuesta de los Señores individuos actuales de esta Diputación Provincial y de los señores.

9º Que esta Junta provisional consulte al Señor Jefe Político en todos los asuntos económicos y gubernativos dignos de su atención.

10º Que la religión católica, que hemos profesado en los siglos anteriores y profesaremos en los siglos sucesivos, se conserve pura e inalterable, manteniendo vivo el espíritu de religiosidad que ha distinguido siempre a Guatemala, respetando á los ministros eclesiásticos seculares y regulares, y protegiéndoles en sus personas y propiedades.

11º Que se pase oficio a los dignos Prelados de las comunidades religiosas para que cooperando á la paz y sosiego, que es la primera necesidad de los pueblos cuando pasan de un gobierno a otro, dispongan que sus individuos exhorten á la fraternidad y concordia a los que están unidos en el sentimiento general de la independencia, deben estarlo también en lo demás, sofocando pasiones individuales, que dividen los ánimos y producen funestas consecuencias.

12º Que el Excelentísimo Ayuntamiento, a quien corresponde la conservación del orden y la tranquilidad, tome las medidas más activas para mantenerle imperturbable en toda esta capital y pueblos inmediatos.

13º Que el Sr. Jefe Político publique un manifiesto haciendo notorios á la faz de todos los sentimientos generales del pueblo, la opinión de las autoridades y corporaciones, las medidas de este Gobierno, las causas y circunstancias que lo decidieron á prestar en manos del Sr. Alcalde 1º, a pedimento del pueblo, el juramento de independencia y fidelidad al Gobierno Americano que se establezca.

14º Que igual juramento preste la Junta Provisional, el Excelentísimo Ayuntamiento, el Ilustrísimo Sr. Arzobispo, los Tribunales, Jefes políticos y militares, los Prelados regulares, sus comunidades religiosas, Jefes y empleados en las rentas, autoridades, corporaciones y tropas de las respectivas guarniciones.

15º Que el Sr. Jefe Político, de acuerdo con el Excelentísimo Ayuntamiento, disponga la solemnidad y señale el día en que el pueblo deba hacer la proclamación y juramento expresado de independencia.

16º Que el Excelentísimo Ayuntamiento acuerde la acuñación de una medalla, que perpetúe en los siglos la memoria del día QUINCE DE SEPTIEMBRE DE MIL OCHOCIENTOS VEINTIUNO, en que se proclamó su feliz independencia.

17º Que imprimiéndose esta acta y el manifiesto expresado, se circule a los Excelentísimos Diputados Provinciales, Ayuntamientos Constitucionales y demás autoridades eclesiásticas regulares, seculares y militar, para que siendo acordes en los mismos sentimientos que ha manifestado este pueblo, se sirvan obrar con arreglo á todo lo expuesto.

18º Que se cante, el día que designe el Sr. Jefe Político, una misa solemne de gracias, con asistencia de la Junta Provisional, de todas las autoridades, corporaciones y jefes, haciéndose salvas de artillería y tres días de iluminación.

Palacio nacional de Guatemala, Setiembre 15 de 1821.[19]

Próceres de la independencia:

(FIRMAN) GABINO GAINZA - MARIANO DE BELTRANENA – JOSE MARIANO CALDERON - JOSE MATÍAS DELGADO - MANUEL ANTONIO MOLINA - MARIANO DE LARRAVE - ANTONIO DE RIVERA - JOSE ANTONIO DE LARRAVE - ISIDORO DE VALLE Y CASTRICIONES - MARIANO DE AYCINENA - LORENZO DE ROMAÑA, SECRETARIO - DOMINGO DIEGUEZ, SECRETARIO.

Sobre lo dispuesto en el Art. 1º. de esta Declaración, aparentemente contradictoria.

1º Que siendo la independencia del Gobierno Español la voluntad general del pueblo de Guatemala, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el Congreso que debe formarse, el Sr. Jefe Político lo mande publicar para prevenir las consecuencias, que serían temibles en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo.

Trasladémoslo a la época de Jesús y observaremos dos cosas: El poder de las élites (vid supra) y el temor al pueblo; tanto en la Declaración de independencia, como en el evangelio, el temor a éste, ha quedado en evidencia:

2º "Caifás no dijo esto por sí mismo, sino que como era el sumo sacerdote aquel año, profetizó que Jesús había de morir por la nación, y no solamente por la nación, sino también para congregar en uno a los hijos de Dios que estaban dispersos, así que desde aquel día, acordaron matarle. Por tanto ya Jesús no andaba abiertamente entre los judíos, sino que se alejó de allí a la región contigua del desierto, a una ciudad llamada Efraín; y se quedó allí con sus discípulos. Y estaba cerca la pascua de los judíos y muchos subieron a aquella región a Jerusalén antes de la pascua para purificarse y buscaban a Jesús y estando ellos en el templo se preguntaban unos a otros: ¿Qué os parece? ¿NO vendrá a la fiesta? Y los principales sacerdotes y los fariseos habían dado orden de que si alguno supiese donde estaba, lo manifestase, para que le prendiesen. (Versos 51-57). Este pasaje tiene paralelos en los evangelios de Mateo, Marcos y Lucas que proveen otros detalles, veamos: Jesús dijo a sus discípulos "Sabéis que dentro de dos días se celebra la pascua y el hijo del hombre será entregado para ser crucificado[...] y los sacerdotes y fariseos tuvieron consejo para prender con engaño a Jesús y matarle, pero decían: "NO durante la fiesta porque se puede

19 Relaciones Públicas de Casa Presidencial, Págs. 3-16; El Salvador, noviembre 1964.

armar gran alboroto" (Mt 26:2,4-5) Esto nos muestra que Jesús no tenía miedo y que ya le estaban tendiendo una trampa , probablemente la de contratar a Judas para delatarlo.(Lc. 22:3,4).

"El complot para matar a Jesús: los políticos y los religiosos lo matarían igual ahora en El Salvador en mucho menos de tres años". Comentario del Dr. Chinchilla

3º "Dónde estará más segura la guarda de la libertad, en las manos de los nobles o en las del pueblo, y quienes serán los que den más motivos de desorden los que quieren conservarlo o los que quieren obtenerlo. Habiendo en todas las repúblicas una clase pudiente y otra popular se ha dudado a quien entregarle la guardia de la libertad.- Lacedemonia y Venecia, prefirieron la nobleza; los romanos la pusieron en manos de la plebe". Maquiavelo. Discurso sobre la Primera Década de Tito Livio.

4. Creación de la República Federal de Centroamérica

Fragmento del decreto:

Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente 1 de julio de 1823.

Después de examinar, con todo el detenimiento y madurez que exigen la naturaleza y entidad de los objetos con que somos congregados.

Después de traer a la vista todos los datos necesarios para conocer el estado de la población, su riqueza, recursos, situación local, extensión y demás circunstancias de los pueblos que ocupan el territorio antes llamado Reino de Guatemala.

Habiendo discutido la materia: oído el informe de las diversas comisiones que han trabajado para acumular y presentar a esta Asamblea todas las luces posibles acerca de los puntos indicados:

Y considerando, que la Independencia del Gobierno Español ha sido y es necesario en las circunstancias de aquella Nación y las de toda la América que era y es justa en sí misma y esencialmente conforme a los derechos sagrados de la naturaleza: Que la experiencia de más de trescientos años manifestó a la América que su felicidad era del todo incompatible con la nulidad a que la reducían la triste condición de colonia de una pequeña parte de Europa.

Que la arbitrariedad con que fue gobernada por la Nación española y la conducta que ésta observó constantemente desde la conquista, incitó en los pueblos el más ardiente deseo de revocar sus derechos usurpados.

Que la incorporación de estas provincias al extinguido imperio mexicano, verificada, solo de hecho en fines de arrancada por medios vacíos e ilegales. Jamás la aceptó expresamente, ni pudo con derecho aceptarla y que las providencias que acerca de unión dictó y

expidió D. Agustín de Iturbide, fueron nulas, exigen que las Provincias del Antiguo Reino de Guatemala se constituyan por sí mimas con separación del Estado Mexicano.

Nosotros, por tanto, los representantes de dichas provincias, en su nombre, con la autoridad y conforme en todo con sus votos, declaramos solemnemente:

Que las expresadas Provincias representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la antigua España, de México de cualquiera otra potencia,

En consecuencia, son y forman Nación Soberana con derechos y Que las Provincias sobre dichas, representadas en esta Asamblea, y las demás que espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo Reino de Guatemala se llamarán por ahora, sin perjuicio de lo que se resuelva en la Constitución que ha de formarse.

Provincias unidas del Centro de América

Y mandamos que esta declaratoria y la Acta de nuestra instalación se publique con la debida solemnidad en este pueblo de Guatemala, y en todos y cada uno de los que se hallan representados en esta Asamblea; que se impriman y circulen; que se comuniquen las Provincias de León, Granada, Costa Rica y Chiapas; y que en la forma y modo que se acordara oportunamente, se comunique también a los Gobiernos de España, México y de todos los demás Estados independientes de ambas Américas.

Dado en Guatemala, a primero de julio de mil ochocientos veintitrés.

José Matías Delgado, Presidente.-Juan Francisco Soza, Diputado Secretario.-Mariano Gálvez, Diputado Secretario.- Al Supremo Poder Ejecutivo.

Por tanto; mandamos se guarde, cumpla y ejecute en todas sus partes.

Lo tendrá entendido el Secretario del Despacho, y hará se imprima, publique y circule.

Palacio Nacional de Guatemala, julio 11 de 1823. Pedro Molina, Presidente.-Juan Vicente Villacorta.-Antonio Rivera.

5. Inicio del Estado Federal

El General Manuel José de Arce y Fagoaga: Datos biográficos: (San Salvador, El Salvador, 1 de enero de 1787-14 de diciembre de 1847) fue un militar y político de El Salvador, y primer Presidente de la República Federal de Centroamérica. Fue hijo de Bernardo José de Arce y Antonia Fagoaga. Casó con Felipa de Aranzamendi y Aguilar. Era descendiente de Sancho de Barahona "El Viejo" uno de los conquistadores que estaba con Hernán Cortéz en Tenochtitlan y luego con Pedro de Alvarado. Se graduó de Bachiller en Filosofía en Guatemala.

Participó desde fecha temprana en las actividades independentistas, entre ellas el primer Grito de Independencia dado en su ciudad natal el 5 de noviembre de 1811.

Sufrió prisión por motivos políticos de 1815 a 1818. Adversó enconadamente la idea de la anexión de El Salvador al Primer Imperio Mexicano establecido por Don Agustín de Iturbide y participó en la misión enviada a los Estados Unidos de América para tratar de lograr que El Salvador pasara a formar parte de ese país.

Formó parte de los gobiernos provisionales centroamericanos que rigieron de 1823 a 1825. Para las elecciones presidenciales centroamericanas de 1825, aunque la mayoría numérica correspondió al conservador hondureño José Cecilio del Valle, la fracción liberal del Congreso federal decidió que no había habido mayoría absoluta y escogió a Manuel José de Arce y Fagoaga como presidente para el período 1825-1829. Esto hizo que su administración fuese polémica desde el principio.

A pesar de ser liberal y haber sido apoyado por los liberales, pronto se distanciaron de él y desde 1826 ni el Congreso ni el Senado federal volvió a sesionar. Arce obtuvo entonces apoyo en el clero y en el partido conservador, pero también tuvo dificultades con el gobierno del Estado de Guatemala, y para 1827 gran parte de Centro América estaba en guerra civil.

Lo anterior podría ser la hoja de ruta militar para el fracaso del primer gobierno federal; pero eso es sólo es una consecuencia de la falta de organización de los Estados federados y la poca o nula coordinación con el Estado federal; debe considerarse que no es lo mismo el paso y la evolución que siguieron los países europeos para pasar de la sociedad y estado feudal al Estado Nacional; en Centroamérica, esa evolución no podía haberse dado, ya que estas eran intendencias del reino de Guatemala, que carecían de organización, gobiernos, recursos, ejércitos propios, que le dieran el carácter de Estados, con alguna autonomía; se trataba de regiones que no podrían conformarse dentro de la estructura y estrategia política necesarias para llegar a ser un Estado nacional, e inclusive el modo de producción que es propio del Estado nacional, como es el industrialismo y el mercantilismo, todavía no estaban desarrollados en Centroamérica, es decir un elemento básico en la conformación de los estados nacionales, no se daba todavía en Centroamérica.

"En esas condiciones la gran dificultad del nuevo Estado centroamericano consistió en que no pudo hacer funcionar armónicamente un poder federal y cinco voluntades estatales que estaban en proceso de conformación.

"Adoptaron el sistema proporcional en la representación, pero eso sólo trajo envidias y diferencias entre los Estados, pues Guatemala tenía la mayoría de representantes. Imposible que funciones un Estado federal donde los estados que lo componen no tienen la fortaleza tanto económica, como militar y jurídica. El Estado Federal fue un invento que lo llevó a la anarquía y desorganización. El poder de la burguesía incipiente no fue capaz de hegemonizar la federación, pues no pudo dar la cohesión y fácilmente cayeron en los errores, que aun en el siglo XXI, se manifiestan en el sentido de que las oligarquías locales asumieron el control de la economía y del resto de los poderes. Lo

que se ha afirmado arriba de que las condiciones para la conformación del estado nacional no estaban dadas, se confirman aún más al no haber territorios definidos, vacíos en el Atlántico, economías insuficientes sin capacidad de producción, ejércitos desorganizados, localismos irreconciliables, viejos resentimientos."[20]

Esto es el principio del fin de la efímera federación: contradicciones políticas, debilidad de las economías, deuda externa e interna y presiones imperialistas, todos son factores que impidieron el avance del proyecto de la federación.

Conclusiones

Centroamérica inició sus relaciones internacionales en 1823, con el fin principal de lograr el reconocimiento de su Independencia, en medio de una crítica situación económica y financiera que le impedía tener un ejército adecuado para defenderla; lo anterior era muy difícil en aquel momento, porque un ejército creado in la suficiente organización, armamento y respaldo económico, tendría que ser muy inestable, tal como efectivamente ocurrió al confrontarse dos caudillos como Arce y Morazán. La oposición de España y México era hasta cierto punto natural, la primera tendría interés en conservar el poder para aparentar la existencia de un poder que interiormente lucía muy desgastado y es posible que México, su aliado, haría algo para recuperar el Imperio fallido. España, sin embargo, no aceptó nuestra decisión soberana sino hasta cuando la República Federal había dejado de existir; y más bien intentó anular la emancipación por medio de una invasión armada en julio de 1829.

El primer país que reconoció nuestra Soberanía fue Estados Unidos, con base a la Doctrina Monroe, se abrigaba la esperanza que cooperaría "en caso de que nuestra Independencia fuera amenazada por las potencias europeas". Se le solicitó un préstamo por hasta tres millones de pesos, parte del cual se destinaría a la adquisición de unos 20000 fusiles.

Por la importancia geopolítica y económica del resto de Europa, también se establecieron relaciones con Gran Bretaña, Francia y los Países Bajos, potencias que al igual que Estados Unidos, ambicionaban nuestro territorio para la apertura de un Canal Interoceánico. Por las dificultades económicas y financieras que afrontaba Centroamérica, fue hasta en mayo de 1826 en que se envió al primer representante ante Gran Bretaña, el señor Marcial Zebadúa.

Las necesidades de financiamiento nos obligaron a contratar un empréstito con súbditos ingleses, que ocasionó muchos problemas desde que comenzó a utilizarse y más tarde a reembolsarse. Después de España, los principales problemas respecto de la soberanía se tuvieron con Gran Bretaña que, desde antes de la Independencia había usurpado mayor territorio del que le concedió España mediante un Tratado para una concesión maderera. Una vez se demuestra como en las relaciones internacionales

20 Cardenal, obra citada.

como en las locales, la consolidación de los poderes militares y económicos serán muy determinantes en la conducción de los estados.

Tales problemas fueron especialmente severos durante las administraciones de Francisco Morazán, que siempre encontró oposición en el Cónsul inglés Federico Chatfield, quien constantemente acudió a la amenaza de enviar navíos de guerra a ambas costas de nuestro territorio para hacer prevalecer sus exigencias, una de las cuales se relacionó con la deuda contratada y bonificada con los súbditos ingleses.

Los problemas con Gran Bretaña continuaron mientras Morazán estuvo en el exilio voluntario y después que él regresó a liberar a Costa Rica. Para presionarlo, dicho país exigió a Costa Rica el pago inmediato de su deuda, que ascendía a unos dos mil quinientos pesos, acudiendo como siempre a la amenaza de la invasión armada. A pesar de ello, los demás Estados centroamericanos se confabularon contra Morazán, como consecuencia del fino trabajo divisionista realizado por Gran Bretaña.[21]

Capítulo Sexto

Separación de El Salvador de la República Federal

Introducción

La conformación del Estado de El Salvador, a partir de su separación y fin de la República Federal, es una decisión política clave por los efectos que en el tiempo ha tenido para la estructuración de la República, los procesos que se han dado en todos los campos, la división de la sociedad, el régimen socioeconómico y sus efectos en la población, el desarrollo cultural, entre otras. La problemática poblacional en un territorio pequeño y la degradación ambiental a que se ha sometido; los efectos que tal decisión tuvo, no solamente en El Salvador, sino en el resto de países centroamericano, se han materializado en el descontento social, las grandes desigualdades y diferentes formas de injusticia, que han provocado guerras entre los países y en el siglo XX, las guerras civiles.

"El 2 de febrero de 1841, una Asamblea Constituyente proclamó la separación de El Salvador de la Federación Centroamericana; y los días 16 y 18 del mismo mes y año, respectivamente, aprobó la fundación de la Universidad de El Salvador y promulgó la primera Constitución de El Salvador como Estado soberano e independiente de la República Federal, la cual contemplaba la posibilidad de efectuar la reorganización de la desaparecida Federación Centroamericana. Sin embargo, en vista de la dificultad insuperable de conseguir ese objetivo, el parlamento salvadoreño, actuando de conformidad a lo prescrito por el Art. 95 de la Constitución de 1841: 1.- emitió el Decreto Legislativo

21 Miguel Calix Suazo, Presidente del Instituto Morazánico. Documentos del VII Congreso Centroamericano de Historia, Tegucigalpa, Honduras, 9 al 23 de julio de 2004.

del 25 de enero de 1859, publicado en la Gaceta del (Sic) Salvador No. 88, Tomo No. 7, del 19 de marzo de 1859, 2.- en el que reafirmaba la soberanía externa de El Salvador, erigiendo al Estado en República independiente. 3.-Durante las tres décadas siguientes a la desintegración de la República Federal, El Salvador vivió un período de gran inestabilidad política, debido a la rivalidad entre liberales y conservadores, a los conflictos con los Estados vecinos y a la falta de consolidación de la identidad nacional. La lucha por el gobierno entre las dos facciones, llegó al extremo que estando uno de los dos grupos en el poder, el otro partido no dudaba en pedir ayuda a los países vecinos para derrocar al gobierno contrario, por lo que en este período hubo frecuentes insurrecciones y revueltas, manteniéndose un clima constante de civil. En Centroamérica, los liberales apoyaban el reconocimiento legal de las libertades individuales, la liberalización del comercio, la separación entre Iglesia y Estado, además de defender el unionismo centroamericano; mientras, los conservadores, por el contrario apoyaban mantener muchas de las instituciones coloniales, la colaboración entre autoridades civiles y eclesiásticas, y preferían la independencia de cada país de la antigua Federación Centroamericana.

2. El Inicio del Estado Burgués

Antes, durante y después de la independencia, una nueva clase social -los criollos- reivindica su protagonismo y en contra del poder de la nobleza española; sin los títulos nobiliarios, ni los privilegios de la burocracia peninsular; con o sin intereses concretos; alejados del pueblo o no; con o sin objetivos y fines egoístas, los criollos, asumieron el papel que durante ese período de la historia le estaba reservado a la burguesía. La participación de sectores populares, mestizos, indígenas y africanos, es un dato que no ha sido suficientemente estudiado; cuando ocurra, tendremos la historia completa; mientras tanto, no se adelanta un tramo con desprestigiar la participación, de la denominada burguesía criolla, pues como decía Voltaire, "la historia es testigo, no aduladora", tampoco es para envilecer, agregamos.

Las acciones humanas que la historia registra, no son trajes a la medida, son como objetivamente se han dado. ¿Qué había ocurrido treinta o cuarenta años antes, en Francia y en Estados Unidos de América? ¿Qué ocurrió durante todo el siglo XVI-II en Inglaterra?: El ascenso de la burguesía al poder, es decir, una nueva clase social, reclama lo que se le había negado durante todo el período absolutista y en el caso de los Estados Unidos de América, lo que Inglaterra como potencia también le había negado. La historia reserva momentos para los pueblos, para las masas populares, o sea, al proletariado le llegará el suyo. (vid. Infra: 3.2).

En Francia, después de la Revolución, según Sieyéz: "El Tercer Estado consiguió variar su status jurídico, a medida que la burguesía fue adquiriendo fuerza. En el siglo XVIII, Francia adquirió toda su fuerza política al convocarse los Estados Generales en 1788 y pronto se llegó a la identificación ideológica, entre Tercer Estado y nación, como un mito político eficaz contra las fuerzas del antiguo régimen. Los grupos burgueses tomaron la dirección del Tercer Estado y se constituyeron en su conciencia histórica, a la vez que se ganaron al campesinado con una decisiva reforma agraria".

1º.- ¿Qué es el Estado llano? Todo. 2º ¿Que ha sido hasta el presente en el orden político? Nada. 3º ¿Qué pide? Llegar a ser algo. ¿Quién osaría decir que el estado llano no contiene en sí todo lo necesario, para formar una nación completa? Es un hombre fuerte y robusto, que tiene aún un brazo encadenado. ¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representada por una misma legislatura.[22]

El absolutismo es una expresión política monárquica caracterizada por el poder omnímodo del rey. Este poder es distinto de la tiranía clásica y posterior, del poder personal y de las formas totalitarias contemporáneas, en la medida que estas últimas son manifestaciones posdemocráticas, nacidas en el periodo de entreguerras. Como sostiene Emile Lousse, (citado por Lucas Verdú), el absolutismo es una forma de monarquía estamental en la cual las diferencias sociales no se han derogado y tampoco se consulta a sus representados. Tratase de la monarquía estamental.[23]

El estado absoluto teorizado por Hobbes (vid. Libro Primero, To. II. De esta obra: Mario Solano; en el mismo sentido: "Evaluación del desarrollo Institucional… UJMD") y Bodino, descansaba en la omnipotencia del soberano real, sin frenos jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y natural y aun de las leyes fundamentales del reino, "que el rey era feliz por mantener", fueron simbólicas. Sólo las grandes distancias, las malas comunicaciones, la estructura social estamental y las bases económicas no desarrolladas, constituyeron obstáculos técnicos que mitigaron el despotismo. Las teorías del derecho natural individualista, que en el caso de Hobbes, significa renuncia del hombre a sus principales deseos y su interés de establecer un contrato social, con poder soberano, el cual debe recaer en una sola persona. Esto es el antecedente de una monarquía absoluta, donde el rey adquiere sus poderes no de dios, sino del contrato social, sin embargo, instrumentado por Hobbes para fundamentar el absolutismo.

2.1 La Burguesía criolla

Los criollos centroamericanos encarnarían la burguesía como clase social, que tendría una relevante actividad no sólo en el campo insurreccional, sino en la creación de la nueva entidad política o sea la "Concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado".[24]

---

22 Enmanuel Sieyez, ¿Qué es el Tercer estado? Qu, est ce que le tiers Etat? ¿Estado Llano? Prólogo de Valentín Alvarez, Instituto de Estudios Políticos, 1950. Madrid.

1.1.-Constituciones Hispanoamericanas (Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes), Constitución de El Salvador de 1841 consultado el 1 de abril de 2013.

1.2.-Archivo Digital del Diario Oficial de la Imprenta Nacional de El Salvador, 1859, Parte4.pdf.

1.3.-El Diario de Hoy, Vocación integracionista de El Salvador consultado el 13 de diciembre de 2010.

23 Paúl Lucas Verdú, Curso de Derecho Político. Editorial Tecnos, Madrid, España, 1980.

24 Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, de Alianza Universidad, Textos, con Prólogo de Manuel García Pelayo, Madrid, España, 1982, Pág.30.

El proceso constitucional del país, como se ha descrito, se inicia en 1824, con las Constituciones federal y estatal de ese mismo año; la influencia liberal fue determinante para la estructura federal que tomó la República centroamericana y la Constitución promulgada el 22 de noviembre de 1824; antes, el 12 de junio de ese mismo año, En El Salvador se había promulgado su Constitución estatal, que teóricamente, en nada debería afectar la República Federal que se organizaba, de acuerdo con el patrón de la Constitución de los Estados Unidos.

La naciente Constitución estatal, con todo y la falta de tradición constitucional, la inexperiencia, los primeros pasos de la nueva república y otros, dio pasos enormes encaminados al proceso de construcción del nuevo Estado: En efecto, "orientó a la organización del gobierno (Art. 3), ratificó la independencia (Art. 1), reconoció la Federación centroamericana (Art. 2), definió el territorio, proclamó la libertad y la igualdad, como presupuestos y como valores; al establecer los deberes de los ciudadanos, los condiciona a que el Estado los proteja con leyes sabias y justas y sólo entonces, los ciudadanos tienen el deber de vivir sujetos a la Constitución, respetar y obedecer a las autoridades, contribuir, servir y defender a la patria"; planteó esta Constitución, la posibilidad de su reforma, que más adelante abordaremos. Sobre el poder Judicial, estableció:

"Art. 46. El Poder Judicial es independiente de los otros dos; Art. 47. Habrá una Corte Superior de Justicia compuesta de cinco Jueces a lo más, y tres a lo menos elegidos popularmente; Art. 48. A los dos años se renovarán los dos últimos Jueces y los otros tres a los seis años, sin embargo de que unos mismos podrán ser siempre reelegidos; Art. 50. La Corte Superior será el tribunal de última instancia y conocerá en los recursos de nulidad; Art. 53. Por acción popular podrá intentarse la deposición de los Jueces Magistrados notados de cohecho, soborno o prevaricación; Art. 78. Todo empleado civil, militar o eclesiástico al tomar posesión de su destino prestará juramento de guardar la Constitución del Estado y desempeñar debidamente su cargo; Art. 79. Todo salvadoreño puede representar al Congreso, al jefe supremo y al Consejo para reclamar la observancia de la Constitución".

Estos dos últimos artículos sugieren la existencia desde entonces, de mecanismos de protección de la supremacía constitucional; qué interesante resulta, especialmente si contrastamos con el sistema actual, sujeto a manipulaciones políticas, la forma en que la Constitución de 1824 previó el escrutinio popular para esa importante función. Sobre reforma constitucional, dijo: "Art. 80. Hasta pasados dos años podrá el Congreso reformar o alterar uno u otro artículo de la Constitución del Estado, pero nunca podrá alterarse los dos Artículos primeros y el cuarto del Capítulo I y el Art. 12 del capítulo III; Art. 81. Las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias continuarán en su fuerza y vigor, menos las que directa o indirectamente se opongan a la Constitución federal y del Estado, y a los decretos y leyes que expidiere el Congreso; Art. 82. A los ocho años, cuando la práctica y más conocimientos hayan

descubierto los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, podrá convocarse un congreso constituyente para que examinada su totalidad pueda reformarla".[25]

Puede observarse la claridad en las anteriores disposiciones, no están sujetas a interpretaciones inventadas, que el Art. 80 establece como cláusulas pétreas, el sistema republicano, vigentes en el actual constitucionalismo europeo; el Art. 81, establece, desde entonces, la supremacía constitucional, como en 1802 lo había revelado al mundo jurídico, el juez Marshall, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, (caso Marbury and Madison), que las leyes preconstitucionales no tienen ningún valor; el Art. 82 reguló la revisión constitucional y reforma total, lo que la Constitución actual ha ignorado y que puede ser motivo de futuras controversias y riesgos políticos y sociales.

2.2 Proceso evolutivo del constitucionalismo

Se inicia entonces, en 1824, la presencia de la filosofía liberal como fundamento racional del naciente constitucionalismo, consolidándose en las sucesivas constituciones y alcanzando su máximo brillo en la Constitución de 1886. El Liberalismo político conformó un régimen de libertades, a partir de las concepciones del derecho natural en el que obviamente la vida, la libre expresión del pensamiento, el libre ejercicio de las religiones, el debido proceso como garante de la libertad y fundamentalmente, el derecho de propiedad, etc., figuraron en aquella Constitución y que aún se conserva en la actual.

3. Efectos sociales de la Independencia

¿Qué ocurre en la vida nacional? ¿Cómo impactó el proceso en la sociedad común y concretamente en los sectores campesinos, obreros, etc.? Tal como se ha descrito en el capítulo respectivo, después de la independencia de España de los países centroamericanos, en 1821, se formó una federación (1824), que tuvo una difícil existencia. Los encuentros entre liberales y conservadores, entre los caudillos locales, la falta de recursos y una organización precaria, entre otros, eran caldo de cultivo de violencia a lo largo y lo ancho del istmo.

"La necesidad de llevar recursos al Estado obligaba a aplicar una serie de medidas económicas que eran de total desagrado a las mayorías, entre ellas los tributos y expropiaciones. Esta última, especialmente, golpeaba a los llamados indígenas que durante la época colonial al menos tenían asegurada una parcela de tierra. Así, este grupo, que ya desde los primeros años de la llegada de los españoles se encontraba en desventaja dentro de la organización social, lo estaba aún más debido a la agitación

25 Las Constituciones de la República de El Salvador, Publicación de la Unidad Técnica Ejecutora, UTE, Talleres Gráficos UCA. 1993.

de los primeros años de independencia".[26] "El gobierno de El Salvador tuvo que implementar medidas antipopulares en 1832, tales como una contribución directa sobre la propiedad inmueble y sobre la renta. También el constante reclutamiento forzoso era de desagrado general. El descontento se desató. La proliferación de alzamientos populares y asaltos a cuarteles eran frecuentes, el principal de ellos fue en San Miguel. Hubo otros intentos en Chalatenango, Izalco y Sonsonate que fueron controlados".[27]

La misma estructura social protagonista del proceso, con todo y los reconocimientos que la historia puede darle, también la misma historia, que objetivamente es la que describe las realidades por las que los pueblos transitan, es la que se encarga de develar el proyecto excluyente, que posteriormente desembocaría en un sistema social, político y económico, que conformó un modelo agroexportador de tipo dependiente; en aquel momento inicial, la exclusión y el despojo de que fueron víctimas los indígenas y los mestizos, trabajadores de la ciudad y del campo, sufrieron los efectos económicos de la nueva estructura social y del Estado, que se conformaría por los nuevos detentadores del poder político. En efecto, los terratenientes favorecidos por la Independencia se apoderaron de las tierras comunales, amparados en un decreto que legalizaba la expropiación.

4. Anastasio Aquino

Lo anterior, provocó levantamientos en diversos pueblos de El Salvador, uno de los más importantes fue el de Anastasio Aquino, a quien por mucho tiempo se le etiquetó como un "asesino protervo", iguales calificativos que se han dado a líderes o caudillos, que se han rebelado en contra de los detentadores del poder de los Estados y de sus instituciones, o bien de las estructuras sociales, desarrolladas antes de que el Estado adquiriera la conformación que hoy tiene y que se identifica como Estado Nacional. "Fue en Santiago Nonualco el sitio donde se realizó el principal alzamiento a los comienzos de 1833. Allí, Aquino exhortaba a desobedecer al gobierno. A finales de enero, logró reunir un ejército de proporciones suficientes para dar batalla, es probable que reuniera 3000 hombres".[28] "El comandante de la vecina ciudad de San Vicente, (J.J. Guzmán) recibió órdenes de sofocar la rebelión, pero en el primer intento terminó emboscado. Otro ataque realizado el 5 de febrero, también fracasó. Al tener noticia de esta última derrota, el comandante Guzmán huyó".[29]

"Mientras tanto, en la ciudad capital de San Salvador, el jefe político Mariano Prado, al verse incapaz de sostener la situación depositó el poder en el Vice-Jefe Joa-

26 Domínguez Sosa, Julio, Ensayo Histórico, Sobre las tribus nonualcas y su caudillo Anastasio Aquino. Dirección General de Publicaciones. San Salvador, Págs. 83-84.

27 Vidal, Manuel, Nociones de Historia de Centroamérica, Editorial Universitaria: San Salvador, Pág.169.

28 IbId, Pág.169.

29 IbId, Págs.171-172.

quín San Martín. Ante este nombramiento hubo descontento entre las filas militares, por lo que la tropa abandonó la ciudad; ésta quedó sumida en el caos y el mismo San Martín tuvo que resguardarse para salvar su vida. Aquino no supo de este desorden que reinaba en la capital, de saberlo, la ocupación no hubiera sido difícil".[30]

Con Zacatecoluca tomada, decidió partir a San Vicente, el día 14 de febrero, los vecinos de la ciudad se apresuraron a resguardar todo objeto de valor. Con dos tropas —una al mando de su hermano y otra de un amigo— arribó la madrugada del día 15, bajo condiciones amigables, pues los habitantes preferían no enfrentarlo. En Tepetitán fue proclamado "Comandante General de las Armas Libertadoras" y proclamó su Decreto de Tepetitán el 16 de febrero. En él regulaba a duras penas el homicidio, robo y vagancia, entre otros; además, tenía un apartado para la protección de las mujeres casadas o recogidas, apartado destacable por la situación de desventaja en que se encontraba la mujer en esa época.[31]- Mientras tanto, el Gobierno trató de llegar a un acercamiento con el sublevado, para que depusiera sus armas por medio de dos sacerdotes; sólo uno de ellos, padre J. Navarro, tuvo contacto con él, pero no obtuvo resultados.

Al fin, las autoridades lograron reunir un ejército para enfrentar a Aquino, a quienes se agregaron habitantes de San Vicente para vengar el saqueo. Uno de los comandantes —Mayor C. Cuéllar— quiso enfrentar por sí solo al rebelde, pero salió derrotado; de acuerdo con el folclore, Aquino se le abalanzó al grito de "treinta arriba, treinta abajo, y adentro Santiagueños", que probablemente se refería al lugar que ocupaban sus tropas al momento del ataque.[32]

En la mañana del 29 de febrero se libró la batalla decisiva en Santiago Nonualco; al mismo tiempo, aparentemente los sublevados estaban diezmados por una enfermedad. Así, que aprovechando esto, el coronel J. López mandó un ataque general que dispersó a los insurrectos. La rebelión terminó con la muerte de Aquino, pero su protesta, ha cobrado vigencia, especialmente con los movimientos sociales y ha estado en el pensamiento de los salvadoreños, especialmente aquellos que han tenido en él, un referente de lucha por lograr mayor justicia social y especialmente, por los que trabajaron con realismo y eficacia por hacer la reforma agraria.

La efímera y fracasada rebelión, que no puede explicarse detalladamente, dada la naturaleza de este trabajo, nos sirve de prueba sobre cómo se avanzaría en la historia social y política salvadoreña, pues cada vez el poder del Estado se consolidaría en los estratos de la burguesía, en los resabios de la aristocracia, en el clero, en el ejército, etc.; es decir, los factores reales de poder locales, que harían propia, aquella reflexión de Maquiavelo de que "el primer deber del Príncipe es conservar el poder y la integridad de sus Estados, se considerará honroso y le alabarán todos, porque el vulgo se deja guiar por las apariencias y sólo juzga por los acontecimientos; y como casi todo

30 IbId, Pág.172.

31 IbId, pag. 173.

32 Domínguez Sosa, Julio, obra citada, Págs.89-90.

el mundo es vulgo, la opinión de los pocos que no forman parte de él, sólo se tienen en cuenta cuando falta base a la opinión vulgar".[33]

No obstante, a pesar de la estructuración de poder en esa forma, también hubo líderes y dirigentes, que por su parte, dejaron su impronta para determinar que en la sociedades de todos los tiempos han existido y existirán, personas que a costa de su propia integridad física y moral, luchan y se sacrifican por los principios, valores y derechos, sustentados en la justicia y no en la política o en intereses personales o sectoriales.

5. Francisco Morazán

El patriota nació en Tegucigalpa, Honduras, el 3 de octubre de 1772, pero su causa fue por Centroamérica; sus padres fueron don Eusebio Morazán y doña Guadalupe Quezada, hizo sus primeros estudios en Tegucigalpa, y se casó con una bella viuda, doña María Josefa Lastiri viuda de Travieso, estudió en el convento de los franciscanos en forma autodidacta, adquirió la cultura francesa, hombre de finos modales, recatado y humildes en sus victorias, prefería entrar de noche después de una victoria, para no recibir vítores ni homenajes, que él consideraba inmerecidos.

Durante la independencia, Morazán no tuvo un papel protagónico, apenas era un escibiente en su país natal, pero sí cobra importancia, cuando participa en la conformación de la primera República centroamericana y porque nunca aceptó la anexión de Centroamérica con el Imperio de Iturbide.

Por lo menos veinticinco batallas fueron ganada por Morazán, en aquellos aciagos días, pero sus méritos militares ceden paso a su ideal por el mantenimiento de la patria centroamericana; sin embargo, cada batalla está acompañada de parte de su ideario, es decir, de los motivos, causas y estímulos para su lucha, es uno de sus más encendidos discursos, el de David XX. La lucha de este patriota terminó con su muerte y con él, desaparece la efímera República centroamericana y se consolida el régimen separatista que aún vivimos.

Capítulo Séptimo

El Régimen Económico y Social

En el siglo XIX, la burguesía salvadoreña fue creando su propia estructura social, jurídica, política y económica que favoreciera sus intereses; el control de la economía sobre la base de la producción y comercialización del añil fue sustituida en el último tercio del siglo XIX, por el cultivo y comercialización del café; para ello, se requería

33 Nicolás Maquiavelo, El Príncipe, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1957, Pág... Cap. XVIII, Pág. 510.

una estructura jurídica que favoreciera esa tendencia; en los años 1881 y 1882 se dieron las leyes de Extinción de los Ejidos y las Comunidades Indígenas, con las cuales se terminó con la propiedad social, se favoreció el desarrollo de la propiedad privada y se creó el Registro de la propiedad. "La burguesía y la oligarquía en muchos casos junto con altos funcionarios gubernamentales de manera consciente impulsaron la privatización de las tierras comunales y ejidales se constituyó así en el eje de la política económica liberal de finales del siglo que delimitó, consolidó y garantizó la propiedad privada y el cultivo del café, lo que produjo una transformación radical de la economía y un significativo crecimiento económico y poblacional".[34]

Lo anterior, fue respaldado por acciones de esta naturaleza: Los arrendatarios fueron convertidos en propietarios; se produjo el fenómeno del tiburón y las sardinas, "los pequeños cedieron sus tierras a los grandes terratenientes, representantes de la burguesía, ocuparon tierras ejidales y comunales mediante sobornos a autoridades para obtener decretos o resoluciones favorables a sus intereses; expropiaciones, ejecuciones, pérdidas de los comuneros y ejidatarios por no acatar las nuevas reglas".[35]

1. Acontecimientos de 1932

Tras ciento ochenta y ocho años de independencia y de filosofía, economía y política, liberales, los detentadores del poder, lamentablemente, han propiciado un constitucionalismo semántico, aquél que Lóewenstein califica como disfraz de Constitución, es decir, un documento saturado de una mezcla de términos políticos y jurídicos, adornados con algunos preciosismos literarios, pero que dan cobertura a graves violaciones a los derechos fundamentales, la mayoría de veces provenientes del poder del Estado, por mucho tiempo controlado por élites dominantes, que se apropiaron del gobierno e instrumentalizaron las instituciones; algo de esto es lo que corregido con la Constitución de 1983, con los Acuerdos de Paz y la praxis constitucional; no obstante, el mayor esfuerzo y sacrificio para avanzar un poco en la materialización de las disposiciones formales que existen en la Constitución, el mayor esfuerzo reiteramos, lo ha hecho la sociedad en su conjunto.[36] El tema del levantamiento indígena de 1932, ha sido considerado en el Capítulo Cuarto de este trabajo.

Cien años después de la extinción de los ejidos y las comunidades indígenas, se intenta una reforma agraria que pretendía desarticular aquella estructura pro-oligárquica, probablemente, la causa eficiente del conflicto social que se cultivó durante esta centuria, y que constituye la estructura social, económica, política y jurídica, que es

---

34 Geraldina Portilo., El Origen de la Burguesía Cafetalera: Caso de La Libertad. El Salvador Historia General, Oscar Martínez Peñate, Editorial "Nuevo Enfoque", El Salvador 2008, Pág. 45. Ap. Postal 01-197 San Salvador, El Salvador, Pág. 66. XX vid. José María Méndez padre, Historia Constitucional de El Salvador, Tomo Octavo, Universidad Tecnológica de El Salvador, 1999, San Salvador.

35 Ibid, Pág. 67. 14.1.-Salvador Arias, Diario Colatino, Jueves, 27 de Enero de 2011.

36 Karl Löewenstein Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1996.

necesario desmontar y sustituir; reconstruir la Constitución misma de 1983, con las reformas producidas por los Acuerdos de Paz y la dinámica política que se produce con las sentencias de la Sala de lo Constitucional, todo lo cual se analizará oportunamente.

Capítulo Octavo
Liberalismo y Socialismo:
El Estado Liberal en El Salvador en el siglo XX.
Formalismo liberal en las Constituciones

Introducción

Ante el impacto del liberalismo político y económico en el mundo, y especialmente los abusos de la burguesía contra el proletariado, se habría generado condiciones para el movimiento proletario y las distintas soluciones aportadas, para abordar la problemática social; la era formalmente republicana e independiente, sustentada en una estructura económica de tipo oligárquico, tal como se ha expresado desde sus inicios, hasta nuestros días, que ha degenerado en una sociedad violenta, no exenta de lucha de clases, que se manifiesta de diversas maneras, se han dado en los casi doscientos años después de la Independencia, por lo menos l3 Constituciones inspiradas en los principios de libertad e igualdad, algunas de ellas muy respetables como las de 1841, que introduce el "Hábeas Corpus" y la de 1886, que consagra el amparo constitucional.

Los poderes reales o factores reales de poder (Lassalle) sólo han instrumentalizado, a su favor, tales principios, y dejan a la mayoría de ciudadanos en condiciones materiales deplorables, son víctimas de los detentadores del poder, sin que hasta hoy, siglo XXI, se vean signos de madurez y rectificación de parte de las dirigencias políticas, de esa conducta perversa, como partidos políticos se han inscrito en las corrientes de derecha y sus diversas expresiones y se esperaría el inicio de un cambio de dirección, la modificación de sus cartas de principios y la adopción de nuevas formas de conducción y liderazgos; antes y después de la guerra civil han mantenido a su conveniencia, un formal régimen de legalidad, en el que el título de liberal es únicamente por que las constituciones se sustentaron en esos principios; pero en la realidad, sólo ha sido una expresión sin contenidos, una máscara, un disfraz; podrían ser más bien un ejemplo en América de los gobiernos fascistas que caracterizaron Europa y los países americanos, en los primeros sesenta años del siglo XX.

Génesis de la Violencia

Es conveniente dejar consignado un hecho histórico, que esperamos los salvadoreños que no se vuelva a repetir, es el hecho que de 1931 a 1979, la estructura oligárquica del poder requirió, además, instrumentar el estamento militar para sostenerse; sin

embargo, este hecho que dio lugar a un estado autoritario, con mucha arbitrariedad y terror, como la historia lo registra, es también "causa efficiens"; según algunos investigadores, para la formación del conflicto y la guerra en El Salvador. Ese elemento fue determinante para la consolidación de la oligarquización total del estado salvadoreño que desembocó en todos los males sociales y morales que una sociedad puede sufrir: represión, asesinatos, corrupción, abuso de poder y otros.

Todos esos acontecimientos, conductas, imposiciones del poder, también promovieron las condiciones para que la sociedad en su conjunto fuera creando una actitud violenta, que se hace más incomprensible e indescifrable, en el momento actual; un calificado investigador, afirma sobre este fenómeno:

"La situación de violencia que vive la sociedad salvadoreña no es un hecho reciente, por décadas las familias han vivido distintas modalidades; aunque es interesante enfatizar que todas han tenido una característica común: la enorme magnitud del hecho. Existen innumerables casos ejemplificantes; no obstante la expresión más conocida es la llamada 'Matanza de 1932'. La violencia actual que vive el país es conocida como 'violencia delincuencial' es otra forma de agresión social ya vivida en otras épocas con el semblante social -expresado en los continuos levantamientos de indígenas y campesinos- Cardenal, 1996. Que luego se transformó en violencia política -al institucionalizarse por parte del Estado- para luego, en el decenio de los ochenta, convertirse en una escalada de guerra civil abierta. Existen tres elementos esenciales en la particularidad salvadoreña y que están relacionados directamente con la guerra: el primero se relaciona con la magnitud percibida del conflicto, en segundo lugar, se encuentra la duración del conflicto; y, finalmente, hay que tomar en cuenta el exitoso y abrupto final de la confrontación".[37]

Lo de exitoso y abrupto final a que se refiere este investigador, tiene que ver con las características del término del conflicto armado, ya que todas las apariencias apuntan a que el gobierno de El Salvador tuvo que ceder ante los insurgentes, al no haber reducido militarmente a la guerrilla; y luego los puntos que ésta se anota a su favor, con los Acuerdos de Paz; así lo han interpretado muchos comentaristas; una vez, constitucionalizados los Acuerdos, lo relevante es que los insurgentes comparten el poder con la derecha que antes combatieron, la burocracia gubernamental está saturada de elementos de la izquierda, tienen una enorme representación legislativa, controlan el poder ejecutivo y gran parte del poder judicial. Aún, con todo ese espacio político a su favor, las tendencias tomadas en sus propias entrañas, denotan amargas frustraciones, pérdida del rumbo y alejamiento de los principios, de los fines y de la estrategia revolucionaria.

37 José Miguel Cruz, Los factores posibilitadores y las expresiones de la violencia en los noventa, Revista ECA, UCA Editores, No.588, octubre de 1997.

2. Tránsito del Estado Liberal al Estado Social

Sin perjuicio de ampliar el tema en el desarrollo de este trabajo, se ha considerado anticipar algunos conceptos a efecto de que los lectores tengan una idea como esta problemática está relacionada desde los inicios del estado salvadoreño hasta los acuerdos de Paz. La construcción del modelo social, político y económico de El Salvador, con las características negativas relacionadas, se confirman con los acontecimientos de 1932 y la guerra civil de 1979 a 1992, son realidades concretas, manifestaciones sociales y signos de rebelión, que surgieron no por generación espontánea, sino como consecuencia de la injusticia, la inequidad y la marginación en todos los niveles; no son figuraciones o imágenes abstractas, son realidades de las cuales las generaciones presentes pueden dar fe de algunas de ellas.

Con la Constitución de 1950, en lo que puede considerarse una reacción histórica, un movimiento de ajuste a la estructura político-social y una expresión de la necesidad del cambio, se inicia el constitucionalismo social, influencia tardía de la Constitución de Weimar de 1919; de la Constitución mexicana, de 1917; de la Constitución española, de 1931. Esa Constitución introduce las instituciones económico-sociales, que deberían servir para mejorar las precarias condiciones de la población; sin embargo, la eficacia normativa directa de esa Constitución ha sido mínima hasta el presente, debido a que no se generaron condiciones apropiadas para su cumplimiento, no se removieron los obstáculos existentes y el poder público, carente de la voluntad para constituirse en agente del cambio social.

Los derechos económicos y sociales aparecieron formalmente en el espectro constitucional salvadoreño, sin menoscabo de los derechos individuales, que el constitucionalismo liberal había proclamado. Pero ni uno ni otro sistema fueron capaces de crear mejores condiciones para las mayorías de ciudadanos; aunque debe aceptarse que ha habido asomos, intentos y propósitos de redención; pero en general, siguió evidenciándose la falta de democratización del poder y el divorcio entre constitución real y formal o entre el constitucionalismo semántico y el constitucionalismo normativo, como lo llama Loewensteín.

En tanto se desarrollaba esta nueva conformación del Estado, no fue suficiente para convencer a la izquierda radical, en su mayoría inscritos en la corriente marxista, para plantear el estado de guerra descrito y que forzó al gobierno a la adopción de los Acuerdos de Paz. El ex guerrillero y ex FMLN, Salvador Samayoa, ahora analista político, a treinta años del surgimiento del Frente y de la declaratoria de guerra, en recientes declaraciones ha manifestado: "¿Qué tan necesario era irse a la guerra? Era absolutamente necesario. Las opciones que tenía y que yo tomé y las que se tomaron por las organizaciones del Frente hace treinta años de ese tipo de lucha…yo no tengo ninguna duda de que lo que se decidió era lo que correspondía, ni había otro camino;

en ese sentido, ni un minuto de mi vida he pensado que eso haya sido un error yo reivindico con la frente totalmente en alto mis 15 años de militancia en el FMLN".[38]

Transcurridos dieciocho años de los Acuerdos, el cambio se puede describir así: "El problema de la transición cobró un nuevo perfil. Se desliga del problema de la revolución y se plantea como algo distinto de ésta. La transición se discute en términos democráticos, apareciendo como un desafío fundamental para los actores políticos y sociales implicados en el proceso la cuestión de la reconstitución del sistema político y del sistema de partidos que, por lo demás, se habría iniciado ya desde principios de la década de los ochenta[…] El final de la guerra dejó un sistema político relativamente establecido, en el cual precisamente se insertó la izquierda[….] Luego de cuatro años de ejecución, los Acuerdos de Paz, han dado de sí todo aquello que podían dar: se dio un paso hacia adelante en la construcción de una nueva sociedad, aunque sin llegar a agotar los requisitos de la misma. La transición ha entrado a una nueva etapa en El Salvador, una etapa en la cual uno de los aspectos más notorios es que no existe una agenda de discusión, tal como sucedió con los contenidos y las exigencias de los Acuerdos de Paz".[39]

"La actualidad nos presenta una América Latina en pleno movimiento liberador, gracias a una serie de medidas y de acuerdos que preparan las condiciones para sacar a los países del área de la dependencia y del subdesarrollo. En relación al conflicto y los Acuerdos de Paz, surge la inquietante pregunta ¿Y, qué es lo que se ha logrado, la respuesta que se sitúa en el ámbito de la preguerra, la guerra y la post-guerra: ahora, en El Salvador existe "una democracia formal, lo cual no es un logro despreciable, pero la distribución del poder en El Salvador es más injusta de lo que era en 1972. Con una oligarquía más rica y más respaldada por una clase de eficientes servidores, un Ejército mayor bien entrenado y curtido en la guerra, una clase media endeudada hasta el cuello, mas de dos millones de emigrados, y una masa popular acosada por la delincuencia, pobre como siempre y sin más salida que la emigración".[40]

De lo expuesto, se destaca en hecho: de que las causas que provocaron la guerra civil en El Salvador siguen vigentes y son ahora, más agudas que antes. Es de notar que este último tema es aquel, que hábilmente se excluye de las evaluaciones y discusiones, acerca de los resultados concretos de los tratados de Paz de 1992, hasta nuestros días. Es algo así, como si la democracia sería un valor que se basta a sí misma independiente e insensible ante las condiciones socio-económicas de la inmensa mayoría de los ciudadanos. Lo que explicaría por un lado, la victoria casi total de la democracia formal en este país y por el otro lado, la entrada de este mismo país en un

---

38 Salvador Samayoa, El Diario de Hoy, sábado 9 de octubre de 2010.

39 Luis Armando González, Acerca de la transición a la democracia Revista ECA 1996, UCA Editores, Estudios Centroamericano –EC-), No. 573-574, julio-agosto de 1996.

40 Mauricio R. Alfaro, EL FMLN: LOS ACUERDOS DE PAZ DE 1992 Y LA VICTORIA ELECTORAL, Miércoles 9 de septiembre de 2009, Argenpress/CEPRID, cita "un texto muy optimista titulado La Nueva Suramérica, publicado en Rebelión, periódico electrónico español, Sr. Ignacio Ramonet.

proceso, cada más agudo de descomposición social. Es en donde reside su estado permanente de violencia criminal incontrolable, los altos niveles de pobreza y exclusión social, con sus efectos negativos que serían la prueba de esto últimos.

En El Salvador todo tipo de libertades, significa elegir libremente a sus representantes políticos, libertad de organización y de expresión, en donde el único límite a esas libertades es que la forma de producción y redistribución de la riqueza está fuera de toda discusión. La pregunta lógica que surge de esta dinámica es la siguiente: ¿Cómo se puede explicar que la oligarquía salvadoreña y sus aliados hayan logrado imponer en El Salvador ese modelo de democracia formal, que para situarla contextualmente, podríamos llamarla de contenido elitista y excluyente?[41]

Una amarga realidad puede ser discurrida en el presente, un sentimiento de frustración histórica puede verse reflejada en los sectores que estaban con la esperanza de que la guerra civil cambiaría radicalmente la circunstancias, la estructura social y económica, el desplazamiento del poder a las "masas populares", el enfrentamiento directo en contra del "imperialismo" y la adscripción incondicional y absoluta, a los nuevos modelos sociales y económicos, así como a las estrategias, adoptadas bajo el liderazgo del presidente Chávez, y sus seguidores como los presidentes Ortega, Morales y Correa, bajo la tutela del sempiterno Fidel Castro. Aún, cuando gane el Ejecutivo, nada de eso ha ocurrido, la oligarquía sigue permanente en su mismo lugar, con algunas concesiones, que la astucia política aconseja.

Platón y Aristóteles enseñaron el significado de gobierno oligárquico, en el sentido que corresponden a formas degeneradas de los gobiernos aristocráticos.La aristocracia, especialmente, la del "saber" más y no, la del "tener"; es decir, que las formas puras, en el ciclo político de los gobiernos, lamentablemente, se transforman en estructuras oligárquicas; este es el ciclo que en El Salvador no se vislumbra. No importa el signo ideológico que se profese ni el compromiso político que el ciudadano tenga, la realidad es que la estructura económica y social sigue intacta y sin que los actores actuales o futuros, puedan promover el nuevo Estado.

"Entre las formas de gobierno que procuran el bienestar general, llamase monarquía o realeza aquella en que la autoridad encarna en una persona; Aristocracia si en varias, mas no muchas, ya sea por ser las mejores o administrar con ventaja para los ciudadanos; mas cuando rigen la cosa pública los ciudadanos en general, recibe el nombre genérico de policracia o democracia"; estas formas puras pueden degenerar, así "la monarquía se transforma en tiranía en que el gobernante gobierna a su antojo sobre la colectividad política; oligarquía, gobierno de acaudalados y la demagogia su opuesto, aquel en que rigen los destinos del Estado, los pobres, no los ricos".[42]

En el Diálogo entre Sócrates y Glaucón, Platón escribe:

41 Ibld.

42 Aristóteles, La Política, Libro Tercero, Cap. V, El Ateneo, Buenos Aires, 1959.

Dice Glaucón: Quisiera saber cuáles son esas cuatro formas de gobierno de que hablas y sigue: 'La aristocracia', es la forma perfecta -según Platón- degenera en 'Timocracia'; vienen sucesivamente, la Oligarquía, la Democracia y la Tiranía. La 'Timocracia', resulta de la llegada al poder de una tercera clase de la sociedad, o sea de los trabajadores (Touchard); se reprime a estos por medio de los guerreros, quienes terminan por apoderarse de la riqueza (Creta y Esparta). Luego, surge la 'Oligarquía' cuando el rico gobierna, la riqueza es el único título y el desorden aparece por todos lados; cuando el descontento se hace demasiado fuerte aparece la 'Democracia' siendo eliminados los ricos; tratando de imponer una régimen desenfrenado de libertad lo que conduce a eliminar el poder y el desprecio de las leyes, el resultado de este es la instauración de la 'Tiranía'.[43]

En los países europeos le han asignado esta tarea a la Constitución normativa, aquella que surge del compromiso de todas las fuerzas sociales, comprometidas no en un reducido concepto de la política a través de los partidos, sino en una nueva concepción humanista, que propone al ser humano en el centro de toda contienda política, pro hómini de aceptar el efecto normativo directo de la Constitución, sus nuevos principios, el compromiso con una nueva tabla de valores constitucionales, entre los cuales, Peter Häberle introduce la Verdad, como valor esencial.

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

"Esta voluntad política tiene que ser configurada en reglas que servirán para establecer las condiciones de coexistencia de aquellos intereses. y voluntades que se contraponen, de tal manera que el estado es el referente para resolver intereses conflictivos. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales; en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal".[44]

En el capítulo correspondiente a los Fines del Estado, de su obra Teoría General del Estado, George Jellineck, describe las diversas teorías que hablan de los fines del Estado, menciona entre otras, la de los fines expansivos, que es una de las más

43 Versión de Jean Touchard Historia de las Ideas Políticas. Editorial, Semilla y Surco, Tecnos, Madrid, 1990, Pág. 41.- vid. Platón, la República o el Estado, Editorial Iberia, España, Cuarta Edición. 1966, Pág., 279, Libro Octavo.

44 Conrad Hesse: Manual de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Madrid, España.2001.

conocidas, pero la menos realista es la teoría que "considera que el Estado se organiza para dar el máximo de felicidad, denominada teoría eudemonista", propia de las ciudades-estado, entre los griegos. El Utilitarismo, especialmente la filosofía inglesa, retomó estas ideas en el marco del pleno desarrollo del liberalismo tanto en lo económico, como en lo político en lo jurídico.[45]

Jeremías Bentham (1748-1832), fundador de la Escuela utilitarista "[…]perseguía la regulación racional de la sociedad según el principio del bienestar general". Bentham, como jurista conoce los abusos que se cometieron contra el pueblo, en una aplicación de las ideas liberales en forma abusiva, que resultaban peores que las del período absolutista; propugnaba por un cambio en el derecho y que éste, debía estar animado por el principio de máxima utilidad igual máxima felicidad; en consecuencia este debería ser si no el único, uno de los fines del Estado".[46]

Jellineck, sin embargo, considera que el "Estado tiene fines más limitados, o sea lo que realmente puede dar y entre estos fines considera la seguridad, la protección de la comunidad y la seguridad de sus miembros y por consiguiente la defensa del territorio en todo ataque exterior, la conservación de su integridad, impulsando una economía que contribuya a la existencia del Estado mismo"; en otro sentido, pero criticando la posición de Bentham, Marx le atribuye que su doctrina es "una subordinación de todas las relaciones existentes a las de la utilidad, cuando admite que tanto los hombres perversos como los buenos, tienen motivos de acción iguales, pues, unos y otros, quieren aumentar su felicidad".[47]

3. Estado de Derecho y Desarrollo

El PNUD, presentó el Informe Regional de Desarrollo Humano de América Latina y el Caribe, el cual se enfoca en los niveles de desigualdad que presentan los países de esta región que es la más desigual del mundo, sacando estas conclusiones: 1.- Una de las principales críticas del informe gira en torno al sistema fiscal de los estados latinoamericanos y la poca carga fiscal que tienen, lo que significa un factor de desigualdad; 2.- Países que presentan menores niveles de inequidad son los que tienen mayores cargas impositivas. 3.- La falta de transparencia en esta área y la poca capacidad regulatoria del Estado ahondan los problemas de desigualdad. 4.- América Latina se caracteriza por un sistema tributario basado, principalmente, en impuestos al consumo, una estrategia que sigue sin funcionar para elevar los índices de desarrollo de la región.

---

45 Wilhelm Dilthey. Historia de la Filosofía. Fondo de Cultura Económica.

46 George Jellinek, Teoría General del Estado, 2ª. Edición, traducción y prólogo de Fernando de los Ríos, Compañía Editorial Continental, México, D.F, 1958, Pág. 199.

47 Ibld, Pág. 208. Vid. V.S Prokovski y otro. Historia de las Ideas Políticas, Editorial Grijalbo, S.A, México, D.F. 1966, Pág. 323.

Lo anterior, refleja que países como el nuestro tienen una carga fiscal sumamente baja, para el caso, El Salvador se halla entre los más bajos con menos de 14 % del PIB, existe una relación entre este factor y el escaso desarrollo humano en el puesto 106, lo que significa un nivel de inequidad sumamente alto; de tal manera, que los problemas sociales no surgen por generación espontánea, sino que tienen un referente en problemas de carácter económico; se agregan a lo anterior, los altos niveles de corrupción que el país ha enfrentado en los últimos veinte años, en los que el activo nacional fue a parar a empresas privadas y a los bancos a empresas internacionales; la baja productividad, el empleo indecente, la escasa inversión, la delincuencia latente y en general, a una pobreza creciente en la sociedad, que paradójicamente gasta lo poco que tiene en bienes de consumo, aumentando las importaciones, lo que contribuye a una balanza comercial desfavorable y un sistema impositivo injusto por su carácter regresivo.

América Latina y el Caribe tiene una carga, en promedio, de 17 % del Producto Interno Bruto (PIB) y se gana el título de la región más desigual del mundo. Argentina, posee una de las cargas tributarias más altas de la región, la cual representa el 29 % del PIB. En el estudio de desigualdad Argentina es el país menos desigual de la región. Entre los países latinoamericanos, El Salvador se encuentra desde hace algunos años a la cola en recaudación fiscal, con una carga tributaria que ronda entre 13,5 % y 14 % del PIB.

Además, se encuentra en el fondo de la lista de los países latinoamericanos en cuanto a desarrollo humano, en el puesto 106 de 182, solo mejor que Honduras, Bolivia, Guatemala y Nicaragua. Al ajustar este índice de acuerdo a desigualdad, El Salvador siempre sigue siendo el quinto país más desigual de la región con un IDH (Indice de Desarrollo Humano) ajustado por desigualdad de 0.47.

"El concepto actual de Estado de Derecho es la forma de Estado, que centra sus objetivos en las necesidades y derechos de la colectividad, en su conjunto, se propone ofrecer condiciones estables y favorables al desarrollo de todos los seres humanos que se hallan en su territorio. El concepto de Estado de Derecho garantiza esas funciones públicas y trata de evitar los abusos que pueda engendrar el monopolio del poder estatal en interés de élites políticas y sociales".[48]

"El principio de la legitimidad de la Administración, una justicia independiente, la igualdad en materia de legislación y aplicación del derecho, primacía de la constitución y de la jerarquía normativa respectiva, desde el principio constitucional abstracto hasta la decisión administrativa concreta, separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, respeto de los derechos humanos, al menos de los derechos cívicos y políticos".[49]

---

48 Jimena Aguilar, PNUD reclama mayor redistribución de Ingresos en América Latina y el Caribe. El Faro. 20 de septiembre de 2010. elfaro.net /

49 La Agencia Suiza para el desarrollo (COSUDE), sobre este aspecto y en un trabajo investigativo, que ha tenido como soporte la Universidad de Berna y profesores calificados integrantes del grupo investigador: Derechos Huma-

"Mientras que el objetivo de los derechos humanos es garantizar sobre todo los derechos del individuo o de ciertos grupos sociales ante el Estado, los otros elementos del concepto de Estado de derecho apuntan de manera más general a la organización del Estado y a la gestión de los asuntos públicos, (haciendo referencia a los derechos políticos). Sin embargo, ambos enfoques persiguen el mismo fin; es decir, obligar a los poderes públicos a respetar los principios jurídicos de primordial importancia y limitar sus poderes discrecionales. La relación entre democracia y Estado de derecho es más compleja".[50]

4. El Estado de Derecho y la Paz

Con Juan XXIII, la Iglesia aborda el problema trascendental de la paz. Juan Pablo II, en Laborem Exercens insertó Pacem in Terris conscientemente, dentro del cuerpo de la Doctrina social de la Iglesia y razonó su decisión a partir del binomio conciliar Justicia y Paz, que consiste en luchar por la justicia, con las armas de la paz y con la pretensión de una victoria cuyo contenido es asimismo, la paz. Pacem in Terris aborda el desorden de las relaciones humanas de convivencia. Éstas emergen extrañamente aberrantes en un mundo cuyo ordenamiento subracional, sincrónicamente considerado, sigue unas leyes concretas. La Encíclica se subdivide en cinco partes, reductibles a tres secciones. La primera sección (y primera parte) aborda las relaciones sociales. Su principio fundamental es: todo hombre es persona. ¿Y qué es ser persona? Es ser, una naturaleza inteligente y libre, sujeto de derechos y de deberes que son, a la vez, universales, inviolables e inalienables; naturaleza que ha sido elevada al orden sobrenatural: en y por Cristo el hombre es hijo de Dios, Padre.

La Encíclica, enumera con sobria abundancia una serie de derechos que fluyen de las personas, los cuales implican a su vez un recíproco conjunto de deberes. La convivencia humana es genuina y estable, cuando estriba al mismo tiempo en la exigencia constante y coherente de los derechos, y en la práctica permanente y consecuente de los respectivos deberes. Cuando el ser humano se comporta de este modo, se abre a la verdad, a la justicia, al amor y a la libertad, y por consiguiente, a Dios, fundamento tanto de los valores que enriquecen a la persona como de la persona que origina los valores.

La Encíclica "Pacem in Terris" es una carta escrita en diálogo con el mundo moderno partiendo de valores humanos universalmente reconocidos como la verdad, la justicia, la libertad, el amor; es el cuadrilátero sobre el cual el Papa Juan Pablo II apoya la paz. Efectivamente, la experiencia ha demostrado en América Latina que después de salir de prolongadas y crueles guerras civiles, una sociedad reconciliada

---

nos/Estado de Derecho.

50 Ibld

sólo es posible en un clima de libertad democrática, de búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos, de justicia frente a la violación de los derechos humanos y en último término, de clemencia. La carta fue escrita en el estilo de un hermano, acudiendo a la persuasión.

Como principal e insustituible fundamento ético de la paz, Pacem in Terris pone la dignidad y los derechos de la persona humana. Es un elemento novedoso y sumamente importante, ya que la Iglesia por mucho tiempo no había reconocido explícitamente los Derechos Humanos; además se invoca una fuerte salvaguardia de estos derechos por parte de una autoridad mundial; entre líneas, la Encíclica sugiere que ha llegado la hora de pasar de la ONU de los poderosos (de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad) en la que continentes enteros como América Latina y África tienen muy poco peso en las decisiones mundiales.[51]

El Papa Juan Pablo II, con este pensamiento, ya intuía que el verdadero muro que separaba a los pueblos, sino el que se había levantado entre los países del norte y los del sur del mundo. El Estado y el derecho deben estar al servicio de la paz, ese debe ser uno de sus fines y el Estado, no como un ente aislado sino como miembro del la comunidad de las naciones. El derecho al servicio de la paz, aparece en la realidad nuestra como el camino racional para resolver el conflicto; con aparente eficacia ha funcionado a partir de los casi veinte años de los Acuerdos; pero la burocratización de la insurgencia, a partir de 2009, nos muestra que el análisis, compromiso y deberes políticos estarían siendo desplazados por la conveniencia de la dirigencia del Frente; resolver el problema de la justicia es una tarea pendiente, pues el problema económico social, fuente primaria del conflicto está intacto, con algunos movimientos e impulsos del actual gobierno; el problema de la inseguridad, reduce al Estado, a un actor incapaz de superar la violencia social y especialmente el crimen organizado, un tema que necesariamente abordaremos más adelante, pues la seguridad, para el gobierno, es un deber constitucional, ya que es uno de los fines del Estado, para algunos, el más importante; este es el mayor desafío en el momento actual: la violencia.

En historia más reciente, el Papa Juan Pablo II, nos dice que es "preciso reconocer que la Organización de las Naciones Unidas, incluso con límites y retrasos debidos en gran parte al incumplimiento por parte de sus miembros, ha contribuido a promover notablemente el respeto a la dignidad humana, la libertad de los pueblos y la exigencia del desarrollo, preparando el terreno cultural e institucional sobre el cual construir la paz". Llama a los jefes de las naciones a promover la paz, a los juristas, a abrir caminos de entendimiento pacífico, a los educadores de la juventud, a trabajar por la formación de las conciencias en el camino de la comprensión y del diálogo, a las mujeres y hombres tentados por el terrorismo, como instrumento inaceptable, comprometiendo de raíz la causa por la que están combatiendo; a que mejor trabajen

51 Ibld

por la paz y nos llama a todos a la paz posible y que al ser posible es también una necesidad apremiante."[52]

Este llamado es también para nosotros, para que trabajemos por la paz de El Salvador y que la Constitución sea instrumento de justicia y de paz. En 2004, Juan Pablo II reiteró su llamado por la paz: "En los veinticinco años de Pontificado, que el Señor me ha concedido hasta ahora, no he dejado de levantar mi voz, ante la Iglesia y ante el mundo, para invitar a los creyentes, así como a todas las personas de buena voluntad, a hacer propia la causa de la paz, para contribuir a la realización de este bien primordial, asegurando así al mundo una era mejor, en serena convivencia y respeto recíproco".

"Para lograr la paz, educar a la paz". Hoy mas que nunca, este llamado cobra relevancia e importancia para la vida de los pueblos, debido a que los seres humanos ante las tragedias con facilidad, suelen optar por visión fatalista de abandono, como si la paz fuera un ideal inalcanzable; también llamó a "Educar a la legalidad". La paz y el derecho internacional están íntimamente unidos entre sí, el derecho favorece la paz.

Entre todos estos principios destaca ciertamente aquél que responde a lo pactado -pacta sunt servanda- en los acuerdos firmados libremente deben ser cumplidos. Ésta es la base y el presupuesto inderogable de toda relación entre las partes contratantes responsables. Su violación llevaría a una situación de ilegalidad y de consiguientes roces y contraposiciones, que tendrían repercusiones negativas duraderas. Es oportuno recordar esta regla fundamental, sobre todo en los momentos en que se percibe la tentación de apelar al derecho de la fuerza más que a la fuerza del derecho.

La observancia del derecho. La defensa y promoción de la paz fueron el centro de un sistema normativo e institucional actualizado ampliamente, para proteger la paz y la seguridad global, y fomentar los esfuerzos de los Estados para mantener y garantizar estos bienes fundamentales de la humanidad. Los gobiernos, crearon una organización específica al respecto –Organización de las Naciones Unidas– con un Consejo de Seguridad dotado de amplios poderes de acción. Como eje del sistema se puso la prohibición del recurso a la fuerza. Una prohibición que, según el conocido Cap. VII de la Carta de las Naciones Unidas, prevé únicamente dos excepciones: una, confirma el derecho natural a la legítima defensa, que se ha de ejercer según las modalidades previstas en el ámbito de las Naciones Unidas; por consiguiente, dentro también de los tradicionales límites de la necesidad y de la proporcionalidad. La otra excepción es el sistema de seguridad colectiva, que atribuye al Consejo de Seguridad la competencia y responsabilidad para el mantenimiento de la paz, con poder de decisión y amplia discrecionalidad.[53]

---

52 Mensaje de Su Santidad Juan Pablo II reiteró la invitación a trabajar por la paz y expresó lo siguiente: Constitución, Paz y Doctrina Social de la Iglesia PACEM IN TERRIS, JUAN XXIII, 1963, 27 a la ONU de los pueblos (en el documento se habla de "comunidad de los pueblos", n. 12

53 Mensaje para la celebración de la Jornada Mundial de la Paz, del Papa Juan Pablo II, en su mensaje de 1º. De enero de 2004, XXXVII Jornada Mundial de la Paz 2004, Un compromiso siempre actual: educar para la paz.- http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20031216_xxxvii-world-day-for-peace_sp.html

El sistema elaborado con la Carta de las Naciones Unidas debía haber preservado «las futuras generaciones del azote de la guerra, que dos veces, en el arco de tiempo de una vida humana, ha infligido indecibles sufrimientos a la humanidad». En los decenios sucesivos, sin embargo, la división de la comunidad internacional en bloques contrapuestos, la guerra fría en una parte del globo terrestre, así como los violentos conflictos surgidos en otras regiones y el fenómeno del terrorismo, han producido un alejamiento creciente de las previsiones y expectativas de la inmediata posguerra. Un nuevo ordenamiento internacional.

Sin embargo, es preciso reconocer que la Organización de las Naciones Unidas, incluso, con límites y retrasos debidos en gran parte al incumplimiento por parte de sus miembros, ha contribuido a promover notablemente el respeto de la dignidad humana, la libertad de los pueblos y la exigencia del desarrollo, preparando el terreno cultural e institucional sobre el cual construir la paz.

La acción de los gobiernos nacionales recibirá un gran impulso al constatar que los ideales de las Naciones Unidas están muy extendidos, especialmente a través de los gestos concretos de solidaridad y de paz de tantas personas que trabajan en las Organizaciones No Gubernativas y en los Movimientos en favor de los derechos humanos.

Nota. Los capítulos sexto, séptimo y octavo, forman parte del trabajo "Evaluación del desarrollo Institucional de los acuerdos de Paz", primer lugar, en el Primer Certamen Jurídico, promovido por la Universidad Dr. José Matías Delgado, en adelante UJMD, en 2012. Corresponden al Título IV: El Inicio del Proceso, Capítulo Único: El Camino de El Salvador. La obra referida es autoría del Dr. Solano.

Título Segundo

Estructura oligárquica pro-capitalista

Capítulo Primero

La República Cafetalera

Introducción

En este apartado y de acuerdo al propósito de esta obra, de acercarse lo más posible a la realidad salvadoreña en sus distintos aspectos y etapas por las que ha pasado en su desarrollo, desde su formación como república hasta llegar a los Acuerdos de Paz. A partir de estos hechos inicia un nuevo recorrido, una nueva tarea del gobierno del Estado y los ciudadanos; en el entendido de lo que tenemos en todos los campos de la actividad humana de la sociedad salvadoreña es un resultado que puede ser transformado su carácter en acciones positivas.

Por tanto, es necesario plantear alguna de las situaciones más determinantes en la vida del pueblo salvadoreño, como las que han ocurrido durante cien años entre la segunda mitad del siglo XIX y la segunda mitad del siglo XX. Durante el período que se menciona, se conforma un Estado sustentado en el pensamiento, filosofía y política liberales como sabemos, tiene como eje principal la libertad humana, que desde sus inicios siempre fue en los países europeos, en los Estados Unidos de América y luego, como fuente de inspiración de las recién independizadas sociedades latinoamericanas, entre ellas, nuestro país, conocido como la República Cafetalera, una estructura política de tipo oligárquico.

1. La Oligarquía como forma de gobierno

Clasificación de las formas de gobiernos según Platón y Aristóteles

A partir de la separación del Estado de El Salvador de la República Federal de Centroamérica y bajo la influencia de las ideas liberales en los aspectos filosóficos, políticos y económicos, que son parte del presente estudio, la República unitaria creó su propio sistema y forma de gobierno. Este sistema político se basó en los poderes

fácticos de la burguesía, los terratenientes, comerciantes, militares, clericales y especialmente los poderes económicos, que concentraron el poder económico y político, consolidaron a su favor la propiedad de la tierra, marginaron a grandes grupos poblacionales, y conformaron un sistema y forma de gobierno de tipo oligárquico.

Platón: Este filósofo bosqueja en su obra La República las diversas formas de gobierno que pasan, de las que considera las más perfectas la aristocracia o gobierno de los filósofos, hasta aquellas en decadencia como la timocracia, la oligarquía que surge cuando los propietarios asumen el poder político; (aumentan sus riquezas pero disminuyen las virtudes); se incrementan los aduladores quienes favorecen la llegada al poder de los ricos y desprecian a los pobres: no acceden al poder aquellos que no tienen la fortuna fijada por el censo, práctica que se mantuvo inclusive antes de la Revolución Francesa. La democracia o gobiernos de las masas.[54]-

Aristóteles. Tras el estudio de más de 158 constituciones al describirlas y enjuiciarlas en los principios comunes que lo denominaban, consideró las formas de gobierno divididas en 2 grupos:

1) Las formas puras o perfectas:

   a) Monarquía: gobierno ejercido por una sola persona;

   b) Aristocracia: gobierno ejercido por una minoría selecta;

   c) Democracia: gobierno ejercido por la multitud o mayoría de los ciudadanos.

Asimismo planteó que la monarquía, es aquel Estado en que el poder dirigido al interés común no corresponde más que a uno solo; aristocracia, aquel en que se confía a más de uno; democracia, aquel en que la multitud gobierna para la utilidad pública.

2) Las formas impuras:

   a) Oligarquía: régimen político en que el poder es controlado por un pequeño grupo de individuos o familiares.

   b) Demagogia: política o comportamiento consistentes en lograr las aspiraciones populares para obtener o conservar el poder, o para acrecentar la popularidad.

El reino se degenera en tiranía, la aristocracia se degenera en oligarquía, la democracia se degenera en demagogia.

2. Evolución de la República cafetalera (1876-1931)

Diversos nombres ha recibido el país por los acontecimientos que lo han acompañado desde que se fundó hasta el presente: República cafetalera, pulgarcito de América, república "del salvador", Oligarquía cafetalera, hacienda de la oligarquía, etc. Sin em-

54 Platón, La República, Libro Octavo, Editorial Iberia S.A. Barcelona 1966

bargo, República cafetalera, resume y sugiere algunas lecturas que debemos considerar: 1. República cafetalera, reflejaría la existencia de una situación compleja, el bosque cafetero y su protección al medio ambiente, trabajo para miles de familias, por supuesto, la explotación por salarios bajos y condiciones de trabajo muy degradantes, significa trabajo en los beneficios, y las ganancias que obtienen los exportadores más que los productores. 2. Se podría dar lectura de la leyenda de las 14 familias acaudaladas del país y aparecerá el fantasma de la pobreza y la explotación indignantes que la población ha tenido que sufrir: 3. Significaría la mayor fuente de ingresos para el Estado y para las familias ricas y pobres, que han estado en la siembra, protección, recolección, transporte, exportación del café, cada uno recibiendo lo que el sistema capitalista reparte, conforme las intenciones, no muy distintas, desde que se cambió la propiedad social por la propiedad individual, obtenida a veces de la manera más vergonzosa que se habría podido dar. Este es el mundo de las realidades y sobre ellas se ha construido lo que han denominado República cafetalera.

3. El Añil y el Café

A mediados del siglo XIX, el café sustituyó al añil como base de la economía nacional. El presidente Rafael Zaldívar, que había sustituido al anterior presidente de la República, Mariscal Santiago González en 1876, decretó entre 1881 y 1882, varias leyes que anularon el sistema de tierras comunales y ejidos prevalente en el país, desde la época colonial. Esta legislación virtualmente permitió que unas pocas familias se adueñaran de grandes extensiones de tierras. Zaldívar fue derrocado en 1885, sucediéndolo el general Francisco Menéndez, quién promulgó la Constitución de 1886, de principios liberales. Durante este período, familias europeas llegaron al país y rápidamente se colocaron en una situación económica poderosa debido a su conocimiento del mercado internacional. Estas familias se desarrollaron en el área del comercio y en la producción e industrialización del café.

A partir de 1898, con la llegada al poder del general Tomás Regalado y hasta 1931, se sucedieron una serie de gobiernos estables. La presidencia quedó en manos de los grandes terratenientes cafetaleros. La élite económica gobernó el país pasándose la presidencia en forma directa. A este período histórico se le conoce como la "República Cafetalera".

El Dr. Manuel Enrique Araujo, presidente entre 1911 y 1913, creó la Guardia Nacional y tomó una serie de medidas para aumentar la presencia del Estado en el interior del país. La actual bandera del país fue adoptada en 1912 durante la presidencia de Araujo, quién fue asesinado en febrero de 1913. Después del asesinato de Araujo, la poderosa familia de los Meléndez Quiñonez gobernó el país hasta 1927.

Ellos, eran miembros de la élite económica conocida como las 14 Familias (número que es evidentemente simbólico, por los catorce departamentos) u Oligarquía Criolla, por ser descendientes directos de españoles nacidos en el país. Además de

estas familias estaban los Dueñas, los Araujo, los Orellana, los Álvarez, los Meza Ayau y los Menéndez Castro. Al final del período, asignaron a Pío Romero Bosque a la presidencia, pero éste organizó elecciones consideradas libres, que fueron ganadas por el Partido Laborista del Dr. Arturo Araujo. El Partido Laborista recibió el apoyo de estudiantes, obreros y del Partido Comunista Salvadoreño (PCS), que había sido fundado en 1930 por un grupo de militantes entre los que se encontraba Agustín Farabundo Martí. El Dr. Araujo instauró un régimen de libertades civiles y permitió la inscripción del PCS como partido político legal.

4. El levantamiento de 1932

A finales de enero de 1932, un suceso extraordinario en El Salvador dejó una profunda cicatriz en la mente de la nación. En esa fecha, miles de campesinos en rebeldía se levantaron y atacaron aproximadamente una docena de municipalidades en el occidente salvadoreño. La rebelión tomó por sorpresa al gobierno salvadoreño, al cual solo le tomó algunos días para reagrupar al ejército y lanzar un contraataque. El ejército tenía mejor movilidad y estaba mejor equipado, por ello, cuando lanzaron la ofensiva y rodearon a los rebeldes, volvieron rápidamente a tomar control sobre la región.

La rebelión fue un evento significativo, la violencia rural y la movilización campesina han tenido un lugar importante en la historia de El Salvador, por lo que la rebelión en sí no fue un momento decisivo, más bien fue lo que sucedió posteriormente. Después de que el gobierno ganó a la rebelión, se definió un precedente que configuró todo un discurso que haría infames a los hechos del 32. Bajo el liderazgo del Presidente (y General) Maximiliano Hernández Martínez, el gobierno salvadoreño se vengó de toda la zona occidental. Las unidades armadas y grupos paramilitares asesinaron a miles de campesinos, quienes tenían poca o ninguna relación en la rebelión. Fue un horrible y trágico episodio, uno de los peores casos de represión estatal en la historia moderna de América Latina. El asesinato en masa consolidó a los militares en el gobierno, lo cual resultó en 50 años de dictadura militar, el más largo capítulo de ininterrumpido control militar en la historia moderna de Latinoamérica. Los eventos de 1932 tuvieron profundas consecuencias de larga duración. Es por esta razón que el poeta y activista Roque Dalton describe a los salvadoreños como "nacidos medio muertos en 1932", porque tuvieron que enfrentarse con el hecho de que la historia moderna de la nación se había criado en sangre. La rebelión comenzó a la media noche del 22 y 23 de enero, y se centró en seis localidades geográficas: Tacuba, Ahuachapán, Juayúa/Salcoatitán/Nahuizalco, Sonsonate/ Sonzacate, Izalco y Colón.

La rebelión fue aplastada aproximadamente en 24 horas, entre la tarde del 24 al 25 de enero. Las tropas de Sonsonate retomaron Izalco y Nahuizalco en la tarde del 24 y durante la mañana siguiente lograron controlar Salcoatitán y Juayúa. Un grupo expedicionario desde Ahuachapán llegó a Tacuba en la misma tarde y llevaron a los rebeldes ahí. Así que en la tarde del 25 de enero, todos los pueblos estaban en manos del gobierno.

Tan pronto como los informes de la rebelión llegaron a San Salvador, el gobierno nacional comenzó a organizar fuertes columnas de tropas provenientes de los departamentos del centro y del oriente. Solo tomó unos días para juntar a todas las tropas y colocarlas en el tren, por lo que no llegaron a Sonsonate durante la tarde del 25, momento en que las tropas ya habían recuperado el control en la región. Pero eso solo fue el comienzo de la matanza.

Las unidades militares se desplegaron por el campo y mataron campesinos indiscriminadamente. Una de las tácticas militares al llegar a un pueblo era llamar a todos los hombres adultos a que se reportaran a la plaza central para recibir un salvoconducto para evitar ser confundido con un rebelde. Mientras se reunían, todos los hombres eran ametrallados en masa. Bandos paramilitares de los pueblos locales que fueron reunidos, recorrieron el campo en búsqueda de cualquiera que mereciera morir. No existe manera de determinar el número de personas muertas. Nadie censó ni registró, y los archivos no dicen nada al respecto. La única información con la que se cuenta, son las descripciones de testigos y algunas fotografías de los cadáveres tirados en las calles y movilizados en carretas para ser colocados en fosas comunes. Certeramente se puede decir que varios miles de personas fueron asesinadas. Curiosamente, tan pronto como las masacres comenzaron, estas terminaron rápidamente, al menos de parte del gobierno. Asimismo, bandas de paramilitares locales continuaron una exacta retribución en la población rural por semanas, incluso meses; pero cerca de diez días después que comenzara la masacre por parte del ejército, el gobierno ordenó que finalizara la represión y el regreso de las tropas, dejaron aproximadamente el mismo número de soldados que habían en la región antes de la sublevación. Tiempo después, los oficiales del gobierno expusieron sus razonamientos, entre ellos el presidente Hernández Martínez, quien en un discurso ante la Asamblea Nacional el 4 de febrero, explicó que querían un campo estable que permitiera la productividad económica y que los campesinos muertos no eran buenos trabajadores. Además, estimaron que las condiciones de explotación en el campo causan rebeliones, por ello, argumentó que podrían ser necesarias reformas para prevenir futuras rebeliones. En última instancia, el gobierno de Hernández Martínez hizo muy poco para llevar a cabo dichas reformas, pero estableció un patrón básico que los posteriores regímenes militares seguirían: reprimir rebeliones campesinas, y promover la idea de reformas para prevenirlas.

Las causas de la rebelión de 1932, pueden ser divididas en explicaciones de corto y largo plazo. Las explicaciones de largo plazo pueden ser resumidas en dos palabras: indígenas y café. Las tierras altas del occidente de El Salvador fueron el centro de la economía cafetalera, y el café fue el más importante cultivo de la época. El café contabilizó el 90 % de las ganancias del producto de la exportación antes de la "Gran Depresión" de 1929. El occidente del país también era residencia de la gran mayoría de los indígenas salvadoreños, de hecho, muchas de las plantaciones de café estaban localizadas en tierras que pertenecieron a las comunidades indígenas bajo la forma de

tenencia de tierra comunal. Las municipalidades que fueron atacadas durante la rebelión tenían mayoritariamente población indígena, como Nahuizalco, Izalco, Juayúa y Tacuba. Aunque también participaron campesinos ladinos.

Desde finales del siglo XIX, las tierras altas del occidente de El Salvador y sus pueblos indígenas, habían sido sometidos a intensas presiones de transformación, perdieron sus tierras comunales por medio de decretos gubernamentales en la década de 1880, incluso recibieron parte de sus tierras bajo la forma de propiedad privada, la mayoría de las principales tierras para café pasó a ser propiedad de ladinos especuladores y de hacendados capitalistas. Hacia 1920, los campesinos del occidente salvadoreño no tenían suficiente tierra para subsistir. Este hecho los obligó a ser asalariados a tiempo completo en las plantaciones de café.

Fue una situación peligrosa que se exacerbó luego que se desencadenara a corto plazo la "Gran Depresión" de 1929. Los consumidores norteamericanos y europeos del café salvadoreño compraron menos y los precios cayeron. Los productores no tuvieron otra opción que cortar los salarios y la producción. Entre los años 1930 y 1931, la población rural del occidente estaba en una situación de crisis aguda, y comenzaron a movilizarse en respuesta a ello. Existe un gran debate en cuanto a si el Partido Comunista Salvadoreño y otras organizaciones hermanas, el Socorro Rojo Internacional o la Federación Regional de Trabajadores Salvadoreños, tuvieron responsabilidad en la organización del levantamiento. No hay duda de que algunos miembros de estas organizaciones querían desesperadamente organizar a los trabajadores del café y liderar una insurrección. Aunque varios de sus miembros fueron más cautelosos y menos optimistas, creían que su nueva organización, en gran medida de base urbana, tendría dificultades con el tiempo para organizar un evento de tal dimensión. Existen muchas razones para considerar que el foco principal de la insurrección estaba ubicado en las comunidades campesinas, en vez de estas organizaciones formales. De cualquier forma, a finales de 1931 el occidente se encontraba en un estado de agitación, con huelgas regulares que estallaban en las plantaciones de café, y planes que circulaban en secreto para lanzar una rebelión, lo que eventualmente ocurrió el 22 y 23 de enero.

Los eventos de 1932 tuvieron un profundo y perdurable impacto en el país y establecieron un precedente en el uso del terror para reprimir a las masas que se movilizaban en el campo, algo que se repitió a menudo en las siguientes décadas. También consolidaron las diferencias de interpretación política de la izquierda y la derecha en El Salvador. Aunque el término "comunista" fue usado para referirse libremente a los rebeldes, es bastante claro que la mayoría de los involucrados entendieron que los eventos estaban profundamente arraigados en la historia de la tierra y las relaciones laborales en el Occidente. Los terratenientes creían ser los poseedores de la justicia, la riqueza y el poder y definían a los campesinos rebeldes como bárbaros ingratos por cuestionar el sistema. A menudo se describen las acciones de los rebeldes con un lenguaje exagerado, por ejemplo, se les acusa de asesinar a miles de personas, cuando la realidad fueron cien o menos, y luego, se pasa por alto, convenientemente,

la campaña criminal por parte del ejército que los aseguraba en el poder local. En cuanto a la izquierda, el desastroso resultado de la rebelión hizo que sus miembros no se atrevieran a asumir la responsabilidad de la insurrección campesina. Aunque sin duda, focalizaron su atención en la masacre provocada por el gobierno, como una manera de exponer las profundas diferencias políticas y económicas en El Salvador. Los sucesos de 1932 fueron enmarcados dentro de los debates que degenerarían en la guerra civil de la década de 1980[55].-

5. Extinción de la Propiedad Social

Fue entonces que los grupos dominantes encontraron como forma de mantener el vínculo entre el mercado capitalista y el nuevo producto, el café. Para impulsar su producción, el gobierno salvadoreño exentó a particulares interesados, en el cultivo de pago de impuestos y del servicio militar. Como incentivo a la producción cafetalera, el general liberal Gerardo Barrios, en 1859 transfirió haciendas públicas, en manos de las grandes haciendas productoras o interesadas en el café. La primera modificación a la forma de propiedad se dictó en febrero de 1881, con la Ley de Extinción de las Comunidades que decretó la abolición de la propiedad de tierras comunales y donde se afirma que "[…] la indivisión de los terrenos poseídos por comunidades impide el desarrollo de la agricultura, entorpece la circulación de la riqueza y debilita los lazos de la familia y la independencia del individuo[…]".

De igual forma, el 2 de marzo de 1882, se aprobó La Ley de Extinción de Ejidos por la cual las tierras ejidales fueron expropiadas y declaradas propiedad privada y en 1887, por la Ley de Titulación de Terrenos Rústicos, se estableció la potestad de los alcaldes para entregar la propiedad de la tierra a los nuevos dueños, en este caso, mayoritariamente por parte del reducido de hacendados cafetaleros. Destacamos el suceso que, en 1872, el añil alcanzó el precio más alto en su historia, las exportaciones de café a California se duplicaron en 1877; de 5381 sacos ascendieron a 10545 y para 1879, la exportación del café superó la del añil, representó el 48 % de los ingresos totales del ramo de exportaciones. Los hacendados y oligarcas fueron concentrando la propiedad de la tierra y se adueñaron de la economía nacional. Tanto liberales como conservadores pertenecían a este sector privilegiado y, desde el poder hicieron las transformaciones para su propio beneficio: reformaron el sistema de tenencia de la tierra, liberación de la mano de obra o lo que es lo mismo explotación de trabajadores agrícolas contratados por salarios de miseria y creación de cuerpos represivos como garantes de los explotadores.

Con el despojo de sus tierras, los campesinos se vieron obligados a vender su fuerza de trabajo en el campo, migraron a las ciudades o fueron a trabajar en las plantaciones bananeras en Honduras. Para reclutar, controlar y garantizar que la mano de

55 BLOG REALIZADO POR Luisa Cristina Argumedo Reyes, Elizabeth Francisca Campos Quijano, Verónica Isabel Portillo Borja, Juan Carlos Portillo Donado UTEC. Con la tecnología de Blogger.

obra no "escapara" de la región, se creó la Ley sobre jornaleros y de jueces agrícolas. En 1889, se creó la policía rural en los departamentos cafetaleros y en 1912 la Guardia Nacional. Esta última instancia juega un papel represivo a lo largo de la historia salvadoreña junto con la Guardia Civil. Además del sector cafetalero los principales interesados en el cultivo del café fueron, los migrantes europeos que arribaron al país entre 1869 y 1872 y fundaron compañías exportadoras, controlaron el mercado y parte de los créditos. Cuando en la segunda década del siglo XX los precios del café empezaron a declinar, el control quedó completamente en manos del sector cafetalero ya que los campesinos, que aún no habían sido afectados por la Ley de expropiación, tuvieron que vender sus ejidos.

A la vez, los propietarios del sector cafetalero, los poseedores de las tierras pasaron a controlar otras ramas económicas del país, especialmente la banca, se consolidó un capital financiero como lo refleja la creación del Banco Internacional (1880), el Bando Particular (1885), el Banco Occidental (1889) y el Banco Agrícola Comercial (1895) el cual funcionó como banco emisor hasta 1933. Consideramos que en las dos últimas décadas del siglo XIX, quedo configurado el "bloque de poder", que llegó a imponerse mediante la importación de las diversas actividades cafeteras como clase fundamental y dirigente del sistema hegemónico, formado por los grandes productores del café, los inmigrantes que controlaban las firmas comerciales importadoras exportadoras, incluidos los capitalistas financieros. En esta última categoría, incluimos a la "burguesía financiera inglesa", a través de sus representantes bancarios, empresarios mineros y representantes ferrocarrileros.

El imperialismo inglés fortaleció su posición luego de la salida de España de la región, con la independencia política obtenida en 1821. Contactaron a los nuevos líderes republicanos e iniciaron una era de intercambios comerciales y préstamos, por medio de empréstitos estatales y como inversión directa. La primera exportación de capital inglés se registra en 1888, bajo el gobierno liberal de Francisco Menéndez (1885-1890) y está destinada a la minería. Los Estados Unidos llegaron hasta veinte años después, en 1908 y en el ramo de los ferrocarriles. Estamos hablando de la empresa inglesa "Divisadero Gold and Silver Mining Co. Ltd." Estuvo en producción hasta 1920, cuando fue vendida a una empresa norteamericana. El siguiente año, 1889, comenzaron los empréstitos ingleses para la construcción del ferrocarril. Esto le permitió a la Corona Británica el "control del comercio exterior salvadoreño mediante casas comerciales inglesas, a las que luego se sumarían las alemanas y francesas.

En 1893, bajo el gobierno liberal de Carlos Ezeta (1890-1894) inicia la exportación de capital bancario con lo que se cierra el triángulo inversor británico: minas, ferrocarriles y bancos. En 1899 se forma la empresa "Salvador Railway Co., para administrar las líneas ferrocarrileras. Con una inversión de 485, 000 dólares, se autoriza en 1893 el establecimiento de una sucursal del Banco de Nicaragua". "Por su parte en 1880, con capital inglés, se fundó el primer banco llamado Internacional." En 1899, bajo el gobierno de Tomas Regalado, se consolida la presencia inglesa en la minería

con la apertura de una nueva explotación en La Unión, esta vez de la "Butters Salvador Mines Ltd." En 1914, bajo el gobierno de Carlos Meléndez, se creó el Anglo South American Bank, que posteriormente cambiaría su nombre por el de Banco de Londres y Montreal. Se estima que tanto el presidente Manuel Enrique Araujo como "todos los gobiernos que le precedieron eran proingleses…" pero que ya empezaban a surgir fraccionamientos al interior del bloque oligárquico, "con la introducción de un nuevo grupo…los capitalistas norteamericanos, que…desplazan a los ingleses de su posición influyente en las relaciones económicas y políticas del país."

A la vez, la continua modernización requería construir obras de infraestructura. En 1908 construyeron vías ferroviarias para articular las zonas cafetaleras con el puerto de Acajutla. Para tener una rápida comunicación entre la zona oeste con el este del país, se construyó sobre el río Lempa el "Puente de oro". Los financiamientos y las inversiones norteamericanas fueron desplazando a los ingleses. La alianza con la oligarquía y con la burguesía agrícola fue la política que los Estados Unidos siguieron para expandir su dominio político y económico en la región, método a la vez empleado para desplazar al capital inglés. En 1908, un año después de la Conferencia de Washington, bajo los gobiernos de Teodore Roosevelt y de Fernando Figueroa, los Estados Unidos iniciaron la exportación de capitales hacia nuestro país, en dos vías, en minería (se adquiere la Butters Salvador Mines) y en la construcción de una nueva instalación ferroviaria, que partía de Guatemala llegaba a La Unión. Además incluía la construcción del muelle de Cutuco. Minas y ferrocarriles, muy pronto se sumaría el capital bancario, para seguir el libreto inglés, y ahora, con el agregado de los puertos. Como trasfondo se encuentra la disputa imperial con los ingleses y la decisión de hacer fracasar la línea ferroviaria británica y su respectivo puerto de Acajutla. También se notó un crecimiento en la actividad artesanal y el incremento del comercio interior, entonces pasa esta producción artesanal a una producción manufacturera.

Ante la grave situación económica que vivía el país por la caída de los precios del café, el gobierno de Araujo entró en crisis y fue derrocado por un grupo de militares el 2 de diciembre de 1931. Éstos entregaron el poder al vicepresidente de Araujo, general Maximiliano Hernández Martínez, este movimiento dió inicio a un período de gobiernos autoritarios controlados por la Fuerza Armada y apoyados por los terratenientes cafetaleros. Desde 1931 hasta 1979, los gobiernos autoritarios de este régimen militar oligárquico emplearon una política que combinaba la represión y las reformas limitadas para mantenerse el poder, resguardando los privilegios de la oligarquía salvadoreña.[56]-

Cita compleja que comprende varios autores. Vid. Referencias.

---

56 El Salvador. La República Cafetalera (1876-1931) agosto 27, 2013 Voces Comentar Publicado en: Educación, Nacionales, Otra mirada - Armando Briñis Zambranohttp://voces.org.sv/2013/08/27/el-salvador-la-republica-cafetalera-1876-1931/. 5.6.7, 8, 9,10, que corresponden a las citas que los editores del artículo, atribuyen a autores muy importantes y que aparecen en el texto

Capítulo Segundo

Sistema creador de conflictos y guerras

Introducción

Las crecientes tensiones políticas y sociales que desde la década de los años treinta venían manifestándose, desencadenaron en un conflicto armado a partir de 1980; debido a que la década de los años setenta no vio una salida a la crisis social imperante, los actores sociales se cerraron a un verdadero diálogo y negociación; por lo que mostraron más interés en sus posiciones particulares.

El golpe de Estado de 1979, constituyó la última esperanza de alcanzar acuerdos políticos mediante la implementación de reformas en materias política, económica, militar y social, el auge de violencia generado por las extremas izquierda y derecha, destruyeron la oportunidad de evitar un conflicto armado, que asociado al triunfo de la revolución sandinista en Nicaragua en 1979, generaba expectativas al movimiento insurgente salvadoreño que buscaba mediante la lucha armada la toma del poder político.

De forma aislada y en diversos momentos importantes figuras políticas intentaron impulsar acuerdos que permitieran alcanzar una solución negociada a la inminente guerra que se veía venir, y que se produjo en el contexto internacional del desafío político ideológico que enfrentaba a la URSS y EE.UU, esto último tuvo siempre diversas interpretaciones, algunas condicionadas por el contexto internacional, deducían que se trataba de la prolongación de la guerra fría, de hecho EE.UU apoyaba con ayuda económica y militar al gobierno y la URSS apoyo con adiestramiento y envío de armamento vía Cuba y Nicaragua a la naciente insurgencia. Finalmente, los principales actores al finalizar la Guerra Fría decidieron poner fin a los conflictos militares en el mundo y crear un Nuevo Orden Mundial. En dicho contexto hubo voces que demandaban una solución negociada al conflicto, al llegar al poder José Napoleón Duarte, con el PDC, promovió los diálogos de La Palma y Ayagualo en 1984 y el de Sesori al cual no asistió la guerrilla; aunque hubo cierto interés en ambas partes la dinámica política desatada fue el principal obstáculo. Por fin, se hará un esfuerzo por cuantificar las consecuencias sociales que trajo consigo la guerra, principalmente su costo en vidas humanas, los desplazamientos de la población al interior y exterior del país, los daños a la economía, a la infraestructura física y los costos de la reconstrucción.

1. El conflicto armado

La guerra de El Salvador durante la década de 1980 no fue declarada formalmente por ninguna de las partes, como ocurre en los enfrentamientos entre países. Fue un conflicto civil que aumentó de intensidad progresivamente, y pasó por enfrentamientos pequeños.

Este dato es irrelevante, es una cuestión formal que se da en las guerras internacionales; cuando se trata de movimientos internos, un planteamiento de guerra es

la confesión de un delito de rebelión y que no puede ser aceptado por el gobierno establecido, la relación de este hecho es intrascendente, por mucho que algunos gobiernos le concedieron status de beligerancia a la guerrilla.

Además, diversas agrupaciones y personalidades del país intentaron detener la violencia y buscaron negociar el fin del conflicto. Una de estas figuras fue el arzobispo de San Salvador, Oscar Arnulfo Romero, quien llamaba a la conciliación a través de sus homilías dominicales transmitidas por radio a todo el país. Monseñor Romero había mantenido relaciones difíciles con el gobierno del general Romero a causa del asesinato de varios sacerdotes y la violación de los derechos humanos. Apoyó el golpe del 15 de octubre de 1979 como una oportunidad para retomar el camino del diálogo. Sin embargo, sus homilías se tornaron cada vez más críticas del gobierno de la Junta y los cuerpos de seguridad, a quienes acusó de diversas matanzas y persecuciones de civiles indefensos. En su última homilía, hizo un llamado al ejército para que, en el nombre de Dios, cesaran la represión contra el pueblo. Al día siguiente, el 24 de marzo de 1980, el arzobispo fue asesinado mientras oficiaba misa en la capilla del Hospital de la Divina Providencia. Sus funerales en la Catedral de San Salvador terminaron en medio del estallido de bombas y balazos, y debido al pánico murieron atropelladas decenas de personas. Las escenas de ese día trágico fueron transmitidas por la televisión al mundo entero, y así se evidenció que había sido silenciada una de las últimas voces que llamaban al diálogo y a la conciliación.

Los hechos expuestos combinan cuestiones que deberían abordarse con mayor criticidad.

1.- No es tan fácil llegar a una negociación con alzados en armas; debe tenerse presente que todo gobierno tiene el derecho y el deber de mantener el poder que ejerce y aunque la Junta era un gobierno de facto, los instrumentos jurídicos que se dieron en la época, Proclama de la Fuerza Armada, Decreto No. 1 de la Junta, el pacto de la Democracia Cristiana y la Fuerza Armada, las reformas estructurales, etc., "sustentados" en el derecho de insurrección, más el control real y el ejercicio del poder de facto, le dieron estabilidad al gobierno; desde luego, con la oposición de la derecha y de grupos de profesionales, especialmente abogados, el gobierno, tomó decisiones que hasta el momento, ni los gobiernos de Arena ni los dos del FMLN han realizado; decisiones transformadoras de la estructura económica que impactaron a la sociedad salvadoreña, tales fueron la reforma agraria, la nacionalización de la banca y el comercio exterior; la derecha conservadora se opuso, en forma similar a como lo hace ahora ante el gobierno actual; por su parte la insurgencia también combatió a la Junta y sus reformas pues eso comprometía su primer objetivo, la toma del poder; y por eso, en un accionar paralelo, derecha e izquierda combatieron al gobierno.

2.- Tal como había sido plantada la guerra de guerrillas, era imposible que la población civil no sufriera los efectos de la guerra; los hechos atribuidos a la fuerza

armada, pueden ser vistos como delito de lesa humanidad, pero hay intereses ocultos en no resaltar los hechos atribuidos a la insurgencia y su responsabilidad al refugiarse en asentamientos humanos urbanos o rurales, de donde las fuerzas del gobierno eran atacadas.

3.- El caso de monseñor Romero debería tener una consideración especial, de preferencia de tipo académico, para que el ahora beato de la iglesia, no sea motivo de polarización social y así,conducir su imagen, sus discursos y su presencia en la vida nacional, como un elemento catalizador, de cultura solidaria y fraterna, que abra caminos de esperanza, respeto, concordia y paz.

2. Actores externos

En los próximos cinco párrafos, los historiadores salvadoreños, señalan hechos a nivel internacional que no deben narrarse como obras de buen corazón realizadas en el plano internacional; en ninguna guerra se realizan acciones en las que los liberadores, después de hacer sus oraciones se encargan de llevar adelante sus objetivos militares. La ayuda internacional no es la acción de buenos samaritanos que dan su ayuda a cambio de nada y sin intereses específicos.

El principal interventor en esta guerra por los motivos que la narración histórica le atribuye, son ciertos, la experiencia de Nicaragua y el temor de lo que pudiera ocurrir con países vecinos además la protección de sus intereses estratégicos y los internacionales bajo su influencia de acción, los llevaron a promover y ayudar a las labores de contra insurgencia durante los doce años de lucha militar, hasta que Bernd Aronson, proclamó que había que detener la matanza en El Salvador; treinta y cinco años después de iniciada la guerra y veintitrés años después de los Acuerdos de Paz, de nuevo el país está en guerra; la historia deberá hacer su propia investigación objetiva, científica y profunda, no se transmita únicamente como novela desgastada sino con fines pedagógicos, a efecto de que el estado de guerra que vivimos a pesar de los acuerdos se termine alguna vez, cuando el referente de los salvadoreños deje de ser la relación amigo enemigo.

2.1 La administración del presidente Jimmy Carter, consciente de los problemas que había ocasionado a Estados Unidos la revolución sandinista en Nicaragua, decidió que no pasaría algo igual en El Salvador. A mediados de 1980, la administración de Carter había aprobado una partida de casi 6 millones de dólares en ayuda militar para El Salvador, el mismo tiempo que insistía, en la necesidad de respetar los derechos humanos de la población. Las elecciones de noviembre de 1980 en Estados Unidos llevaron a la presidencia a Ronald Reagan, quien tomó posesión en enero de 1981. El nuevo presidente, declarado enemigo de la Unión Soviética, de Cuba y de la Nicaragua sandinista, alertó sobre los peligros que se estaban gestando en El Salvador para la seguridad de su país. Sus asesores y los estrategas del Departamento de Estado y del Pentágono (el Ministerio de Defensa) temían que se produjera un "efecto de do-

minó", es decir, después de caer Nicaragua en manos de un gobierno revolucionario de carácter antiestadounidense, caería El Salvador y en seguida Guatemala.

2.2 El posible efecto era considerado en Washington una seria amenaza a la seguridad nacional de Estados Unidos y a sus intereses estratégicos en la región, comprendido el Canal de Panamá. Por lo tanto, la política que se implementó hacia El Salvador durante la administración de Reagan buscó frenar el avance de la izquierda revolucionaria. Sus esfuerzos se dirigieron a lograr que las fuerzas armadas de El Salvador derrotaran a la insurgencia, sin la necesidad de usar tropas de combate estadounidenses. A tal efecto, el gobierno de los Estados Unidos de América aumentó rápidamente el suministro de armamento y asesoría militar a las tropas del ejército salvadoreño. Al comienzo del conflicto, la Fuerza Armada contaban con 6,000 efectivos, incluido a los cuerpos de seguridad, pero en 1987 esta cifra había ascendido a 56,000.

La dirección militar del ejército también se fortaleció bajo asesoría estadounidense; se le dio más responsabilidades al Estado Mayor, que definía una línea estratégica única. Finalmente, Estados Unidos proporcionó importantes cantidades de armamento avanzado, entre ellos helicópteros para el transporte de tropas y aviones diseñados para la lucha contrainsurgente a nivel nacional.

2.3. Por otro lado, Nicaragua y Cuba dieron apoyo logístico a la guerrilla salvadoreña, que comprendía tanto el adiestramiento como el armamento ligero. Los gobiernos de ambos países tenían especial interés en el triunfo revolucionario en El Salvador, ya que les daría más fuerza a sus propios gobiernos. Desde la ex Unión Soviética y los países de Europa oriental también llegaba ayuda vía Cuba y Nicaragua que abarcaba armamento de guerra, por ejemplo fusiles AK-47, Dragonov y misiles SAM-6. A causa de la guerrilla también contribuyeron otros países como Etiopía, Bulgaria, Vietnam, Checoslovaquia, Argelia y Libia. Incluso se recogió dinero en la red de solidaridad del pueblo estadounidense.

Todo esto, sin duda, fue el resultado del gran esfuerzo hecho por la guerrilla que, desde que se desató el conflicto, desplegó un contingente de habilidosos miembros por todos los rincones del planeta en busca de la solidaridad y obtuvieron resultados favorables. De otro modo, hubiese sido imposible montar un aparato militar y logístico que pudiese tener una incidencia sostenida por muchos años.

2.4 La ayuda era canalizada al Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), así se denominó la organización creada en octubre de 1979 con la participación de los cinco grupos guerrilleros que habían actuado hasta entonces de manera más o menos independiente: el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), las Fuerzas Populares de Liberación (FPL), las Fuerzas Armadas de la Resistencia Nacional (FARN), el Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC) y las Fuerzas Armadas de Liberación (FAL), brazo armado del Partido Comunista de El Salvador. Aunque existía coordinación sobre la estrategia militar, cada una de las organizaciones tenía su concepción propia acerca de la mejor forma de proceder. Con la idea de generar una insurrección popular, el FMLN lanzó una ofen-

siva general el 10 de enero de 1981. De acuerdo con sus dirigentes, dicha ofensiva tenía tres objetivos: la insurrección de las masas y la huelga general; el ataque a los cuarteles y principales ciudades, y la sublevación de los militares del ejército que apoyaban al FMLN. Además, tenía como fin lograr una victoria militar antes de la llegada a la Casa Blanca del presidente electo Reagan.

La lucha armada se desató al menos en ocho departamentos del país: San Salvador, Santa Ana, Chalatenango, Cabañas, San Vicente, La Paz, Morazán y Usulután. Los insurgentes tomaron varios pueblos y barrios obreros, y lograron el levantamiento del cuartel de Santa Ana. Pero en las ciudades los llamados a la huelga general y a los levantamientos insurreccionales no tuvieron el éxito esperado por los dirigentes de la guerrilla. El llamado a la insurrección tuvo más eco en el campo, porque las bases de apoyo político de las organizaciones guerrilleras se convirtieron en frentes de guerra. La ofensiva general duró aproximadamente diez días, al cabo de los cuales el FMLN se replegó y la fuerza armada tomó la iniciativa, y golpeó las bases militares del FMLN. Si bien la ofensiva no logró el objetivo esperado de insurreccionar a la población, evidenció la coordinación y fuerza militar del FMLN.

El ejército, después de este ataque y del repliegue de FMLN, se propuso eliminar a la insurgencia en seis meses, de acuerdo con el Ministro de Defensa que desestimaba el enorme poder mostrado por la insurgenciamiento y dinero.

2.5 Los operativos de gran magnitud causaron muchas bajas a la insurgencia y a sus bases de apoyo. Varios focos de la guerrilla fueron aniquilados por completo. Asímismo, la población civil sufrió considerablemente, en estos primeros años ocurrieron las masacres de El Mozote y de la Zona Rosa que afectó población civil inocente. Insurrección popular: Levantamiento del pueblo en contra del Gobierno, dada una violación grave a la Constitución o su incapacidad para gobernar.[57]

3. La dinámica política

Además de las decisiones que en materia económica había realizado la Junta, también se iniciaba la reconducción política por el camino de las elecciones y la elaboración de una nueva Constitución. Dos eventos importantes deben mencionarse en este sentido: la convocatoria a una Asamblea constituyente y las elecciones para elegir al presidente de la República, trajeron como consecuencia la formulación y promulgación de una nueva Constitución de 1983 que, no reúne las características de una Constitución moderna que responda al avance del Derecho Constitucional, pero fue suficiente durante la crisis. Se rescata de ella, cosas importantes como el Orden Económico, que si las fuerzas políticas, sensatez, voluntad política, la administración del gonierno podrían adaptar ese régimen como el inicio para la construcción del Estado social y democrático de derecho, que es lo que se propone a partir de esta obra en paralelo a la

57 https://www.mined.gob.sv/descarga/cipotes/historia_ESA_TomoII_0_.pdf.- Historia de El Salvador. To.II

acción militar. Lo que vemos ahora es un calco de lo que ocurrió a Duarte durante su gestión; cuando llegó al poder, fue escarnecido, insultado y combatido por la derecha mercantilista; desde luego la insurgencia empleó todos sus recursos para derribarlo por la fuerza de las armas. En noviembre de 1989, el FMLN lanzó un fuerte ataque, concentrado en San Salvador y San Miguel, que duró ocho días. En San Salvador, los insurgentes tomaron al menos seis poblaciones en los suburbios: Mejicanos, Soyapango, Cuscatancingo, Ayutuxtepeque, la colonia Zacamil y Ciudad Delgado.

Al mismo tiempo, emprendió ataques dispersos en puntos claves del ejército y de los cuerpos de seguridad, provocados por pequeñas escuadras de la guerrilla que se movilizaban rápidamente a distintas horas del día.

Esta ofensiva guerrillera fue denominada Hasta el Tope.

Convencidos de que la población se levantaría, los guerrilleros se fortalecieron en los barrios obreros. Para desalojarlos, la Fuerza Armada atacó los suburbios. En este escenario, muchos civiles quedaron en medio del fuego cruzado. No tuvo respuesta entre la población, pero los insurgentes lograron poner en apuros al ejército. Fue en este marco de intensos enfrentamientos que se dio la orden militar para el asesinato de seis sacerdotes jesuitas de la Universidad Centroamericana, entre ellos el rector, el padre Ignacio Ellacuría. Este hecho conmocionó la opinión pública a nivel mundial.

Después de cruentos combates, la guerrilla se retiró de las ciudades. De acuerdo con las cifras oficiales, fallecieron 1,526 combatientes del FMLN, 428 de la Fuerza Armada, 64 civiles además de, 76,000 desplazados y daños materiales superiores a 6,000 millones de colones. El FMLN reconoció 400 bajas entre sus filas de combatientes. A partir de este momento, quedó en evidencia la imposibilidad de la derrota militar de alguna de las partes a manos de la otra y se abrieron mayores perspectivas a la negociación para lograr la finalización del conflicto. Esta mayor disposición de llegar a un acuerdo recibió un empuje debido a un cambio en la correlación de fuerzas militares. Hasta 1989, el arma más poderosa que tenía el ejército era la Fuerza Aérea. Los bombardeos y ataques a las posiciones guerrilleras en apoyo a las tropas de infantería y la capacidad de movilizar soldados por medio de helicópteros convirtieron a la Fuerza Aérea en la más temida por la guerrilla. Sin embargo, a inicios de 1990, la guerrilla comenzó a derribar aviones y helicópteros, con misiles antiaéreos (los Sam-7 de fabricación soviética y Red Eye de fabricación estadounidense).

La guerrilla ya había derribado aviones y helicópteros en el pasado, mediante baterías antiaéreas y armas largas, pero la utilización de los misiles limitó la participación de la Fuerza Aérea en la guerra contrainsurgente. Obviamente, contar con dichos misiles representó un gran apoyo moral para la guerrilla, pero más que eso, un punto decisivo que determinó la nueva correlación de fuerzas. Desde luego, el uso del avión bombardeo y del helicóptero quedaba bastante limitado para las operaciones.

4. Consecuencias sociales de la guerra

La guerra fue altamente costosa. No hay cifras exactas ni de víctimas humanas ni de daños materiales. Este es uno de tantos temas pendientes, necesario de precisar en cuanto sea posible para medir el tamaño del error, ver cuán lejos puede ir el desenfreno de los grupos que acumulan altas cuotas de poder y que arrastran consigo a toda la sociedad. Después de todo ¿era la guerra el único camino a seguir? Lo cierto es que los dos bandos contrapuestos, jugaron con los dogmatismos de distitno signo. Diversas fuentes estiman que las pérdidas de vidas humanas sobrepasaron los 75,000 en su mayoría civiles (alrededor de 60,000). Si se tiene en cuenta que en la década de 1980 la población de El Salvador rondaba los 4,5 millones de habitantes, ello equivale a decir que casi el 2 % de la población pereció en el conflicto. Del mismo modo, se calcula que hubo alrededor de 8,000 desaparecidos, no menos de 12,000 mutilados principalmente como consecuencia de las minas terrestres, alrededor de 12,000 presos políticos y más de un millón de desplazados. Son tres cifras exesivas que rebasan por mucho las de los conflictos del pasado.

5. Ejecución de los Acuerdo de Paz

La firma de los Acuerdo de Paz trajo consigo un cambio fundamental en la vida del país. Los enfrentamientos armados, que se habían reducido drásticamente en las semanas anteriores al 16 de enero de 1992, luego de una tregua unilateral proclamada por el FMLN, concluyeron. Esta situación se formalizó el 1 de febrero de 1992 con el inicio del cese del fuego. Ese mismo día, los cinco miembros de la Comandancia General del FMLN y la mayoría de sus dirigentes regresaron libremente al país y participaron, frente a frente con prominentes enemigos del pasado, en la ceremonia inaugural de COPAZ, ya establecida con fuerza de ley. Simpatizantes de todas las corrientes políticas manifestaban ya sin temor en todas las ciudades importantes del país la alegría de la paz recién adquirida.

A juicio de algunos analistas, la ceremonia de los Acuerdos de Paz estuvo esencialmente enfocada en lo militar; por tanto, una de las debilidades primordiales fue dejar intacta la estructura económica, que influyó notablemente en el surgimiento del conflicto armado, pues no se produjeron cambios en la misma. De esta forma se cerró el capítulo del conflicto armado; el FMLN se convirtió en partido político a fin de insertarse en el sistema democrático, y la Fuerza Armada se preparó para una nueva etapa de la historia nacional, dando paso a un nuevo capítulo, que demanda una reconciliación que cierre las heridas dejadas por el conflicto.

Desde la firma del Acuerdo de Chapultepec se ha desarrollado una nueva y rica actividad política de todas las tendencias ideológicas. Esto parece confirmar que la sociedad salvadoreña ha escogido definitivamente los canales democráticos en sustitución del conflicto armado como método para dirimir sus conflictos y divergencias. Pero será muy importante para las actuales y futuras generaciones recordar que la paz

y la incipiente democracia que se vive en el país, ha costado mucho esfuerzo y sacrificio y ha tomado mucho tiempo. Fortalecer y proteger ambas será el gran compromiso de los salvadoreños del ahora y del mañana.

6. Fracaso del Foro Económico y Social

En opinión de una destacada economista salvadoreña, el Foro económico social no produjo los efectos deseados, una mala señal que el tiempo ha venido confirmando, que sin reducción de los altos niveles de marginalidad e injusticia social, causas principales del conflicto salvadoreño, los acuerdos estarían condenados a un rendimiento exiguo que solamente las apariencias han podido cubrir y que al final la lucha podría haberse reducido a una conquista del poder por el poder mismo; dice la comentarista:

"Los Acuerdos de Paz, en el área económica, plantearon el reto de compensar los costos sociales de los programas de ajuste estructural y de sentar las bases de una economía con equidad y participación. El instrumento principal lo constituía el Foro de Concertación Económico Social, organismo de representación tripartita formado por el Gobierno, el Sector Privado y el Sector Laboral, cuyo reto principal era la definición y discusión de una agenda para el desarrollo nacional. El Foro enfrentó varios obstáculos: la resistencia de los grupos empresariales a abordar los temas económicos fundamentales; la débil capacidad negociadora y propositiva del sector laboral y la indiferencia del gobierno ante los recurrentes impasses en la mesa. Transcurrido un año de su instalación y sin ningún resultado concreto, un acuerdo bilateral Gobierno Sector Privado, clausuró las actividades del Foro y lo transformó en Consejo Superior del Trabajo, con carácter estrictamente consultivo en el área laboral. Esto marcó el abandono del contenido y el espíritu de los Acuerdos de Paz en lo económico, y además, permitió avanzar en el proceso de consolidación de las bases del modelo económico neoliberal que venía impulsándose desde 1989. Los objetivos de equidad y la participación fueron sustituidos dentro de la política económica por la promoción y protección de los intereses de un reducido número de grupos empresariales ligados al capital financiero industrial, materializados en las privatizaciones y la dolarización. Al mismo tiempo, perdieron importancia las necesidades de las mayorías populares como centro de interés del quehacer económico.[58]

58 (Tomado de MARTÍNEZ, Julia Evelyn. Esperando el rebalse… En: El Salvador, 10 años después… Una historia revelada 1992-2002. San Salvador: Equipo Maíz, 2001. p. 26). ISBN: 978-99923-63-68-3, obra completa "Historia 1 y 2 El Salvador"— Ministerio de Educación.

Capítulo Tercero

Acuerdos de Paz de Chapultepec, en 1992: implicaciones y cumplimiento para la consolidación del sistema democrático

Introducción

El documento que contiene los Acuerdos de Paz, es un registro histórico de la parte final del proceso de desarrollo de El Salvador desde su independencia hasta la promulgación de la actual Constitución y, a partir de ésta, hasta la finalización del conflicto armado aunque no el conflicto social y económico, es conveniente transcribirlos literalmente tal como se dieron y asegurándose de disponer de una fuente confiable, de su autenticidad; este registro contiene plasmados los temas que fueron motivo de discusión y condiciones para que los salvadoreños, como dijo Bernd Aronson, detuvieran la matanza, por lo menos durante un tiempo, una tregua, para que en el dos mil quince nuevos actores, pero herederos del conflicto, iniciaran otras acciones más criminales que bélicas que tienen como blanco a la población civil, policías, militares, funcionarios, etc., con el propósito de provocar efectos políticos, al principio de desestabilización, pero que dadas las circunstancias, estarían enfocándose en el cambio adelantado de gobierno, sin recurrir al mecanismo civilizado del cambio por medio de las elecciones, lo que hace suponer la existencia de grupos de interés que se mueven tras el telón.

VERSIÓN DE DOCUMENTOS DEL F.M.L.N

Acuerdos de Paz 1992-2002

Acuerdos de Chapultepec

El Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (En adelante "Las Partes")

Se reafirma el propósito enunciado en el Acuerdo de Ginebra del 4 de abril de 1990 de "terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar la sociedad salvadoreña".

Se tiene presente los Acuerdos de San José, de México y de Nueva York, del 26 de julio de 1990, el 27 de abril de 1991 y el 25 de septiembre de 1991, respectivamente, alcanzados por ellas a lo largo del proceso de negociaciones que han cumplido con la activa participación del Secretario General de las Naciones Unidas y de su Representante, Acuerdos que conforman una unidad con el que hoy suscriben; habiendo concluido la negociación sobre todos los temas sustantivos de la Agenda de Caracas del 21 de mayo de 1990 y de la Negociación Comprimida de Nueva York del 25 de septiembre de 1991; han alcanzado el conjunto de acuerdos políticos que se enuncia a continuación, cuya ejecución, unida a la de sus anteriores Acuerdos ya citados, pondrá término definitivo al conflicto armado salvadoreño.

Capítulo I
Fuerza Armada

1. Principios doctrinarios de la fuerza armada

La doctrina para la Fuerza Armada, a partir de la Reforma Constitucional acordada en abril de 1991, definida por la ley, se conformará a los principios que se enuncian a continuación, en los que en adelante se basarán, de manera exclusiva, su régimen institucional y su sistema educativo; y su actuación estará circunscrita a la estricta observancia de los mismos:

A. La Fuerza Armada tiene por misión la defensa de la soberanía del Estado y de integridad del territorio, en los términos del régimen definido para ella por la Constitución y las leyes. El cumplimiento de la misma es inseparable de los valores democráticos y del estricto respeto a la Constitución en todas sus partes.

B. Conforme a lo establecido en la Constitución, la Fuerza Armada es una institución permanente al servicio de la Nación; es obediente, profesional, apolítica y no deliberante. Su régimen institucional y su actuación se enmarcarán, además, dentro de los principios que emanan del Estado de Derecho, de la primacía de la dignidad de la persona humana y el respeto a sus derechos; del respeto y la defensa de la soberanía del pueblo salvadoreño; de la noción de la Fuerza Armada como una institución ajena a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cualquier otra discriminación; y de la subordinación de la institución armada a las autoridades constitucionales.

C. La Fuerza Armada debe respeto al orden político determinado por la voluntad soberana del pueblo y a todo cambio político o social que dicha voluntad genere, de conformidad con procedimientos democráticos que se adecuen a la Constitución. Su régimen institucional y su actuación se definirán en términos que aseguren una relación siempre armónica con la sociedad civil, así como el normal desenvolvimiento de sus miembros como integrantes de ésta.

D. Como institución del Estado, la Fuerza Armada tiene un carácter instrumental, no decisorio en el campo político. En consecuencia, sólo el Presidente de la República y los órganos fundamentales del gobierno podrán disponer de la Fuerza Armada para hacer efectivas las disposiciones que hayan adoptado, dentro de sus respectivas áreas constitucionales de competencia, para hacer cumplir la Constitución. Asimismo, corresponderá exclusivamente a esas autoridades verificar la adecuación a la Constitución de los cambios políticos o sociales mencionados en el párrafo anterior.

E. La doctrina de la Fuerza Armada se asienta en la distinción entre los conceptos de seguridad y de defensa. La defensa nacional, a cargo de la Fuerza Armada, tiene por objeto la garantía de la soberanía e integridad territorial frente a una

amenaza militar externa. La seguridad, aún cuando comprende esa noción, es un concepto más amplio, fundado en el irrestricto respeto de los derechos individuales y sociales de la persona. En ella quedan comprendidos, además de la defensa nacional, aspectos económicos, políticos y sociales que exceden en ámbito de la competencia constitucional de la Fuerza Armada, y cuya atención es responsabilidad de otros sectores de la sociedad y del Estado.

F. El mantenimiento de la paz interna, de la tranquilidad, del orden y de la seguridad pública está fuera de la misión ordinaria de la Fuerza Armada como institución responsable de la defensa nacional. En ese ámbito, el eventual papel de la Fuerza Armada es del todo excepcional, cuando se hayan agotado los medios ordinarios para ello, en los términos establecidos por la Reforma Constitucional aprobada en abril de 1991.

2. Sistema educativo de la fuerza armada

Se reitera en todo su alcance los Acuerdos anteriores, según los cuales la formación profesional de los miembros de la Fuerza Armada pondrá énfasis en la preeminencia de la dignidad humana y de los valores democráticos, en el respeto a los derechos humanos y en la subordinación de la institución a las autoridades constitucionales, las Partes han alcanzado los acuerdos siguientes:

A. El marco legal del sistema educativo y de instrucción de la Fuerza Armada se definirá con base en lo establecido por los artículos 212 y 213 de la Reforma Constitucional acordada en abril de 1991.

B. El marco doctrinario del sistema educativo de la Fuerza Armada queda definido por los principios doctrinarios enunciados en el presente Capítulo. Dichos principios serán el fundamento doctrinario de todos los programas de educación e instrucción de la Fuerza Armada en todos sus niveles.

C. Los planes y programas de estudio destinados a la formación e instrucción de la Fuerza Armada incluirán, además de las materias técnicas militares, estudios de orden científico y humanístico orientados hacia la formación integral, que doten a los educados la aptitud necesaria para participar activamente en la vida institucional del país y que estimulen una relación siempre armónica con la sociedad civil, así como su normal desenvolvimiento como integrantes de ésta.

D. En orden a perfeccionar y profundizar los objetivos señalados en el párrafo precedente, se estimulará el ingreso de los miembros de la Fuerza Armada a los cursos profesionales y de postgrado que se dictan en las universidades del país.

E. La Escuela Militar tendrá un régimen de dirección colegiado en materia docente; su Director será el Presidente de un Consejo Académico, donde estarán presentes miembros del estamento militar y civiles provenientes del mundo académico. Los miembros del Consejo Académico serán designados por el Presidente de la República.

F. COPAZ decidirá el número de miembros del Consejo Académico, el cual estará integrado paritariamente por civiles y militares.

G. Los miembros civiles del Consejo Académico serán designados, con base en criterios de pluralismo político, por el Presidente de la República, de ternas propuestos por COPAZ.

H. El cuerpo docente será designado por el Consejo Académico, el cual se asegurará de que en dicho cuerpo no haya predominio de una tendencia política.

I. El Director de la Escuela Militar será designado por el Presidente de la República.

J. El sistema de admisión será determinado por el Consejo Académico y velará porque éste no sea discriminatorio.

K. COPAZ supervisará especialmente el cumplimiento de los numerales g, h y j, en los términos estipulados en el Acuerdo de Nueva York del 25 de septiembre de 1991.

3. Depuración

Se acuerda un proceso de depuración de la Fuerza Armada, en el marco del proceso de paz y de cara al supremo objetivo de la reconciliación nacional, en base a la evaluación de todos sus miembros por una Comisión ad hoc.

4. Reducción

La nueva realidad de paz comportará la reducción de la Fuerza Armada, de modo que la dimensión de ésta se ajuste a las funciones que la Constitución le asigna, en el marco de la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México, así como a su doctrina. De conformidad con ello, en aplicación del Acuerdo de Nueva York, el Gobierno ha presentado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el plan de reducción de la Fuerza Armada, y el Secretario General lo ha dado a conocer al FMLN. La aplicación del plan debe producir, como consecuencia práctica, la reducción en las distintas áreas de la Fuerza Armada:

A. Organización

La organización de la Fuerza Armada se adecuará a su misión institucional en tiempo de paz, con arreglo a las funciones que le atribuye la Constitución. Esto implica:

a. El tipo de unidades apropiadas para cumplir las distintas tareas que corresponden a dicha misión;

b. La estructura, organización y equipo apropiados para dichas unidades por arma, servicio, categoría (grado) y especialidad; y

c. Las necesidades de personal, según unidad, misión y grado.

B. Unidades

a. La reducción de las unidades estará basada en la nueva organización de la Fuerza Armada. El número y el tipo de las unidades se adaptarán a dicha organización.

b. En todo caso, la reducción comprende unidades que fueron creadas como consecuencia del conflicto.

C. Personal

La nueva organización y la reducción de las unidades implican la reducción del personal de la Fuerza Armada, en las distintas categorías, armas y servicios o especialidades. El número de oficiales será reducido en correspondencia con el plan de reducción y estará de acuerdo con las necesidades normales de un ejército.

D. Material y Equipo

El material y el equipo se adaptarán a la nueva organización, a la nueva doctrina de la Fuerza Armada y a su misión constitucional.

E. Instalaciones

La reducción implica la reconversión, devolución o supresión de instalaciones que dejen de ser usadas por la Fuerza Armada.

F. Estructuras administrativas y de servicio

Todas las estructuras administrativas y de servicio se adaptarán a la nueva realidad de paz, a la doctrina y a la nueva misión constitucional de la Fuerza Armada.

G. Gasto militar

5. Superación de la impunidad

Se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad. Todo ello sin perjuicio del principio que las Partes igualmente reconocen, de que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley.

6. Cuerpos de seguridad pública

A. Conforme a la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México, el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el

ámbito urbano como en el rural, quedarán a cargo de la Policía Nacional Civil, la cual estará bajo la dirección de autoridades civiles. La Policía Nacional Civil y la Fuerza Armada serán independientes y estarán adscritas a Ministerios diferentes.

B. En los términos del Capítulo II de este mismo Acuerdo, la Policía Nacional Civil será un cuerpo nuevo, con nueva organización, nuevos cuadros, nuevos mecanismos de formación y adiestramiento y nueva doctrina.

C. La Guardia Nacional y la Policía de Hacienda serán suprimidas como cuerpos de seguridad pública. Sus efectivos serán incorporados al ejército.

7. Servicios de inteligencia

A. La Dirección Nacional de Inteligencia será suprimida y los servicios de inteligencia de Estado serán confiados a una nueva entidad que se denominará Organismo de Inteligencia de Estado, subordinado al poder civil, bajo la autoridad directa del Presidente de la República. Durante el período de transición, el Director del Organismo de Inteligencia de Estado será un civil designado por el Presidente de la República sobre una base de amplia aceptación. Podrá ser destituido por resolución de la Asamblea Legislativa, por causa de graves violaciones de los derechos humanos.

B. El régimen legal, la formación del personal, las líneas organizativas, las directrices operativas y, en general, la doctrina del Organismo de Inteligencia de Estado se enmarcarán dentro de los principios democráticos; de la noción de la inteligencia de Estado como una función de éste para el bien común, ajena a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cualquier otra discriminación; y del estricto respeto a los derechos humanos.

C. La actividad del Organismo de Inteligencia de Estado deberá ceñirse a lo requerido para el acopio y análisis de información con fines de interés general, por los medios y dentro de los límites autorizados por el ordenamiento jurídico y, particularmente, con estricto respeto a los derechos humanos.

D. La actividad del Organismo de Inteligencia de Estado será supervisada por la Asamblea Legislativa, conforme a los mecanismos de control establecidos por la Constitución.

E. Se ofrecerán alternativas de trabajo e indemnizaciones al personal actualmente adscrito a la Dirección Nacional de Inteligencia que no quede incorporado al nuevo Organismo de Inteligencia de Estado. Para tal fin se procurará apoyo internacional.

F. La incorporación al Organismo de Inteligencia de Estado del personal de la Dirección Nacional de Inteligencia que así lo solicite sólo cabría previa rigurosa evaluación de sus antecedentes, capacidades y aptitudes para adaptarse a la nueva doctrina.

G. Dicha evaluación será realizada por el Director del Organismo, bajo la autoridad del Presidente de la República, con apoyo de la asesoría internacional y la verificación de las Naciones Unidas.

H. El Organismo de Inteligencia de Estado será organizado por su Director, bajo la autoridad del Presidente de la República.

8. Batallones de infantería de reacción inmediata

Se reconoce que los batallones de infantería de reacción inmediata fueron creándose en una determinada coyuntura del conflicto y que su existencia, por tanto, debe ser revisada a medida que las circunstancias lo dicten. En consecuencia, también se reconoce que los batallones de infantería de reacción inmediata no serán necesarios dentro de la nueva realidad de paz, por lo que, en ese contexto, podrá procederse a su disolución y a la reubicación o baja del personal actualmente adscrito a los mismos.

9. Subordinación al poder civil

El Presidente de la República, dentro de la facultad discrecional que la Constitución le confiere, podrá nombrar civiles como titulares del Ministerio de la Defensa. En cualquier caso, deberán ser personas identificadas con el cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

10. Entidades paramilitares

A. Se reconoce el principio de que todo cuerpo o grupo paramilitar debe ser proscrito dentro del Estado de Derecho.

B. Defensa Civil

La Defensa Civil será disuelta. Su disolución será progresiva y estará sujeta al calendario de ejecución de los Acuerdos de Paz.

C. Régimen de reservas de la Fuerza Armada.

Un nuevo régimen de reservas de la Fuerza Armada sustituirá al actual régimen del Servicio Territorial; de acuerdo con los términos siguientes:

a. Dicho régimen tendrá por cometido la organización y funcionamiento de los aspectos siguientes:
    1) registro actualizado de ciudadanos en situación de reserva y de los aptos para el servicio militar;
    2) actualización de las destrezas militares de aquellos;
    3) convocatoria, cuando sea necesaria su movilización a las filas activas para el cumplimiento de la misión que la Constitución asigna a la Fuerza Armada.

b. El nuevo régimen será una dependencia del Ministerio de Defensa.

c. Las reservas de la Fuerza Armada, sólo podrán cumplir misiones al ser incorporadas a sus filas activas y de conformidad con la constitución y serán ajenas a cualquier función de seguridad pública o de control poblacional o territorial.

d. Las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes sobre esta materia deberán hacerse compatibles con los términos del presente Acuerdo.

D. Regulación de los servicios de seguridad privada.

Las partes reconocen la necesidad de regular la actividad de todas aquellas entidades, grupos o personas que prestan servicios de seguridad o protección a particulares, empresas o instituciones estatales, a fin de garantizar la diafanidad de sus actividades así como su estricta sujeción a la legalidad y el respeto a los derechos humanos. A tales fines:

a. Una ley especial regulará la actividad de las entidades, grupos o personas que prestan servicios de seguridad o protección a particulares, a empresas o a instituciones estatales. Dicha ley establecerá los requisitos que deben llenarse para ofrecer y prestar tales servicios; un sistema de registro público del personal, el armamento y las sedes, si las hubiere, de dichos grupos, entidades o personas; mecanismos de control apropiados, incluida de su supervisión por la Policía Nacional Civil; y, en general, las limitaciones y prohibiciones necesarias para asegurar que dichos servicios de seguridad operen exclusivamente dentro del marco legal.

b. La ley establecerá, asimismo, plazos perentorios para cumplir con los mencionados requisitos, cuando sea pertinente. Vencidos dichos plazos, las entidades que no hayan cumplido con los mencionados requisitos serán consideradas ilegales y sus integrantes y organizadores estarán sujetos a la aplicación de las sanciones legales correspondientes.

c. Para estos efectos, y las Partes expresan su conformidad con el esquema de anteproyecto legislativo que se incluye como anexo del presente Acuerdo (ANEXO I) y que remiten a COPAZ, junto con las anteriores consideraciones, a los fines de la preparación del correspondiente anteproyecto.

11. Suspensión del reclutamiento forzoso

A. Toda forma de reclutamiento forzoso quedará suspendida al ponerse en práctica el cese del enfrentamiento armado, hasta tanto entre en vigencia la ley a que se refiere el párrafo siguiente:

B. Se promulgará una nueva ley del servicio militar y reserva. Dicha ley establecerá como principios fundamentales del servicio militar: la universidad, la obligatoriedad y la equidad e indiscriminación en su cumplimiento.

C. En conformidad con lo anterior la ley establecerá que todo salvadoreño deberá acudir oportunamente a los centros de inscripción correspondientes. El reclutamiento se hará exclusivamente por llamamiento en base a sorteo y al registro de voluntarios. El servicio militar podrá prestarse en forma continua o discontinua.

D. La ley referida contemplará las sanciones administrativas para aquellos que no cumplan con las obligaciones previstas en la misma; determinará las causales que exoneren del servicio en forma temporal o permanente, las equivalencias de la prestación del servicio militar y otras disposiciones generales.

E. La ley regulará además la reserva de la Fuerza Armada en conformidad con el literal "C" del 10 de este mismo Capítulo.

12. Medidas preventivas y de promoción

Dentro del contexto de los objetivos de este Acuerdo, se reconoce la necesidad de adoptar cierto número de medidas encaminadas a promover el mejor cumplimiento de las reglas que deben gobernar la Fuerza Armada, así como a prevenir infracciones a las mismas.

Entre esas medidas se incluyen las siguientes:

A. Supervisión de la actividad de la Fuerza Armada por parte de la Asamblea Legislativa.

B. Efectivo funcionamiento de la Inspectoría General de la Fuerza Armada. El Inspector General será un miembro de la Fuerza Armada de intachable trayectoria, designado por el Presidente de la República.

C. Creación del Tribunal de Honor de la Fuerza Armada, apto para juzgar hechos que, sin ser necesariamente punibles, sean contrarios al honor militar. Todo ello sin perjuicio de la sujeción de los militares a los tribunales de justicia.

D. Reforma a la ley que sanciona el enriquecimiento ilícito, a fin de que se incluya expresamente en esa jurisdicción a los comandantes de unidades militares superiores y a quienes desempeñan funciones administrativas de los mismos niveles.

E. Cancelación de permisos a particulares para el porte de armas de uso privativo de la Fuerza Armada y recolección inmediata de las mismas.

F. Difusión de la doctrina de la Fuerza Armada para que sea conocida por toda la sociedad.

G. Adecuación de la legislación sobre Fuerza Armada a la Reforma Constitucional aprobada en abril de 1991, al Acuerdo de Nueva York y al presente Acuerdo.

13. Reubicación y baja

A. La reubicación, dentro de la Fuerza Armada, de los efectivos que se encuentren integrados a unidades sujetas a supresión o disolución, será procedente en la medida en que dicha reubicación sea compatible con el número de efectivos de la Fuerza Armada, de conformidad con los objetivos de este Acuerdo, así como con las conclusiones y recomendaciones de la Comisión ad hoc prevista en el 3 de este mismo Capítulo.

A todos los efectivos dados de baja a raíz de estos acuerdos se les asignarán una indemnización equivalente a un año del salario que les correspondía y el gobierno promoverá la realización de proyectos que posibiliten la incorporación de éstos a la vida civil.

Acuerdos de Paz 1992-2002

Capítulo II

Policía Nacional Civil

1. Creación de la policía nacional civil

Se creará la Policía Nacional Civil de conformidad con la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México. La Policía Nacional Civil será un cuerpo nuevo, con nueva organización, nuevos cuadros, nuevos mecanismos de formación y adiestramiento y nueva doctrina.

A. La Policía Nacional Civil será el único cuerpo policial armado con competencia nacional. Será su misión la de proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas, la de prevenir y combatir toda clase de delitos, así como la de mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural.

B. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Nueva York, la organización de la Policía Nacional Civil, así como las líneas generales del perfil de su personal, serán definidas, en los términos previstos por el presente Acuerdo, con estrecha cooperación y supervisión internacionales, coordinadas por las Naciones Unidas.

2. Doctrina

A. El régimen legal, la formación del personal, y las líneas organizativas, las directrices operativas y, en general, la definición institucional y la actuación de la Policía Nacional Civil se enmarcarán dentro de los principios democráticos; de la noción de la seguridad pública como un servicio del Estado a la ciudadanía, ajeno a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cual-

quier otra discriminación; del respeto a los derechos humanos; del esfuerzo en prevenir el delito; y de la subordinación del cuerpo a las autoridades constitucionales. El ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos no podrá verse menoscabado por la actuación policial.

B. La Policía Nacional Civil será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista. Sin perjuicio del derecho de sus miembros a asumir como ciudadanos la opción política de su preferencia, no podrán valerse de su condición para fines partidistas.

C. Los miembros de la Policía Nacional Civil cumplirán en todo momento los deberes que les imponen la ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

D. En el desempeño de sus tareas, los miembros de la Policía Nacional Civil respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

E. Los miembros de la Policía Nacional Civil podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

F. Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los miembros de la Policía Nacional Civil se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.

G. Ningún miembro de la Policía Nacional Civil podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

H. Toda orden superior estará sujetada a las leyes de la República. La obediencia a una orden superior no justifica la comisión de hechos manifiestamente punibles.

I. Los miembros de la Policía Nacional Civil asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

J. Los miembros de la Policía Nacional Civil no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a los actos de esta índole y los combatirán.

K. Los miembros de la Policía Nacional Civil que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación de las presentes normas de

conducta informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

L. En el desempeño de sus funciones, los miembros de la Policía Nacional Civil utilizarán, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado legítimo previsto.

M. Los miembros de la Policía Nacional Civil no emplearan armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

N. Dentro del cumplimiento de su deber de salvaguardar el ejercicio de los derechos de las personas, los miembros de la Policía Nacional Civil protegerán el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Cuando, por razones legales, se vean obligados a disolver una manifestación o una reunión, utilizarán los medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los miembros de la Policía Nacional Civil se abstendrán de utilizar armas de fuego en esos casos, salvo si se trata de reuniones violentas en las cuales se hayan agotado los otros medios y sólo cuando se reúnan las circunstancias previstas en el párrafo precedente.

3. Estructura funcional y territorial

La estructura funcional y territorial que ha de adoptar la Policía Nacional Civil se define en el siguiente cuadro general. Dicha estructura deberá quedar reflejada en el organigrama y en la ley orgánica de la Policía Nacional Civil.

A. Marco jurídico general.

a. Autoridades de la Policía Nacional Civil

1. La Policía Nacional Civil estará bajo la dirección de autoridades civiles (Art. 168, numeral 17 de la constitución). Estas serán: el Presidente de la República, el Ministro, el Viceministro, el Director General de la Policía, los Subdirectores Generales, el Inspector General, los Jefes de División de cada servicio y los Jefes de las Delegaciones Departamentales.

2. El Director General de la Policía Nacional Civil será designado por el Presidente de la República. Podrá ser destituido por resolución de la Asamblea Legislativa por causa de graves violaciones de los derechos humanos. Los mandos de la Policía General Civil serán civiles.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en este mismo Capítulo a propósito del régimen transitorio. La Policía Nacional Civil estará adscrita a un nuevo Ministerio del Interior y de Seguridad Pública. A tal afecto, el actual Ministerio del Interior será reestructurado. Se creará un Viceministerio de Seguridad Pública, que tendrá a su cargo la relación con la policía Nacional Civil. La estructura de seguridad pública será enteramente nueva. La naturaleza de la organización La Policía Nacional Civil tendrá una organización centralizada, en cuanto estará estructurada a nivel nacional en forma que cubra todas las tareas encargadas a la policía. Su operación será, en cambio, descentralizada por que existirán Delegaciones Departamentales de policía siguiendo la división administrativa del país. Por la naturaleza de las funciones que están a cargo de ciertas dependencias pertenecientes orgánicamente a la Policía Nacional Civil, éstas pueden quedar bajo la dirección funcional de otras autoridades, en los términos que se expresan en el presente Capítulo.

B. Órganos dependientes del Director General.

a. Las Subdirecciones Generales

b. La Inspectoría General

Bajo la autoridad del Director General, funcionará la Inspectoría General de la Policía, que estará encargada de vigilar y controlar las actuaciones de los servicios operativos del cuerpo. El Inspector General será nombrado por el Director General, y en consulta con el Fiscal General de la República y él Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos. La Inspectoría General comprenderá la División de Control, cuya función será controlar cualquier servicio de policía; y la división de Investigación Disciplinaria, cuya función será investigar las faltas disciplinarias cometidas por un miembro de la policía.

c. Servicios de Asesoría Legal

Estarán formados por juristas especializados en el ramo. La asesoría legal se organizará de conformidad con las necesidades de las diferentes estructuras funcionales y territoriales de la Policía.

d. Servicios de asesoría internacional

La asesoría internacional, estará integrada por personal idóneo y técnicos de alto nivel. Será coordinada por las Naciones Unidas y se concibe de manera transitoria.

C. La Subdirección General Operativa.

a. Las Divisiones

(1) La División de Seguridad Pública

La División de Seguridad Pública tendrá a su cargo el mantenimiento de la tranquilidad, el orden y la seguridad pública. Tendrá los siguientes departamentos: Prevención, Tránsito, Orden Público, Control de la Seguridad Privada, Menores y Coordinación General con las Delegaciones Departamentales.

(2) La División de Investigación Criminal

Bajo la dirección funcional del Fiscal General de la República, la División de Investigación Criminal se encargará de investigar los hechos criminales y de reunir las pruebas que sirvan para identificar a los responsables de cometerlos. También practicará las pesquisas u otras actuaciones de su competencia que le sean requeridas por el fiscal General de la República, los jueces y los tribunales.

El jefe de la División será nombrado por el Director General de la Policía Nacional Civil, en consulta con el Fiscal General y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Las áreas de actuación de esta División, se organizarán conforme a los hechos punibles de mayor incidencia social. Contará también con departamentos de apoyo técnico.

El régimen jurídico aplicable a esta División se armonizará con lo dispuesto en la Constitución respecto de los órganos auxiliares de la justicia.

(3) La División de Fronteras

Esta División se encargará de vigilar y controlar la admisión, salida, actividades y expulsión de los extranjeros y las migraciones de los nacionales y la vigilancia y el control de los aeropuertos civiles públicos y privados, sin perjuicio de la misión constitucional de la Fuerza Armada en la defensa de la integridad del territorio del Estado.

(4) La División de Finanzas

Bajo la dirección funcional del Ministerio de Hacienda y sin perjuicio de las funciones de vigilancias fiscal o de las otras que a éste corresponden, esta División se encargará de prevenir y combatir las infracciones a la legislación fiscal. Será el órgano de apoyo policial del Ministerio de Hacienda. Tendrá dos departamentos: Aduanas e Impuestos.

La División de Finanzas será el único órgano policial con competencia en las áreas de aduanas e impuestos. En consecuencia, a partir de su entrada en operación, quedará sin efecto toda disposición y estructura incompatible con este principio.

El Jefe de la División de Finanzas será nombrado por el Director General

de la Policía Nacional Civil con la aprobación previa del Ministro de Hacienda.

(5) La División de Armas y Explosivos

Tendrá a su cargo prevenir y combatir las infracciones al régimen constitucional y legal sobre fabricación, importación, exportación, comercio, tenencia y portación de armas, municiones, explosivos y artículos similares.

(6) La División de Protección de Personalidades

Se encargará de la custodia y escolta de altos funcionarios del Estado; de dignatarios extranjeros que estén de visita en el país; y de otras personas, a partir de decisiones del Gobierno o de los tribunales; así como de la custodia de los edificios públicos y de las sedes de misiones diplomáticas o de organismos internacionales.

(7) La División del Medio Ambiente

Bajo la dirección funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería, esta división se encargará de prevenir y combatir los delitos y faltas contra el medio ambiente.

El jefe de la División del Medio Ambiente será nombrado por el Director General de la Policía Nacional Civil con la aprobación previa del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

b. La Distribución Territorial

Se creará una delegación de Policía por Departamento más una Delegación Metropolitana para San Salvador. La jefatura de las Delegaciones estará ubicada en las cabeceras departamentales. Podrán existir también, dentro de cada Delegación, Subdelegaciones que se ubicarán en los núcleos urbanos más importantes y también puestos de policía en las zonas rurales.

(1) La Delegación Departamental

El jefe de la Delegación tendrá autoridad sobre todas las unidades del Departamento. Será nombrado por el Director General de la Policía Nacional Civil a propuestas del Subdirector General Operativo, que será su mando directo. Su estructura orgánica se adaptará a las necesidades de cada Departamento.

(2) La Subdelegación y el Puesto de Policía

La Subdelegación se establecerá en los núcleos urbanos y se organizará en función de las necesidades locales. El Puesto de Policía funcionará en áreas rurales.

D. La Subdirección General de Gestión.

La Subdirección General de Gestión tiene a su cargo ejecutar y coordinar las actividades administrativas y de apoyo logístico de la Policía. Comprenderá las siguientes Divisiones, en su estructura inicial:

* División de Infraestructuras.
* División de Informática.
* División de Administración.
* División de Logística.
* División de Planificación y Presupuesto.

4. Personal de la policía nacional civil

El personal de la Policía Nacional Civil se organizará con arreglo a un escalafón jerarquizado que contará con tres niveles: básico, ejecutivo y superior. Dentro de cada nivel existirán los rangos que determine la ley. El perfil del personal y su régimen general se adecuarán a los términos del presente Acuerdo.

A. Perfil.

a. El personal de la Policía Nacional Civil deberá poseer vocación de servicio a la comunidad, capacidad para las relaciones humanas y madurez emocional, así como la conducta y las condiciones físicas necesarias para desempeñarse como policía. Deberá ser apto para servir en un cuerpo policial cuya concepción, estructura y práctica son propias de una institución civil, destinada a proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas; a prevenir y combatir toda clase de delitos; así como a mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública. Deberá ser igualmente apto para adaptar satisfactoriamente su conducta a la doctrina y al régimen jurídico de la Policía Nacional Civil. Tanto el ingreso a la Academia Nacional de Seguridad Pública como el ingreso definitivo al cuerpo requerirán la comprobación del perfil de los candidatos, para lo cual se establecerán criterios específicos y particulares de evaluación, con normas rigurosamente establecidas de acuerdo con cada nivel de responsabilidad.

b. Nivel educativo

1. Nivel Básico

a. Los agentes de policía deben tener aprobado el noveno grado de educación.

b. Los sargentos de policía deben tener el diploma de bachiller.

2. Nivel Ejecutivo

Requiere hacer completado con éxito tres años de estudios universitarios o su equivalente.

3. Nivel Superior

Requiere licenciatura universitaria o su equivalente.

c. Requisitos generales de ingreso a la Academia

Para ingresar a la Academia Nacional de Seguridad Pública se requerirá:

1. Ser salvadoreño por nacimiento.

2. Haber cumplido dieciocho años antes de presentar la solicitud.

3. Poseer el nivel de estudios requeridos por la categoría de que se trate.

4. Ser apto físicamente.

5. Estar en pleno goce de sus derechos ciudadanos.

6. No tener antecedentes penales, entendiéndose por tales los que resulten de una sentencia condenatoria firme.

7. Aprobar las pruebas de ingreso, que estarán destinadas a verificar que los candidatos llenen el perfil requerido para pertenecer a la Policía Nacional Civil, según cada uno de los niveles de responsabilidad definidas en este capítulo. Las pruebas de ingreso comprenderán examen cultural, examen físico, examen médico y examen psicotécnico. Dichos exámenes serán complementados por entrevistas personales con los candidatos.

d. La preparación de las pruebas a que se refiere el párrafo precedente, así como la integración de los jurados calificadores encargados de administrarlas, se harán con criterios exclusivamente técnicos. Se pondrá especial empeño en la capacitación del personal, para dotarlo de la mejor preparación profesional y adiestrarlo en el cumplimiento de sus funciones con riguroso apego a la doctrina del cuerpo, con particular énfasis en el respeto irrestricto de los derechos humanos.

B. Régimen General.

a. Los miembros de la Policía Nacional civil serán profesionales de carrera y agentes de la autoridad.

b. Los deberes, derechos, responsabilidad y régimen disciplinario de los miembros de la Policía Nacional Civil serán determinados por la ley.

c. Los miembros de la Policía Nacional Civil estarán obligados a prestar su servicio en cualquier lugar del territorio nacional.

d. Los miembros de la Policía Nacional Civil vestirán el uniforme reglamentario siempre que se hallen de servicio activo. Excepcionalmente, el Ministro, o en su defecto, el Viceministro o el Director General, podrá autorizar que para determinadas tareas pueda prescindirse del uso del uniforme.

e. Los miembros de la Policía Nacional Civil portarán armas de fuego cuando las necesidades del servicio así lo impongan. Sólo utilizarán armas cortas, propias de la función policial y que no puedan considerarse material de guerra. En el arsenal de la Policía Nacional Civil se conservará armamento especial, para ser usado por el personal adiestrado para ello cuando,

a juicio del Ministro del Ramo o, en su defecto, del Viceministro o del Director General existan circunstancias excepcionales que así lo requieran.

f. Los miembros de la Policía Nacional Civil, respetarán la Constitución y las leyes y ajustarán en todo momento su conducta a la doctrina del cuerpo, tal como ha sido definida en el presente acuerdo.

g. Los miembros de la Policía Nacional Civil no estarán normalmente sometidos a un régimen de acuartelamiento. Este régimen no será aplicado sino en condiciones excepcionales, y por el tiempo estrictamente requerido por éstas.

h. La ley definirá un régimen especial sobre los derechos laborales de los miembros de la Policía Nacional Civil, atendiendo a la naturaleza de la función que les corresponde desempeñar.

i. Los miembros de la Policía Nacional Civil gozarán de estabilidad en el empleo. No podrán ser removidos salvo por causales legales específicas.

j. Los miembros de la Policía Nacional Civil tienen derecho a una remuneración que asegure condiciones de vida dignas para ellos y sus familias, acorde, además, con su rango y antigüedad en el servicio.

k. Los vehículos, sistemas de comunicaciones, uniformes, instalaciones y, en general, los equipos que utilizarán los miembros de la Policía Nacional Civil se adecuarán a los requerimientos de un cuerpo policial de la naturaleza establecida en el presente Acuerdo.

5. Academia nacional de seguridad pública

A. La Academia Nacional de Seguridad Pública tiene por misión:

a. La formación básica, la formación de los cuadros intermedios y superiores y la formación especializada de la Policía Nacional Civil.

b. Seleccionar el personal de la Policía Nacional Civil.

c. Investigar, estudiar y divulgar materias relativas a la Policía Nacional Civil y la seguridad pública.

d. Evaluar anualmente a todo el personal de la Policía Nacional Civil.

2. La Academia Nacional de Seguridad Pública será un organismo autónomo colocado directamente bajo la autoridad del Ministerio del Ramo.

3. La Academia Nacional de Seguridad Pública tendrá un régimen de dirección conformado por un Director General y un Consejo Académico. El Consejo Académico tendrá funciones normativas y de contraloría, en su campo. El Director General será el presidente del Consejo Académico y tendrá las facultades ejecutivas y administrativas de la Academia.

4. El Director General será nombrado por el Presidente de la República.

5. El Consejo Académico estará formado por civiles con destacada actuación en la vida civil, cultural, jurídica, técnica policial o académica, nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Ministro del Ramo con base en criterios de pluralismo político.

6. El sistema de admisión será determinado por el Consejo Académico, el cual velará porque éste no sea discriminatorio.

7. El cuerpo docente de la Academia será designado por el Consejo Académico. En dicho cuerpo no deberá predominar ninguna tendencia política. La ley establecerá mecanismos idóneos para asegurar este último propósito.

6. Régimen jurídico

La Policía Nacional Civil y la Academia Nacional de Seguridad Pública serán reguladas por sendas leyes especiales. A tal efecto, las Partes expresan su conformidad general con las propuestas de anteproyectos legislativos que se incluyen como anexos del presente Acuerdo (ANEXOS II Y III), en todo cuanto dichas propuestas no se aparten del mismo. Por consiguiente, en aplicación del Acuerdo de Nueva York, remiten dichas propuestas a COPAZ, junto con el presente Acuerdo, a los fines de la preparación de los correspondientes anteproyectos.

7. Régimen transitorio

A. Organización

1. Durante la transición, la Policía Nacional Civil no quedará adscrita a ningún Ministerio. El Director General estará bajo la autoridad directa del Presidente de la República.

a. La organización de la Policía Nacional Civil será dirigida por el Director General, en los términos previstos por este Acuerdo y por el Acuerdo de Nueva York. Hasta tanto no se haya formalizado legalmente la creación de la Policía Nacional Civil, los trabajos de organización serán adelantados por un Coordinador, seleccionado con criterios de amplia aceptación.

b. Durante la transición, el Director General de la Policía Nacional Civil será designado por el Presidente de la República de una terna propuesta por la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz (COPAZ).

c. El Coordinador y, posteriormente el Director General, establecerán mecanismos apropiados de información y comunicación con COPAZ, o antes de la formalización final de ésta, con su Fase Transitoria, y a fin de que cumpla con la función de supervisión de la organización de la policía Nacional Civil. COPAZ, dentro del ejercicio normal de sus atribuciones, de-

signará una subcomisión para el cumplimiento de esa misión, que, servirá como comisión consultiva del Coordinador o del Director General para la adopción de decisiones o medidas relevantes concernientes a la organización de la PNC, al despliegue de sus funciones y, en general, a las materias relacionadas con el régimen transitorio que no hayan sido expresamente resueltas en el presente capítulo.

d. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Nueva York, la organización de la Policía Nacional Civil será definida, en los términos del presente Acuerdo, con estrecha cooperación y supervisión internacionales, coordinadas con las Naciones Unidas.

B. Despliegue de funciones

a. La Policía Nacional Civil irá desplegando el ejercicio de sus funciones de manera progresiva, en la medida en que los contingentes egresados de la Academia Nacional de Seguridad Pública permitan asumir a plenitud cada una de las estructuras funcionales y territoriales contempladas en el presente capítulo. El Director General determinará las prioridades y el orden en que dicho despliegue tendrá lugar.

b. El proceso de sustitución de las antiguas fuerzas de seguridad se realizará por departamentos, cuidando que no se produzcan vacíos de autoridad. Dentro de los veintiún meses de iniciado dicho proceso, la totalidad de los departamentos deberá quedar cubierta por contingentes de la Policía Nacional Civil.

c. Dentro de los dos primeros años de formación del nuevo cuerpo, se deberá alcanzar la meta de cinco mil setecientos efectivos del nivel básico y doscientos cuarenta en los niveles ejecutivos y superior. Dentro de los cinco años siguientes se alcanzarán las cifras definitivas de la Policía Nacional Civil, que se estiman tentativamente en unos diez mil efectivos en el nivel básico y de unos quinientos en los niveles ejecutivos y superior.

d. Mientras se forman los primeros cuadros directivos y ejecutivos de la Policía Nacional Civil, el Director General podrá disponer la creación de mandos provisionales, exclusivamente para la Policía Nacional Civil, que actuarán durante un período predeterminado y estarán apoyados por expertos y asesores, dentro de un programa de estrecha cooperación y supervisión internacionales, coordinado por las Naciones Unidas en los términos previstos por el presente Acuerdo.

e. Mientras se va produciendo el despliegue progresivo del nuevo cuerpo en los términos contemplados en este capítulo, la actual Policía Nacional continuará cumpliendo sus actuales funciones en materia de seguridad pública, atendiéndose a lo que disponga el Director de la Policía Nacional Civil, de conformidad con el párrafo siguiente. La Policía Nacional será el

único de los actuales cuerpos de seguridad pública que conservará funciones de esa naturaleza durante el período transitorio. Dentro de la verificación internacional de los acuerdos a cargo de las Naciones Unidas a través de ONUSAL, se incluirá la actuación de una dotación de especialistas provenientes de países con experiencia en la organización y funcionamiento de policías civiles. Las funciones de dichos especialistas, comprenderán, además de la de cooperar para el buen desarrollo de la transición y la de asistir a las autoridades policiales, la de acompañar a los oficiales y agentes de la Policía Nacional en el desempeño de sus funciones.

f. Mientras se va produciendo el despliegue progresivo del nuevo cuerpo hasta las zonas tradicionalmente conflictivas durante el conflicto armado, la seguridad pública en las mismas será objeto de un régimen especial que definirá el Director General de la Policía Nacional Civil. Dicho régimen contemplará, en todo caso, la actuación de la dotación de especialistas a que se refiere el párrafo precedente.

g. El personal de la Policía Nacional Civil que vaya egresando de la Academia Nacional de Seguridad Pública, estará sometido a la regla general de no-acuartelamiento contenida en el presente capítulo; sin embargo, durante el período inicial, podrán establecerse excepciones cuando así lo amerite la escasez de personal en las primeras fases del despliegue del nuevo cuerpo. Dicho régimen excepcional no podrá extenderse, en ningún caso, más allá del 31 de diciembre de 1993.

h. En todo caso, durante la fase preparatoria y, en general, durante el período de transición hasta la total sustitución de la Policía Nacional por la Policía Nacional Civil, se reforzará el papel de la asesoría y la verificación internacionales.

C. Academia Nacional de Seguridad Pública

a. Durante la transición, la Academia Nacional de Seguridad Pública no quedará adscrita a ningún Ministerio. Su Director estará bajo la autoridad directa del Presidente de la República.

b. Durante la transición, el Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública será designado por el Presidente de la República de una terna propuesta por COPAZ.

c. COPAZ determinará el número de miembros que tendrá el Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública durante la transición. En ese mismo período, dichos miembros serán designados por el Presidente de la República de ternas propuestas por COPAZ. En todo caso, estará formado por civiles con destacada actuación en la vida civil, cultural, jurídica, técnica policial o académica, de conformidad con este Capítulo. Tanto las ternas propuestas por COPAZ como el nombramien-

to final que efectuará el Presidente de la República deberán asegurar el pluralismo del Consejo Académico.

d. El sistema de admisión será determinado por el Consejo Académico, el cual velará porque éste no sea discriminatorio.

e. La admisión estará sujeta a la aprobación de las pruebas de ingreso contempladas en el 4 de este mismo capítulo, adaptadas a los criterios y procedimientos a que se refieren los Acuerdos de Nueva York. La preparación de dichas pruebas se hará con criterios exclusivamente técnicos. La integración de los jurados calificadores encargados de administrarlas debe asegurar la absoluta imparcialidad de los mismos. A estos efectos, en cuanto sea necesario suplir recursos técnicos idóneos cuando no haya suficientes en el país, se procurará, a través de las Naciones Unidas y en los términos previstos por el presente Acuerdo, el apoyo de expertos conforme se señala en el párrafo siguiente, de esta sección. COPAZ supervisará especialmente el cumplimiento de este cometido.

f. Para la selección del personal académico inicial se harán todos los esfuerzos destinados a reunir los mejores recursos humanos existentes en la sociedad salvadoreña para proporcionar un cuadro de profesores lo suficientemente amplio, pluralista y de calidad para proporcionar a la nueva policía unos signos de identidad cultural acordes con su naturaleza y doctrina. A tal efecto se buscará la colaboración de profesores universitarios, de juristas expertos, de médicos y de otros profesionales vinculados al quehacer policial. COPAZ establecerá mecanismos idóneos para que no haya, en dicho cuerpo académico, predominio de una tendencia política, los cuales deberán quedar incluidos en el anteproyecto de ley de la Academia Nacional de Seguridad Pública.

g. En aquellas áreas de estudio donde no haya suficiente personal docente en el país para atender las necesidades iniciales de la Academia, se procurará a través de las Naciones Unidas y en los términos previstos por el presente Acuerdo, el apoyo de expertos conforme se señala en el párrafo siguiente.

h. A los efectos del reclutamiento, selección, adiestramiento y formación del nuevo personal, se procurará, a través de las Naciones Unidas y en los términos previstos por el presente Acuerdo, el apoyo de expertos provenientes de países que estén en condiciones de prestar la asistencia requerida por las necesidades del proceso.

D. Personal

a. Los criterios y mecanismos para la selección y adiestramiento de personal se enmarcarán dentro del concepto de la Policía Nacional Civil como un cuerpo nuevo, con nueva organización, nuevos cuadros, nuevos mecanismos de formación y adiestramiento y nueva doctrina. En ese contexto, se

promoverá la incorporación al cuerpo de personal que no haya tenido participación directa en el conflicto armado, sin perjuicio del derecho de los ex-miembros de la Policía Nacional y de los ex-combatientes del FMLN a no ser discriminados en la selección de dicho personal y a incorporarse a la Policía Nacional Civil en los términos del Acuerdo de Nueva York y del presente Acuerdo.

b. Al más breve plazo, se diseñara y se pondrá en práctica una campaña de divulgación y propaganda dirigida a estimular el reclutamiento de nuevo personal para la Policía Nacional Civil. Se dará una especial consideración al reclutamiento de mujeres.

c. Los ex miembros de la Policía Nacional podrán incorporarse a la Policía Nacional Civil, en los términos del presente capítulo, previa evaluación de su conducta, siempre que se cumplan con los requisitos de admisión y pasen por la nueva Academia Nacional de Seguridad Pública. La mencionada evaluación será hecha por el Director General de la Policía Nacional Civil, bajo la supervisión de COPAZ y estará sujeta a la verificación de las Naciones Unidas.

d. Los ex combatientes del FMLN podrán incorporarse a la Policía Nacional Civil siempre que cumplan con los criterios y procedimientos de admisión establecidos para ellos por COPAZ y pasen por la nueva Academia Nacional de Seguridad Pública. Dentro de la verificación del cese del enfrentamiento armado, ONUSAL comprobará que los aspirantes que invoquen ésta condición hayan abandonado efectiva y definitivamente la lucha armada. Todo ello será supervisado y garantizado por COPAZ.

e. Para el reclutamiento de personal al que se refieren los párrafos precedentes, para el nivel básico de la Policía Nacional Civil, se tendrá en cuenta el nivel cultural y/o las zonas donde el personal será reclutado y le corresponderá desempeñarse. Quienes no reúnan el nivel previo de estudios requerido para el ingreso, deberán aprobar un examen de aptitud y suficiencia para evaluar su capacidad para cursar satisfactoriamente los programas de estudio de la Academia Nacional de Seguridad Pública. Para la preparación de este examen se organizarán cursillos específicos, bajo la dirección de la Academia Nacional de Seguridad Pública, con el apoyo del Ministerio de Educación y de las universidades del país.

f. Para los cursos de nivel básico, se seleccionarán trescientos treinta reclutas por mes, para un curso de formación de seis meses, durante los primeros veinticuatro meses del programa de formación masivo. La selección se hará de modo que se asegure que la mayoría de los reclutas no haya tenido participación directa en el conflicto armado, y que la participación

de los ex combatientes del FMLN no sea mayor que la de ex miembros de la Policía Nacional, ni a la inversa. COPAZ velará especialmente por el cumplimiento de estos cometidos.

g. El reclutamiento de los cuadros para los niveles ejecutivo y superior de la Policía Nacional Civil, se hará por rigurosa selección conforme a los criterios y procedimientos que se establecen en el presente Acuerdo, en la que se respetará cabalmente la igualdad de oportunidades entre los aspirantes y la no-discriminación. Los cursos durarán un año, según el nivel y escalafón de que se trate. Se formarán ciento veinte cuadros por año.

h. La asignación de cargos para los egresados de la Academia Nacional de Seguridad Pública para los niveles ejecutivo y superior, la hará el Director General según las necesidades del servicio. Sin embargo, quienes hayan ocupado los primeros cinco puestos en las calificaciones de cada promoción, tendrán derecho a optar entre los distintos cargos vacantes, que correspondan al nivel de responsabilidad de los estudios cursados.

i. Sin perjuicio de lo pautado en el párrafo precedente, las zonas tradicionalmente conflictivas durante el conflicto armado serán objeto de un tratamiento especial dirigido a estimular la reconciliación nacional y la estabilidad en la transición. Dicho régimen contemplará la integración de unidades de policía con componentes provenientes de distinto origen, egresados de la Academia Nacional de Seguridad Pública. La designación de los Jefes de las Delegaciones correspondientes se hará previa consulta con la comisión consultiva de COPAZ.

j. Todo el personal que se incorpore a la Policía Nacional Civil de conformidad con el presente Acuerdo, cualquiera sea su origen, es reputado como civil.

e. Cualquier otra materia atinente al régimen que no haya sido resuelto por el presente Acuerdo o por otros ya adoptados por las Partes, será decidida por COPAZ, en los términos previstos por el Acuerdo de Nueva York.

Capítulo III
Sistema Judicial

1. Consejo Nacional de la Judicatura

A. Las partes reafirman lo que ya han acordado en los Acuerdos de México en el sentido de que el Consejo Nacional de la Judicatura estará integrado de manera que se asegure su independencia de los Órganos del Estado y de los partidos políticos, así como la integración al mismo, hasta donde sea posible, no sólo de jueces, sino también de los sectores de la sociedad que

no estén directamente conectados con la administración de justicia. De conformidad con el Acuerdo de Nueva York, remiten la materia a COPAZ para la preparación del correspondiente anteproyecto legislativo.

B. Escuela de Capacitación Judicial

a. En cumplimiento de los Acuerdos de México, el anteproyecto mencionado en el párrafo precedente deberá incluir la regulación de la Escuela de Capacitación Judicial, que funcionará bajo la responsabilidad del Consejo Nacional de la Judicatura y cuyo objeto será el de asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales, así como la de los integrantes de la Fiscalía General de la República; de investigar sobre la problemática judicial del país y promover soluciones para la misma; y de propiciar mayores vínculos de solidaridad entre ellos y coherencia en una visión de conjunto sobre la función judicial en el Estado democrático.

b. El régimen de dirección y la organización de la Escuela se establecerán de modo que se asegure su independencia académica y su apertura a las distintas corrientes de pensamiento jurídico.

2. Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos

A. El Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos será designado dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México.

B. Se encarga a COPAZ la preparación del anteproyecto de ley orgánica de la Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos.

C. El anteproyecto establecerá medios apropiados para hacer efectivo el firme compromiso asumido por las Partes en el curso de las negociaciones de identificar y de erradicar cualesquiera grupos que practiquen violaciones sistemáticas de los derechos humanos, especialmente la detención arbitraria, los secuestros y el ajustamiento, así como otras formas de atentado contra la libertad, la integridad y la seguridad de la persona, lo que incluye el compromiso de identificar y, en su caso, suprimir y desmantelar toda cárcel o lugar de detención clandestinos. En todo caso, las Partes están de acuerdo en dar máxima prioridad a la investigación de casos de esta naturaleza, bajo la verificación ONUSAL.

Capítulo IV

Sistema Electoral

Las Partes reafirman su compromiso, contenido en los Acuerdos de México, de promover un proyecto general de reformas al sistema electoral. A tal fin, solicitan de COPAZ que designe la Comisión Especial concebida para tal fin en los Acuerdos de México. Dicha Comisión estudiará el anteproyecto de reformas al Código Electoral presentado a la Asamblea Legislativa por el Consejo Central de Elecciones así como los aportes que puedan presentar sus miembros o los expertos independientes que sean invitados para ese fin. La Comisión Especial organizará sus trabajos de modo que puedan ser aprovechados dentro de los tiempos previstos para la reforma del sistema electoral.

Capítulo V

Tema Económico Social

1. Preámbulo

La reunificación de la sociedad salvadoreña, en democracia, tiene como uno de sus requisitos el desarrollo económico y social sostenido del país. Al mismo tiempo, la reunificación de la sociedad salvadoreña y un creciente grado de cohesión social son elementos indispensables para acceder el desarrollo. Por eso, entre el conjunto de acuerdos requeridos para terminar definitivamente el conflicto armado en El Salvador, se incluye una plataforma mínima de compromisos tendientes a facilitar el desarrollo en beneficio de todos los estratos de la población. De conformidad con el Acuerdo de Nueva York, los temas objeto de este instrumento son: el problema agrario, créditos para el sector agropecuario, medidas que son necesarias para aliviar el costo social de los programas de ajuste estructural, formas convenientes para la cooperación externa directa destinada a impulsar proyectos de asistencia y desarrollo de las comunidades, la creación de un Foro para la Concertación Económico y el Plan de Reconstrucción Nacional. Además, si bien la filosofía u orientación general de la política económica del Gobierno, que el Frente no necesariamente comparte, no son objeto de este Acuerdo, ambas partes coinciden en la necesidad de ofrecer algunas orientaciones básicas que permitan generar la estabilidad social necesaria en el período de transición, consolidar la paz y avanzar hacia la reunificación de la sociedad salvadoreña.

2. Problema agrario

A. Sobre las tierras que exceden el límite constitucional de 245 hectáreas: El Gobierno de El Salvador asegurará la transferencia de las tierras rústicas, con vocación agrícola que aún no hayan sido transferidas de conformidad con el Artículo 105 y Artículo 267, de la Constitución de la República.

Se compromete, asimismo, a vigilar por qué no se evada la aplicación del mandato constitucional, por parte de los propietarios de tierras rústicas excedentes a 245 has.

B. Sobre las tierras que son propiedad del Estado y que no son actualmente reservas forestales: El Gobierno de El Salvador asegurará la transferencia a los beneficiarios de la Reforma Agraria según lo establecido en el Artículo 104 de la Constitución, de las tierras rústicas con vocación agropecuaria, que sean propiedad del Estado, y que no constituyan reservas forestales. Dentro de los diferentes programas de transferencia de tierras que desarrolle el Gobierno de El Salvador con las tierras agrícolas propiedad del Estado, se dará preferencia a los excombatientes de ambas partes que voluntariamente lo soliciten, que sean de extracción campesina con vocación agrícola y que no posean tierras a ningún título. El tamaño de las parcelas será determinado de acuerdo con la disponibilidad arriba mencionada, y al número de beneficiarios que califiquen conforme a lo estipulado en este literal.

C. Sobre las tierras ofrecidas en venta al Estado

Haciendo uso de los recursos legales, técnicos y financieros a su disposición, el Gobierno de El Salvador procurará adquirir y transferir las tierras voluntariamente ofrecidas en venta por sus propietarios, por medio del Banco de Tierras. Una vez adquiridas dichas tierras, deberán ser transferidas a los beneficiarios de la Reforma Agraria.

D. Sobre los beneficiarios de tierras transferidas de acuerdo con los literales anteriores

Las tierras resultantes de la aplicación de los literales (A, B y C) de este capítulo, serán destinadas a satisfacer la necesidad de tierras de campesinos y pequeños agricultores que carezcan de ellas. Específicamente, serán transferidas legalmente a los campesinos y pequeños agricultores, definidos por la ley como beneficiarios de la Reforma Agraria.

E. Pagos de las tierras

La transferencia de las tierras señaladas en los literales anteriores se hará a precio de mercado y en las mismas condiciones de crédito otorgados a los beneficiarios del sector reformado. Al mismo tiempo, podrá establecerse un sistema de pagos a base de precio fijo, y a largo plazo de tasas de interés bajas, fijas y no capitalizables. Se complementará el crédito interno con financiamiento proveniente de la cooperación internacional, para lo cual se constituirá un Fondo Especial para la compra de tierras financiado con recursos externos.

F. Nueva legislación

Teniendo en cuenta el estado de dispersión de la legislación agraria, sus vacíos y contradicciones, las partes acuerdan que ésta debe ser armonizada y unificada en un Código Agrario. Para este fin, el Gobierno presentará a la Asamblea Legislativa el proyecto respectivo en un plazo no mayor a 12 meses a partir de la firma del presente Acuerdo. De no cumplirse este compromiso en dicho plazo, será COPAZ la que asumirá el compromiso de elaborar el anteproyecto correspondiente.

3. Sobre las tierras dentro de las zonas conflictivas

A. Régimen de tenencia en las zonas conflictivas

De conformidad con el Acuerdo de Nueva York, se respetará el estado actual de tenencia de tierras, dentro de las zonas conflictivas, mientras se da una solución legal satisfactoria al régimen de tenencia definitiva. En consecuencia, los tenedores de tierras no serán desalojados, mientras se da la solución arriba mencionada, y por el contrario será apoyado financieramente para elevar la producción agropecuaria. Tomando en cuenta la situación de irregularidad del régimen de tenencia de tierras en las zonas conflictivas, las partes acuerdan:

B. Determinación de quienes son los "actuales tenedores"

Se entiende por tenedores los actuales pobladores y/o trabajadores de esas zonas.

C. Inventario de casos a los que se aplica esta parte del Acuerdo

Dentro de los 30 días siguientes a su firma, el FMLN presentará el inventario de los predios o inmuebles afectados por el mismo. Previa verificación de que los mismos están dentro de lo estipulado en el presente acuerdo y de conformidad con el procedimiento señalado en el próximo acápite, el Gobierno de El Salvador procurará dar una solución legal satisfactoria a la tenencia definitiva mediante la compraventa voluntaria entre su legítimo propietario y el tenedor de la misma, en la condiciones a que se refiere el párrafo 3-F de este mismo capítulo. En caso que su legítimo propietario no desee vender su propiedad, el GOES procurará, dentro de los mecanismos legales a su disposición, reasentar a los campesinos o agricultores en pequeño en tierras que estén disponibles para ello y procurando, dentro de lo posible, que éstas estén localizadas dentro de las mismas zonas.

D. Creación de una Comisión Especial

COPAZ designará una Comisión Especial, integrada por representantes de reconocida probidad y capacidad. Dicha comisión especial, que será designada dentro de los veinte días siguientes a la firma del presente acuerdo,

tendrá a su cargo las siguientes tareas y funciones: Verificar el inventario de los predios o inmuebles afectados dentro de las zonas conflictivas. Una vez que sea verificado, entregará copias a GOES y COPAZ; Facilitar, de ser necesario, la solución de situaciones conflictivas entre los tenedores actuales y los legítimos propietarios; Adoptar las decisiones y medidas que estime necesarias y convenientes para el pronto y eficaz cumplimineto de lo acordado en este capítulo.

E. Legalización de la tenencia de la tierra

Salvo los casos de especial complejidad, el Gobierno de El Salvador legalizará de manera definitiva el régimen de tenencia de las tierras en las zonas conflictivas, dentro de un plazo de 6 meses a partir de la firma del cese de fuego, otorgando, según sea el caso, títulos de propiedad individual o asociativa.

F. Pago de las Tierras

La compra de las tierras a sus antiguos propietarios se hará al precio de mercado. La venta a los actuales tenedores se hará en las mismas condiciones otorgadas a los beneficiarios del sector reformado. Sin embargo, se podrán acordar condiciones especiales tendientes a facilitar la pacificación.

G. Verificación de COPAZ

COPAZ garantizará el cumplimiento de los acuerdos contenidos en 2 y 3.

4. Acuerdo de 3 de julio de 1991 sobre tierras ocupadas

Se respetará el acuerdo sobre tierras ocupadas entre el GOES y las organizaciones campesinas.

Respecto a las tierras que con posterioridad a dicho acuerdo hayan sido ocupadas ilegalmente, el GOES deja constancia de que se reserva el derecho de aplicar la ley a fin de garantizar la vigencia del estado de derecho. En relación con esto, el FMLN expresa que la problemática agraria, incluidas las ocupaciones de tierras, conviene enfrentarla por las vías de la concertación y los cauces y mecanismos aportados por los acuerdos de paz.

5. Crédito para el sector agropecuario y para la micro y pequeña empresa

A. Crédito para el sector en su conjunto

El Gobierno de El Salvador velará porque el sistema financiero nacional cuente con los recursos suficientes para atender la demanda crediticia del sector agropecuario en general, y en especial para la micro y pequeña empresa, la pequeña producción campesina, incluyendo las cooperativas del sector reformado y no reformado.

Asimismo, establecerá las normas para los créditos a la producción agrícola e industrial a fin de que éstos sean otorgados oportunamente y que su cuantía suficiente para sustentar la capacidad productiva y la comercialización de la producción. Para ese efecto, facilitará el incremento de la participación del micro-empresario y de la pequeña empresa en la cartera de crédito de la banca comercial.

B. Participación activa de los sectores destinatarios

El Gobierno también asume el compromiso de posibilitar y promover la participación activa de los sectores destinatarios, tanto en el diseño como en la administración de programas especiales de créditos para estos sectores. Para el efecto se compromete a fortalecer la participación de organizaciones representativas de los sectores mencionados en el literal anterior en la formación de las políticas del Fondo de Garantía Agropecuario, FIGAPE, FEDECREDITO y BFA, y asegurar que estas instituciones mantengan una situación financiera sólida y se conviertan en receptores de recursos externos para la canalización efectiva del crédito a la micro y pequeña empresa, pequeña producción campesina y cooperativa del sector reformado y no reformado.

C. Asistencia Técnica

El Gobierno de El Salvador diseñará e impulsará nuevos programas de asistencia técnica para propiciar una mayor productividad de los campesinos y agricultores en pequeño, particularmente en las zonas conflictivas.

D. Cooperación internacional para el sector agrícola

Dado el incremento en la demanda de crédito agrícola que resultará del Acuerdo de Paz, el Gobierno de El Salvador se compromete a gestionar recursos externos adicionales con el propósito de incluir las nuevas necesidades del sector. En ese contexto, el Gobierno gestionará recursos financieros externos para incrementar las operaciones del Fondo de Garantía Agropecuario como mecanismo para agilizar la canalización de créditos a pequeños y medianos agricultores y cooperativas de éstos, sin dañar la sanidad financiera de las instituciones de crédito.

6. Medidas para aliviar el costo social de los programas de ajuste estructural

A. Protección del consumidor

El Gobierno de El Salvador se compromete a adoptar políticas y a crear mecanismos efectivos tendientes a defender a los consumidores, de acuerdo con el mandato de la parte final de inciso 2¼ del artículo 101 de la Constitución. Para el cumplimiento de este precepto constitucional el Gobierno se compromete a presentar a la Asamblea Legislativa, dentro de los

60 días de la firma del presente acuerdo, un proyecto de ley de protección al consumidor que contemple fortalecer al Ministerio de Economía, y que pudiera marcar un primer paso en la dirección de la eventual creación de una Procuraduría General de Defensa del Consumidor.

B. La privatización

La política de privatización fomentará la participación social en la propiedad, promoviendo el acceso de los trabajadores a la propiedad de las empresas privatizadas. Asimismo, evitará prácticas monopólicas, al tiempo que garantiza la libertad empresarial y la protección del consumidor, en concordancia con lo establecido en el Artículo 110 de la Constitución.

C. Programa de compensación social

El Gobierno de El Salvador procurará fortalecer los programas de compensación social en ejecución, dirigidos hacia el alivio de la extrema pobreza. A tal fin, se gestionarán recursos externos adicionales.

7. Modalidades para la cooperación externa directa destinada a impulsar proyectos de asistencia y desarrollo de las comunidades

El Gobierno de El Salvador facilitará la cooperación externa directa, de carácter privado, destinada a impulsar proyectos de asistencia y desarrollo de las comunidades, siempre que sea canalizada por las vías legales en materia de regulación sobre divisas y créditos. También podrá aprobar la cooperación externa directa de carácter oficial, previo la debida información sobre el destino de dicha cooperación.

El Gobierno otorgará facilidades legales e institucionales a los canales privados de cooperación externa directa en beneficio de las comunidades, de las organizaciones sociales y de los organismos no gubernamentales del país, y no discriminará entre éstos siempre que se constante que desarrollan o desean desarrollar proyectos de desarrollo integral. Los excombatientes de ambas partes tendrán la posibilidad de acceder a los fondos de cooperación externa.

8. Foro para la concertación económica y social

A. Objetivo del Foro

Se creará un Foro, con la participación igualitaria de los sectores gubernamentales, laboral y empresarial, con el objeto de lograr un conjunto de amplios acuerdos tendientes al desarrollo económico y social del país, en beneficio de todos sus habitantes. La Concertación será un esfuerzo sostenido, por fases, teniendo en cuenta que se trata de lograr acuerdos a ser aplicados de inmediato para lograr la estabilización, otros para atacar los problemas económicos y sociales que se habrán de deri-

var de la finalización del conflicto y otros propios de la reconstrucción. Entre otros aspectos, el Gobierno propondrá al Foro de Concertación Económica y Social la revisión del marco legal en materia laboral para promover y mantener un clima de armonía en las relaciones de trabajo, sin detrimento de los sectores desempleados y del público en general. También propondrá el análisis de la situación de las comunidades marginales urbanas y suburbanas con miras a proponer soluciones a los problemas derivados del conflicto armado de los últimos años. En términos generales, el Foro será el mecanismo para concertar medidas que alivien el costo social del programa de ajuste estructural.

B. La instalación del Foro

COPAZ convocará por primera vez la instalación del Foro de Concertación Económico y Social, en un plazo no mayor a un mes después de haberse firmado el presente acuerdo.

C. Composición y representación del Foro

La composición y representación sectorial y gubernamental en el Foro, se conformará de la siguiente manera:

a. El GOES tendrá representación de alto nivel, con capacidad de tomar decisiones en lo económico y social.

b. Para la representación de los sectores laboral y empresarial, se convocará a las organizaciones que revelen la mayor representatividad.

Además, podrá abrirse a la participación de otros sectores sociales y políticos en calidad de observadores, en las condiciones que el mismo Foro determinará.

D. Atribuciones del Foro

El mismo foro definirá su estructura operativa y las temáticas de discusión y concertación. Los sectores representados en el Foro tendrán iguales derechos y dispondrán de las mismas condiciones para la presentación de sus planteamientos.

Para garantizar la efectividad de los acuerdos que por consenso resultaren del Foro, el Gobierno de El Salvador se compromete a emitir, modificar o derogar, los decretos o normas de su competencia y a presentar iniciativas pertinentes a los otros Órganos de Estado.

E. Secretaría del Foro

El mismo Foro designará una secretaría que le brinde apoyo técnico y asegure la continuidad de sus labores.

9. Plan de reconstrucción nacional

El Gobierno de El Salvador presentará al FMLN, dentro de los treinta días siguientes a la firma del cese del enfrentamiento armado, el Plan de Reconstrucción Nacional que ha elaborado, con la finalidad que las recomendaciones y sugerencias del FMLN sean tomadas en cuenta, al igual que la de los diferentes sectores de la vida nacional, a manera que dicho Plan refleje la voluntad colectiva del país.

El Plan tiene como objetivos principales el desarrollo integral de las zonas afectadas por el conflicto, la atención de las necesidades más inmediatas de la población más afectada por el conflicto y de los excombatientes de ambas partes y la reconstrucción de la infraestructura dañada. En particular, en el contexto de los programas nacionales correspondientes, se adoptarán medidas tendientes a facilitar la reincorporación del FMLN a la vida civil, institucional y política del país, incluyendo programas tales como becas, empleos y pensiones, programas de vivienda y para la instalación de empresas. El Plan brindará especial atención a la necesidad de fomentar la creación de oportunidades de empleo masivo y el aumento de la producción de alimentos básicos, la cual gozará de promoción prioritaria de parte del estado. Para tal propósito, el Gobierno promoverá el desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales y garantizará la prestación de servicios sociales básicos, e iniciará la construcción y rehabilitación de la infraestructura económica y social. Asimismo, el Plan de Reconstrucción Nacional incorporará programas que beneficien tanto a los lisiados como a los familiares de las víctimas entre la población civil. Dada la fuerte cantidad de recursos adicionales que se necesitarán para la implementación del mencionado plan, ambas partes hacen un llamado a la comunidad internacional para que brinden el mayor apoyo posible a las gestiones de recaudación. Para el efecto, se creará un fondo de Reconstrucción Nacional, el cual será apoyado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

El papel del PNUD, incluirá asesorar al Gobierno en todo lo atinente a movilizar apoyo externo, contribuir a la preparación de proyectos y programas susceptibles de recibir dicho apoyo, agilizar los trámites ante organismos oficiales de carácter bilateral y multilateral, movilizar asistencia técnica, y colaborar con el Gobierno en compatibilizar el plan con las actividades de los Organismos No Gubernamentales dedicadas a actividades de desarrollo a nivel local y regional.

Capítulo VI

Participación política del FMLN

Se han alcanzado los siguientes acuerdos relativos a la participación política del FMLN, los cuales están sujetos al calendario de ejecución contenido en este mismo Acuerdo:

1. Adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para garantizar a los excombatientes del FMLN el pleno ejercicio de

sus derechos civiles y políticos, en orden a su reincorporación, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país.

2. Libertad para todos los detenidos por motivos políticos.
3. Amplias garantías y seguridad para el retorno de los exiliados, lisiados y demás personas que se encuentren fuera del país a causa de motivos generados por el conflicto armado.
4. Autorización de licencias para medios de comunicación social del FMLN.
5. El cese del enfrentamiento armado implica el compromiso y el derecho del FMLN a la participación política plena, sin más restricciones que las que emanan del nuevo marco institucional y jurídico establecido por los acuerdos de la negociación.
6. Legalización del FMLN como partido político, promoviéndose la aprobación de un decreto legislativo para tal fin.
7. Garantizar los espacios para el desarrollo normal del FMLN, cuando se constituya en partido político, lo cual implica:

A. Realización de actividades de proselitismo.

B. Derecho a la instalación de infraestructura apropiada, (locales, imprentas, etc.)

C. Libre ejercicio del derecho de reunión y movilización para los dirigentes, activistas y miembros del FMLN.

D. Libertad para la publicación de campos pagados en los medios de difusión, por parte del FMLN.

8. Solución legal a la participación de miembros del FMLN en la COPAZ, una vez que ésta formalice legalmente su existencia.
9. Medidas especiales de seguridad.

   Inmediatamente después de la firma del presente Acuerdo, se adoptarán medidas especiales de seguridad para la protección de los dirigentes del FMLN que las requieran. Dichas medidas, que podrán incluir el acompañamiento por personal diplomático y el apoyo técnico de Gobiernos amigos, ofrecerán todas las facilidades requeridas para que los dirigentes del FMLN puedan organizar su propia seguridad, de acuerdo con la ley. COPAZ supervisará lo aquí acordado y promoverá, si fuera necesario, la adopción de las disposiciones legislativas o de otro carácter que sean pertinentes para la plena eficacia y fundamentación de dichas medidas de seguridad. En correspondencia con su responsabilidad por la seguridad de los dirigentes del FMLN, el GOES proporcionará las facilidades necesarias para el cumplimiento de lo acordado. ONUSAL verificará la adopción de las medidas señaladas.

Capítulo VII

Cese del enfrentamiento armado

1. El cese del enfrentamiento armado (llamado en adelante el CEA) es un proceso irreversible, corto, dinámico y de duración predeterminada, que debe aplicarse en todo el territorio de El Salvador. Durante el CEA no habrá negociaciones sustantivas, sino únicamente las medidas necesarias para poner en práctica los acuerdos alcanzados en la negociación. El CEA comenzará en el día 1 de febrero de 1992 (llamado en adelante día-D) y terminará en el día 31 de octubre de 1992.
2. Comprende cuatro elementos, tal como se definen en este:
   a. El cese del fuego
   b. La separación de fuerzas
   c. El fin de la estructura militar del FMLN y la reincorporación de sus integrantes, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país
   d. La verificación por las Naciones Unidas de todas las actividades ya mencionadas.

   En este capítulo se incluyen, acuerdos sobre la restauración de la administración pública en zonas conflictivas y sobre uso de los medios de comunicación en favor de la reconciliación (véase anexos E y F).El cese del fuego:
4. El cese del fuego entrará oficialmente en vigor el día-D.
5. A partir de esa fecha, cada una de las partes según les corresponda se abstendrá de efectuar cualquier operación o acto hostil por medio de fuerzas o individuos bajo su control, por lo que no se podrá efectuar ningún tipo de ataque por tierra, mar o aire, realizar patrullajes o maniobras ofensivas, ocupar posiciones, colocar minas, interferir las comunicaciones militares o llevar a cabo operaciones de reconocimiento de cualquier tipo, actos de sabotaje, cualquier otra actividad militar que, a juicio de ONUSAL, pudiera perturbar el cese del fuego, o cualquier acto que irrespete los derechos de la población civil.
6. En el día -D se empezará a verificar oficialmente el respeto del compromiso descrito en el párrafo anterior. Cualquier supuesta violación del cese del fuego será investigada por ONUSAL.
7. Durante el período entre la firma de este acuerdo y el día-D, las dos partes observarán un cese del fuego informal por el cual se comprometen a no efectuar ninguna de las actividades descritas en el párrafo 5.
8. Durante el período del cese del fuego informal ONUSAL desplegará sus efectivos y equipos para poder verificar todos los aspectos del CEA a partir del día-D. La Separación de Fuerzas.

9. El propósito de la separación de fuerzas es reducir los riesgos de incidentes, fortalecer la confianza y permitir a ONUSAL verificar el acatamiento por ambas partes de este acuerdo.

10. Se establecerá la separación de fuerzas en dos etapas, de manera que la Fuerza Armada de El Salvador (FAES) se despliegue progresivamente de sus posiciones actuales hasta adoptar el despliegue que mantendría normalmente en épocas de paz y las fuerzas del FMLN se concentren progresivamente en lugares señalados dentro de las áreas conflictivas conforme a lo determinado en el Anexo D.

11. En la primera etapa, que coincidirá con los cinco días a partir del día-D, las fuerzas terrestres de la FAES se dirigirán a los cuarteles, bases, instalaciones semifijas existentes y otras ubicaciones que se enumeran en el Anexo A y las fuerzas del FMLN, salvo los combatientes mencionados en el párrafo 18, se dirigirán a los lugares enumerados en el Anexo B. Los lugares enumerados en los Anexos A y B reflejan de manera general el despliegue actual de las fuerzas de las dos partes.

12. Los movimientos descritos en el párrafo anterior se realizarán bajo la supervisión de ONUSAL. Ninguna de las partes hará nada que impida o ponga en peligro el movimiento de las fuerzas de la otra parte durante este período. Los observadores militares de ONUSAL en consultas con las dos partes durante el período del cese del fuego informal.

14. Los movimientos descritos en el párrafo anterior, que también serán supervisados por ONUSAL, se realizarán según programas por fases que serán acordados por el Jefe de los Observadores Militares de ONUSAL con las dos partes durante el período del cese del fuego informal por medio del grupo conjunto de trabajo a que se hace referencia en el párrafo 32. Durante esta tarea, el grupo se guiará según corresponda por el calendario acordado para la puesta en práctica de los acuerdos alcanzados.

15. En cuanto sea posible después de la firma de este acuerdo y a más tardar una semana antes del día-D, la FAES comunicará al Jefe de Observadores Militares de ONUSAL información detallada sobre el número de sus efectivos y armamentos que se concentrarán en los lugares enumerados en el Anexo A.

16. En cuanto sea posible después de la firma de este acuerdo y a más tardar una semana antes del día-D, el FMLN suministrará al Jefe de Observadores Militares de ONUSAL información detallada sobre el número de sus efectivos e inventarios de armas, municiones, minas, otros explosivos y equipo militar en cualquier lugar del territorio nacional. Estas armas, etc. se concentrarán en los lugares enumerados en el anexo B, salvo las de sus fuerzas clandestinas que se concentrarán en los lugares enumerados en el Anexo D, durante la segunda etapa de la separación de fuerzas.

17. Al completarse la primera etapa de la separación de fuerzas, es decir, a partir del día-D+6. ONUSAL verificará que todos los efectivos y equipos militares declarados por las partes, salvo las armas, etc. a las que se hace referencia en la última frase del párrafo anterior, se han concentrado en los lugares enumerados en los Anexos A y B. ONUSAL investigará cualquier informe o denuncia sobre la presencia de personal o equipos militares en cualquier lugar fuera de esos lugares, aparte de las salidas que se estipulan en los párrafos 20-22.

18. Los arreglos que se acaban de describir se relacionan con las fuerzas terrestres de la FAES y las fuerzas del FMLN que se definen en el párrafo 11. Si bien no es posible, por motivos prácticos, arreglar una separación similar de las fuerzas que tengan carácter clandestino, éstas quedarán plenamente sujetas al compromiso de abstenerse de efectuar cualquier operación o acto hostil. Tal como se prevé en el párrafo 6, cualquier supuesta violación de este compromiso será investigada por ONUSAL.

19. A partir del día-D la fuerza aérea y la fuerza naval de la FAES se abstendrá de realizar cualquier operación ofensiva. Esas fuerzas llevarán a cabo únicamente aquellas misiones de carácter no bélico que sean necesarias para cumplir sus deberes no relacionados con el conflicto armado. Se comunicarán por adelantado a ONUSAL todos los planes de vuelo militares. Estos vuelos no se realizarán sobre los lugares donde se hayan concentrado las fuerzas del FMLN.

20. Durante el período del CEA habrá oficiales de enlace de ONUSAL en las unidades, bases y cuarteles de la FAES, para coordinar previamente los movimientos de sus fuerzas en todo el territorio nacional y para verificar que tales movimientos no puedan violar el cese del fuego ni de otra manera afecten negativamente al proceso de aplicación de este acuerdo.

21. En lo que se refiere, en particular, a las fuerzas desplegadas en las proximidades de los lugares donde se encuentran fuerzas del FMLN, es decir, los enumerados en el Apéndice 1 al Anexo A y los enumerados en el Apéndice 1 al Anexo C, el Gobierno acepta que esas fuerzas podrán salir de sus ubicaciones únicamente previo consentimiento de ONUSAL y por los motivos siguientes:

a. llevar a cabo rotaciones y relevo de tropas;

b. realizar actividades de enlace y coordinación entre mandos de nivel no inferior a batallón;

c. efectuar abastecimientos y suministros logísticos;

d. participar en programas de desactivación, retirada y eliminación de minas;

e. disfrutar permisos, atención médica u otros motivos humanitarios, individualmente en ropa civil y sin armas.

Sin embargo, ONUSAL no otorgará su consentimiento para ninguna salida, incluso en los casos anteriormente mencionados, si considera que dicha salida pudiera poner en peligro el cese del fuego u otros aspectos de este acuerdo o perturbar el proceso de distensión y reconciliación. Las fuerzas que salgan por lo motivos enumerados en los apartados A), B), C) y D) irán acompañadas por ONUSAL, que verificará que esos movimientos se realizan dentro del marco de este acuerdo.

22. De igual manera, durante el período del CEA habrán oficiales de enlace de ONUSAL en los lugares señalados donde se habrán concentrado las fuerzas del FMLN, para coordinar las salidas de las mismas. El FMLN acepta que sus fuerzas podrán salir únicamente previo consentimiento de ONUSAL y por los motivos siguientes:

a. Para realizar actividades de enlace y coordinación de sus altos mandos con los mandos de las fuerzas que se encuentren en los diferentes lugares señalados;

b. Para efectuar abastecimiento y suministro de avituallamientos, ropas o materia para supervivencia;

c. Para participar en programas de desactivación, retirada y eliminación de minas;

d. Para disfrutar permisos, atención médica u otros motivos humanitarios, individualmente en ropa civil y sin armas.

Sin embargo, ONUSAL no otorgará su consentimiento para ninguna salida, incluso en los casos anteriormente mencionados, si considera que dicha salida pudiera poner en peligro el cese del fuego u otros aspectos de este acuerdo o perturbar el proceso de distinción y reconciliación A), B), y C) irán acompañadas por ONUSAL, que verificará que esos movimientos se realizan dentro del marco de este acuerdo.

23. ONUSAL verificará que los abastecimientos entregados a cada parte no incluyen artículos letales. No obstante, se permitirá a la FAES mantener el nivel de municiones normal en épocas de paz. Los mecanismos para tal verificación serán establecidos por el Jefe de Observadores Militares de ONUSAL en consultas con las dos partes.

24. Durante el cese del fuego COPAZ estará sistemáticamente evaluando el desarrollo de la implementación de los acuerdos. En caso de que note que se empieza a configurar una coyuntura que pueda desembocar en una crisis, emitirá las conclusiones y recomendaciones pertinentes para evitar se llegue a producir una ruptura del cese del fuego o una crisis de orden público. Informará sus conclusiones y recomendaciones al Jefe de ONUSAL.

25. Si, no obstante lo anterior, se produjera una crisis de orden público y se hubieran agotado los medios ordinarios para el mantenimiento de la paz interna y la seguridad pública de tal forma que el Presidente de la República considere

necesario utilizar el recurso excepcional establecido en la reforma aprobada en abril de 1991 al numeral 12 del artículo 168 de la Constitución, se comunicará con el Jefe de ONUSAL, antes de emitir la orden correspondiente, para dar posibilidad a este último de hacer las observaciones pertinentes. La actuación de la FAES en estas circunstancias será observada de cerca por ONUSAL para verificar que sea congruente con todos los Acuerdos de Paz. El fin de la Estructura Militar del FMLN y la Reincorporación de sus Integrantes, dentro de un Marco de Plena Legalidad a la Vida Civil Política e Institucional del País.

26. Entre los días D+6 y D+30, de acuerdo con los programas por fases a que se hace referencia en el párrafo 14, el FMLN concentrará en los 15 lugares señalados enumerados en el anexo D todas las armas, municiones, minas otros explosivos y equipo militar de sus fuerzas, tanto los concentrados durante la primera etapa en los lugares enumerados en el anexo B como los de sus fuerzas clandestinas, y ONUSAL verificará que corresponden a la información contenida en los inventarios que habrá recibido en consonancia con el párrafo 16.

27. En cada uno de los 15 lugares señalados, todas las armas y equipos arriba mencionados, salvo las armas y equipo individuales de los combatientes presentes en dicho lugar, serán guardados en depósitos cerrados con llave. Cada depósito tendrá dos cerraduras, de las cuales una llave será guardada por ONUSAL y la otra por el Comandante del FMLN en el lugar. ONUSAL verificará periódicamente el contenido de dichos depósitos, para asegurar que no sufran ninguna alteración.

28. Durante el período del CEA, los integrantes del FMLN mantendrán sus armas y equipos individuales mientras permanezcan en los lugares señalados. Al abandonar dichos lugares para reincorporarse, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país, sus armas individuales también serán depositadas en los depósitos cerrados, mencionados en el párrafo anterior. Los combatientes que aún estén en los lugares señalados cuando empiece el programa de destrucción de las armas, etc., previsto en el párrafo siguiente, depositarán sus armas y equipos individuales en los depósitos cerrados, para su verificación por ONUSAL, inmediatamente antes de su destrucción, según un programa acordado con ONUSAL.

29. Entre el 15 y 31 de octubre de 1992, el FMLN destruirá, todas las armas y equipos depositados en los lugares señalados en base al arreglo anteriormente descrito, en presencia y bajo la supervisión única de ONUSAL y con su asesoramiento técnico. Dicha destrucción se realizará simultáneamente en la totalidad de los 15 lugares señalados para el FMLN. El FMLN dispondrá de los restos de las armas destruidas.

Verificación por las Naciones Unidas:

30. Se aumentará el personal militar y civil de ONUSAL para permitirle llevar a cabo sus tareas relacionadas con los procesos acordados, tal como se describen en este acuerdo.

31. El Secretario General pedirá la aprobación del Consejo de Seguridad para este aumento del mandato y del personal de ONUSAL, También pedirá a la Asamblea General las partidas financieras necesarias. La composición por naciones del componente militar de ONUSAL y la designación del comandante de su división militar serán decididas por el Consejo de Seguridad por recomendación del Secretario General después de que éste haya celebrado consultas con las dos partes. Para cumplir con sus nuevas obligaciones eficazmente, ONUSAL, como en los otros aspectos de su mandato, necesitará una completa libertad de movimiento en todo el territorio de El Salvador.

32. Para facilitar la aplicación de este acuerdo, se constituirá inmediatamente después de la firma del mismo un Grupo Conjunto de Trabajo (GCT). El GCT estará integrado por el Jefe de los Observadores Militares de ONUSAL, como Presidente, y un representante de cada una de las partes. Los miembros del GCT podrán estar acompañados por los asesores requeridos. El presidente del GCT convocará a las reuniones del mismo a su iniciativa o por petición de alguna o ambas de las partes.

Capítulo VIII

Verificación por las Naciones Unidas

1. Las Naciones Unidas verificarán el cumplimiento del presente Acuerdo, así como el de los Acuerdos de San José, de México y de Nueva York, del 26 de julio de 1990, el 27 de abril de 1991, y el de 25 de septiembre de 1991, respectivamente, con la cooperación de las Partes y de las autoridades encargadas de ponerlos en ejecución.

2. La cooperación internacional a que se refiere el presente Acuerdo será coordinada por las Naciones Unidas y estará sujeta a la solicitud formal del Gobierno, al cumplimiento de las formalidades oficiales y a las consultas correspondientes.

Acuerdos de Paz 1992-2002

Capítulo IX
Calendario de Ejecución

I. COPAZ

1. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de ley que la formaliza: a más tardar A+8.
2. Instalación: día D.

II. Fuerza Armada

1. Ratificación de Reforma Constitucional
    1. Ratificación por la Asamblea Legislativa: entre días A y D
    2. Publicación: a más tardar D+15
2. Sistema educativo
    1. Definición del número de miembros y presentación por COPAZ de las ternas para el nombramiento de los miembros civiles del Consejo Académico de la Escuela Militar: D+90.
    2. Designación del Consejo Académico de la Escuela Militar: a más tardar, D+100.
    3. Designación del cuerpo académico: entre D+120 y D+180
    4. Reformas al sistema educativo: a más tardar D+120
    5. Determinación del sistema de admisión por el Consejo Académico: a más tardar D+120

Depuración

1. Emisión del acuerdo que da formal legal y formaliza la Comisión ad hoc: A+5
2. Instalación de la comisión ad hoc: D+105
3. Resultado de la evaluación: D+195
4. Decisiones administrativas correspondientes: D+225
5. Puesta en práctica: D+225

Reducción

El Gobierno de El Salvador presentó al Secretario General de las Naciones Unidas el calendario para la ejecución del plan de reducción a que se refiere el 4 del

Capítulo I del presente Acuerdo. El Secretario General dio a conocer el calendario al FMLN. Las Naciones Unidas verificarán el cumplimiento de dicho calendario.

Cuerpos de seguridad pública:

Supresión de PH y GN como CUSEP y traslado de sus efectivos al ejército: D+30.

Inteligencia de Estado

1. Disolución de la DNI: a más tardar D+135.
2. Creación de Organismo de Inteligencia de Estado: a más tardar D+30.
3. Designación del Director: a más tardar D+45.
4. Inicio de evaluación del personal de DNI: D+60.

Batallones de Infantería de Reacción Inmediata

En la parte del calendario de Ejecución del Plan de Reducción mencionado en el párrafo 2.4 de este mismo capítulo, correspondiente a los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata, se expresa:"Los BIRIS comenzarán su desmovilización a partir del sexto mes en la tercera semana y comprenderá cuatro semanas. Una vez iniciada su desmovilización, dicha unidad se considera que ha perdido su capacidad ofensiva de combate.

Los BIRIS serán desmovilizados según se detalla a continuación:

6¼. Mes - BIRI Gral. Ramón Belloso

7¼. Mes - BIRI Atonal

8¼. Mes - BIRI Atlacatl

9¼. Mes - BIRI Gral. Eusebio Bracamonte

10¼. Mes - BIRI Gral. José Manuel Arce

Entidades Paramilitares

1. Defensa Civil
    1. Registro y ubicación: a más tardar D+60
    2. Desarme: a más tardar D+120
    3. Disolución total: a más tardar D+150
2. Régimen de Reservas de la Fuerza Armada:
    1. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de ley del servicio militar y reservas de la Fuerza Armada: a más tardar D+60.
    2. Promulgación de la ley referente al nuevo régimen de servicio militar y reservas de la Fuerza Armada: a más tardar D+120.
    3. Sustitución del servicio territorial por un nuevo régimen de reservas de la Fuerza Armada: a más tardar D+120.

3. Entidades de Seguridad Privada: Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de Ley: a más tardar D+145.

Suspensión del Reclutamiento Forzoso

1. Puesta en práctica de la suspensión: día D.
2. Amplia divulgación por todos los medios, en especial la radio a partir del día D.
3. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de ley del servicio militar y reservas de la Fuerza Armada: a más tardar D+60.
4. Promulgación de la ley: D+90

Medidas Preventivas y de Promoción

1. Organización de la inspectoría General de la Fuerza Armada: a más tardar, D+90.
2. Funcionamiento del Tribunal de Honor de la Fuerza Armada: a partir de D+255.
3. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de reforma a la ley sobre enriquecimiento ilícito: D+90.
4. Suspensión de emisión permisos a particulares para el porte de armas de uso privativo de la Fuerza Armada: día A.
5. Cancelación de permisos a particulares para el porte de armas de uso privativo de la Fuerza Armada: a más tardar D+30.
6. Recolección de las mismas: entre D+30 y D+270.
7. Difusión de la doctrina de la Fuerza Armada: a partir de D+30.
8. Adecuación de la legislación sobre Fuerza Armada: entre D y D+270.

III. Policía Nacional Civil

1. Presentación a la Asamblea Legislativa del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil: D+20.
2. Presentación a la Asamblea Legislativa del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Academia Nacional de Seguridad Pública: entre días A y D.
3. Nombramiento del Coordinador: antes del día D.
4. Presentación por COPAZ de la terna para el nombramiento del Director General de la PNC: a más tardar D+20.
5. Nombramiento del Director General de la PNC: a más tardar D+30.
6. Presentación por COPAZ de la terna para el nombramiento del Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública: D+5.

7. Definición del número de miembros y presentación por COPAZ de las ternas para el nombramiento del Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública: D+5.
8. Nombramiento del Director y los miembros del Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública: D+15.
9. Designación de la subcomisión de COPAZ para la PNC: a más tardar D+10.
10. Diseño de la campaña de propaganda para el reclutamiento: a más tardar D+10.
11. Inicio de la campaña de propaganda para el reclutamiento: a más tardar D+15.
12. Diseño de examen de aptitud para exmiembros de la PN y excombatientes del FMLN: a más tardar D+30.
13. Organización de cursillos para este examen: a más tardar D+45.
14. Evaluación de exmiembros de la Policía Nacional: a partir de D+30 y mientras dure la transición.
15. Examen de aptitud y suficiencia: a más tardar D+80.
16. Puesta en práctica del sistema de admisión a la Academia Nacional de Seguridad Pública; a más tardar D+80.
17. Integración de los Jurados calificadores: a más tardar D+60.
18. Admisión del primer contingente: a más tardar D+90.
19. Inicio de los cursos de la Academia Nacional de Seguridad Pública: a más tardar D+90.
20. Creación de la totalidad de la estructura funcional de la PNC: D+240.
21. Desaparición de estructuras incompatibles con la División de Finanzas de la PNC: D+240.
22. Inicio del despliegue territorial de la PNC: a más tardar D+270.
23. Término del despliegue territorial de la PNC: 21 meses a partir del inicio del despliegue territorial.
24. Término del régimen transitorio de la PNC y de las funciones de la PN: dos años a partir del inicio del despliegue territorial.
25. Expiración de posibilidad de acuartelamiento: 31-12-93.

IV. Sistema Judicial

1. Consejo de la Judicatura:
    1. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de reformas a la ley: a más tardar D+60.

2. Aprobación de la nueva ley: D+90.
3. Elección e instalación: a más tardar sanción de nueva Ley+90.

2. Escuela de Capacitación Judicial:

   A más tardar instalación CNJ+180.

3. Formulación de listas de candidatos para la CSJ:

   Abril de 1994.

4. Carrera Judicial: Presentación a la Asamblea Legislativa de anteproyecto de reforma legal: A más tardar D+90.
5. Jurisdicción militar: Presentación a la Asamblea Legislativa de anteproyecto de reforma legal:

   A más tardar D+90.

6. Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos:
   1. Presentación a la Asamblea Legislativa de anteproyecto de ley orgánica:

      A más tardar D+60.

   2. Designación del Procurador: a más tardar D+30.

V. Sistema Electoral

1. Designación del Tribunal Supremo Electoral: a más tardar D+15.
2. Designación por COPAZ de la Comisión Especial: a más tardar D+15.
3. Reforma legal: a más tardar D+120.
4. Eficacia plena del derecho de los partidos legalmente inscritos de vigilancia sobre la elaboración, organización, publicación y actualización del registro electoral: un año antes de las elecciones, a más tardar.
5. Publicación de la lista de electores: por lo menos veinte días antes de las elecciones.

VI. Tema Económico Social

1. Presentación por el FMLN del inventario de los predios o inmuebles afectados dentro de las zonas conflictivas: A+30.
2. Designación por COPAZ de comisión especial: a más tardar A+20.
3. Legalización de la tenencia de tierra en zonas conflictivas: a más tardar A+180.
4. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de ley de protección al consumidor: a más tardar A+60.
5. Convocatoria por COPAZ del Foro Económico y Social: a más tardar A+30.

6. Presentación del Plan de Reconstrucción por el GOES al FMLN: a más tardar A+30.
7. Creación del Fondo de Reconstrucción: a más tardar D+60.
8. Inicio del cumplimiento de los acuerdos sobre crédito al sector agropecuario y para micro y pequeña empresa: a partir de D+120.
9. Inicio de transferencia de tierras que exceden 245 has.: a partir del día D.
10. Inicio de solicitud de tierras del Estado por excombatientes de ambos bandos: D+60.
11. Inicio de transferencia preferencial de tierras por el Estado a los excombatientes de ambas Partes que aíslo hayan solicitado y que sean de extracción campesina con vocación agrícola y que no pasan tierras por ningún título: D+90.
12. Presentación a la Asamblea Legislativa del anteproyecto de Código Agrario: a más tardar A+12 meses.
13. Implementación de acuerdos sobre privatización y compensación social: a partir de A.
14. Implementación de acuerdos sobre cooperación externa: a partir del día D.
15. Implementación de programas para facilitar la incorporación de excombatientes del FMLN: antes de D+60.

VII. Participación Política del Fmln

1. Adopción de las medidas legislativas o de otro carácter para garantizar el pleno ejercicio de derechos a excombatientes FMLN: entre A y D5.
2. Solución para la seguridad de dirigentes y participantes del FMLN en COPAZ y otras comisiones: entre A y D.
3. Liberación de detenidos políticos: D+30.
4. Promoción de decreto legislativo para la legalización del FMLN como partido político: a partir de D+90.
5. Autorización de licencias para medios de comunicación social: a partir de D+30.
6. Amplias garantías y seguridades para el retorno: a partir de D+40.

VIII. Cese del enfrentamiento armado

1. CEA informa: Entre A y D.
2. Instalación del Grupo Conjunto de Trabajo: día A.

3. Inicio de campaña de reconciliación: A+1.
4. Comunicaciones de las FAES a ONUSAL de información detallada sobre el número de sus efectivos y armamentos que se concentrarán en los lugares enumerados en el Anexo A: a más tardar D-7
5. Suministro por el FMLN a ONUSAL de información detallada sobre el número de sus efectivos e inventarios de armas, municiones, minas, otros explosivos y equipo militar en cualquier lugar del territorio nacional y sus planes para la concentración de los mismos en lugares enumerados en el Anexo B: a más tardar D-7.
6. Designación precisa de los lugares señalados para el repliegue de la FAES y el FMLN: entre A y D.
7. Primera etapa de separación de fuerzas: entre D y D+5.
8. Segunda etapa de separación de fuerzas: entre D+5 y D+30.
9. Concentración por el FMLN, bajo la supervisión de ONUSAL, en cada uno de los 15 lugares señalados, de todas las armas, municiones, minas explosivos, y equipo militar del FMLN, inclusiva las clandestinas, de conformidad con el párrafo 26 del Capítulo VII (Cese del Enfrentamiento Armado): entre D+16 y D+30.
10. Control por ONUSAL de todas las armas, municiones, minas, explosivos y equipo militar del FMLN, inclusivas las clandestinas, de conformidad con los párrafos 27 y 28 del Capítulo VII (Cese del Enfrentamiento Armado): a partir de D+30.
11. Reincorporación de los excombatientes del FMLN, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país:

    8.11.1: D+90: No menos del 20%.

    8.11.2: D+120: No menos del 40%

    8.11.3: D+180: no menos del 60%

    8.11.4: D+240: no menos del 80%

    8.11.5: 31-10-92: 100%

12. Fin de la estructura militar del FMLN: entre el 15-10-92 y el 31-10-92.

IX. Disposición final

El tiempo de ejecución de los acuerdos que no estuvieron contenidos en el presente calendario así como los ajustes que, por cualquier causa, fueren necesarios respecto de lo aquí acordado, serán resueltos por ONUSAL en consultas con las Partes.

DECLARACIÓN FINAL

Las partes expresan su firme determinación de respetar escrupulosamente y ejecutar de buena fe todos los compromisos asumidos en el presente Acuerdo y en los demás que han alcanzado en el proceso de negociación, dentro de los términos y a través de los mecanismos previstos en ellos, así como la de cooperar con ONUSAL en su tarea de verificar el cumplimiento de tales Acuerdos. El Gobierno de El Salvador se comprende de manera solemne a promover activamente la aprobación de las reformas legislativas acordadas, en tiempo oportuno para que sean promulgadas en las fechas previstas.

Ciudad de México, 16 de enero de 1992
En representación del Gobierno de El Salvador:
Dr. Óscar Santamaría
Cnel. Juan Martínez Varela
Gral. Mauricio Ernesto Vargas
Dr. David Escobar Galindo
Dr. Abelardo Torres
Dr. Rafael Hernán Contreras

En representación del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional
Cmdte. Schafik Handal
Cmdte. Francisco Jovel
Cmdte. Salvador Sánchez Cerén
Cmdte. Joaquín Villalobos
Cmdte. Eduardo Sancho
Roberto Cañas
Dagoberto Gutiérrez
María Marta Valladares
Ana Guadalupe Martínez
Salvador Samayoa
Secretario General de las Naciones Unidas
Boutros Boutros-Ghali

Referencias

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/index.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/01.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/02.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/03.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/04.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/05.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/06.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/07.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/08.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/09.htm

https://www.marxists.org/espanol/tematica/elsalvador/organizaciones/fmln/1992/ene/16/acuerdosdepaz/010.htm

Capítulo Cuarto

Análisis actualizado de los Acuerdos esenciales que se convirtieron en reformas constitucionales

1. Análisis sobre el tema Fuerza Armada

Se ha expresado de un modo general entre la población salvadoreña, que la Fuerza Armada, es la institución que mejor ha cumplido los Acuerdos de Paz; esto puede tener varias lecturas:

Primero: La F. A. ha dejado de hacer todo lo que durante el conflicto se le atribuyo, cumplió con el cese de fuego, desplazó sin juzgamiento a los oficiales que fueron señalados en la Comisión de la verdad, se mantuvieron al margen de las actividades políticas, sus militantes aceptaron regresaron a los cuarteles, desmovilizaron los batallones en quienes recaían las acusaciones sobre violaciones a los derechos humanos y finalmente, los militantes comprometidos con delitos políticos fueron beneficiados por la Ley de Amnistía; cabe señalar que de acuerdo a lo resuelto por la Sala de lo Constitucional, muchos delitos por los cuales se favoreció a los militares, no son delitos que caben en la ley de amnistía por excederse de la consideración de los delitos a que técnicamente se refiere la resolución de la Sala; es más, dicha resolución establece que los delitos que no se consideraren delitos políticos, pueden ser revisados por los jueces de conformidad a las reglas generales; una errónea interpretación de lo resuelto es lo que refleja como impunidad de tales delitos y que ha dado lugar a que nuevamente la actual Sala de lo Constitucional, haya admitido a trámite una nueva demanda de inconstitucionalidad de dicha ley.

En otras consideraciones, si bien es cierto que se ha modificado la filosofía de la Fuerza Armada, no se ha hecho un enfoque más apegado a la realidad, en relación a los fines y objetivos esenciales de estas instituciones en los países en desarrollo; no se trata solamente de enlistar jóvenes de las familias de escasos recursos, sino que deben modificarse los niveles actuales de enseñanza, que, al parecer, únicamente se han mejorado los estudios en la Escuela Militar y los Institutos superiores de la institución armada, pero dentro del concepto tradicional constitucional de que la fuerza armada está instituida para la defensa de la soberanía nacional y de la integridad del territorio; algo que debe conversarse ya que su origen es constitucional, no solamente pensando en repuestas militares o guerreristas frente a eventuales conflictos con nuestros vecinos; debe considerarse además, que la Fuerza Armada ha colaborado y colabora con la población en casos de desastres, estas acciones han motivado a alcanzar altos niveles de aceptación entre la población; en la actualidad su colaboración con la PNC para el combate de la delincuencia, se ha mostrado con aceptables niveles de profesionalismo y ha aportado cuotas de sacrificio en esa labor de mantenimiento de la seguridad nacional. El lector podrá conocer más sobre el tema, en las consideraciones que se hacen en la materia de seguridad pública.

No obstante, para un país como El Salvador, la Fuerza Armada debe superar esos patrones de acción y pasar a un grado superior para que su aporte gire en torno al desarrollo social y económico del país; en ese sentido, cabe considerar que es necesario que, en la defensa de la soberanía nacional, la Fuerza Armada, debe preparar a sus miembros para proteger el territorio de la República, modernizar sus equipos, estrategias, táctica, estudios, etc., para evitar que los agresores externos e internos, ilegal e impunemente utilicen las costas del territorio, impedir que realicen acciones de saqueo de los bienes nacionales, coartar la utilización del territorio para contrabando, narcotráfico, trata de personas, y otros ilícitos; en materia de protección del medio ambiente deben hacer trabajo conjunto con el ministerio de medio ambiente, agricultura, economía, instruir al personal en disciplinas científicas y prepararlos como tales oceanógrafos, hidrólogos, geólogos, veterinarios, etc., compatibles con su formación castrense, la cual debe mantenerse.

En virtudes los Acuerdos de Paz, el capítulo de la Fuerza Armada y Policía Nacional Civil se reformó así:

2. Seguridad y reforma constitucional

2.1 Defensa y Seguridad Publica funcionarán como dos ministerios separados. En esto 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, porque 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.

El Art. 104 de la Constitución española de 1978 dice que los cuerpos de seguridad se hallan bajo la dependencia del gobierno y su misión es, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Según las reformas aprobadas se introducen dos figuras nuevas: el Presidente nombrará al jefe de Seguridad Pública y a la Inteligencia de Estado. Dos cargos establecidos constitucionalmente que la ley secundaria deberá darles la ubicación conveniente y conforme el espíritu de la reforma.

Esta función del presidente es tan importante, como la de planificar el desarrollo económico y social, donde se requieren personas de gran capacidad y calidad humana, capaces de combinar la responsabilidad de sus cargos, con una vocación de servicio sin que el compromiso político ponga sombras a los propósitos de funciones tan delicadas. Se ha sugerido que ciertos cargos sean de responsabilidad de la Asamblea y no del Presidente; sin embargo, debe tenerse presente que "la función de la Asamblea no es gobernar, sino controlar al gobierno". (Stuart Mill).

Esto no sólo es un problema político, sino también de orden jurídico y sociológico. Europa y Estados Unidos de América han fijado con claridad la separación de lo que significa Seguridad Pública y Ejército, es factible por razones de defensa que la seguridad pueda pasar al ejército, éste nunca hará labores de seguridad; sobre este punto es necesario precisar el problema actual de seguridad en El Salvador, advertimos, con preocupación, que los altos niveles de delincuencia han obligado a cambiar este propósito y lo que tenemos es el efecto contrario; la Fuerza Armada, ha tenido que asumir funciones y responsabilidades compartidas en materia de seguridad, una situación grave como la que el país está afrontando, que la disposición constitucional admite que el Presidente de la República, pueda hacer uso de este recurso, en casos excepcionales, cuando seguridad Pública, no pueda hacer frente con sus recursos. Una política así definida, debe cumplir con cuatro requisitos fundamentales. Su apoyo, en una legislación armónica y estable, fundada en la igualdad ante la ley, surgida de un proceso democrático.

1.- 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.

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

3.- La política de seguridad ciudadana debe diseñar un conjunto de medidas de prevención especial orientadas a: i) asegurar la reinserción social de la per-

sona 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, en relación con la necesidad de proteger los bienes jurídicos, considerados como prioritarios en el ordenamiento penal. "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". Vid. Mario Solano: Evaluación del desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz Salvadoreños, UJMD, 2012.

Jorge Mario Jáuregui expresa que "El objetivo de una política pública de seguridad ciudadana, 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 y 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"…."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".

La seguridad es un valor político, social, económico y jurídico, al cual aspiran todos y cada uno de los miembros de la sociedad; su antivalor es la inseguridad, pareciera, en determinadas épocas, que la sociedad no sabe si predomina ésta, sobre aquélla; es además, entre los fines del Estado, uno de los que no puede faltar sin que el Estado degenere en otra cosa, ya que, la seguridad, es posible solamente dentro de "lo stato", lo quieto, lo permanente, el Estado. En la época actual, la necesidad de seguridad se manifiesta en diversos campos: seguridad ciudadana, seguridad social, seguridad jurídica, seguridad alimentaria y hay quienes todavía añoran la seguridad nacional como madre de todas las formas de seguridad; lo anterior, es más serio y más complejo que la "seguridad pública", que responde a un razonamiento un tanto ineficaz: más delincuencia, más policías y más cárceles, Ibíd.

3. Inseguridad en el 2015-08-07

El tema de la seguridad tiene muchas vertientes, Thomas Hobbes, consideró que el pacto social, es decir, cuando se forma el Estado a partir de la sociedad natural, se partió de la idea de que los hombres son iguales en la capacidad de hacerse daño entre sí, acordaron entonces despojarse de sus poderes particulares y depositarlos en un ente con suficiente poder para administrar la defensa de los seres humanos que se encuentren en el territorio del Estado; en ese sentido la finalidad primordial de esta

entidad sería la seguridad; este propósito se ha logrado en gran medida a partir del surgimiento del Estado nacional con poder supremo y monopolio de la fuerza para que haya seguridad y paz.

La seguridad, no es una función que se realice por fuerza física, ni sólo con policías, ni ejército, en algún momento se recurrirá a ello, como en el caso de nuestro país, que agotados los otros recursos, se ha tenido que recurrir a esa protección, casi como clamor social: menos con vulneraciones de las fuerzas individuales que poseen los ciudadanos; tampoco, producto del temor y menos del terror (terrorismo de Estado), la seguridad es la satisfacción de los requerimientos de los individuos y de los grupos sociales necesarios para la vida y todas las necesidades que exige la convivencia social. Así se habla de seguridad ciudadana, seguridad jurídica, seguridad social, seguridad ambiental, seguridad alimentaria y finalmente la seguridad humana, a la que todos los Estados están comprometidos, para asegurar por lo menos el mínimo existencial.

A esta fecha El Salvador, con todo y Acuerdos de Paz, después de 23 años del cese del enfrentamiento armado, sufre situaciones de violencia social, política, y delincuencial; que se sitúa en formas variadas de inconformidad de los grupos y de los individuos, por considerar que el Estado y su gobierno, no responden a las expectativas que desde sus posiciones han creado; existe además lo que se denomina violencia institucionalizada a causa de la marginación, la injusticia, el trato indigno etc., que es un producto de estructura social ancestral y cultura de violencia, con otros componentes que no se daban en la época de la guerra civil, tales son el crimen organizado, el narcotráfico, la intención de grupos políticos, gremiales, algunos convertidos en grupos de choque cuya finalidad es la desestabilización que produzca cambio de gobierno sin elecciones (golpe de estado); una situación compleja exige suma de voluntades y actitudes mesuradas, el abandono de posiciones extremistas todavía con resabios de que con el poder del dinero y de otros instrumentos, se doblegan voluntades; ese mito ha generado esta sociedad ahora más radicalizada y polarizada; grave situación que ha motivado el llamado el papa Francisco, a que se fomente la cultura de tolerancia, de solidaridad y de respeto.

4. Análisis sobre el sistema político. Partidocracia en El Salvador

Un partido es una agrupación permanente y organizada de ciudadanos, que mediante la conquista legal del poder público, se propone realizar en la dirección del Estado, un determinado programa político social.

En esta idea considerada como mejor opción en el camino del poder y para cerrar el paso a organizaciones armadas que pretendieran llegar por esa vía, el Art. 7 de la constitución de 1983, dijo que se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial. El artículo 85 Cn., dice que el sistema político es pluralista y se expresa en los partidos políticos que son el único instrumento para la representación del pueblo en el ejercicio del gobierno; y luego para poner candado

o freno, a quienes quisieran revertir esta decisión, el artículo 248 estableció que el sistema político es cláusula intangible y que en ningún caso podría ser reformada por el mecanismo que dicho artículo ha consagrado; adviértase que la Cn., no dijo que los partidos eran un instrumento preferente o importante para el ejercicio de los derechos ciudadanos, como lo dicen las constituciones española (Art. 6) y alemana (Art.21); El Salvador dijo que son el único instrumento para la representación.

A treinta y dos años de su vigencia regresa a posiciones menos autoritarias y mediante sentencias de a Sala de lo Constitucional, ha establecido que los ciudadanos pueden entrar a la representación sin acreditar pertenencia a partidos y además ha dicho que para ejercer cargos de elección de Asamblea (segundo grado), no debe estar afiliado al partido político, que las listas de candidatos presentadas por los partidos políticos para elegir diputados, pueden ser cerradas y desbloqueadas y abiertas y desbloqueadas (voto cruzado) lo que inhibe poder a las cúpulas partidarias, últimamente la Sala de lo Constitucional, ha resuelto que las juntas electorales temporales, deben estar integrada con personas no partidarias (por lo menos cincuenta mil ciudadanos que integrarían estas juntas no deben ser partidarios). ¿Es bueno esto para la democracia?, ¿ha actuado correctamente la Sala de lo constitucional, o se proyecta un retroceso a lo establecido por la Constitución de 1983? No lo sabemos y no será posible en tanto no se abra un foro de discusión de estas sentencias. Lo que si podemos señalar desde este espacio y con la mayor objetividad posible, es que esta atribución asumida por la Sala, no corresponde a lo previsto en el Art. 248, en el sentido que tocando el sistema político, la reforma constitucional sería posible únicamente mediante convocatoria a Asamblea Constituyente.

Sabemos que los partidos políticos "organizan coherentemente la multiplicidad de opiniones y corrientes políticas, y las hacen efectivas", pero en El Salvador estos institutos han caído en un descrédito, que sus dirigencias no encuentran el procedimiento para lograr credibilidad, respeto y confiabilidad; la Asamblea Legislativa instancia donde se pueden proyectar modificaciones de las leyes partidarias, tampoco goza de confianza de parte de la población.

Los ciudadanos responden a los llamados de los partidos, ilusionados y con la esperanza, casi siempre vana, de lograr por ese medio alguna mejoría en sus condiciones de vida; en algún sentido, hay un mínimo adelanto en este campo, al tener al presente una representación de la izquierda, que controla gran parte del poder del gobierno. Desde luego, sacrifica parte de su ideario político y de sus principios ideológicos, ya que las estrategias para alcanzar y mantenerse en el poder, no son como la teoría revolucionaria marxista las ha dogmatizado.

El partido triunfador en las elecciones de 2009 y 2014, considerado como opción optimista de parte de los ciudadanos, a la fecha recibe las más agudas críticas, inclusive de sus propios militantes.

Capítulo Quinto

La participación, la democracia representativa y la democracia liberal

Introducción

A pesar de los vacíos e irregularidades que se han demostrado, si no fuera por el mandato constitucional que el presidente de la República y el vicepresidente, diputados y concejos municipales se deben elegir popularmente, los ciudadanos salvadoreños fueran totalmente ajenos de las actividades políticas. En otros países, la democracia representativa, no se opone a diferentes formas de participación, de tal manera que los ciudadanos, además de las elecciones, pueden ejercer sus derechos soberanos y ser tomados en cuenta en la estructuración y control del poder, no se oponen porque ha evolucionado del concepto originario de la democracia liberal como democracia burgués, ha superado los efectos del liberalismo y del neoliberalismo y aunque la democracia social liberal anima las relaciones políticas, en el entendido que esta forma de percibir la democracia y la libertad, parten del respeto a la libertad del hombre, junto con el derecho de igualdad; que las relaciones humanas se deben de dar en un ámbito muy amplio como el de la universalidad, que el Estado liberal se entiende como respeto a la libertad. Pero con el compromiso del Estado de crear condiciones y remover obstáculos que impidan la convivencia humana y la procura existencial y todo ello en el marco del derecho (Constitución) que establece las reglas del juego social, es decir, los que ahora conocemos como Estado Social y Democrático de Derecho.

La democracia liberal no puede interponerse, porque además de la democracia representativa propia del Estado burgués acepta y promueve nuevas formas de participación para lograr democracia auténtica, es como mecanismo de defensa de la libertad.

Entre estas formas tenemos:

1. Iniciativa Popular

Es un derecho del pueblo hacer propuestas de ley, lo que no es permitido por la Constitución de El Salvador, aunque es justo reconocer que existe la denominada iniciativa ciudadana, para demandar la inconstitucionalidad de las leyes; es hasta hoy, la única forma de iniciar esta clase de procesos, aunque por lo que dispone la misma Constitución, el Fiscal General de la República (Art. 193 Cn.) tiene facultades para iniciarlos. La iniciativa popular para proponer leyes, es considerada como un "derecho del cuerpo electoral a presentar un proyecto de ley para su necesario tratamiento por la Asamblea Legislativa o bien para exigir la consulta popular sobre cuestiones legislativas determinadas."

Puede considerarse como un mecanismo de defensa de la Constitución, ya en Francia se define como "el medio para remediar la inercia de los representantes, que invita a la Asamblea para que legisle sobre una cuestión cuyo sentido general está in-

dicado por la iniciativa, al redactar el proyecto en forma legislativa"; es decir, en este contexto caben dos posibilidades:

1. Pedir de modo general la formulación que quiere o necesita;

2. Que el peticionario presente un proyecto ya elaborado.

Es decir, que en este contexto caben dos posibilidades, pedir de modo general la formulación de una ley que aún no ha sido redactada, porque el Pueblo no presenta concretamente las formulaciones que quiere o necesita; y por otro lado, que el peticionario presente un proyecto ya elaborado. Uno de los primeros países donde se comienza a utilizar y se ponen alrededor de ella requisitos para evitar su abuso, es Suiza. (vid. Constitución Suiza).

En la actualidad y dado el desarrollo del derecho procesal constitucional, en los países que no se reconoce la iniciativa popular, como en el nuestro, se puede utilizar el mecanismo de la Inconstitucionalidad por Omisión, en el que demanda ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que la Asamblea Legislativa cumpla con su deber constitucional de dictar las leyes que desarrollen los preceptos constitucionales. Un panorama todavía no descubierto en nuestro país, que pondría a prueba nuevos mecanismos de defensa constitucional.

2. Referéndum

Referéndum es una Institución Política, que sirve para que el pueblo o el cuerpo electoral rechace o apruebe las decisiones de sus representantes o designados, para "asambleas constituyentes o legislativas"; es un instrumento de negación, en virtud de que por medio de él, el pueblo tiene poder para oponerse pero no para hacer. Esta institución deviene en ser una especie de freno hacia la corrupción legislativa, pone al pueblo como corrector de una posible imprevisión legislativa y procura en forma fiel, poner acorde "la legislación con los sentimientos públicos". Luis Aguiar de Luque, destaca su importancia, en el sentido de servir de complemento a las "disfuncionalidades parlamentarias".

2.1 "Referéndum Constitucional y Legislativo" el primero, es cuando tiene por objeto aprobar un texto constitucional; y el segundo, cuando tiene por objeto aprobar el que tiene rango de ley.

2.2 "Referéndum Constitutivo" es cuando se crea una nueva Constitución; es modificativo si la modifica o reformativo y abrogativo, cuando la deroga, la deja sin vigencia o la suprime.

El profesor di Ruffia define la primera clasificación, en vista de otorgar eficacia a una norma y la segunda, en vista a dejar sin eficacia a otra, sin sustituirla por otra

misma, que se puede reconocer cuando con motivo de la aprobación de una reforma constitucional o de una ley, surgen discrepancias entre los Órganos del Estado y se remite el problema al pueblo. Carlos Fayt lo define en su libro de Derecho Político, citado por Berlín Valenzuela, como "el derecho del pueblo a intervenir directamente en la formulación y sanción de las leyes, o en algunas de sus etapas de formulación o sanción, tanto en el orden constitucional y legislativo como en el administrativo".

En otras palabras, en el primer caso, el cuerpo de electores aprobará o rechazará la ratificación de reformas de la constitución; y en el segundo, ratificará o no, las leyes no constitucionales.

2.3 "Referéndum Consultivo" es una convocatoria popular para obtener la opinión relacionada con una decisión que se tomará posteriormente. El cuerpo legislativo procura descubrir la impresión del pueblo en relación con una reforma o proyecto; es una consulta dirigida hacia el cuerpo electoral, para que este vote a favor o en contra de la generación o no, de una reforma o medida legislativa.

2.4 "Referéndum Local" su aplicación solamente es referida a las poblaciones que estén interesadas en el mismo. El fin de tomar esta actitud a través de esta clase de referéndum, es conocer la actitud del pueblo frente a la medida que se tomará; si realmente logramos que la ley reúna las características de ser concienzuda y escrupulosa antes de moldear sus detalles.

3. El Plebiscito

Carlos Fayt lo define como "un derecho del cuerpo electoral para participar en la ratificación y aprobación de un acto esencialmente político, de naturaleza constitucional o gubernamental".

Según el Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, parte del Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica 1989: "Esta institución no afecta a los actos de naturaleza normativa, sino que se refiere a cuestiones de hecho, actos políticos y medidas de gobierno". Afecta especialmente cuestiones de carácter territorial y materias relativas a la forma de gobierno y de su ejercicio.

La nota fundamental, según Berlín Valenzuela, está en su "naturaleza estrictamente política siendo su empleo de carácter extraordinario y excepcional, puesto que concierne a la estructura fundamental del Estado o de su Gobierno". Vid. Mario Solano: Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz Salvadoreños, Universidad Dr. José Matías Delgado. UJMD.

Capítulo Sexto

Análisis sobre el tema económico social

Introducción

El tema económico social es determinante para explicarnos el comportamiento social en todos sus estratos; ocurre desde el nacimiento y desarrollo de la República, es trascendental antes, durante y después de los Acuerdos de Paz, por lo que se dedica un capítulo especial para su tratamiento, en la que se analizan todos los puntos que están involucrados en sus causas y efectos, el lector puede revisar el capítulo que antecede y los argumentos, explicaciones, requerimientos, controversias, etc., que animaron al debate. Cuando el marxismo plantea que la estructura económica es la que determina la superestructura social, solo recrea en teoría algo que está consagrado en las realidades históricas de las sociedades actuales y pasadas que, depende de la forma en que el tema se ha abordado y las pretensiones e intereses políticos que giran a su alrededor, así las sociedades han mostrado los efectos de ese determinismo y la política ha tenido que intervenir, de distintas formas para lograr que los desbordamientos sociales no atenten contra la existencia de la sociedad misma. La guerra en El Salvador, es un ejemplo palpable de lo que decimos, se acepte o no la verdad del argumento marxista.

El análisis que se hizo para alcanzar algunos acuerdos en esa materia, están presentes después de veintitrés años de su firma y es probable que el capital y el trabajo (patronos y trabajadores), deban asumir nuevas responsabilidades y actitudes ante el agravamiento de la problemática, con el agregado de la inseguridad, producto de la violencia social, de la delincuencia organizada, de la inviabilidad de los recursos del Estado, para evitar la crisis delincuencial; el fenómeno agresivo y deshumanizado de las pandillas, solo refleja la conflictividad social y la fragilidad del Estado para combatir el desorden, la criminalidad y el terror impuesto por las pandillas.

Cuando escribimos nuestro "Evaluación del desarrollo Institucional…", en el concurso promovido por UJMD se recurrió a los planteamientos más serios y propios del tema que se estaba escribiendo y en los espacios permitidos por la convocatorias. Dichos planteamientos siguen siendo válidos, y los presentamos a continuación.

1. A fin de aliviar el costo social del ajuste estructural de la economía, se acordaron las medidas siguientes: Compromiso del gobierno de adoptar políticas y a crear mecanismos efectivos, que tienden a defender a los consumidores e incluye la adopción de una nueva ley de protección del consumidor. Se comprometió, a fortalecer los programas de compensación social en ejecución, destinados a combatir la extrema pobreza, incluso con recursos externos adicionales.

En cuanto a la política de privatización, se acordó fomentar la participación social en la propiedad, promover el acceso de los trabajadores a la propiedad de las empresas privatizadas y evitar las prácticas monopólicas.

Se estableció un foro de concertación económica social, con la participación de los sectores gubernamental, laboral y empresarial, con el objeto de lograr un conjunto amplio de acuerdos tendientes al desarrollo económico y social del país, en beneficio de todos los habitantes. Los acuerdos del tema económico social buscaban la estabilización, la solución de los problemas económicos y sociales derivados de la finalización del conflicto, y otros propios de la reconstrucción de posguerra.

El plan de reconstrucción nacional fue uno de los últimos frutos del proceso de negociación, y tenía como objetivos principales el desarrollo integral de las zonas afectadas por el conflicto, la atención de las necesidades más inmediatas de la población más afectadas por la guerra y de los excombatientes de ambas partes. El plan pretendía fomentar la creación de oportunidades de empleo masivo y el aumento de la producción de alimentos básicos; incorporar programas que beneficiaran tanto a los lisiados como a los familiares de las víctimas entre la población civil. Se destacó que todo este inmenso esfuerzo se realizaría a partir de un llamado a la comunidad internacional, para que brindara el mayor apoyo posible a las gestiones de recaudación de recursos financieros.

Los compromisos adquiridos en este rubro fueron los siguientes:

- Impulsar programas de desarrollo en el país.
- Proporcionar créditos al sector rural y a la micro y pequeña empresa.
- Formular un plan de reconstrucción nacional.
- Implementar medidas para la solución de los problemas del sector agrario.
- No desalojar a los campesinos que trabajaron tierras en zonas ex conflictivas.
- Elaborar una ley de defensa del consumidor.
- Participación de los trabajadores en la privatización.
- Organizar un foro de concertación económico social.

2. Conceptos Generales

El desarrollo económico, como se lo entiende en la actualidad, se basa en tres principios clave: un crecimiento económico sostenido, que genere mayores recursos; un sistema de distribución de la riqueza lo más equitativo posible y, la sustentabilidad del modelo económico en el que se basa el crecimiento, para que este se pueda mantener por largo tiempo y tenga la posibilidad de impactar positivamente en la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Un desajuste en cualquiera de estos factores produce efectos económicos que impiden que se logre el desarrollo, que provoca los principales problemas económicos que pueden afectar a una nación.

3. El crecimiento económico

La riqueza de una nación está constituida por los recursos con que cuenta un país para resolver el problema de la satisfacción de las necesidades de su población. Esta riqueza se calcula a partir de una medición del nivel de la actividad económica, que se expresa en índices como el producto o renta nacional. El indicador más utilizado es el Producto Interno Bruto (PIB), llamado también Producto Geográfico Bruto (PGB), que corresponde al valor total de la producción de bienes y servicios realizada en un año al interior de un país por todos sus residentes. Así, el PIB permite tener una imagen del nivel de producción total de una economía; situación que si se monitorea a lo largo del tiempo permite ver el crecimiento económico de un país. El ritmo de crecimiento económico es importante en la medida en que posibilita el desarrollo económico, ya que al aumentar los recursos con que se cuenta, eventualmente se pueden satisfacer más y mayores demandas de la población, esto produce una mejora sustantiva en su calidad de vida. Sin embargo, el aumento de la riqueza nacional por sí misma no basta para lograr el desarrollo social.

4. ¿Se produce crecimiento con desarrollo en El Salvador?

El Salvador presenta un grave deterioro en su desarrollo social y económico, al grado que ninguna evaluación internacional, en ninguno de esos temas nos pone una nota medianamente aceptable. Los conductores de la sociedad en materia económica y social, no han podido o sabido crear un modelo de desarrollo incluyente, democrático, humano y solidario; al contrario, las acciones que se han realizado después de los Acuerdos de Paz nos muestran un modelo excluyente, explotador, oportunista y corrupto, para calificarlo con adjetivos mencionables.

La dolarización de la economía, la privatización de los bienes nacionales, la corrupción en la inversión pública, la pérdida inexplicable de dinero del Estado que la opinión pública ubica en poder de ex gobernantes, son claros y duros ejemplos de lo que los gobiernos han hecho con los bienes de la Nación y de los contribuyentes. Ni los acuerdos ni los cambios políticos, que al fin se dieron en 2009, han evitado esta enfermedad política y social.

El investigador Roberto Salazar Candell, menciona algún esfuerzo aislado que se produjo en la última década del siglo pasado, con el que se pretendía abordar la problemática social y económica al respecto expresa: "se crea por decreto presidencial el Consejo Nacional para el Desarrollo Sostenible (CNDS), presidido por el Vicepresidente Constitucional de la República."

"El mismo año, siempre a instancia de la Presidencia de la República se conformó la Comisión Nacional de Desarrollo, integrada por un grupo reducido de profesionales o empresarios, cuyo propósito era entregar al país las bases para el plan de Nación".

5. Marco político y económico

En relación con las condiciones del marco político económico, dentro del cual se desarrollará el proceso de modernización, deben considerarse cuatro factores fundamentales:

a. El primero hace mención sobre el tamaño del sector público; a pesar del discurso del gigantismo estatal, El Salvador es uno de los países de menor tamaño en América Latina: la carga o presión tributaria en 1997 y 1998 fue del 10.8 por ciento.

b. La enorme incidencia de los problemas sociales expresada en pobreza y graves carencias en materia de educación, salud, vivienda, seguridad social y seguridad ciudadana (violencia).

Para finalizar, después de una década de reformas del Estado, con la concepción "mercadeana" de achicarlo, de tratar de limitarlo, a las funciones tradicionales de defensa, seguridad y justicia se concluye:

- Que el Estado "privatizado" no funcionó ni siquiera para desarrollar o regular los mercados, menos para combatir la pobreza, la exclusión social o la destrucción ambiental.
- Que es insoslayable y urgente fortalecer el Estado, darle dirección de largo plazo y eficiencia en la acción, para que acompañe a la sociedad civil en el combate contra la pobreza, como un inicio para mejor la calidad de vida de los salvadoreños.
- Que el Estado es insustituible para abordar los intereses de la Nación a mediano y largo plazo (necesidades sociales, ambiente, seguridad y otros). Estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.[59]

6. Un análisis preocupante

Un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD) determinó que la baja carga tributaria en la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe, es una de las principales causas por las que esta región tiene los mayores niveles de desigualdad del mundo. El estudio que el PNUD presentará esta semana en El Salvador, plantea que aquellos países que presentan menores niveles de inequidad, son los que tienen mayores cargas impositivas; asimismo, señala que la falta de transparencia en esta área y la poca capacidad regulatoria del Estado, ahondan los problemas de desigualdad señalados.

---

59 Salazar Candell. Robert. El Salvador de cara al mundo globalizado del siglo XXI: un Estado moderno en función del desarrollo sostenible" Roberto Salazar Candell "La derrota a la pobreza es el desiderátum de una estrategia de reformulación del Estado y la sociedad civil".
http://www.buenastareas.com/materias/destaca-los-cambios-pol% C3%ADticos-e

El informe presenta un enfoque sobre desigualdad, basado en "la importancia de la relación entre bienes, oportunidades y opciones reales de vida, para personas concretas". Es decir, que no sólo se enfoca en la distribución de la riqueza de un país, sino que también toma en cuenta otros factores como las posibilidades que tienen diferentes estratos de la sociedad, por ejemplo, la de recibir educación.

Una de las principales formas de medir la desigualdad en un país es comparar las condiciones de ingresos, acceso a servicios básicos, entre otros factores, entre el 20% de la población con más altos ingresos y el 20% de la población con menores ingresos. El PNUD tomó en cuenta a los países de América Latina y el Caribe; sin embargo, no en todas partes del estudio se hace mención a los más de treinta países que conforman la región.

En el "Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010", el PNUD incluye actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad", plantea que hay factores que contribuyen a la persistencia de la desigualdad, que permiten que ésta sea un problema sistémico y que se herede de generación en generación. Uno de esos factores es la capacidad de influencia de ciertos grupos en la definición de políticas públicas, dice el documento y todo esto se traduce en los bajos niveles de la carga tributaria.

Diez de los quince países más desiguales se encuentran en América Latina y el Caribe, una región cuyo coeficiente de gini del ingreso es un 65% más alto que el de los países de ingreso alto; Haití, el país más desigual tiene un coeficiente de 60, mientras El Salvador de 49.

Dentro del informe se compara de diferentes maneras, la relación entre las personas de más alto ingreso y las personas de menor ingreso; por ejemplo, la diferencia entre el acceso al agua del quintil con más alto ingreso y el quintil con menor ingreso. En El Salvador, las personas con mayor ingreso tienen 45% más acceso al agua que las personas que no lo tienen y también es el tercer país con la diferencia más alta en este indicador.

América Latina se caracteriza por un sistema tributario, basado principalmente, en impuestos al consumo, una estrategia que sigue sin funcionar para elevar los índices de desarrollo de la región. América Latina y el Caribe tiene una carga, en promedio, del 17% del Producto Interno Bruto (PIB) y se gana el título de la región más desigual del mundo: Argentina posee una de las cargas tributarias más altas de la región, la cual representa el 29% del PIB, en este estudio, Argentina es el país menos desigual de la región.[60]

60 Jimena Aguilar. Versión resumida el faro net.-PNUD reclama mayor redistribución de ingresos en América Latina y el Caribe. Jimena Aguilar El Faro. Publicado el 19 de Septiembre de 2010.

7. Las Reformas políticas y económicas

El Observatorio Solidaridad, Barcelona, hace un análisis de la problemática económica, muy completa y científica y consideramos que es muy importante, para la mejor compresión de este tema fundamental del Ensayo.

El contenido de los Acuerdos de Paz englobaba cuatro ámbitos principales: derechos humanos, desmilitarización, creación de instituciones democráticas y algunos aspectos socio económicos. El gobierno salvadoreño controlado por la oligarquía, se negó a negociar su política económica y centró los esfuerzos en negociar los temas políticos. En el año 1989 se inicia un proceso de reformas políticas que permitió la inserción del país en el sistema económico mundial. Estas reformas inspiradas en los programas de estabilización económica –PEE– y ajuste estructural –PAE– definidos por el Fondo Monetario Internacional –FMI– y el Banco Mundial –BM– también fueron impulsadas por sectores nacionales interesados en participar de esta globalización inducida y del modelo neoliberal, y así poder recuperar los negocios perdidos por la oligarquía en la década anterior. El Ajuste, sin embargo, es muy poco lo que ha logrado y siempre se observa una realidad que presenta esos signos.

8. Realidades de la Estructura Socio económica

a. SALUD. Sólo una pequeña parte de la población salvadoreña tiene acceso a los servicios básicos de salud, que más que un derecho social continúa siendo un privilegio de los ricos.

b. EDUCACIÓN. Gracias a los créditos concedidos por las instituciones multilaterales se está haciendo una gran inversión en educación primaria, para que la mayoría de gente llegue a tener el sexto grado de básica (12 años).

c. AGUA. Más del 50% de los hogares no dispone de servicio de agua por cañería. El abastecimiento es de forma intermitente y bastante deficiente; aun el agua que viene por las cañerías está bastante contaminada.

d. ENERGÍA ELÉCTRICA. En el año 1991 se privatizó la distribución de energía eléctrica. Actualmente está en proceso la privatización de todo el servicio. El 35% de la población no tiene acceso a esta prestación.

e. TELECOMUNICACIONES. La privatización de las telecomunicaciones trajo a la sustitución del monopolio público por otro de privado, permitió concentrar el sector en tres grandes empresas europeas (Telefónica de España, Telecom de Francia y Telemóvil de Holanda), sin que los argumentos que defendían la privatización –tarifas más bajas, cobertura y eficiencia– se hayan cumplido. Entre 1998 y 2003 el coste fijo de las tarifas ha incrementado el 41%. El 55.4% de los hogares no tienen servicios de telefonía.

f. SISTEMA DE PENSIONES. En el proceso de privatización de las pensiones se formaron cinco empresas, de las cuales dos tienen el máximo número de afiliados. Una de estas empresas es BBVA, Crecer, AFP Pensiones.

g. SEGURIDAD SOCIAL. Deja afuera prácticamente a toda la población rural y cubre apenas el 39% de la población activa urbana.

h. TERCERIZACIÓN DE LA ECONOMÍA SALVADOREÑA. La flexibilización laboral. Según los datos oficiales, el paro es de un 7% en El Salvador, pero los sindicalistas estiman que llega a más del 50%, sobre todo en el sector agropecuario. La flexibilización del mercado laboral ha servido de instrumento de atracción de la inversión extranjera y base de la precarización de las condiciones laborales. Las medidas de flexibilidad laboral favorecen la supresión de derechos de los trabajadores y coadyuvan a la explotación cada vez más. De ese modo abaratan los precios de los productos y estos son más competitivos en esta época marcada por los tratados de libre comercio. El salario mínimo, en el área urbana, casi no sobrepasa el valor de la canasta básica y en las zonas rurales esta situación es todavía más grave.

j. MAQUILAS Y EXPORTACIÓN. Una de las estrategias de las últimas administraciones ha sido la de consolidar el aparato exportador basado en la producción maquilera, impulsada durante la década de los noventa. La maquila se ha convertido en una de las ramas más dinámicas de la economía y generadora de divisas en El Salvador. Agricultura importación. Durante los años noventa se produce un cambio brutal del modelo agroexportador, por un nuevo modelo basado en la maquila, las exportaciones no tradicionales y el aumento de las remesas. El gobierno salvadoreño disminuye progresivamente el apoyo a la agricultura.

k. DETERIORO DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL MEDIOAMBIENTE. El Salvador es el segundo país más desforestado del continente americano, y como consecuencia, el 75% del suelo está erosionado; las causas principales son la tala de bosques que realizan las grandes empresas que se dedican a los productos de exportación, la concentración comercial y la población que se aglutina en las áreas periféricas, el deterioro ambiental es el resultado lógico del modelo de desarrollo; ya que se carece de leyes ambientales y sobre todo, se utiliza tecnología inadecuada.[61]

61 "El Observatorio Solidaridad de Barcelona" Esta es la versión en caché de http://www.solidaritat.ub.edu/ observatori/esp/somos.htmen Google.Se trata de una captura de pantalla de la página tal como ésta se mostraba el 14 junio 2011.

9. Realidad Socio económica

El tema económico se abordó en los Acuerdos de Paz, se considera que ambos son componentes de una realidad estructural generadora de las diferencias que existen en la sociedad salvadoreña y además, fuente de conflictos que se han mantenido desde la independencia hasta nuestros días; por una circunstancia que es común en América Latina, los promotores de la independencia absorbieron la filosofía liberal y la aplicaron en el campo social político y económico y propusieron sus formas de constitucionalismo, es decir, plasmaron en las constituciones los valores, principios y presupuestos de la época; el liberalismo creó el ideario político que se fundamentó en la libertad humana y su base económica como el derecho de propiedad; ambos conceptos fueron los elementos para proponer, en el plano económico, y en las relaciones sociales, se mantuvieran conforme las leyes del mercado y que el Estado actuará como un gendarme que únicamente intervendría cuando esos componentes fueran perjudicados o violentados.

En nombre de las libertades como sustento del mercado, aquellos que utilizaron sus posiciones para el control de la propiedad y la política del libre mercado, fueron controlando el poder político, por lo que la sociedad estamental, propia de las monarquías absolutas, cedió paso a una nueva sociedad: la burguesía y el proletariado. Los efectos del liberalismo fomentaron la lucha de clases y la formación de una sociedad opulenta por encima de una sociedad carente de todo y que sobrevivió por la venta de su fuerza de trabajo. En esta obra se hace un análisis pormenorizado de lo que se ha expuesto y remitimos al lector a que en el curso de estudio forme sus propias concepciones sobre tan importante asunto; por tanto no se tratará este tema en este capítulo y pasamos de inmediato a las consideraciones de lo que ocurre en este campo en el momento que vivimos.

El Salvador debe aprestarse al cambio del modelo de desarrollo que impulsa, defiende y sostiene en perjuicio de la población más vulnerable; debe asumirse con mucha responsabilidad por todos los sectores que se constituyen como factores reales de poder dentro del Estado.

¿Cuál es la situación de El Salvador?

El Informe sobre Desarrollo Humano El Salvador 2010, hace propuestas para construir un modelo de desarrollo centrado en la gente a partir de un pacto social. Es decir, el PNUD está dando un salto cualitativo al propiciar el diálogo político para generar un contrato social en El Salvador. ¿Qué implica eso? Favorecerá la participación ciudadana, aplicará el enfoque de derechos y articulará la política social, económica y ambiental.

¿Qué es un modelo de desarrollo? El informe no trata didácticamente este punto. Casi da por hecho que los lectores saben de qué se está hablando. Este aspecto es relevante porque El Salvador está polarizado. Por una parte, los movimientos y partidos políticos que promueven el socialismo le atribuyen al mercado la causa de todos los males y por otra, los grupos empresariales y partidos políticos, que promueven el

capitalismo neoliberal, le atribuyen al Estado la causa de todos los males. Los sectores que están en el centro tienen poca incidencia en la vida nacional.

Al definir "modelo de desarrollo" como el conjunto de políticas, leyes e instituciones públicas a favor del bien común de las presentes y futuras generaciones, la propuesta del PNUD conduce a la edificación de un nuevo Estado. Por consiguiente, su viabilidad depende de los que adoptan las grandes decisiones. ¿Quienes son? Son los que ostentan el poder económico y político. ¿Y cómo van ellos a aceptar un cambio de su estatus quo? Este es el acertijo que el PNUD ha puesto en el centro de la discusión nacional. Alto costo de la vida, poca inversión, desempleo, vulnerabilidad socio ambiental, inseguridad ciudadana y corrupción, son los principales problemas que aquejan a El Salvador. Prueba de ello, es que cada vez menos jóvenes salvadoreños relacionan su proyecto de vida, con el futuro de su país. Esta situación se agrava por el consumismo, la poca capacidad productiva y la débil institucionalidad democrática. Ya se escuchan frases como las siguientes: "Pobrecito mi país", "El Salvador va a convulsionar nuevamente", "Hay sectores interesados en crear el caos", "La única salida es la bota".

Paradójicamente, los tomadores de decisión se aferran a un modelo centralista de desarrollo, dependiente de las migraciones, remesas y préstamos externos. La sobrecarga ideológica de numerosos dirigentes políticos, empresariales y sociales y lo prolongado de la crisis económica hacen que el gobierno sea presa del cortoplacismo y que gran parte del sector empresarial asuma que este es un gobierno de transición hacia el socialismo y por tanto, desconfía del Plan Quinquenal de Desarrollo 2014-2018.

Para iniciar la construcción de un nuevo modelo de desarrollo, convendría que el PNUD subrayara que el sistema democrático de libertades no está en duda, ni en juego; ese es un punto neurálgico. El PNUD no es de los que tira la piedra y esconde la mano. De modo que les corresponde a los líderes nacionales activar esta propuesta, comprometerse y monitorear su avance. (Rafael Ernesto Góchez, publicado el 23 de Enero de 2011, El Faro.net, El Salvador. Su planteamiento sigue siendo válido).[62]

10. Informe sobre desarrollo humano: PNUD. (2014)[63]

Alrededor de 1.200 millones de personas viven con menos de 1,25 dólares diarios y 1.500 millones viven en situación de pobreza multidimensional.

Inicia este informe con algunos datos alentadores y que debemos ponderar en su justa dimensión, pero eso es solamente el comienzo para después reiterar lo que es una constante de los informes de estos organismos tomados de una realidad existen-

62 Rafael Ernesto Góchez, publicado el 23 de Enero de 2011, El Faro.net, El Salvador. Su planteamiento sigue siendo válido.

63 Contenido del Informe sobre Desarrollo Humano de 2014. Resumen publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

cial, no maquillada, sin disfraces con propaganda ideologizada ya sea del Estado o de otras formas de poder.

"Tal como se desprende de los sucesivos informes sobre desarrollo humano, la mayoría de las personas en la mayor parte de los países ha mejorado sus niveles de desarrollo humano a un ritmo constante. Los avances en tecnología, educación e ingresos presentan perspectivas aún más prometedoras en términos de vidas más longevas, sanas y seguras; no obstante, en la actualidad existe también un amplio sentimiento de precariedad en el mundo con respecto a los medios de vida, la seguridad personal, el medio ambiente y la política mundial. Los grandes logros conseguidos en dimensiones clave del desarrollo humano, como, por ejemplo, la salud y la nutrición, pueden verse rápidamente socavados por un desastre natural o una recesión económica. Los robos y agresiones pueden empobrecer a las personas desde el punto de vista físico y psicológico. La corrupción y las instituciones estatales poco efectivas pueden dejar sin recursos a aquellos que necesitan asistencia. En consecuencia, el progreso real relativo al desarrollo humano no solo hace referencia a la ampliación de las opciones de vida de las personas y su capacidad de recibir educación, estar sanas, disponer de un estándar de vida razonable y sentirse seguras, sino que también es cuestión de lo sólidos que sean estos logros que cuentan con las condiciones suficientes para el desarrollo humano sostenible, no rindan plena cuenta del progreso en desarrollo humano sin explorar y evaluar la vulnerabilidad, tradicionalmente; el concepto de vulnerabilidad se utiliza para describir la exposición al riesgo y la gestión del mismo, incluidos el asegurarse contra un acontecimiento adverso y la diversificación de los activos e ingresos. En el presente informe se ha adoptado un enfoque más amplio y se han enfatizado las estrechas relaciones entre la reducción de la vulnerabilidad y el fomento del desarrollo humano.

Introducimos el concepto de vulnerabilidad humana para describir la posibilidad de deterioro de las capacidades y opciones de las personas, la vulnerabilidad como concepto es menos abstracta si hacemos un desglose de quienes, a qué y por qué lo son. En este informe se argumenta a favor de la necesidad de mejorar de manera sostenible las capacidades de los individuos y las sociedades, a fin de reducir estas vulnerabilidades persistentes, muchas de ellas estructurales y ligadas al ciclo de vida. El progreso debe centrarse en el fomento de la resiliencia del desarrollo humano. Aunque ¿quienes son vulnerables, a qué y por qué lo son? Existe un amplio debate acerca del significado de resiliencia, nuestro énfasis se centra en la resiliencia humana, que busca garantizar la solidez de las opciones, actuales y futuras, de las personas y su capacidad para lidiar y adaptarse a acontecimientos adversos.

Las instituciones, estructuras y normas pueden mejorar o reducir la resiliencia humana. Las políticas de Estado y las redes de apoyo a las comunidades pueden empoderar a las personas para superar amenazas, cuándo y dónde lleguen, si bien las desigualdades horizontales pueden reducir la capacidad que algunos grupos en particular tienen para enfrentar circunstancias complejas. En este informe se exploran los

tipos de políticas y reformas institucionales que pueden fomentar la resiliencia en el entramado de las sociedades, en particular, en grupos excluidos y momentos sensibles durante el ciclo de vida. Se examinan las medidas universales que pueden acabar con la discriminación y, se presta especial atención, a la necesidad de la acción colectiva para resolver la vulnerabilidad originada por las instituciones nacionales poco receptivas y las deficiencias de la gobernanza mundial.

Progreso humano

Gente vulnerable en un mundo vulnerable

Aquellos que viven en la extrema pobreza y la escasez, se encuentran entre los más vulnerables, pese a los progresos recientes en la esfera de la reducción de la pobreza, más de 2.200 millones de personas se encuentran en situación de pobreza multidimensional o cerca de ella (gráfico 3). Esto significa que más del 15 % de la población mundial sigue siendo vulnerable a la pobreza multidimensional. Al mismo tiempo, casi el 80 % de la población mundial no cuenta con una protección social integral. Alrededor del 12 % (842 millones) de la población padece hambre crónica y casi la mitad de los trabajadores (más de 1500 millones) tienen empleos informales o precarios, a las personas con capacidades básicas limitadas, en esferas como la educación y la salud, les resulta más difícil llevar las vidas que desean las barreras sociales, así como otras formas de exclusión, pueden restringir sus opciones en conjunto, las capacidades limitadas y las oportunidades restringidas les impiden lidiar con las amenazas en algunas etapas del ciclo de vida, las capacidades pueden verse frenadas al no realizar las inversiones adecuadas o prestar la atención necesaria en ciertos momentos, lo que hace que pueda aumentar o intensificarse la vulnerabilidad. Entre los factores que condicionan cómo se perciben y afrontan los eventos adversos y los retrocesos, se cuentan las circunstancias relacionadas con el nacimiento, la edad, la identidad y la posición socioeconómica; circunstancias sobre las cuales los individuos tienen un control mínimo o inexistente, vulnerabilidades ligadas al ciclo de vida, capacidades, se crean durante toda la vida y se deben fomentar y mantener; de lo contrario, pueden estancarse muchas de las vulnerabilidades (y fortalezas) de las personas. Son el resultado de lo que han vivido, por lo que los logros pasados influyen en la exposición presente y los modos de subsistencia.

LIBRO Segundo

Sistema Político y Forma de Gobierno

Título Primero

Conceptos Preliminares

Capítulo Primero

Derecho Comparado

Introducción

En el libro anterior se ha considerado el proceso evolutivo e histórico que la nación salvadoreña ha tenido desde la independencia hasta los Acuerdos de Paz, un tema que ha sido tratado ampliamente en "Evaluación del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz salvadoreños", obra premiada en el Primer certamen jurídico centroamericano, patrocinado por Universidad Dr. José Matías Delgado (UJMD), los lectores pueden dirigirse a esa fuente para tener el panorama completo de la trayectoria del constitucionalismo salvadoreño.

En el presente libro retomamos el tema evolutivo considerado en la obra mencionada así como lo que se ha expuesto en el libro primero de este trabajo investigativo, pero, al considerar un aspecto de carácter jurídico político, tal como se ha consagrado en la constitución, después de los Acuerdos de Paz, nos referimos al sistema político y forma de gobierno, que además de dejarnos la base teórica constitucional, nos ha de permitir conocer lo que constitucionalmente se ha logrado para iniciar próximamente el análisis de evolutivo del tránsito de lo que se ha destacado hasta la fecha y lo que será el desarrollo evolutivo en adelante para llegar al Estado Social y Democrático de Derecho que es el fin principal de este trabajo.

Para tener una idea de lo que se planteará en este campo y mejor comprensión de lo que estas instituciones salvadoreñas han desarrollado, haremos un ejercicio de derecho comparado, para analizar lo que tenemos, lo que no tenemos y las deficiencias notorias; siendo que la Constitución salvadoreña tuvo en su formación las constituciones alemana y española veremos cómo esta temática del sistema político ha sido considerada; en ese sentido tenemos:

2. Rasgos esenciales de la Constitución Española

Genera un conjunto de normas constitucionales, entre las que consideraremos como más relevantes el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos -pues sabido es que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado de partidos- así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un Verbändestaat, un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas. Nuestra democracia es fundamentalmente representativa, pero reconoce también algunas formas de democracia directa, como la iniciativa legislativa popular, el referéndum para decisiones políticas de especial trascendencia, así como para la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía (España) y para la reforma constitucional. (Algo natural y que en El Salvador todavía produce histeria). Tenemos en cuenta la naturaleza del sistema político de nuestro tiempo, el postulado democrático se expresa también en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales cuanto a intereses sectoriales o particularizados, y en cuyo detalle no es necesario entrar aquí.

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria presente Constitución.

Artículo 9

Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Deberes concretos del Estado.

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. (Orden filosófico, escasamente regulado en El Salvador).

3. Constitución de Alemania

Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(Hace de la dignidad no sólo un principio y un valor esencial, sino se considera como un derecho subjetivo; en nuestra Constitución tibiamente se menciona, como lo veremos oportunamente).

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Lo anterior se llama eficacia normativa directa y principio de responsabilidad estatal.

Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

Una garantía que no reconoce la Sala de lo Constitucional de El Salvador; la reserva de ley para restringir un derecho. (vid. Art. 19)

Artículo 3

[Igualdad ante la ley]

(1) Todas las personas son iguales ante la ley.

(2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

(3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas.

Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento

Artículo 19

[Restricción de los derechos fundamentales]

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

(3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, frase 1.

II. La Federación y los Länder30

II. La Federación y los Länder 31

Artículo 20

[Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

Un concepto que algunos salvadoreños lo vincularían al socialismo del siglo XXI.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Artículo 20 a

[Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales]

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Artículo 21

[Partidos políticos]

(1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.

Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal.

4. Constitución de El Salvador

Art. 85. El Gobierno es republicano, democrático y representativo.

El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa.

La existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y con la forma de gobierno establecidos en esta Constitución.

Art. 86. El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.

Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.

Art. 248. La reforma de esta Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos.

Para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial.

La reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados en un número no menor de diez.

No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.

Vid. capítulo Quinto, Título Segundo: Comentarios a la justicia constitucional

Capítulo Segundo
¿Qué es Sistema Político y Forma de Gobierno?

Introducción

Un sistema político es la plasmación organizativa de un conjunto de interacciones estables a través de las que se ejerce la política en un contexto limitado. Este sistema viene formado por instituciones, organizaciones, comportamientos, creencias, normas, actitudes, ideales, valores y sus respectivas interacciones, que mantienen o modifican el orden del que resulta una determinada distribución de utilidades, conllevando a distintos procesos de decisión de los actores, que modifican la utilización del poder por parte del político a fin de obtener el objetivo deseado.

El término ha sido confundido con los de forma de gobierno porque alude a la estructura y funcionamiento de los poderes públicos. Una forma de gobierno, sistema de gobierno, estructura de gobierno, régimen político o modelo de gobierno, es una manera de ejercitar en los distintos tipos de poder por parte de poder gobernante, y una estructura de gobierno es la forma en la que se estructura dicho poder, sin embargo, un sistema político es el sistema en el que se encuentra inmerso dicho poder y en el cual ha de desenvolverse para conseguir su objetivo. De esta forma posee una connotación más dinámica y compleja pues no se refiere aisladamente a las instituciones de gobierno o al resto de actores políticos que inciden sobre ellas, sino a la interdependencia del conjunto y al proceso de toma de gobierno.

De igual manera se ha empleado en ocasiones erróneamente para referirse al concepto de forma de Estado, concepto análogo al de forma de gobierno sólo que este último no sólo comprende también poder, sino además territorio y población. Forma de gobierno o forma política o régimen político o régimen de gobierno o sistema de gobierno o modelo de gobierno o modelo político es un concepto que hace referencia al modelo de organización del poder constitucional que adopta un Estado en función de la relación existente entre los distintos tipos de poderes. Según la forma adoptada, podrá hacerse una primera categorización entre presidencialismos y parlamentarismos. El carácter electivo o no de la jefatura de Estado permite hacer una segunda clasificación entre repúblicas (electiva) y monarquías (no electiva).[64]

64 Sistemas políticos actuales autor: María Teresa Toledo Scherzer https://www.google.com.sv/#q=.+sistemas+pol%c3%8dticos+actuales+autor:+mar%c3%8da+teresa+toledo+scherzer++ visto:12.05, 12/08/15

2. Sistema Político

David Easton define a los sistemas políticos como:

"Aquellas interacciones por medio de las cuales se asignan autoritativamente (en el sentido de que provienen de una autoridad) valores a una sociedad." "El sistema político no se halla aislado, esquemáticamente se puede decir que las interacciones se producen dentro del seno del propio sistema y fuera del sistema, es decir, con otros sistemas políticos". http://es.wik/sistemapolitico/

Son relaciones que se producen entre los políticos en un Estado y se expresan mediante la existencia de instituciones como Gobierno, Parlamento, Tribunales, electorado, la policía entre otros órganos existentes.

Los cuatro elementos del sistema político que operan en los distintos niveles dentro del sistema son:

1. **Elementos institucionales.** Son los órganos e instrumentos que dirigen el sistema y cumplen la función de asignar valores a la sociedad.
2. **Actores institucionalizados.** Son los que la sociedad se organiza para transmitir sus demandas o influir o modificar las decisiones de la autoridad.
3. **Valores de los individuos y grupos sociales.** Son los que vienen a ser la cultura política.
4. **Otros sistemas políticos de carácter nacional.** El escenario internacional.

   Las ideologías son los valores que dan sentido a las instituciones y se definen como un sistema cerrado que explica la actitud del hombre ante la vida y que determina su forma de conducta que corresponde a los pensamientos y creencias que construye su realización. Por lo que, el sistema político es la sociedad estatal que vive bajo una ideología política, sociopolítica, ética o religiosa que corresponden determinadas instituciones cuya finalidad es la realización de la ideología dominante.

Además, las ideologías políticas se reducen a cuatro fundamentales que definiremos a continuación:

- **LIBERALISMO:** doctrina política, económica y social que defiende la libertad individual y rechaza la intervención del Estado en asuntos civiles.
- **SOCIALISMO:** sistema de organización social y económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción y en la progresiva desaparición de las clases sociales:

  El socialismo trata de erradicar las diferencias económicas entre los diversos estratos de la sociedad.
- **NACIONALISMO:** doctrina que exalta en todos los órdenes la personalidad nacional.

- **ANARQUISMO:** doctrina política y social que preconiza la completa libertad del individuo, la abolición del Estado y la supresión de la propiedad privada.

En la práctica política nunca las encontramos en estado puro sino combinado de diversas formas y se podría decir que son equidistantes entre sí ya que cada una coincide con otra.[65]

3. Concepto de formas de gobierno o régimen político

Régimen

La palabra régimen procede del latín "régimen" y permite hacer referencia al sistema político y social que rige un determinado territorio. Por extensión, el término nombra al conjunto de normas que rigen una actividad o una cosa, vinculado a la estructura organizativa del poder político.[66]

Las formas de Gobierno democrático están inspiradas en la concepción que considera que la voluntad popular es la fuente jurídico-política del poder, por eso el sistema político democrático se basa en la interdependencia de los diferentes políticos del poder.[67]

En contraste, el sistema político autocrático ofrece ideologías políticas que dominan el proceso político, caracterizados por negar el principio de igualdad.

También se constituye una gran variedad de formas de Gobierno como la monarquía absoluta, el Gobierno de Asamblea, la dictadura personal del fascismo y el nazismo.

65 Elaboración propia del grupo a partir del resumen del libro Instituciones de Derecho Público Costarricense, Hernández Valle, Rubén, destacado constitucionalista costarricense, autor de muchos libros.

66 Ibíd.

67 id. Teoría de la Constitución, Karl Löewenstein

Título Segundo

Parte Orgánica*

Introducción

En virtud del principio de soberanía popular o nacional los poderes públicos emanan y se ejercen en nombre del pueblo, esta es una de las principales características de la actual concepción del Estado de Derecho, consecuencia de la transformación del primer Estado Liberal hasta el Estado Liberal Democrático, que incorporó el sufragio universal.

La Constitución salvadoreña de 1983, que ya proclama la soberanía popular desde su Preámbulo, reafirma este principio en el artículo 86 del texto, en el que establece dentro del marco doctrinario de la división de poderes, los órganos fundamentales del Gobierno: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Capítulo Primero

El Órgano Legislativo

Se ejerce mediante la Asamblea Legislativa, que tiene carácter unicameral, es un cuerpo colegiado compuesto por diputados, que son electos mediante los principios de la democracia representativa, sin estar sujetos a mandato imperativo alguno. Se regula en el Capítulo I del Título VI del texto constitucional. La Cámara cuenta igualmente para su funcionamiento con un Reglamento interno, aprobado por la misma.

1. Composición de la Asamblea

Está compuesta por 84 diputados, que representan a la totalidad de la nación, elegidos por periodos de tres años, mediante el sufragio universal, libre, igual directo y secreto, en los términos que establezca la ley.

* Referencias: Vid. Final, pág. 303-304

2. El estatuto de los parlamentarios

El epígrafe anterior nos hemos referido al principio de la soberanía nacional o popular como máximo poder existente en el Estado y al desarrollo de la democracia representativa, que permite que el Parlamento sea el órgano del Estado que canaliza fundamentalmente la representación de la nación. En este contexto, la actuación del parlamentario, en cuanto portavoz de la voluntad popular debe estar libre de presiones y responsabilidades que pudieran utilizar los otros poderes del Estado y que afectarán a su actividad parlamentaria.

Podemos destacar tres aspectos que conforman el Estatuto de los parlamentarios:

a) Derecho a una remuneración justa y suficiente.

b) Inviolabilidad.

c) Inmunidad.

Así, podemos referirnos a modo de ejemplo y dentro de una de las fuentes de nuestro Derecho histórico, el Derecho castellano, como los procuradores (antecedente de los diputados), representantes de las ciudades castellanas que tenían representación en Cortes, cuando eran convocados por el Rey para la celebración de las mismas gozaban de ciertas garantías, que implicaban protección real en los caminos durante el período de tiempo que durase el largo viaje hasta el punto de reuniones, así como a la vuelta e incluso la imposibilidad de que sus propiedades en la ciudad de origen pudieran ser enajenadas u objeto de apropiación por la Corona mientras el representante del burgo o ciudad ejerciera sus funciones. 48.-

Igualmente el procurador, entonces sometido a mandato imperativo, partía de la ciudad de origen con las dietas y viáticos correspondientes para el tiempo de desplazamiento, que eran sufragadas íntegramente por la ciudad, de tal forma, que para que la voluntad del representante no pudiera estar condicionada por la voluntad real, los procuradores tenían prohibición expresa de aceptar regalo o dádiva alguna del Rey o de otra institución mientras ejercieran la representación. 49.-

Cabe destacar, que la garantía de libertad de actuación de los representantes en Cortes era tal, que el Rey tenía prohibición de mantener personal armado en determinadas leguas a la redonda de donde se celebraran las Cortes. 50.

La formulación actual en el derecho parlamentario de los conceptos de inmunidad e inviolabilidad tiene su origen como precedente directo, en el parlamentarismo británico en las denominadas: *freedom of speech* y en la *freedom from arret*, y fundamentalmente, en el constitucionalismo francés, donde se perfeccionan y desarrollan, mediante la elaboración de la irresponsabilité (inviolabilidad) y de la inviolabilité (inmunidad) y de donde pasan al derecho.

3. Inviolabilidad

Protege a los diputados, los exime de responsabilidad alguna por las manifestaciones, votos y actuación mantenida en el ejercicio de su actividad parlamentaria. La Constitución de la República de El Salvador recoge esta garantía en su artículo 125 "Los diputados... son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan". De esta forma, la irresponsabilidad de los diputados no se limita al tiempo en el que ejercen su función, sino que se extiende para todo tiempo posterior, entendiendo que se refiere sólo a la que se deriva por su actuación como diputados en el tiempo que lo fueron y no por actividades que mantengan posteriormente.

Por extensión, la inviolabilidad debe entenderse como una garantía que afecta tanto a la actividad del diputado dentro de la Cámara, como también fuera de ella en su actividad estrictamente política, y derivada de su condición parlamentaria, incluida claro está la campaña electoral.

4. Inmunidad

Protege a los diputados en materia penal. En su virtud, los parlamentarios no pueden ser detenidos ni procesados durante el tiempo que dure su mandato. Se trata por tanto, de una garantía que tiene un amplio carácter y que ha sido objeto de gran controversia en el Derecho Constitucional, en cuanto que una estricta aplicación de la misma supondría otorgar al diputado un privilegio personal, altamente diferenciado de los derechos de la ciudadanía, vulnerando los principios de igualdad y justicia proclamados en el texto constitucional, que le afectaría a todas sus actividades, les exime de responsabilidad alguna por su actuación como ciudadano por actividades no específicamente parlamentarias, que sustrae de esta forma su conducta del área de actuación de los Tribunales, lo que podría significar otorgarle de una carta de impunidad.

Si nos atenemos a la estricta historia constitucional y parlamentaria, la función presupuestaria sería la primera que corresponde al Parlamento, así si nos referimos a la Carta Magna de Inglaterra 12 de junio de 1215, primer antecedente del constitucionalismo, o a la convocatoria al Parlamento Modelo de Simón de Monfort en 1264, tenían como misión la de aprobar los impuestos reales, mucho antes incluso de la función de control político, salvo el que se derivaba del control económico.

Respecto a la función presupuestaria o atribuciones derivadas de la misma, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, tiene asignadas las siguientes:

5. Respecto a la propia Asamblea

a) Aprobar su propio presupuesto y sistema de salarios, así como las reformas que se produzcan al mismo. Una vez aprobado el Presupuesto de la Cámara, este se remitirá en los Presupuestos Generales del Estado. No obstante, antes

de ser aprobado el Presupuesto del Órgano Legislativo, este será consultado con el Presidente de la República para el solo efecto de garantizar la existencia de los fondos necesarios para su cumplimiento. (Art. 131.10º C.S.).

b) Administrar sus propios fondos y designar (Junta Directiva) al funcionario que debe desempeñar las funciones de Ordenar de Pagos para los gastos del Órgano Legislativo, comunicando dicho nombramiento la Corte de Cuentas de la República.

6. Respecto al Órgano Ejecutivo

a) Aprobar el Presupuesto General del Estado, así como sus reformas (Art.131.8º C.S.). El Órgano Legislativo podrá disminuirlo o rechazarlo, pero nunca aumentarlo (Art. 227 C.S.).

b) Autorizar un presupuesto extraordinario o comprometer sumas correspondientes a ejercicios futuros, con el fin de realización de obras de interés público o administrativo o para la consolidación o conversión de la deuda pública.

c) Autorizar la erogación de sumas que no hayan sido incluidas en el Presupuesto, a fin de satisfacer necesidades provenientes de guerra, de calamidad pública o de grave perturbación del orden. (Art. 167.4º.C.S.)

d) Decretar al Órgano Ejecutivo para que contrate empréstitos voluntarios, dentro o fuera de la República, cuando una grave y urgente necesidad lo demande, y para que garantice obligaciones contraídas por entidades estatales o municipales de interés público. Los compromisos contraídos de conformidad con esta disposición deberán ser sometidos al conocimiento del Órgano Legislativo, el cual no podrá aprobarlos con menos de los dos tercios de votos de los diputados electos. El decreto legislativo en que se autorice la emisión o contratación de un empréstito deberá expresar claramente el fin a que se destinarán los fondos de este y, en general, todas las condiciones esenciales de la operación. (Art. 148.C.S.)

f) Asignar sueldos, así como crear y suprimir plazas de funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (Art. 131.9 C.S.).

7. La función de control

El sistema político inherente al Estado de Derecho Democrático se caracteriza por:

a) El poder se ejerce en nombre del pueblo. El pueblo es la fuente de todo poder y éste se ejercita en su nombre.

b) Los que ejercen el poder son elegidos por el pueblo. La designación de los miembros de los Órganos Ejecutivo y Legislativo ha de estar sujeto a un pro-

ceso eleccionario basado en los principios de democracia representativa. A este respecto, cabe destacar, que en nada desmerece este principio el hecho de que los Ministros y otras altas autoridades del Estado no hayan sido electos directamente por los votantes, ya que su nombramiento se lleva a cabo por personas que si lo han sido, caso del Jefe del Estado en la República Presidencialista, como ocurre en El Salvador, o consecuencia de una determinada mayoría parlamentaria, como es el caso de España o Italia, Monarquía Parlamentaria la primera y República Parlamentaria la segunda.

c) Los poderes están sometidos a control. Del ejercicio del poder se deriva siempre una responsabilidad de quien lo ejerce. Los textos constitucionales establecen siempre el límite de las atribuciones de cada poder y el ámbito de actuación de los mismos. Por otra parte, la celebración periódica de lecciones supone un importante y efectivo control del ejercicio del poder por parte de la ciudadanía, que con su voto aprueba o desaprueba una determinada gestión. No obstante, el principio de división de poderes y de la necesaria colaboración que debe existir entre los mismos, aún en los casos más rígidos de separación de poderes, como puede ser el del Presidencialismo norteamericano, debe ser constante, e implica, especialmente para el Ejecutivo, la necesidad de que este sea controlado por el órgano del Estado de representación popular por excelencia, que es el Parlamento.

8. Sobre la Jefatura del Estado

La Asamblea Legislativa tiene importantes atribuciones sobre la Presidencia y Vicepresidencia de la República, aun cuando no todas ellas puedan ser consideradas estrictamente de control. Entre las primeras podemos destacar:

a) Dar posesión al Presidente y Vicepresidente de la República (Art. 131.14º C.S.).

b) Elegir para todo el período presidencial respectivo, en votación nominal y pública, a dos personas que en carácter de designados deban ejercer la Presidencia de la República en los casos y en el orden determinado por la Constitución.

c) Declarar la incapacidad del Presidente o del Vicepresidente (Art. 131.20º C.S.).

9. Otras acciones de control

a) Los derivados de lo indicado en el epígrafe anterior (Sobre control del Ejecutivo).

b) Iniciar el proceso de destitución del Presidente y Vicepresidente. De esta for-

ma, cuando el Presidente, Vicepresidente y otros altos cargos de la República fueran acusados ante la Asamblea Legislativa por la comisión de delitos oficiales y comunes, la Asamblea, oyendo a un fiscal de su seno y al indiciado o su representante, declarará si hay o no lugar a formación de causa. (Art. 236. C.S y Cap. VI Reg. Interno). En el supuesto de que hubiere, la Asamblea remitirá las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, pasando posteriormente a una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia y de su recurso la Corte en Pleno. En todo caso, si la Asamblea declara que ha lugar a formación de causa, el iniciado queda suspendido en el ejercicio de sus funciones y si la posterior sentencia de la Corte fuera condenatoria, quedará depuesto del cargo. En caso de absolución volverá al ejercicio de sus funciones (Art. 237 y 238 C.S.). 52

c) Autorizar al Presidente de la República a salir del territorio nacional (Art. 158 C.S.), así como resolver sobre renuncias interpuestas y licencias solicitadas por el Presidente de la República, el Vicepresidente y los Designados, previa ratificación personal ante la misma Asamblea (Art. 131.15º C.S.).

d) Superación del veto presidencial. Cuando el Jefe del Estado, en virtud del artículo 137 del texto constitucional, vetare un proyecto de ley, tras reconsideración del mismo por parte de la Asamblea Legislativa, y si éste fuera nuevamente aprobado, mediante ratificación por los dos tercios de los diputados electos, el Presidente estará obligado a sancionarlo y mandarlo publicar. (Art. 137 C.S.).

10. Con respecto a otros órganos del Estado

El Órgano Judicial

a) Elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, mediante lista presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura (Art. 186.C.S.). La elección debe ser nominal y pública (Art. 131.19º C.S.).

b) Destitución de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de causas específicas previstas por la ley. Tanto para la elección como para la destitución deberá contarse con el voto favorable de por lo menos dos tercios de los diputados electos (Art. 186.C.S.).

c) Elección y destitución de los miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, con el voto calificado de las dos terceras partes de los diputados electos (Art. 187. C.S.)

d) Llevar a cabo los ajustes que considere pertinente respecto al Presupuesto de la Administración de Justicia, en consulta con la Corte Suprema de Justicia. El Presupuesto de sueldos y gastos es elaborado por el Órgano Judicial y posteriormente incluido sin modificaciones en el Presupuesto General del Estado presentado por el Ejecutivo, para ser aprobado por la Asamblea Legislativa.

Capítulo Segundo
Estructura y Contenido Orgánico de la Constitución Salvadoreña

El Órgano ejecutivo

1. Doctrina

Harold Laski, en una obra "El Estado Moderno" (1932), señaló tres aspectos diferentes del Poder Ejecutivo en los Estados modernos: en primer término, consiste en una especie de comisión del partido que está en el Poder, en el seno de la Asamblea legislativa, con la misión de someter a ésta en sus proyectos. En segundo término, constituye un órgano administrativo encargado de aplicar la legislación. Tiene bajo su dirección un vasto cuerpo de funcionarios, sin cuya cooperación no podrían realizarse con eficacia las tareas administrativas. Y en tercer término, se halla en relación constante con la masa de ciudadanos a través de sus funciones administrativas.

La consolidación de un Estado de bienestar social en los que los poderes públicos han asumido una función social eminentemente redistributiva; la dinámica inexorable de los partidos políticos, que tiende hacia la concentración del poder, o por lo menos de la capacidad decisoria, en el aparato del partido que, llegado al caso, en quien empuña las riendas de la gobernación de Estado; la propia crisis de la institución parlamentaria, y el crecimiento imparable de la Asamblea, unido a la mutua interacción entre la Asamblea y el Gobierno, son algunas de las circunstancias que han conducido en último término al fortalecimiento del Poder Ejecutivo.

Los textos constitucionales ulteriores a 1945 en mayor o menor medida, se han hecho eco de estos cambios y ellos se ha traducido entre otros aspectos en la atención prestada a la atención prestada a la institución gubernamental e incluso a la misma administración pública uno de los rasgos del constitucionalismo de la segunda posguerra dirá ollero es el detenimiento con que se suele tratar la institución del gobierno y dentro de él la figura de su presidente.

Nuestra Constitución no es ajena a estos planteamientos. Su título IV Se refiere al gobierno y a la administración y en buen grado puede decirse que refleja la innovación que acabamos de referir. La regulación constitucional del gobierno debe situarse pues en las anteriores coordenadas lo que se manifiesta principalmente en estos tres aspectos.

2. Atribuciones del Presidente de la República

Podemos clasificar las funciones y atribuciones del Jefe del Estado en las siguientes áreas:

I.- Como símbolo, de carácter general y de representación del Estado:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y demás disposiciones legales.
2. Mantener ilesa la Soberanía de la República y la integridad del territorio.
3. Procurar la armonía social, y conservar la paz y tranquilidad interior y la seguridad de la persona humana como miembro de la sociedad.
4. Celebrar tratados y convenciones internacionales y vigilar su cumplimiento.60.-
5. Dirigir la guerra y hacer la paz.
6. Acreditar y recibir las credenciales de los representantes diplomáticos.
7. Asumir la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales.
8. Dirigir las relaciones exteriores.
9. Velar por la eficaz gestión y realización de los negocios públicos.

II. En sus relaciones con el Órgano Legislativo y la legislación:

1. Sancionar, promulgar y publicar las leyes y hacerlas ejecutar.
2. Cuenta con iniciativa legislativa.
3. Puede votar un Proyecto de Ley.62.-
4. Decreta los Reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde.
5. Propone a la Asamblea Legislativa las ternas de entre las cuales esta deberá elegir a los dos Designados a la Presidencia de la República.

III. En relación al Órgano Judicial y la Justicia

1. Derecho de gracia, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia.
2. Proporciona a los funcionarios del orden judicial, los auxilios que necesiten para hacer efectivos sus providencias.

IV. En relación al Consejo de Ministros, los Ministros y la Administración:

1. Nombra y cesa a los Ministros.
2. Preside el Consejo de Ministros.
3. Dirige la política del Estado.
4. Por medio de sus Ministros dirige la Administración Central del Estado.

5. Organiza conduce y mantiene a las Fuerzas Armadas, así como al Organismo de Inteligencia del Estado y a la Policía Nacional Civil.

6. Es el Comandante General de las Fuerzas Armadas.

6.1 Para la observación de más funciones del Presidente de la República respecto al Órgano Legislativo, véase en este mismo trabajo las Funciones de Control de la Asamblea sobre el Ejecutivo. Cap. 7.3.5.

6.2 El veto no puede ser definitivo, ya que la Asamblea tras reconsideración del Proyecto y previa aprobación del mismo y por mayoría absoluta lo remitirá de nuevo al Presidente, y éste deberá sancionarlo (Art.137.C.S.). Si la objeción presidencial se deriva de una posible inconstitucionalidad del Proyecto, el Jefe del Estado lo remitirá a la Corte de Justicia, y si ésta decide que es acorde con la Constitución se procederá como en el caso anterior (Art. 138).

3. Corresponde al Consejo de Ministros (Art. 167.C.S. y Art. 3 Reg. C.M.)

a) Decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y su propio Reglamento.

b) Elaborar el Plan General de Gobierno.

c) Elaborar el proyecto del presupuesto general del Estado de ingresos y egresos y presentarlo a la Asamblea Legislativa por conducto del Presidente de la República a través del Ministro de Hacienda, por lo menos tres meses antes de que inicie el nuevo ejercicio fiscal. También conocerá de las reformas a dicho presupuesto cuando se trate de transferencias entre partidas de distintos ramos de la Administración Pública.

d) Autorizar la erogación de sumas que no hayan sido incluidas en los presupuestos, a fin de satisfacer necesidades provenientes de guerra, de calamidad pública o de grave perturbación del orden, si la Asamblea Legislativa no estuviere reunida, informando inmediatamente a la Junta directiva de la misma, de las causas que motivaron tal medida, a efecto de que reunida que fuere, esta apruebe o no los créditos correspondientes.

e) Proponer a la Asamblea Legislativa, a través del Ministro de la Presidencia, la suspensión de garantías constitucionales a que se refiere el artículo 29 de la Constitución.

f) Suspender y restablecer las garantías constitucionales a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, si la Asamblea Legislativa no estuviere reunida. En el primer caso, dar cuenta inmediatamente a la Junta Directiva de la Cámara, de las causas que motivaron tal medida y de los actos que haya ejecutado en relación con ésta, en ambos casos emitir el Decreto correspondiente, con los requisitos y condiciones que señala el referido artículo.

g) Convocar extraordinariamente a la Asamblea Legislativa, cuando los intereses de la República lo demanden.

h) Conocer y decidir sobre todos los asuntos que someta a su consideración el Presidente de la República y de los demás que le competen de conformidad a la Constitución y las Leyes.

De las resoluciones tomadas en el Consejo de Ministros serán responsables solidariamente los Ministros presentes o quienes hagan sus veces, aunque hubieren salvado su voto a menos que interpongan su renuncia inmediatamente después de que se adopte la resolución.

Capítulo Tercero
El Órgano Judicial

Introducción

De los tres órganos clásicos del Estado, acaso el que manifiesta una más temprana independencia respecto a las otras funciones del poder político sea precisamente el órgano judicial. Así, desde la emergencia de las primeras formas estatales en la sociedad renacentista, la función de los jueces se nos presenta más diferenciada que las otras correspondientes al legislativo y ejecutivo. La razón es obvia, tanto en la monarquía autoritaria como en la monarquía absoluta la función ejecutiva y la legislativa corresponden y emanan de la autoridad real, que es quien detenta la soberanía, la existencia de un parlamento significaba simplemente que la autoridad real tenía unas ciertas limitaciones en su actuación, especialmente en el ámbito financiero, y unos actos de obligado cumplimiento, tales como el juramento del príncipe heredero y la necesidad de consultar determinadas decisiones de su actuación. Respecto a la existencia de instituciones y órganos a través de las cuales se manifestaba el poder ejecutivo, tales como el consejo del reino, el consejo de castilla o el consejo de indias en el ámbito hispanoamericano, no implicaban cuestionamiento alguno del poder real, ya que los mismos eran creados en virtud de la voluntad real y el poder que ejercían era delegado del rey y ejercido en su nombre.

1. Elección por la Asamblea Legislativa

La Asamblea Legislativa elegirá a los magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia, entre los candidatos nominados en la lista formada por el pleno del consejo, por lo menos con quince días de anticipación a la fecha de toma de posesión de los magistrados que deban ejercer el cargo para el período inmediato siguiente al de los magistrados salientes. (Art. 58.locj).

La elección de los magistrados de la corte se hará por votación nominal y pública, con mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados electos por lo menos.

2. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia

a) Conocer de los procesos de amparo. Resabio histórico, inaplicable pues esa función corresponde a la Sala de lo Constitucional.

b) Dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de cualquier fuero y naturaleza.

c) Conocer de las causas de presas y de aquellas que no estén reservadas a otra autoridad; ordenar el curso del os suplicatorios comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar cumplimentar los que proceden de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados; y conceder la extradición.

d) Conceder, conforme a la ley y cuando fuere necesario, el permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros.

e) Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptará las medidas que estime necesarias;

f) Conocer de las responsabilidades de los funcionarios públicos en los casos señalados por las leyes.

g) Conocer de las causas de suspensión o pérdida de los derechos de ciudadanía según lo previsto en el artículo 74 C.S., así como de la rehabilitación correspondiente.

h) Emitir informe y dictamen en las solicitudes de indulto o de conmutación de pena.

i) Nombrar a los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz de las ternas que le proponga el Consejo Nacional de la Judicatura; a los Médicos Forenses y a los empleados de las dependencias de la misma; removerlos, conocer de sus renuncias y concederles licencias.

j) Nombrar con jueces en los casos determinados por la ley.

k) Recibir, por si o por medio de los funcionarios que designe, la protesta constitucional a los funcionarios de su nombramiento.

l) Practicar recibimientos de abogados y autorizarlos para el ejercicio de su o profesión; suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional, o por conducta privada notoriamente inmoral; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, falsedad y otros motivos que establezca la ley y rehabilitarlos por causa legal. Las mismas facultades ejercerán respecto a los notarios.

m) Elaborar el Presupuesto de la Administración de Justicia (Art. 182.C.S.).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional es el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

Capítulo Cuarto
La Jurisdicción Constitucional

La Jurisdicción Constitucional en El Salvador

Aspectos orgánicos

Competencias

Una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1983, en el ámbito jurisdiccional, es la creación de la Sala de lo Constitucional como ente incardinado en la estructura del Órgano Judicial, concretamente en la Corte Suprema de Justicia 81, con la atribución de conocer en forma exclusiva de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y hábeas corpus o exhibición personal 82 cuando el demandado sea de San Salvador 83 y las controversias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo en el procedimiento de formación de la ley y de las causas de pérdida y rehabilitación de los derechos del ciudadano.

Artículo 174 C.S. "La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a. del artículo 182 de esta Constitución".

La Ley de Procedimientos Constitucionales es que incorpora esa dualidad en la denominación, no obstante ello, la Constitución en los artículos 11 y 247 le denomina hábeas corpus.

La Constitución en su artículo 247 inciso 2º y la Ley de Procedimientos Constitucionales en su artículo 4, atribuyen competencia a las Cámaras de Segunda Instancia para conocer del hábeas corpus cuando no residan -que no tengan su sede- en la capital. Por otro lado, la misma Constitución en la precitada disposición atribuye competencia a la Sala para conocer en revisión -que no es más que apelación- de la resolución pronunciada por alguna Cámara que deniegue la libertad del favorecido, siempre a petición de parte.

La Sala de lo Constitucional sustituyó a la Sala de Amparo, pero dicha sustitución no se quedó en el ámbito nominal, sino que implicó la creación de un tribunal con características singulares, tanto desde una perspectiva orgánica como competencial, pues es un ente jurisdiccional 85 con unas características estructurales propias diferentes a las de los otros tribunales- y con unas competencias limitadas tanto materialmente como funcionalmente 86.

En este apartado se analizaran las características que singularizaran tanto orgánica como competencialmente a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1.1 Número de Magistrados. La Sala de lo Constitucional está integrada de conformidad al artículo 174 incisos 2º C.S. por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, uno de los cuales es el Presidente tanto de la Sala como de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial 87. Por otro lado, el artículo 11 de la Ley Orgánica Judicial establece que debe existir igual número de suplentes, para el supuesto de que cualquiera de los propietarios no pudiera integrar la Sala.

1.2 Requisitos para ocupar el cargo. 87 Artículo 174 inciso 2º C.S. "La Sala de lo Constitucional estará integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa. Su Presidente será elegido por la misma en cada ocasión que le corresponda elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; el cual será Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial".

Criticable la regulación que se hace respecto de los Magistrados Suplentes, para nuestro caso de la Sala de lo Constitucional, pues la Ley no efectúa ninguna regulación en cuanto al orden de llamamiento de los mismos, lo cual pude atentar contra el principio de Juez Natural o legal.

Esto se advierte de la simple lectura de los artículos 177, 179 y 180 C.S., los cuales regulan, respectivamente, los requisitos para ser Magistrado de Cámara de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia y Juez de Paz.

Conocer del proceso de inconstitucionalidad. Esta es una de las competencias nucleares de la Sala de lo Constitucional. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concreto, sino de una discrepancia abstracta. Entre las normas susceptibles de control 97 se encuentran las siguientes:

(a) Las leyes, en cuanto acto derivado del Órgano Legislativo;

(b) Tratados Internacionales;

(c) Decretos de Reforma Constitucional. "Por regla general se entiende que el control solo puede darse aquí por vicios de forma; pero se estima que habida cuenta que el artículo 248 C.S. ha declarado irreformables algunos contenidos constitucionales, también cabría control por vicios de fondo cometidos mediante las reformas constitucionales, a fin de establecer si tales contenidos pétreos no han resultado afectados, ya que de no existir tal control la declaratoria de irreformabilidad carecería de sentido.

Capítulo Quinto

Tribunales Constitucionales: Sentencias, sus efectos jurídicos y políticos.

Ley de Amnistía

En este primer apartado, se hacen algunas consideraciones sobre la estructura, organización y funciones de los tribunales constitucionales y algunos comentarios sobre la Sala de lo constitucional y especialmente de la actual Sala. Publicado en la Revista Ley-Derecho-Jurisprudencia, de la Universidad Tecnológica de El Salvador.

1. Tribunales Constitucionales. (Revista UTEC)

La eficacia del principio de supremacía constitucional depende de quién sea su custodio. Esto es lo que típicamente se dice cuando se señala al tribunal constitucional como el órgano que cumple aquella función. Una característica que es intrínseca a la función de garantizar la supremacía constitucional es el carácter definitivo de la interpretación que haga de ella su guardián. Por eso también se dice que el tribunal constitucional tiene la última palabra sobre el significado de la constitución: es su intérprete definitivo o supremo. (Mario Solano)

Introducción

La característica esencial de la república es la separación de poderes, que debe entenderse y ejercerse, sin afectar la unidad la autoridad; por ese mecanismo, el Estado, depositario de la soberanía nacional, distribuye el poder en tres instancias u órganos fundamentales que realizan las funciones legislativa, ejecutiva y judicial y cuyas atribuciones son indelegables, pero con la obligación de colaborar entre sí en el ejercicio de esas funciones. (Art. 86 cn.) . En la brevedad y aparente contradicción de este concepto, se encuentra no sólo una técnica en el ejercicio del poder (separación), sino la necesidad lógica de entenderlo como unidad expresado en aquella frase revolucionaria, "el poder es uno" y cuyas partes deben sobrevivir mediante una mutua y necesaria colaboración. La doctrina que comprende y explica esta idea ha tenido que mostrar y convencer de que el poder es indivisible, y que la separación es meramente funcional; sin embargo, la mayoría de los conflictos entra e inter órganos, se derivan de la pretensión humana del mayor control del poder, o sea la tendencia de renunciar a la república y volver a las ideas y prácticas de la monarquía absoluta en sus distintas manifestaciones, con las excepciones de las monarquías constitucionales del presente, que han renunciado al absolutismo; no solo es una tendencia del pasado, lo es también del presente y del presente salvadoreño. Debe entenderse que "el uso concurrente o común de ellas (las funciones) haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes públicos y destruirá la base de la forma de gobierno (republicana)".[68]

68 German Bidart Campos: Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino.

La historia registra esta conflictividad estatal en diversos grados y matices y detrás de los poderes formales, han estado y están los poderes reales, que Ferdinando Lassalle, ha denominado factores reales de poder; éstos, de acuerdo a sus intereses, han impulsado distintas formas de gobierno: presidencialistas, gobiernos de asamblea o gobiernos de los jueces; las luchas sociales han logrado, a partir del siglo XX, el desarrollo y perfeccionamiento del Estado constitucional, caracterizado por la eficacia normativa directa de la constitución, la supremacía constitucional y los tribunales constitucionales, se moderan con ello las ideas y prácticas absolutistas, de tal manera que el control del poder se manifiesta actualmente de un modo más racional y tolerable. Con énfasis en la realidad salvadoreña, abordaré en lo posible la temática brevemente enunciada.

I. Separación de poderes

El Estado constitucional que ahora conocemos, se desarrolla y evoluciona a partir de los siglos XVII y XVIII y los precedentes más conocidos e influyentes en el mundo occidental, se encuentran en las revoluciones, inglesa que culmina en 1688, la francesa de 1789 y la independencia de los E.E.U.U., En 1776.[69]

El Estado constitucional se caracteriza por tener como fundamento y como marco una Constitución, es decir, una norma superior que organiza y supra ordena; aunque desde luego no basta, ya que en muchos Estados, tras la Constitución se esconde un gobierno autocrático y anticonstitucional, o sea, la Constitución semántica, según la clasificación de Löwenstein, aplicable a los Estados que aunque tengan una constitución, la realidad es totalmente distinta a los enunciados formales. En un Estado constitucional, democrático y de derecho, o Estado constitucional sin más agregados, como lo explica y sustenta Peter Häberle, en su obra del mismo nombre, y que es la aspiración del Estado contemporáneo, existen valores superiores que alcanzar y defender, tales son: la libertad y la igualdad, lo cual es de posible realización cuando hay separación de poderes y respeto a los derechos fundamentales; una justa aspiración negada por Fredrick Von Hayek y sus seguidores, quienes privilegian el mercado, "entre sus postulados básicos y argumentan:

Que existe una contradicción en los fundamentos del Estado social que lo hacen especialmente inestable. Esos postulados son el de la libertad y la igualdad, dos conceptos irreconciliables y que, en su opinión, la tensión originada debería resolverse en favor de la libertad, pues las tendencias igualitarias destruyen el sistema económico de mercado y, además, conduce inexorablemente al autoritarismo, a la pérdida de la democracia". La crítica de los liberales cercanos a Hayek, insiste en que el exceso po-

69 vid. Mario Solano; El Estado constitucional y Derecho constitucional de El Salvador, tomo Segundo, publicados por Utec.

der del Estado, ha conducido a la pérdida de la libertad del individuo que es la piedra angular sobre la que se sustenta, todo el orden social.[70]

En el Estado de derecho, la forma republicana de gobierno, tiene como fundamento la distribución del poder o sea cuando existen varios e independientes detentadores del poder u órganos de gobierno, que participan; es un elemento central de la teoría política liberal para controlar, frenar y ejercer el poder. Para la mejor comprensión del tema de la separación del poder tenemos que indagar sobre el origen y naturaleza de este, en la formación de la voluntad estatal. La "división del poder" debe enterarse en un sentido metodológico de ejercicio del mismo, es decir como división del trabajo y no la pérdida de unidad y consistencia del poder, el cual por su propia naturaleza es indivisible

II. Origen del Poder

¿Cuál es el origen y fin del poder político? Es el compromiso pactado que un pueblo o comunidad de hombres formula para auto organizarse y crea con la suma de voluntades de todos los ciudadanos, un poder superior que ordena y que manda; es lo que se denomina contrato social. Este poder así creado y organizado define qué hacer y qué no hacer; es decir manda, prohíbe o permite: el contrato social que formula mandatos sobre la conducta humana, es un poder ordenador y normativo y es el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y a ser guiados por ella; y que acuerden unirse e incorporarse a dicha sociedad. Para conseguir sus fines las entidades creadas, requieren de un poder organizado, los detentadores del poder, las personas físicas en las que se encarna el poder; la figura creada constituye el gobierno del estado, que organiza, dirige y se responsabiliza del ejercicio del poder; en el momento actual los sistemas políticos son pluralistas, se hacen representar por los partidos políticos conforme los lineamientos de la democracia representativa; su forma de gobierno es la república, cuyo fundamento es la separación de poderes.

A este respecto el jurista argentino Germán Bidart Campos, dice: "el principio fundamental de nuestro sistema político es la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los altos poderes públicos y destruirá la base de nuestra forma de gobierno". La doctrina de la limitación de los poderes es la esencia de ese sistema de gobierno, que impone la supremacía de la constitución y excluye la posibilidad de la omnipotencia legislativa. Este aspecto es clave para comprender la temática de este trabajo y las facultades del poder constituyente derivado del Art. 248 de la constitución de

70 Hayek, f. A., Normas y Orden, vol. 1 de derecho, legislación y libertad, op. Cit., págs.19-20, citado por José Martínez de Pisón, La crítica neoliberal al estado social. Un resumen y una valoración.

El Salvador. Ningún órgano puede invocar origen o destino excepcional para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido ej. (ser el primer poder del Estado o reivindicar el hecho de la elección popular para exigir posiciones de jerarquía política). Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas de que lo anterior expuesto se concluye que: la independencia de cada uno de los "poderes" con respecto a los otros: La limitación de todos y cada uno, dada por la esfera propia de competencia adjudicada; la esfera de competencia ajena; los derechos de los habitantes; y el sistema total y coherente de la constitución en sus dos partes-dogmática y orgánica. Que deben interpretarse de manera armónica y compatible entre sí y con el contexto integral. El control de constitucionalidad a cargo de los jueces, no como superioridad acordada éstos por sobre los otros poderes, sino como defensa de la constitución en sí misma cada vez que padece transgresiones.[71] Conviene insistir en esta reflexión por el debate suscitado en torno a la problemática electoral, en el que se han formado bloques ideológicos en relación al posicionamiento de la sala de lo constitucional en el mismo; más allá de quien se impuso a quien, lo que corresponde es que si bien las resoluciones del tribunal constitucional, son de obligatorio cumplimiento, como lo son las que pronuncian las cámaras, los juzgados de primera instancia y de paz, es verificar y analizar si la constitución ha sido salvaguardada o protegida.

III. La Potestad Jurisdiccional

Identificada la temática del poder, corresponde ahora precisar y especificar sobre uno de los tres componentes funcionales del mismo; en esta oportunidad, por el interés nacional y por las expectativas políticas y jurídicas que el momento actual ha generado a partir de 2009 y especialmente en 2015; en el presente artículo abordaré el tema de la función jurisdiccional y en especial los tribunales que conocen y resuelven los procesos constitucionales, para la realización de la justicia constitucional. La justicia como uno de los fines del Estado, se manifiesta por lo menos en estas tres direcciones: 1.- El valor justicia, proclamado como tal en la constitución, es uno de los valores esenciales a los que se orienta la actividad del Estado; 2.- La justicia como un principio que sirve de marco filosófico a todas las actividades estatales y está presente explícita o implícitamente, en especial en la parte dogmática de la constitución, ya que los derechos fundamentales que consagra nuestra tienen a la base la libertad y la igualdad de los seres humano ; 3.- La justicia tiene una significación más concreta, cuando se consagra como derecho fundamental, y especialmente como derecho subjetivo de los ciudadanos; así lo establecen los Arts. 2 y 11 de la constitución.

La función jurisdiccional de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 172 cn., esta confiada al órgano judicial, institución que en el momento actual debe realizar un tras-

71 Bidart Campos.- obra citada.

cendental esfuerzo interno para que la judicatura logre sus objetivos; se requiere de un compromiso de su máxima dirigencia, es decir, de la Corte Suprema de Justicia y sus Salas, de sus jueces, de sus operadores, etc., para aproximarse al nivel de excelencia que debe tener un sistema dirigido y operado por académicos, una excelencia que por ahora, aparece como meta inalcanzable e irrealizable; el momento actual de la justicia demanda una profunda reflexión sobre lo importante de su misión; superar el pasado y presente de baja calificación y sustituirla por fortalezas espirituales y morales, que la dignifiquen y que en el plano material justifiquen la asignación del seis por ciento del presupuesto del Estado, recurso ciudadano que merece y exige una mejor respuesta; con esas fortalezas generar una atmósfera de certidumbre ciudadana, que sustituya el ambiente de dudas y descalificaciones que prevalecen en el actual sistema.

El cambio no será posible sin una conducta honorable y laboriosa de todos sus miembros y un propósito de tal magnitud, exige que las denuncias de corrupción sean investigadas y en su caso, castigadas; no se puede ignorar que toda forma de poder tiende a la corrupción; en el sistema público, es un insulto para la sociedad 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. El sistema judicial debe estar preparado para no aceptar y al contrario rechazar el tráfico de influencias, la dolosa lentitud en los procesos, los compromisos deshonestos, los actos maliciosos de los usuarios, etc., pues todo eso impide que el sistema sea garante de justicia, de seguridad jurídica, de imparcialidad, de independencia y demás valores que por ahora, salvo casos excepcionales, no se garantizan plenamente a la sociedad salvadoreña. No obstante, algo se ha mejorado, el sistema presenta honrosas conductas y situaciones excepcionales; recordemos que antes de los Acuerdos de Paz, en El Salvador, la independencia judicial era una categoría totalmente desconocida, al contrario la sumisión y el servilismo eran actitudes comunes y repetitivas, no solamente ante los otros dos poderes estatales, 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 cambios que podrían estar generando algunas posibilidades de transformación en este órgano del Estado y que actualmente algunas muestras pueden asomar.

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, algunos evidentes y significativos 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. A partir del 2009, una nueva sala de lo constitucional irrumpe en la atmósfera jurisdiccional salvadoreña y sus sentencias reflejan una nueva disposición para afrontar la problemática constitucional y ha provocado

un parto doloroso que impacta a la sociedad y los otros estamentos de poder, tal como se advierte con caracteres dramáticos en el momento actual (2015); no obstante, lo doloroso sería parte del sacrificio de las sociedades en su evolución, lo que debe quedar a salvo es la honorabilidad, la independencia y la racionalidad con que los miembros de un tribunal constitucional deben autenticar sus resoluciones.

IV. Evolución Histórica

El constitucionalismo salvadoreño registra, en materia de jurisdicción constitucional, cuatro grandes momentos: 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, se conservan hasta el día de hoy, con importantes innovaciones como veremos más adelante; 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 naturalismo) al derecho positivo; 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 de bienestar, o sea el constitucionalismo social, actualmente mediatizado 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; y, 4) la constitución de 1983 que crea la sala de lo constitucional, como tribunal de esa materia, ejerce 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, damos nuestro aporte a veces, en contra de las resistencias que aun resisten este proceso, y asumen los riesgos que eso significa; la justicia constitucional no es privativa de la sala de lo constitucional, todos los tribunales están llamados a velar por que 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.[72]

V. Jurisdicción constitucional en El Salvador

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 inconstitu-

72 vid. El Estado constitucional. Mario Solano.

cionalidad 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, 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.

La constitución es una racionalización del poder o poderes existentes en la sociedad, representa la suma de los factores reales de poder que actúan en la sociedad (Lassalle). «el establecimiento de una constitución no es sino la consecuencia de una forma muy concreta de entender el orden político y supone, por ello, un intento de racionalizarlo, esto es, de organizar un tipo de estado congruente con ese orden que se considera modélico, o al menos preferible... La garantía jurídica de ese orden es la supralegalidad».[73]

La constitución 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 o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios o bien, está equiparada a los actos legislativos ordinarios, y al igual que otras leyes es alterable a discreción de la legislatura".[74]

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.[75]

«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 Madison & 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».[76]

---

73 Manuel Aragón Reyes, Estudios de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales, madrid, 1998.

74 ibid.

75 ibid. y Manuel García Pelayo, Derecho constitucional comparado. Alianza Universidad, textos, madrid, 1992

76 vid. Manuel García Pelayo, obra citada, pág. 422, citando a juez Marshal.

«De este principio y de lo dispuesto en el Art. VI de la mencionada carta federal de los Estados Unidos, de acuerdo con el cual, dicha Constitución, las leyes del Congreso Federal que emanen de ella y los tratados internacionales aprobados por el senado, serán ley suprema de la unión, y además, que los jueces de los estados están obligados a preferir dicha Constitución, leyes y tratados, sobre las constituciones y leyes de sus 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».[77]

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, y se denominan a este sistema control difuso.

Esta disposición ha sufrido una interpretación ambigua por el legislador, 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).

VI. Sala de lo Constitucional

Un tribunal es un organismo que ejerce jurisdicción en el marco de determinadas competencias; la sala, hace esa función en materia constitucional y en el límite y competencias que la Constitución le ha señalado; no hay por qué negarle esa calidad de tribunales; en ese mismo sentido y aplicar los mismos conceptos, se encuentran las otras salas, de la corte, las cámaras de segunda instancias, los juzgados de primera instancia y de paz; en ese orden y al margen de conceptos distorsionados, es que debe entenderse la situación de la sala de lo constitucional.

El hecho de que la sala forme parte de la CSJ, de ninguna manera le resta esa calidad que le ha conferido el poder constituyente en el texto constitucional; si mañana la constitución es reformada y se instituye una tribunal separado, eso no le agregará nada en cuanto a organismo jurisdiccional, sólo tendrá efectos orgánicos, administrativos y financieros; sin embargo, conocidas las experiencias recientes, y deberá estructurarse un modo de elegir a sus magistrados que garantice que no estará sometida a intereses partidarios, políticos o económicos. Además, los tribunales constitucionales deben reunir ciertas características que los hacen diferentes en cuanto a rango y jerarquía de los otros, entre ella están:

77 Héctor Fix Zamudio. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid.

1. El tribunal constitucional, debe tener origen directo en la Constitución, para que su calidad y jerarquía no le sea negada por los otros poderes del Estado, como lamentablemente ha ocurrido en El Salvador recientemente (2013); la sala de lo constitucional no es un organismo de elección popular, ha sido creada por el poder constituyente en la forma y condiciones a que se refieren los artículos respectivos y al ser creada así, tiene calidad de ente con poder soberano, "potestas" como todo el órgano judicial y no necesitan ser ratificados por los otros poderes constituidos.
2. La falta de elección popular, no reduce su calidad soberana, al contrario, su vinculación directa con el poder constituyente le confirma su jerarquía; pero debe mantenerse la legitimidad popular a través de otros mecanismos de participación como la elección por la asamblea, con los aportes del consejo nacional de la judicatura y colegios de abogados; la elección debe mantenerse por mayoría calificada y a propuesta de los partidos políticos que están representados en ese organismo; esta calidad responde al estadio alcanzado en esta materia, en el que la democracia representativa tiene como instrumento a los partidos políticos (partidocracia), con la participación de las entidades mencionadas. Esta condición ha sido perversamente aprovechada por personajes de los otros poderes, para intentar disminuir la calidad, el prestigio y el poder de la sala; una respuesta con algunas exageraciones de parte de la sala, ha sido la de prohibir por ésta que los afiliados partidariamente, tengan acceso a la jurisdicción; debería regularse por ley esta circunstancia, ya sea en la de partidos políticos, código electoral o de procedimientos constitucionales, porque que demasiada discrecionalidad en la sala, puede generar más polarización; me parece que esta circunstancia tendría que ser estudiada sin prejuicios y deberían concurrir los otros poderes y otras instituciones que por su propia naturaleza están involucradas en el tema; el derecho comparado podría ser un componente de moderación en estas actividades.
3. Lo que los estados democráticos no aceptan es la cooptación, es decir, el sistema de integración de cuerpos colegiados, según el cual los nuevos miembros a incorporar son elegidos por los miembros que ya están en funciones. Los procedimientos formales de cooptación son rechazados por la democracia, porque se prestan para facilitar el mantenimiento en sus cargos de la clase dirigente al margen de la voluntad de las bases, pero en ella sobrevive con frecuencia una cooptación oculta, cuando los dirigentes en funciones aprovechan el poder de sus cargos para influir decisivamente en la elección de los candidatos, aunque luego se cumplan formalmente las normas previstas para tales nombramientos. La cooptación oculta es un claro síntoma de la oligarquización de los equipos dirigentes de las organizaciones. F. Social. Nombramiento de un miembro de una asamblea u organismo por los

que ya forman parte de él. Se aplica también al nombramiento de cargos directivos en una empresa.[78]

4. Los procesos constitucionales deben ser orales y públicos, para garantizar la transparencia en las resoluciones; en diversos foros me he pronunciado por esta idea y me parece que no hacer esfuerzos de parte de sala y corte, porque se acelere una nueva ley procesal constitucional (2015), (un proyecto de ley presentado por la CSJ, tendría más de diez años de estar en la asamblea legislativa) pendiente de discusión. El principio de publicidad, un proceso inconcluso al que tibiamente le han puesto algún cuidado, pero no ha sido respaldado suficientemente por los miembros de la sala de lo constitucional; en todos los países donde la justicia constitucional es una función esencial para el estado de derecho y para la constitución normativa, existen leyes de la justicia y jurisdicción constitucional, que desarrollan los preceptos de sus leyes fundamentales sin perjudicarlos y protegiendo la amplia atribución interpretativa del tribunal; ejemplos calificados de lo que expongo, los encontramos en Alemania, España, Colombia, Guatemala, etc., en esta materia no se ha avanzado nada y lo que se ha logrado en otras jurisdicciones, en materia constitucional hay un evidente retraso.

5. La jurisprudencia de los tribunales constitucionales, debe ser uniforme, pero puede y debe marcar los cambios que razonablemente los nuevos momentos aconsejen, pero sin atropellar el principio de seguridad jurídica, que es la certeza que tienen los ciudadanos que el tribunal fallará en consecuencia, conforme a precedentes válidos, el caso que está conociendo y de conformidad a casos similares que ha conocido; si alguna vez los precedente deberán ser cambiados es por circunstancias muy especiales y que la doctrina general ya ha consagrado como son; a) el cambio de las personas del tribunal; b) la pertenencia de los nuevos miembros a corrientes jurídicas distintas; c) advertir que los precedentes anteriores entorpecen de manera significativa la interpretación de la constitución y que mantener la jurisprudencia vigente causa un retroceso inadmisible; d) la imparcialidad del tribunal debe mantenerse al margen de toda duda, en el sentido de mantener o cambiar arbitrariamente los precedentes, según el peso de las partes. No caer en la tentación de incursionar en la política del Estado y aunque sus resoluciones tengan impactos en la política de Estado o en los intereses políticos partidarios, en ningún momento debe obedecer a compromisos ajenos a la justicia, que puedan dar la impresión que se está politizando la justicia.

6. El ejercicio de la judicatura constitucional debe generar una poderosa contribución a) garantizar los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente como establecidos en los tratados internacionales; b) estar en la

78 Diccionario enciclopédico vox 1. © 2009 Larousse editorial, s.l.

conciencia de los ciudadanos que exigen el mantenimiento y perfeccionamiento del Estado de derecho; la separación de poderes; la protección de las minorías, su inserción en la internacionalización de los derechos humanos y su intercambio con los tribunales del mundo que ejercen esta función; c) la actualización razonable y cautelosa de la constitución adaptada a las exigencias del momento, algo así como reescribirla.

VII. Ley procesal constitucional

Esta es materia pendiente y que pesa como mora legislativa, que tiene un proyecto de ley desde hace unos doce años, y que podría resolver muchos de los problemas surgidos con la sala de lo constitucional; ya sea a partir del proyecto presentado u otra iniciativa que se tome, esta ley es necesaria para el funcionamiento de la sala, este instrumento debe regular estas importantes materias, todo con el objeto de que el tribunal constitucional, no pierda credibilidad, que genere confianza, que produzca seguridad jurídica, que los procesos tengan un marco de referencia que haga predecibles los resultados, etc., no obstante, la actual sala de lo constitucional, se ha sentido más cómoda al aplicar el método pretoriano en la sustanciación de los asuntos que conoce; es decir, que a falta de ley, la actual no tiene los mecanismos y disposiciones que la realidad del momento demanda y además el proyecto de ley que fue presentado, no pasa del escritorio de los diputados, la sala ha preferido recurrir a la aplicación directa de la constitución, crear especiales formas de interpretación, (derecho pretoriano) que inclusive le han llevado a introducir mutaciones a la constitución y que ha sido uno de los argumentos de la asamblea legislativa y sectores políticos afines, o en concordatos políticos con el gobierno, a promover acciones destinadas a destituir a los magistrados de la sala. Sobre este punto debo insistir que –en mi opinión- por muy plausibles que sean los propósitos de la sala, de crear mayores espacios para la aplicación de derechos fundamentales, considero que las sentencia interpretativas, que pronuncie la sala puedan tener como consecuencia la reforma del texto de la constitución, como ocurrió con las llamadas candidaturas no partidarias, y otras que no sólo han convertido a la sala en legislador positivo sino en poder constituyente; cuando ocurran estas circunstancias y salvo mejor opinión, la sala, debe informarlo así a la asamblea legislativa, para que ésta, en uso de sus facultades constitucionales, promueva la reforma respectiva; de otro modo si la sala, pretende que se cumpla su sentencia de carácter aditivo sin advertirlo a la asamblea, estaría interfiriendo en las facultades constitucionales de otro poder del Estado.

Al formarse la idea de que la reforma constitucional del Art. 85 cn., estaba perfeccionada con la sentencia de la sala, se produjo un impacto dramático en el ámbito político, social, jurídico y especialmente en la estructura de gobierno y constituyó el germen inicial del descontento, ruptura y ambiente hostil gubernamental, que se ha manifestado y advertido en actos de agresividad verbal recíprocos. La euforia que despertó la sentencia, la primera en importancia política que daba esta sala, por

la que se modificó el Art. 85 de la constitución y con ello según algunos ciudadanos se terminaba con la partidocracia en El Salvador, llegaron a sostener que mediante sentencias se podía reformar la constitución; la práctica ha demostrado que la candidatura no partidaria no ha funcionado; además del riesgo corrido al incursionar en esos terrenos; creo que es necesario tener una ley de la jurisdicción constitucional, moderna, técnicamente elaborada, que desarrolle razonablemente la organización y funcionamiento de la sala, que sin destruir la personalidad, la calidad, y la discusión de las sentencias, establezca además, un mínimo de garantías para los ciudadanos, de que sus demandas serán resueltas en el marco de la constitución y de la ley; debemos tener presente que si bien es cierto los magistrados actuales gozan de prestigio y tienen capacidad y honorabilidad reconocidas, no se sabe lo que depara el futuro y la sala, tenga nuevos jueces que hagan de la carencia de los instrumentos legales, una oportunidad para utilizar el método pretoriano, para torcer el derecho y viciar los objetivos de una instancia, que con sus errores, se ha mantenido en el marco de lo decente y de lo honesto.

Tal como se ha expresado, orgánica y administrativamente, la sala, está incorporada a la corte suprema de justicia, pero constitucionalmente, la sala, al conocer exclusivamente los procesos constitucionales, tiene una jerarquía superior a las otras salas y a la misma corte (Arts. 174 y 183 cn.). Los problemas apuntados podrían resolverse con la reforma constitucional, y en otros casos con dar una ley procesal constitucional, que actualice estos temas, que muy recientemente han sido abordados por los sectores jurídicos y académicos, y las opiniones están divididas; en opinión del autor, existe una relación de jerarquía estampada en la misma ley orgánica, en el sentido que en el orden de precedencia los magistrados de esta sala, están en un nivel superior, y el cual tiene que ver, por ejemplo, en las sustituciones temporales en la presidencia de la corte, igual en los actos protocolarios, etc., pero esta es una cuestión formal; en el plano que puede advertirse que hay una jerarquía es en el ámbito jurisdiccional, pues las decisiones de la corte y del resto de las salas pueden ser enjuiciadas en sede constitucional, cuando hubiere violación constitucional: el debate está abierto y el ambiente académico es el lugar más adecuado para desarrollar el tema; estas reflexiones deberían abrir esa posibilidad, pues la adulación generalizada proveniente de algunos sectores no contribuye en nada a promover respetabilidad a la sala; de igual modo el insulto y la procacidad no deberían contaminar esta atmósfera difícil del proceso democrático.

VIII. Tesis de Kelsen, en relación a los tribunales constitucionales

Tribunal es un organismo que ejerce jurisdicción, está autorizado para impartir justicia conforme a las leyes, en el marco de unas 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, citó a Kelsen: que un "tribunal constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas". (Ley y Constitución).

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, lo cual es una muestra de nuestro atraso en esta materia. 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. Afirma García de Enterría, que una interpretación como la anterior, lo refiere al caso de la inconstitucionalidad, «es para evitar que las normas legales sean abrogadas directamente por los jueces, que según el modelo norteamericano es de control difuso y cualquier juez puede declarar la incompatibilidad de las normas y eso traería como consecuencia un gobierno de los jueces tan nefasto como un gobierno de asamblea y que Europa quiso evitar por las circunstancias propias de la preguerra mundial».[79]

Por tanto, 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 argemones 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».[80]

Esta teoría influyó en los tribunales constitucionales de la primera post guerra (Austria España 1931); también en la segunda post guerra, 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 tunc, porque entonces perdería la calidad

79 Eduardo García de Enterría, La Constitución y el tribunal constitucional, civitas, Madrid.

80 ibid.

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.

IX. Presente y futuro de la justicia constitucional

1. 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 pasado y en los años del presente, cambios que se han producido como consecuencia de los procesos de democratización, que cada sociedad ha impulsado conforme sus propias demandas y recursos que incluye, en algunos casos el recurso de la guerra o de manifestaciones violentas.

   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.

2. 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 más 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; no obstante, los gremios que ahora tienen más instrumentos jurídicos, que disponen de más tolerancia gubernamental y de una relativa apertura de los poderes económicos, siguen utilizando métodos nada adecuados para reclamar sus derechos; en tal sentido se observan la toma de hospitales, el cierre de carreteras, el enfrenta-

miento con las autoridades, etc., todavía formas crueles para la reclamación de derechos, formas en las que la más perjudicada es la sociedad misma.

3. En cuanto a los derechos individuales y políticos, en los que la obligación del estado consiste en un deber de abstención, hay todavía resistencias no solo 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. Ante esto la justicia constitucional, aún carece de proyectos firmes, coherentes y además consecuentes y comprometidos; pero debe de consignarse que especialmente a partir de 2009-2015, por la destacada y también controvertida posición de la sala de lo constitucional, se han pronunciado sentencias que han cambiado el modo de entender la función de un tribunal de su rango, sentencias que han modificado entre otros, el modo de practicar los derechos políticos, la relación de igualdad que debe existir entre los poderes del estado y la apertura de la jurisdicción para que los ciudadanos tengan una instancia válida y confiable para reclamar sus derechos. El equilibrio, prudencia e imparcialidad de la sala, estarían viéndose comprometidos, no por las sentencias como tales, sino por una marcada intervención en asuntos que por su propia naturaleza corresponden a otras instancias y en los que la vulneración a categorías constitucionales no ha sido muy evidente.

4. La Sala, reitero, ha encontrado en algunos funcionarios de los otros poderes, la resistencia obcecada para aceptar la división de funciones, como instrumento necesario del estado de derecho, mostrando resabios de autoritarismo y de gobierno absoluto; en esta actitud, funcionarios gubernamentales, dirigentes partidarios, gremiales, etc., han recurrido a la descalificación, a recursos políticos, o supuestamente jurisdiccionales en contra de los cuatro magistrados de la sala de lo constitucional, que han asumido la responsabilidad de la magistratura, para la aplicación directa de la constitución cuando no hubiere leyes que la desarrollen, ha procurado la supremacía y la interpretación de la misma, en un contexto más amplio, con fundamento en las corrientes actuales de la doctrina y del derecho comparado que informan a la ciencia del derecho constitucional.

Lo anterior no significa una defensa subjetiva de los miembros de la Sala, que en el cumplimiento de esa labor, es explicable que pudiesen haber cometido errores, excesos o interpretaciones en algunas sentencias y que en mi opinión, no han estado en el marco de su jurisdicción y competencia, ya que por mucho que se quiera conceder a su amplio poder en materia de interpretación constitucional, de aplicación directa de la constitución, en defensa de la misma y con la finalidad de lograr su eficacia normativa, es posible, que se hayan pronunciado resoluciones controversiales; para el caso, el autor, en su momento expresó su desacuerdo que por vía de interpretación, se reformara el artículo 85 de la Cn., (mutación), al modificar una cláusula pétrea; o que

al cambiar precedentes en materia de la no transferencia de partidas presupuestarias en los ministerios, sin intervención legislativa, se le negó intervención en el proceso al Fiscal General de la República, sentencia en la que se calificó al fiscal como "amicus curiae" (sentencia nula) por haberse pronunciado sin audiencia de parte legítima; o la suspensión de los efectos de la ley del Fonat, que privilegia el neoliberalismo, a la justicia social; en el caso de un diputado suplente, la Sala, admitió recurso de "hábeas corpus", presentado por un tercero, en contra de la voluntad del "favorecido", confirmado el desafuero, mencionado en un "obiter dictum", de otra sentencia y retomado en la "ratio decidendi" del habeas corpus, una decisión en contra del principio "nec reformatio in peius", la suspensión del acto reclamado en el caso del reconteo de votos, (remedio ambiguo); considero muy discutible el de admitir a trámite la demanda contra una posible reforma constitucional, interrumpiendo el proceso constituyente, contenido en el Art. 248 cn., de competencia del poder legislativo.

No obstante, esto es típico de los conflictos inter órganos que en los gobiernos democráticos son explicables y eso no se supera con maniobras, amenazas o descalificaciones, sino al mostrar que hay otras formas de entender el derecho constitucional, de presentar argumentos también constitucionales, que los otros poderes deben manejar y ejercer sabia y prudentemente, antes de recurrir a procedimientos absurdos (corte centroamericana y sala de lo contencioso, toma de calles), o la proclamación teatral, los grupos de choque, etc., y otras actitudes que no contribuyen al proceso democrático.

San Salvador, mayo de 2015

Nota: un estudio más amplio sobre el tema, podrán encontrarlo en: Mario Solano: La Jurisdicción Constitucional en El Salvador, publicado en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nos. 11 y 12 (2007), publicación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Capítulo Sexto

El valor Verdad: El problema de la Verdad y la Justicia Constitucional

Dentro del proceso de diálogo que concluyó con la firma de los Acuerdos de Chapultepec, el 27 de abril de 1991 el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional firmaron los Acuerdos de México, en los cuales las partes convenían crear una Comisión de la Verdad y se comprometían a cumplir con las recomendaciones de la misma. A este organismo se le asignaron cuatro encomiendas principales: clarificar los abusos a los derechos humanos durante la guerra; estudiar con especial cuidado la impunidad bajo la cual los cuerpos de seguridad y los militares salvadoreños cometieron tales abusos; hacer recomendaciones legales, políticas o administrativas para que aquel pasado de abusos no vuelva a repetirse; y, finalmente, estimular la reconciliación nacional. Tanto la guerrilla como el gobierno se comprometieron a llevar a cabo las recomendaciones de la Comisión.

Informe "De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador"

Se integró la Comisión de la Verdad, constituida por tres personas nombradas por el Secretario general de la ONU: Belisario Betancourt, Reinaldo Figueredo y Thomas Buergenthal.

El Informe de la Comisión denominado "De la Locura a la Esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador", publicado el 15 de marzo de 1993 resulto ser bastante polémico, y ha suscitado insatisfacción en buena parte del espectro político, en gran medida por las expectativas que cada quien tenía sobre el contenido del mismo. La evaluación del contenido y recomendaciones de dicho informe debió hacerse tomando en cuenta el mandato y metodología de la Comisión de la Verdad: "La Comisión no fue establecida como un cuerpo jurídico. Cinco días después, es decir el 20 de marzo del mismo año se decretó la Ley General de Amnistía para la consolidación de la Paz.

La Comisión recibió testimonios directos de 2,000 personas con relación a 7,000 víctimas e información de fuentes secundarias relacionadas con más de 8,000 víctimas; también, recibió más de 23,000 denuncias presentadas a través de organismos, instituciones o remitidas por carta. De ellos se derivaron 13,569 casos que incluyen 15,239 violaciones. La Comisión solo pudo atender a una pequeña parte de los miles de abusos cometidos durante la guerra.

La Comisión seleccionó 32 casos ejemplificantes con base a dos criterios: que los casos reflejaran los eventos más brutales del conflicto; o bien que formaran parte de amplio y sistemático patrón de violaciones.

1. Versión resumida del Informe de la Comisión de la verdad

Artículo originalmente publicado en la Revista Memoria, de *Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika* Citar como: Cuya, Esteban Las Comisiones de la Verdad en América Latina, KO'AGA ROÑE'ETA se.iii (1996) - http://www.derechos.org/koaga/ iii/1/cuya.htm

I. El Salvador

Comisión de la Verdad.

Miembros de la Comisión:

Belisario Betancur. Ex Presidente de Colombia

Reinaldo Figueredo Planchart. Congresista de Venezuela

Thomas Buergenthal. Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Juez de Estados Unidos.

Esta Comisión, apoyada por un numeroso grupo de asesores y colaboradores, nacionales y extranjeros, trabajó durante seis meses para investigar y dos meses adicionales para elaborar y presentar su informe, que fue titulado "De la Locura a La Es-

peranza" La guerra de 12 años en El Salvador". La división de Derechos Humanos de la ONUSAL le facilitó apoyo técnico y logístico para procurar proteger la identidad de los testigos e informantes, muchos de los cuales, solo accedieron a testificar cuando se les aseguró una reserva absoluta. Diversos gobiernos extranjeros y organismos internacionales colaboraron con la Comisión, al suministrar documentos confidenciales emitidos por sus delegaciones diplomáticas, y proveer declaraciones oficiales de agentes policiales y militares.

El mandato

La Comisión de la Verdad de El Salvador surgió como resultado de los Acuerdos de Paz de El Salvador negociados en más de tres años (1989-1992) entre el gobierno de El Salvador y el movimiento guerrillero Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, FMLN, que estuvieron enfrentados durante todo ese período. Las negociaciones se llevaron a cabo con el auspicio de las Naciones Unidas, y la colaboración de Colombia, México, España y Venezuela y culminaron en el Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992.|17|

La decisión de crear la Comisión de la Verdad fue adoptada en los Acuerdos de México, que definen las funciones y facultades de la Comisión, y se firmaron en Ciudad de México el 27 de abril de 1991. La autoridad de la Comisión se amplió con el artículo 5 del Acuerdo de Paz de Chapultepec, titulado "Superación de la Impunidad." Estas disposiciones constituyen el "Mandato" de la Comisión, definida de la siguiente manera: "La Comisión tendrá a su cargo la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad." Para esto, se indicó que la Comisión tomará en cuenta las siguientes consideraciones:

a. La singular trascendencia que pueda atribuirse a los hechos a ser investigados, sus características y repercusión, así como la conmoción social que originaron; y,

b. La necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.

En cuanto a la impunidad, las funciones específicas que se le asignaron a la Comisión se definen en el Acuerdo de Chapultepec de la siguiente manera: Se reconoce la necesidad de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos. A tal fin, las Partes remiten la consideración y resolución de este punto a la Comisión de la Verdad."

Además, de las facultades que los Acuerdos de Paz le confirieron respecto a la impunidad y la investigación de graves hechos de violencia, a la Comisión también le encargaron elaborar recomendaciones "de orden legal, político o administrativo, que podrán incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos (de violencia), así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional".

De esta forma se dotó a la Comisión con dos facultades específicas: la de realizar investigaciones y la de presentar recomendaciones, en cuya ejecución se comprometieron ambas Partes.

El Mandato le encarga a la Comisión investigar "graves hechos de violencia... cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad". Aquí la Comisión tomó en cuenta la singular importancia de cada acto violento, las repercusiones que tuvieron y los desordenes sociales que ocasionaron. El Mandato no enumeró ni identificó ningún caso específico para que fuera investigado por la Comisión; tampoco distinguió entre actos de violencia en gran escala y aquellos que involucraban solamente a unas cuantas personas. Al investigar estos hechos, la Comisión tomó en cuenta factores adicionales relacionados con el cumplimiento de su Mandato:

El primero es que lo que se había de investigar eran hechos graves o flagrantes cometidos por ambos lados del conflicto salvadoreño y no solamente por una de las partes.

Segundo, el Acuerdo de Chapultepec instó a la Comisión, a poner atención especial en el tema de la Impunidad de los hechos de violencia cometidos por oficiales de la Fuerza Armada, que nunca fueron investigados ni castigados.

Entonces, al optar por investigar un caso en lugar de otro, se tuvo presente consideraciones respecto del carácter representativo del caso, la disponibilidad de pruebas, los recursos investigativos disponibles, el tiempo requerido para llevar a cabo una investigación exhaustiva, y el tema de la impunidad tal como lo define el Mandato.

El derecho aplicable

Al definir las normas jurídicas aplicables a su labor, la Comisión estableció que durante el conflicto salvadoreño, ambas partes tenían la obligación de acatar una serie de normas del derecho internacional, entre ellas las estipuladas en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario, o bien en ambos. Por otro lado, a lo largo del período de guerra interna, el Estado de El Salvador estaba en la obligación de adecuar su derecho interno a sus obligaciones conforme al derecho internacional.

En el Acuerdo de San José, sobre Derechos Humanos, las Partes reconocieron que por "derechos humanos" se entiende "los reconocidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño, incluidos los tratados en los que El Salvador es parte, así como por las declaraciones y principios sobre derechos humanos y sobre derechos humanitarios aprobados por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos."

La Comisión de la Verdad reconoció que el derecho internacional de los derechos humanos sólo es aplicable a los gobiernos, mientras que en determinados conflictos armados, el derecho internacional humanitario es vinculante para ambos

lados. Es decir, tanto para los insurgentes como para las fuerzas del gobierno. Sin embargo, hay que reconocer que cuando se da el caso de insurgentes que ejercen poderes gubernamentales en territorios bajo su control, también se les puede exigir que cumplan con ciertas obligaciones en materia de derechos humanos, vinculantes para el Estado según el derecho internacional; por ende, resultarían responsables en caso de un incumplimiento. El FMLN sostuvo oficialmente que tenía algunos territorios bajo su control y efectivamente ejerció ese control.

Las investigaciones

La Comisión de la Verdad investigó en primer lugar, la violencia ejercida por agentes del Estado contra los opositores políticos. Allí ubicó el asesinato de los seis sacerdotes jesuitas y las dos acompañantes en el Centro Pastoral de la Universidad Centroamericana (1989). Luego inquirió sobre diversas ejecuciones extrajudiciales, como el asesinato de los dirigentes del Frente Democrático Revolucionario, las religiosas norteamericanas, los periodistas holandeses, así como los ataques a organismos de DDHH (FENASTAS y COMADRES), las desapariciones forzadas, las masacres de campesinos por la Fuerzas Armadas (Casos Mozote, Río Sumpul y El Calabozo). Después indagó los asesinatos cometidos por los escuadrones de la muerte, entre ellos el de Monseñor Óscar Arnulfo Romero.

En segundo lugar, la Comisión de la Verdad investigó la violencia del FMLN contra opositores como el asesinato de alcaldes y jueces, las ejecuciones extrajudiciales de campesinos colaboradores del gobierno, el intento de asesinatos de militares estadounidenses sobrevivientes, entre otros.

La Comisión aseguró que "Ninguna de las tres ramas del poder público: Judicial, Legislativo y Ejecutivo, fue capaz de controlar el desbordante dominio militar en la sociedad".

Finalmente, la Comisión de la verdad presentó una serie de recomendaciones que incluyen: reformar la legislación penal y el Poder Judicial, depuraciones en las Fuerza Armadas, Fuerzas Policiales y dentro de la administración pública; inhabilitaciones políticas a las personas involucradas en violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario, por un lapso no menor de diez años. También recomendó investigar y terminar con los grupos ilegales (escuadrones de la muerte).

De igual forma, la Comisión recomendó que el gobierno salvadoreño otorgara una reparación material y moral para las víctimas de la violencia y sus familiares directos. Se recomendó la entrega de tierras, equipamiento agropecuario, becas de estudio, etc. Los Acuerdos de Paz fijaron un calendario de actividades, muchas de las cuales, como la entrega de tierras a los combatientes de ambos bandos, y la compensación económica solo se han cumplido en mínima parte. En la práctica, el Estado salvadoreño descuidó mucho el cumplimiento de los acuerdos. Por eso, pese al empe-

ño del FMLN, así como a los esfuerzos de la ONU y los países amigos, la pacificación en El Salvador es todavía un proceso muy lento.

Comentario: El tema que se analiza con los instrumentos disponibles, en la extensión que más corresponde a los espacios y a la naturaleza de esta obra y de otras que aborden el tema, será siempre motivo de debates y de dudas de que algo ha quedado oculto; por ello es que en el tema de la verdad, al menos desde mi perspectiva debe observarse como un valor y como un problema; en cuanto a la verdad como valor y desde la perspectiva jurídico constitucional, es como lo ha planteado Peter Häberle, (vid. cap. quinto, Tit. segundo, Libro Cuarto, To. II, de este trabajo). y Länders, nos plantean conceptualizaciones distintas, con innegables aportes a la cultura constitucional, pero sin entrar al problema de las definiciones y casi siempre acompañadas de otros valores como la justicia, la solidaridad, entre otros. Uno de los momentos más dramáticos que registra la historia acerca de la verdad, lo representa el siguiente diálogo:

- Pilato: ¿tú, eres el Rey?
- Jesús: tú,lo dices, Yo soy Rey; para eso he venido al mundo para dar testimonio de la verdad, quien está de parte de la verdad escucha mi voz.
- Pilato: ¿Qué es la verdad?. Juan 18. Vers.37-38.
- Jesús no respondió.

Sin embargo; Kelsen, dice que si Jesús hubiera respondido, habría dicho: La justicia.

En el campo político la situación es más complicada porque las visiones se acompañan de sentimientos, quejas, reclamos, intereses y conflictos entre los grupos sociales. En el caso de El Salvador, el tema se mantiene como una problemática sociopolítica y cuando se plantean medidas jurídicas como las leyes de reconciliación, de Amnistía, las resoluciones de la Sala de lo constitucional e informes de derechos humanos, aparecen sombras, dudas y presiones para enjuiciar responsables; por ello es que la decisión ante la nueva demanda tendría que ser resuelta, tomando en consideración, que existen disposiciones de ánimo, que depende de lo que se resuelva, entonces, estaríamos ante un eventual agravamiento de la conflctividad social. Un examen objetivo del Estatuto de Roma, podría ser determinante para una solución adecuada a la controversia.

2. La Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz

ASAMBLEA LEGISLATIVA - REPÚBLICA DE EL SALVADOR1.-

ÍNDICE LEGISLATIVO

DECRETO Nº 486.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I.- Que el proceso de consolidación de la paz que se impulsa en nuestro país, demanda crear confianza en toda la sociedad, con el fin de alcanzar la reconciliación y reunificación de la familia salvadoreña, mediante la adopción de disposiciones legales de ejecución inmediata, que garanticen a todos los habitantes de la República el desarrollo pleno de sus actividades en un ambiente de armonía, respeto y confianza para todos los sectores sociales;

II.- Que con fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Reconciliación Nacional, contenida en el Decreto Legislativo Número 147, publicado en el Diario Oficial Número 14, Tomo 314 de la misma fecha; mediante dicho decreto se concedió amnistía con restricciones a todas las personas responsables en cualquier forma, 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 1º de enero de mil novecientos noventa y dos;

III.- Que las restricciones a que se hace referencia en el considerando anterior, no permitieron una aplicación general de la Ley de Reconciliación Nacional para todas las personas que, independientemente del sector a que pertenecieron en el conflicto armado, hayan participado en hechos de violencia que dejaron huella en la sociedad, creándose una situación de falta de equidad que es necesario corregir, ya que no es compatible con el desarrollo del proceso democrático ni con la reunificación de la sociedad salvadoreña;

IV.- Que para impulsar y alcanzar la reconciliación nacional, es conveniente concederla gracia de amnistía amplia, absoluta e incondicional, a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en hechos delictivos ocurridos antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya se trate de delitos políticos o comunes conexos con éstos o delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, comprendiendo aquellas personas contra quienes se hubiere dictado sentencia, iniciado procedimiento por los mismos delitos o no existiere procedimiento alguno en su contra, siendo extensiva la gracia a las personas no incluidas en la Ley de Reconciliación Nacional hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los mismos hechos delictivos;

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados Luis Roberto Angulo Samayoa, Ciro Cruz Zepeda Peña, José Rafael Machuca Zelaya, Rafael Antonio Morán Orellana, Carlos Remberto González, José Roque Calles Amaya, Marcos Alfredo Valladares, Carlos René Calderón y Julio Ángel Sorto,

ASAMBLEA LEGISLATIVA - REPÚBLICA DE EL SALVADOR2.-

ÍNDICE LEGISLATIVO

DECRETA la siguiente:

LEY DE AMNISTÍA GENERAL

PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ

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, mediatos 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.

Art. 2.- Para los efectos de esta Ley, además de los especificados en el artículo 151 del Código Penal, se considerarán también como delitos políticos los comprendidos en los artículos del 400 al 411 y del 460 al 479 del mismo Código, y los cometidos con motivo o como consecuencia del conflicto armado, sin que para ello se tome en consideración la condición, militancia, filiación o ideología política.

Art. 3.- No gozarán de la gracia de amnistía:

a) Los que individual o colectivamente hubiesen participado en la comisión de los delitos tipificados en el inciso segundo del artículo 400 del Código Penal, cuando éstos lo fuesen con ánimo de lucro, encontrándose cumpliendo o no penas de prisión por tales hechos; y b) Los que individual o colectivamente hubieren participado en la comisión de delitos de secuestro y extorsión tipificados en los artículos 220 y 257 del Código Penal y los comprendidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, ya sea que contra ellos se haya iniciado o no procedimiento o se encontraren cumpliendo penas de prisión por cualquiera de estos delitos, sean o no conexos con delitos políticos.

Art. 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 condenados, sin necesidad de fianza; igual procedimiento aplicará el Tribunal que estuviere conociendo, aún 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 decrete su libertad; d) Las personas que no se encuentren comprendidas en los literales anteriores 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.

Art. 5.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales a), b) y c) del artículo anterior, las personas que estén procesadas y deseen acogerse a los beneficios de la presente ley, dirigirán solicitud por escrito, ya sea personalmente o por medio de apoderado, o se presentarán a los Jueces de Primera Instancia, pidiendo que se dicte en su favor el sobreseimiento correspondiente; el Juez competente, de ser procedente, dictará el sobreseimiento, el cual será sin restricciones y sin necesidad de fianza.

Las solicitudes también se podrán presentar ante los Jueces de Paz, Gobernadores Departamentales, Alcaldes Municipales y Cónsules acreditados en el exterior, quienes inmediatamente después, las remitirán al Juez de Primera Instancia respectivo, para que les dé el trámite correspondiente.

A los funcionarios indicados en este artículo que no cumplan con dicha obligación, el Juez competente les impondrá una multa de Un Mil a Cinco Mil Colones, siguiendo el procedimiento que establece el artículo 718 del Código Procesal Penal.

Art. 6.- Derogase todas las disposiciones que contraríen la presente ley, especialmente el Art. 6 y el último inciso del Art. 7, ambos de la Ley de Reconciliación Nacional, así como la interpretación auténtica de la primera de las disposiciones citadas que están contenidas respectivamente, en el Decreto Nº 147 de 23 de enero de 1992, publicado en el Diario Oficial Nº 14, Tomo 314 de la misma fecha y Decreto Nº 164 de fecha 6 de febrero del mismo año, publicado en el Diario Oficial Nº 26, Tomo 314 del 10 de febrero de 1992.

Art. 7.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veinte días del mes de marzo de mil novecientos noventa y tres.

LUIS ROBERTO ANGULO SAMAYOA
PRESIDENTE

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA
VICEPRESIDENTE

RUBÉN IGNACIO ZAMORA RIVAS
VICEPRESIDENTE

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS
VICEPRESIDENTE

RAÚL MANUEL SOMOZA ALFARO
SECRETARIO

SILVIA GUADALUPE BARRIENTOS ESCOBAR
SECRETARIO

JOSÉ RAFAEL MACHUCA ZELAYA
SECRETARIO

RENÉ MARIO FIGUEROA FIGUEROA
SECRETARIO

REYNALDO QUINTANILLA PRADO
SECRETARIO

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los veintidós días del mes de Marzo de mil novecientos noventa y tres.

PUBLÍQUESE,

ALFREDO FELIX CRISTIANI BURKARD,

Presidente de la República.

OSCAR ALFREDO SANTAMARÍA,

Ministro de la Presidencia.

D. O. Nº 56

TOMO Nº 318

FECHA : 22 de Marzo de 1993.

3. Comentarios a la Sentencia de la Sala de lo Constitucional sobre Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía

Delitos Políticos y Amnistía*

Dr. Mario Antonio Solano Ramírez

Primera Parte

Doctrina Aplicable

I. Introducción

El presente estudio pretende contribuir a esclarecer algunos temas que se han propuesto a la opinión pública en un caso tan delicado como es la Ley de Amnistía y luego, la declaratoria de constitucionalidad de la misma, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Como autor y magistrado de esta Sala, considero que mi aporte, objetivo, contribuye a esclarecer aquellos puntos álgidos, 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, considero que la Constitución permite que en ese tipo de casos, se proceda de esa manera; es decir, 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, si se 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 iniciaremos, 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 fuera 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: 1°) aquellos que atentan contra su estabilidad y su misma existencia, 2°) 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 Delitos Políticos, que depende de sus autores, de los sujetos pasivos, del prestigio de una causa, etc., gozarían de tratamientos internos y de vigilancia internacional muy especiales, por ejemplo, la no extradición de los procesados; a nivel de derecho interno, gozarían del indulto y de la amnistía.

Al existir estos delitos, resulta casi natural considerar que hayan perseguidos políticos, que pueden acogerse al Asilo Político, institución universal, que favorece la aceptación y protección de los perseguidos. Las normas internacionales son ampliamente aceptadas y respetadas por la mayoría de países, salvo las excepciones explicables; del mismo modo, debe considerarse que existan presos políticos; 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 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 cómo se vean así mismos.

Los acontecimientos del 11 de septiembre, en Estados Unidos, han generado 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 significativos.

II. Definiciones Delito Político

Es aquel que tiende a quebrantar, por hechos ilícitos, el orden jurídico y social establecido; 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), en todo caso emplea 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, N° 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: I) Contra la existencia y Organización del Estado; II) Contra la Personalidad Internacional del Estado; III) Contra la Personalidad Interna del Estado. De estos solamente alcanzan la categoría de delitos políticos, los de los capítulos II y III (Art. 151 Pn.).

Son 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, 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.- Es la 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, Aún, cuando se encuentren dentro del territorio/*; y que hoy día, es 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 antes, en el sentido 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.- En cuanto al 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 a 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 asilo ni la obligación de entregar a tal asilado. /*

(*) Diccionario Citado

Segunda Parte

I. Legislación Nacional

Para entender, de manera objetiva, sin ansiedades e inquietudes exageradas, tanto la Ley de Amnistía y la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ante el recurso de inconstitucionalidad presentado en contra, 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, regulo 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 Limites

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 aplico o debió de aplicarse la Ley de Amnistía hasta la derogatoria de dicho Código.

B) CÓDIGO PENAL DE 1998

TÍTULO XVII

Delitos relativos al Sistema Constitucional y la Paz Pública

Capítulo I

De los Delitos Relativos al Sistema Constitucional

REBELIÓN
Art. 340.
SEDICIÓN
Art. 341.-
Art. 342.-

TÍTULO XVIII

Delitos relativos a la existencia, seguridad y organización del Estado

CAPÍTULO ÚNICO

Atentados contra la Integridad y Existencia del Estado.

Art. 350.- ATENTADOS CONTRA LA UNIDAD NACIONAL

Art. 351.- TRAICIÓN

Art. 352.- INTELIGENCIA CON ESTADO EXTRANJERO

Art. 353.- PROVOCACIÓN DE GUERRA, REPRESALIAS O ENEMISTAD INTERNACIONAL

REVELACIÓN DE SECRETOS DE ESTADO

Art. 355.- ESPIONAJE

Art. 356.- SABOTAJE

Art. 357.- INFIDELIDAD EN NEGOCIOS DE ESTADO

Art. 358.- VIOLACIÓN DE TRATADOS, TREGUAS, ARMISTICIOS O SALVOCONDUCTOS.

Art. 359.- VIOLACIÓN DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Art. 360.- DELITO POLÍTICO Y DELITO COMÚN CONEXO CON DELITO POLÍTICO

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 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

I) 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";

"Art. 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 condenados, 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. está 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 aquél artículo en el sentido 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 tanto, 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, por lo que debe desestimar la pretensión en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación de los Art. 2 inc. 3º. y 245 Cn. por parte del Art. 4 letra e de la LAGCP, se concluye que la legitimidad de los efectos señalados en 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 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 Interamericana 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-III-1993, publicado en el Diario Oficial No. 561, Tomo 318, correspondiente al 22-III-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 el 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. 26° 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 por la ley; b) cuando el hecho es cometido por funcionarios públicos,

sean éstos civiles o militares; y c) cuando el delito se haya realizado durante el período 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 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, solo 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. 26° 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 ocurso 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.

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…

4. Nueva Demanda de Inconstitucionalidad de Ley de Amnistía

2013 Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las trece horas y cincuenta minutos del veinte de septiembre de dos mil trece. Se tiene por recibido el escrito presentado por José Benjamín Cuéllar Martínez, Pedro Antonio Martínez González e Ima Rocío Guirola, de 11-VI-2013, en el que responden a las prevenciones efectuadas por esta Sala en su resolución de 22-V-2013, notificada el 6-VI-2013. En vista de que los demás ciudadanos que presentaron la demanda no contestaron tales prevenciones, dicha demanda se declarará inadmisible en relación con ellos, de conformidad con el Art. 18 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en adelante L.Pr.Cn., aplicado analógicamente. Las disposiciones de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (en lo que sigue LAGCP), impugnadas por motivos de fondo, prescriben.

El magistrado de la Sala de lo Constitucional, Florentín Meléndez, afirmó que la demanda por la Ley de Amnistía fue admitida por unanimidad. Por el momento, el presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Salomón Padilla, no se encuentra en el país por lo que no formó parte de la votación para admitir la demanda.

"No tenemos más que una admisión de resolución. Se están corriendo traslados a la Asamblea y se seguirá el trámite normal", agregó Meléndez.

Una Ley de Amnistía es, en un ámbito general, una legislación que otorga la extinción de la responsabilidad penal sobre delitos cometidos en un período y un territorio determinado. En el caso de El Salvador, la ley de amnistía actual prohíbe que se condenen o se persigan a todos los que cometieron crímenes de lesa humanidad durante la guerra, autores materiales e intelectuales.

En 1991, se condenó a dos de siete militares imputados como autores materiales en el caso del asesinato de 6 jesuitas (cinco españoles y un salvadoreño) además de su ama de llaves y su hija, sin embargo, estas personas recuperaron su libertad por la ley que ahora se pretende anular.

La Sala, además, otorgó un plazo de 10 días a la Asamblea Legislativa para que justifique la constitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

La admisión de la demanda fue firmada por los magistrados Florentín Meléndez, Belarmino Jaime, Sidney Blanco, Rodolfo González y por el magistrado suplente Germán Álvarez.

En 2000, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró que la Ley de Amnistía no violaba la Constitución, pero al mismo tiempo dio la potestad a los jueces para declarar su aplicabalidad o no, pues, según una interpretación judicial posible, las graves violaciones a derechos humanos no son amnistiables. Asimismo, la Sala determinó que un gobierno no puede autoamnistiarse y, dado que la ley fue avalada por el presidente Alfredo Cristiani, quien gobernó entre 1989 y 1994, los casos ocurridos en ese quinquenio quedaban fuera de la protección de la ley. La Sala de lo Constitucional, actual no ha resuelto mediante fallo, dicha demanda, solamente ha sido admitida. Además de las presiones internas de los demandantes y de las instituciones que representan, se encontrará con posibles contradicciones entre los instrumentos internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, las resoluciones emitidas por los Organismos aplicadores de esta normativa, las normas del Estatuto de Roma y la sentencia de la anterior Sala de lo Constitucional que declaró que la Ley de Amnistía está conforme con la Constitución, aunque dejó la posibilidad de que los delitos que estuvieren fuera de lo prescito en la ley, podrían ser conocidos por los jueces. Sin embargo, lo que diga la Sala, será trascendental para el país.

5. Disposiciones del Estatuto de Roma

"Aspectos Jurídicos y Doctrinarios del Principio de Complementariedad en la tipificación de los Delitos de Lesa Humanidad"

Trabajo de Graduación para optar al Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas

Presentan:

Abrego Bolaños, Sonia Marisela

Mejía Granados, Nidia Carolina

Menjívar Urquilla, José Luis

Director de Seminario de Graduación:

Doctor Armando Antonio Serrano

Ciudad Universitaria, San Salvador, Marzo 2013

Nota: se han conservado, en lo posible, las citas que el grupo de trabajo ha hecho.

El 1 de julio del dos mil dos entra en vigor el Estatuto de Roma y surge la Corte Penal Internacional, como un medio para investigar y enjuiciar a los responsables por la comisión de delitos de lesa humanidad, y así de esa manera evitar la impunidad. Para su aplicación es necesario que los Estados se suscriban al Estatuto de Roma y se comprometan a ratificarlo.

El Salvador actualmente se encuentra suscrito al Estatuto de Roma, sin embargo, "está considerando ratificarlo en este año y establecer a la Corte Penal Internacional, que se encuentran con la dificultad de aplicar la pena perpetúa debido a que la prohíbe la Constitución de la República de El Salvador".6.- Y no solamente es necesario ratificar el Estatuto de Roma, sino también el Estado debe promover la persecución penal. Para ello, es necesario que el Estado de El Salvador tipifique los delitos de lesa humanidad en su legislación, en la forma en que están regulados en el Estatuto de Roma, de lo contrario el Estado de El Salvador puede encontrarse en tres situaciones:

La primera es que no juzgue al responsable de la comisión de un delito mediante los tipos penales ordinarios, ya que no cuenta con la capacidad para investigar y enjuiciar.

La segunda situación es que al no estar regulados los delitos de lesa humanidad, el Estado es incapaz de aplicar el Principio de Jurisdicción Universal, regulado en el Art. 10 del Estatuto que consiste en permitir que un Estado de El Salvador enjuicie penalmente crímenes de delitos comprendidos en el Estatuto de Roma, mediante el proceso penal establecido en la legislación Salvadoreña, de personas que haya cometido delitos de lesa humanidad en otro país. Por tanto, debido a la falta de tipificación y a la carencia de un proceso penal para enjuiciar por la comisión de delitos de lesa humanidad, si un extranjero comete un delito de lesa humanidad en El Salvador, el país no puede dar asistencia judicial, ni cooperar judicial, esto provoca que El Salvador se convierta en un lugar de refugio para los criminales de delitos de lesa humanidad puesto que impide la persecución de la justicia.

Y la tercera situación es que al carecer de tipificación de los delitos de lesa humanidad, y con la finalidad de darle persecución a los mismos, el juez opte por aplicar directamente los crímenes de lesa humanidad consagrados en el Estatuto de Roma, con esa decisión estará vulnerando el principio de legalidad criminal y el principio de

legalidad penal, ya que conforme a lo que se establece en la Constitución en el Art. 15 y el Código Penal en el Art. 1, nadie puede ser sancionado por una acción u omisión que no esté regulada como delito o falta en la legislación salvadoreña.

En consecuencia, se deduce que a falta de tipificación de los delitos de lesa humanidad en la legislación Salvadoreña, el Estado tiene la dificultad para juzgar a responsables por la comisión de delitos de lesa humanidad. El hecho de que estén regulados los delitos de lesa humanidad no genera garantía de una buena administración de justicia en El Salvador. Puesto que al tener competencia el Estado de El Salvador para investigar y enjuiciar resulte de esa capacidad la falta de voluntad.

En El Salvador, se ve enmarcado, en cuanto a que en la actualidad aún no se ha ratificado el Estatuto de Roma, por considerar que vulnera la soberanía del mismo. Asimismo, cabe destacar, que aún estando ratificado, no se puede juzgar en El Salvador a una persona por la comisión de delitos de lesa humanidad, puesto que, en la legislación penal salvadoreña no están previamente regulados conforme a lo que dispone el Estatuto de Roma.

Entre otras consecuencias que produce la falta de tipificación de los delitos de lesa humanidad, es que el Estado se encuentra en la imposibilidad de cooperar y dar asistencia judicial a la Corte Penal Internacional, mediante el Principio de Jurisdicción Universal regulado en el Estatuto de Roma, "el cual consiste en permitir o exigir a un Estado enjuiciar penalmente los crímenes regulados por el ER, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o la víctima".[81]

18 BONO VELASCO

La Corte Penal Internacional, tiene jurisdicción:

1) Jurisdicción latione loci: que se refiere a que "el Estado que se haga parte del Estatuto acepta al mismo tiempo que la CPI ejerza jurisdicción sobre su territorio".19.-
2) Jurisdicción ratione temporis: se refiere a que la CPI tiene jurisdicción a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, así lo establece el Art. 11.1 ER, "La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto".20.-
3) Jurisdicción en cuanto a la materia: En cuanto a este aspecto, "la Corte Penal Internacional tiene competencia para conocer crímenes de lesa humanidad, de genocidio, entre otros, ahora bien, el que nos interesa estudiar para el caso son los crímenes de humanidad".21.-

81 Op. Cit. "Los principios de Jurisdicción Universal y su complementariedad: su interconexión" P. 3 Las dimensiones que este fenómeno han llegado a tener en El Salvador, exigen un profundo análisis, de construir propuestas alternativas que propicien una transformación de los mecanismos jurídicos e institucionales, que han impedido que las aspiraciones de justicia a que aspiran las víctimas, y sus familiares de delitos de lesa humanidad.

131 SERRANO, Israel. "Salvador ratifica el Estatuto de Roma y se opondrá a pena de muerte y retroactividad" Diario Digital. 2010 http://www.lapagina.com.sv/ampliar.php?id=65027, Fecha de Consulta: Diciembre del 2012.

El canciller de la República, Hugo Martínez, detalló que El Salvador, en el segundo semestre de este año podría adherirse al Estatuto de Roma, instrumento jurídico internacional que regula penalmente sobre los delitos de lesa humanidad. Martínez detalló que han finalizado un estudio sobre la factibilidad de ratificar el Estatuto de Roma y posteriormente fue presentado al equipo jurídico de casa presidencial, donde conjuntamente están elaborando dos declaraciones para expresar claramente la postura de El Salvador en cuanto a la pena de muerte y la retroactividad de la aplicación de tratado. "Nuestra Constitución no permite la pena de muerte, la cual esta expresada en el Tratado de Roma, incluso la prohíbe, no podemos aceptar este apartado del documento", reiteró Martínez. En cuanto a la retroactividad, Hugo Martínez, afirmó que algunos sectores de la sociedad se encuentran renuentes sobre posibles juzgamientos de delitos cometidos en el pasado conflicto armando con la ratificación del Estatuto de Roma y aunque el documento respeta la legislación interna de los países, consideran importante enfatizar al respecto. Hugo Martínez reiteró que esperan ratificar el Estatuto de Roma a más tardar al principio de segundo semestre de este año. Actualmente a nivel centroamericano sólo Nicaragua y El Salvador no han ratificado el Estatuto de Roma.

Análisis de los preceptos constitucionales que el Estado salvadoreño considera impedimento para la ratificación del Estatuto de Roma

La Constitución de la República de El Salvador, es la norma fundamental que a todo el ordenamiento jurídico; legitimidad material, que establece los principios y valores supremos de la comunidad política, organización, su estructura, y validez formal son el parámetro por el que se va a medir la nulidad o validez de las demás normas del ordenamiento. "La peculiaridad de las normas constitucionales se manifiesta también en su rigidez, el cual responde a la necesidad de garantizarle a la nueva norma jurídica mayor permanencia y estabilidad en el tiempo, exigiendo una mayor capacidad de adaptación."[82]

El Estado de El Salvador, ha considerado que dentro de la Constitución de la República, existen preceptos que impiden la ratificación del E.R., tales como, la pena perpetua y la retroactividad, los cuales encuentran su asidero legal en los artículos 21 y 27, los cuales establecen lo siguiente: Artículo 21: "Las leyes penales no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente…"

82 133 CAÑIZ GARCIA, Natalia. "Constitucionalidad del Estatuto de Roma y Realidad Jurídica Política en México bajo la perspectiva del derecho comparado". http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/3/art/art4.htm; Fecha de consulta: diciembre del 2012.

El cual establece, que de forma general todo el ordenamiento jurídico, debe poseer efecto irretroactivo, establece como excepción a dicha regla la ley penal cuando esta sea favorable al reo, si hacer ningún distinto entre casos nacionales e internacionales.

El E.R., establece en el artículo 24, la irretroactividad ratione personae, el cual reza así: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicaran las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena"./127.- El Estatuto es claro en establecer que únicamente está facultado en conocer de aquellos crímenes cometidos desde su entrada en vigor, es decir, desde el uno de Julio del año dos mil dos; es por ello, "que no obstante establecer el Estado Salvadoreño, sus dudas respecto a la retroactividad del Estatuto, este no puede aplicarse a aquellos crímenes cometidos en tiempo de guerra"[83], debido a que el mismo instrumento jurídico lo establece.

Asimismo, el artículo 27 Inc. 2 Cn., establece lo siguiente: "Se prohíbe la prisión por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda especie de tormentos".

En relación al precepto constitucional, mencionado en el apartado anterior, en el artículo 77 N° 1, Lit. b) E.R., el se establece: "La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado". No obstante, establecer el E.R. de forma expresa la imposición de dicha pena, para su imposición debe de justificarse la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, lo cual la convierte en excepción. Asimismo, es importante destacar que el Estatuto establece en su Art. 80, que "nada de lo dispuesto... se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional", lo cual quiere decir, que en ninguna circunstancia se forzará a un Estado a que ejecute una sentencia vitalicia acordada por la CPI; un Estado parte puede imponer condiciones a cualquier acuerdo sobre el cumplimiento de penas en su territorio, tal y como lo determina el estatuto cuando señala que "en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá imponer condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte".

Por lo tanto, con base en el régimen de complementariedad de la Corte, si el Estado investiga o enjuicia tales crímenes, la Corte cederá paso a la acusación por parte del Estado al margen de que éste no contemple imponer cadena perpetua. Así también, el Estado de El Salvador ha establecido que la soberanía y la no entrega de nacionales, son impedimentos para ratificar el E.R., los cuales serán desarrollados más adelante.

---

83 Ob cit. VAQUERANO, Nelson. "Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales" http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2230/13.pdf; Fecha de Consulta: Diciembre del 2012.

6. Implementación del Estatuto de Roma en El Salvador

El propósito principal de la CPI es asistir a la comunidad internacional en la difícil tarea de poner un fin a la impunidad por los crímenes internacionales más graves, tales como: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; sin embargo, mientras que "la Corte se ubica como el centro del sistema de justicia internacional, y permanece, la CPI deja que la responsabilidad primaria de ejercer jurisdicción sobre los presuntos crímenes, recaiga sobre las jurisdicciones locales".[84] Es por ello, que el sistema de complementariedad puede funcionar si los Estados llevan a cabo una serie de acciones, tales como: ratificar o adherirse al E.R., cooperar plenamente con la Corte brindar la asistencia judicial necesaria para los procedimientos.

Capítulo Séptimo

Comentarios sobre algunas sentencias específicas de la Sala de lo Constitucional 2015-2018

1. Análisis de la Sentencia 61-2009, Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Félix Ulloa hijo, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los Arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6° del Código Electoral (CE), (El demandante identificó los decretos legislativos respectivos y por razones de espacio no se transcriben.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y Arts. 72 ord. 3º, 78, 85 y 126 de la Constitución y Arts. 9, 10, 11 y 31 Ord. 3° de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala Falla:

1. Declárase que el Art. 215 inc. 2º núm. 5 del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 502, de 6-XII-2007, publicado en el Diario Oficial n° 1, tomo 378, de 3-I-2008, es inconstitucional por violar los Arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, ya que la exigencia de afiliación a un partido político al candidato ha diputado limita el derecho de todos los ciudadanos a optar a dicho cargo.

84 "Implementación del Estatuto de Roma". "http://www.iccnow.org/?mod= romeimplementation&lang=es; Fecha de consulta: Diciembre del 2012 129

2. Declárase que el Art. 262 inc. 6º del Código Electoral es inconstitucional por violar el Art. 78 de la Constitución, ya que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada ocasiona en el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo libremente, con plena capacidad de opción, es desproporcionada.
3. Declárase que los Arts. 239 inc 1º y 250 inc. 1° del Código Electoral – únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada– son inconstitucionales por violar el Art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada– son inconstitucionales aquellas disposiciones con el Art. 262 inc. 6º del Código Electoral.
4. Declárase que los Arts. 238 y 253-C inc. 3º del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005 –únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada- son inconstitucionales por violar el Art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquéllas disposiciones con el Art. 262 inc. 6º del Código Electoral.
12. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.
13. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial, dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

Esta sentencia produjo dos efectos trascendentales en la situación político constitucional nacional, al ser modificado el Art. 85 Cn., además de los efectos electorales, sociales y sobre los partidos políticos, que han sido ampliamente debatidos; en este Ensayo, sin embargo, lo que nos interesa es destacar las posiciones de los juristas y especialmente de los constitucionalistas. Para unos, la sentencia es inconstitucional, en el sentido de que la Sala se tomó atribuciones que no tiene y algunos de aquellos recomendaron que la sentencia no fuera cumplida; para otros, la sentencia estaba conforme al principio de que son los tribunales constitucionales el máximo intérprete de la Constitución y sus decisiones, tienen efecto "erga omnes"; hubo análisis por otros juristas, si la sentencia habría modificado el texto constitucional, mediante la figura de la mutación, por la cual una Constitución puede ser reformada, sin seguir los procedimientos formales. Nada de esto ha sido profundizado por los juristas y se espera que en su momento, este tema sea abordado. Es posible, además, que al modificarse el Art. 85 resulte modificado el Art. 248, que nos habla de que no se puede reformar ni siquiera siguiendo los procedimientos formales, el sistema de gobierno, o sea, que se trata de una cláusula intangible.

El Art. 85 dice que el sistema político es pluralista; y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se

sujetarán a los principios de la democracia representativa. El Art. 248, dice que no se podrán reformar en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno.

En nuestra opinión, ambos forman parte del sistema político pluralista: la forma se refiere cómo se ejerce el poder (Monarquía o República) y el sistema de gobierno tiene que ver con los factores reales de poder, que se combinan dentro del estado para resolver conflictos de poder, entre estos el gobierno, que precisamente, ejercerá el poder. El término «sistema político» ha sido confundido con el de «forma de gobierno» porque alude a la estructura y funcionamiento de los poderes públicos. Los términos «forma de gobierno» o «régimen político» o «sistema de gobierno» o «modelo de gobierno» definen con distintos matices la forma de ejercitar el gobierno; es decir, los distintos tipos de poder por parte de poder gobernante, y una «estructura de gobierno»; es la forma en la que se estructura dicho poder; sin embargo, el término «sistema político» define al sistema en el que se encuentra inmerso dicho poder y en el cual ha de desenvolverse para conseguir su objetivo. De esta forma posee una connotación más dinámica y compleja, ya que no se refiere aisladamente a las instituciones de gobierno o al resto de actores políticos que inciden sobre ellas, sino a la interdependencia del conjunto y al proceso de toma de gobierno.

"Un sistema político es la plasmación organizativa de un conjunto de interacciones estables a través de las cuales se ejerce la política en un contexto limitado. Este sistema formado por agentes, instituciones, organizaciones, comportamientos, creencias, normas, actitudes, ideales, valores y sus respectivas interacciones, que mantienen o modifican el orden del que resulta una determinada distribución de utilidades, conllevando a distintos procesos de decisión de los actores, que modifican la utilización del poder por parte de lo político a fin de obtener el objetivo deseado".

Nota periodística de Candidaturas No partidarias

José Zometa

Domingo, 1 de Agosto de 2010

"Con decisión de la Sala se cambiaron las reglas del juego"

Iglesia espera que no haya crisis por fallo

Se incorpora esta nota periodística por considerarlo de interés y trascendencia, por lo menos, desde la perspectiva académica; con lo resuelto en esta sentencia, se inicia un viraje de lo que hasta esa fecha había ocurrido jurisprudencialmente, en materia de justicia constitucional; en este comentario y en próximos que se hagan, el autor no emitirá juicios de valor o de crítica a la nueva política del tribunal salvadoreño, pero se consigna el respeto que los señores magistrados que la integran, le merecen; no obstante, se hace relación de lo actuado, con los antecedentes, o con lo esperado; oportunamente si fuere necesario, se abordará esta temática, incluyendo los elementos que ahora no están contemplados.

Dice la nota periodística:

"Al fallar en favor de las candidaturas independientes, los magistrados de la Sala de lo Constitucional "modificaron una de las cláusulas pétreas" de la Constitución, "cambiaron las reglas del juego" previstas en la misma y dejaron abierta una puerta para que se continúen reformando estas normas consideradas intocables, advirtió el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y especialista en derecho constitucional Mario Solano.

El ex funcionario, quien fue durante muchos años miembro de la Sala de lo Constitucional, tras leer el contenido de la resolución del Tribunal Constitucional ofreció en entrevista a El Diario de Hoy sus valoraciones jurídicas y técnicas de la misma.

Solano fue tajante en manifestar que la Sala de lo Constitucional, integrada por Belarmino Jaime (presidente de la CSJ), Florentín Meléndez, Ricardo González y Sidney Blanco, al resolver favorable a las candidaturas sin partido, modificó "indirectamente" la Constitución y una de sus cláusulas pétreas. El magistrado Néstor Castaneda se opuso a la decisión.

"Lo que tendríamos que ver en esta resolución de la Sala es que realmente se han cambiado las reglas del juego y estamos viendo que la Constitución ya no se puede leer lo mismo que se leía antes, sino que con lo que la Sala de lo Constitucional introduce prácticamente se ha producido un cambio de la Constitución", opinó el abogado constitucionalista.

Con el fallo de la Sala, el artículo 85 de la Constitución, que dice que los partidos políticos son el único instrumento para aspirar a un cargo público, tendría que modificarse y añadírsele al texto: "y también a través de los candidatos sin partido".

"Aquí prácticamente lo que se estaría modificando, al reformar el artículo 85, sería el sistema político o sistema de gobierno que descansa en los partidos políticos que son los que definen y deciden cómo se eligen a los representantes del pueblo, entonces de alguna medida se estaría modificando el artículo 85, sin haber recurrido al procedimiento normal que la Constitución establece, además de que estas cláusulas que se refieren al sistema político, al sistema de gobierno, no se puede reformar ni siquiera por la voluntad de los diputados expresada de conformidad al artículo 248, allí hay un conflicto", apuntó el ex magistrado.

El artículo 248 de la Carta Magna contiene cláusulas que son irreformables, son las llamadas normas pétreas y dice: "No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y el sistema de gobierno (democrático, republicano y representativo), al territorio de la República [...] " Pero a criterio de Solano, esto también se ha "trastocado".

En este caso, el artículo 85, dice que: "El Gobierno es republicano, democrático y representativo. El sistema político es pluralista y se expresa por medio de los parti-

dos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Las normas, organización y funcionamiento se sujetarán a los principios de la democracia representativa".

"Qué es lo que ha ocurrido?, que efectivamente la Constitución se ha modificado pero no por la vía de la reforma constitucional normal, no se han seguido los procedimientos adecuados, pero sí se ha modificado la Constitución por un procedimiento que se conoce en el derecho constitucional como mutación constitucional, aquí lo que ha habido, técnicamente hablando, es una mutación constitucional", indicó el ex funcionario de la Corte Suprema.

Pero, según Solano, no es la primera vez que ocurren "mutaciones constitucionales". "La Constitución va cambiando conforme la práctica y la costumbre constitucional, el texto, la letra de la Constitución se va modificando en la medida que hay una praxis constitucional que a veces cambia el sentido literal que la Constitución tiene, esa es una forma de cambiar la Constitución".

Solano, ejemplificó casos de reformas a la Constitución por la vía de la "mutación", la resolución de la misma Sala de lo Constitucional cuando al Fiscal Adjunto le otorgaron las mismas facultades del Fiscal General cuando había vencido el mandato del segundo y no se nombraba a su sucesor, y la extradición de José Marvin Martínez, el primer salvadoreño reclamado por Estados Unidos, aún cuando no existe tratado alguno entre ambos países. Sin embargo, no se trataba de normas pétreas; pero el fallo del tribunal constitucional abre la puerta para que las llamadas normas pétreas se sigan reformando, de acuerdo con el ex magistrado. "Podrían modificarse; es decir, no sabemos realmente los alcances que puedan tener las atribuciones de la Sala de lo Constitucional en establecer ciertas reglas de conexión para que sus resoluciones sean eficaces", agregó.

2. Análisis de la Sentencia sobre transferencia de fondos

Los ciudadanos Marín y Borgo Bustamante han planteado a la Sala que se declaren inconstitucionales, las siguientes normas:

"Art. 2.- Facúltase al Órgano Ejecutivo para que, por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, REFUERCE LA ASIGNACIÓN DE LA UNIDAD PRESUPUESTARIA 10 Provisión para Atender Gastos Imprevistos, CON CARGO A LAS ECONOMÍAS OBTENIDAS EN REMUNERACIONES y en otros rubros de agrupación, durante la ejecución de las asignaciones presupuestarias correspondientes a las Unidades Primarias de Organización e Instituciones Descentralizadas no Empresariales que reciban recursos del Fondo General. Asimismo, facúltase para que por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, autorice transferencia de recursos para las asignaciones del Presupuesto General del Estado, con cargo a la Unidad Presupuestaria 10 Provisión para Atender Gastos Imprevistos, A FIN DE CUBRIR NECESIDADES PRIORITARIAS". ENCUENTRO QUE ES UNA ESPECIE DE ENTRADA Y SALIDA DE RECURSOS A ESTA UNIDAD.

Art. 6.- Facúltase al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda para que, mediante Acuerdo respectivo pueda reforzar las asignaciones presupuestarias consignadas en la parte III Gastos de la Ley de Presupuesto del ejercicio financiero fiscal del presente año, con los montos que se perciban en exceso durante cada mes, de las estimaciones de las distintas fuentes de ingresos incluidas en la parte II Ingresos de la referida Ley de Presupuesto." (No por 167, excepto las que se declaren intransferibles en forma general, modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público).

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, Art. 45.- Las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias durante la ejecución del presupuesto votado quedan reguladas de la siguiente manera:

Art. 45.- Las transferencias entre asignaciones de distintos ramos u organismos administrativos de la Administración Pública, excepto las que se declaren intransferibles, serán objeto de Decreto Legislativo ((correcto hasta acá, 131,8 y 167,3) a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Hacienda (no por 167, excepto las que se declaren intransferibles en forma general, modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público). En este punto, la Sala establece criterios orientadores: Declara que deslegaliza el Art 2., de L.P. y violenta principio de reserva de ley, en su dimensión de especialidad.

Comentarios y Crítica

En la pretensión de los solicitantes se advierte lo siguiente: una interpretación estricta de la separación de poderes, tal como se plantea en el Art. 16 de la declaración de los derechos del Hombre y de ciudadano de 16 de agosto de 1789, que dice: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". En efecto, la declaración es el resultado de una revolución que había derrotado al estado absolutista, en el que la concentración del poder era la regla; pero no se debe caer en la tentación de crear tres órganos o poderes, como compartimientos estancos, en el que cada quien se debate en mandar o hacer valer una cuota de poder. Debe existir un sistema de pluralidad de órganos y de reparto de competencias, que evite la concentración de toma de decisiones por uno solo y que asegure un control recíproco entre todos, y la Constitución, dice Löewenstein, realiza esa función al convertirse en "un dispositivo esencial de control de la dinámica del poder".3.-

En el momento actual debe considerarse, además, que el poder es uno y que la división o separación, no tiene por objeto amarrar al Estado, es instrumento clave para la existencia de la República, su función esencial y política es la defensa de los derechos fundamentales; debe ponerse la división de funciones al servicio de los ciudadanos, para el perfeccionamiento del Estado de Derecho y crear más solidaridad en un mundo global.

Para el caso, el Art. 82.1 de la Constitución española, dice que las Cortes Generales podrán delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, sobre materias determinadas (no admitiendo sobre derechos fundamentales, autonomías, electoral), la ley correspondiente debe tener ciertas garantías; adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y Acuerdos internacionales, sobre derechos humanos, como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (Art.10.2); el Art 23 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemana, autoriza cesión de derechos de soberanía en beneficio de la Unión Europea y el Art. 24 a instituciones interestatales.

El proceso de descentralización que se produce en los países los impulsa a otorgar facultades a otros Entes: municipios, instituciones autónomas, mediaciones particulares, contratación colectiva, etc., lo mismo puede considerarse en el caso planteado, tomando en consideración lo que dispone el Art.226. Los ciudadanos demandantes actúan como sujetos legítimos por lo dispuesto en el Art. 183; es decir hay tantos potenciales demandantes como ciudadanos salvadoreños; democráticamente aceptable, pero tiene sus riesgos; en Italia sólo puede hacerlo el gobierno frente a las leyes regionales y las regiones, frente a las leyes estatales; en España: el gobierno, el defensor del pueblo, diputados, senadores, parlamentos de las comunidades, el plazo es restringido para evitar inseguridad.4.-

Los demandantes citaron el principio de especialidad presupuestaria, el cual tiene dos componentes: la limitación cualitativa, que indica la clase de gasto, por lo que debe detallarse, no se acepta en forma genérica, se habla del destino del gasto; la otra, la cuantitativa se refiere al monto, a eso se refiere el Art 228, si se agota o sobrepasa debe autorizar la Asamblea, se puede mediante acuerdo ejecutivo si son en el mismo ramo, (Art. 229) de lo contrario, es decir en distintos ramos, existe reserva de ley, 131, 8º, y Consejo de Ministros 167 3.2.

Los demandantes dicen que se violó el principio de paralelismo de las formas (Pág. 61 del folleto), pues en el campo jurídico las cosas se deshacen de la misma manera que se han hecho y además, consideran que en la sentencia 25-X-2004, Inc. 26, 2004, la Sala admitió la demanda.

El ciudadano Borgo Bustamante formuló similares consideraciones, reafirmando que el Consejo de Ministros es fundamental en elaboración de presupuesto y (en Pág. 66 folleto), manifiesta que dicho Consejo tiene iniciativa de ley, que es un elemento innovador. (vid. Art. 133 Cn). Se admitieron sus demandas y posteriormente la Sala mandó a oír a la Asamblea Legislativa, que al responder expresó que no existe la inconstitucionalidad alegada, citó los principios de colaboración que debe haber entre los Órganos del Estado; el fiscal, no contestó en el plazo concedido, manifestó que por complejidad del caso solicitaba que se le ampliara; (vid. Pág. 72 folleto) la Sala se pronunció así: Citando jurisprudencia anterior dijo que Fiscal interviene como un "amicus curiae", quien debe brindar una opinión técnico jurídica sobre los argumentos planteados por el actor y la justificación de la autoridad demandada y

que su participación cabe interpretarla como un interviniente, con característica muy particulares limitarse a dar su opinión, sobre el tema no puede ampliar lo manifestado por ellas y que la opinión que emite no es vinculante para el Tribunal.

¿Es el Fiscal General de la República "amicus curiae"?

No compartimos la calificación de amicus curiae, que la Sala actual y las Salas anteriores hacen de la figura del Fiscal. ¿Qué significa amicus curiae?, consisten en presentaciones que terceros ajenos a una disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, a fin de expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. La institución del amicus curiae es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, que fuera luego paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona, a comienzos del siglo IX. A partir de este lejano precedente, la institución se ha generalizado en diversos países de habla inglesa, hasta el punto de convertirse en un elemento característico de las causas con un marcado interés público en las cuales existen diversas posiciones en disputa.

Al contrario de lo que afirma la Sala, la Constitución de la República dice:

Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República

1° Defender los intereses del Estado y de la sociedad;

2° Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República dice:

Art. 18.- Corresponde institucionalmente a la Fiscalía General de la República, y al Fiscal General como titular de la misma:

a) Defender los intereses de la sociedad y del Estado.

b) Demandar y ser demandados en representación del Estado.

c) Las demás funciones que le asignen las leyes.

El Art. 17 de la Ley de Procedimientos Constitucionales dice: "El Ministerio Público intervendrá en el juicio en defensa de la constitucionalidad". "El Ministerio Público intervendrá en el juicio en defensa de la constitucionalidad".

Las leyes dicen todo lo contrario de lo afirmado por la Sala y en tal caso, la sentencia sería nula, por falta de audiencia a parte legítima.

Cosa Juzgada. El gran debate Jurídico Constitucional

Dijo la Sala: Existiendo un proceso similar y orientando su argumentación a una sentencia estimatoria, la Sala entró a explicar cuando procede un nuevo enjuiciamiento de un caso similar ya resuelto. Estos fueron sus argumentos: no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general para los Órganos del Estado,

para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural y jurídica. (Reforma de 1985, para adecuar al Art. 17 y 271 de la Constitución; pero el resto de la ley es preconstitucional).

Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla amparándose en las facultades que conceden los Arts. 185 y 235 de la Constitución. (Stare decisis)

Sin embargo, la Sala dice que la "existencia del precedente no significa la imposibilidad de cambiarlos", admite que la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos, exigiéndose que el apartamiento de los precedentes esté plenamente justificado con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia. No puede ser definitivo por el continuo cambio; la renovación de los juzgadores representantes a su vez de diversas corrientes del pensamiento jurídico; por eso no puede ser "ad eternum". Una afirmación compartida; pero veamos los razonamientos. Prosiguió diciendo la Sala, que jurisprudencia comparada admite cambiar si se producen estas circunstancias:

a. Error interpretativo: Se debe a que no se tomaron en cuenta otros criterios de interpretación, que varíe el contexto normativo en que se basó el fallo; en este caso, NO ES POSIBLE PORQUE HAY UNA INTERPRETACIÓN CONFORME, FUE DESESTIMATORIA Y REQUERÍA POR LO MENOS DOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. Recuérdese que es muy frecuente que los tribunales sometan a control los preceptos y no las disposiciones; es decir, que una cosa es el sentido normativo y otra, es la letra de la disposición, con esto se evitan lagunas innecesaria. Por otra parte, todo lo que se legisló después del precedente está conforme con la Constitución; es decir, que la Asamblea ha cumplido con el efecto erga omnes.

La Sala no reconoce stare decisis, en la sentencia anterior y maneja la idea de precedentes como orientación; sin embargo, dice la ley y la Constitución salvadoreña que mediante stare decisis los jueces se consideren efectivamente vinculado por los fallos anteriores.

Lo que afecta al resto de tribunales no son las decisiones en sí, sino la "ratio decidendi", contenida en ellos, es decir, el principio juria novit curiae que está inmerso en ellos, o sea, que los jueces conocen el derecho, suplen las deficiencias de derecho, de las partes y los razonamientos que el juez tiene para llegar a una decisión.

Cosa juzgada: se refiere al caso en sí, el cual queda cerrado, caso concreto e inatacable; en cambio stare decisis se refiere a la regla aplicada en la resolución que trasciende no sólo a las partes, sino inclusive a todos los poderes públicos especialmente al poder judicial, lo que supone que todos los jueces obedecerán la criterios sustentados por el tribunal constitucional.

Se puede cambiar el precedente cuando hay cambio en la realidad normada. Esto es cuando hay cambios en las circunstancias fácticas, que influyen en el fallo pero se

exige que tales cambios estén plenamente justificados en la realidad normal; considera la Sala que al existir esos cambios, es posible entrar a modificar la jurisprudencia.

Cambio de la conformación subjetiva del Tribunal. La Sala considera que se ha producido un cambio en la conformación de las personas que han integrado el tribunal y en efecto cuatro miembros de la Sala, son distintos a las personas que conformaron el tribunal anterior, citan al efecto el art 186, inc. 3º. Que en la lista de magistrados a la Corte Suprema de Justicia, deben estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico; sin embargo, hubiera sido importante fijar este dato, para que en el futuro existiera parámetro de comparación para las instituciones que tienen que ver con el tema.

Para que este argumento adquiera aceptación y se considere como válido para cambiar el precedente hubiera sido deseable definir lo que significa la exigencia constitucional de las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico; sin embargo, la Sala no llegó a decir qué es:

Carl Joachim Friedrich, filósofo alemán, en su obra "La Filosofía del Derecho", expone: 1. Lo que distingue el derecho natural del derecho positivo, cita a autores como Bodino, el "Estado es el gobierno de varias familias, que tienen en común el poder soberano, en el centro de ese poder está la facultad o voluntad de formular la ley, por encima de la razón, aunque el Estado deba respetar la ley natural, pero la ley positiva es superior y distinta de las consideraciones de equidad y razón natural. Esto es el positivismo".

El derecho positivo toma su mayor fuerza en la época de Napoleón, especialmente cuando se codifica el derecho civil, muy conocida es la frase de Jean Joseph Bugnet, "No enseño derecho civil, solamente código de Napoleón· y agregó, "no hay más derecho, que el derecho civil, no hay más derecho civil que el código civil".

La otra corriente del pensamiento jurídico es la del derecho natural, fue Cicerón quien acuñó la expresión ius nature, y Santo Tomás de Aquino quien diferenció, "el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras.

Primera, atendida la naturaleza misma de las cosas; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto: y esto es Derecho Natural. Segunda, por convención o común acuerdo; es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, verbigracia, cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, cuando lo ordena la autoridad que representa al pueblo". Estas dos son las corrientes más conocidas, pero hay más: realismo positivista, historicismo, materialismo histórico.

La Sentencia que se pronuncia estimatoria, o sea, que es inconstitucional ab origen, entonces deberían ser sus efectos ex tunc, porque es una sentencia declarativa de un vicio de inconstitucionalidad y en consecuencia, lo son todos, los hechos que

ocurrieron dentro de su vigencia; sin embargo la Sala, prudentemente y haciendo uso de su poder configurativo, exhorta al Órgano Legislativo para que tome ciertas providencias, para legislar en el futuro, dando a su sentencia carácter interpretativo.

3. Análisis de la sentencia sobre Ley del FONAT

DECRETO Nº 232

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I. Que de acuerdo con el Informe sobre la situación Mundial de la Seguridad Vial, elaborado por las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial de la Salud, en el año dos mil nueve, los traumatismos causados por los accidentes de tránsito son un problema de salud pública y social en el mundo, que provocan alrededor de tres mil fallecidos diarios y cincuenta millones de lesionados al año, a nivel mundial;

II. Que según el Informe señalado en el Considerando anterior, en países como el nuestro, los accidentes de tránsito se convertirán en los próximos veinte años en una de las principales causas de fallecidos y lesionados, y en los que la mitad de tales víctimas, son usuarios vulnerables de la vía pública, quienes están en plena edad productiva, es decir, son quienes aportan económicamente al sostenimiento de la familia salvadoreña;

III. Que de acuerdo con los artículos 32 y 65, de la Constitución de la República, respectivamente, al ser la familia base fundamental de la sociedad, y constituirla salud de los habitantes un bien público, el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento;

IV. Que de acuerdo a los estudios científicos y técnicos desarrollados por instituciones, tales como las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial de la Salud, los accidentes de tránsito pueden disminuirse y evitarse, toda vez se desarrollen las instancias y políticas necesarias para desarrollar las vías públicas, regular y controlar las condiciones en las que circulan los vehículos automotores, se desarrollen políticas preventivas para la disminución de tales accidentes, y se fortalezca el sistema de salud pública;

V. Que en vista de los reiterados accidentes de tránsito que ocurren en el país, y dado que es una responsabilidad del Estado el garantizar la vida y la salud de las víctimas resultantes de tales accidentes, y teniendo a su base a la familia, como pilar del Estado salvadoreño, se hace necesario constituir una Institución que permita fortalecer el sistema de salud pública del país, a fin de garantizar una atención a las víctimas por accidentes de tránsito, una prestación económica a quienes resulten con algún tipo de discapacidad o

fallecidos producto de dichos accidentes, y mejorar la red vial y el servicio público de transporte, todo con el objeto de reducir los accidentes de tránsito y el impacto negativo que en materia de daños económicos provocan.

POR TANTO,

En uso de las facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados

DECRETA, la siguiente:

LEY ESPECIAL PARA LA CONSTITUCIÓN DEL FONDO PARA LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO

Objeto de la Ley

Art. 1.- La presente Ley tiene por objeto establecer el marco legal que garantice los fondos necesarios para brindar una atención en salud y otorgar una prestación económica a toda persona que resulte con algún grado de discapacidad, o a sus parientes, en el caso de que resulte fallecida, en ambos casos a consecuencia de un accidente de tránsito.

Asimismo, tiene por objeto garantizar fondos para la realización de análisis técnicos, económicos y científicos e inversiones financieras necesarias para el mejoramiento de la red vial del país, la modernización, fortalecimiento y tecnificación del servicio público de transporte, y la realización de campañas de educación y prevención vial, de conformidad con las condiciones fijadas en la presente Ley, todo con el objeto de reducir en forma sistemática los accidentes de tránsito.

Creación del Fondo

Art. 2.- Crease el Fondo para la Atención a las Víctimas de Accidentes de Tránsito, que en adelante podrá de nominarse como el FONAT, o simplemente el FONDO, como una entidad descentralizada de derecho público, de carácter técnico, de utilidad pública, de duración indefinida y con personalidad y patrimonio propio, con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones, tanto en lo financiero como en lo administrativo y presupuestario.

Atribuciones

Art. 3.- El FONAT, tendrá como atribuciones el administrar eficientemente los recursos que le correspondan, dándole estricto cumplimiento a los fines y objetivos establecidos en la presente Ley.

Será atribución del Ministerio de Salud el coordinar y proporcionar servicios de atención en salud, para atender a toda víctima resultante de un accidente de tránsito y realizar las coordinaciones correspondientes para aquellos casos en que la víctima tenga cobertura médica a través del Instituto Salvadoreño del Seguro

Social, y cuando la víctima y/o sus parientes dispongan que sea atendida en una institución privada de salud. Corresponderá al FONAT, por medio del Consejo Nacional de Seguridad Vial, el desarrollar y ejecutar las medidas que se determinen mediante los estudios técnico científicos correspondientes, con la finalidad de reducir en forma sistemática los accidentes de tránsito. El resto de las disposiciones son irrelevantes para este propósito.

Disposiciones de la ley Declaradas inconstitucionales

Contribución Especial

Art. 15.- Constituyen hechos generadores de la contribución que regula la presente Ley:

La propiedad, posesión o legítima tenencia de un vehículo automotor; y el ingreso al territorio nacional de un vehículo automotor con placas extranjeras. La contribución especial de quienes conforme al literal a), de esta disposición están obligados al pago de la misma, deberán cancelarla al momento de emitirse por primera vez o renovarse la tarjeta de circulación de su vehículo, una vez cada año calendario y a más tardar el último día del mes del cumpleaños del propietario de cada vehículo o de la fecha de constitución de la sociedad, en su caso, y su vigencia será hasta el último día del mes del cumpleaños de la persona o constitución de la sociedad, del año siguiente, según corresponda.

Los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos con placas extranjeras, deberá pagar la contribución especial al momento de ingresar al país, la cual podrán cancelar con una validez de un meso por todo un año, contados a partir de su cancelación. Durante estos plazos, según el monto de la contribución cancelada, el propietario, poseedor o tenedor del vehículo con placas extranjeras, podrá ingresar y salir del país, las veces que estime conveniente, sin tener que cancelar nuevamente la referida contribución. Los sujetos señalados en el literal a), de este artículo, que no cancelen la contribución especial en el plazo fijado en esta Ley, cancelarán en concepto de recargo, la suma de cinco dólares con setenta y un centavos de los Estados Unidos de América ($5.71), por cada mes de atraso. Los sujetos a que se refiere el literal b), no podrán ingresar al país mientras no cancelen la respectiva contribución.

El pago de la contribución deberá indicarse en la respectiva Tarjeta de Circulación de cada vehículo, para lo cual el Viceministerio de Transporte deberá adoptar las medidas correspondientes. Los vehículos con matrícula extranjera probaran el pago de la contribución especial mediante el que al efecto deberá emitirse. Los montos precisos de la contribución especial a que se refiere el presente artículo serán fijados en el Reglamento de esta Ley, de acuerdo a los parámetros fijados en el artículo 19 de ésta. *DECLARADO INCONSTITUCIONAL

Naturaleza

Art. 16.- La contribución especial que se fija en la presente Ley, tendrá el carácter de universal, solidaria y obligatoria, cuya finalidad es proteger la vida, la familia, la salud y la recuperación de toda víctima de accidente de tránsito, garantizando para ellos los fondos suficientes y de acuerdo a sus ingresos, para el desarrollo de acciones de promoción de la seguridad vial, la prevención de accidentes, el fortalecimiento de la atención pre hospitalaria, los servicios de salud hospitalarios y rehabilitación, las prestaciones económicas contempladas en el objeto de esta Ley y la realización de análisis técnicos, económicos y científicos para el mejoramiento de la red vial del país, modernización, fortalecimiento y tecnificación del servicio público de transporte, y la realización de campañas de educación y prevención vial, con el objeto de reducir en forma sistemática los accidentes de tránsito. *DECLARADO INCONSTITUCIONAL

Traslado de fondos

Art. 17.- De los ingresos que se generen de la contribución especial a que se refiere el artículo quince de esta Ley, el Ministerio de Hacienda deberá distribuirlos mensualmente, en la proporción y a los entes públicos siguientes:

treinta y cinco por ciento para el Ministerio de Salud; y sesenta y cinco por ciento para el FONAT.

Los ingresos que en aplicación de la presente normativa perciban las instituciones antes relacionadas, deberán ser destinados para el cumplimiento de los fines y objetivos señalados en esta Ley. En tal sentido, los ingresos que conforme al literal b), de este artículo se le trasladen al FONAT, éste deberá destinarlos al cumplimiento de los fines y objetivos determinados en esta ley, de acuerdo a los porcentajes siguientes:

Veinticinco por ciento, para proyectos de chatarización;

Siete por ciento para el Consejo Nacional de Seguridad Vial; y Tres por ciento para la contratación de seguros del Fondo, para cubrir el aumento de la siniestralidad;

El resto de los ingresos del FONDO, deberán destinarse para el pago de las indemnizaciones y gastos administrados conforme lo dispuesto en la presente Ley. El Consejo Directivo del Fondo deberá tomarlas providencias necesarias con el fin de garantizar la existencia de recursos en caso de que se incrementase el pago de prestaciones económicas, por el aumento de los accidentes de tránsito. *DECLARADO INCONSTITUCIONAL. Se remite al lector a otras disposiciones declaradas inconstitucionales.

La Sala, en su resolución declara la inconstitucionalidad los artículos 15, 19, 14 a), 16, 17, 18, 20 y 25 de la Ley Especial para la Constitución del Fondo para la Atención de Víctimas de Accidentes de Tránsito y 21, 22, 23 y 24 de su reglamento, por contrariar el principio de equidad tributaria, específicamente en el principio de capacidad económica, y el de reserva de ley en materia tributaria, establecidos en los artículos 131 ord. 6° de la Constitución. La demandante solicitó la inconstituciona-

lidad de varias disposiciones de la ley del FONAT por la vulneración a los arts. 2, 3, 5 inc. 1° en relación con el 246, 103, 106 inc. 5° y 131 ord. 6° de la Constitución. Lo anterior, debido a que –según ella– el mencionado cobro se constituye como una doble o múltiple tributación, ya que los artículos impugnados establecen un tributo cuya finalidad coincide con la de otros impuestos previamente establecidos por el legislador –renta, FOVIAL, por ejemplo– a efectos del fortalecimiento de la atención pre hospitalaria, los servicios de salud hospitalarios, rehabilitación y la realización de análisis técnicos, económicos y científicos para el mejoramiento de la red vial del país. Además, porque la llamada contribución especial en realidad se trata de un impuesto, cuyos hechos generadores no revelan la capacidad económica.

Comentarios sobre el propósito de la ley

Que de acuerdo con el Informe sobre la situación Mundial de la Seguridad Vial, elaborado por las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial de la Salud, en el año dos mil nueve, los traumatismos causados por los accidentes de tránsito son un problema de salud pública y social.

Que de acuerdo a los estudios científicos y técnicos desarrollados por instituciones, tales como las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial de la Salud, los accidentes de tránsito pueden disminuirse y evitarse, toda vez se desarrollen las instancias y políticas necesarias para desarrollar las vías públicas, regular y controlar las condiciones en las que circulan los vehículos automotores, se desarrollen políticas preventivas para la disminución de tales accidentes, y se fortalezca el sistema de salud pública.

Que en vista de los reiterados accidentes de tránsito que ocurren en el país, y dado que es una responsabilidad del Estado el garantizar la vida y la salud de las víctimas resultantes de tales accidentes, y teniendo a su base a la familia, como pilar del Estado salvadoreño, se hace necesario constituir una Institución que permita fortalecer el sistema de salud pública del país, a fin de garantizar una atención a las víctimas por accidentes de tránsito, una prestación económica a quienes resulten con algún tipo de discapacidad o fallecidos producto de dichos accidentes, y mejorar la red vial y el servicio público de transporte, todo con el objeto de reducir los accidentes de tránsito y el impacto negativo que en materia de daños económicos provocan.

Argumentos a favor de la Constitucionalidad de la ley

En opinión nuestra, esta ley no tiene el carácter de una normativa tributaria, en la que deben apreciarse intereses fiscales, sino que de otro orden, como es la seguridad social y la seguridad ciudadana; o sea que estamos en presencia de un instrumento de seguridad social, aun cuando los legisladores no lo hayan expresado en forma directa, pero según lo expresado y los fines que los estados contemporáneos se proponen cumplir, esta es una forma de intervención del estado, que tiene el respaldo ético, social y constitucional suficiente, para enmarcarlo en un instrumento de esa categoría.-(vid. Orden económico constitucional y Art. 50, que crea la seguridad so-

cial); ante esto si la Sala hubiera conocido el principio "iuria novit curia", (el tribunal conoce el derecho aplicable), se hubiera mantenido la constitucionalidad de la ley, principio en que descansa básicamente la independencia judicial, (jueces y magistrados están sometidos únicamente a la Constitución y a la ley).

II. El legislador no lo expresó de ese modo y calificó su fuente de financiamiento como una contribución especial, deficiencia que ha permitido la demanda y la declaratoria que ha hecho la Sala; de haberse redireccionado la argumentación por los propósitos de la ley, deficientemente esbozados, la sentencia de la Sala, tendría que haber considerado otros elementos de interpretación del legislador, atendiendo más al espíritu que a lo literal de las palabras, sus argumentos para mantener la constitucionalidad de la ley, deberían haber llevado este camino.

III. No obstante, en sus considerandos, el legislador, dijo: "Se hace necesario constituir una Institución que permita fortalecer el sistema de salud pública del país, a fin de garantizar una atención a las víctimas por accidentes de tránsito, una prestación económica a quienes resulten con algún tipo de discapacidad o fallecidos producto de dichos accidentes", esto es seguridad social, pero, inclusive, al aplicar una regla de interpretación del más rancio derecho civil, se llegaría a la conclusión que, conocida la intención de las partes se estaría más ella que a lo literal de las palabras; si así se hubiera interpretado, por lo menos se hubiera mantenido la constitucionalidad mediante una interpretación conforme a la Constitución.

La finalidad de la ley es crear condiciones de seguridad a un colectivo que es víctima potencial y real de los accidentes de tránsito;

2. Los responsables de los accidentes y sus consecuencias, ya sea por la muerte, lesiones o daños a terceros, en enorme mayoría, no están en condiciones de reparar o indemnizar, lo que requiere la intervención del Estado, como lo ha hecho ya al crear distintos programas de seguridad social. Es lo que corresponde a un Estado que se proclama como Social y Democrático de Derecho; pero esta decisión deja pálida es aspiración y nos ubica en el primitivo estado liberal, que en nombre del libre mercado dejó y sigue dejando a pueblos enteros, a la opción del mercado para que proteja sus necesidades y riesgos. La ley estaba dando un paso tibio para crear no solo condiciones de seguridad social, sino también de seguridad ciudadana, mientras el Estado se decida a crear e impulsar políticas públicas para asegurar a los ciudadanos y proteger sus vidas y sus bienes, que no sería posible, aplicando las políticas privadas del liberalismo y del neoliberalismo.

3. El financiamiento de los programas de seguridad social, descansan en la base solidaria de los sujetos involucrados en esa política; por eso la Constitución estableció la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio; la ley regulará sus alcances, extensión y forma (Art. 50); que dicho servicio será prestado por una o varias instituciones; ISSS, FSV. INPEP, IPSFA, FONAT, coordinadas entre sí para lograr una buena política de protección social, EN FORMA ESPECIALIZADA y con óptima utilización de los recursos. Al pago de la seguridad social contribuirán

los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley; no habiendo patronos en este caso, la ley ha determinado que este financiamiento lo harán los potenciales generadores del riesgo y el Estado.

4. La obligatoriedad que se establece en esta forma de asegurar a las víctimas, está suficientemente respaldada por lo dispuesto en la Constitución, según el Art. 50, inc 3º., dice que la seguridad es un servicio público de carácter obligatorio y su forma de financiamiento es por medio de cuotas o cotizaciones que pagan los que conforme a la ley están obligados a ello, por eso dice al pago de la seguridad social contribuirán los patronos los trabajadores y el estado en la forma que la ley disponga. La ley dispone que en este caso específico, que lo hagan los potenciales y/o responsables del riesgo y el Estado, financiarán el programa de seguridad social.

Debe quedar claro que esta forma de contribución no entra en las categorías que tradicionalmente se consideran los tributos al estado, sino que es una forma de financiar programas de seguridad social, algo que forma parte de los postulados y doctrina aplicable en materia de seguridad social y las resoluciones de la OIT; además el interés social está por encima de las tradicionales formas de seguros, que el neoliberalismo promueve y siendo que el régimen económico debe responder a principios de justicia social, esta ley estaría protegida por ese marco valorativo.

4. Sala reafirma que los diputados suplentes no tienen garantía de antejuicio, salvo que cometan delito mientras ejercen como propietarios

El Art. 121 de la Constitución crea la Asamblea Legislativa como un cuerpo colegiado compuesto por Diputados elegidos en la forma prescrita por esta constitución y a ella compete fundamentalmente le atribución d legislar. El Art. 126 establece los requisitos para ser diputado y el Art. 127, regula quienes no pueden ser diputados y el Art. 128, dice que no podrán hacer los diputados.

El Art. 129, reconoce la figura del diputado suplente y a quienes se les aplican todos los criterios anteriormente mencionados; o sea que por Constitución hay propietarios y suplentes, de igual modo se crea esa figura en el TSE; todos los demás son creados por la ley secundaria. Esto es importante por las modificaciones o tratamientos que los suplentes tendrán de tal suerte que esas que deberán respetarse las disposiciones: Dice este artículo que los diputados suplentes pueden desempeñar empleos o cargos públicos sin que su aceptación o ejercicio produzca la pérdida de calidad de tal; es importante esto de la calidad de tal, porque esa calidad implica sus prerrogativas, sus deberes en el cargo, remuneraciones, etc., como los propietarios ya que la Cn., no hace distingos entre una condición y otra.

El artículo 238 de la Constitución establece el fuero para los diputados (sin distinguir entre propietarios y suplentes), el fuero consiste en una condición o prerrogativa inherente al cargo que ostenta el diputado y por el cual es necesario que en caso de delinquir los diputados no podrán ser procesados desde el día de su elección

hasta la finalización del periodo, para ello es necesario que la Asamblea declare que ha lugar a formación de causa.

La Sala de lo Constitucional ha considerado en algunas sentencias, al principio, sin hacer declaratoria en el fallo, sino en los considerandos o argumentos en la motivación de tales sentencias que los diputados suplentes no tienen fuero. Ya sea en "obiter dictum", "ratio decidendi" o los fallos, tales declaratorias estarían en la atribución interpretativa que como tribunal constitucional hace la Sala, es decir que aun cuando no lo expresa así la Constitución, por las razones que le han parecido correctas, la Sala, decide que no existe fuero para los suplentes; aunque respetamos la jurisprudencia sentada, no la compartimos, porque consideramos que tal prerrogativa o precondición de procesabilidad, la Constitución la ha creado en forma amplia sin hacer distinciones. Para modificar o reconocer esa prerrogativa únicamente a los propietarios, se requeriría reforma constitucional que así lo estableciera, aplicándose un principio hasta ahora reconocido, de que "donde la ley (Constitución) no distingue, no debe de hacerlo el intérprete"; Con todo si así se ha declarado, deberá estarse a lo que la Sala ha establecido, pues su interpretación, si bien crea una forma distinta de entender y aplicar la Constitución, aparentemente no modifica su texto y es posible o al menos se puede considerar, que no se ha violentado lo que dice el Art. 235, en cuanto que los funcionarios prometen cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto. ¿Se habrá atenido al texto, la Sala?

Pero se concede validez a lo resuelto, si pareciera que en el interés jurisdiccional, por resolver sobre el tema en sentencia definitiva, se hizo lo siguiente: El departamento de comunicaciones de CSJ, dijo: "En resolución emitida hoy, la Sala de lo Constitucional declaró improcedente una petición de hábeas corpus solicitada a favor del diputado suplente Wilver Alexander Rivera Monge contra el Fiscal General de la República, por ordenar su detención sin haber realizado el procedimiento de antejuicio en la Asamblea Legislativa".

"Los solicitantes – se omiten los nombres - manifestaron que la Fiscalía habría vulnerado la libertad física del señor Rivera Monge al ordenar su detención administrativa sin realizar antes el trámite de antejuicio dispuesto en la Constitución, lo cual formaría parte de las prerrogativas que goza como diputado suplente. También consideraron que es necesario que la Sala aclarara "si a los diputados suplentes les asiste el fuero". El señor Rivera Monge presentó escrito de desistimiento (este término debió entenderse como rechazo) del hábeas corpus por considerar que aquella petición responde a un interés ajeno a la tutela de su libertad personal.

El tribunal consideró que la demanda contiene una petición compuesta: (i) la primera, respecto a la amenaza en contra de la libertad del diputado; y (ii) la segunda, respecto a la aclaración de los alcances de la prerrogativa constitucional de antejuicio, a favor de los diputados suplentes. La Sala retoma su jurisprudencia, en el sentido de que la inmunidad parlamentaria conforme a la cual debe seguirse un trámite previo en la Asamblea Legislativa para enjuiciar penalmente a un diputado,

es una prerrogativa atribuida a los propietarios, no así a sus suplentes, cuando ellos no estén llamados a conformar Asamblea por las causas señaladas en el artículo 131, ordinal 4° de la Constitución, puesto que lo que se persigue, en definitiva, es prevenir obstrucciones a la labor legislativa y garantizar el normal funcionamiento del Órgano Legislativo. Por lo tanto, los diputados suplentes, mientras no hayan sido llamados a formar Asamblea y ejercer la diputación, no son titulares de los derechos, prerrogativas y atribuciones inherentes a la condición de parlamentarios.

Este criterio ya había sido sostenido en las resoluciones de Amparo 482-2012 y 648-2014, del 12-VI-2013 y 10-IX-2014, respectivamente; por tanto, esta jurisprudencia constitucional debe ser atendida obligatoriamente por cualquier autoridad ante quienes se tramiten procesos o procedimientos en los que figura una persona en calidad de diputado suplente.

Lo anterior es un tema que –con toda su autoridad la Sala- no puede afirmar que es jurisprudencia obligatoria; primero porque no es jurisprudencia y segundo, porque solo los fallos son obligatorios; ocurre que en la motivación de una sentencia hay dos clases de considerandos: Los "obiter dictum" y la "ratio decidendi"; los primeros son agregados ilustrativos, que no forman parte del fallo; "la ratio decidendi", si forma parte del fallo, pero deben concordar ambos, no se trata de arrastrar como "ratio" lo que es "obiter"; en los casos anteriores, los protagonistas o actores, eran propietarios, lo de los suplentes, era inocuo para el fallo.

Sigue diciendo el comunicado de prensa

La Sala resolvió: a) declarar ha lugar la petición del desistimiento formulado por el señor Rivera Monge con relación a la amenaza en contra de su libertad física y rechazar el desistimiento respecto a la determinación de los alcances de la prerrogativa de antejuicio para diputados; y b) declarar improcedente el hábeas corpus porque al diputado suplente Rivera Monge no le asiste la garantía institucional del antejuicio. La resolución fue firmada por los magistrados Florentín Meléndez, Belarmino Jaime, Sidney Blanco y Rodolfo González. Sin embargo, El magistrado presidente explicó que no existe ninguna sentencia en la que se haya definido que los diputados suplentes no gozan de fuero constitucional*. /Diario digital "La Página"

El presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Óscar Pineda, reiteró ante los diputados de la comisión de Legislación y Puntos Constitucionales que no existe ningún fallo en el que se determine que los diputados suplentes no tienen fuero, por lo que, a su juicio, el legislador Wilver Rivera Monge debe tener un proceso de antejuicio antes de ser presentado ante los tribunales.

"No hay sentencia que elimine el fuero a los diputados suplentes", afirmó el magistrado esta mañana. El funcionario detalló que al no haber un fallo al respecto, los diputados suplentes gozan de la garantía constitucional y se debe seguir el proceso de antejuicio para determinar si es procedente que Rivera Monge sea enjuiciado. Pineda

explicó que existe una línea jurisprudencial en el sentido que los diputados suplentes no tienen fuero, pero insistió en que no se trata de una sentencia de inconstitucionalidad, por lo que no es de estricto y obligatorio cumplimiento. En cuanto a la resolución: a) el pedido , desistimiento o rechazo del "favorecido " con el habeas corpus; obligaba al sobreseimiento; es algo común que ante el apartamiento o desistimiento del actor, lo que procede es el sobreseimiento; la Sala admite el "desistimiento",: en la resolución b) conoce y resuelve el fondo (cuando debió haber sobreseído o declarado improcedente el recurso) y al conocer deniega no obstante que el titular del derecho lo rechazó. O sea que lo que antes era una línea jurisprudencial "obiter", ahora es fallo en perjuicio, grave perjuicio, del titular del derecho; en la jurisprudencia común este sería un caso de "nec reformatio in peius", principio que debería ser sagrado en materia constitucional.

Pandillas son grupos terroristas

En la sentencia que resuelve sobre la inconstitucionalidad demandada de la Ley contra Actos de Terrorismo la Sala en sus considerandos –Obiter dictum- dijo: "Por esto, son grupos terroristas las pandillas denominadas Mara Salvatrucha o MS-13 y la pandilla 18 o Mara 18, y cualquier otra pandilla u organización criminal que busque arrogarse el ejercicio de las potestades pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado –v. gr., control territorial, así como el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza por parte de las diferentes instituciones que componen la justicia penal atemorizando, poniendo en grave riesgo o afectando sistemas e indiscriminadamente los derechos fundamentales de la población o de parte de ella; en consecuencia, sus jefes, miembros, colaboradores, apologistas y financistas, quedan comprendidos dentro del concepto de "terroristas", en sus diferentes grados y formas de participación, e independientemente de que tales grupos armados u organizaciones delictivas tengan fines políticos, criminales, económicos, (extorsiones, lavado de dinero, narcotráfico, etc.), o de otra índole.

Posteriormente, la sala en los considerandos de la sentencia que resuelve sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley contra actos de terrorismos, mencionó o señaló que las pandillas son grupos terroristas, pero en las diecinueve declaraciones de que consta el fallo no dijo nada, por lo que debemos entender que dicha mención no forma parte de la ratio (y es que en rigor no tiene por qué formar parte) y en tal sentido no hay declaración para que tales grupos sean procesados o sancionados conforme la Ley contra actos de terrorismo. Esto aplica la doctrina anglosajona que es la que evidentemente se pretende sustentar en dicha sentencia y que dicha doctrina considera que los argumentos que no inciden en el fallo son Obiter, tal como ya se dijo en el caso anterior por lo que nuestra conclusión es que lo resuelto por la sala es meramente ilustrativo pero no es de obligatorio cumplimiento.

5. Los magistrados no pueden estar afiliados a partidos políticos Inconstitucionalidad: 97-2013

Esta sentencia de la Sala de lo Constitucional, produjo la separación del magistrado Salomón Padilla que había sido electo por la Asamblea Legislativa, como magistrado presidente de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial; Padilla nunca negó su vinculación con el FMLN y defendió su posición sobre la base de que pertenecer a un partido político es un derecho fundamental; la Sala consideró que sus declaraciones confirman su pertenencia al partido y eso afecta la independencia judicial, declaró inconstitucional, su elección y fue separado del cargo. A continuación se expondrán los argumentos que se presentaron en el proceso, se omite los de la parte demandante por considerarse innecesarios.

Conocidos por la Sala las peticiones de inconstitucionalidad de los demandantes, se confirió traslado a la Asamblea Legislativa. En su intervención en este proceso dijo, la Asamblea Legislativa se refirió al principio de independencia judicial en los términos en que esta Sala lo desarrolló en la sentencia de 1-XII-98, Inc. 16-98. De igual manera, aludió al Art. 218 Cn., con base en el cual sostuvo que los funcionarios y empleados públicos deben regir sus actuaciones conforme a la ley, y que por ello no pueden actuar a favor de un interés partidista. Por ello no es aceptable que en el ejercicio de sus funciones dichos servidores públicos se prevalezcan de su posición oficial para hacer política partidaria. En ese sentido, en lo pertinente arguyó que la Constitución establece el derecho de los funcionarios y empleados públicos a pertenecer o no a un partido político –aunque no señala el artículo constitucional que consagra expresamente este "derecho de los funcionarios públicos"–, sin que de esta circunstancia se siga la prohibición de poder optar a un cargo público. Cuando ellos toman posesión de su cargo –afirmó–, deben actuar con independencia e imparcialidad. De ahí que, según la Asamblea Legislativa, impedirle optar a un cargo público a los "candidatos y funcionarios electos de partidos políticos, como se pretende, haría inaplicable el precepto constitucional antes citado. La pretensión es ilógica o carente de objeto". El Legislativo también reiteró el tenor del Art. 235 Cn., sin delimitar un contenido relevante para el caso que se analiza.

Agregó, que la elección de un funcionario judicial debe cumplir con los requi-sitos establecidos en la Constitución, tales como los detallados en los arts. 176, 177, 179 y 180 inc. 1° Cn. Esto asegura a la sociedad que el funcionario judicial ejercerá su cargo con base en su aptitud y capacidad técnica, complementada con una autoridad basada en una moralidad y competencia notorias.

Por otra parte, adujo que la incompatibilidad de la calidad de magistrado o juez con el ejercicio de actividades políticas surge con la investidura del cargo de magistrado, no antes. En el presente proceso, esto significa que el abogado José Salomón Padilla reúne los requisitos de índole constitucional para el cargo de Magistrado de la CSJ. A esto debe agregarse –sostuvo– que no existe en la Constitución una pro-

hibición para que los ciudadanos con militancia partidaria puedan optar a cualquier cargo público, sea en el Órgano Ejecutivo, Órgano Legislativo u Órgano Judicial.

Enfatizó que en la Constitución y en la legislación secundaria no existe un catálogo de requisitos que se establezca que para ser elegido como Magistrado de la CSJ está prohibido pertenecer a un partido político. Los únicos requerimientos son los prescritos en el Art. 176 Cn., que, según los demandantes, ha sido conculcado. De esto se sigue que no existe una causa aparentemente determinada para que el Magistrado Presidente de la CSJ esté imposibilitado para ser elegido como tal.

En otro orden de ideas, el Fiscal General de la República (en adelante: "FGR") emitió su opinión en los presentes procesos de inconstitucionalidad, ordenada con base en el Art. 8 de la L. Pr. Cn. En lo pertinente, dijo que si se tienen presentes los arts. 218, 235 y 176 Cn., puede concluirse que el abogado José Salomón Padilla sí reúne los requisitos de índole constitucional para ostentar el cargo de Magistrado de la CSJ, por lo que no existe una causa determinada que lo imposibilite. Agregó que la independencia se centra en la objetividad en el desempeño de su cargo. Consideró que en la elección del funcionario en cuestión se cumplió con el procedimiento establecido, de modo que no existe la inconstitucionalidad alegada por los demandantes"…en ninguna de las disposiciones que se han señalado se logra avizorar que pertenecer a un partido político, sin que se pertenezca a cuadros de dirección de ese partido político, sin ser representante del mismo y sin realizar actividad proselitista, sea una causal de incompatibilidad con el ejercicio del cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia o de la Sala de lo Constitucional. Es decir, no hay violación a normas imperativas de prohibición de afiliación partidaria, con lo que, en lo que respecta a El Salvador, sin lugar a ninguna duda, ello no representa violación a la independencia e imparcialidad judiciales".

6. Argumentos de la Sala de lo Constitucional

Lo primero que debe aclararse es la competencia que esta Sala tiene para controlar la constitucionalidad del DL N° 101/2012. Al respecto, resulta pertinente señalar que, según los arts. 174 y 183 Cn., la Sala de lo Constitucional es un órgano jurisdiccional especializado cuya finalidad es controlar, en última instancia, la constitucionalidad de los actos que los órganos estatales emiten en el ejercicio de sus funciones. En caso de que uno de estos actos producidos transgreda los preceptos contenidos en la Constitución, debe ser invalidado para reparar la infracción constitucional.

En el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el Art. 183 Cn. establece de modo expreso, es decir, solo sobre "leyes, decretos y reglamentos". Esta Sala ha interpretado que también tiene competencia para realizar el examen de los actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución y que pudieran afectar su contenido (línea jurisprudencial que se retrotrae a la resolución de 3-XI-1997, Inc. 6-93). El ar-

gumento para realizar el examen de estos actos se cifra en que dicho cuerpo jurídico es el que establece los límites formales y materiales al ejercicio de la competencia para su producción. Dado que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no deben existir zonas exentas de control constitucional, se exige que tales actos queden sometidos a la fiscalización de este Tribunal.

En consecuencia, dado que para la elección de Magistrados de la CSJ la Asamblea Legislativa debe dar cumplimiento a la normativa constitucional mediante un Decreto legislativo que cumpla con los arts. 131 ord. 19° y 176 Cn., es ineludible que la elección también pueda ser analizada en esta sede jurisdiccional ante posibles abusos o infracción a las disposiciones que delimitan dicha competencia. Las disposiciones constitucionales que prescriben habilitaciones a los Órganos del Estado precisamente tienen la doble virtualidad aplicativa de configurarse como habilitación y límite del actuar de los poderes públicos.

El principio de independencia judicial busca configurar un órgano o conjunto de órganos a los que se encomienda como la función primordial de proteger el ordenamiento jurídico, que establece derechos fundamentales y delimita competencias de los órganos constitucionales. Mientras para otros operadores del sistema pueden establecerse vinculaciones específicas que se superpongan a la subordinación estructuralmente necesaria a la totalidad del ordenamiento, por tener asignada la consecución de fines que trascienden al propio sistema, los jueces y tribunales no pueden ser objeto de tales vinculaciones particulares. Su principal cometido, la protección del ordenamiento, debe respetarse para ellos en el plano positivo la exclusiva sumisión al conjunto del ordenamiento que, desde el punto de vista lógico, es común a todos los operadores jurídicos.

En este sentido, el principio de independencia implica la libre decisión de los asuntos por los tribunales de la República, sin interferencias o injerencias de órganos externos al Judicial, de otros tribunales o de las partes (sentencias de 14-II-1997, de 20-VII-1999 y de 19-IV-2005, Inc. 15-96, 5-99, 46-2003, respectivamente). Esta "libertad" debe entenderse como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la Constitución y la ley (sentencias de 20-VII-1999 y de 28-III-2006, Incs. 5-99 y 2-2005, según su orden).

7. Reflexiones sobre el tema

Sobre este tema y dadas las repercusiones que tal declaratoria ha tenido en el sistema de elección de funcionarios, que por alguna circunstancia pertenecen o han pertenecido a partidos políticos, haremos algunas reflexiones con la misma intención que se ha hecho en los casos anteriores y con el propósito de ofrecer otros elementos que deberían de haberse considerado al resolver sobre este particular:

1. Conforme lo dispone el Art. 172 de la Constitución le corresponde al órgano judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional y otras.

2. El inc 3º. De tal disposición que los Magistrados y jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional son independientes y estarán sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes, lo cual obliga conocerlas (iuria novit curiae), y ambas cosas necesarias para impartir justicia y para ser independientes.
3. El Art. 174 crea la Sala de lo Constitucional para impartir justicia constitucional en los casos que tal disposición ordena. En tal sentido es correcta la afirmación que la Sala hace en esta sentencia cuando se sustenta su competencia en esa disposición.
4. Que la jurisprudencia de la Sala ha extendido su competencia a actos, más allá de decretos, leyes y reglamentos y de ese modo ha conocido y resuelto sobre actos y otras disposiciones normativas, tal es el caso de las elecciones de funcionarios que hace la Asamblea Legislativa. Las atribuciones no expresamente establecidas en la Constitución que aplica la Sala, son de su exclusiva responsabilidad; en Constituciones muy calificadas como la española y la alemana, las atribuciones de sus respectivos tribunales, están taxativamente establecidas en la Constitución misma, (o en una ley federal, Alemania) es decir son de normas derecho estricto. (Arts. 93 Alemania, y 161, España, ambas agregan que el tribunal se rige además por su propia ley, (Federal en el caso de Alemania); Arts. 165, y art 94, respectivamente.
5. Que atribuyéndose esas competencias la Sala, ha conocido y resuelto casos en los que se ha reclamado la inconstitucionalidad de elección de funcionarios, presidentes de: Corte Suprema de Justicia, Tribunal supremo Electoral, Corte de Cuentas y otros; en el caso presente es el caso del magistrado Salomón Padilla.
6. El argumento de la Sala para declarar la inconstitucionalidad de esos nombramientos, es la pertenencia, militancia, compromisos, de los funcionarios electos con partidos políticos; en el caso de los magistrados de la Corte y en especial el caso de Padilla, porque u militancia, atenta contra la independencia judicial y que se pierde la garantía de imparcialidad, o sea que el que quiera ser magistrado no debe de pertenecer o haber pertenecido a partido político.; puede ser que en ese caso particular el argumento sea válido, pero que lo sea en este caso, no se infiere que lo sea en todos los demás.

La Constitución española dice que magistrados, jueces y fiscales activos, no podrán pertenecer a partidos políticos, ni a sindicatos; Art. 127, pero les asegura modalidades para su derecho de asociación; sin embargo, específicamente para los magistrados del tribunal constitucional dice que esa calidad es incompatible con cargos de dirección de partidos políticos o sindicatos; al contrario su mera pertenencia a un partido no se considera incompatible; en la Constitución salvadoreña, los ministros de cualquier culto religioso, los miembros en servicio activo de la fuerza armada y los miembros de la policía nacional civil no podrán pertenecer a partidos políticos, ni optar a cargos de elección popular (Art. 82); en la Constitución alemana el Art.

97, dice que los jueces son independientes y que están sometidos a la ley; después dicho artículo trata de las prerrogativas de los magistrados; el Art. 21 al regula sobre los partidos políticos no dice quienes pueden ser miembros y quienes no, le interesa más establecer y velar porque estos sean democráticos.

Con lo expuesto en el apartado que antecede tenemos: España. Jueces y magistrados no pueden pertenecer a partidos; los magistrados de Tribunal constitucional, no pueden ejercer cargos de dirección; en El Salvador, se regula, quienes no pueden pertenecer a partidos y en Alemania, les interesa el ejercicio y no habla de limitantes, aunque las leyes federales, regulan en detalle lo que la Constitución prescribe. Todo lo anteriormente expuesto es materia constitucional, las leyes posteriores establecerán las reglas, pero en ningún caso, tales situaciones son reguladas por los tribunales.

8. ¿Qué regulaciones tiene la Constitución salvadoreña?

Conforme lo que hemos advertido, la Sala de lo constitucional ha dado un giro al sistema de partidos que se estableció hace treinta y dos años. En aquella época queríamos disuadir a los grupos armados a que renunciaran a ellos y convencerlos a que se incorporaran al régimen democrático y que cualquiera que fuera su interés, político, religioso o gremial (Art.7), era el momento de ir a la paz y a los grupos de les prohibió esa calidad si estuvieren armados, era el punto de partida para llegar a los Acuerdos de Paz; conformar partidos políticos, no sólo no era prohibido, sino se llamaba a organizarse como tales y el Art. 72, ha consagrado el derecho al sufragio, a asociarse para constituir partidos políticos o ingresar a los existentes y el derecho a optar a cargos públicos (magistrados) inclusive este, se considera como un deber de servir al Estado.

El Art. 85 norma que el sistema político es pluralista y se expresa por medio de partidos políticos; sus principios de organización y funcionamiento corresponden a la democracia representativa; dijo también que la existencia de un partido único oficial es incompatible con el sistema democrático y el gobierno establecido en la Constitución. El artículo 248 manifiesta que en ningún caso se podría reformar la Constitución en cuanto a su sistema político (partidos políticos); pareciera que todo este reinado tiende a disminuir: las candidaturas independientes, prohibición de pertenecer a partidos, si quiero cumplir con el deber de servir al estado, no participar en actividades políticas si soy funcionario o empleado. (No se refiere a prevalecerse del cargo) la teoría de la ciudadanización, etc., temas sobre los cuales estas reflexiones no hacen referencia, pueda ser que sea bueno o no, esa es otra cosa.

Lo que se quiere destacar es que eso tiene que ver con la resolución de la Sala de lo Constitucional que comentamos, pues la Sala decide, asumiendo que como máximo intérprete de la Constitución puede establecer prohibiciones para que los funcionarios electos por la Asamblea no pertenezcan a partidos políticos.

Al relacionar, en este trabajo, al Estado Social y Democrático de Derecho, lo que interesa determinar es si para llegar a esa conclusión y resolver en sentencia estimatoria la inconstitucionalidad alegada, ¿la Sala ha actuado conforme a derecho o no?

El Art. 176 de la Constitución establece cuales son los requisitos para ser magistrado a la Corte Suprema de Justicia, la lista ex taxativa, no es meramente enumerativa, es de estricto derecho; no dice que la ley establecerá o qué y los demás requisitos que la ley establezca. El derecho del ciudadano de formar partidos políticos es un derecho político, es un derecho fundamental, está en la Constitución misma y su eficacia normativa es directa, es supremacía constitucional, y como ciudadano y titular del derecho, tengo, diría Allan Brewer Carías, tengo el derecho fundamental a la supremacía constitucional contenida en ese derecho.

Si por alguna circunstancia especial ese derecho debe de ser restringido, regulado, matizado, alterado, etc., la doctrina reconoce algunas excepciones y regulaciones:

Primero: que en la Constitución misma se establezcan las modalidades, matizaciones, condicionamientos, etc., tal como ya lo dijimos en los casos citados de las constituciones alemana y española;

Segundo: Cuando no fuere así, la Constitución salvadoreña dice: la ley regulará lo dispuesto, o será por medio de los reglamentos que se establecerá la forma de aplicar lo dispuesto; es decir se regula, pero no se restringe, porque el Art. 246, dice que los principios, derechos y obligaciones establecidos en esta constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio;

Tercero: En los casos de suspensión de garantías constitucionales, en el régimen de excepción que se suspenden las garantías que el Estado asegura en condiciones normales, pero es constitucional, y se regula por decreto legislativo, o ejecutivo en consejo de Ministros, muy excepcionalmente, casi de imposible realización;

Cuarto. La Constitución alemana (Art.19) prevé la posibilidad de restringir un derecho fundamental por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual y además la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

La Constitución española (Art. 55) admite la posibilidad de restricción de derechos fundamentales, en los casos de régimen de excepción y además en otros derechos fundamentales, deberá regularse por Ley Orgánica (mayoría calificada) y establece, además, las responsabilidades en que incurren los violadores de esas normas.

De acuerdo lo que hemos explicado:

1. Puede ser, plantar la duda sobre la honorabilidad de una persona, que está afiliada a un partido afecte la independencia judicial; y si la persona cuando ha optado tenía ese derecho, ¿puede la Sala declarar inconstitucional su elección y después

hacerlo efectivo a casos similares, mediante la aplicación del precedente? de acuerdo a los ejemplos de derecho comparado, la Sala tendría que:

A. Exhortar a la Asamblea Legislativa a que inicie un proceso de reforma constitucional para que entre los requisitos para optar al cargo de magistrado, se introduzca; que no deben pertenecer a partidos, o a cargos de dirección del mismo o que no hayan hecho apologías partidaria, lo que se considere más adecuado, pero necesita reforma constitucional; en su defecto se podría reformar el Art. 174, para garantizar la independencia judicial;

B. Exhortar a la Asamblea Legislativa para que en base a lo dispuesto en el Art. 186 de que "la ley deberá asegurar a los jueces protección para que ejerzan sus funciones con toda libertad, en forma imparcial y sin influencia alguna en los asuntos que conocen [...]", se regule por ley la no pertenencia a partidos, es decir que la limitante a un derecho fundamental se haga por ley.

C. La Sala no podrá sostener esos precedentes, porque con ellos estaría actuando como legislador positivo, violentando el principio de separación de poderes; y en el caso más grave reformando la Constitución por la vía de una mutación constitucional. Esto pasa por una mejoría en los entendimientos de los poderes del estado y en el marco de la colaboración, de lo contrario a partir del Poder Judicial, se estaría promoviendo la concentración del poder.

Comentarios sobre Justicia Constitucional

1. De la "Judicial Review"

Podemos considerar que el origen de la doctrina de la "judicial review" fue en Europa, se aceptó como doctrina en Estados Unidos y vuelta a Europa una vez elaborada y expandida por los jueces norteamericanos. Desde luego, la idea de atribuir a unos órganos jurisdiccionales la función de "guardián de la Constitución" a un de sus raíces en Europa. Bástenos al efecto con recordar lo que Cappelletti llamara la batalla de lord Edward Coke por la supremacía del "common law".

Coke, esgrimirá su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el Rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con Jacobo I, en los primeros años de siglo XVII. Frente al monarca, que pretendía que los jueces eran meros delegados suyos, lo que, a su juicio, le legitimaba para ejercer personalmente la función judicial, Coke respondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función. Y frente al Parlamento, Coke subrayaría la tradicional supremacía del "common law" sobre la autoridad parlamentaria:

"It appears in our books – proclamará Coke en su célebre "Bonham´s case" (1610) - that in many cases, the common law will control acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right

and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void".

La doctrina del juez Coke estaba, llamada al olvido tras el triunfo de la "Glorious Revolution" inglesa, en 1688 se proclamó la doctrina contrapuesta, de la soberanía del Parlamento. De ahí que, como subraya James Grant en una conocida obra, el depósito de la confianza en los Tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a la legislación ordinaria emanada del Parlamento, deba ser considerado una contribución de las América a la Ciencia Política.

La "*judicial review*" no será explícitamente recogida por la Constitución norteamericana de 1787, fue el fruto de un largo rosario de decisiones judiciales, que incluso se inicia con anterioridad a la promulgación del propio texto constitucional. Se puede discutir, afirma al respecto Olivetti, apropósito de los "cases" anteriores a 1787, en los cuales se va a ejercitar de modo efectivo la revisión judicial, pero está fuera de toda duda que entre 1776 y 1787 se consolidó el principio según el cual "*issues of constitutionality might be raised in litigation*". En la convención Constituyente de 1787 muchos de los asistentes fueron conscientes del principio de la"judicial review y algunos de ellos, dice David Deener, se mostraron claramente favorables a ella. A nuestro modo de ver, quizá la última "ratio" de esta proclividad hacia la judicial review haya que buscarla en una concepción radicalmente nueva de forma de gobierno, que ya late con intensidad en la propia Declaración de Independencia, del 4 de julio de 1776, y que encuentra su soporte teórico en la que bien pudiéramos tildar de filosofía política de la libertad:

"Sostenemos como evidentes –puede leerse en el párrafo segundo de la Declaración de Independencia –estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados, que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrezca las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad".

En 1803, John Marshall, tomando como soporte jurídico-constitucional la "cláusula de supremacía" (recogida en el artículo 6.°de la Constitución, a cuyo tenor: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtual de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley de país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados"), proclamaba en la celebérrima sentencia "*Marbury vr. Madison*" el principio, esencial en todas las constituciones escritas, de que "*a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as wellas other departments, are bound by that instrument*".

De igual trascendencia habría de ser la sentencia "Cohens versus Virginia", una de las más fértiles en sus consecuencias para la afirmación del poder federal y, sobre todo, para la consolidación de la autoridad del tribunal supremo; pues con ella Marshall lograba asegurar para el referido Tribunal el control de las decisiones de los tribunales estatales en todas las materias, cualquiera que fuera su naturaleza, siempre que, a juicio del Tribunal, supusieran una interpretación de la constitución. Todo ello propiciaría un poder cada vez más amplio por parte del supremo órgano jurisdiccional americano. Alexis de Tocqueville, en su clásica obra "La democracia en América", se haría eco de tal circunstancia, muy significativa a partir de 1865. "Cuando, después de examinarse el detalle la organización del Tribunal Supremo dice Tocqueville se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso".

Retornó al Juez Marshall, quien fundamentó su doctrina en los argumentos que pasamos a exponer. Considerará el Presidente del Tribunal Supremo que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Pues bien, de nada serviría que ésta acotara las diferentes ramas del Poder si el Congreso de la Unión pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Se imponía, pues, según Marshall, dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿Deben los tribunales acatar y aplicar ese tipo de normas? La respuesta no podía ser sino negativa, y ello, en tanto en cuanto la misión de los Tribunales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y que cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra, dirá Marshall, es la esencia de la función judicial.

Referencias del Titulo Segundo

Fernández Segado, Francisco (1992) Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago. El sistema constitucional español. Madrid Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid. Sobre este punto véase Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino, Kuri de Mendoza, Silvia Lizette; Orellana, Ma. Elena. Manual de Derecho Constitucional Tomo I p.p. 162. Proyecto de Reforma Judicial. 1998 San Salvador.

10.3 competencias.

Núñez Rivero, Cayetano. Nota del autor: Los temas anteriores relacionados con la parte orgánica de la Constitución, en forma compendiada y en lo que cabe para la presente obra, ha sido tomada de: Texto. El Estado y La Constitución Salvadoreña.

Benítez Giralt, Rafael; González Bonilla, Rodolfo Ernesto; Martínez Ramos, Jorge Ernesto; Pérez Chacón, José Ángel y Mortecino Giralt, Manuel Arturo. Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador.

342.728 4

E49e El Estado y la Constitución salvadoreña. Corte Suprema de justicia.

Núñez Rivero, Cayetano.(2012) Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador Unión Europea, Corte Suprema de Justicia, 2000.ISBN 99923-7644-9. 1ª. Ed. San Salvador, El Salvador.

1. Derecho Constitucional.

2 Estado. I. Corte Suprema de Justicia. II Titulo. Revista de derecho de la pontificia universidad católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012)

Título tercero

Situación Global

Capítulo Primero

Permanencia o Cambio

1. Mañana es ahora

Es tan delicado y frágil el concepto del tiempo, que el hombre se pierde en lo indefinible y pierde también la noción de cuando es lo oportuno, lo conveniente y lo necesario; ocurre cuándo y cómo algo debe de ser cambiado; ese algo pueden ser los paradigmas, los énfasis, las actitudes y también puede ser la Constitución misma. Si bien, las Constituciones son hechas para perdurar, rigen las estructuras, situaciones, comportamientos y conductas de los seres humanos, que el Constituyente tuvo en cuenta al dictar su Constitución, fija, además, los valores, principios y derechos necesarios para la convivencia social, esto no es una situación inmutable, rígida o eterna ; en su tránsito la energía de la convivencia, crea una fisonomía propia, es la misma efigie inicial, pero transformada por el cincel de los tiempos y de los acontecimientos, es la paradoja de ser a veces la permanencia, lo inmutable (Parménides) y a veces el cambio (Heráclito); el poder constituyente originario, que es la manifestación primera y más elevada de la soberanía popular, realiza su obra -la Constitución- escribe en ella, el principio de la Supremacía Constitucional, y al hacerlo, se ausenta, se oculta, porque su poder soberano pasa a ser una estructura que se encarna en esa supremacía, es como diría Georges Bourdeau, se institucionaliza el Poder.

La prolongación de la política por otros medios (desórdenes, pandillas, homicidios, extorsiones, etc.,) asi como la voluntad de "querer hacerlo" son variables que no permiten que gobierno y sector político puedan y quieran entrar en análisis y debate constructivo, con el fin de conocer, evaluar y proponer soluciones de lo que ocurre en el país; de ese modo no se manifiesta ni se vislumbra proponer las reformas constitucionales que el país necesita para salir del subdesarrollo en lo económico, político, social y otros; si la constitución no prevé posibilidades de reforma o meca-

nismos aparte del Art. 248 y los ciudadanos enfrascados en política vulgar, pelean por minucias, como las cuotas de magistrados, el tema de los viajes de los diputados, o comentan sobre una posible caída del gobierno y los grandes medios especulan sobre las simetrías entre el gobierno de El Salvador y otros del sur, o divagan lo que puede pasar si esos gobiernos se presentan como amigos, o sea las pretensiones de convertirse en doctrinarios políticos para gobiernos y ciudadanos. En definitiva El hábito de procrastinar lo convierten en ley -desperdician el tiempo-.

Entre gobierno y oposición, incluye gremiales obreras y empresariales, escuchan la misma música, pero sin salirse del esquema confrontativo, sin que nadie asuma la responsabilidad que a los políticos les demanda la población gobernada. Entonces no se tendrán esperanzas de perfeccionar el texto constitucional mediante reformas ampliamente estudiadas porque la inteligencia de los políticos no da para entender que reformar la constitución y hacer de ella un instrumento cultural común, no solamente un instrumento normativo sino que un documento vivo que nos impulse a una cultura política respetable y propia de este momento. No obstante, y dados los comportamientos no se avizora nada en este campo y el sistema político estará ahí como cláusula pétrea que no se moverá nunca, por lo que la dinámica política tendrá que estar sujeta a los cambios que introduce la Sala de lo constitucional, que mediante mutaciones ha introducido reformas a algunas cláusula pétreas, como lo hemos expresado oportunamente.

2. Sistema Político y Constitución

El Art. 248 se refiere a la forma y sistema de gobierno proclamado en los Arts. 85 y 87 Cn. En efecto, el Art. 85 establece que: a) el sistema político es pluralista; b) se ejerce por medio de los partidos políticos; c) se basa en la democracia representativa; d) la transgresión da lugar al derecho de insurrección. El sistema pluralista no podría ser cambiado por el Art. 248, es decir, que cambiar a un régimen de partido único o ajeno a los partidos, no podría hacerse, es más, su violación daría lugar al derecho de insurrección. Lo que se deduce de estas proclamas es que al decir "forma" de gobierno se refiere a la república y "sistema", se refiere a todo lo regulado como sistema político y a lo que se ha hecho referencia anteriormente.

El Art. 85, inc. 2º ha fijado una posición controversial, que los ciudadanos han cuestionado de diversas formas, y es posible que pueda generar algunas situaciones de confrontación entre los sectores sociales, pues ha creado un camino muy estrecho, que atenta contra la libertad y la democracia. Fija este artículo, que los partidos políticos son el único instrumento para la representación del pueblo, e inmediatamente consagra la democracia representativa, no como una técnica de gobernar, sino como un valor político convertido en un dogma; ambos conceptos por disposición del Art. 248 no se pueden tocar, son intangibles, inamovibles, eternas. Esto es lo que fue

despedazado por la sentencia de la Sala de lo Constitucional, que ha permitido las candidaturas no partidarias, una decisión que todavía es motivo de controversia.

Todas las funciones del estado se ejercen por medio de representantes, que cumplen las funciones del Estado en el esquema de la división de poderes; fue un verdadero salto de calidad que superó el sistema monárquico, es una técnica de ejercicio del poder, pero no puede heredar el absolutismo que combatió; manteniendo su presencia debe admitir otras formas de democracia, que le sean compatibles, tales son los de la democracia participativa o semidirecta, que permite la presencia popular en la toma de decisiones. Este es el punto de la controversia, o sea, la soberanía del parlamento (Asamblea) o la soberanía del pueblo, el debate que no puede ser ignorado, ocultado o soslayado es un riesgo que no puede seguirse alentando.

El Art. 84 determina la calidad irreductible de su territorio, definiéndolo como el espacio sobre el cual El Salvador, ejerce su soberanía y jurisdicción, con lo que determina tanto el poder político como el jurídico. Comprende la parte continental, b) territorio insulares, según Sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana (1971), c) otras porciones insular, según el derecho internacional; d) las aguas del Golfo de Fonseca, según sentencias de 1971 y el derecho internacional; e) el espacio aéreo, el subsuelo y la plataforma continental e insular correspondiente; f) la soberanía se ejerce sobre el mar, el subsuelo y lecho marinos hasta la distancia de 200 millas marinas, contados de la línea de más baja marea; g) luego define los limites.

Este punto aunque puede tener algunas explicaciones históricas, y justificarse por ello, la cuestión territorial, especialmente en cuanto a los derechos del mar y del espacio aéreo se rigen más por los tratados internacionales que por las disposiciones internas, una tendencia que El Salvador mantiene en perjuicio de sí mismo.

3. Constitución y Derecho Internacional

En materia territorial, El Salvador no ha ratificado la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar", y lo que dice su Constitución, no es compatible con lo que dice la Convención, de lo cual se desprenden consecuencias económicas, de seguridad y jurídicas, es por ello necesario hacer énfasis en esto, pues no se les ha dado el trato que requieren. La defensa obstinada y sin mayores argumentos de la cláusula contenida en el Art. 248, puede que esté causando ya, perjuicios que no se han querido evaluar.

Estas son tareas pendientes y es parte de la tesis que pretendemos sustentar, en el sentido de que la constitución salvadoreña no responde a los requerimientos del derecho constitucional contemporáneo, con el agravante de que éstas son cláusulas pétreas, según el Art. 248 y más pétreas, en la mentalidad jurídica prevaleciente.

Este documento se considera el más importante después de la Carta de las Naciones Unidas, se le conoce como la Constitución de los Océanos, suscrita y ratificada por más de ciento sesenta países, entre ellos, los centroamericanos Honduras y Costa Rica. Con pocas excepciones, incluyendo El Salvador, la Convención está llamada a desempeñar una función esencial o Vid. Evaluación del desarrollo institucional de los Acuerdos de Paz (Mario Solano).

4. Cláusulas Pétreas

Uno de los déficits de los Acuerdos de Paz es no haber tocado el tema de las cláusulas pétreas o intangibles, de tal manera, que lo dispuesto en el Art. 248 hace de El Salvador uno de los Estados más deficitarios en el manejo de ciertas áreas jurídica políticas, como: el territorio, espacio aéreo, mar territorial, sistema político, etc., sin que se vislumbre una posibilidad de alcanzar niveles que nos acerquen a soluciones previstas, desde hace mucho tiempo en otros estados, por el Derecho Internacional; es más, hay posiciones tan reacias, que todavía sugieren que sobre estos temas no caben siquiera procesos de discusión.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 248, con o sin Acuerdos de Paz, las normas que se refieren a forma de gobierno, sistema político, territorio, etc., son inamovibles; en un análisis de derecho comparado se advierte lo atrasados que estamos en ese ámbito; revisar en un foro nacional, académico o de sociedad civil, porque sería pedir mucho hacerlo a nivel de Estado, esta temática debe ser discutida y analizada, antes que nuevas formas de modificar los textos constitucional, de prácticas consuetudinarias, de sentencias de la sala de lo constitucional, etc., que hagan variar estas posturas obtusas, que todavía atrasan nuestro sistema constitucional.

Llevada a sus extremos, la interpretación del Art. 248 Cn., traería como consecuencia que las reformas relacionadas con el poder no son factibles, y en cuanto a enmiendas relacionadas con la parte dogmática, esto es, todo lo referente a derechos fundamentales, también no sería factible, ya que las normas de Derecho Internacional, en las que rige el principio pacta sunt servanda y normas correspondientes al jus cogens, los Estados deberían aceptar y aplicar normas derivadas de convenios internacionales, pero entre nosotros eso no es posible todavía, porque la norma internacional no tiene categoría constitucional y no constituye parámetro de control. Pues no se acepta ni aplica, el denominado bloque de constitucionalidad.14.-

Según el constitucionalista español, Francisco Fernández Segado, "las leyes comunes no tienen estipulaciones sobre su reforma, esta es una figura que corresponde a las Constituciones, en virtud de la proximidad que existe entre lo que ella prescribe y el que ordenó esa prescripción, es decir el poder constituyente, el pueblo; es una creación del constitucionalismo norteamericano que exige que la Constitución sea

lex superior; sigue diciendo este autor, citando a Löewenstein, que el procedimiento más común para la reforma constitucional, es el de exigir mayorías calificadas, concediendo así poder de veto a las minorías y además un procedimiento agravado con lo que se consigue la permanencia y estabilidad constitucional".15.-

No obstante, la sentencia de la Sala sobre candidaturas no partidarias, rompió con esos paradigmas, pues ha puesto o considerado como parámetro de control, los tratados internacionales y la modificación del Art. 85, interpretación que no compartimos, pero que de acuerdo con la realidad resultante, la Sala ha generado una nueva forma de abordar el tema de las cláusulas pétreas. Punto para una enorme y fructífera discusión.

5. Cláusulas Pétreas en el Derecho Comparado

El análisis específico de las cláusulas contenidas en el Art. 248, por las reacciones que se advierten en algunos sectores y personas muy respetables, la falta de discusión adecuada sobre las mismas, nos exigen incluir en este Ensayo algunos aportes doctrinales sobre tan importante asunto, relacionados en los párrafos precedentes, agregando que las cláusulas pétreas se consideran en El Salvador como figuras míticas, a las cuales debe rendirse los honores que sólo se hacen a las grandes deidades; sin embargo, la Sala de lo Constitucional, con la sentencia de las candidaturas no partidarias, terminó con el Art. 85 de la Constitución, aunque después los partidos quemaron su poca sustancia gris, al emitir una dudosa regulación de tales candidaturas cuyo debate se mantiene.

Consideramos oportuno incluir las experiencias de otros Estados, por medio de las norma de derecho comparado existente; en ese sentido, muy brevemente relacionamos las disposiciones siguientes:

Alemania. El Art. 79 de la ley fundamental, dice que ésta, sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de lo que ella expresa; se aprueba con los dos tercios de miembros de la Dieta Federal y del Consejo Federal. El (79. 3) dice que no es permitida ninguna ley que reforme (cláusulas intangibles) la naturaleza federal, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20. El primero, dice que es deber del Estado de proteger la dignidad del hombre; el reconocimiento de los derechos inviolables e inalienables del hombre y que los derechos fundamentales vinculan directamente a los poderes públicos como derecho directamente aplicable.

El Art. 20 dice que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social, que el poder público emana del pueblo ejercido en votaciones y elecciones y por medio de los órganos de gobierno.

Austria. Arts., 44. 3 y 45. Toda revisión total de la Constitución y revisiones parciales de la Cn., cuando así lo solicite un tercio del Consejo Nacional y el Consejo Federal, serán sometidos a referéndum; éste resolverá con la mitad más uno de los votos válidos. Arts., 44. 3 y 45 y éste, (referéndum) se regula por ley. No regula intangibles.

Bélgica. Art 195. El poder legislativo federal podrá declarar que procede la revisión de un precepto constitucional que él designe. Inmediatamente después, las Cámaras quedan disueltas. Luego se convocan dos nuevas Cámaras que se pronunciarán conjuntamente con el Rey y las cámaras deliberarán y resolverán con los dos tercios. No hay revisión en tiempo de guerra. No se reforman los poderes constitucionales del Rey, Arts. 85 a 88 y 91 a 95. (intangible).

España. Art. 166. A Iniciativa de gobierno, Congreso y Senado; Art. 87 y de las Asambleas de las comunidades autónomas e iniciativa popular 500.000, los proyectos serán aprobados por 3/5 de cada una de las cámaras; si no lo hubiere se creará comisión paritaria que presentará un texto para ambas cámaras: Si no hubiere acuerdo pero Senado votó por mayoría absoluta se somete al Congreso para aprobar con dos tercios. La revisión total requiere dos tercios, se somete a ratificación de las cortes y luego referéndum. (no intangibles).

Francia. Art. 89. Al presidente de la república y a los miembros del parlamento. Será votada en forma idéntica por el parlamento, luego referéndum y nunca cuando la integridad esté menoscabada y no procede modificar la forma republicana de gobierno. (intangible).

Grecia. Art. 110. Se podrá revisar la Constitución, excepto en cuanto a la existencia de la república; el 2.1 que consagra que el respeto a la persona humana es deber del Estado; el Art. 4, los numerales 1, 4 y 7; el primero, se refiere a la igualdad; el segundo, a que los ciudadanos helenos tienen exclusividad en las funciones pública; y el tercero que no se reconocerán títulos de nobleza; los Arts., 5.1, sobre libre desarrollo de la personalidad y 5.3ª, la libertad es inviolable; 13.1, libertad de cultos y 26, sistema republicano. La Constitución de Grecia admite lo intangible, en cuanto a la defensa de la dignidad de la persona, siempre; en cuanto al Estado, sólo la defensa de la república.

Irlanda. Art. 45, es procedente la reforma por la vía del Referéndum; no existen cláusulas pétreas.

Italia. Art. 138. Conocerán las Cámaras, en dos votaciones sucesivas, resuelven por mayoría, se somete a referéndum, no habrá si en 2ª votación se obtuvo los 2/3. No se puede modificar la forma republicana.

Portugal. Art. 284. Se puede revisar siempre que se respeten tres poderes, es decir, la forma republicana y los derechos fundamentales. En esto consiste lo intangible.

Costa Rica. Art. 195. La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones: Art. 196.- La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo. (Reforma Constitucional 4123, de 31 de mayo de 1968).

Honduras. Con algunas variantes, es similar a la posición de El Salvador. Capítulo I. De la reforma de la Constitución, Art. 373 y siguientes.

Uruguay: Capítulo III. Art. 331. La presente Constitución podrá ser reformada, total o parcialmente, conforme a los siguientes procedimientos: (señala el procedimiento). Se reconoce en esta Constitución la amplia participación popular en el proceso de reforma constitucional, a través del plebiscitó.

Derivada de la propia noción de poder constituyente, se comparte la creencia de que el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana, lo que en otros términos, significa que la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna. Así lo dice el Art. 28 de la Constitución francesa de 1793, al declarar que "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras".

Vid. Mario Solano, Tit IX, Evaluación. UJMD pag.219, Talleres gráficos UCA. Impreso en El Salvador.

Capítulo Segundo

El Estado debe ser rector de las políticas públicas. El Cambio formal y cultural constitucional

La Reforma Constitucional Básica

1. Introducción

Entendidas así las cosas y sin caer en las concepciones anárquicas, debemos aceptar que lo anterior responde a un consenso básico de que veinticuatro años después de los Acuerdos de Paz, algo se ha progresado en tales materias, con las mismas resistencias, inclusive en temas que fueron objeto de reforma constitucional; hay materias, sin embargo, y es lo que nos interesa destacar, que todavía debe de iniciarse un proceso de discusión, para evaluar seriamente el resultado de dichos Acuerdos o de nuevos consensos, en áreas que ni siquiera fueron tocadas en los mismos y menos en las reformas constitucionales.

De eso hablaremos en este capítulo, para señalar los temas que estuvieron fuera de agenda y crear conciencia de la necesidad de introducirlos, pues no se tocaron por las circunstancias apuntadas; pasado ya tanto tiempo, es necesario abrir una agenda nueva para Acuerdos que ahora, además, también procederán de la denominada sociedad civil para nuevas reformas constitucionales. Si es que las heridas que han producido las sentencias de la Sala de lo Constitucional se mantienen abiertas para acciones revanchistas, como cumplimientos aparentes o marcados retrocesos en la institucionalidad del Estado.

2. Caducidad Institucional

El liderazgo de los partidos también se ha agotado, el golpe fulminante dado por la Sala de lo Constitucional, sólo ha dado para reacciones de pobreza imaginativa y política, de tal modo, que el Estado es un carruaje que se mueve por inercia, pero sin rumbo y sin impulsos vitales; es urgente que el Estado adquiera su carácter instrumental para la protección y supervivencia de la sociedad humana, que se encuentra dentro de sus límites territoriales y se ampara bajo su jurisdicción y para que se abra a la sociedad en su conjunto. No debe esperarse mucho del Frente (FMLN) gubernamental y menos de la ahora oposición conservadora; de la disidencia del Frente, que manifiesta su inconformidad, mediante la protesta dirigida al que supuestamente sería su propio gobierno, revela una intención de desestabilizarlo y cobijar una forma de lucha que recuerda los años setenta, pero ahora con menos explicaciones y justificaciones. Es, el momento de los ciudadanos, de las universidades, de los intelectuales, de las organizaciones comunitarias, de las agencias de servicios sociales, del sindicalismo inteligente, propositivo, consciente de su poder para los equilibrios sociales; ajeno al ganguerismo, al oportunismo y a la lucha de clases. No se puede esperar mucho de la Constitución actual, incluyendo las reformas producto de los Acuerdos de Paz.

En nuestra opinión, esta Constitución también está agotada, tal como está no puede generar nada más. Una estructura orgánica rígida, petrificada por su propio Art. 248 creado y mantenido por mentes fosilizadas para una ciudadanía estéril, sin rumbo, sin orientación, sin valores, sin principios ordenados y catalogados, sin la base teórica que sustentaría el cambio de la concepción de una constitución semántica, por la idea de una constitución normativa. El caos social, la falta de entendimiento, sin políticas estructuradas, teórica y sustancialmente diseñadas, con ejecutores visionarios y capaces; un Estado sin normas y un Gobierno sumido en la confusión, no son precisamente los mejores componentes para amalgamar un posible despegue para el cambio. Quien quiera gobernar el país, pero sin ideas que superen las agendas gerenciales; sin planes de desarrollo, sin tener valores concretos a los cuales orientarse y superado por todas las carencias, las demandas insatisfechas, la idea de ser una sociedad nacida con vocación de crimen; superados además, por la corrupción, por

la impunidad, por el fracaso del derecho y con una Constitución desarticulada y desarticulante, fundamentalmente por que los liderazgos están encerrados –presos- en sus feudos gubernamentales, en los cercos mentales y reales, que se forman de un mal aprendizaje de la división de poderes. Con todo lo que se ha expuesto, con las argumentaciones históricas, políticas y jurídicas, que nos ha permitido nuestro propio planteamiento al elaborar este Ensayo, llegamos a estas conclusiones:

3. La reforma constitucional

Primera: Es necesario revisar la parte orgánica de la Constitución, tratar de interpretarla correctamente y en función de desarrollo del Estado, la intangibilidad que parece condicionar a que sea modificada, pues una aparente petrificación del sistema y forma de gobierno, estaría sugiriendo que no se podrían intentar cambios en su estructura. Esta materia quedaría para un análisis que debe de hacerse en el Foro y Encuentro nacional que se realice, para continuar con el proceso iniciado y en parte frustrado, de los Acuerdos de Paz. Tal como se ha expuesto en el Título I de este Ensayo, "en posición similar Löewenstein considera que la Constitución básicamente es un instrumento normativo, destinado a ordenar los procesos políticos y no de someterse a ellos, aun cuando reconoce que la función del poder es la de establecer los mecanismos de control social, a efecto de lograr convivencia y un equilibrio de las distintas fuerzas pluralistas. El poder político tiene que ser limitado, es decir, limitar a los detentadores del poder, limitación que nace de los valores sociopolíticos que se practican con el objetivo de garantizar la libertad de los destinatarios del poder. "El tiempo ha ido determinando que la mejor forma de controlar el poder y a los detentadores es mediante la adopción de reglas fijas -la Constitución- destinadas a limitar el ejercicio del poder; la Constitución se convirtió en un dispositivo especial para el control del proceso del Poder."2.-

En el Título VII, hemos afirmado: "Montesquieu se refiere al tema de la Separación de Poderes, en su obra "El espíritu de las Leyes", en el Libro XI, Caps. IV y VI, en este afirma: "La experiencia muestra que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; lo emplea hasta que encuentra un límite. Todo hombre que tiene autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación ¿Quién podría pensar que hasta la virtud tiene límites? Para que nadie pueda abusar del poder es necesario conseguir, mediante la adecuada ordenación de las cosas, que el poder frene al poder".

Segunda

1.- Sin perjuicio de las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad de los diputados, el antejuicio es una actividad eminentemente jurisdiccional, por lo que esta figura no debe estar en el marco de las atribuciones de la Asamblea

Legislativa sino que debe establecerse como una atribución de la Corte Suprema de Justicia; en el mismo sentido debe de considerarse el caso de todos los otros funcionarios que han sido electos por la Asamblea Legislativa; en ambos casos es necesario reformar la Constitución.

2.- La experiencia ha demostrado que las prerrogativas anteriores, ha dado lugar a que la inmunidad parlamentaria se convierta en casos de impunidad o de un régimen de privilegios para el individuo y no para el funcionario; de ahí que la permanencia indefinida, mediante elecciones también indefinidas, de los diputados, ha permitido por lo menos dos cosas negativas: 1.- La oposición por todos los medios a que otros ciudadanos puedan llegar a formar parte de la Asamblea Legislativa, lo cual es nocivo para la democracia. 2.- Que un organismo esencialmente renovable y democrático, se convierta en una institución de cálculo e intermediaria de intereses particulares: Para evitar ese fenómeno la constitución debe ser reformada a efecto de que el diputado es reelegible únicamente y en forma inmediata por un período más; pasado el período de vacancia podrá reelegirse únicamente por el nuevo período.

3.- Revisar los Arts. 29, 166, Nº. 6 y 131 Nº. 27, a efecto de armonizarlas y definir si sigue siendo válido el resabio constitucional de que si la Asamblea no estuviere reunida el Consejo de Ministros puede decretar la suspensión de garantías constitucionales; cosa que en nuestra opinión, ha dejado de existir, desde que los diputados no tienen período de sesiones, sino que están a disposición del Estado, pues son asalariados; en tal sentido la atribución de suspender las garantías constitucionales es únicamente de la Asamblea Legislativa.

4.- Promover el estudio del proyecto de Ley de Procedimientos Constitucionales, con las actualizaciones e innovaciones del caso, que permitan un mejor desarrollo de la justicia constitucional y que favorezca el entendimiento entre la Asamblea Legislativa y la Sala de lo Constitucional; además de que algunas disposiciones de la Ley de procedimientos actual, son normas preconstitucionales, es decir son normas inconstitucionales.

5.- En cuanto a la concesión de la nacionalidad salvadoreña a los extranjeros con más de cinco años de residencia en el país, debe de agregarse que la "ley establecerá los otros requisitos para tal fin, entre los cuales deberá comprobarse su vocación democrática y su compromiso de ser leal a la Constitución.

Tercera: En materia de Derecho Internacional, el Estado ha seguido una política defectuosa, en cuanto a la adopción de normas internacionales, ha interpretado, erróneamente, que podrían afectarse los conceptos prevalecientes sobre la supremacía constitucional; en una opinión diferente, pero igualmente errónea, la resolución de la Sala de lo Constitucional, sobre las candidaturas no partidarias ha introducido una orientación contraria, al considerar que los Tratados Internacionales constituyen

parámetro de control constitucional del mismo modo y con la misma jerarquía de la Constitución, lo cual consideramos que es un error de la Sala; pues en tanto, los Tratados sigan siendo o teniendo el mismo valor de las leyes secundarias, no pueden constituir parámetro de control, son sólo un referente, para orientar o ilustrar una resolución, pero no sustituir la norma constitucional.

Un cambio de política en esta materia debería adoptar, por lo menos estas grandes decisiones

1. En materia de Derechos humanos, que la Constitución tenga como parámetro de interpretación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos;
2.- Aceptar la política jurisdiccional, de que en materia de resoluciones de la Sala de lo Constitucional, se tenga como parámetro de control la Constitución, los precedentes judiciales de la misma Sala, los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios sobre dignidad humana, etc.; es decir, lo que se conoce como "bloque de constitucionalidad".
3. Ratificar la Convemar, ratificar la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados. Si fuere necesario para ello, reformar la Constitución, por lo que vale la pena iniciar su estudio, lo que no es conveniente es mantener el statu quo, o lo contrario, violar la Constitución.

Cuarta: La supremacía de la Constitución y el procedimiento agravado de reforma, no quieren decir que sea imposible hacer reformas a la Constitución. Para ello, básicamente se requiere que éstas cumplan con dos requisitos. Por un lado, no contrariar el espíritu de la Carta Magna y su supremacía; y por otro lado, observar los procedimientos agravados para su reforma. La irreformabilidad de la constitución es un arma peligrosa, pues por una parte, Constituciones como la de El Salvador, en la que la parte orgánica es irreformable, puede generar ambiciones autoritarias, al seguir un procedimiento anormal; como es el caso de las mutaciones constitucionales, por las cuales puede reformarse la constitución sin haber seguido el procedimiento de reforma.

Estos dos principios, aunque en rigor pertenecen a la técnica jurídica, tiene efectos esenciales sobre las disposiciones fundamentales y la vida política de la comunidad, por lo que se consideran indispensables para la protección de la Constitución. Así, han sido consagrados expresa o tácitamente, en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. La supremacía constitucional se refiere a la jerarquía de las normas, en especial de que el fundamento de validez de todo ordenamiento se encuentra en las disposiciones de carácter constitucional, y de éstas, en una Constitución anterior hasta llegar a una norma hipotética fundamental. Un ejemplo de este principio fue consagrado en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.

Quinta: El análisis específico de las cláusulas contenidas en el Art. 248, las reacciones que se advierten en algunos sectores y personas, muy dignas de respeto, la

falta de discusión adecuada sobre las mismas, nos han exigido incluir en este Ensayo algunos aportes doctrinales sobre tan importante asunto, relacionados en los párrafos precedentes, agregando que las cláusulas pétreas se consideran en El Salvador, como figuras míticas, a las cuales debe rendirse los honores que sólo se hacen a las grandes deidades; sin embargo, la Sala de lo Constitucional, con la sentencia de las candidaturas no partidarias, terminó con el Art. 85 de la Constitución, aunque después los partidos quemaron su poca sustancia gris, al emitir una dudosa regulación de tales candidaturas y cuyo debate se mantiene.

Sexta: La eficacia normativa de la Constitución sería una praxis racionalmente aceptable, si por lo menos se dan entre otros, los resultados que a continuación se mencionan: (vid. Supra, Introducción, Pág.2).

Los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución deben ser cumplidos en forma directa, o sea, que no requieren desarrollo en leyes secundarios para ser exigibles. Sin embargo, cuando fuere necesaria la ley, ésta debe promulgarse en un tiempo razonable, de lo contrario, operaría el recurso de inconstitucionalidad por omisión.

En cuanto a los derechos económicos y sociales, no son directamente exigibles cuando su imperatividad depende de elementos técnicos y económicos, la obligación del Estado es promover condiciones para su cumplimiento, removiendo los obstáculos que dificulten su plenitud. (España 9.2).

El Salvador, según el informe del PNUD, debe cambiar su modelo de desarrollo, por otro que garantice un crecimiento económico suficiente para el cumplimiento de programas sociales y que permita a su Constitución ubicar a los seres humanos en el centro de sus fines y propósitos.

Si la ley, decreto u orden contraviene la Constitución los poderes públicos deben aplicarla. (Art. 235 y 164 Cn. El Salvador). Un tema que se discutió mucho con motivo de la sentencia de la Sala de lo Constitucional sobre candidaturas no partidarias, en las que algunos juristas recomendaron el no cumplimiento de las sentencia, invocando estas disposiciones constitucionales. Al final, la Asamblea Legislativa cumplió a medias la sentencia y abrió posibilidades para la participación ciudadana sin hacerlo por medio de los partidos políticos, que en cierto modo fue un remedo de cumplimiento.

No obstante, lo más importante sobre este caso, es la decisión tomada por la Sala de lo Constitucional, al resolver sobre disposición expresa y terminante, en el sentido de que conforme el Art. 85 de la Constitución, el sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos que son el único instrumento para la representación del pueblo en el ejercicio del gobierno. Lo que esta disposición ordena, independientemente de las interpretaciones, es que la representación requiere un partido; que no

esté correcta la decisión del constituyente y sea necesario despartidizar, tal como lo ha resuelto en sentencias posteriores dadas por la Sala, tales son los casos de la composición del Tribunal supremo electoral, Corte de cuentas de la república, Consejo nacional de la judicatura y Corte suprema de justicia, y nada menos que dos presidentes de la misma y de la Sala de lo constitucional, por tener afinidad partidaria, que mediante resoluciones ha dejado sin efecto elecciones de segundo grado; estas decisiones constitucionalmente son controversiales, aunque hábilmente aceptadas y poco discutidas.

Independientemente de la política de "ciudadanización", así le llaman a esta práctica, de reducir a su mínima expresión la injerencia partidocrática en la composición de los organismos que elige la Asamblea Legislativa; independientemente de lo positivo o negativo de la propuesta, en opinión del que esto escribe, no sería posible aceptar que la Constitución puede ser reformando mediante esa práctica, de lo contrario debemos admitir que no existen cláusulas pétreas y las establecidas en el Art. 248, pueden ser rebasadas por decisiones de Sala, cuando interpretando adecuadamente la Constitución, su reforma sería posible únicamente si se convoca una Asamblea Constituyente, de lo contrario la Sala estaría reformando la Constitución, cometiendo fraude constitucional.

4. Modernización del Poder Ejecutivo

Lo expresado en el acápite anterior es un tema crucial, para que en materia de seguridad social, educación, salud pública, familia, etc. deje de ser un sistema de derechos programáticos y se transformen en derecho de eficaz cumplimiento, si al menos se dan los siguientes elementos:

1.- El Estado o poder público, como en las constituciones española y alemana debe crear las condiciones y remover los obstáculos, para que los derechos fundamentales, sean efectivos dentro del Estado. El bien común debe ser llevado a una praxis efectiva, mediante las diversas políticas que el Ejecutivo debe de crear y realizarlos a través de las diversas secretarías de Estado.

2.- El Consejo de Ministros, deberá preparar el Plan de Gobierno, pues se supone que siendo titulares de las secretarías de estado, pueden crear y proponer las políticas públicas que el bien común requiere. El Ejecutivo posee un amplio poder discrecional para hacer obra de bien común, si está autorizado o regulado legalmente mejor; en caso de que esta regulación sea necesaria, tiene facultades reglamentarias de las leyes existente, si todo esto no fuere posible, hacer uso de su iniciativa legal, para que las necesidades sociales, planteadas o no como requerimientos políticos, se conviertan en soluciones jurídicas.

3.- Reducir el conflicto trabajador empresario superar la relación amigo enemigo, (Schmit) que se manifiesta entre ambos sectores, ya sean del sector

privado o del sector público; existe un interés de parte de la tendencia revolucionaria (ultraizquierda) de no reducir este conflicto sino de incrementarlo, manteniendo viva la lucha de clases, la antinomia mercado estado, capital trabajo; es decir, la lucha de clases generada por el derecho de propiedad, de la cual la gran empresa controla por lo menos el setenta de la propiedad productiva.

Lo que en este Ensayo proponemos es el compromiso y esfuerzo nacional, con el Estado social y democrático de derecho, en el cual el derecho de propiedad en función social es reconocido y aceptado por la sociedad, podríamos alcanzar el grado de armonía social, siempre y cuando el valor dignidad humana sea real y el respeto de los seres humanos sea una verdad incuestionable. Superado el trauma del reconocimiento, únicamente formal de los derechos de libertad, proclamados en el liberalismo constitucional, pero que en la práctica produjo el enfrentamiento histórico, que dieron "brillo" y justificación a otras formas de totalitarismo, que no se puede aceptar; un cuerpo legislativo inteligente, capaz de olvidar la polarización y así como lo hacen los adversarios en disciplinas deportivas, políticas, académicas, después del "combate", estrecharse las manos y empezar a trabajar; sólo entonces los legisladores, con la mente clara, reposada y dispuesta a entender, podrá ver la riqueza constitucional, valorativa y solidaria que está consagrada en nuestro orden económico, al que no le falta nada jurídico, nada técnico, sino la voluntad y la sensibilidad del ser humano auténtico. Un reto también para un poder ejecutivo inteligente y para una empresa privada con esa misma cualidad, para reducir el conflicto entre ambos; al menos cuando ambos son de distinto signo ideológico.

4.- Dijo, el pedagogo cubano, José de la Luz y Caballero, "la educación es templar el alma para la vida y el amor es la elevación de todas nuestras potencias a la última potencia."/*.- ¿Hace y promueve esto la educación salvadoreña? Por generaciones se ha visto el deterioro de la educación desde la locura de militarizar la Escuela Normal de Maestros, (1940-46), hasta lograr su inevitable desaparición, que se inicia con otra no menos locura, de sustituir a los maestros por "televisores" (1970) no obstante, que desde siempre la Constitución ha proclamado su respeto al maestro y que ha previsto la posibilidad de que su formación podrá ser exclusiva del Estado.

/* José de la Luz y Caballero (1800-1862) fue uno de los hombres de ética y moralidad más pura y elevada que América ha producido. Es esta cualidad la que le reserva su lugar entre los escritores más destacado de Cuba, no su habilidad literaria o gramatical.

El Estado y los responsables de la Educación en El Salvador, tendrán que diseñar esta política pública con la más amplia participación ciudadana, procurando el rescate de los valores como la verdad, la dignidad, la solidaridad, la probidad, la justicia,

el bien común; el rescate al espíritu de investigación, la promoción y enseñanza entre las comunidades para que den su aporte a la educación de niños y jóvenes, una acción que promueva la colaboración y enseñanza de oficios que los mismos estudiantes utilizarían, para modestos arreglos de sus locales, reciclaje de materiales, ayudas al rescate del medio ambiente, fomentando así la conducta solidaria, que se ha perdido en nuestra sociedad. No esperar todo del Estado.

5.- De igual modo tendría que procederse en las políticas de salud pública y asistencia social, protección del medio ambiente , seguridad social, seguridad ciudadana, seguridad alimentaria y otras formas de seguridad que el estado debe de promover, pues de otro modo la única forma que el estado podría seguir dando sería la seguridad pública, en la forma que hemos vistos, en los últimos años y con mayor dramatismo en los últimos meses y que no obstante el reconocimiento que desde este trabajo hacemos a nuestros policías y soldados, ese esfuerzo necesita de las otras formas de seguridad mencionadas, para que la seguridad como fin del estado alcance mejores resultados.

5. En materia Jurisdiccional

1. Las leyes preconstitucionales, es decir, las que fueron promulgadas antes de la Constitución y son contrarias a ella, no deben ser obedecidas y plantearse como una violación constitucional, caso de aplicarse, y en el caso que hubiere lesión a garantías constitucionales, procederse como caso de amparo constitucional. Tendría que haber un procedimiento abreviado para que instada la Sala, en cuestión de inconstitucionalidad proceder a la declaratoria. En el caso de CEL-ENEL, además de los problemas financieros, políticos y penales que pudieren haber ocurrido, también se aplicó una ley preconstitucional, al proceder a negociar CEL, conforme su propia ley, sin haberla adecuado a la norma constitucional vigente.

   Esto debería de ser sin necesidad de declaratoria expresa de la Sala de lo Constitucional, aunque con la nueva doctrina de la misma Sala, podría ser que tanto la administración como la jurisdicción empiecen a aplicar la Constitución por encima de normas preconstitucionales; en este sentido, la Sala está obligada a inaplicar su propia Ley de Procedimientos constitucionales, que tiene normas preconstitucionales (e inconstitucionales) vgr. Improcedencia in límine, asuntos de mera legalidad, la no caducidad de la acción de amparo e inconstitucionalidad, etc.; no obstante, en términos generales, el tema de la preconstitucionalidad exige una interpretación actualizada de lo dispuesto en el Art. 249 Cn.

2. En caso de inobservancia de la Constitución, el amparo debe restablecer el orden constitucional alterado por los legisladores o los administradores. La

sentencia debe ser de ejecución inmediata. El tribunal debe ordenar lo pertinente. El principio o derecho a la constitucionalidad está por encima del principio o derecho a la legalidad. Si las sentencias de la Sala requieren o necesitan ir a la justicia ordinaria y el tribunal (Sala) no ordena la ejecución de la sentencia, la justicia constitucional es débil, es ineficaz.

Según Luis López Guerra, en su trabajo sobre "El Estado de Derecho", dice que el mal uso que se haga del amparo puede producir efectos contrarios a los fines por los cuales se ha establecido:

a. Puede ocurrir que los ciudadanos, al considerar las ventajas del proceso, prefieran esta vía a la ordinaria, para resolver problemas legales en sede constitucional;

b. Que el tribunal conozca de cuestiones de estricta legalidad;

c. Un deterioro de la justicia ordinaria, en la que supuestamente se debatirían las cuestiones de hecho y de derecho;

d. Un rebasamiento de las capacidades del tribunal constitucional por el exceso de casos a conocer, etc.

3. Los principios constitucionales, o sea, la filosofía que da marco a la Constitución debe prevalecer si las leyes los alteran; tal es el caso de la legalidad, irretroactividad, presunción de inocencia, el debido proceso, la jerarquía normativa, la interdicción a la arbitrariedad. Algunos, reconocidos por la Constitución de El Salvador deben constituir parámetros de control constitucional, es decir, son referentes de interpretación para conocer y resolver procesos constitucionales (Art.9.3, España), Este aspecto será considerado oportunamente y el lector podrá conocerlo en el Libro Tomo II de esta investigación; todo proyecto de ley impulsado desde el ejecutivo o por los diputados, debe asegurarse que cumple con esos parámetros.

4. Avanzar sobre el tema de la jerarquía de los valores y normas en la misma Constitución, cuando al apreciarse esa relación los de menor jerarquía lesionan a los superiores y considerarlo así, como lo hace la doctrina alemana, es el caso de normas constitucionales que atentarían contra otros derechos constitucionales; tal es el caso del monopolio de los partidos políticos para el ejercicio del poder, disposición que riñe con la escala de valores y otros derechos fundamentales; el tema ha sido abordado por la Sala de lo Constitucional, sin embargo, lo resuelto ha generado mucha controversia, en efecto compartimos esa preocupación de reducir la hegemonía de la partidocracia, nefasta en El Salvador, desde su establecimiento como tal desde la Constitución de 1983, lo que no creemos es en su eliminación por medio de mutaciones, a través de sentencias de la Sala de lo constitucional; es una tarea que corresponde a los tres órganos del Estado y a los ciudadanos.

Sostenemos la tesis que el Art. 248 de la Constitución salvadoreña dice: por el poder de reforma que dicho artículo encierra, no podrán reformarse en ningún caso la forma y sistema de gobierno y sostenemos que lo que ese artículo establece obligaría a la convocatoria de una Asamblea constituyente, para iniciar el proceso de no partidismo -"despartidización" así se conoce en el folklore político, pero que no es reconocido por el Diccionario de la Lengua Española, RAE. Es un vocablo innecesario que en su esencia hace alusión al "partidismo" ; por tanto, debe decirse "nos pronunciamos por el no partidismo de ..."- siempre que los intereses políticos después de pulsos y negociaciones, acordaren modificar la constitución; lo que desde este trabajo se sostiene es que las sentencias de la Sala no pueden reformar la Constitución; demás está decir y reconocer, que muchos seguidores de la doctrina generada por la Sala en estas sentencias, avalan este procedimiento.

Nota: El lector puede ver el tema de los Tribunales Constitucionales, en este mismo trabajo.

La doctrina y derecho constitucional alemán, en esta materia, introducen nuevos valores en su sistema político, tales como la verdad y la dignidad humana que se constituyen como guías de la acción del Estado; pero no solo como expresiones semánticas, sino que responden a una creciente y sólida cultura política de protección de las personas, mediante la garantía de los derechos fundamentales, de parte de Estado y con algunas pruebas a afrontar como es la deuda de Grecia con el gobierno alemán.

Peter Häberle, notable constitucionalista alemán hace un recuento de cómo la verdad, forma parte de las constituciones alemanas de los Länders y que la primera vez que se usa en un texto constitucional, es en el preámbulo de la constitución de los Estados Unidos. (Häberle, El Estado Constitucional y la verdad), cuando se inicia el culto a la verdad; "Debemos tener por evidentes las siguientes verdades…" y afirma que "El Estado Constitucional es la culminación del Estado de derecho", Vid: "Los valores que el mundo debe recuperar" Libro Cuarto, Título Segundo, Tomo II, de este trabajo.

Epílogo

El Nacimiento de la República

El Nacimiento de la república y su estructura orgánica actual, se han reunido en estos dos libros que consideramos es un valioso resumen. A manera de cierre, es necesario conectarlos con una nueva realidad, que iniciaremos su estudio en el próximo libro referido a la asignatura Constitucional y jurídica; ese será nuestro objetivo, por tanto prevalecerá y ocupará el espacio suficiente para abordar el Desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, a partir de los Acuerdos de Paz.

Llegar a este momento ha requerido hacer un poco de historia y reconstruir con objetividad las etapas cruciales de nuestra historia. Hemos procurado un análisis contextual y experiencial lo mas próximo a la "verdad". En términos de David Escobar Galindo es crear memoria histórica.

"En nuestro caso nacional, lo vivido históricamente nos ha deformado muchas cosas, y una de ellas es la memoria histórica. Dichas deformaciones derivan, en gran medida, de los traumatismos acumulados por la forma en que el poder se ha ejercido tradicionalmente entre nosotros. El poder rígido y excluyente de las décadas anteriores a los primeros síntomas del conflicto bélico generó una dura memoria de rechazo a todo lo establecido. El poder que en la preguerra se contaminó previsiblemente de subversión produjo una memoria duplicada en función de las fidelidades ideológicas activas. El poder enfrentado en la guerra dio pie a la memoria ríspidamente fragmentada entre victimarios y víctimas. Y ahora mismo, en este ya largo trayecto de posguerra, nos hemos vuelto cultores cada vez más desorientados de una memoria que no acaba de reconocerse a sí misma, porque carece de los indispensables asideros en la valoración desapasionada de lo real". (vid. Libro Primero, memoria histórica).

Entendido así nuestro proceso, llegamos a los Acuerdos de Paz, que se insertan en la historia como parte dinámica y controversial por los hechos que le precedieron, el tiempo de la suscripción, los efectos inmediatos y lo que tenemos después de sus casi veinticuatro años del compromiso formal; los retos que plantean por el hecho de que mucho de lo que los Acuerdos dijeron, no se ha cumplido y en algunos casos las situaciones que los Acuerdos abordaron, ahora son más graves, tales son los casos de

la inseguridad y la problemática socio económica, para mencionar solamente dos casos que se presentan como más evidentes; el lector podrá encontrar que en la relación hecha en esa materia, se hace este análisis:

I. Antecedentes

1. La guerra civil como resultado del descuido nacional al haberse formado dos sociedades en El Salvador, la sociedad opulenta y la sociedad marginal, producto de una estructura social excluyente, protegida, la primera, por unos factores reales de poder que le dieron el soporte orgánico, jurídico y militar para lograrlo; la segunda, con su sola fuerza de trabajo, bajo un esquema de protección formal, inclusive de conformación constitucional, pero sin los soportes materiales, jurídicos y de organización que le permitieran competir en esa contienda de grupos sociales. Una incipiente clase media tuvo presencia política con muchos logros, especialmente en los mejores momentos de la democracia Cristiana y otros sectores profesionales que dieron escasos aportes.

2.- La Guerra es un instrumento político, y sus patrocinadores y dirigentes también y estos decidieron no compartir alianzas con sectores no comunistas, o izquierdistas moderados, aunque progresistas, el radicalismo, infantilismo de izquierda, prefirió llevar adelante la lucha armada, en la que la sociedad civil nunca fue partícipe, aunque sí, las poblaciones urbanas y los residentes en caseríos, cantones y población rural, etc., que fue arrastrada a participar no como actores, sino como territorios y comunidades protectores de los que hacían la guerra; la mayoría de víctimas de la población no combatiente, murió bajo este esquema.

3.- Tal como se ha dicho en ese emparejamiento de fuerzas difícilmente habría un ganador neto, y Bernd Aronson, del gobierno Americano, dio el banderillazo de fin de la carrera: "Hay que detener la matanza en El Salvador"; ese es el punto clave, luego los distintos diálogos que llevaron a los Acuerdos.

II. Acuerdos

Se incluye la versión de tales instrumentos. Vid. Libro Primero; Título Segundo, Capítulo Tercero, págs. III y sigs.

III. Análisis actualizado de los Acuerdos esenciales, que se convirtieron en reformas constitucionales

En el capítulo cuarto del Libro Primero, el lector podrá compartir el análisis actualizado que se formula sobre los temas tratados en los Acuerdos y que motivaron reformas constitucionales, y que no ofrecen mayores logros y que al contrario presentan grandes fallas tales son: la inseguridad ciudadana, el tema socioeconómico, las debilidades del sistema electoral y la presencia de la sala de lo constitucional, que está

ejerciendo claro control que, para bien o para mal, modifica lo que la Constitución de 1983, ha regulado, tal es la partidocracia.

A partir de esos hechos es necesario iniciar el camino, apurando el paso, interpretando nuestra historia de lo que ha hecho la sociedad excluyente, la necesidad que tenemos de trascender las ideologías y equiparnos material, mental y espiritualmente para crear una atmósfera que nos haga viable un futuro como sociedad nueva.

La ciudadanía, en las diversas y sucesivas encuestas de opinión, es muy consistente en afirmar que el país va por el rumbo "incorrecto". Tal percepción debe ser considerada en serio por aquellos que están encargados de la conducción nacional, estén en el Gobierno o se hallen en la oposición o en el entorno partidario. El Diccionario de Uso del Español, de María Moliner, define la ruta como el "camino establecido o previsto para una expedición, viaje, etc." Y, en sentido más figurado: "Conducta que se sigue para llegar a cierto resultado" (Escobar Galindo). Al haber rumbo y al tener ruta viene la parte dinámica, que es el tránsito. Los tres elementos son, en verdad, un trío que debe regirse por el factor armonía. Si no es así, lo que ocurre es que no hay avance garantizado ni seguro. Transitar no es simplemente moverse hacia adelante, sino desplazarse con agenda, con programa y con metas. Estamos hablando, pues, de una plataforma integral e integrada. Y si esto vale para cualquier actividad humana, por sencilla y cotidiana que parezca, ya no se diga cuando se trata del quehacer colectivo, cuyo ejercicio demanda, por su propia naturaleza, articular elementos conscientes de muy distinta índole. Cualquier sociedad es un tránsito en común, y por ende sólo es verdaderamente identificable cuando su movimiento se rige, como decíamos, por el factor armonía.

En opinión de Escobar Galindo: "Los salvadoreños venimos siendo tozudamente reacios a incorporar la armonía a nuestro catálogo de procedimientos de vida. Eso ha hecho que no tengamos una dinámica coherente ni un desempeño previsible. El rumbo, la ruta y el tránsito tienen, en nuestro ambiente, características fantasmales. Y en esa forma no hay cómo darle seguimiento consistente al fenómeno nacional, que se vuelve entonces más y más enmarañado y aleatorio. La evidencia de ello se nos vuelve amenaza diaria, sin que se presenten hasta el momento indicios de que las cosas estén en vías de cambiar. Y esos son los cambios reales que se necesitan. ¿A quién le corresponde definir el rumbo, determinar la ruta y dirigir el tránsito?

"Lo primero que hay que decir es que dicha tarea no le corresponde a nadie en particular, independientemente del poder que se maneje y de la posición que se asuma. La misión, que es nacional por esencia, tienen que encararla todos los sectores de la nación, cada quien desde sus respectivas responsabilidades. Ha faltado eso, justamente: que los actores nacionales entiendan y acepten que la metodología de la funcionalidad nacional constituye trabajo compartido, sin ninguna posibilidad de cumplirse de otra manera. Ese tendría que ser el primer consenso por alcanzar. El país tiene que liberarse de los espejismos de la autosuficiencia política, que tanto siguen impresionando a casi todos aquellos que tienen incidencia directa y significativa en

el quehacer colectivo. Llevamos recorrido casi un cuarto de siglo de posguerra y aún no contamos con rumbo claro, ruta inequívoca y tránsito articulado. Los hechos muestran y demuestran que no podemos seguir así. Es hora de ponerse a laborar en un enfoque diferente de estas cuestiones que están en la base de nuestra viabilidad como ente con destino propio".

David Escobar Galindo. 22 de Agosto de 2015. *La Prensa Gráfica.*

De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho

Tomo II

Mario Antonio Solano Ramírez

Universidad Tecnológica de El Salvador

LIBRO Primero

Fundamentación Histórico-Constitucional.

Título Primero
Poder, Estado y Soberanía

Capítulo Primero
Nociones Generales

1. Noción de Poder

Todo cuanto se haga referencia al poder en la presente obra está direccionado al Estado como la máxima institución investida de poder. El Estado, es el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad que tiene soberanía interna y externa sobre un territorio determinado con esto nos acercamos al constitucionalista francés, Georges Bourdeau, para quien el Estado es el poder institucionalizado.

Max Weber, define el Estado moderno como una "asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio, la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas"; puede advertirse la semejanza que hay en los conceptos de ambos expositores. Por ello, se encuentran dentro del Estado instituciones tales como las fuerzas armadas, la administración pública, los tribunales y la policía; el Estado asume las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad y otras como las relaciones exteriores.[85]

85 Max Weber, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México D.F. Séptima reimpresión 1984, págs., 43 y sigs.

"Los órdenes estatuidos en una sociedad pueden nacer: a) por pacto libre; b) por otorgamiento, imposición y sometimiento. Un poder gubernamental puede pretender el poder legítimo para imponer órdenes nuevos. La "constitución" de un asociación consiste en la probabilidad efectiva de que se produzca el sometimiento al poder otorgante del gobierno, las ordenaciones abarcan a los miembros de la asociación y a los que no lo son; por "constitución" debe entenderse lo que ha escrito Lasalle, es decir "constitución real y constitución formal"[86]; No se refiere al concepto de constitución técnico jurídico." En cuanto al poder lo define desde la cosmovisión pragmática conductista de la escuela norteamericana como: "La capacidad de modificar conductas o gobernar el comportamiento de otros"; es, en este caso, la "dominación" como forma especial de poder, como posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena y, en tal sentido, se puede manifestar de diversos modos; la concepción que se aborda en este trabajo se encuentra vinculado con el poder que nace del derecho de un sujeto frente a otro.[87]

Thomas Hobbes, al referirse a que todos los hombres son iguales en cuanto al poder que tienen, para hacerse daño aunque individualmente puedan parecer diferentes; el, aparente débil, por concretas maquinaciones puede matar "a otro aparentemente más fuerte"; incluye las fuerzas espirituales, porque la prudencia, hace a los hombres con poderes iguales y esto los lleva a la igualdad en cuanto a la esperanza de alcanzar sus fines, que a su vez, los lleva a la desconfianza, al temor y a la autodestrucción: apareciendo tres causas fundamentales de la discordia: la competencia, la desconfianza y la gloria; en tales circunstancias, el estado de la naturaleza, hace que los hombres permanezcan en una lucha permanente, "la guerra de todos contra todos."

Lo anterior se reafirma con la sentencia de Plauto: "El hombre es el lobo del hombre" esta situación incierta de miedo permanente esta necesidad de sobrevivir, hace que los hombres acuerden entregar el poder o poderes individuales a una Asamblea o bien a otra persona: "le transfiero mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que todos hagamos lo mismo, o sea, la transferencia de vuestros derechos y lo autorices a que realice todos los actos que sean necesarios para el mando y para el gobierno: esto es lo que se llama Estado, en latín, civitas."[88]

Las visiones aparentemente distintas se orientan a establecer un orden, un monopolio de violencia legítima, una institucionalidad que organiza ese orden, una acción estatal que crea o modifica conductas y aparece, además, la idea de un contrato que suscriben los hombres a efecto de que el poder que poseen no sea destructivo, sino que, mediante la transferencia de los derechos individuales se construya un ente que los represente a todos.

---

86 Ferdinando Lasalle. Qué es una Constitución-

87 Weber. Obra citada

88 -Hobbes, Thomas, Leviatán, (materia, poder y forma de una República, Eclesiástica y Civil), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1940, págs. 100 105 y sigs.

2. Noción de Estado

El hombre es capaz de desarrollar una infinitud de conductas, lo cual entraña el problema de controlarlas. Este hecho hace necesario el control social de la generación y desarrollo de estas conductas para mantener el orden social. Una entidad que legítimamente puede ejercer el poder sobre los individuos y las organizaciones incluyendo las acciones de fuerza, es el Estado.

La sola aceptación de la necesidad de la organización social, supone la necesidad de un orden social y este a su vez, implica subordinados y superiores, lo cual incide en el problema de la distribución del poder (el orden social en sus relaciones sociales, en sus instituciones y en sus estructuras, está cruzado y permeado por el poder)."2.-

Conceptos de Estado

En teoría del Estado es posible encontrar al menos tres posiciones desde las cuales se aborda el concepto de Estado:

2.1. Sociológico Político

2.1. Sociológico Político que tipifica al Estado en cuanto forma de sociedad por su carácter empírico.

Max Weber define al Estado por el monopolio del poder al que deben sumarse los otros aspectos que lo tipifican históricamente. El Estado es un "orden jurídico administrativo al cual se orienta el obrar realizado en función del grupo por el cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comunidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado." Tres elementos se desprenden del concepto de Weber:

La existencia de un poder monopolizado territorialmente que se ejerce sobre un grupo social, la existencia de un orden jurídico administrativo organizado como sistema que descansa en ciertas normas fundamentales, y la existencia de un cuerpo administrativo, una burocracia consagrada al cumplimiento del orden jurídico administrativo.ç

Herman Heller define al Estado como "una estructura de dominio duraderamente renovada a través de un obrar común actualizado representativamente, que ordena en última instancia los actos sociales dentro de un determinado territorio." El Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y decisión, está por encima de todas Las demás unidades de poder que, existen en su territorio, o por el hecho que los órganos estatales capacitados pueden reclamar con éxito normal la aplicación a ellos exclusivamente reservada del poder físico coactivo, y también porque están en condiciones de ejecutar sus decisiones, llegando el caso, frente a quienes se opongan a ellos por medio de todo el poder físico coactivo de la organización estatal.

Heller define al Estado como la conexión de los quehaceres sociales. El poder del Estado es la unidad de acción organizada en el interior y el exterior. "La soberanía

es el poder de ordenación territorial exclusiva y suprema. El Estado es la organización política soberana de dominación territorial. Es la conexión de los poderes sociales del Estado como una construcción propia de las monarquías absolutas (ver monarquía absoluta) del siglo xv, de la Edad Moderna."

Max Weber. El Estado es la organización política soberana de dominación territorial, la dominación institucional, en tal sentido, "No hay Estado en la Edad Antigua", señala Heller.[89] Asimismo, como evolución del concepto se ha desarrollado el Estado de "Derecho" como unidad de dominación independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial."

En el Gobierno salvadoreño el poder está organizado. Se divide en tres órganos, cada uno con funciones de suma importancia, y son LOS TRES ORGANOS DEL ESTADO y otras funciones más sutiles pero inherentes, pertenecientes del Estado como la emisión de moneda propia, puede advertirse según Heller, cuando en determinadas condiciones aparece la idea de Estado de derecho, la ciencia tiene que proclamar que el poder del Estado es más, o menos que la suma de las actividades individuales correspondientes, pero en todo caso, que se trata de algo distinto.

Todas estas unidades comprenden sólo determinados grupos dentro de la organización estatal, pero nunca a todos los que la engendran. La acción objetiva del poder del Estado no puede ser atribuida ni a los súbditos exclusivamente ni a un gobernante, aunque sea el dictador más absoluto. Su nacimiento y permanencia, siempre se deberá a la cooperación de ambos. El gobernante tiene poder en el Estado pero nunca posee el poder del Estado.

Es preciso entender el pensamiento de este autor, en el sentido de que el poder estatal ni cuenta ni contará con identificaciones absolutas de los distintos centros de poder; en tiempo de elecciones la política salvadoreña aún presenta dos bloques hegemónicos que se niegan entre sí, la gobernabilidad del estado y que responden a una cultura autoritaria, que tal como lo ha expresado Lasalle, en su concepto de constitución real que está conformada por los distintos factores reales de poder que constituyen la parte material de dominación y que difícilmente cederán posiciones para expresarse en una constitución formal.

Llegar al estado concebido como "unidad de dominación independiente en lo exterior e interior que actúa de modo continuo con medios de poder propios y claramente delimitado en lo personal y territorial", según la definición de Herman Heller; o la clásica de Max Weber, como "una unidad de carácter institucional que en el interior de un territorio monopoliza para sí el uso legal de la fuerza, es un ideal todavía escasamente alcanzado en la región." Tener la capacidad de monopolizar la recaudación fiscal y desarrollar la competencia suficiente para imponerla, es otro de

89 Teoría del Estado,-inconclusa- (ed. y pról. de Gerhart Niemeyer; trad. Luis Tobio), Fondo de Cultura Económica, México1955 -; págs. 304 y 305

los rasgos claves de un estado, de un estado que, también un desarrollo económico y social que permita practicarlo y llegar a todo el territorio. Este es un factor, también en construcción.

"La soberanía se mide en relación con otras entidades, para determinar en qué medida se construyen relaciones de interdependencia con el entorno regional y global en el que convive la entidad política que llamó Estado. La capacidad de externalizar su poder, es decir, obtener el reconocimiento de otros Estados."[90]

El comentario destaca la necesidad de entender que el Estado debe organizarse sobre ideas diferentes a las tenidas como válidas hasta antes de los Acuerdos de Paz y que sólo de modo tangencial se han tocado después, y en algunos casos, con agravamientos intolerables como sucedió en la reprivatización de la banca, la venta de los activos nacionales, la apropiación ilícita o criminal de los bienes del Estado para usos personales, el deterioro de los bienes nacionales como el subsuelo (energía térmica, agua, minería, entre otras). Lo anterior señala que el tránsito post Acuerdos, aún es lento y su aceleración insuficiente; además, con la ejecución de pobres estrategias de desarrollo y crecimiento, y sin valores y principios definidos, el comentario de Rial reitera que los conceptos de Heller y Weber aún no son aplicables en El Salvador, para construir una realidad diferente como el Estado Social y Democrático de Derecho, (que en adelante puede abreviarse: ESDD). Esta situación se presenta debido a que el poder, la independencia externa e interna, junto con la continuidad en los procesos, los medios o instrumentos para hacerse obedecer y los impactos necesarios en lo personal y en lo territorial, según Heller, el Estado actúa como institución que dentro de un territorio monopoliza para sí el uso de la fuerza, es decir, el monopolio legítimo de mandar en el marco y límites establecidos por el derecho estas son exactamente las condiciones que El Salvador no tiene, careciendo además de las iniciativas o estrategias para redireccionar el proceso de desarrollo nacional; si no percibimos esta realidad, las elecciones y su entorno en los campos económico, político y social, es simplemente un carnaval de pasiones que no nos llevan a ninguna parte.

El liberalismo aboga por la reducción del papel del Estado al mínimo necesario (Estado mínimo), desde un sentido civil para el respeto de las libertades básicas, es decir, el Estado debe encargarse de la seguridad (ejército y policía para garantizar las libertades ciudadanas) y de la justicia (órgano judicial independiente del poder político). En ningún caso el Estado debe servir para ejercer la coacción de quitar a unos individuos para dar a otros, y deben ser los agentes privados los que regulen el mercado a través del sistema de precios, que asigna a cada cosa el valor que realmente tiene, es lo que se conoce como aggiornamiento de Estado.

---

90 Juan Rial es Consultor independiente de organismos internacionales. Antiguo Profesor titular de Ciencia Política de la Universidad de la República de Uruguay (UDELAR) / rial43@yahoo.com

2.2 Concepción marxista del Estado

La interpretación del Poder y del Estado en la perspectiva de la filosofía y política materialista, Teoría Socialista, tiene su enfoque particular que define el Poder Político como la capacidad de ejercer influencia determinante en todos los miembros de la sociedad. Se practica con la ayuda del prestigio de los organismos estatales, y la voluntad de los estadistas con el convencimiento y la coerción. El principal instrumento del poder político es el Estado.[91]

Marx y Engels definen al Estado como una fuerza, poder o violencia organizada al servicio del interés de una clase social, que impone a través del derecho y la coerción un ordenamiento de las actividades humanas al servicio de dichos intereses. El Estado dentro de esta concepción, nació como producto de la división de la sociedad en clases y constituye un fenómeno transitorio que deberá desaparecer una vez que sea superado el conflicto de clases y sean reemplazadas las relaciones de producción capitalistas por las relaciones de producción socialistas, que harán desaparecer el conflicto de clases y la existencia de éstas.

Karl Marx, dice: "El Estado no es el reino de la razón, sino de la fuerza; no es el reino del bien común, sino del interés parcial; no tiene como fin el bienestar de todos, sino de los que detentan el poder; no es la salida del estado de naturaleza, sino su continuación bajo otra forma. La salida del estado de naturaleza coincidirá con el fin del Estado. De aquí surge la tendencia a considerar todo Estado una dictadura y a calificar como relevante sólo el problema de quién gobierna (burguesía o proletariado) y no se analiza el cómo. El marxismo-leninismo enseña a poner de relieve la esencia del Estado, no por sus caracteres externos, ni por la enumeración formal de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino por el régimen económico de la sociedad dividida en clases."

Según Engels, "el Estado no es en modo alguno un Poder impuesto desde afuera a la sociedad; no es tampoco 'la realidad de la moral', 'la imagen y la realidad de la razón', como afirma Hegel. El Estado es un producto de la sociedad al llegar a una determinada fase de desarrollo, es la confesión de que esta sociedad se ha enredado consigo misma en una contradicción insoluble, se ha dividido en antagonismos irreconciliables. Para que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna, no se devoren a sí mismas y a la sociedad en una lucha estéril, se hizo necesario un Poder situado, por encima de la sociedad y llamado para amortiguar el conflicto, y para mantenerlo dentro de los límites del "Orden." Este Poder que brotó de la sociedad, se elevó por encima de ella, y se fue divorciando cada vez más de ella, es el Estado."[92]

Así se expresa la idea fundamental del marxismo, en cuanto a que el Estado es el producto y la manifestación del carácter irreconciliable de las contradicciones de

91 G.Belov, ¿Qué es el Estado? Editorial Progreso, Moscú 1987,

92 Teoría del estado y del derecho, ciencias económicas y sociales N. G. Alexandrov y otros, Editorial Grijalbo. S.A. México, D, F., 1996.

clase. El Estado surge en el momento en que las contradicciones de clase no pueden, objetivamente, conciliarse. En consecuencia, para la doctrina marxista, la existencia del Estado se halla vinculada a las clases. En las fases primeras del desarrollo de la humanidad bajo el régimen de la comunidad primitiva, no había clases y tampoco se conocía el Estado. La dirección de los asuntos públicos corría a cargo de la sociedad. Luego aparece la propiedad privada y con ella la desigualdad económica: la sociedad se escinde en clases antagónicas y la dirección de los asuntos públicos experimenta un cambio radical. Era ya imposible decidir esos asuntos por el acuerdo unánime de toda la sociedad o de su mayoría. Las clases explotadoras se apoderaron de los puestos de mando. Pero como eran una reducida minoría, estas clases sólo podían mantener el sistema que les favorecía mediante a la coerción directa, a la fuerza que venía en ayuda de su poderío económico. Para esto hacía falta un aparato especial: grupos armados (ejército, policía), tribunales, cárceles, entre otros.

El Estado para la doctrina marxista no ha existido siempre. Ha habido sociedades que se las arreglaron sin él, no tuvieron la menor noción del Estado ni del Poder estatal. Al llegar a una determinada fase del desarrollo económico que estaba ligada necesariamente a la división de la sociedad en clases, esta hizo que el Estado se convirtiese en una necesidad. Ahora nos acercamos a paso veloz a una fase de desarrollo de la producción en la que la existencia de estas clases que se convierte en un obstáculo directo para la producción. Las clases desaparecerán tal como surgieron en un día. Con ellas desaparecerá inevitablemente el Estado. Como afirma Engels: "la sociedad,al reorganizar de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre e igual de productores, enviará toda la máquina del Estado al lugar que le corresponde: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce."[93]

De la noción del Poder en términos generales, que consiste en la dominación que una persona ejerce sobre otras u otra, y conforma al plan y fin de la investigación, pasaremos al análisis del poder que funciona en y con el Estado. (Vid. Supra) Max Weber, define el Estado moderno como una "asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado con éxito de monopolizar dentro de un territorio, la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigentes y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas."[94]

2.3 Constitucionalismo occidental

Jorge Jellineck define al Estado como "una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio",

93 Teoría Marxista del Estado y del Derecho. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Vol. 10. No.10. 1970.

94 weber. Obra citada

la expresión "corporación" es la síntesis jurídica que expresa las relaciones jurídicas de la unidad de asociación y considera la corporación como sujeto de derecho. Ha consagrado su particular tesis sobre el concepto del Estado, en el sentido que éste debe ser analizado en una doble dimensión: social y jurídico. Se le conoce como teoría de la doble faceta. En la primera, se considera al Estado en la unidad de su naturaleza como construcción social; en la segunda lo considera como sujeto de derecho, y como tal, es una corporación.[95]

En el sentido sociológico, el Estado consiste en relaciones de voluntad de una variedad de personas que mandan y obedecen es un acto natural del hombre. Las diversas relaciones que se producen entre los hombres deben pretender ordenar ser unificadas, la variedad de fenómenos, entre ellas los formales, institucionales y teleológicos. De ese modo, Jillineck propone como definición: "El Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder, de dominación y formada por hombres asentados en un territorio."

Deificación del Estado. Guillermo Federico Hegel

Define el Estado como "la actuación de la idea ética" o "la sustancia ética consciente de sí misma."[96]

El Estado es la realidad suprema, perfecta e histórica, es la encarnación del espíritu del mundo. Hegel, como los marxistas, se opone a la Teoría Contractualista del Derecho Natural, contrato que produce al Estado y el que se sustenta formalmente en una moral subjetiva, como el imperativo categórico Kantiano, el cual según Hegel es un error. La sustancia ética no puede existir en una simple ley moral. El Estado es el mismo espíritu absoluto y verdadero que no reconoce ninguna regla abstracta de lo bueno y lo malo, de la astucia y del engaño. "El Estado es el espíritu que habita en el mundo y se realiza así mismo en el mundo mediante la conciencia… La marcha de Dios por el mundo es lo que constituye el Estado. Estos conceptos llevaron al reduccionismo fascista en este siglo, por el cual el Estado, la raza o la clase eran la esencia del estado y del poder."

La libertad da sus inicios con la propiedad, la ley defiende este derecho de propiedad, y el Estado limita los posibles antagonismos.

De acuerdo a la concepción de Hegel solo la naturaleza repite sus ciclos, mientras que la historia genera cambios.

---

95 weber. Vid supra 1-2-3-4.

96 Guillermo Federico Hegel, Filosofía del Derecho. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937.

Identidad entre Estado y Derecho

Hans Kelsen (1881-1973), sostiene que el Estado puede definirse como un orden social, ser un conjunto de normas que regulan la conducta mutua de los individuos, se caracteriza por ser coercitivo, relativamente centralizado, y por instituir órganos especiales para la creación y aplicación de sus normas.

El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional) es la personificación de dicha comunidad, el orden jurídico nacional que la constituye. Desde un punto de vista jurídico, el problema del estado es un problema de orden jurídico nacional. El Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es Estado; lo es sólo en caso de que el orden jurídico constituya, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionen según el principio de la división del trabajo. Para Kelsen, Estado es: "el orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización."[97]

Definido el Estado como un orden jurídico, todos los problemas que preocupan al Derecho Político se replantean como aspectos de la vigencia y creación de un orden jurídico. Los elementos del Estado son: el pueblo y el territorio respectivamente los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico y el poder, la validez misma. No debe establecerse una identidad entre Estado y Derecho, en tanto aquél es un orden coactivo y éste un orden normativo, es una contradicción que no admite identidad; la identidad está en cuanto a que la norma creada por el estado es aceptada por el individuo sin necesidad de coacción.

Si revisamos las definiciones o conceptos que sobre el Estado han formulado los tratadistas, observaremos que hay elementos comunes propios de esta institución, ya sea en la sociedad moderna o en la sociedad contemporánea; con efecto en el Estado nacional que según, Heller, es cuando verdaderamente se habla o se entiende la figura del Estado. Enfatizamos que están presentes los elementos poder y soberanía que unidos constituyen el poder soberano; además, es importante reconocer que el término soberanía ha tenido una cantidad de interpretaciones y definiciones, pero quizá la más contundente de todas es la negación quien en su momento hizo Duguit, que la calificó como un dogma de la metafísica revolucionaria.

Una de las criticas más importantes formuladas a Kelsen es la de Herman Heller, quien dice que estaríamos frente a una teoría del Estado sin Estado, es decir, ante una Teoría del Estado sin contenido; prescindiendo de toda parte dinámica cambiante y sorpresiva del Estado, estaríamos frente a una teoría del Estado sin sustancia política, sin ninguna sustancia vital ya que quienes cultivan la ciencia política, la sociología, la psicología social y la antropología, consideran que lo jurídico se presenta, mas no es el único.

André Hauriou define al Estado como "una agrupación humana fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico, orientado

97 Hans Kelsen. Teoría del Estado.

hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción", sólo existe Estado cuando se reúnen cuatro elementos; una agrupación humana, un territorio sobre el que está fijo el grupo; un poder que dirige al grupo y, un orden económico, social, político y jurídico orientado hacia el bien común.

Georges Burdeau: El poder institucionalizado

El profesor francés Georges Burdeau, dijo: El poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden; el poder es el fenómeno social por estar dentro de la sociedad como por su carácter de necesario en ésta, de tal manera que de no estarlo la sociedad estaría condenada a la decadencia.[98]

El poder ha estado presente en todas las formas sociales, pero, la racionalización de éste en una entidad abstracta con el carácter de soberanía (seguridad e independencia), es producto de la época moderna cuando la nación llega a constituir la base social del estado y en consecuencia se configura el estado nacional. Una entidad distinta de las personas físicas detentadoras del poder, desempeña una doble función: instrumento y continuidad del poder, o en los términos en que Burdeau lo expresa: "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.

"Sólo cuando la comunidad nacional es suficientemente sólida el poder puede separarse del jefe en el que hasta entonces se concentraban todas sus energías: el Estado reemplaza al poder individualizado."

3. Noción de poder soberano

3.1 Jean Bodino (1530 - 1596)

El Poder soberano es el más fuerte dentro de la sociedad política como base esencial para interpretar correctamente la naturaleza del Estado. Las relaciones con los ciudadanos y el manejo de las instituciones en su evolución histórica. Esta noción de soberanía es clave para entender al Estado. Siendo así el Estado debe conservar su unidad y crear condiciones de seguridad.; el Estado social y democrático de derecho, agregará el orden valorativo y la dignidad, la libertad, la igualdad y, en general, los derechos humanos universales para consolidar y orientar los fines del Estado. Jean Bodino nos ha enseñado que: - en todas las cosas es necesario buscar el fin principal y después los medios para alcanzarlo; con esta idea entramos a uno de los temas de la ciencia política y del derecho la noción de soberanía.

Se trata de lo siguiente: los poderes propios de la sociedad feudal van perdiendo influencia ante las nuevas ideas y la necesidad de pasar de una economía que descansa en la propiedad estamental entonces se inicia una nueva forma de producción, la

98 Georges Burdeau, Derecho constitucional e Instituciones Políticas, Editora Nacional, Madrid.

era industrial, que requiere la unificación de los feudos y la centralización del poder, dando lugar a una nueva forma de Estado: El Estado Nacional, fenómeno político conocido en las teorías políticas de los siglos XVI y XVII, que trae una nueva concepción del poder: la soberanía. Una de las concepciones de esta, más célebre dentro de la historia de la filosofía política, es la formulada por Jean Bodino (1530 - 1596). En su obra "Los Seis Libros de la República" comienza con esta definición: "Republique est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine, Toute la pensée politique de l'Europe moderne, du XVI au XX siécle, a été dominée para cette notion de souveraineté politique" - "República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano." Colocamos esta definición en primer lugar - dice Bodino - porque en todas las cosas es necesario buscar el fin principal y sólo después los medios de alcanzarlo. En función de los razonamientos y propósitos que, Bodino nos descubría en el Prefacio, habremos de considerar, como hipótesis de partida que, la soberanía es el elemento por medio del cual se habrá de conseguir el "recto gobierno de varias familias y de lo que les es común", en coherencia argumental, que caracteriza y define a la República."[99]

Bodino define la soberanía, como una fuerza de unificación y afirmación del Estado "merced a cuya posesión se asegura la unidad del Estado y se mantiene su existencia como un cuerpo político independiente." Se trata de un poder no sólo supremo, sino perpetuo, sin límite en la intensidad ni en el tiempo. La noción del poder soberano que se configura al evolucionar el estado nacional (estado moderno), es de carácter absolutista, al afirmarse el poder de las leyes que controlan un territorio, un ejército, un sistema tributario, una burocracia, entre otros, con el estado contemporáneo, pierde cada vez más esa connotación, debido a que su carácter constitucional permite y exige controles.

Bodino establece un límite a la condición de la perpetuidad del poder. Una interpretación podría ser: "el poder perpetuo como aquel que nunca tendrá fin, la soberanía no existirá sino, en el Estado popular y en el aristocrático que no mueren." La posesión vitalicia de poder supremo puede constituir soberanía en un individuo. La soberanía, en este sentido, puede ser conferida por un pueblo a un individuo, o transmitida de un individuo a otro, y en ambos casos que la recibe es verdaderamente soberano, siempre que la transmisión se haya hecho sin condición."[100] "La soberanía, es indivisible, imprescriptible e inalienable. No puede haber dos poderes supremos. Los que no parecen tan claro es el concepto de la inalienabilidad, porque no resulta tampoco enteramente definido el agente o poseedor inmediato de la soberanía. Lo esencial en la doctrina de Bodino, parece ser la concepción del poder soberano como una fuerza unificada de imposición, reguladora y dominadora, que entraña un desdoblamiento, una separación entre el que manda -soberano- y los que obedecen -súbditos- produciéndose así la gran antinomia del derecho político. No es el soberano,

99 Los Seis Libros de la República... Edición de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966; Eduardo Rozo Acuña, ediciones rosaristas: Universidad Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

100 Ibíd

el Estado, la Comunidad-República, sino el elemento que sea el poseedor del poder supremo. En esta relación, la concepción de la soberanía de Bodino se halla influida por un prejuicio monárquico que impide ver el poder supremo sin la personificación concreta del príncipe - que se estima el soberano- y en general de los gobernantes."[101]

En la misma etimología de la palabra "soberanía", se han producido opiniones discrepantes. Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, la palabra "soberanía" es un sustantivo femenino que deriva del vocablo "soberano", y que en una de sus acepciones significa "la autoridad suprema del poder público" y en acepción diversa se refiere a la calidad de soberano; la palabra "soberano" deriva del latín "superanus" y se refiere a quien ejerce o posee la autoridad suprema e independiente. En la misma obra se hace alusión a la frase "soberanía nacional" y con claridad establece que, según algunas teorías del Derecho político, corresponde al pueblo, del que se supone emanan todos los poderes del Estado aunque se ejerzan por representación.

Burgoa Orihuela consideraba que el vocablo "soberanía" estaba íntimamente vinculado a las expresiones latinas: "súper" y "omnia", que significan: "estar sobre todos." Una tendencia más hacia el estudio etimológico de este término, surgió en algunos que consideraban que la palabra soberanía tenía origen francés, de la palabra "suzerain", que significa: señor feudal y que data de la época histórica en la que el señor feudal detentaba la autoridad suprema dentro de la circunscripción geográfica de su feudo.

Hubo una evolución histórica de la soberanía. En la Edad Media, dentro del ámbito geográfico del feudo, la soberanía la detentaba el señor feudal con facultades de mando sobre las personas en el marco de su territorio. Enfrente de cada señor feudal había otros con categoría similar que ejercían su respectiva soberanía interna. Hubo luchas ente feudos, los vencedores se fortalecieron y llegaron a constituir el gran feudo que fue el Estado moderno, los Estados modernos poseían un poderoso gobernante en calidad de monarca, y a quien se estimaba soberano con potestad absoluta sobre los seres humanos que integraban su población.

En la Edad Media, frente a las autoridades monárquicas de los reyes existentes, se produjo el fenómeno de dos mandos mayores: las del emperador, y las del Papa. Recordemos que el papa Alejandro VI en la "Bula Intercoetera", dividió las tierras y aguas marinas descubiertas y por descubrir entre los reyes de Castilla y Aragón por una parte, y el rey de Portugal, por otra parte. Es decir, el Papa actuó con un poder superior a los monarcas. La superior autoridad del Papa sucumbió cuando los monarcas español y portugués dejaron de lado la "Bula Intercoetera" y celebraron el Tratado de Tordesillas, dicha acción hizo variar la distribución de la soberanía que constituye un elemento de esencia de un Estado que se estime bien integrado. Sin embargo, es preciso determinar en qué consiste la soberanía. Durante la Revolución Francesa se combatió el absolutismo del monarca y se estableció que la soberanía corresponde al pueblo y los gobernantes sólo representan al pueblo.[102]

---

101 Ibíd

102 Carlos Arellano García Significado y evolución de la soberanía, El Sol de México28 de julio de 2009.

3.2 John Locke (1632 - 1704)

Considerado el padre del individualismo liberal, condensó lo esencial de su pensamiento político, en el Tratado sobre el Gobierno Civil. Así como Hobbes escribiera el Leviathan para defender el derecho de Carlos II a la corona, Locke se preocupa de probar la legitimidad de la Revolución de 1688. "Espero - dice en el prefacio- que este Tratado bastará para establecer el trono de nuestro ilustre salvador, nuestro presente rey Guillermo, para justificar su título por el consentimiento del pueblo, fuente única del gobierno legítimo, que posee de una manera más clara y más completa que príncipe alguno de la cristiandad, y para justificar ante el mundo al pueblo de Inglaterra, cuyo amor por sus derechos naturales, junto con su resolución de conservarlos, ha salvado la nación cuando estaba próxima a la esclavitud y a la rutina."[103] Vid, Cap. II. Del Estado Nacional.

3.3 Rousseau (1712 - 1778)

"La voluntad general lo es en dos aspectos. Subjetivamente es voluntad de todos los individuos asociados (origen) a la mayoría, y objetivamente es voluntad que tiene por finalidad el bien de todos, o bien público dirigiéndose, pues, a todos por igual." De ahí la distinción rusoniana entre la voluntad general y la voluntad de todos. La idea o hipótesis del estado de naturaleza anterior a la sociedad civil; la del contrato social y la de la soberanía del cuerpo político, alcanzan, de acuerdo con Rousseau, una expresión atractiva y sugestiva, que formaron encadenamiento lógico, una doctrina de virtud inspiradora y que, todavía actúa en la historia y en la vida al modo de un elemento renovador e impulsivo. Hay, en la obra del gran escritor, una nota personal, profunda, humana, valiente, que da a sus ideas fecundidad prolífica; verdad es que nadie como él llegó a su hora; en el momento preciso para suscitar al máximum la reacción colectiva y ejercer un influjo capital.

Es una distinción esencialmente cualitativa: lo que constituye la voluntad general es menos el número de votos (únicamente el contrato social requiere la unani-midad) que el interés común que los une. Y por ello rechaza Rousseau la existencia de "sociedades parciales" (como por ejemplo, en la actualidad los partidos políticos) en el Estado, en contraste con la defensa que hiciera Mostesquieu de los "cuerpos intermedios." La voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública, sin que de ello se siga que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud.[104]

103 Ibíd.

104 Truyol y Serra. Obra citada.

Capítulo Segundo
El Estado Nacional

1. Concepto y Evolución

Las grandes Monarquías que habían conseguido la unidad nacional, Francia, Inglaterra, España, capaces de organizar una burocracia, una ordenación jurídica, amén de sólidas bases financieras y ejércitos potentes, constituirán poderosos Estados. Una vez establecido el Estado nacional, faltaba el nombre adecuado, la expresión que no se limitase a indicar la tierra, o el pueblo o el soberano, elevándose a una abstracción perfecta conforme a las varias fases del desarrollo institucional.

Nicolás Maquiavelo, en su obra "El Príncipe", le dio el nombre de Estado, "lo Stato", a la organización así creada y tiene un alcance técnico preciso, es un término neutro anterior a su calificación monárquica o republicana. Revela una organización jurídica, una estabilidad y exigencia de continuidad basada en el ejercicio del poder; en resumen, se apoya en las leyes en las armas propias, como quería Maquiavelo para Florencia e incluso para Italia. No obstante, resulta paradójico que Italia, aunque contó con numerosos anticipos de Estados y con el genio de Maquiavelo, no logró consolidar de modo permanente y unitario, el modelo estatal hasta finales del siglo XIX.

"Si de una parte el establecimiento del Estado se debe en gran medida al proceso de secularización y, sobre todo, al resultado de la lucha victoriosa contra el Imperio y el Papado, no debe desdeñarse el influjo que el Derecho canónico ha ejercido en la configuración burocrática del Estado."[105]

Establecida la unidad del Estado, se realiza la reunificación de territorios, la permanencia de los ejércitos, la burocracia y la configuración de la justicia en todo el reino las acciones anteriores contribuyen al derrumbamiento de los poderes feudales. Las doctrinas de Maquiavelo, Hobbes y Bodino constituyen la base jurídica e ideológica del absolutismo, de la razón de Estado superior a cualquier otra instancia individual, doméstica o moral que contradigan la suprema voluntad estatal, tanto dentro del Estado como fuera de el. Las vicisitudes que arrastra el Estado para consolidarse como instancia política única y suprema son sumamente interesantes, por varias razones, a saber:[106]

"Demuestran las enormes posibilidades de la nueva estructura política, capaz de dominación en virtud de su potencia económica, administrativa y militar dentro y fuera de su territorio.

---

105 Lucas Verdú, Paúl; Catedrático de Derecho Político, de la Universidad Complutense de Madrid; Doctor por la Universidad de Bolonia; Curso de Derecho Político, Vol. II, tercera edición revisada; Editorial Tecnos Madrid, 1981.

106 Ibíd

En este sentido, la nueva estructura política, ya Estado moderno absolutista, tiende a monopolizar el derecho, las formas de cultura, las manifestaciones económicas y el sistema de vida dentro de sus confines y en el tráfico internacional."

Dada la importancia de este hecho que llega desarrollado y perfeccionado al siglo XIX, no es extraño que los hombres de Estado, los filósofos, propendan a exaltar al Estado como forma de vida, y se llegue con Hegel a considerarle como encarnación del espíritu objetivo, y en nuestro siglo, a su deificación en los movimientos totalitarios de derecha (fascismo y nacionalsocialismo); pero antes de llegar a estas últimas consecuencias es menester analizar, sucintamente, las manifestaciones concretas del Estado, como Estado absolutista monárquico, en su variante del despotismo ilustrado en el siglo XVIII; como Estado constitucional limitado, en el XIX, en cuanto estado demoliberal.[107]

2. Estado Absolutista Monárquico

Radbruch (Gustavo), filósofo del derecho, ha afirmado que una vez reconocido en el príncipe el carácter de órgano, la teoría política individualista tuvo que preguntarse inmediatamente por qué razón aquel había de conocer y gestionar los intereses individuales a cuyo servicio estaba, mejor que los sujetos mismos de estos intereses, y por qué aquello debía hacerse para el pueblo. De esta manera se comenzó a reclamar la participación de la representación popular en la formación de la voluntad del Estado.

El absolutismo es una expresión política monárquica caracterizada por el poder completo del rey. Este poder es distinto de la tiranía clásica y posterior del poder personal y de las formas totalitarias contemporáneas, en la medida que estas últimas son manifestaciones post democráticas nacidas en el período de entreguerras. Como sostiene Emile Lousse, el absolutismo es una forma de monarquía estamental en la cual las diferencias sociales no se han derogado y tampoco se consulta a sus representados. Trátase de la monarquía estamental, Monarchie des états, die ständische Monarchie, la monarquía de los brazos del reino.[108]

El Estado Absoluto, teorizado por Hobbes y Bodino, descansaba en la omnipotencia del soberano real sin frenos y jurídicos relevantes, puesto que las limitaciones del derecho divino y natural y aun de las leyes fundamentales del reino, que el rey era feliz por mantener, fueron simbólicas. Sólo las grandes distancias, las malas comunicaciones, la estructura social estamental y las bases económicas no desarrolladas, constituyeron obstáculos técnicos que mitigaron el despotismo. Las teorías del derecho natural individualista (contrato social, sin embargo, instrumentalizado por Hobbes para fundamentar el absolutismo), los derechos del hombre y la tesis de la separación de poderes tendría que esperar para su aplicación en Europa continental a 1789.[109]

---

107 Ibíd.

108 Ibíd.

109 Ibíd.

3. Crisis Del Estado Monárquico - Absolutista

El Estado Liberal surgió como resultado de la crisis del Estado Monárquico Absolutista de los siglos XVII y XVIII., en otras palabras, la forma de Estado existente hasta antes de la Revolución Francesa de 1789, el Estado Monárquico - Absolutista, caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano, el origen de su poder era derecho divino, el rey hacía, interpretaba y aplicaba la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo "derecho" sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica.

El mercantilismo como teoría económica del Estado Absolutista afirmaba que la riqueza de las naciones se asentaba en el poder estatal, y por tanto se configuró un sistema económico predominantemente estatista.

Esta representación de Estado tuvo su forma más perfecta en la famosa frase de Luis XIV: "El Estado soy yo"; según algunos comentaristas, la frase sería de Hobbes. Frente a esa situación surgen las nuevas ideas de la ilustración que culmina con la revolución francesa y, al mismo tiempo coincidió con un fenómeno de carácter científico - tecnológico: la Revolución Industrial, que en un proceso simultáneo y convergente dieron origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista y el Estado Liberal Burgués. (Carl Schmitt)

"Esta convergencia también dio origen a un nuevo tipo de trabajador: el obrero industrial (el proletariado así denominado por Marx), y a una súper explotación de ese mismo proletariado naciente. Ricardo Conbellas, en su libro "Estado de Derecho, Crisis y Renovación", afirma que "El Estado Liberal surgió como un concepto de lucha. Un arma política de la burguesía con el objeto político de imponer un Nuevo orden político frente al viejo orden del Absolutismo (monárquico)."[110]

4. El Absolutismo como sistema

El absolutismo como característica del Estado y como forma de gobierno es un sistema autocrático, en el que el detentador supremo es una sola persona o un grupo que lo ejerce sin el control de otras personas o instituciones y sin limitaciones legales fijadas en un estatuto; se funda sociológicamente en la sociedad unificada (nación), que se origina a partir de la sociedad estamental propia del feudalismo, donde la nobleza perdió sus privilegios y políticas arbitrarias. Los monarcas que llegaron a controlar los estados nacionales que se formaron de las ruinas feudales (Francia, Inglaterra, con Jacobo I. España, entre otras.) concentraron el poder total y asumieron que el poder

110 R. Conbellas, citado en Estado Social De Derecho, Democracia Y Participación: Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos "Estado Social de Derecho: Democracia y Participación: "Valle de Bravo, México, 22-25 de abril de 2001 Estado Social De Derecho, Democracia Y Participación: Autor: Víctor Manuel Durán

real, era una manifestación del poder divino; los nobles que no quisieron perder sus privilegios, se sumaron al aparato burocrático y administrativo en calidad de oficiales del rey, quien es el máximo detentador del poder que controla al ejército, el comercio, las finanzas, la moneda, etc., sin tener que informar sobre su gestión y sin controles legales; la destrucción del poder feudal necesitó de un poder fuerte que el rey encarnaba, que lo ejerció en forma centralizada suficientemente amplio y capaz de articular el poder total. De ese modo el rey y los comerciantes, fueron factor decisivo para conformar la nación y a partir de ésta se crea el Estado Nacional.

Algunos autores consideran que el Estado Nacional, así entendido, no es una formación política de tiempos inmemoriales, sino que tiene un espacio y tiempo reconocibles. "Su marco es occidental, europeo, nace a fines de la Edad Media, se afianza en el Renacimiento y adquiere plena forma en el Siglo XIX. Si queremos precisar más, diremos que la praxis de estos primeros Estados está íntimamente ligada con la aparición de las primeras monarquías absolutas en Inglaterra (Enrique VII Tudor) y España (Reyes Católicos) que, consiguen la unión de sus respectivos territorios mientras que, en el plano teórico podemos personificar su nacimiento con las figuras de Maquiavelo y Bodino, el primero por su contribución en El Príncipe, al nacimiento de la razón de Estado o "Stato", al centralizar en este Príncipe gran número de atribuciones políticas, y el segundo al delimitar el concepto de "soberanía", en su obra, "Los Seis Libros de la República."[111]

Presupuestos del Estado Absolutista

Esta forma de Estado por lo general es de tipo monárquico y aparece en la historia inmediatamente después de la quiebra del Estado Feudal. Estos presupuestos también definen el desarrollo del estado nacional, o sea que, entre el absolutismo y estado nacional hay identidad histórica.

Los presupuestos son: "a) Se produce un tránsito de las economías cerradas, autárquicas, hacia economías abiertas basadas en el comercio, b) Se altera el sistema de sociedad estratificada del feudalismo y aparece una clase social emergente, la burguesía y la base poblacional se amplía conformándose las naciones. c) Nuevos descubrimientos: pólvora, brújula, entre otros. d) Nuevas credenciales sobre nuevas concepciones del hombre y la libertad y una nueva idea del trabajo. Herman Heller, además agrega: los ejércitos permanentes, administración financiera, conformación de una burocracia (división del trabajo), un nuevo orden jurídico que proporcione mayor certeza y seguridad jurídica.[112]

Este es el entorno para el absolutismo como expresión y praxis política que además, carga con los resabios feudales tales como: dominio de la nobleza feudal,

111 Ibíd.

112 Álvarez Conde, Enrique; Curso de Derechos Constitucional, Tecnos, Madrid, 1992, pags.25 sigs.

relaciones económicas, la instrumentalización del aparato estatal por la nobleza amenazada, etc. Como praxis política, el absolutismo no es sinónimo de despotismo totalitario, en el sentido que el monarca podría hacer todo lo que le venga en gana. Las monarquías están limitadas por las leyes divinas y, leyes naturales, a leyes del reino y las costumbres. "El rey era absoluto en el sentido que no se somete a controles ni comparte la soberanía con nadie", en lo que al ejercicio del poder se refiere, ya que puede declarar la guerra, legislar, acuñar moneda, pero no puede ir en contra de las leyes de su propio pueblo. El monarca nunca pudo disponer libremente de las propiedades de la nobleza y de la burguesía."[113]

Karl Löewenstein, categóricamente afirma: "La monarquía absoluta en el sistema de los estados nacionales europeos, es el ejemplo clásico de la autocracia no totalitaria; su legitimación yacía en el derecho hereditario al trono de una determinada dinastía, que era reconocido sin resistencia por una santificación sobrenatural que quedaba reflejada en la fórmula típica de la realeza: "Por la gracia de Dios."[114]

"Para tomar la decisión política fundamental, el rey organiza Consejos constituidos por dignatarios designados discrecionalmente por él. Para la ejecución de su decisión política, que en una economía mercantil dirigida estatalmente tenía que ser de importancia considerable, contaba con una burocracia administrativa (intendants) con notable capacidad. La delegación de algunas funciones amplias para permitirles una participación en el ejercicio del poder absoluto del rey. Contra este tipo de autocracia real se dirigió el ataque del constitucionalismo liberal.

En Inglaterra y Francia se producen movimientos revolucionarios orientados a sustituir el "ansíen régimen"; luego en América se produce la independencia de los Estados Unidos. Los tres acontecimientos determinaron un cambio social, político, económico y jurídico. La revolución inglesa, proceso bélico y político que enfrentó a los Estuardos, defensores del absolutismo divino, con el Parlamento inglés, la muerte de Carlos I (1648), la instauración de Cronwell (1635-58), restauración de los Estuardos (1660), 1688 la Declaración de Derechos, Bill of Rights 1689, tuvo como resultado el predominio del parlamento sobre la corona.[115]

Esto produce, en Inglaterra, las contradicciones entre los parlamentaristas y los populistas; entre estos, los Niveladores (Levellers), cuyo núcleo doctrinario es la teoría de los derechos del hombre conferidos por la ley natural, y que las instituciones políticas deben protegerlos; quienes además propugnaron por la separación de poderes. Además de éstos aparecen los Cavadores (Diggers), con un programa de tipo colectivista y religioso que rechazaban el abuso de la fuerza y condenaban la propiedad privada.

113 Ibíd.

114 Karl Löewenstein, Teoría de la constitución.

115 Ibíd

5. Despotismo Ilustrado

Una variante significativa del absolutismo monárquico se inspira en las doctrinas filosófico-políticas de los pensadores franceses del siglo XVIII. Austria con José II, Prusia con Federico el Grande, España con Carlos III y, en grado mucho menor, Rusia con Catalina, aplicarán a la organización y administración del Estado los criterios ilustrados que se compendian en la frase tópica: "todo para el pueblo, pero sin el pueblo."

La teoría del despotismo ilustrado contribuyó a la expansión del concepto de ciudadanía frente al de súbdito, a la vulgarización de los derechos del hombre y a concebir al monarca "como primer servidor del Estado" (Federico de Prusia) atentó a procurar la felicidad de sus súbditos; pero, en la práctica, los monarcas continuaron ejerciendo omnímodamente el poder, aconsejados y ayudados por nobles y funcionarios ennoblecidos que realizaron una política de obras públicas, de educación -no generalizada- y de perfeccionamiento de la maquinaria estatal.

En realidad, los frutos de las semillas sembradas durante los últimos decenios del siglo XVIII (doctrinas de Montesquieu en favor de la limitación del poder real, influido por Locke, del respeto de los cuerpos intermedios y, sobre todo de la separación de los poderes y del reconocimiento de los derechos naturales del hombre y del ciudadano, amén de la doctrina de Rousseau, de la soberanía popular, transformada en soberanía nacional) se recogerán en el siglo XIX.

El Estado del despotismo ilustrado consistirá en una forma política benefactora y paternalista, preocupada por racionalizar el derecho, la moral, las costumbres y la educación, sin perjuicio del poder absoluto y basada en supuestos y bases económicas que pretendieron superar la economía rural y urbana, atrasadas, pero en el fondo insuficientemente socializadas, que redundó, a la postre, en favor de la burguesía.[116]

6. El Absolutismo de Thomas Hobbes

Thomas Hobbes, nació en 1588, en Westport, Inglaterra. Estudió en la Universidad de Oxford, en su vida vió el tránsito de la monarquía al sistema parlamentario, fue testigo aunque no admirador, de la revolución inglesa que se realizó durante el siglo XVII. Hobbes defendió el poder absoluto, pues los hombres son malos y egoístas: "El hombre es el lobo del hombre", dijo, al reiterar la sentencia de Plauto; ya que en el Estado, lo que vemos es la manifestación del poder, la política no es sino la lucha. "El mayor de los poderes humanos es el compuesto con la mayoría de los poderes de los hombres, unificados por el consentimiento en una persona natural o civil, de cuya voluntad depende el uso de todos esos poderes, tal como acontece con el poder de una república... En consecuencia, tener siervos es poder, tener amigos, es poder. Porque se trata de fuerzas unidas. Las riquezas, la sabiduría, la reputación, el buen éxito, también son poder... existe un deseo permanente de poder... la felicidad es un

116 Lucas Verdú, Paúl; Obra citada.

continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior, no es sino camino hacia el siguiente... Por eso mismo sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte...."[117] (Vid. Infra, Cap. 4 (4.3.1)

La igualdad esencial radica en lo íntimo del hombre, en lo que constituye la esencia de las acciones humanas que tienen por base "un deseo perpetuo e innato de poder y más poder que sólo cesa con la muerte." Son los hombres núcleos de apetitos que, al satisfacerse, nadie es criminal, porque falta la ley que pueda estimarse infringida; este es el estado de naturaleza: estado intolerable. No se trata de una condición objetiva, histórica, sino de la interpretación psicológica de los resultados antisociales de una disposición humana egoísta, que se filtra aún por la comunidad civil y que surge en cuanto no hay Estado: o sea, cuando falta la ley que se impone.

En el pensamiento hobbessiano, es obvio que lo más importante del Estado, es la estructura de poder, la organicidad, en consecuencia, la parte orgánica; resabio que se observa en la Constitución de 1983, en la que de conformidad con el Art. 248, esa parte no se puede reformar (cláusula pétrea). Sin embargo, un análisis cuidadoso y objetivo de la sentencia de la Sala de lo Constitucional que reconoce las candidaturas no partidarias, podría haber modificado la cláusula que se refiere al sistema político, en consideración a que un sistema político se refiere al sistema de gobierno; ambos conceptos diferentes al de forma de gobierno. (Vid. Arts. 248 y 85 Cn.). El Constituyente salvadoreño, como lo haría un Hobbes contemporáneo, privilegia la parte orgánica, aunque formalmente en el texto se haya establecido primero la parte dogmática, contrario a lo que ocurría con las constituciones anteriores.

Hobbes se inclina a pensar que el hombre es malo por naturaleza, que el hombre natural está lleno de deseos de poder: esta naturaleza hecha de deseo que encontrábamos ya entre los sofistas griegos y principalmente en Caliclés, y que volveremos a encontrar en Nietzsche, conduce a conflictos incesantes. Estos nacen porque el deseo de poder se encuentra en todos los hombres mientras que los objetos de deseo son limitados. Así, en su forma natural, la vida humana es la de una serie incesante de conflictos de deseos, y el hombre, en su estado natural vive en una "guerra de todos contra todos."

El pensamiento hobbesiano ha impregnado desde siempre a la sociedad salvadoreña y no obstante, la Independencia, las guerras posteriores, incluida la guerra civil del siglo pasado, y los Acuerdos de Paz, esa forma de pensar sigue viva, no desaparece totalmente de la sociedad, permanece aún en algunas estructuras del poder económico, político, social, gubernamental, institucional y demás. La amenazante actitud que se advierte entre algunos dirigentes de las gremiales empresariales, en contra

117 XIRAU, Ramón, Introducción a la Historia de la Filosofía, Editorial Universidad Autónoma de México, UNAM, México, 2007, pp. 258-en referencia a la obra de Hobbes, "Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil. Poder de una República Eclesiástica y Civil." Leviatán. La obra de este autor está inspirada en la Biblia, el Libro de Job, especialmente en el Capítulo 41. Vid. "La Biblia de Pueblo", Ediciones Mensajero S.A.U. II Edición, Bilbao, España, 2006, Pág.1635.

de decisiones, posiciones y relaciones del gobierno (2009-2014; 2015-?); las mutuas posturas arrogantes de las cúpulas partidarias entre sí y el gobierno; y de éste contra sus propios miembros o sectores partidarios de diferentes signos, las deterioradas relaciones entre el poder mediático y opinión ciudadana diferente, entre gobierno, sistema judicial, etc., y otros casos, reflejan el pensamiento de Hobbes, que debería entrar en una dinámica de relaciones más conforme con los ideales democráticos; algunos signos de modificación de este comportamiento se advierten, pero la postura política e ideológica de algunos medios no alcanzan la madurez necesaria para que, manteniendo tales posiciones pudieran ejercer su poder de influencia conservando el respeto a las minorías, y si fueren o estuvieren en la mayoría, entender que el poder únicamente se explica en el marco del derecho.

En todos los trabajos que he elaborado relacionados con la temática del poder, el Estado, la soberanía, etc., Hobbes, ha constituido una figura relevante que me ha permitido explicar una de las posiciones que dominaron y en algunos casos se mantienen, como posibles soluciones a la problemática estatal. De cualquier manera, Hobbes es y seguirá siendo referente para los investigadores que quieran partir de una de las interpretaciones del poder que más se han acercado a la realidad de las épocas que la humanidad ha vivido; dejo lo anterior como una explicación de mi empatía con este autor, aunque no significa necesariamente, mi adhesión incondicional a su pensamiento.

7. El Individualismo de John Locke

Hay segmentos de la sociedad y personas que centran su mente, sentimientos y anhelos, en actitudes, esfuerzos y visiones más humanistas y coherentes con los predicados de la doctrina y el derecho constitucional e internacional para abordar los problemas del Estado y estiman entre otros referentes, a John Locke, (1632- 1704).

En el segundo de los tratados de su obra "Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil", al igual que Montesquieu y otros clásicos, Locke identifica la función legislativa, la ejecutiva y una tercera, la de relación exterior o federativa que influye poderosamente en el desarrollo de la nueva filosofía política de Inglaterra y del resto de Europa; Locke vive en el siglo en que se desarrolla la llamada "revolución gloriosa" en Inglaterra, y en su intención de superar los argumentos de Hobbes, para quien el absolutismo en el poder es la única forma racionalmente admisible, por el contrario, Locke se pronunció en el sentido de que "los hombres poseen una serie de derechos innatos e inviolables, inherentes a cada individuo, de los cuales no se despoja cuando se organiza el Estado. Uno de esos derechos es la propiedad privada, y la sociedad como el gobierno deben procurar su seguridad y respeto, limitando así el poder de ambos."

Señala como un defecto de la sociedad natural, el no tener las instituciones adecuadas para esa protección ni las instancias a las cuales recurrir en caso de conflicto; en cambio, la nueva sociedad civil tendrá los poderes: legislativo y ejecutivo preparados para defender los derechos innatos y expresa: "El hombre, nace con un título a

la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural. Tiene derecho entonces, a defenderlo de los ataques que vengan de los otros hombres; pero la sociedad no podría subsistir sin que pueda tener el poder necesario para la defensa de los derechos y menos pretender que cada uno de los hombres haga esa defensa. No cabe entonces otra cosa que la renuncia que cada uno haga de sus derechos y los transfiera a la sociedad en su conjunto. Los hombres que son capaces de realizar este pacto viven en la sociedad civil, tienen un derecho de apelar ante alguien; aquellos que no lo han realizado, siguen viviendo en el estado de naturaleza." Continúa: "Nadie puede ser arrancado de su propio estado de naturaleza, pero siendo que todos viven así, es necesario un pacto para crear un poder capaz de defenderlos y permitirles una vida cómoda, para esto es necesario que todos consientan en ese pacto.

Cuando esto ocurre todos quedan conjuntados y han entrado a la sociedad política o civil, distinta a la sociedad natural. Su libertad quedará sometida a las leyes y la facultad de imponer castigos, se transfiere a una autoridad. Ésta se encargará de realizar el bien común." Locke, inmediatamente concluye que el poder formado se ejerce en tres direcciones: "el que hace la ley, o legislativo; el que la ejecuta, ejecutivo; y el que ejerce el derecho de hacer la guerra y la paz."[118]

Así como Hobbes, (Vid. supra párrafo que antecede), Locke tiene sus seguidores y lejos de disminuir o reducir su influencia en las sociedades contemporáneas, muchas constituciones se inspiran en sus reflexiones y especialmente en cuanto a la existencia de los tres poderes para la protección de los derechos fundamentales. De modo que presentar la imagen de estos dos filósofos, responde a la necesidad de tener puntos de referencia de la fenomenología política, que la humanidad ha experimentado desde la formación del Estado, cualesquiera que sea la teoría, que de su origen sustentemos en nuestros planteamientos; sin embargo, es evidente que la sociedad y el Estado contemporáneos, con las excepciones conocidas, se decanta por el respeto a la libertad y a los derechos fundamentales de la persona, sin ningún tipo de opresión, caudillismo o mesianismo, que aparezca; responde a la idea de dar a la sociedad algunos paradigmas y tenerlos como referentes, para explicar lo que ha ocurrido y lo que puede ocurrir.

Del estado natural

Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural sin necesidad de pedir permiso y sin depender

118 John Locke, Ensayo sobre el Gobierno Civil, traducido por Lázaro Ros, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1969, Págs. 66, 73, 74. La obra de Locke, nace con el propósito de rebatir los argumentos de Filmer y en este segundo Ensayo (libro), la teoría de Hobbes, queda entre otros aportes, en que el hombre no pierde su individualidad en el contrato social, la resistencia a la opresión y ser un precursor de la teoría de los tres poderes.

de la voluntad de otra persona. Es también un estado de igualdad dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos sin subordinación ni sometimiento, a menos que el Señor y Dueño de todos ellos haya colocado, por medio de una clara manifestación de su voluntad, a uno de ellos por encima de los demás, y que le haya conferido, mediante un nombramiento evidente y claro, el derecho indiscutible al poder y a la soberanía.

Capítulo tercero

Estado de Derecho

Introducción

La comprensión exacta del Estado de Derecho requiere un necesario supuesto histórico: el Estado Moderno, que tiene una situación en el espacio y en el tiempo, nace a fines de la Edad Media, se afianza en el renacimiento y adquiere su plena forma en el siglo XIX; las características del Estado a partir del Renacimiento a fines de la Edad Media, son diferentes a las características que presentaron las realidades políticas anteriores. (Vid. Capítulo segundo)

Autoritarismo, Estado de Derecho y Constitución Normativa

1. La Transformación del Orden Constitucional

"El fin de toda Constitución, es transformar un orden político en un orden jurídico", y que para ello requiere de ciertas garantías o mecanismos que aseguren su cumplimiento y que coadyuven a lograr su principal objetivo: la supremacía constitucional; o sea, que lo político debe transformarse en una categoría jurídica y eso es posible por medio de la Constitución.[119]

En iguales términos se ha expresado Bidart Campos, para quien ningún acto político que se realiza dentro del Estado debe estar al margen de la Constitución, es decir, que los actos de poder deben pasar la prueba de la Constitución; en su opinión, son los mecanismos de defensa más importantes: "la reforma constitucional y el control constitucional, que no puede hacerse por estar a disposición incontrolada del legislador, debe haber un procedimiento agravado, el otro mecanismo según Pérez Royo, es el control de la constitucionalidad, como veremos."[120]

---

119 Javier Pérez Royo, Curso de derecho Constitucional, Pág. 150.

120 German Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. EDIAR 1885, Buenos Aires, Argentina. Págs. 22, 23 y 24.

2. ¿Qué es el Estado de Derecho?

Hasta ahora hemos descrito la Constitución, conforme a las enseñanzas de la doctrina que la sustenta en la época actual, pero toda esta teoría debe encajar en un orden real, y concreto que sea capaz de ejecutarla, llevarla a la realidad, distribuirla y compartirla con los ciudadanos, ese orden es el Estado de Derecho, garante de la normatividad y de la supremacía constitucional. Estado de derecho, en cualquiera de sus manifestaciones que se han conocido a través de la historia, es aquél en donde sus autoridades se rigen y están sometidas al Derecho, y que se aplica tanto en lo formal como en lo material. Se fundamenta en los principios de legalidad, seguridad jurídica y debido proceso; está comprometido con la teoría y praxis de los derechos fundamentales y en el marco de una división de poderes, sus tres componentes básicos: "El poder bajo el imperio de la ley, al servicio de los derechos fundamentales con separación de poderes. En la división de poderes está la garantía de una organización del poder que actúa en un marco de límites y competencias, con funcionarios responsables constitucionalmente."[121]

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 la tradición anglosajona la expresión más equivalente en términos conceptuales es el Rule of law, (resoluciones de los tribunales) o como lo afirma Ulrich Karpen, de la Universidad de Hamburgo: "su objetivo es la limitación y la calculabilidad de la dominación, la fijación de principios y legitimidad de las leyes, división de poderes y los principios de distribución y organización", estos dos últimos son temas que desarrolla Carl Shmitt, en su Teoría de la Constitución.

En forma precisa, Wolfgan Horn manifiesta que desde que la ciencia jurídica alemana incorporó este enunciado: (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." Idea que inmediatamente nos recuerda el determinante Art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre de la revolución francesa.[122]

Sobre este 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."

---

121 Vid. Entre otros. Georges Bourdeau, Instituciones Políticas y derecho constitucional; Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional. Vid. Mario solano; Estado de derecho, secc public csj. 2008

122 Ulrich Karpen. Profesor titular de derecho Constitucional de la Universidad de Hamburgo, obra citada, Compilación de Josef Thesing, Pág. 212, Estado de Derecho y Democracia. CIEDLA. Vid. Wolfgan Horn, Rasgos Básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental Alemana, Profesor de la Universidad de Essen. CIEDLA, Obra citada.

2.1 Estado de Derecho

Según esta primera formulación de Kant y Humboldt, "es aquel Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación la formación de la ley, excluyendo por lo tanto, de su ámbito de acción toda actividad administrativa, salvo la beneficencia."[123]

2.2 La segunda etapa del desarrollo del Estado de Derecho

Se inicia en el segundo tercio del siglo XIX, mantiene la idea de que tanto el Estado como el Derecho se legitiman, por referencia a unos valores que los transcienden. Pero a diferencia de la etapa anterior, entiende que la actividad administrativa del estado, "no sólo es un hecho que se impone por sí mismo, sino también una exigencia axiológica que debe satisfacer el Estado, puesto que es una obligación de éste promover la realización de los fines humanos racionales." (Prestaciones sociales).

2.3 La tercera etapa del desarrollo de la idea del Estado de Derecho

Que se corresponde con su "identificación plena con el Estado legal de Derecho, tiene lugar a partir del XIX y constituye una proyección sobre nuestro tema del positivismo como un acto de voluntad del Parlamento."[124]

Sin embargo, Kelsen considera que Estado de Derecho es una contradicción lógica, es impensable que pueda haber Estado fuera del derecho: "Sólo la unidad del orden Totalitario, la persona del Estado Soberano, puede constituir el punto final de la imputación (El Estado es el centro de imputación del orden jurídico) en función de la cual puede interpretarse una determinada conducta humana como acto de la comunidad. La unidad de los órdenes parciales, en especial, la unidad de ese orden parcial, constitutivo de la llamada persona física, no representa sino puntos provisionales, puntos de tránsito de la imputación, la cual aspira incesantemente hacia una unidad última definitiva."[125]

Kelsen, el ilustre jurista austríaco, en una posición que para algunos podría estar fuera de su teoría general, iguala al Estado Autocrático y al Democrático porque según él, ambos son Estado de Derecho porque "es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercerla; quién debe mandar y

123 Manuel García Pelayo, Obras Completas Vol. III, Centro de Estudios constitucionales, Madrid. Brillante jurista español, presidente del Tribunal constitucional, conocido por muchas generaciones por su brillante obra Derecho Constitucional Comparado, 1961.

124 Ibíd.

125 Hans Kelsen. Jurista judío, nacido en Praga, de nacionalidad austríaca, profesor de Derecho en diferentes Universidades a lo largo de su vida. Vid. Teoría General del Estado. México D.F. 1949. El Estado es el ámbito de aplicación del derecho; es el derecho como actividad normativa.

quién obedecer, ante esta similitud de conceptos estamos en posibilidad de fundamentar que en sí, el orden jurídico de un Estado lo identifica con el mismo, como una cualidad intrínseca del Estado."[126]

Por lo tanto, Derecho y Estado son conceptos equivalentes. El Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción, y es así coincidentemente con el Derecho. El Derecho positivo (no la Justicia) es precisamente el orden coactivo que es el Estado, no acepta la teoría que "un estado despótico no está gobernado por el derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota" reafirmando que "negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es sino una ingenuidad o una presunción iusnaturalista." Así lo expresa Kelsen, de un modo sorprendente y contrario a la inmensa cantidad de autores que sostienen que el Estado de Derecho es una categoría jurídica, contraria al Estado autoritario.[127]

Capítulo Cuarto

Conformación de ideas sobre el Estado de Derecho

Introducción

La primera idea que resulta de las revoluciones europeas en su triunfo sobre el absolutismo, es que el Estado está al servicio del hombre y no éste al servicio de aquél; precisamente cuando se llega a establecer que la dignidad, carácter fundamental de la persona humana, está por encima de toda forma de poder, y la primera condición que se reconoce en el hombre es la libertad, sin la cual ninguno del resto de los derechos es posible; " es en la configuración del Estado burgués de derecho, perfilado a partir del siglo XVII, que se establece la necesidad de controlar el ejercicio del poder por parte de las autoridades públicas", de tal suerte que la libertad y la propiedad son considerados esenciales en el nuevo Estado, y además, el reconocimiento de la dignidad como derechos anteriores y superiores al Estado, fueron los factores del cambio en la sociedad política.

Nada de lo anterior sería posible, si no se establece como mecanismo de garantía la separación de poderes, es decir, la necesidad de que en el ejercicio del poder, se establecieran instancias y operadores distintos e independientes entre sí. El ejercicio del poder en tres instancias, legislativo, ejecutivo y judicial, ha sido clave en el nacimiento y desarrollo del Estado de Derecho y que convierten la profecía del art. 16 de la declaración de 1789, en un dogma del presente, siempre necesario, siempre eficaz.

La dignidad como carácter esencial de la persona, su libertad, su propiedad, constituyen una conquista revolucionaria que coincide con el ascenso de la burgue-

126 Ibíd

127 Ibíd

sía (artesanos, comerciantes, fabricantes) al poder, derechos que se le atribuyen a la persona humana en su calidad de tal y no como miembro de un estamento; los movimientos revolucionarios de la época, traen como consecuencia el fin del poder de los monarcas y los privilegios de las castas. El nuevo pensamiento que se alzaba en oposición al poder arbitrario del estado y a la injerencia del mismo en la vida de los súbditos, exigía eliminar todas las trabas que se opusieran a la autoafirmación personal y económica del ciudadano. "La libertad era interpretada ahora como un derecho anterior a la existencia del Estado que el poder público no estaba legitimado para otorgar y simplemente debía reconocer."[128]

2. Características del Estado Liberal de Derecho

Los textos traen muchas referencias y conceptualizaciones sobre el liberalismo, estado liberal, filosofía liberal, entre otras. una sola conceptualización para términos, procesos, fenómenos históricos, que aun con elementos comunes, En ocasiones, pretente estipular no se alcanza a plantear definiciones precisas, porque entre uno y otro término existen diferencias que no permiten identificarlos o considerarlos como sinónimos, a veces pueden estar muy distantes, aunque en algunos casos haya semejanza en sus contenidos y formas; ocurre con otros términos, tales como el socialismo, la democracia, el poder, el gobierno, entre otros. Precisamente existe una relación de dependencia entre liberalismo y democracia y los autores creen que es más exacto hablar de democracia liberal que en las otras expresiones de la democracia; siempre es buena idea que ante términos polisémicos, es preferible consultar un buen diccionario, en este caso de temas políticos, para el caso Bobbio-Mateucci. (Ediciones siglo XXI, México D.F).

Sin entrar en las discusiones filosóficas (Kant) sociológicas o históricas, sobre el término liberalismo o el sustantivo libertad, tendríamos que acercarnos al origen del Estado y recurrir a que el hombre libre se encuentra de naturaleza donde puede hacer lo que le plazca y en tanto más poder tiene, más libertad tiene; sin embargo, Hobbes se encarga de sustentar que tal fenómeno es contrario a la vida y a la libertad y que los hombres deciden sacrificar esa libertad por su propia supervivencia y construyen el Estado, el cual termina por reconocer derechos o libertades que son anteriores y que deben controlarse para asegurar la libertad misma.

No obstante, si el concepto de libertad es como el ejercicio de la voluntad consciente del hombre para alcanzar sus fines y propósitos, inmerso en una sociedad concreta, es necesario advertir que la libertad en el sentido político y jurídico sólo es posible en el marco de un régimen jurídico político, es decir, en el Estado y en la amplia esfera que la constitución de ese Estado sea capaz de definir. De tal manera que, sobre el liberalismo se puede señalar que en ese concepto cabe el Estado que proteja

128 Wolfgan Horns, obra citada. Estado de derecho ciedla, ulrich carpen

el libre ejercicio de la acción humana en el marco del derecho y en el límite de la libertad de sus congéneres, un Estado liberal presenta las siguientes características.[129]: Víctor Manuel Durán

a) El Estado y la sociedad se conciben como sistemas autónomos y claramente discernibles entre sí, dotados ambos de su propia racionalidad, con límites.

b) El Estado no se concibe como el responsable de la prosperidad y el bienestar, ellos se revelan como consecuencia automática de la libre competencia de las fuerzas societales.

c) El aporte más positivo del Estado Liberal de Derecho en el avance de la humanidad: 1. El establecimiento del principio que sostiene que "la soberanía reside en el pueblo", 2. el derecho al voto, 3. la democracia representativa, 4. la división de poderes, 5. la creación un Estado de Derecho, es decir de un Estado no arbitrario ni absolutista que respete los derechos humanos individuales y la ley misma, son aportes significativos en el proceso histórico de que los seres humanos y los pueblo vayan tomando en sus manos su propio destino.

d) La visión del "Estado Gendarme", del Estado Policía que solo se dedica a vigilar pero que no interviene activa ni positivamente. En otros términos, y como afirma Conbellas, "El Estado Liberal de Derecho construyó una concepción negativa del Estado que en la esfera económica significó el principio de que en tanto menos frecuentes fueran las intervenciones del Estado tanto mejor para el desarrollo de la sociedad económica. Estos derechos, considerados como inalienables y anteriores al Estado, conforman una especie de barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedades del poder, la libertad, la propiedad y la seguridad del individuo.

e) La división de poderes Ante el poder absoluto y total del soberano con Montesquieu como vocero sostiene que la única forma de controlar el poder es con otro poder de igual dimensión y naturaleza "Solo el poder detiene al poder." A ello se agregan los valores jurídicos como la seguridad jurídica, la paz, la justicia, el bien común y la dignidad humana; los principios de no retroactividad de la ley, la jerarquía de las normas, el principio de legalidad, la no arbitrariedad, la publicidad de las normas, entre otros.

3. El Estado burgués

El nuevo Estado con las características anotadas, adopta una nueva constitución conforme al individualismo burgués, que corresponde al Estado constitucional o Estado burgués de derecho, la cual contiene "una decisión en el sentido de la libertad

129 Estado Social De Derecho, Democracia Y Participación: Víctor Manuel Durán. Ponencia realizada en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos "Estado Social de Derecho: Democracia y Participación: "Valle de Bravo, México, 22-25 de abril de 2001

burguesa, libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y de comercio. El estado aparece como el servido 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."[130]

La nueva conformación estatal y constitucional, se caracteriza por el reconocimiento de la libertad como presupuesto de las nuevas relaciones políticas, logradas por el ascenso de la burguesía al poder; pero esta libertad en el marco de un sistema de normas jurídicas, es decir que tanto el poder del Estado como la libertad de los individuos tiene una marco de normas que se debe respetar, en una interacción que trae dos consecuencias, las cuales Schmitt, define como: 1.- Principio de distribución y 2.- El principio de organización. El principio de distribución, el poder del Estado limitado en principio, se encierra en una serie de competencias, que se expresa en la división de poderes, como mecanismo para el ejercicio del poder público."[131]

El principio de organización, trae como consecuencia el principio de legalidad, 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 ansíen régimen, sino el marco de normas distribuidas en tres direcciones o competencias, separación de poderes, con el propósito de proteger la libertad del individuo y de los derechos fundamentales derivados. El neoliberalismo de Von Hayek, Nozick y otros retoman, a favor de su ideología, los principios anteriores y reivindican la no intervención del estado especialmente en el tema económico, posición respaldada por los organismos financieros internacionales, para quienes el mercado es la única opción para la resolución de los problemas sociales.

El Estado de Derecho, 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 deben 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. En nuestra Constitución, el principio de legalidad cobra relevancia en tres momentos esenciales:

1.- Principio de legalidad penal art.15, por el cual a nadie puede ser sancionado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad y por tribunales que previamente haya establecido la ley"; 2.- art. 86. "Todo poder público emana del pueblo, los funcionarios son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente

130 Wolfgan-Ulrich Karpen. Obra citada

131 Carl Schmitt. Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982

les da la ley"; art.8.- "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe."[132]

El presupuesto de libertad del Estado de Derecho, requiere el acompañamiento de otro presupuesto, el de igualdad, el cual tiene mucho que ver con la justicia y del cual se hará referencia oportunamente. El principio se ha definido así: "Todas las personas son iguales ante la ley; para el goce de los derechos civiles, no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión." Art. 3 Cn.; el valor dignidad no ha sido reconocido expresamente en la Constitución, como valor supremo del Estado, pero hace alguna referencia cuando se refiere a los pactos o contratos y al hábeas corpus.

4. Estado liberal y cuestión social

4.1 Consideraciones Generales

Con lo que se ha explicado aparecen en este primer momento del Estado burgués, de derecho y liberal, el rescate de la libertad humana, el principio de igualdad de los seres humanos, el mecanismo de la división de poderes y el imperio de la ley, como marco de límites para el ejercicio del poder público. Nada despreciable estos componentes del nuevo Estado y que sientan los fundamentos para la sociedad que sin renunciar a la consolidación de la seguridad como uno de los fines del Estado, ya no constituirá un fin en sí misma, sino un instrumento para la consecución de otros fines sociales y políticos; esto significa que el ascenso de la burguesía al poder, tercer estado como le llamó Sieyez, produjo cambios que favorecieron el desescalamiento de la sociedad estamental en beneficio de la burguesía, pero el pueblo llano no obtuvo ninguna ventaja, al contrario únicamente cambiaron de señor.

En ese estado inicial el Estado de Derecho refleja una vivencia de libertad y de igualdad de la persona humana, postulados en la proclama de la revolución francesa características que habían sido negadas en el absolutismo o ansíen régimen; para lograr tales propósitos es necesario que el poder tenga un marco de referencia: la ley. Para combatir la tendencia natural de los detentadores del poder, a abusar de él, es necesario el mecanismo de la división de poderes y a partir de estos componentes, establecer y garantizar la protección de una serie de derechos esenciales, derivados de la dignidad humana y que se reconocen como datos anteriores al Estado. Libertad, igualdad, ley, división de poderes y derechos esenciales, conforman los postulados del Estado de Derecho, y los encontramos tanto en la Declaración de los derechos del hombre de 1789, en el *Bill of Rights* de 1688, en Inglaterra y en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América. Esto es lo que en la visión de Sierra Socorro, aparece como un engaño en el sentido de que el Estado de Derecho, que proclama la libertad, es o debe entenderse como libertad burguesa, para la defensa

132 Constitución de El Salvador

de una propiedad burguesa, y para beneficio de la burguesía, que al final sería la destinataria del control del poder, debido a que entonces, la forma de participar en las elecciones era mediante el sufragio censitario, es decir, podía participar únicamente los que tuvieren derecho de propiedad.

Sin embargo, esta visión es planteada por Pérez Royo en forma distinta: "Corresponde a los orígenes del Estado Constitucional, y en él la lucha por el Estado de Derecho, es la lucha por la limitación del poder del Estado mediante la utilización de principios jurídicos racionales. En este momento no se trata de definir en su origen la voluntad del Estado, sino que el objetivo que se persigue es mucho más modesto, más limitado. Se trata simplemente de conseguir que el Estado monárquico, relativamente autónomo respecto de la sociedad, se someta en el ejercicio del poder a determinadas formas jurídicas."

"Esta es la razón de que el concepto de ley sea el concepto en el que se sintetiza en este período la esencia del Estado de Derecho. El concepto de ley que se afirma en este primer momento se caracteriza por varias notas. En primer lugar, por ser una regla general; en segundo lugar, por ser producida con el consentimiento de la sociedad, y en tercer lugar, por ser formulada a través de un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad."

"En esta lucha por intervenir en la determinación del contenido de la ley en cuanto forma suprema de manifestación de la voluntad del Estado, se van concretando una serie de elementos que completan la configuración del Estado de Derecho en este primer momento y son los siguientes: el reconocimiento de los derechos ciudadanos fundamentales (ciudadanía, nacionalidad), libertad civil (protección de la libertad personal, religión, conciencia, residencia, contratación, elección de actividad económica, etc.), igualdad jurídica, propiedad, libertad de prensa, independencia y exclusividad jurisdiccional."

"Todos esos elementos se imponen gradualmente, no sin resistencia, pero con progresos indudables durante los dos primeros tercios del siglo XIX y quedarán desde entonces como elementos indispensables de cualquier Estado de Derecho que se pueda considerar tal."[133]

Constitución del Estado burgués de Derecho corresponde en sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones: "Estado constitucional" y "Estado burgués de Derecho", esta equiparación, que hace Carl Schmitt y toda su teoría descansa en esta dualidad, de tal manera que la libertad que se alcanza con el nuevo Estado, es sinónimo de burguesía, tal como se expresa en el siguiente párrafo: (Vid. Supra: 4.1)

133 Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, Tercera Edición Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.

"De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna:

Primero, un principio de distribución la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio."

Segundo, un principio de organización que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución – libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio- encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad. (Crl Schmitt: Teoría de la Constitución)

"El principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia- Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos "poderes." Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna." [134]

4.2. Elementos Característicos del Estado de Derecho

4.2.1 La libertad

Wolfgan Horn afirma: "Las condiciones sociales para la divulgación de esa nueva concepción de libertad, radicaban en el ascenso de la burguesía (artesanos, comerciantes, fabricantes) que se sentía limitada en sus posibilidades económicas por las viejas prerrogativas de la nobleza (exención impositiva) y por un Estado monárquico que ejercía un poder absoluto sobre sus súbditos (absolutismo); la ley pasó a convertirse en el concepto clave de la idea del Estado de Derecho. En su carácter de normas (reglas) de validez general y fuerza vinculante, las leyes debían impedir el avasallamiento de las libertades civiles"[135]

Ninguna libertad, ninguna ley tendrían eficacia, como no la tuvieron en el régimen precedente, sino se garantiza la separación de poderes, debido a la tendencia natural del abuso que hacen del mismo quienes lo detentan, de tal manera que el Estado de derecho tendrá como uno de sus elementos esenciales, el principio de separación de poderes; el nuevo régimen supone la existencia de hombres libres e iguales, es decir seres humanos con acceso a los bienes económicos, sociales, políticos

134 Carl Schmitt. Obra citada.

135 Wolfgan Horn. Obra citada. Vid carpen

y culturales, que antes solo fueron privilegio de los miembros de la nobleza. A partir de estos presupuestos filosóficos jurídicos, se fundamentarán los derechos esenciales de la persona humana, atribuibles a su dignidad y no a privilegios de casta o de grupo.

"La libertad, afirma Kant, (independencia del arbitrio de los otros) en cuanto puede subsistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es el único derecho originario, propio de cada hombre por el solo hecho de ser hombre... no sacrifica esa libertad, cuando en unión de otros hombres constituye el Estado, es decir; suscribe el contrato social, lo que ha hecho es abandonar su voluntad salvaje y sin leyes para recobrar de nuevo su libertad, sin mengua en una dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; sin mengua porque esa dependencia procede de su propia voluntad."[136]

La verdadera libertad la encuentra el hombre en el Estado, el lugar donde se resuelven los intereses conflictivos, lo que contribuye a la afirmación de la libertad, que es voluntad, se manifiesta en el derecho como autonomía y en el imperativo moral, "que manda a actuar de tal manera que la máxima de tus razones sea de validez universal" y que en el Estado absolutista era de imposible cumplimiento.

Thomas Hobbes, en otra dirección, "asimila el derecho natural con la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir de su propia vida, y por consiguiente, de hacer toda cosa, que en su propio juicio, y razón, conciba como medio más apto para aquello... Por libertad se entiende, de acuerdo con la significación apropiada de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo puedan arrebatar a un hombre parte de su propio poder para hacer lo que le plazca, pero no pueden impedirle usar el poder que le queda, de acuerdo a lo que le dicten su juicio y razón."[137] (Vid.supra Cap. Segundo)

Rousseau, en la misma línea contractualista de Hobbes y también de Locke, afirma: "los hombres en su primitiva independencia no tenían entre sí relaciones bastante constantes para constituir ni el estado de paz ni el de guerra, y no eran, por lo tanto, naturalmente enemigos. La relación de las cosas, y no la de los hombres, es la que constituye la guerra; y este estado no puede nacer de simples relaciones personales, sino únicamente de relaciones reales." "Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo." El hombre pierde su voluntad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar ganando, en cambio, la libertad civil y la propie-

---

136 Fernando Prieto, Lecturas de Historia de las Ideas Políticas; Unión Editorial, S.A., Madrid, 1989, citando a Enmanuel Kant, Metafísica de las Costumbres. El lector podrá encontrar innumerables estudios sobre esta materia y en lo que al autor de este trabajo concierne, lo remitiría a un trabajo conjunto con Salvador Soriano, (+) sobre la libertad negativa y la libertad positiva, intitulado La Libertad en la Constitución, que aparece en la Revista Realidad publicación de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, (UCA)

137 Thomas Hobbes, Materia, Poder y Forma de una República eclesiástica y Civil (Leviatán), Editora Nacional, Madrid, 1979.

dad; "la obediencia a la ley es la libertad." Esta última en Rousseau la interpreta como "la negación de toda dependencia particular, para ser absorbida por la dependencia general de los hombres ante la voluntad del pueblo"; "voluntad popular" o "voluntad general" se entiende la que dirige las "fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común; "la voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general; por ella son ciudadanos libres."

"Yo habría querido que nadie en el Estado pudiese considerarse como superior o por encima de la ley [expresa Rousseau respecto a su Estado ideal], ni que nadie que estuviera fuera de ella pudiese imponer que el Estado lo reconociese, porque cualquiera que pueda ser la constitución de un gobierno, si se encuentra en él un solo hombre que no sea sumiso a la ley, todos los demás quedan necesariamente a la discreción de él."[138]

4.2.2 La Igualdad

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

La Constitución española, se refiere a la igualdad en tres artículos claves para su correcto entendimiento: Art. 1.1; Art. 14 y Art. 9.2. Y no con el mismo significado en todos ellos. Joaquín Martín Cubas, formula los siguientes cuestionamientos sobre este aspecto: "¿Es la igualdad un valor superior de carácter autónomo como es la libertad? ¿O por el contrario es un valor subordinado a ésta? ¿Es de carácter formal o material la igualdad a que se refiere la Constitución?[139]

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

La igualdad en sentido material, hace referencia a la igualdad real o efectiva en las condiciones materiales. También en el sentido aristotélico, esto haría referencia a

---

138 ROUSSEAU, J. J. "Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres." En Obras Selectas. 3ª edición, Argentina, 1966, pp. 621-728. - ROUSSEAU, J. J. "El contrato social." En Obras Selectas. 3ª edición, Argentina, 1966, pp. 729-841. REVISTA LATINOAMERICANA DE ENSAYO FUNDADA EN SANTIAGO DE CHILE EN 1997 | AÑO XVIII "De la noción de Estado igualitario de Rousseau a la crítica antiestatal de Bakunin por Andrés Pérez González. Artículo publicado el 26/04/2005

139 Martín Cubas, Joaquín, El concepto de igualdad en una democracia avanzada, Revista Española de Derecho Constitucional, No.18. No. 53

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

El recordado maestro Reynaldo Galindo Pohl, dice que Aristóteles clasifica la justicia en 1. distributiva, proporcional o según sus capacidades; y, 2. la justicia sinalagmática, correctiva o igualadora; esta a su vez, se divide en conmutativa y judicial. Por la distributiva, se asignan bienes según méritos y necesidades; o bien por medio de la igualdad que mantiene la proporción entre lo que se da y lo que se recibe. Ejemplo: Los cargos públicos. Modernamente esta especie de justicia, sería la justicia social, que en una sociedad capitalista, pero democrática, exigiría por lo menos, que la riqueza sea repartida de conformidad a su participación en el proceso productivo.

La justicia sinalagmática, otorga bienes por características de las personas, alguna vez fue la nacionalidad, ahora no aceptada, pero sí la sola dignidad de la persona: medir con el mismo rasero; predomina en el derecho privado.[140] Lo anteriormente expuesto establece una conexión entre igualdad y justicia, términos que se utilizan como sinónimos; Aristóteles, planteó su teoría sobre la justicia, tanto en la Política como en la Ética a Nicómaco. Concebir la igualdad como justicia, permite ilustrar e iluminar la Constitución del Estado en su totalidad, y en ese sentido interpreto que lo aplica la nuestra. Cierto que existe una justicia conmutativa (tribunales) y una distributiva (acceso a los bienes sociales), así lo ha interpretado Galindo Pohl, al comentar a Aristóteles; de tal manera que la conectividad de la igualdad con la libertad, es importante pero lo es más con la justicia y dependerá de la idea de la justicia que tenga una sociedad, para que produzca un derecho concurrente a la paz social.

"La justicia tiene un objeto primario, la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división (reparto) de las ventajas provenientes de la cooperación social"[141].- La argumentación antes expuesta sobre libertad e igualdad cubre el propósito de este capítulo relacionado con la consideración de ambos términos como presupuestos constitucionales expresado en otra forma, entenderlos como fundamentos esenciales para la construcción formal y material

140 Jurista excelente; internacionalista que dejó un gran legado especialmente en derechos del mar. Lo citado corresponde a su obra: Guión Histórico de la Ciencia del Derecho. UCA Editores

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

de una Constitución; especialmente de la nuestra, y que de existir o no, se presenten contradictoriamente, harían de ésta una simple pieza de papel, o en la terminología de Löewenstein, un disfraz.

4.2.3 Igualdad como valor universal

El tema de la igualdad, es decir, el tema de la justicia, es esencial en toda forma de relación humana, puede afirmarse que todo movimiento o acción libertaria, está precedida de un ideal de justicia y si no hay libertad, ni justicia, consecuentemente no habrá paz se ha afirmado que con la paz se termina la guerra; con la justicia se termina el conflicto.

La igualdad de la que hemos hablado, es la que se refiere a los ciudadanos dentro de sus propios Estados; sin embargo, el mundo contemporáneo está enfrentando la desigualdad de las naciones, de los estados y de las regiones. Las condiciones de vida de los habitantes del norte y los del sur, o las diferencias de Este y Oeste, generan tensiones y diferencias inaceptables: "He aquí el nudo gordiano", el aspecto medular que debe convocarnos. En caso contrario, habremos perdido quizás la última posibilidad de lograr lo que afirmara Pablo VI:

"El Desarrollo, es el nuevo nombre de la Paz." Basta ver los informativos, leer los diarios, para comprender cuánta verdad contiene esta afirmación." "Porque, de qué vale un proceso de globalización que agudice las desigualdades, los empobrecimientos, la miseria y las marginaciones de todo tipo. Lo cardinalmente importante es que debemos encontrar fórmulas adecuadas para que la globalización favorezca el desarrollo integral en lo económico, lo social, lo cultural y lo político, y, en este último aspecto, remarcamos que la necesidad del fortalecimiento de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, integrados ahora en las comunidades o uniones de Estados. Debemos reajustar las relaciones internacionales y crear nuevas pautas culturales, nuevos comportamientos, nuevas instituciones políticas y nuevos ámbitos para el consenso en la convivencia internacional." Aunque debemos insistir, ya lo hemos dicho anteriormente, no es la filosofía que inspira los lineamientos de los organismos financieros internacionales, sino los principios del neoliberalismo, tal como lo expondremos más adelante.[142]

Lo anterior propone una nueva visión del Estado de Derecho, inserto en un proceso global, en el que no cabe si no le ha sido posible su desarrollo a su propio interior, si dentro de sus propias fronteras se siguen manejando criterios feudales o absolutistas, tanto en lo político, como en lo jurídico y en lo social. El Salvador tiene ese gravísimo problema, que para su desarrollo es necesario incorporarse al mundo globalizado, pero sus esquemas en todo orden, no superan los requerimientos del

142 Ricardo Haro: Problemas de la Globalización para la gobernabilidad y el Estado de Derecho. Biblioteca Virtual Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales, Córdova argentina

Estado de Derecho clásico; con un déficit constitucional casi vergonzoso y con una praxis legislativa y jurisdiccional, que todavía no generan confianza. Esto es parte esencial del planteamiento que en esta investigación se sustentará más adelante, al confrontar el Neoliberalismo con el Estado Social.

4.2.4 La División de Poderes

Conforme al principio de organización descrito por Schmitt, que se refiere a la distribución del poder, el desarrollo y praxis de éste, se realiza por medio de técnica de la división de poderes, elemento necesario para despojar al monarca absoluto de su poder, de sus privilegios y de su hegemonía sobre la ley. Siempre es conveniente tener presente el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre, que ha proclamado como necesaria para la existencia de una sociedad constituida, en forma diferente al "ansíen régimen", debe garantizar los derechos fundamentales y tener predeterminada la separación de poderes.

La investigadora Pilar Hernández dice: "No es desconocido para el historiador y el constitucionalista el hecho de que, después de la decadencia de la cultura griega y romana, y durante el medioevo, el monarca absoluto siguió concentrando en su persona el poder soberano y ejerciendo, en consecuencia, un tipo de funciones que hasta el momento no se había planteado que se escindieran; el monarca lo era por "gracia de Dios" y con ello su representación no se cuestionaba."

"Es con la consolidación del constitucionalismo moderno y la conformación del denominado Estado liberal de derecho en el siglo XVIII, que el principio de la división de poderes se erige como uno de sus dogmas políticos, consecuencia de experiencias históricas y de una evolución paulatina que va de la transición del Estado estamental al Estado democrático liberal en Inglaterra, pasando por las constituciones de los estados norteamericanos, hasta a su formulación clásica y más prístina en el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reflejando in tacto, la más pura manifestación del racionalismo liberal en contra del "absolutismo monolítico de la monarquía", y citando a García Pelayo, dice:

a) "Cada función capital del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes)."

b) "En el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante una serie de correctivos y de vetos (statuer y empêcher)"; en donde la facultad de statuer (derecho de fiscalización) denota el derecho de ordenar por sí mismo o de corregir lo que ha sido ordenado por otro (órgano constitucional en el cual se deposita una de las facultades del Estado), mientras que la facultad de empêcher (derecho de veto), implica el derecho de anular la resolución tomada por otro (órgano).[143]

143 La División de poderes en el marco del estado liberal de derecho. (María del Pilar Hernández, boletín mexicano de Derecho comparado, Instituto de investigaciones jurídicas de la Unam. no. 92

5. Legitimidad y División de Poderes

Löewenstein, afirma que los gobiernos son de dos clases: democráticos y autocráticos. En los primeros se incluyen las distintas formas como el presidencial, el parlamentario, el directorial, etc.; los gobiernos autocráticos, pueden ser de dos clases: los autoritarios y los totalitarios; se considera que un gobierno es autoritario, cuando no respeta la separación de poderes ni favorece la participación y el pluralismo; el gobierno totalitario, agrega a lo anterior, el hecho de controlar los derechos fundamentales de los ciudadanos y les exige adhesión a su ideología, tales son los casos del fascismo, del nacional socialismo y del comunismo. 15.-

5.1 La División del poder del Estado

Un rasgo característico del Estado de Derecho en sus diferentes manifestaciones históricas, ha sido la división de poderes que se manifiesta en la forma proclamada modernamente por Locke y Montesquieu, aunque como ideal aparece desde los escritos aristotélicos. Sin embargo, los dos autores mencionados dejaron el principio y en el caso de Montesquieu, en el Libro VI de su obra "El Espíritu de las Leyes", desarrolló la idea a partir de la necesidad de la división de poderes. Carlos Secondat Barón de Montesquieu.

A diferencia de Tomás Hobbes y de John Locke, quienes se preocuparon por buscar los aspectos que llevaron al hombre a estatuir la sociedad, Montesquieu no se ocupó de ello. Montesquieu era de origen Francés y vivió de 1689 a 1755, su obra máxima y monumento del pensamiento ilustrado fue el Ensayo del "Espíritu de las Leyes." Este ilustrado tuvo el mérito de haber apoyado el desarrollo del movimiento enciclopedista.

Evocar los logros de la población británica frente a la monarquía y usando el método experimental comparativo, Montesquieu observó que el sistema parlamentarista fue el mejor garante de los derechos de la población ante el absolutismo. Además, advirtió que el Estado era una organización social; pero dicha organización no provenía de la firma de algún pacto o contrato, más bien de la conveniencia de ciertos principios fundamentales e inviolables, previstos en el orden de una Constitución.

El interés por el que la sociedad creó el Estado, según explica este pensador, es la obtención y la garantía de la libertad de los ciudadanos, libertad que debería ser entendida en todos los aspectos, el económico, el político y el religioso, y el gobierno es sólo uno de los elementos del Estado, por esta razón se encuentra incapacitado para someter forzosamente a la población.

Montesqieu considera que es por medio de la creación e imposición de leyes al rey por vía del Parlamento y la resolución de controversias a través de la Corte, que se puede acceder a la libertad que busca el ser humano con la creación del Estado. El ideal consiste justamente en alcanzar la libertad máxima dentro de las posibilidades dictadas por las circunstancias naturales e históricas. Para ello precisa en primer lugar,

una separación de poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tal como Montesquieu la encontró en la Inglaterra de su tiempo, en cuya Constitución vio el ideal político deseable para Francia. La libertad e igualdad, reconocidas por el Estado, generan un factor de legitimidad al poder; quiere decir que la legitimación, es un resultado de la vigencia de aquellos presupuestos y no una condición para su existencia, se legitima el Estado y concretamente, el Estado de Derecho, cuando se dan los presupuestos de libertad e igualdad.

Otro elemento del Estado Democrático, además de la libertad e igualdad, es el que se refiere al control del poder, función necesaria que se logra con la división o separación de poderes, mecanismo de control del poder, que aparece como disposición normativa en el art. 16 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución francesa y que he citado anteriormente, aunque desde luego el principio viene desde la antigüedad griega, cuando Aristóteles, además de clasificar los gobiernos, pensó en la necesidad de una distribución del poder.

Si pensamos que la igualdad y la libertad son los núcleos centrales alrededor del cual se organiza la temática de los derechos fundamentales, puede asegurarse que la Declaración los tenía presentes cuando se refirió a la necesidad de asegurar la vigencia de los derechos en la Constitución; el otro presupuesto de la Declaración es la separación de poderes. (Vid. Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789)

El principio sigue vigente, cada vez es más necesario tener los recursos y las ideas de cómo protegerlo, ya que las interferencias de un poder en otro, generan deformaciones políticas que impiden el avance del Estado Democrático; se ha dicho que para aplicar los principios del Estado social, se necesita un ejecutivo fuerte, con suficiente iniciativa para desarrollar las cláusulas programáticas o corregir las distorsiones que se dan en la economía y que perjudican especialmente a las clases más vulnerables; el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, requieren un poder judicial independiente, libre e imparcial; los derechos políticos requieren de una estructura legal, y unas instituciones que garanticen el proceso; de igual modo una función contralora del poder legislativo, será necesaria para el funcionamiento del Estado Democrático. ¿Están los poderes legislativos, atendiendo estas expectativas?

En algunas sociedades como la de El Salvador, que ha iniciado un proceso político, con una visión aparentemente democrática, debe partirse de una realidad histórica, revelada por la guerra civil de los años ochenta, en el sentido de que la libertad y la igualdad, fueron totalmente ignoradas, durante –por lo menos cien años- de su vida independiente. Los Acuerdos de Paz, marcan una nueva etapa y una oportunidad para los sectores sociales del país, factores reales de poder, según Lassalle, procuren alcanzar el consenso mínimo necesario para el Contrato Social.

Ese sería el acuerdo de principio, entre salvadoreños, para luego llegar al consenso fundamental, implícito en toda justificación y legitimación de gobierno de hombres sobre hombres, traducido en el gobierno de leyes, producto de la voluntad

general, válida para el pasado, presente y futuro. Sectores académicos del país, no alineados a la política gubernamental, han expresado que debe comenzarse por un pacto fiscal entre todos los sectores, para obtener los recursos exigidos por las necesidades que el Estado debe de atender.

La Constitución de la República de El Salvador al respecto dice en el art. 86: "Todo poder público emana del pueblo. Los órganos de Gobierno, lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas facultades: y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos de Gobierno son indelegables pero estos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas."

"Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial" "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley."

En el mismo sentido la Ley Fundamental alemana, en el art. 20 dice: "Todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos particulares de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial."

La Constitución española, define que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. (art.1.).

En los tres casos se confirma que el poder corresponde al pueblo; pero su ejercicio, es por medio del gobierno que en los dos primeros países corresponde al sistema republicano, y en el caso español, que es una monarquía constitucional, no obstante, la división de poderes, es una realidad constitucional. Conrad Hesse, notable constitucionalista alemán, dice: que la independencia, la delimitación de competencia entre los órganos de gobierno y la colaboración recíproca, provoca un mayor equilibrio entre ellos, nadie puede invadir competencias, lo que es beneficioso para inhibir y controlar el poder público; de esta manera se evita la arbitrariedad, lo cual es un poder que lo ejerce especialmente el sistema judicial. Además, existe una forma de control que se ejerce por la acción de los partidos políticos, siempre que estos sean el resultado de un prudente ejercicio de la democracia, pues el predominio de una fuerza termina con la democracia y con la división de poderes.

5.2 Tesis de García Pelayo

Según este autor, "a lo largo de toda su historia se ha considerado como uno de los supuestos del Estado de Derecho la distinción clásica entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El Estado constitucional de Derecho acoge en su estructura este principio de división, con las matizaciones del caso, pero añade a ello tres notas esenciales:

1.- Tiene como supuesto esencial de su existencia, la división primaria y fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos, establecida en su día

por Sieyès como supuesto del sistema constitucional y según la cual los poderes constituidos no pueden invadir la esfera reservada al constituyente. Esta radical división de poderes, que afecta a la raíz misma del sistema constitucional, si bien reconocida por la teoría, carecía de garantías dado el poder fácticamente absoluto del Parlamento. Pero el Estado constitucional de Derecho parte del supuesto de que el poder constituyente no sólo fundó en su día los poderes constituidos con sus respectivas competencias y límites de acción, sino que los fundamenta permanentemente, pues la voluntad y racionalidad subjetivas del constituyente se objetivaron en su día en la voluntad y racionalidad objetivas de la Constitución y, por consiguiente, la custodia de ésta es la garantía de la custodia de la diferenciación entre ambos poderes.

2.- Hacia los años treinta del siglo XIX, Benjamín Constant, postuló la necesidad de un cuarto poder políticamente neutral que tuviera la misión de mantener el equilibrio entre los tres poderes restantes y neutralizar las perturbaciones que pudieran producirse entre ellos, así como las posibles desviaciones constitucionales. A reserva de las matizaciones debidas al siglo y medio transcurrido desde Constant a nuestro tiempo, cabe afirmar que este cuarto poder que Constant investía en el monarca y que actuaba más bien con recursos políticos, es ahora investido funcionalmente en una jurisdicción constitucional y, orgánicamente, en los Tribunales constitucionales que actuando con métodos jurídicos, tienen a su cargo mantener el debido nivel de constitucionalidad y resolver los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado.

3.- Dentro del sistema clásico de división de poderes, el legislativo poseía un poder de disposición prácticamente ilimitado sobre la ley, especialmente en aquellos sistemas en los que no existía o ejercía un derecho de veto por parte del Jefe del Estado. En cambio, un Estado constitucional de Derecho no admite que las decisiones del Parlamento sean absolutas. 16.-

De lo antes expuesto, se pueden adelantar dos conclusiones:

1.- El Estado de Derecho es una categoría histórica en constante evolución y desde sus primeros momentos como Estado Liberal de Derecho, o burgués, como dicen algunos autores, pasando por el Estado Social de Derecho, luego el Estado Social y Democrático de derecho, y ahora como se afirma, llegamos al Estado Constitucional de Derecho, han pasado por lo menos dos siglos y medio de aquellos inicios y su transformación y evolución, se ha sustentado para beneficio de los ciudadanos, que al final es lo que interesa..

2. Que la clásica división de tres poderes fundamentales, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu, ha venido transformándose, de tal manera que ahora se puede hablar de un poder electoral, un poder contralor, un poder fiscal, etc.; además, de las diferentes formas de autonomías en que los estados se evidencian, ya sea en forma territorial, o privilegiando la creación y funcionamiento de asociaciones intermedias como los sindicatos, los partidos políticos, ONG, etc.

Capítulo Quinto

Proceso evolutivo del Estado de Derecho

Introducción

Lo que ahora conocemos como Estado de Derecho, es decir, el Estado que proclama la libertad humana como valor esencial fundamentado en el principio de legalidad, respetuoso de los derechos fundamentales y en el marco de la división de poderes, que en mi opinión es el núcleo conceptual para definir esta forma de Estado, no se origina ni en fecha única ni en lugar único ni es un hecho espontáneo o el producto de un decreto. Es un proceso histórico, es un logro humano, más allá de las abstracciones y construcciones teóricas.

Sin embargo, esos procesos exigen una idea configurativa y requieren explicaciones teóricas producto de investigaciones, por ello es necesario buscar los hechos y los esfuerzos humanos que se dan en el tiempo, es decir, que para llegar a los conceptos es necesario conocer el proceso evolutivo y la transición de una forma de Estado a otra nueva, como es el Estado de Derecho con ideas al principio incompletas, aisladas, imprecisas, inclusive sin llegar a definirse como tal, sino que estas ideas apuntaban a un orden jurídico político deseable; la noción de Estado de Derecho, es de origen más reciente y se atribuye a los juristas alemanes.

En este apartado se hará una breve descripción de cómo a partir de cierta época, se empieza a producir un cambio de posiciones en los países europeos y en Estados Unidos de América, en cuanto al origen y fundamentación axiológica del proceso del poder y de la protección de la libertad y los derechos fundamentales, al modificarse la concepción aristotélica prevaleciente de que el poder, como la naturaleza misma, está en un proceso constante de transformación. Aparece en cierto momento la idea de que no basta la simple transformación, sino que es necesario que el poder tenga un fundamento y unos fines razonables, es decir, que tenga como causa y como fin a la persona humana. (art. 1 Cn. Salvadoreña)

Se tuvo especialmente en el derecho anglosajón, la idea de que el rey o el monarca, (primeras referencias con valoraciones políticas) deben respetar y reconocer algunos derechos de los súbditos; hay algo que está en su calidad humana que debe ser resguardado y protegido. La Carta Magna del Rey Juan (apodado Juan sin tierra) otorgada en 1215, probablemente sea el documento que expresa inicialmente la necesidad de establecer documentalmente una suerte de compromisos entre el Estado y el súbdito, término usado durante parte de Edad Media que corresponde al segundo milenio y durante el período del Estado Nacional Absolutista que se inicia en el Siglo XVI.[144]

144 El lector puede consultar este texto en mi libro Derecho Constitucional de El Salvador, Tomo segundo, y advertirá la importancia que en la Carta, adquiere el derecho de propiedad individual y su conservación por la herencia, reglas del debido proceso, reglas sobre pesas y medidas, etc., véanse los arts.39 40,42, 52 y otros, págs. 100 y 101)

Tanto el sistema de derechos estamentales (edad media) y de los "derechos reconocidos" u "otorgados" en el período absolutista, de algún modo, ciertos derechos se proclamaron y reconocieron como garantías ciudadanas a cargo del Estado.

1. Inglaterra

Uno de los documentos que se cita como principio del cambio en las concepciones jurídico sociales y de los estatutos de los derechos del hombre, es la Magna Carta Libertatum (concedida por "Juan Sin Tierra", a sus barones, en Runnymede, junto a Windsor, Inglaterra en 1215), considerada como el primer documento que afirma algunos derechos públicos de los ciudadanos británicos. El carácter genérico de sus términos permitió a las generaciones posteriores encontrar en sus artículos principios de alcance mucho más vastos que el simple reconocimiento solemne de los propios privilegios antiguos impuesto por sus signatarios al reacio monarca.

En el siglo XVII, durante el período de los Estuardo, se desarrolla una serie de eventos protagonizados por la Corona y el Parlamento, que traen como consecuencia la proclama de algunas concesiones derechos a favor de los súbditos ciudadanos. "La Petición de Derechos (petitión of rights) de 1623, presentada por el Parlamento y acogida después de muchas resistencias por Carlos I, en la cual se reafirman las limitaciones tradicionales impuestas a la autoridad real, razón que impide, al rey mantener un ejército sustraído al control parlamentario, la posibilidad de alojarse coactivamente en las casas de los particulares e imponiéndole una disciplina especial."[145]

"La ley relativa al "Habeas Corpus", emanada en forma definitiva en 1679, bajo Carlos II, con la cual se impedía toda detención arbitraria, (Garantía de la vida, la integridad física y moral) autorizando al mismo arrestado (o a su representante) para requerir al juez competente la expedición de un decreto mandando el traslado a juicio del imputado dentro de un término máximo de veinte días (dirigido a sus guardianes, que están obligados a plegarse bajo amenazas de graves sanciones). Procedimiento en claro contraste con el vigente entonces en Francia, las llamadas "lettres de cachet": órdenes de encarcelación."[146]

Finalmente, la Declaración de Derechos (Bill of Rights) formulada en 1689 por la Cámara, y sancionada luego por Guillermo y María de Orange, asumir la Corona Británica. En tal documento, después de haber enumerado todos los actos arbitrarios de Jacobo II, se reafirmaba el soberano estaba sometido a las leyes fundamentales del reino, tal principio del Parlamento votaría sólo año tras año los impuestos solicitados por el Gobierno real.[147]

---

145 Vid. Obra citada, donde podrá advertirse el énfasis en la liberación de los ciudadanos de cargas impositivas, que beneficiaban a la realeza, la protección de la libertad, etc., arts. 3, 4,1 y 11, pág. 104).)

146 Vid. Obra citada. Pag.108 y sigs. En el texto puede constatarse que la garantía de libertad consagrada, todavía no termina de ser aplicada adecuadamente en El Salvador, después de más de trescientos años.

147 Historia Universal, Vol. II, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1970. Además, (Vid. Parte final, Cap. Primero, No.6 supra)

Todo esto refleja un intento de arrancar al rey algunas concesiones, que operan como regulaciones contractuales o legales a favor de los barones o burgueses ingleses, con un mismo carácter que los derechos actuales pero no tuvieron el sentido de derechos fundamentales. Con algunos agregados en la época contemporánea como la ley del parlamento y otros, estos documentos conforman el derecho constitucional inglés, aunque formalmente no exista Constitución en virtud de la naturaleza consuetudinaria de su derecho."

2. Francia

La Declaración francesa de 1789 fue promulgada dejar presente las norteamericanas, poco anteriores; pero es indudable que fue resultado directo del movimiento filosófico-político determinado por el iusnaturalismo europeo (que ya había actuado, por otro lado, sobre los mismos constituyentes estadounidenses). Los 17 artículos de la Declaración que sirvieron de preámbulo a la Constitución monárquica de 1791, afirmaron, en efecto, los derechos naturales "del hombre y del ciudadano", con fórmulas de valor absoluto y universal (si bien, en la realidad concreta, fueron elaborados con la mira específica de asegurar para el futuro las conquistas realizadas por las clases burguesas con la revolución victoriosa, tutelando el nuevo orden social contra ulteriores movimientos insurgentes). El derecho de propiedad y el de libertad eran la base del programa revolucionario. Ambos constituyen la base para destruir el sistema absolutista y la reivindicación de los derechos individuales.

Con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se pone fin a los gobiernos absolutistas y se instauran los regímenes liberales; de una sociedad estamental se pasa a una sociedad clasista, la burguesía; después vendrá el Estado Burgués de Derecho, expresión racionalizada de la clase social triunfante. En la Constitución de 1958 se reconoce e incorpora como norma constitucional esta Declaración, además del preámbulo de la Constitución de 1946."[148] Francia, lo mismo que los otros Estados constitucionales del siglo XIX crea, da vida y protege la nueva concepción del hombre que resulta del rescate de la libertad del hombre frente al poder, tal ser humano es un "individuo calculador, egoísta, en definitiva la imagen teórica del burgués."

Este es el desarrollo histórico abreviado que nos expone Carl Smith en su Teoría de la Constitución, en la que afirma que el desarrollo histórico de los que él llama derechos fundamentales, comienza con la Magna Carta del Rey Juan, en 1215 y culmina con la Constitución alemana de Weimar en 1919 y que los más importantes de tales derechos son: libertad, propiedad privada, seguridad, derecho de resistencia y libertades de conciencia y religión. Sobre esto quizá lo más valioso en aporte que tiene Smith es que: "un derecho es fundamental, cuando existe por sí, sin requerir leyes ulteriores que lo

148 Vid. Texto Constitución francesa de 1958. Mario Solano, obra citada.

confirmen y/o desarrollen, tal es el caso de la libertad; la otra idea es que en esta materia, la esfera de las libertades del individuo, son ilimitadas en principio y que las facultades del estado son limitadas en principio (Principio de distribución)."[149]

3. Alemania

"Tiene el privilegio de haber utilizado el término de derechos fundamentales en la Constitución de 1849 y señaló la libertad de residencia, de cultos de reunión y de asociación y otros, sin embargo, dice Carl Schmitt, la Asamblea Nacional de Francfort de 1851 la declaró nula La Constitución prusiana de 1850, validó algunos de estos derechos hasta desaparecer en la Constitución de Bismarck de 1871.

La Constitución de Weimar de 1919, rescata el principio de los derechos y deberes fundamentales que sentarían las bases para el Estado Social que no sería capitalista burgués, ni socialista bolchevista. Al respecto dice Smend, que si esto "significa o implica un sistema político de corte burgués, o por el contrario de corte socialista, o si se trata de un mosaico de los más variados colores políticos."

4. Estados Unidos de América

En Virginia, se proclama una Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1776), le sigue la de Pennsylvania en ese mismo año. La Constitución federal de 1787 no contenía declaración de derechos fundamentales; pero las precedentes declaraciones aseguran los derechos de libertad, propiedad privada, seguridad, derechos de resistencia, etc., posteriormente las enmiendas constitucionales, fundadas en el particular acento republicano y presidencial, y el desarrollo de los partidos políticos, configuraron una nación que ha privilegiado el respeto de los derechos fundamentales, especialmente la propiedad, que ha marcado un significado propio a la libertad del ciudadano norteamericano que se ha desarrollado en un marco jurídico político en términos económicos individualistas.[150]

5. Unión Soviética

La extinta Unión Soviética, por medio del Congreso panruso de los Soviets, proclamó que la declaración de los derechos burgueses no son más que medios de la dominación capitalista especialmente para favorecer la propiedad privada, que luego fue abolida, y como resultado quedó separada la iglesia del Estado y la escuela de la iglesia a quienes se les reconoce la libertad de propaganda religiosa y antirreligiosa.

---

149 Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

150 Vid. Mario Solano. Obra citada. Documentos completos de la Independencia de Estados Unidos: Declaratoria de independencia, Constitución de 1787 y Enmiendas.

"Es importante destacar la posición socialista que representa la interpretación materialista de la historia y con ello el escepticismo en relación a las libertades burguesas que solo favorecieron un segmento de la población y que configuran de acuerdo a esa misma idea, de que el Estado y el Derecho son instrumento de dominación que la burguesía utiliza en contra del proletariado. Históricamente se ha demostrado que el desarrollo del Estado burgués de derecho, la interpretación y ejecución abusiva del liberalismo y su expresión económica, el capitalismo, hicieron durante la primera mitad del siglo XIX. La historia tiene muchos testimonios de estos hechos. Por otra parte, la teoría del derecho subjetivo público, que había sido necesaria para explicar el tránsito del derecho natural al derecho positivo, resultó insuficiente para dar respuesta convincente a las necesidades reales de la sociedad. Esto se orienta a otra etapa."[151]

La actual federación Rusa, ha evolucionado y ha generado un cambio en su constitución de los años noventa y por supuesto, presenta una tendencia hacia la democratización del Estado; por tanto, adopta, los criterios del constitucionalismo clásico, con las características del estado social y democrático de derecho y su proximidad con el Estado constitucional.

Capítulo Sexto
El Estado Social

1. Consideraciones Generales

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 movimientos, ni desarrollarlos en una síntesis como ésta; sin embargo para llegar a la noción de Estado Social 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. Socialismo Utópico; 2.- Socialismo científico; 3. Socialismo reformista; 4.-Doctrina social de la iglesia; 5.- Constitucionalismo social.

"Originalmente el principio del Estado de Derecho (liberal, burgués) 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 su nacimiento al fracaso del Estado de derecho (versión liberal) 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 que el Estado no interfería en su vida; el

151 Vid. Historia de las Ideas Políticas. V. Prokrovski y otros, Editorial Grijalbo; México 1966 El Materialismo Histórico. F.V. Konstantinov, Grijalbo, México D.F. 1960, Pags. 162 y sigs. El Estado y Derecho... Vid. Mario Solano: Derecho Constitucional de El Salvador, To. 4. (Universidad Tecnológica de El Salvador, 2006)

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."[152]

Debemos entender que, en su preciso desenvolvimiento histórico y con independencia de la perpetua validez de los principios, estas ideas se articulan al servicio de los intereses de la burguesía. La Ley es votada por un Parlamento 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 aquellos 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, (el conflicto) se desencadenó, el capital renuncia a los principios, está forzando al Estado para que asegure 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.[153]

A partir de las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII (bloodless, en Inglaterra; revolución francesa, independencia e los EE.UU) 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, entre otros, presionaron a los poderes económicos para lograr el cambio del individualismo liberal, al Derecho y al Estado.

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; se da el paso siguiente que es el Estado Social, cuyas características describiremos enseguida y desde ya debemos considerarlo como un antecedente de la figura motivo de este estudio, que es el Estado Social y Democrático de Derecho, que conserva los conceptos básico del Estado Liberal y del Estado Social, pero al buscar la perfección, tal como lo han hecho en España, Alemania, algunos países sudamericanos, al menos las constituciones de esos países es lo que están estableciendo en el marco de sus ordenaciones; establecido lo anterior analicemos los componentes y distintas formas en que se manifestó el estado social.

---

152 Wolfgan Horn, Estado de Derecho y Estado Social, publicación de CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer. Buenos Aires, Argentina. Págs. 174 y sigs.

153 Ignacio 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…

2.- Contradicciones en el Estado Social

El tránsito del Estado individual al Estado social, trajo sus propias contradicciones y frustraciones: Las primeras se dan por la necesaria intervención 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, en categorías jurídicas propias del estado social. Armonizar estos dos procesos y mantener los logros o efectos positivos del individualismo y del socialismo, se ha tratado y se logra en unas sociedades, cuando después de mucho ejercicio democrático y mediante procesos de cultura y filosofía política, se llega a la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, (ESDD) 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 derechos, 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 derechos 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. "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."[154]

3. El Componente Democrático

Las Constituciones contemporáneas se definen, ya no sólo como Estados sociales, sino que se agrega el carácter Democrático y de Derecho (ESDD); la ley Fundamental para la República Federal de Alemania, 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 reconoce los derechos de maternidad, para la protección de la familia."[155]

154 Horn. Obra citada

155 Ibíd.

"Esta obra tiene ese sentido, ese propósito el de presentar a los gobernantes las ideas prevalecientes en otras constituciones que responden a los avances del derecho constitucional; la tarea que nos hemos propuesto, además de los fines académicos, tiene un interés de marcar señales y abrir surcos mentales, a efectos de que el poder público tenga un principio de orientación procedente del claustro académico, sin intereses fuera de su propio proyecto y en el marco de sus funciones estatutarias y de la ley."

Elías Díaz, jurista español, nos confirma lo expuesto en la primera parte del párrafo que antecede y 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, por el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, se concibe 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."[156]

Elías Díaz afirma sin duda alguna, que lo característico del Estado de Derecho es 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 Welfare 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 encuadrados, con diversidad de matices, en la fórmula del Estado social de Derecho."

4. El Estado Administrador

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 aquel. 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."[157]

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

157 Ibíd

El denominado fracaso del Estado de Derecho, en su etapa liberal, debido al agravamiento de las reclamaciones sociales, ha dado lugar a que "las organizaciones y partidos de raíz obrera logren 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 presupuestaria redistribuidora y a la dotación de servicios públicos universales, procura condiciones materiales que permiten a cada uno el disfrute efectivo de los derechos."

Es irrefutable que el paso por esta etapa en la evolución del Estado de derecho tiene sus propias contradicciones, especialmente en cuanto al sacrificio de la libertad y probablemente de la dignidad humana, que se hizo durante gran parte del desarrollo e instauración; un fenómeno que también acompañó al Estado liberal y su sistema capitalista que en su nombre, los gobiernos han atropellado a los ciudadanos en sus reclamos políticos, al grado que en algunos casos como en Sur América, Centroamérica y en el caso de El Salvador, el estado social ha figurado formalmente en sus constituciones, pero en la práctica con graves sacrificios de los derechos fundamentales, inclusive de aquellos que fueron consagrados por el Estado liberal.

"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, así asegurar 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."[158]

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 estamos siguiendo en esta obra.

5. Reflexiones de Elías Díaz

"Es importante subrayar todo esto para no incurrir en el error, frecuente hoy, de pensar que el Estado social —en el que, junto a otras tendencias y partidos, colaboraron activamente también sectores socialdemócratas— hubiese sido el modelo que agotaba o conformaba las propuestas de todos los socialistas de entonces. La verdad es que fue siempre clara y constante la denuncia, desde esta perspectiva, de sus grandes insuficiencias y limitaciones de fondo (como habría de verse muy pronto), así como el alto grado de dependencia y sometimiento que implicaba para el «tercer mundo», la situación de «guerra fría» internacional en la que se desarrollaba, y también los graves riesgos de

158 Ignacio Gutiérrez, Globalización, Estado y Derecho constitucional

alienación consumista y tecnocrática a costa de los cuales se llevaba a cabo la relativa integración de ciertos sectores de la clase obrera en el implantado sistema.[159]

En definitiva, el Estado social, el Welfare State, fuera lo mejor que entonces (y ahora) se podía hacer con el capitalismo vigente, que pasó por aquellas fechas a rebautizarse más bien como neocapitalismo. No se puede en modo alguno decir que éste fuera ya el modelo de organización ni el Estado de los socialistas, aunque se pensaba que—a través de su autentificación y profundización, llegar a serlo.

La crisis del Estado intervencionista, regulador, empresario y en cierta medida redistribuidor, a la vez, Estado del bienestar, Estado de servicios y derechos sociales, ha sido así la crisis de ese denominado «viejo paradigma.» De él quedan y quedarán, cosas válidas que algunos socialistas, nunca negaron: entre ellas, el intento de movilizar las instituciones públicas democráticas para hacer algo —a pesar del capitalismo— en pro de una mayor igualdad, de una incipiente relativa igualdad, dé un nivel de organización de la seguridad social y de la protección de ciertos derechos económicos, laborales y culturales que hasta la intervención del Estado social habían estado abandonados al «libre» juego de las fuerzas del mercado y de las meras disponibilidades privadas de cada cual.

El creciente aumento de las demandas de necesidades básicas por cada vez más amplios sectores sociales —pretensión que no sin fuertes resistencias en un principio, viene siendo después poco a poco aceptada por el sistema por implicar mayores niveles de integración y legitimación— de hecho ha llevado, a una crisis de dicho modelo estatal, una vez quebrada la facilidad de la acumulación proveniente sobre todo de la explotación del Tercer Mundo. El crecimiento, la realización del Estado social, se ha revelado así claramente contradictorio con ese modo privado de producción y apropiación. La crisis se ha agravado por el enorme, aumento del gasto público originado por la absurda carrera de armamentos mantenida por la política de bloques durante todos estos años.

5.1 Constitución de Weimar de 1919

La fórmula concreta "Estado Social de Derecho" (ESD) 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.[160]

---

159 Elías Díaz. Obra citada

160 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.

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.[161]

En un momento de crisis del Estado liberal, construido sobre la base de Estado, 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.

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, que incluye 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 habla 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."[162]

---

161 Ibíd.

162 Francisco J. Bastida y otros, Derecho Constitucional, editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1999

"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 post industrial. 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. A este respecto es indudable que esta forma de estado, debe de distinguirse de algunas soluciones sociales realizadas por 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 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."[163]

5.2 Constitución de la República Española de 1931

El movimiento revolucionario, democrático y socialista que se realizó en Europa durante el siglo xix, también abarcó a España, sin embargo, es hasta en la Constitución republicana de 1931, que se consagran las instituciones propias de esta forma de Estado. El Capítulo II, del Título III (Familia, Economía y Cultura) consagraba una concepción intervencionista 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.[164]

163 Ibíd.

164 Ibíd

5.3 Avances en el constitucionalismo del siglo XX

Tal como lo han sostenido el profesor Durán, en Venezuela y los investigadores William Bermúdez Bueno y Juan Carlos Morales Manzur en Colombia, el Estado social, se caracteriza por su compromiso con la promoción del bienestar en la sociedad. Las características básicas del Estado social de Derecho son las mismas que la del Estado liberal, aunque las funciones del Estado varíen sustancialmente, pasando de un Estado abstencionista a un Estado intervencionista y redistribuidor de recursos.[165]

El constitucionalismo social se inicia en el período de entreguerras con la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, la alemana de Weimar de 1919 y la española de la II República de 1931, que tratan de ser un pacto entre las clases medias y los partidos obreros (13). Pero fueron los textos constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial -Constitución Francesa de 1946, Constitución Italiana de 1947- los que comienzan a atribuir garantía jurisdiccional a algunos derechos sociales, convirtiendo en derecho positivo muchas aspiraciones sociales. La expresión Estado Social –sozialer Rechtsstaat- aparece por vez primera en las Constituciones de los Länder alemanes y en el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La Constitución Española de 1978 señala en su art. 1.1 que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho." Esta expresión –España es el sujeto de la oración-, norma de apertura semejante al art. 1 de la Constitución española de la II República –"España es una República democrática de trabajadores de todas las clases"- y al art. 1 de la Constitución Italiana de 1948 –"Italia es una República democrática basada en el trabajo"- supone una materialización del poder constituyente y una ruptura con el modelo de Estado franquista. La expresión representa una fórmula de síntesis que define nuestro Estado con tres características: Estado de derecho, Estado democrático y Estado social. De esta forma, España como nación opta por un tipo de organización que se denomina Estado social y democrático de Derecho. Los preceptos constitucionales de carácter social de nuestra Constitución –igualdad real y efectiva, derechos sociales, principios rectores de la política social y económica, Constitución económica- condensan la experiencia en el ámbito del Estado social de los países occidentales (Las tres notas definitorias del Estado se corresponde con los valores superiores que a continuación se propugnan: el Estado de Derecho, que contrapone el Estado con la sociedad, y afirma una esfera de libertad de los individuos; el Estado democrático, que exige la soberanía popular y el pluralismo político; y el Estado social, que atribuye al Estado una intervención dirigida a la corrección de las desigualdades y a la consecución de una igualdad real.

La expresión "Estado social y democrático de derecho" es fruto de la evolución ya descrita y asume la interdependencia del constitucionalismo liberal, democrático y El Estado social .- Como puede advertirse estamos arribando a un nuevo momento de la

165 Antonio Troncoso Reigada.-. Profesor Titular de Derecho Constitucional.-Material Docente de Derecho Constitucional. El Estado Social; citando a:

evolución del Estado de Derecho, al posicionarse ya en la forma dicha y que constituye el tema central de esta obra tal como lo veremos más adelante y su desarrollo lo encontrará el lector en el Libro Segundo de esta obra, por lo que no se extiende más este punto.

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, 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. 11.-

"La Revolución Mexicana, que se inició en 1910 y que culminó en 1917 con una nueva Constitución, también hizo su aporte a la gestación del Estado Social de Derecho, ya que ésta fue la primera en el mundo que consagró con los derechos sociales de los trabajadores asalariados (Artículo 123) y los derechos de los campesinos (Artículo 27). También en Alemania, en 1919, se aprobó la Constitución de Weimar que estableció la obligación del Estado de realizar acciones positivas para darle satisfacción y cumplimiento a los derechos sociales.

R. Conbellas dice: "El periodo de entre guerras constituyó un crisol de experiencias que puso de manifiesto un hecho crucial en el desenvolvimiento de la idea del Estado: la necesidad e irreversibilidad del intervencionismo estatal. Tal intervención se concibe como la asunción de un papel de primera importancia en la gestión económica y social de la sociedad, y el relieve de las políticas económicas como políticas de primer rango en la estrategia de acción del Estado."

6. Efectividad de los derechos individuales y de los derechos sociales

El problema del cumplimiento efectivo de los derechos sociales ha interesado a 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 válida que haga exigible su cumplimiento, conforme a las reglas clásicas del derecho civil, pero lo son en un orden jurídico, axiológico y político en el marco del derecho constitucional moderno y el derecho internacional; en estos ordenamientos que se orientan a la realización de los valores de dignidad, igualdad formal y material, solidaridad, fraternidad, etc., que en los marcos constitucionales, como España y Alemania, además de definir a los estados como instituciones de carácter democrático y social, señalan que los poderes públicos promoverán las condiciones y combatirán los obstáculos existentes que impidan el

cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución; este análisis se enriquecerá en el desarrollo de este estudio.

1.- 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 más 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, 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.

"Con frecuencia 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."[166]

166 cfr. j. Pérez royo, estado social de derecho (do constitucional), aa.vv, enciclopedia jurídica básica, ii, civitas, madrid, págs. 2924-2926..

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. Administración y Estado social de derecho

"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, etcétera.

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."[167]

"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.

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." [168]

---

167 cfr. F. tena Ramírez, derecho constitucional mexicano, Porrúa, México, 1981; j. F. Ruiz Massieu y D. valades, nuevo derecho constitucional mexicano, Porrúa, México, 1983.

168 cfr. Konrad Hesse, Konrad Hesse "Escritos de Derecho Constitucional" prestigioso constitucionalista alemán (grundzüge des verfas sungsrechts der bundesrepublik deutschland, cit. págs. 85-88; t. maunz y r. zippelius, deutsches staatsrecht, c.h. beck, münchen, 1994, págs. 60-62 131-133 y 162.

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, a saber, 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.

LIBRO Segundo

El Estado Social y el Neoliberalismo

Título Primero

Origen, Conceptualización, Características y Desarrollo del Estado Social

Capítulo Primero

El Surgimiento del Estado Social

Introducción

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, debemos darle vigencia al principio de igualdad con la aplicación de la justicia que actualmente tienen el carácter de derechos fundamentales, fundamentalmente por su reconocimiento en las constituciones y en el derecho internacional especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos; (10-12-48) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales(16-12-66); y en el sistema interamericano por la Convención Americana de Derechos Humanos (22-11-69), Pacto de San José, y en esta materia, destaquemos el Protocolo de San Salvador (17-11-88) y en general los otros instrumentos internacionales.

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, convirtiéndose, 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 solo al Ejecutivo, sino también al legislador. Su eficacia y realización concreta no dependerá sólo de su implantación en los textos normativos, sin en el entendimiento y concertación de la sociedad y el Estado, como ya se ha expuesto. Los primeros derechos sociales (social rights) -que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales- surgen como formas de protección a los obreros, tanto como a los infortunios derivados del trabajo.

En el caso de El Salvador, fue hasta en 1950, que la Constitución, incorporó el régimen de derechos sociales, limitado a: familia, salud pública y asistencia social, trabajo y seguridad social, educación, ciencia y cultura, etc.; la actual Constitución, ha reconocido estos derechos; los gobernantes la han aplicado con dudas, con aciertos en algunos campos, sin ideas definidas y con grandes dificultades en otros, con resistencias de la empresa privada, presionados por los sectores laborales, como en el caso del sistema de seguridad social, salud, pensiones, vivienda, pago de impuestos, etc. En el país hay mucha evasión y elusión de los impuestos; a esta fecha (mayo 2015), el gobierno publica nombres de las empresas deudoras de los impuestos; otro caso podría ser el de los deudores del sistema de seguridad social, en el que la falta de pago de las cotizaciones es constitutiva del delito de apropiación indebida.

El principio de un modelo distinto al modelo liberal, está ahí, esperando que se desarrolle con equidad sin exclusiones, para dar a cada quien su puesto social, hay que tomar en cuenta que el valor y condición supremos de los seres humanos, es su dignidad, y hablamos de todos sin discriminación alguna; en tal sentido es necesario que al planificar la política y forma de enfrentar los problemas nacionales, se debe considerar la conformación y promoción de una sociedad solidaria, que transite de la cultura egoísta a la cultura humanista; de tal manera que la realización del valor dignidad humana proclamado en la Carta de las Naciones Unidas y en general en la normativa internacional, pero débilmente mencionado en el constitucionalismo salvadoreño, sea retomado y proclamado por el estado, por la sociedad y por todos y cada uno de los ciudadanos, a efecto de que la dignidad humana sea el principio rector y el referente obligatorio, para encarar, analizar y resolver la vida de nuestros ciudadanos y de sus familias. Un ejercicio de reflexión diferente del sector privado, podría ser una reacción positiva, una acción coadyuvante a los esfuerzos de pacificación del país.

Lo que se dice en el caso de El Salvador, aplica a los países de América Latina y por ello las relaciones entre empleadores y trabajadores, todavía se realizan en la lógica de amigo enemigo, resabio todavía de la relación explotador y explotado; en cuanto a las causas del Estado Social de Derecho, distintos autores e investigadores de esta materia, han manifestado las causas de su aparecimiento; entre otros Víctor Manuel Durán, en un excelente trabajo investigativo, sostiene:

"Como consecuencia de la convergencia de la ideología liberal capitalista y de la 1ª Revolución Industrial, surgió un Nuevo tipo de trabajador, el obrero industrial una nueva clase trabajadora, el proletariado así denominado por Marx, el cual, debido sobre todo a la aplicación de los principios económicos y políticos del liberalismo, fue objeto de una súper explotación, que en muchos casos llegó a situaciones peores que la de la misma esclavitud"; ahora en la relación enunciada (vid supra) amigo enemigo.

La mayor ofensa que se ha cometido en contra de la dignidad humana ocurrió durante esa primera fase del Estado liberal y su proyecto económico, al aplicar la aborrecible "Ley del bronce", por la cual se pagaba el salario de los trabajadores, según las calorías /trabajo/, ni más ni menos, que hubiere gastado en la elaboración y terminación de un producto, calorías que había que reponer; esto es un ejemplo de lo que ocurriría después al desarrollarse la sociedad industrial, y que lamentablemente todavía sigue ocurriendo en algunas sociedades, en las que las constituciones son simples disfraces formales y que su versión material no termina de establecerse; estas sociedades están ancladas a concepciones liberales o fórmulas neoliberales, que argumentaciones sobre la necesidad de un estado mínimo, han recuperado parte de los principios del liberalismo clásico que solo alimentan las peores formas de explotación y sacrificando la dignidad humana mediante el pago de salarios indecentes y en las peores condiciones de trabajo.[169]

Ley de bronce del salario

El economista inglés David Ricardo (1772-1823), uno de los más importantes exponentes de la escuela clásica, sostuvo que el mecanismo del mercado conducía, a que el trabajador ganara lo que él llamaba el "salario natural", esto es, el mínimo para que pudiera subsistir. Según su opinión, ese era el punto de equilibrio que encontraban las fuerzas del mercado automáticamente, puesto que si el trabajador ganaba menos que eso, moría o se enfermaba, es decir, se inhabilitaba para el trabajo; y si ganaba más, el incremento de la oferta de brazos pronto echaba abajo los salarios, con lo cual se restablecía el equilibrio representado por el "salario natural." El alemán Ferdinand Lassalle (1825-1864), teórico económico líder y obrero, denominó ley de bronce del salario a la teoría de Ricardo, porque, según ella, la remuneración de los trabajadores se regía por el coste de producción de la fuerza de trabajo, es decir, por el valor que demandaba la subsistencia de los trabajadores, de modo que éstos difícilmente podían mejorar sus ingresos.

169 Enciclopedia de la Política.- Rodrigo Borja Cevallos (1935) es autor de varios libros y ensayos, entre ellos: "Tratado de Derecho Político y Constitucional", "Socialismo Democrático", "La ética del poder", "El asilo diplomático en América", "La democracia en América Latina", "Derechos humanos: una nueva perspectiva", "Democracia y populismo", "Recovecos de la Historia" y "Sociedad, Cultura y Derecho. Captura de http://www.enciclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=e. 11.08/25/08/15

Según el criterio de Ricardo, la inflexibilidad del salario era tal, que estaba sometido a un verdadero cerco de bronce del que no podía salir. Lo cual motivó la gráfica calificación de Lassalle.

1. Causas del aparecimiento del Estado Social

"Esta situación ha alentado, dice el profesor Durán, la lucha de la clase trabajadora y de otros movimientos políticos que cuestionaron fuertemente al sistema capitalista y al Estado Liberal de Derecho, al cual se le fueron introduciendo cambios que culminaron con el surgimiento de dos nuevos tipos o formas de Estado: El Estado Socialista Marxista y el Estado Social de Derecho."[170]

Durán, también, relaciona como causas del aparecimiento del estado Social, con la Crisis Económica del Capitalismo de 1929. "En el siglo XX hubo dos grandes crisis del Sistema capitalista en el ámbito mundial: El "crack" de 1929 que justamente dio paso primero al New Deal de Roosvelt, al "Estado de Bienestar" (Welfare State) y al Estado Social de Derecho y la crisis de 1970, que paradójicamente dio origen al neoliberalismo, que está desmontando el Estado Social de Derecho."[171]

Estas afirmaciones de Durán, deben ser consideradas seriamente por los constitucionalistas, por los partidos políticos democráticos, los sectores académicos, laborales y empresariales y en general los ciudadanos; en primer lugar es consecuente que después de dos crisis del sistema capitalista: 1929 y que se repite en los años setenta y especialmente lo que se ha visto en la primera década del presente siglo, estarían generando condiciones para que por todos los medios y a cualquier costo se impongan los postulados del neoliberalismo en contra del Estado social y democrático de derecho.

"De esta crisis de 1929 surgió una nueva concepción del Estado: la visión del Estado del New Deal (Nuevo Trato), que fue implantado en Estados Unidos por el Presidente Roosvelt, por orientación y asesoría del economista inglés John Maynard Keynes, premio Nobel en economía, que en 1926, en un libro denominado "El fin del dejar hacer" (*The end of the laisser faire*), afirmaba que, "Los principales defectos de la sociedad en que vivimos son su incapacidad para proporcionar pleno empleo y su arbitraria y desigual distribución de las riquezas y de las rentas." Y para corregir esto, en su libro "Teoría General del Empleo, del Interés y de la Moneda", propuso un papel más activo

170 Estado social de derecho, democracia y participación, por: Víctor Manuel Durán; ponencia realizada en la vii conferencia latinoamericana de trabajadores de los servicios públicos "estado social de derecho, Democracia y participación" valle de bravo, méxico, 22-25 de abril de 2001

171 Estado social de derecho, democracia y participación, por: Víctor Manuel Durán; ponencia realizada en la vii conferencia latinoamericana de trabajadores de los servicios públicos "estado social de derecho, Democracia y participación" valle de bravo, méxico, 22-25 de abril de 2001

por parte del Estado, convirtiendo a éste en un ente generador de empleos a través de grandes inversiones públicas y además haciéndolo un agente protagónico en el proceso de redistribución de las rentas, a través de los impuestos progresivos."[172]

"El Estado de Bienestar es una política que emprende el Estado enfrentando una situación de crisis. El Estado aparece como la única institución capaz de establecer los correctivos necesarios para salvar al capitalismo de sus agudas crisis. El Estado Social de Derecho es un concepto elaborado conscientemente, pues persigue dar una dirección racional al proceso histórico; programático, al implicar un programa de acción; y proyectivo, en la medida que intenta guiar al Estado, anteponiéndose y moldeando a los acontecimientos, en atención a una estrategia construida en función de la realización de valores.."[173]

"El Estado Social, es ahora, al menos en algunos países, especialmente europeos, de Derecho y democrático; no siempre ha sido así, pues en nombre de lo social en algunas sociedades, se sacrificó el ámbito de libertad y democracia. En la actualidad el propósito extendido en el mundo es construir el estado social en el marco de esos conceptos, democracia y libertad. La primera, entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: democracia política como método de designación de los gobernantes; y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad."[174]

"En efecto, la socialdemocracia adopta una visión positiva del Estado para alcanzar el poder, lo cual implica: en primer lugar, el reconocimiento del Estado como instrumento adecuado para realizar la reforma social." La concepción del Estado de la socialdemocracia es la de promotor del desarrollo y su programa plantea la lucha por construir sociedades donde haya democracia política y democracia económica, desarrollar y extender la propiedad pública, sobre todo en las áreas o sectores estratégicos y desarrollar formas de propiedad social tales como cooperativas de producción.[175]

---

172 Estado social de derecho, democracia y participación, por: Víctor Manuel Durán; ponencia realizada en la vii conferencia latinoamericana de trabajadores de los servicios públicos "estado social de derecho, Democracia y participación" valle de bravo, México, 22-25 de abril de 2001

173 Allan Brewer Carías.- Un excelente jurista venezolano, autor de muchas obras constitucionales, allan brewer carías, ha escrito entre otras obras:cambio político y consolidación del estado de derecho 1958-1998, colección tratado de derecho constiucional, tomo iii,. fundación de derecho público, editorial jurídica venezolana,. caracas, 2015 .la primera parte del volumen es el texto del libro cambio político y reforma del estado. contribución al estudio del estado democrático y social de derecho, redactado en cambridge, inglaterra, entre 1972 y 1974, publicado en 1975 por la editorial tecnos de madrid en 1975, citado po el profesor Durán;

174 Allan Brewer Carías.- Un excelente jurista venezolano, autor de muchas obras constitucionales, allan brewer carías, ha escrito entre otras obras:cambio político y consolidación del estado de derecho 1958-1998, colección tratado de derecho constiucional, tomo iii,. fundación de derecho público, editorial jurídica venezolana,. caracas, 2015 .la primera parte del volumen es el texto del libro cambio político y reforma del estado. contribución al estudio del estado democrático y social de derecho, redactado en cambridge, inglaterra, entre 1972 y 1974, publicado en 1975 por la editorial tecnos de madrid en 1975, citado po el profesor Durán;

175 Ricardo Conbellas :Jurista venezolano. abogado, universidad central de venezuela (1969). doctor en ciencias políticas, ucv.estudios de postgrado en ciencias políticas en la universidad de munich, alemania.profesor titular (catedrático) universida central de venezuela (ucv). director de la escuela de estudios políticos, ucv. director del insti-

En la afirmación de Conbellas, se advierte algo de lo que acabamos a de exponer en el sentido que los programas sociales, la intervención de los estados debe ser en un marco jurídico y democrático, que no ponga en peligro la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que lo programas se formulen manteniendo el principio de la supremacía constitucional, con tribunales constitucionales independientes, con eficacia normativa directa de las constituciones y con plena participación política en unos partidos políticos democráticos, que aseguren la representación mayoritaria y terminen con el sistema de partidocracia que descansa en el poder de las cúpulas que los dirigen.

2. Condiciones para el aparecimiento del Estado Social

El surgimiento del Estado social (social state) se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones:

A) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;

B) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;

C) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.[176]

En las sociedades primitivas, y aun en las sociedades rurales pre-modernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido a: a) el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; b) la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y c) un replanteamiento de las redes de asistencia social. Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los

---

tuto de estudios políticos, ucv.vicepresidente del centro latinoamericano de administación para el desarrollo, clad (1994-1998).asesor de la comisión bicameral de revisión constitucional del congreso de la república (1989-1992). miembro de la sociedad bolivariana de venezuela.presidente de la comisión presidencial para la reforma del estado, copre (1994-1999).director ejecutivo de la comisión presidencial constituyente (1999).representante electo ante la asamblea nacional constituyente (1999)director del doctorado en ciencias políticas, ucv (2000-2003).presidente honorario de la asociación venezolana de derecho constitucional.

176 Estudios Constitucionales.Por Miguel Carbonell1investigador instituto investigaciones jurídicas-unam. miguelc6@hotmail.com. enviado el 11 de octubre de 2007, aprobado el 30 de julio de 2008.. 1.-licenciado en derecho por la facultad de derecho de la unam., doctor en derecho por la universidad complutense de madrid, españa, investigador titular «c» de tiempo completo en el Instituto De Investigaciones Jurídicas De La Unam.Estudios Constitucionales v.6 n.2 santiago 2008eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problema constitution 's functionality and social rights: outline of some problemas(citas De Contreras Peláez, Francisco José (1996): defensa del estado social (sevilla, universidad de sevilla), p. 12. la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas constitution 's functionality and social rights: outline of some problem),

signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las "situaciones de dependencia" y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones. La vejez, la invalidez y las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las rutas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la "burocratización de la compasión."

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro factores de vulnerabilidad que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

a) El desempleo, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etc.-ob) La crisis de la familia; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera; c) el factor del sexo, que ha generado procesos de "feminización de la pobreza", que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y d) la inmigración; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera.[177]

177 Ibíd.- Carbonell, citando:
6 Contreras Peláez, Francisco José (1996):
8 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit, p. 13.
9 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit, p. 13.
10 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit., p. 14.
11 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit., pp. 15-16.
12 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit., p. 18.
13 Contreras Peláez, Francisco José (1996), cit, p. 1 Grupo de Investigación: Teorías de la Justicia y Derechos Humanos Departamento/Unidad: Filosofía del Derecho Situación profesional: Catedrático de Universidad (Sevilla)

3. Ineficacia del estado Liberal ante la problemática social

El investigador mexicano, Rodolfo Moreno Cruz, en un trabajo investigativo suyo, sobre la obra de Luigi Ferrajoli, dice: "La deficiencia que existe para el cumplimiento de las prestaciones sociales y asistenciales desde el marco teórico del clásico Estado de derecho, donde los derechos son considerados como derechos a prestaciones negativas. Por el contrario, las prestaciones sociales y asistenciales solamente son consideradas como "proclamaciones de principio" y como exigencias a prestaciones positivas que no tienen garantías de cumplimiento efectivas. Al ser esto así, el cumplimiento de los derechos sociales se deja para los grupos de presión más fuerte políticamente y esta forma de llevar a cabo las prestaciones sociales desencadena la existencia de "poderes ocultos e ignotos" cuyo resultado es un secretismo estatal. Aquí, alude Ferrajoli, se encuentra el fundamento de su crítica: la insuficiencia de aquel para dar respuestas a las exigencias del Welfare State.

Por otro lado, la segunda crisis atañe al concepto de soberanía. El derecho procede, en el Estado decimonónico, de una soberanía absoluta en el ámbito interno y externo. Pero esas características no se pueden presentar juntas ya que un poder absoluto tanto en el ámbito interno como externo es la negación misma del derecho. El poder, ahora se limita, tanto interna como externamente por los derechos fundamentales. El primero materializado en un constitucionalismo mundial y el segundo anclado en el proyecto de un constitucionalismo global.

"El Estado de derecho, para Ferrajoli no funcionó y por ello, hay necesidad de crear un modelo específico y ese modelo lo encuentra en el Estado constitucional garantista. Un Estado constitucional caracterizado por una doble sujeción: formal y sustancial. Ferrajoli, siguiendo a Bobbio, dedica una parte para explicar sobre la diferencia entre gobierno sub lege o gobierno per lege. Es decir entre un gobierno bajo la tutela de leyes (sub lege) y un gobierno a través de leyes (per leges). A su vez, el primero se divide en un gobierno con poderes otorgados por leyes (sentido débil o formal) y en un gobierno de poder limitado por leyes (en un sentido fuerte o sustancial). Con estas observaciones, Ferrajoli afirma que "el término 'Estado de derecho' se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de 'garantismo'. Por eso designa no simplemente un 'estado legal' o 'regulado por la ley' sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones..."[178]

178 Democracia y Derechos fundamentales en la obra de Luigi ferrajoli* por Rodolfo Moreno Cruz. Captado de internet: http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf . Profesor en la Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales De La Universidad Autónoma Benito Juárez De O=Axaca, México. El objetivo de este trabajo consiste en centrar nuestra atención en la propuesta de Luigi Ferrajoli sobre la relación democracia y derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli (n. Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940) es un juristaitaliano y luego nacionalizado frances .. uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.[1] Ferrajoli se define como un iuspositivista crítico.[

Ferrajoli manifiesta que los derechos fundamentales tienen una estrecha relación con la paz, ya que la paz es el medio para asegurar la vida y la supervivencia, valores que fundamentan a los derechos fundamentales. Por ello, para el profesor italiano, la garantía de la paz establece el límite de lo que los Estados no deben hacer: la guerra o los crímenes contra la humanidad, y como consecuencia, Ferrajoli no comparte, en absoluto, los criterios de guerra justa, guerra ética, guerra humanitaria o guerra en defensa de los derechos humanos. No hay, expresará en su reclamo a la intervención de la OTAN contra la federación yugoslava, una clara justificación moral, pues ésta dependería de los criterios que sirvieran para determinar el bien sobre el mal,19 pero sí hay claridad en cuanto a la ilegalidad de las guerras. Apelando al contenido del preámbulo y del artículo 11 de la carta de la ONU, afirma: la guerra —cualquier tipo de guerra— es ilegal.

Las causas de la guerra, para Ferrajoli, son muy claras: la política imperial, la desatención de los necesitados y la destrucción del ambiente. La política imperial, como la que desarrolla Estados Unidos, es un latente peligro para la paz. Es peligroso porque los países sometidos, constantemente buscarán su liberación y se vivirá en un acoso de guerra permanente; por ello, aunque se pueda ver como una ley del más fuerte, a la larga ni el mismo se verá beneficiado ya que —cita a Hobbes— el más débil siempre tendrá alguna posibilidad de matar al más fuerte. Por otro lado, la desatención de los necesitados en los que se agrupa el conjunto de los países que tienen problemas de hambre, miseria y enfermedades, también constituye una bomba de tiempo pues es irreal considerar que las cosas permanezcan indefinidamente como están. El cambio llegará por la vía violenta o por la razón artificial que es la democracia internacional. Agrega, nuestro autor, otra preocupación fundamental ligada al tema de la vida y la supervivencia: la protección del medio ambiente.[179]

La crítica del enriquecimiento indebido de las empresas de los países más ricos a cambio del uso de bienes comunes y generalmente con grave daño ecológico constituye una de las convicciones básicas de Ferrajoli. No encuentra una respuesta racional al uso y explotación de bienes comunes de la humanidad como las órbitas satelitales, bandas de éter, recursos marítimos, agua y en general todo tipo de espacios naturales a cargo de los poderosos que nunca dejan una beneficio a los países más necesitados

El constitucionalismo colombiano ha adoptado en su carta magna, el sistema del Estado social de derecho con el propósito de asegurar por intermedio del Estado y consagrado en la constitución de 1991: Las características del Estado Social de Derecho

---

179 Democracia y Derechos fundamentales en la obra de Luigi ferrajoli* por Rodolfo Moreno Cruz. Captado de internet: http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf . Profesor en la Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales De La Universidad Autónoma Benito Juárez De O=Axaca, México. El objetivo de este trabajo consiste en centrar nuestra atención en la propuesta de Luigi Ferrajoli sobre la relación democracia y derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli (n. Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940) es un juristaitaliano y luego nacionalizado frances .. uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.[1] Ferrajoli se define como un iuspositivista crítico.[

es el logro del bienestar general de los ciudadanos, no es únicamente la protección de los sectores menos favorecidos de la población, sino también el fomento de la cultura, la recreación, la protección del medio ambiente, la participación ciudadana y el aseguramiento de las condiciones por parte del Estado del bienestar de todas las capas sociales.

De la misma manera, consideran los autores, Bermúdez Manzur, que la jurisprudencia constitucional ha confirmado la nueva naturaleza del Estado colombiano al declarar, la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 1993, que el primer inciso del artículo 23 la expresión "imperio de la ley" de la Carta política, debe interpretarse en sentido material, como norma vinculante general y no como ley en sentido formal, es decir, expedida por el órgano legislativo, por cuanto la constitución es norma de norma, es rectora en sus principios fundamentales.[180]

De allí que se puede afirmar, que desde la puesta en vigencia de la Constitución Política de Colombia del año 1991 se configura un Nuevo tipo de Estado, es decir, un Estado Constitucional de Derecho, tal como lo refrenda la Sentencia SU-748 de 1998, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, cuando afirma que la actividad del Estado está regida por normas jurídicas, lo cual equivale a afirmar ceñidas al derecho, siendo la norma jurídica fundamental la Constitución en mención. Cabe resaltar que la normativa constitucional colombiana actual establece en su artículo 1º que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual está organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. De acuerdo a su propia normativa, Colombia se vislumbra como un Estado que atiende a los derechos, garantías, libertades de los ciudadanos, enmarcados en principios rectores que alude a la atención prioritaria de la condición humana, la preponderancia de la labor desempeñada, la ayuda y el bien común.[181]

4. La formula Estado Social de Derecho

Tal como lo hemos mencionado, Los autores de esta materia, coinciden en atribuir a Herman Heller, conjuntamente con Lorenz Von Stein, (algunos agregan al social demócrata Ferdinando Lassale) la creación de la fórmula Estado Social de Derecho y que esta aparece como tal "hasta el turbulento período de la República de Weimar y concretamente de 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 de forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias del Estado, fueran de origen nacionalsocialista o bolchevique."

---

180 William Bermúdez Bueno Y Juan Carlos Morales Manzur.58. Estado social de derecho: consideraciones sobre su trayectoria histórica en colombia a partir de 1991 cuestiones políticas, vol. no.28, no.48, 2012. facultad de ciencias jurídicas y políticas

181 William Bermúdez Bueno Y Juan Carlos Morales Manzur.58. Estado social de derecho: consideraciones sobre su trayectoria histórica en colombia a partir de 1991 cuestiones políticas, vol. no.28, no.48, 2012. facultad de ciencias jurídicas y políticas

El Estado social de derecho, es una nueva formulación del estado de derecho, es lo que se ha venido afirmando en este estudio; no se trata de formulaciones abstractas y únicamente jurídicas, es una visión que parte de realidades concretas; es un posición que ha enfrentado ya los resultados del estado liberal de derecho frente a la sociedad mundial, que solamente habría traído una nueva forma de absolutismo, esta vez ya no el absolutismo regio, sino de las diferentes formas de explotación que la burguesía, ha encontrado, protegiéndose con la bandera de la libertad; pero también ha encontrado otras formas de afrontar la cuestión social, proponiendo la solución de sus problemas pero sacrificando la libertad humana; pero en ambos casos como puede verse, no sólo en ese momento, sino lo que con otra visión y en otro extremo, puede estar ocurriendo actualmente con las soluciones neoliberales, que al final quien resulta perjudicado es el ser humano, el hombre común: frente a esas decisiones, como las aplicadas por el nacional socialismo y el comunismo,; de ambos extremos era necesario rescatar el estado de derecho, y esa es la propuesta de von Stein, Herman Heller y de otros autores que describimos en este análisis.

No obstante, según sea el contenido que se dé a la fórmula ESDD, pueden encontrarse ya antecedentes de la misma a mediados del siglo XIX. Si bien no la fórmula concreta, pero sí el contenido de la misma lo encuentra Wolfgan Abendroth, en las primeras agrupaciones obreras que, con los partidos pequeño-burgueses, desencadenaron la revolución parisina de 1848. Más concretamente, Abendroth encuentra dichos contenidos en las reivindicaciones obreras, que exigían la consideración del trabajo como un derecho a proteger por el Estado (sufragio universal) y en la exigencia de creación por el Estado de centros de producción gestionados por los propios trabajadores cooperativamente. Estas exigencias, Abendroth las encuentra teóricamente en "el droit de travail de L. Blanc", en las tesis owenistas, procedentes da Gran Bretaña. O sea que según Abendroth, sin cuestionar la paternidad del término a Heller, señala un acontecimiento social que pudo haber marcado el inicio de una nueva actitud de templanza y de reclamo de parte de las organizaciones laborales.[182]

Abendroth remite los orígenes del contenido de la fórmula del ESD a las reivindicaciones obreras del siglo xix, asociando con ello el carácter social de: la estatalidad al derecho al trabajo y a las exigencias democráticas en el ámbito del Estado y de los propios centros de trabajo. Ernst Forsthoff, por su parte, enlaza la idea social con la máxima revolucionaria de la fratemité, que, aparecida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, desaparece durante todo el siglo xix, al no cons-

182 Gerardo meil Landerlin* premio del centro de estudios constitucionales al mejor trabajo de los alumnos,curso 1982-83.-revista de estudios políticos (nueva época), número 42, noviembre-diciembre 1984. La referencia a Owens: bajo los términos socialismo utópico, primer socialismo, protosocialismo o socialismo premarxista (frühsozialismus, en alemán) se engloban a los pensadores socialistas anteriores al marxismo —cuyo inicio se sitúa en la fundación de la liga de los comunistas en 1847 y la publicación al año siguiente de su programa, el manifiesto comunista—.[1]los representantes más destacados del primer socialismo son robert owen en inglaterra, y henri de saint-simon, charles fourier y étienne cabet en francia. también se pueden incluir las corrientes insurreccionalistas de graco babeuf, filippo buonarroti y los neobabuvistas y de auguste blanqui

tituir ningún derecho positivo. Las reivindicaciones obreras parecen reducirse para Forsthoff a la crítica marxista, puesto que es la única que menciona para despacharla como no relevante, al negar el planteamiento marxiano el ED (ibíd. 1954 b, pág. 169). Es importante la cita porque ambos autores en sus planteamientos aparecen como destacando el origen del Estado social, en las reivindicaciones laborales (Abendroth); en tanto Forsthoff, lo hace consistir en la influencia francesa y las reivindicaciones obreras se reducen a la crítica marxista.

El primer desarrollo conceptual de un Estado constitucional social lo sitúa Forsthoff en la obra de Lorenz von Stein (Verwaltungiiehre (1869), asociado a una nueva legitimación de la monarquía como monarquía social, donde correspondería a la Administración el cuidado de la satisfacción de las necesidades sociales. No ha de sorprender que ambos autores encuentre la idea del Estado social en contextos diferentes, pues, mientras Abendroth quiere llenar el contenido social con planteamientos de socialización y democratización del orden económico-social, Forsthoff, por su parte, quiere reducir la característica social a la esfera de la Administración y concebir la Constitución en términos de Estado de Derecho en su sentido técnico-jurídico formal.[183]

La garantía de una existencia material digna para todos los ciudadanos depende considerablemente de la intervención del Estado. La libertad de los ciudadanos no estriba sólo en una liberación de los poderes públicos. La auténtica libertad y autonomía de la persona depende mucho de una serie de condiciones que no están a disposición de todos individuos. La dotación de estas condiciones es una clara tarea del Estado, un Estado que debe ser ya del aseguramiento social. Sólo los poderes públicos pueden remover obstáculos y discriminaciones sociales y favorecer una sociedad más justa. Corresponde al Estado hacer prevalecer los intereses generales de la sociedad sobre los de determinados grupos sociales, a través de una regulación que haga recaer cargas económicas sobre los más favorecidos y redistribuya y facilite la participación de los sectores más débiles.[184]

Esta función no la podía cumplir el modelo del antiguo Estado liberal, constituido en una salvaguarda del entramado institucional de la sociedad burguesa y de la propiedad privada. El Estado liberal no se inmiscuía en la realidad social y únicamente velaba por el funcionamiento de las normas generales que regulaban las relaciones

183 Gerardo meil Landerlin* premio del centro de estudios constitucionales al mejor trabajo de los alumnos,curso 1982-83.-revista de estudios políticos (nueva época), número 42, noviembre-diciembre 1984. La referencia a Owens: bajo los términos socialismo utópico, primer socialismo, protosocialismo o socialismo premarxista (frühsozialismus, en alemán) se engloban a los pensadores socialistas anteriores al marxismo —cuyo inicio se sitúa en la fundación de la liga de los comunistas en 1847 y la publicación al año siguiente de su programa, el manifiesto comunista—.[1]los representantes más destacados del primer socialismo son robert owen en inglaterra, y henri de saint-simon, charles fourier y étienne cabet en francia. también se pueden incluir las corrientes insurreccionalistas de graco babeuf, filippo buonarroti y los neobabuvistas y de auguste blanqui

184 y sigs. Antonio Troncoso Reigada.-.profesor titular de derecho constitucional.-Material Docente De Derecho Constitucional. El Estado Social; Citando A: 14 cfr. E. Benda, "estado social de derecho", en benda, maihofer, vogel, hesse, hiede, Manual de Derecho constitucional, cit. págs. 487-559, esp. págs. 490 y 545.Ernesto Benda: Excelente jurista alemán.

rocas entre sujetos económicos. El respeto al Derecho privado era compatible con la mayor de las injusticias ya que los problemas materiales no eran planteables desde perspectivas exclusivamente formales. El modelo del Estado liberal, al separar el Estado y la sociedad y concebir los derechos como libertades frente al Estado, que exigían la abstención de éste, no dejaban al Estado ningún instrumento para participar activamente en el progreso social. El Estado liberal como Estado gendarme era incapaz de afrontar los nuevos problemas.[185]

Se hace necesario modificar la doctrina del Estado liberal por otra, que, sin entrar en contradicción con los intereses de la burguesía, rompa con la doctrina de la separación entre el Estado y la sociedad, y atribuya al Estado la capacidad de dar respuesta a la cuestión social. La regulación constitucional del Estado y de sus funciones no se debía limitar a un sistema de técnicas formales sino que debe configurar un Estado con un contenido material y con un compromiso con los valores. De esta forma, el Estado abandona su posición de neutralidad formal –que no real- dentro del conflicto de intereses sociales y asume un papel activo en la composición de los intereses y en la resolución de los problemas sociales, desde unos objetivos de justicia y de progresiva igualdad de las clases sociales.[186]

El Estado pasa de ser un Estado gendarme, que no intervenía en nada en el libre juego de las fuerzas sociales- a tener una voluntad de corregir activamente las desigualdades y de intentar que la igualdad formal se acerque de manera progresiva a la igualdad real y a la consecución del bien común, para superar el Estado liberal, hay concepciones –e ideologías- dentro del Estado social más y menos ambiciosas. Desde una posición de mínimos, para FORSTHOFF, el Estado se ve obligado a prestar unos servicios que garantice la procura existencial –daseinvorsorge- y a ejercer una función subsidiaria para que el espacio vital efectivo y el espacio vital dominado se vayan identificando.[187]

5. Responsabilidad del Estado ante los Derechos sociales

La efectividad de los derechos fundamentales está encomendada al Estado y esto requiere un Estado fuerte, capaz de garantizar determinadas prestaciones sociales. Así, los poderes públicos asumen la responsabilidad de conformar el orden social para permitir a todos los ciudadanos un cierto nivel de bienestar, el acceso a la educación y la cobertura de los riesgos vitales. El Estado ya no es un enemigo potencial de la

185 la evolución del reformismo conservador al estado del bienestar ha sido analizado por a. garrorena morales, el estado español como estado social y democrático de derecho, cit. págs 37-41.

186 cfr. v. onida, "la organizzazione costituzionale", en g. amato y a. barbera, manuale di diritto pubblico, cit. págs.90-92.

187 cfr. Ernst. Forsthoff, "concepto y esencia del estado social de derecho", en W. Abendroth, e. forsthoff y k. doehring, el estado social, cec,. Ambos aparecen como precursores del estado social, pero cada uno con argumentos diferentes, pero complementarios.

libertad sino su defensor y protector. No se trata de limitar el poder el Estado, sino de garantizar efectivamente la libertad y una vida digna, que no se alcanzan ya de la abstención del Estado o de un principio de exclusión sino a través de una activa intervención de los poderes públicos. Las actuales constituciones española y alemana, comprometen a los poderes públicos, a crear las condiciones y a remover los obstáculos que existieren a efecto de que los derechos fundamentales consagrados en sus respectivas cartas magnas, sean de real cumplimiento y no se queden como fórmulas vacías o formando parte de un catalogo de ilusiones

El Estado incide, de esta forma, en la conformación de la sociedad, mediante la participación en el aseguramiento de determinados bienes y servicios. Se supera así la antigua posición de que el Estado solo interviene de manera caritativa y se dirige básicamente a la conservación del orden público. No se trata de que los principios y los derechos de las Constituciones liberales –libertad, igualdad, democracia- sean negados, sino que se llevan a su más plena realización. Se trata de que la libertad no sea sólo abstracta sino disfrutada por todos, con independencia de su situación social y que la igualdad no sea sólo una igualdad de tratamiento sino un efectivo equilibrio de posiciones sociales.

El Estado trata de jugar un papel activo en la economía, ya que es visto como un instrumento, no sólo para transformar la sociedad y para corregir la desigualdad, sino también como motor de la economía y generador de crecimiento económico. Si en el Estado liberal, la disciplina constitucional de la economía se reducía a la garantía de la propiedad y de la libertad de comercio, ahora los poderes públicos convierten la economía en un instrumento transformador de la sociedad. Manteniéndose dentro de los principios más generales de la economía de mercado, el Estado desarrollará una intensa regulación de la actividad económica, e incluso asumirá la función empresarial, superando los paradigmas del liberalismo clásico.[188]

Esta relación es y ha sido tensa; en el momento actual lo vemos en El Salvador, de un modo palpable cuando la gran empresa, algunas de sus gremiales, sus agencias de investigación, los medios informativos, bajo su control, han emprendido una acción en contra del gobierno, en la que se advierte un interés ideológico político, que confronta con su proyecto, que dicho sea de paso ha mostrado signos de incapacidad y de falta de definiciones en su plan de trabajo; pero en general el enfrentamiento capital-estado, se expresa en la nueva ideología, el Neoliberalismo

188 cfr. J. Corcuera Y M. A. García Herrera, Derecho Y Economía En El Estado Social, Madrid, 1988

Capítulo Segundo
Estado Social y Estado de Bienestar

Introducción

La Constitución de 1983, de El Salvador, ha creado algunas instituciones, que caracterizan al ESDD; se mantienen los derechos sociales establecidos en la Constitución de 1950 y se introdujeron algunas instituciones y reformas al sistema electoral, la 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; tiene algo muy importante en su régimen económico, al proclamar la justicia social, el interés social, sobre el interés privado, la propiedad privada en función social, la expropiación por causa de utilidad pública, etc., estos principios estarían esperando decisiones y entendimientos políticos, la renuncia a posiciones individualistas y clasistas y la apertura y disposición del gobierno de iniciar el proceso de cambios que el país necesita, pero manteniéndose en el marco de la constitución, de la democracia y del estado de derecho: 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; al analizar las posiciones de los poderes reales, lo que se advierte son dos proyectos: el liberal y el social; el primero desde la fundación de la república y el segundo a partir de la Constitución de 1950 en gran medida, aunque con valores diferentes, contrarios e irreconciliables en sus propios términos, (libertad e igualdad) como lo ha afirmado Hayek, posición no compartida en esta obra, precisamente porque el Estado Social y Democrático de Derecho, que es el que hay que promover y comprometerse con él, tiene como objetivo resolver la aparente contradicción. La Constitución tiene el marco mínimo de referencia y debemos de seguir sus principios, disposiciones y valores; posteriormente reformarla para armonizarla con los postulados actuales del derecho constitucional y las normas internacionales.

Los resultados reales de estos cambios, todavía están por iniciarse y las elecciones siempre generan expectativas en la población, muchos ciudadanos acuden a las urnas electorales creyendo en una democracia que artificiosamente los políticos han creado, los ciudadanos han sido educados en creer que eso es democracia; el velo se descorrerá cada vez que lo funcionarios asumen el poder, y entonces las ilusiones creadas se convierten en amargas frustraciones, las ofertas electorales se transformarán en estafas electorales, en engaños colectivos irresponsables, sin que exista forma alguna de reclamar a individuos o partidos que participan en la farsa electorera; lo que recientemente ha ocurrido con las elecciones de diputados, es una muestra de que ninguna cultura política se ha formado y las instituciones fallaron inexorablemente.

"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" (Peter Häberle). Puede decirse lo mismo de la Constitución salvadoreña? Formalmente tiene una conformación básica; el sentido moderno y actual de la Constitución, se origina 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", pero es necesario superar el abc de las constituciones y es urgente transitar por otros senderos, cuando El Salvador llegue o al menos se acerque al pensamiento de Haberle, (Constitución como cultura) será posible que la estafa electorera se declare extinguida en El Salvador.[189]

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 título 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 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, aun 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; sin embargo, debe dejarse propuesto que no se trata de intervenir en las iniciativas de los particulares, ni de suprimir los derechos que se sustentan en la libertad, pero la libertad económica, tendrá un marco diferente que asegure la existencia y cumplimiento de otros derechos fundamentales, para lo cual deberán darse estos presupuesto: se reconoce la propiedad privada en función social, se reconoce la libertad económica en lo que no se oponga al interés social y que el régimen económico debe estar orientado a principios de justicia social; establecer que el subsuelo pertenece al estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación; en esto debe complementarse con las disposiciones establecidas para ese otorgamiento y es de que tratándose de bienes nacionales, es decir que forman parte de la república, no deben concurrir al menoscabo de la integridad del mismo y siempre será necesario que intervenga la Asamblea

189 (Vid. Mario solano: el Estado Constitucional: Universidad Tecnológica de El Salvador)

Legislativa y el Fiscal general de la república. El Estado Social y Democrático de derecho, es la nueva historia.

Sin embargo, tratándose del ESDD, soporta la actitud crítica en lo técnico, pero también la actitud desafiante y opositora al Estado, alzando siempre la bandera del mercado y el no intervencionismo de Estado, una actitud que procede, por una parte de las economías locales, pero también de los promotores del neoliberalismo, como son las instituciones financieras internacionales, los agentes del capitalismo global, y que sustentan sus críticas y propuestas, con argumentos válidos y bien fundados, como el que se refiere a los altos niveles de corrupción y estafa al estado, así como deterioro de la democracia y sacrificio de la libertad, hechos imputables a funcionarios de gobierno o de grupos influyentes que constituyen poderes paraestatales.

Esto quiere decir que la fortaleza del Estado de derecho, está a prueba, de tal manera que debe consolidar su doctrina, especialmente en el campo del derecho constitucional, a efecto de equilibrar prestigios, elevar sus niveles de influencia, sustituyendo el desprestigiado concepto de partidocracia, mediante la formación de partidos políticos democráticos y la participación estratégica de los ciudadanos, a efecto de que como ha sostenido García Pelayo, el Estado social se convierta en una categoría política respetable y provechosa, es decir que se transforme en Estado democrático de derecho, que pueda "promover y procurar la función estabilizadora; por otro lado, trata de lograr el pleno empleo, en el sentido de que aquellos que quieran trabajo lo encuentren y la libre elección de ocupación y el despliegue de capital se vean soportados por una demanda fuerte y efectiva. Estas dos funciones, en conjunto, tratan de mantener la eficacia general de la economía social de mercado."

Por otra parte, uno de los métodos, y probablemente el único método, para defender a la democracia de sus posibles contradicciones y alineaciones, es su articulación al Estado de Derecho, lo que, entre otras cosas posibles, significa que las decisiones de la mayoría:

No están sobre el Derecho, sino bajo el Derecho .-La mayoría no dispone de un poder ilimitado ni sobre el Estado, ni en el seno del Estado, sino que a) ha de actuar dentro de los límites del área que la Constitución asigna al Estado o, dicho de otro modo, dentro de la "competencia fundamental", delimitada principalmente por los derechos y libertades públicas, que acotan el área de autonomía dejada a los individuos y a la sociedad, y b), aun dentro del área de acción del Estado, sólo puede actuar adaptándose al orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes, sustentado en último término en la división de poderes.

No es imposible un Estado autoritario que desarrolle una política socialmente orientada y que por ello pudiera ser designado como social, pero la misma dignidad de los ciudadanos hace que el principio social sea complementado con el democrático, que ofrezca la posibilidad de que las demandas sociales al Estado sean planteadas por los ciudadanos mismos y satisfechas como un derecho y no como un acto de benevolencia. La articulación del Estado de Derecho y del Estado social se planteó para hacer compa-

tibles las necesarias transformaciones sociales con las libertades fundamentales y con las garantías que para la seguridad jurídica ofrece el Estado de Derecho.[190]

La articulación del Estado de Derecho y del Estado social, tal como lo expresa el jurista García Pelayo, no es un invento ni argumento sin justificación y explicación jurídica; al contrario se trata de presentar a los adversarios del estado democrático y especialmente a los propulsores del neoliberalismo a nivel del mundo, que estamos en presencia de una institución que como bien señala el jurista, "se planteó para hacer compatibles las necesarias transformaciones sociales con las libertades fundamentales y con las garantías que para la seguridad jurídica ofrece el Estado de derecho.[191]

Tal como lo hemos mencionado en el desarrollo de este estudio, los momentos que la historia registra en relación al estado de derecho como respuesta al "ancíen régimen", es decir al estado absolutista, son los siguientes: 1.- el estado liberal o burgués de derecho, 2.- el estado social, 3.- el estado social y democrático de derecho y actualmente en la versión más sublime de este proceso, el estado constitucional, o constitucional de derecho, siendo uno de sus promotores e investigadores Peter Häberle; las razones del aparecimiento de cada una de esas versiones explican en este trabajo; para entender mejor el momento que ahora se vive en cuanto al Estado social y democrático de derecho, es conveniente que en este tránsito del estado social o estado de bienestar, al presente, hagamos un recuento de las situaciones que se vivieron a partir del interés, motivaciones, presiones, movimientos obreros, que se dieron a mediados y fines del siglo XIX, a efecto de que el estado abandonara esa posición neutral y abstencionista ante los fenómenos y necesidades sociales, especialmente para dar a los trabajadores y en general a las clases sociales más vulnerables, un trato conforme a la dignidad humana y reducir a los términos del conflicto social.

En ese orden y siguiendo lo que al respecto hemos establecido anteriormente, analicemos los conceptos expresados sobre el tema, en un trabajo muy importante y que refleja los pasos que se dieron para forjar los términos del estado social, estado de bienestar, wellfare state, etc., dice Carlos Gabriel Rafart, un investigador social argentino, que plantea los rasgos más precisos para entender y comprender el fenómeno del Estado de bienestar; en lo que corresponde a esta temática, seguiremos el proceso indicado por este autor.[192]

---

190 Manuel garcía-pelayo, "El Estado Social Y Democrático De Derecho En La Constitución Española", en Manuel García-Pelayo, las transformaciones del estado contemporáneo, madrid: alianza editorial, 1085, págs. 92 a 104. extracto

191 Ibíd.

192 Estado De Bienestar – Estado Neoliberal Rafart Gabriel: Estado De Bienestar – Estado Neoliberal Del Bienestar Como Bien Colectivo A Su Consideración Como Mercancía Privada. Entre El Estado De Bienestar Y Estado Neoliberal Contemporáneo.

1. Conceptos de Estado Social

Un Estado, se considera como social cuando posee un "conjunto de políticas e instituciones estatales propias de las sociedades del capitalismo avanzado que se caracterizan por una abierta intervención en la regulación de la vida social, económica y cultural, procurando garantizar el desarrollo económico, la seguridad y la paz social." En cita que hace de Assa Brigs, .- transcribe que este autor: "en 1961 sostenía que el Estado de Bienestar ...no es un Estado de servicios sociales, dirigido al uso de recursos comunes para abolir la miseria y asistir a los más desfavorecidos, sino una de las grandes uniformidades estructurales de la sociedad moderna, en la que el poder político se emplea para modificar con medios legislativos y administrativos el juego de las fuerzas del mercado en tres sentidos"[193]

1) Garantizar a los individuos y las familias una renta mínima independiente del valor de su trabajo en el mercado y de su patrimonio; 2) reducir la inseguridad social capacitando a todos los ciudadanos para hacer frente a difíciles coyunturas (enfermedad, vejez, paro, etc.) y 3) garantizar a todos, sin distinción de clase ni rentas las mejores prestaciones posibles en relación a un propósito determinado de servicios.

Ernesto Isuani, al respecto dice: "El Estado Benefactor consiste en un conjunto de instituciones públicas supuestamente destinadas a elevar la calidad de vida de la fuerza de trabajo o de la población en su conjunto y a reducir las diferencias sociales ocasionadas por el funcionamiento del mercado. Ellas operan en el terreno de la distribución secundaria del ingreso mediante transferencias monetarias directas (pensiones, prestaciones por desempleo o asignaciones familiares) o indirectas (subsidios o productos de consumo básico), provisión de bienes (programas de complementación alimentaria) y prestación de servicios (educación o salud). El establecimiento de regulación protectora de las condiciones de trabajo (higiene en fábricas), del medio ambiente o de la calidad de bienes y servicios, es finalmente otro instrumento del Estado Benefactor."[194]

2. Diversas denominaciones.

Se le ha denominado: Estado de Bienestar, Estado del Bienestar, Estado Benefactor, Estado Social, Estado Asistencial, Estado Asistencialista, Estado Providencia, etc.,

193 Asa Briggs (1921) es uno de los más eminentes historiadores sociales británicos de la actualidad. a pesar de que es el mayor especialista vivo en la inglaterra victoriana, briggs nunca se ha dejado confinar en un periodo, región o incluso ...asa briggs también fue el primero de los historiadores británicos que se interesó por la historia de los modernos medios de ... con esta trayectoria era de esperar que briggs finalmente acabaría escribiendo una historia social de inglaterra, .estoy muy interesado en la relación entre continuidad y cambio en la historia y ese es un periodo enormemente rico, tanto en cambios como en continuidad. Al mismo tiempo que, por un ... yo, en realidad, desafié todo, porque cuando empecé a escribir no existía mucho interés por la inglaterra victoriana. .... Picó, Joseph: Teorías sobre estado del bienestar siglo xxi, madrid, 1990.-

194 Isuani, Ernesto: Birmarck O Keynes ¿Quién Es El Culpable? En Isuani, Erenesto, Lo Vuolo, Ruben Y Tentifanfani, Emilio: El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis, miño y davila/ciepp, Buenos Aires, 199 estado de bienestar – estado neoliberal

se ha venido identificando al fenómeno histórico y político de una época del capitalismo desarrollado que muchos reconocen como su período de oro, entre el fin de la segunda guerra mundial y mediados de los años setenta. Durante esta etapa las sociedades de gran parte de Occidente trataron de plasmar una forma estatal alejada de la manera en que el liberalismo hasta entonces pensaba la relación entre sociedad, gobierno y economía.

Desde fines de la segunda guerra mundial y por veinticinco años, El Estado de Bienestar ha actuado con un éxito considerable. Ello fue posible en un período de crecimiento económico sin precedentes, capaz de asegurar a la mayor parte de las sociedades del Occidente capitalista desarrollado un alto nivel de vida para su población, pleno empleo, servicios sociales básicos –salud, educación, jubilación- incentivando el mercado y la producción, fomentando la paz, la estabilidad social y siendo un ferviente defensor del consenso entre las distintas fuerzas sociales. La estabilidad y el consenso social del Estado de Bienestar fue posible con el crecimiento económico y la expansión de servicios sociales en el marco de una gestión de Estado que aceptaba la puesta en práctica de instituciones democráticas, es El momento de Bismarck.[195]

3. Los inicios del Estado de Bienestar, como proyecto de Bismarck

Los orígenes del Estado de Bienestar se remontan a las primeras políticas sociales gestadas en Inglaterra, Francia y Alemania a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Estas políticas respondían a la necesidad de resolver, por una parte las presiones del naciente movimiento obrero, sobre todo en sus demandas de mejoramiento de sus condiciones de vida ante el avance de los efectos sociales de la industrialización, y por otro lado de dar solución a la urgencia de los Estados Capitalistas por regular el funcionamiento del mercado de trabajo (tratando de incidir en el proceso de reproducción de la fuerza de trabajo; controlando el ingreso de nuevos contingentes de trabajadores en el mercado de trabajo, la calificación, el régimen laboral en las fábricas, limitando la voracidad de los patronos, etc.) y del sistema económico (a través de regulaciones en la dinámica de los mercados de producción de bienes y servicios, a fin

195 político prusiano, artífice de la unidad alemana (schoenhausen, magdeburgo, 1815 - friedrichsruh, 1898). Procedente de una familia noble prusiana, Bismarck vivió una juventud indisciplinada, autodidacta y llena de dudas religiosas y políticas. A partir de su matrimonio cambió radicalmente de vida, iniciando una carrera política marcada por el más severo conservadurismo. efectivamente, como diputado del parlamento prusiano desde 1847, destacó como adversario de las ideas liberales que por entonces avanzaban en toda Europa; la experiencia revolucionaria de 1848-51 le radicalizó en sus posturas reaccionarias, convirtiéndole para siempre en paradigma del autoritarismo y del militarismo prusiano la política interior de Bismarck se apoyó en un régimen de poder autoritario, a pesar de la apariencia constitucional y del sufragio universal destinado a neutralizar a las clases medias (constitución federal de 1871). Inicialmente gobernó en coalición con los liberales, centrándose en contrarrestar la influencia de la iglesia católica (kulturkampf) y en favorecer los intereses de los grandes terratenientes mediante una política económica librecambista; en 1879 rompió con los liberales y se alió al partido católico (zentrum), adoptando posturas proteccionistas que favorecieran el crecimiento industrial. En esa segunda época centró sus esfuerzos en frenar el movimiento obrero alemán, al que ilegalizó aprobando las leyes antisocialistas, al tiempo que intentaba atraerse a los trabajadores con la legislación social más avanzada del momento

de evitar sus recurrentes crisis). Tómese en cuenta el aparecimiento en esa época del manifiesto comunista, las nuevas visiones de la doctrina social de la iglesia, (Rerum Novarum); la formación del partido social demócrata alemán, con Ferdinando Lassalle; los movimientos obreros, etc.

El protagonismo del Estado comienza a ser una actividad esperada por los ciudadanos en aquellos países que participan de la segunda revolución industrial. El carácter intervencionista que van adquiriendo muchos Estados especialmente en el último tercio del siglo XIX tiene en lo sucedido en Alemania uno de sus mejores ejemplos. Durante los tiempos del canciller Otto von Bismarck, se inauguro un conjunto de medidas que conformaron una las primeras legislaciones sociales de Europa. En el bienio 1883-84 con los seguros de enfermedad y accidentes laborales y en 1889 con la legislación sobre invalidez y ancianidad. " La nueva legislación convirtió a los diversos seguros voluntarios existentes por iniciativa de patrones paternalistas o por los antiguos gremios de artesanos o las sociedades cooperativas de trabajadores, en un sistema nacional obligatorio. Aunque el peso financiero del nuevo sistema de seguros recaía mayormente sobre los trabajadores, el Estado Alemán, hacía también una contribución adicional al fondo de seguros para la vejez"[196]

4. El Estado de Bienestar y la cuestión social

¿Cuáles fueron las razones "estructurales" que hicieron posible el Estado de Bienestar?. Destaquemos algunas de ellas. No se establece un orden jerárquico porque en cada país que se monto el Estado de Bienestar estas razones se dieron en un orden diferente.

1.- El Estado de Bienestar es una respuesta al surgimiento de la cuestión social durante el siglo XIX, esto es, de un movimiento obrero como actor social y político en la escena nacional dispuesto a exigir modificaciones profundas en sus condiciones de existencias materiales y políticas. El conflicto real o potencial que significó su presencia en las sociedades capitalistas fue una razón destacada en el origen de estas políticas gubernamentales.

2. Legitimación y apoyo político. Las instituciones del Estado de Bienestar obedecieron a las necesidades de legitimación y apoyo político de nuevos segmentos de la sociedad que fueron ingresando a la vida política en virtud de la ampliación del sufragio y de la competencia política, tal cual lo sucedido con las clases no burguesas

3. Moderar el funcionamiento del capitalismo. A través de muchas de las políticas ensayadas por el Estado de Bienestar se procuró morigerar el desenvolvimiento anárquico del sistema capitalista, especialmente en el mercado de

196 Estado de bienestar – Estado Neoliberal Rafart Gabriel: Estado De Bienestar – Estado Neoliberal del bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. Entre el estado de bienestar y estado neoliberal contemporáneo.

trabajo, y como consecuencia no esperada pero luego aceptada, sostener la demanda solvente.

4. El impulso de los reformistas. Desde mediados del XIX la pobreza y la cuestión social comenzaron a ser atendidos por un importante sector de intelectuales, publicistas políticos como una de las cuestiones más importante de la agenda pública.[197]

Estas iniciativas modificaron las estructuras administrativas de los Estados, consolidando una poderosa maquinaria que una vez lanzada prácticamente no podía detenerse. Estos reformistas provendrán de diversas tradiciones ideológicas: desde el campo religioso, del nacionalismo, el reformismo liberal, el conservadurismo, la social democracia, etc.

En Alemania pertenecieron al movimiento ideológico de fines del XIX conocido como "los socialistas de cátedra"; en Inglaterra, Beatrice (1858-1943) y Sidney Webb (1859-1947), entre otros. Si bien estos últimos pertenecen al socialismo moderado inglés su propuesta es precisa: "El establecimiento de un mínimo nacional de instrucción, dehigiene, de vacaciones y salarios.... su rigurosa implantación en beneficio del mundo asalariado, en todas las ramas industriales, tanto en las más débiles como en las más fuertes. Simultáneamente, un "socialista de cátedra", así se llamó al movimiento ideológico antiliberal y nacionalista alemán, decía: Las demandas de la comunidad y de la humanidad debe hacerse valer también en la vida económica y hay que pedir prontamente la bien ponderada intervención del Estado para la protección de los intereses de todos... para lo cual Tenemos que mirar hacia el futuro para tener la impresión de que el gran aumento de la riqueza tiene que traer consigo, al menos en parte, ventajas para las clases que hasta ahora habían sido desheredadas.[198]

5. El Advenimiento de la Seguridad Social

La actividad en el campo de la seguridad social de Beveridge se enmarca en la particular historia inglesa de los primeros cincuenta años del siglo XX.. Durante ese medio siglo de acelerados cambios, Inglaterra transitó el lento camino que puso fin a su hegemonía mundial. Fue también la época en que el dominio de una sociedad civil distanciada del Estado, entró en una profunda conversión. De un estado vigoroso en el exterior pero débil en sus relaciones con la sociedad se pasó hacia mediados de los

197 Ibíd

198 Webb, Beatrice y sidney: la democracia industrial. texto publicado originalmente en 1897. debemos señalar que el socialismo ingles de los webb, fundadores de la sociedad fabiana en 1884, era de raíz moderada y con elemento liberales. promovían un socialismo de estado muy diferente al socialismo marxista de estas tradición surge el partido laborista inglés. en Alemania pertenecieron al movimiento ideológico de fines del xix conocido como "los socialistas de cátedra", en Inglaterra, beatrice (1858-1943) y sidney webb (1859-1947), entre otros. si bien estos últimos pertenecen al socialismo moderado inglés su propuesta es precisa: el establecimiento de un mínimo nacional de instrucción, de higiene, de vacaciones y salarios.... su rigurosa implantación en beneficio del mundo asalariado, en todas las ramas industriales, tanto en las más débiles como en las más fuertes.

años cuarenta a algo distinto. Las políticas sociales son el mejor ejemplo de ello. El fin de la de la caridad y su reemplazo por una primitiva seguridad social durante los tiempos de Lloyd George en la segunda década del siglo, marcó profundamente las transformaciones a generalizarse. El esfuerzo reformador de Lord Beveridge,[199] y especialmente una sociedad receptiva a esas reformas fueron la gran novedad de Inglaterra la oportunidad histórica para modelar su propio Estado de Bienestar.[200]

El acento puesto en los primeros años de la década del cuarenta estuvo en relación al compromiso nacional obtenido para superar los difíciles días en que Inglaterra prácticamente combatía sólo y luego los preparativos para el triunfo aliado sobre el nazifascismo. Este compromiso se tradujo en un gobierno de coalición cuyo eje fue la entente entre el laborismo y el conservadurismo bajo la égida de Wiston Churchil. Los laboristas se centran en las tareas internas necesarias para el éxito del esfuerzo de guerra, y del éxito de su labor y del clima que saben crear, con la creciente ilusión en la posibilidad de una nueva Inglaterra, menos desigual y más solidaria, quedan dos obvios resultados. El primero es la moral que los británicos demuestran en los duros días de la llamada batalla de Inglaterra, el segundo la arrolladora victoria del laborismo al final de la guerra.

El advenimiento del estado social responde como se ha visto a factores sociales, jurídicos, políticos, culturales, etc., esto es lo que se ha explicado en los párrafos que anteceden y fundamentados en opiniones importantes, como el decisionismo de Bismarck, el plan Beveridge, relacionado especialmente con la seguridad social como un eje alrededor girarían prestaciones como las relacionadas con la salud, los riesgos del trabajo, enfermedades profesionales, el desempleo, etc., esto fundamentalmente se dio en Inglaterra, pero luego los seguros sociales inspirados en ese Plan, empezaron a crear instituciones de seguridad social; Como ocurrió en El Salvador, que al promulgarse la Constitución de 1950, se estableció el sistema de seguridad social, atendiendo primero prestaciones de salud tanto en el aspecto médico, como el sistema de subsidios por enfermedad, las pensiones por riesgos profesionales ya sea accidente de trabajo o enfermedades profesionales; el sistema de pensiones por invalidez, vejez y muerte esperó hasta los años setenta para implantarse como parte del sistema de seguridad social.

6. Presencia de John Maynard Keynes

Sin embargo, el estado de bienestar o estado social, no sólo advirtió la problemática social, sino que también la problemática económica y en ese sentido, tras la Gran De-

---

199 (William Henry Beveridge, primer Barón de Tuggal; Rangpur, 1879 - Oxford, 1963) Economista británico. Trabajó en investigaciones centradas en los problemas del desempleo y del estado del bienestar y, tras la publicación del informe Social Insurance and allied services en 1942 (más tarde conocido como "Informe Beveridge"), fue reconocido como un pionero en el desarrollo de los modernos sistemas de Seguridad Social.

200 del bienestar como bien colectivo a su consideración como mercancía privada. entre el estado de bienestar y estado neoliberal contemporáneo. Carlos gabriel rafart

presión, Keynes propuso un nuevo sistema económico, en el cual el Estado debería intervenir en los problemas económicos para poder ser resueltos e impulsar el desarrollo; por esa característica, y por las otras que ya mencionamos anteriormente, este modelo de Estado es conocido como Estado de Bienestar y algunos otros historiadores lo identifican como Estado Keynesiano, modelo que ayudó a que las economías mundiales se recuperarán después de la segunda guerra mundial. Así mismo fueron fundadas dos organizaciones muy importantes, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, para regular y controlar el capital internacional. Susan George nos dice en su libro titulado "Breve Historia del Neoliberalismo" que al ser creadas estas organizaciones, no tenían control sobre las decisiones económicas del gobierno ni podían intervenir en la política nacional, por lo que cualquier otra idea, que hoy se considere neoliberal, era rechazada por la población.[201]

Algunos autores han tratado de discernir (aclarar) entre las políticas keynesianas y las políticas de bienestar. Creen que responden a momentos y lógicas diferentes que dieron sentidos a dos formas estatales distintas. De allí que prefieren hablar de Estado de Bienestar y de Estado Keynesiano. En esa dirección Ernesto Isuani sostiene:[202]

En primer lugar, mientras el keynesianismo o el Estado Keynesiano significo una ruptura con la etapa liberal previa a la década de 1930 y una respuesta a las crisis recurrentes por ésta producidas, el Estado de Bienestar ya había desarrollado sus instituciones antes de la Gran Depresión. Segundo, las causas que los originaron son diferentes: el Estado de Bienestar respondió a motivaciones de índole político-social, mientras el Estado Keynesiano lo hizo a determinantes de naturaleza fundamentalmente económica. En tercer lugar, mientras los instrumentos típicos del Estado Keynesiano son flexibles para ser utilizados anticiclicamente, las instituciones del Estado de Bienestar están caracterizadas por su rigidez, ya que crean derechos garantizados jurídicamente e incorporados como derechos adquiridos en la conciencia de la población. Cuarto, el Estado Keynesiano opera en el campo de la inversión y la producción, mientras que el Estado de Bienestar lo hace en el terreno de una redistribución que pretende permitir el acceso de amplios sectores de la población al consumo de bienes servicios. La lógica liberal hasta entonces, sostenía que toda crisis podía ser superada por el libre funcionamiento de los mecanismos de mercado.

---

201 Norberto Bobbio.-Liberalismo Y Democracia (pág. 97 a 98 segundo párrafo bobbio también comenta en su libro el futuro de la democracia (pág.139 renglón 34mayo, 2011.-estado de bienestar –por natalia perna. neoliberalismo historia otro sitio más de wordpress.com

202 Ernesto isuani: "Bismack o Keynes ¿quién es el culpable? notas sobre la crisis de acumulación" estado de bienestar- estado keynesianohttp://www.altillo.com/examenes/uba/derecho/teorestado/teorestado2010reskeynes.asp

Capítulo Tercero
Decadencia del Estado de Bienestar

1. Crisis del Estado de Bienestar

Sin embargo, el Estado de bienestar presentaba ya los primeros signos de su propio agotamiento, dada la carga social que implicaba atender las necesidades de la población, y además la reducción de los ingresos del estado que no podrían seguir sosteniendo la situación; Las políticas de Bienestar gestadas desde un conjunto de instituciones estatales llevo necesariamente al incremento del gasto público y al aumento de las cargas fiscales. Para principios de la década de 1970 el gasto público de los Estado de Bienestar rondaba el 50 % del P.N.B. Esto supuso que el Estado en los principales países capitalistas avanzados se había convertido en el empresario más importante. Con respectos a las cargas fiscales, el aumento de las tasas fue creciendo significativamente como medida para responder a los gastos.

La implantación del Estado social, cuyo soporte económico fue la teoría de Keynes, que aparece como un compromiso entre las diferentes fuerzas sociales y políticas por reestablecer una nueva sociedad y un nuevo Estado tras la crisis del 29 y la II Guerra Mundial, no estuvo exenta de críticas desde sectores conservadores y liberales, pese al aparente consenso que le rodeó. Sólo que los éxitos de la actividad planificadora y promotora de los gobiernos de los países occidentales en un breve plazo de tiempo acalló muchas de las voces disonantes y aunó en su torno muchas voluntades. Hayek, en su "Camino de Servidumbre", (1944), y su círculo de fervientes admiradores reunidos en la sociedad Mont Pelèrin (Suiza, 1947), quienes mantuvieron en estado latente las ideas liberales.

2. ¿Qué es el Liberalismo?

"En este capítulo se hará referencia a un movimiento, (ideología para algunos, entre ellos Henry Giroux,) que así califica al neoliberalismo; por una pretensión didáctica y con el objetivo de lograr la mejor comprensión de estos fenómenos que de manera vertiginosa se han venido sucediendo desde las primeras formas de estado de derecho y antes de entrar a hacer consideraciones sobre esta etapa neoliberal, se hará una breve revisión conceptual de su antecedente que es el Liberalismo que ya ha sido abordado en perspectiva histórica en la parte primera de esta obra. (Vid. Capítulo Cuarto, Libro primero)

Con todo y el uso que tiene el término ya sea en los niveles académicos, jurídicos, políticos, económicos, etc., convirtiéndose en una expresión que anda en los usos cotidianos y de diversos personajes de distintas tendencias, el término, dice el Diccionario de Bobbio- Mateucci, como fenómeno histórico presenta diversas dificultades en su definición; y aun en lo extensor de su tratamiento que hace en su prestigioso diccionario es muy complicado llegar a soluciones satisfactorias; para los

efectos del presente estudio y referido al Estado, tomamos tres consideraciones que puedan convenir a nuestro propósito:

1.- "En la historia de la Europa moderna se da toda una serie de fenómenos culturales y sociales que rompen el orden en que se apoyaba el mundo medieval y disgregan la sociedad. Por un lado, tenemos la reforma protestante y la aparición de una pluralidad de iglesias; por el otro, tenemos la consolidación de un mercado abierto en que surgen nuevos grupos sociales, que empiezan a darse cuenta de sí mismos y a contraponerse. 2.- "El acto de nacimiento del liberalismo consiste, precisamente, en darse cuenta de que esta diversidad no es un mal sino un bien, y que, por consiguiente, es necesario encontrar las soluciones institucionales para que esta sociedad 'diversa' pueda manifestarse. Las dos grandes etapas a través de las cuales madura el liberalismo son el debate sobre la libertad religiosa (Milton, Locke), y la defensa de los partidos políticos como canales de expresión de los diversos grupos sociales." 3. En Europa, el liberalismo tuvo consecuencias en todas las esferas: en la vida económica fue la ruptura de los lazos corporativos y de los privilegios feudales; en el campo político, fue la formación de una opinión pública informada que controla al gobierno a través de un debate libre; en el campo de la vida social y cultural fue la lucha contra el clericalismo por la secularización del Estado y la enseñanza laica.[203]

En la actualidad la palabra liberal tiene significados diversos. Es que el significado del liberalismo cambia según el contexto socio institucional. Así, "de acuerdo con la acepción de la Ilustración francesa... y del utilitarismo inglés, liberalismo significa individualismo, y por individualismo no se entiende sólo la defensa radical del individuo, único y solo protagonista de la vida ética y económica contra el estado y la sociedad, sino también la aversión a la existencia de cualquier sociedad intermedia entre el individuo y el estado, por lo que, tanto en el mercado político como en el económico, el hombre debe actuar por sí solo. En el plano de la organización social y constitucional de la convivencia, el liberalismo siempre ha promovido como instrumentos de innovación y de transformación social, en contra de cualquier forma posible de estado absoluto, las instituciones representativas... la autonomía de la sociedad civil como autogobierno local y asociativo o como espacio económico (el mercado) y cultural (la opinión pública) dentro del estado, no administrado directamente por este último." En el liberalismo "es constante la defensa del individuo contra el poder (ya sea del estado, ya sea de la sociedad) en pro de un valor moral autónomo y original del que aquél es depositario...

Una manifestación jurídica de este complejo proceso histórico son las distintas cartas y declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano, de su libertad política como de sus derechos civiles, y los modos, más o menos eficaces, para su tutela jurídica." "De esta defensa de la autonomía moral del individuo se deriva precisamente una concepción relativista, la cual reconoce como positiva para toda la sociedad una pluralidad de valores, la importancia del disentimiento, de la discusión y de la competencia. Sólo le pone como límite que el conflicto y la competencia sean institucionalizados.

---

203 P. 892).L (Vid. Dicc. De Política Siglo Xxi Editores, Mexico 1982 Bobbio-Mateucci)

3. Clásicos del Liberalismo y precursores del Neoliberalismo

3.1 La riqueza de las naciones

En 1776 Adam Smith, escribió su obra; una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, "La riqueza de las naciones", por la cual es considerado por muchos especialistas el padre de la Economía Política. Esta obra representa el intento por diferenciar la economía política de la ciencia política, la ética y la jurisprudencia. Un elemento fundamental para esta diferenciación fue la crítica al mercantilismo, corriente heterogénea que venía desarrollando nociones económicas desde el siglo XV, más vinculada a los imperios coloniales que a la naciente revolución industrial.

¿Qué es el mercantilismo?: 1. Sistema económico llevado a cabo por algunos estados europeos de los ss.xvi a xviii, que otorgaba una gran importancia al comercio, especialmente la exportación, permitía la intervención del estado para controlarlo y valoraba la riqueza de un país según la cantidad de metales preciosos que poseyera: el mercantilismo se desarrolló en los ss.xvi y xvii como consecuencia de los descubrimientos de las minas de oro y plata en América. 2 Interés excesivo en conseguir ganancias en cosas que no deberían ser objeto de comercio. 2.- m. Espíritu mercantil, esp. Aplicado a cosas que no deben ser objeto de comercio econ.polít.Doctrina económica y política, según la cual la riqueza de una nación se funda en la abundancia de moneda de oro o plata. Para acrecentarla, es preciso explotar todos los yacimientos de metales preciosos y lograr que el valor de las exportaciones supere al de las importaciones, logrando una balanza comercial favorable.

El mercantilismo apareció en el s. XVI y estuvo vigente hasta el s. XVIII siendo sus principales promotores ThomasMun, en Inglaterra, y Jean-BaptisteColbert, en Francia...[204]

Según la tesis central de La riqueza de las naciones, la clave del bienestar social está en el crecimiento económico, que se potencia a través de la división del trabajo. La división del trabajo, a su vez, se profundiza a medida que se amplía la extensión de los mercados y por ende la especialización Una particularidad de la obra es el planteamiento de que, gracias a la apelación al egoísmo de los particulares se logra el bienestar general. Esto es muchas veces interpretado de forma imprecisa como que simplemente el egoísmo lleva al bienestar general. Sin embargo, pasajes tanto de esta obra como de los sentimientos morales dejan en claro que la empatía con el egoísmo del otro (en donde acentúa la siguiente frase: «dame lo que necesito y tendrás lo que deseas») y el reconocimiento de sus necesidades es la mejor forma de satisfacer las necesidades propias.

204 Diccionario Manual De La Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.-.Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L

3.2 Liberalismo Económico

El inicio del liberalismo económico está en su lucha contra el sistema económico político absolutista. Con su habitual agudeza Voltaire reivindica la virtud del empresario contra la nobleza ociosa en estos términos: «el negociante oye hablar tan a menudo con desprecio de su profesión que es lo suficientemente tonto como para enrojecer de ella. No sé, empero, quién es más útil a un Estado, un señor bien empolvado que precisamente a qué hora el rey se levanta, a qué hora se acuesta, y que se da aire de grandeza haciendo el papel de esclavo en la antecámara de un ministro, o un negocio que enriquece a su país, desde su despacho dando órdenes a Surate y al Cairo contribuye a la felicidad del mundo.»

También tuvieron que luchar contra las teorías mercantilistas que defendían regulación de la economía por el Estado. La libertad económica tiene su base en el conocimiento de la realidad que sólo los empresarios y cooooomerciantes tienen Durante la primera fase de la Revolución Industrial el liberalismo político define un modelo de Estado; una teoría similar trata de definir un modelo de economía.

Se considera a Adam Smith, con su obra La riqueza de las naciones (1776), como el fundador del liberalismo económico y el iniciador del período de los llamados economistas clásicos. El propósito de Smith, como el de los fisiócratas y los mercantilistas, era descubrir el procedimiento de enriquecer al Estado, como demuestra su título, pero llega al convencimiento de que es condición previa el enriquecimiento de los individuos, y éste es el meollo de su obra: "Cuando uno trabaja para sí mismo sirve a la sociedad con más eficacia que si trabaja para el interés social", es su axioma de la armonía entre el interés particular y el general. Para él, es inútil la intervención del Estado preconizada por el mercantilismo; el orden se establece por sí mismo, afirma Smith por el juego de la oferta y la demanda. Si un producto es solicitado sube el precio y se favorece su elaboración, con lo que todo vendedor es retribuido según la importancia de los servicios que presta; la actividad concurrente garantiza el orden, la justicia y el progreso de la sociedad.[205]

---

205 Http://Www.Monografias.Com/Trabajos76/Riqueza-Naciones/Riqueza-Naciones2.Shtml#Ixzz3atzoroneVIDA DE ADAN SMITH.

Adam Smith vino al mundo en Kirkcaldy, pequeño pueblo escocés de pescadores, cercano a Edimburgo, en un día primaveral de fecha desconocida del año 1723 y fue bautizado el 5 de junio del mismo año. Hijo único del segundo matrimonio de Adam Smith, inspector de aduanas, y de Margaret Douglas, quedó huérfano de padre a los tres meses bajo la tutela de su madre, hija de un rico propietario de la comarca, a quien siempre permaneció muy unido.

A los catorce años abandonó su pueblo natal para ingresar en la Universidad de Glasgow. En este centro se apasionó por las matemáticas y recibió la influencia de Francis Autcheson, afamado profesor de filosofía moral y hombre de fuerte personalidad, cuyas ideas económicas y filosóficas fueron decisivas en la formación de Smith, aunque sólo fuese por su posterior y profunda discrepancia respecto de ellas. Tres años después se graduaba, obteniendo una beca para estudiar en el Balliol College de Oxford. En 1740, Adam Smith ganó una beca para Oxford, pasando los años siguientes en el Balliol College. Oxford estaba en decadencia y, a pesar de que recibió poca educación formal, hizo un buen uso de su tiempo y leyó mucho. A los veintitrés años de edad concluyó brillantemente los estudios haciendo gala de un profundo dominio de la filosofía clásica y de la de la época. A continuación regresó a Kirkcaldy con su madre para empezar a buscar trabajo

3.3 Introducción al liberalismo. Ludwig VonMises

Los filósofos, sociólogos y economistas del siglo XVIII y primera parte del XIX formularon un programa político que presidió el orden social en Inglaterra y los Estados Unidos primero; en el continente europeo, después, y, finalmente, en otros lugares del mundo. Sin embargo, ese programa no fue aplicado íntegramente en parte alguna. Sus defensores no consiguieron que sus ideas fueran aceptadas en su totalidad ni siquiera en la Gran Bretaña, en el país liberal por excelencia. El resto del mundo aceptó tan sólo algunas partes, rechazando desde un principio otras no menos importantes o abandonándolas al poco de su implantación. Exageraría quien dijera que el mundo llegó a conocer una verdadera era liberal, pues el liberalismo nunca pudo funcionar a plenitud.

Con todo, aunque su predominio fue breve e incompleto, el liberalismo logró transformar la faz de la tierra. Produjo un desarrollo económico sin precedentes en la historia del hombre. Al liberar las fuerzas productivas, los medios de subsistencia se multiplicaron como por encanto. Cuando empezó la primera guerra mundial (consecuencia ella misma de larga y áspera oposición a los principios liberales y que, a su vez, iba a dar inicio a un período de aún más agria resistencia al liberalismo), nuestro planeta tenía una población incomparablemente mayor que nunca antes y la inmensa mayoría gozaba de un nivel de vida incomparablemente superior. La prosperidad engendrada por el liberalismo redujo drásticamente el azote de la mortalidad infantil y elevó sustancialmente el promedio de vida.[206]

Pero las cosas cambiaron pronto. Gran parte de los logros liberales fue desvirtuada por las poderosas y violentas corrientes de opinión antiliberal que surgieron en el propio siglo XIX. Nuestro mundo actual no quiere ya ni oír hablar del liberalismo. El término «liberal», salvo en Inglaterra, es objeto de condena por doquier. Hay todavía «liberales» en Gran Bretaña, pero la mayor parte de ellos lo son sólo de nombre. Más exacto sería calificarlos de socialistas moderados. El poder público se halla hoy en día, por doquier, en manos de las fuerzas antiliberales. Los programas de tales partidos desencadenaron, ayer, la primera guerra mundial y, actualmente, por virtud de cuotas de importación y exportación, tarifas aduaneras, barreras migratorias y medidas similares, están aislando cada vez más a todas las naciones.

---

206 Ludwig von Mises (1881-1973) en www.neoliberalismo.com son la introducción de su libro Liberalismo Economista, nacido en Austria, fue el primer miembro de la segunda generación de la escuela austríaca, y el más ardiente defensor del liberalismo tradicional. Enseñó en la Universidad de Viena de 1913 a 1934. Con el ascenso del nazismo tuvo que abandonar su cátedra y emigrar a Suiza. En 1940 fue profesor de la Universidad de Nueva York donde trabajó hasta fines de los años 60. Aunque no tan famoso como su discípulo F. A. Hayek, su teoría de la acción humana o praxeología a tenido una amplia influencia. Sus obras más famosas son Teoría del dinero y el crédito y La acción humana.

Las páginas de Mises que presentamos en www.neoliberalismo.com son la introducción de su libro Liberalismo aparecido en 1927. En 1951, cuando el profesor T. P.Hamilius, de Luxemburgo, solicitó un ejemplar de Liberalismo al editor Gustav Fischer en Jena, en la República Democrática Alemana, los representantes de la empresa respondieron diciendo que no podían atender su solicitud porque «Por orden de las autoridades, todas las copias de dicho texto tuvieron que ser destruidas.» Hoy, casi medio siglo después, el libro se sigue leyendo. La que desapareció fue la llamada República Democrática Alemana. www.neoliberalismo.com

Mucho se ha criticado al liberalismo por esta actitud puramente externa y materialista. «El hombre -se dice- no sólo vive para comer y beber. Hay necesidades humanas por encima de tener casa, ropa y comida. Las mayores riquezas no dan al hombre la felicidad, pues dejan el alma insatisfecha y vacía. El gran fallo del liberalismo consistió, pues, en su despreocupación por las más nobles y profundas aspiraciones humanas.» Renunciar al arma de la lógica, apelando, en cambio, a vagos y confusos sentimientos?

La meta del liberalismo.- El bien de todos?

Suele la gente pensar que el liberalismo se distingue de otras tendencias políticas en que procura beneficiar a determinada clase, la constituida por los poseedores, los capitalistas y los grandes empresarios, en perjuicio del resto de la población. Esa suposición es completamente errónea. El liberalismo ha pugnado siempre por el bien de todos. Tal es el objetivo que los utilitaristas ingleses pretendían describir con su no muy acertada frase de «la máxima felicidad, para el mayor número posible.» Desde un punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover no el bienestar de grupos específicos sino el general. Difiere el liberalismo del socialismo -que igualmente proclama su deseo de beneficiar a todos- no en el objetivo perseguido, sino en los medios empleados.

Los enormes progresos industriales de las últimas décadas, así como los del siglo XVIII y los de la llamada revolución industrial invariablemente dieron lugar a una mejor satisfacción de las necesidades de las masas. El desarrollo de la industria textil, la mecanización del calzado, las mejoras en la conservación y transporte de los alimentos benefician a una clientela cada día más amplia. Es por eso por lo que las gentes visten y comen hoy mejor que nunca. La producción masiva no sólo procura casa, comida y ropa a los más humildes, sino que también atiende a otras muchas necesidades populares. La prensa y el cine gratifican a muchos; el teatro y otras manifestaciones artísticas, antes sólo de minorías, se han transformado en espectáculos de masas.

Capítulo Cuarto

Surgimiento del Neoliberalismo

1. Qué es el Neoliberalismo?

El neoliberalismo es una teoría político-económica que retoma la doctrina del liberalismo clásico y la replantea dentro del esquema capitalista actual bajo principios más radicales. La palabra, como tal, es un neologismo formado por el elemento compositivo “neo-”, que proviene del griego νέος (néos) y significa ‘nuevo’, el sustantivo del latín liberAlis, y el sufijo relativo a doctrina o sistema “-ismo.”

El neoliberalismo surge como reacción a la intervención del Estado como garante de una mayor justicia social (es decir, del Estado benefactor), y toma fuerza

gracias a las debacles de la economía capitalista del siglo XX, particularmente las registradas a finales de los años 20 y la de la década de 1970.

Para el neoliberalismo, el Estado debería cumplir únicamente sus funciones fundamentales como organismo regente en la organización de la sociedad, de modo que se opone a su intervención en el funcionamiento de la economía, para así mantener a raya las regulaciones e impuestos al comercio y las finanzas. Favorece la privatización de empresas y servicios que estaban en manos del sector público, bajo la premisa de que el sector privado es más eficiente. Es partidario de la reducción del gasto social, de propiciar la libre competencia, de las grandes corporaciones, y de debilitar y desintegrar los sindicatos.

El neoliberalismo considera que la economía es el principal motor de desarrollo de una nación, por ello, además de considerar que todos los aspectos de la vida de una sociedad deberían estar subordinados a las leyes de mercado, defiende el libre comercio para propiciar una mayor dinámica en la economía, lo cual, en teoría, debería generar mejores condiciones de vida y de riqueza material.

Sus principales ideólogos y promotores son Friedrich August von Hayek y Milton Friedman, quienes la propusieron como modelo alternativo para salvar la economía del siglo XX. Líderes políticos de la magnitud de Ronald Reagan, Margaret Thatcher o Augusto Pinochet, en Latinoamérica, fueron los primeros en implementar las políticas neoliberales en sus respectivos países. No obstante, hoy en día es una de las corrientes ideológicas más extendidas en Occidente, siendo su modelo por excelencia Estados Unidos. 1

"Por neoliberalismo hoy se entiende principalmente una doctrina económica consecuente, o sea, una defensa a ultranza de la libertad económica de la que la libertad política solamente es un corolario." Nadie más que uno de los inspiradores reconocidos del actual movimiento por el desmantelamiento del estado de servicios, el economista austriaco Friedrich von Hayek, ha insistido en la indisolubilidad entre la libertad económica y la libertad sin adjetivos, y por tanto ha subrayado la necesidad de distinguir bien el liberalismo, que tiene su punto de partida en una teoría económica, de la democracia, que para los neoliberales la democracia es ingobernable no sólo desde la parte de los gobernados por el sobrecargo de las demandas, sino también desde la parte de los gobernantes, porque estos no pueden dejar de satisfacer al mayor número para mejorar su empresa (el partido).[207]

Los empresarios comenzaron a ver como sus beneficios se fueron reduciendo y retomaron la economía liberal, ahora neoliberalismo, siendo su líder Friedrich von Hayek, y sus alumnos impulsaron esta idea para que alcance todas las economías mundiales. De esta manera los países principales como Estados Unidos y Gran Bretaña se vieron obligados a extenderse para mantener su poder, por lo que no respetaron

207 Liberalismo: Diccionario de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y l Gianfranco Pasquino. 10ª edición, Siglo Veintiuno Editores, 1994, tomo 2,

fronteras, como lo dice el libre comercio, y ocuparon gran parte del mundo, siendo su objetivo que su influencia fuera total, de manera que si los países dominados se negaban habría consecuencias militares.

A final de la I Guerra Mundial los bolcheviques habían tomado el poder en Rusia; diez años después, en 1929, la economía occidental se desplomó; en 1933 los nazis habían ganado unas elecciones democráticas en Alemania, y en 1939 la guerra se extendió por Europa. De la mano del keynesianismo y de las necesidades derivadas de la guerra, las economías europeas estaban siendo progresivamente dirigidas por el Estado hacia el esfuerzo bélico, y lo cierto es que el modelo estaba teniendo éxito. El ensayo de Hayek se enmarca, por lo tanto, en el temor de que los éxitos que estaba generando la planificación de la economía intervenida de guerra hiciesen que ésta se prolongase más allá del fin del conflicto bélico. Ésta es la tesis principal: la planificación económica conduce necesariamente hacia el totalitarismo y a la pérdida de las libertades individuales. Para Hayek toda planificación económica, por leve que sea, se basa en la creación de un supuesto bien común o nacional.

El neoliberalismo en sus distintas manifestaciones recomienda adelgazar (achicar) el Estado privatizando las empresas que estaban en su poder, sanear las finanzas públicas, reducir el circulante (dinero), para bajar la inflación, abrir las economías nacionales y posteriormente agruparlas en bloques, lo que dio surgimiento a la globalización, es decir, una economía sin aparentes fronteras en el mundo. "De esta forma surge el nuevo liberalismo, que por su sufijo "neo" se le conoce como neoliberalismo; debe aclararse por lo tanto que de acuerdo a lo descrito anteriormente, el liberalismo ya había existido como sistema económico; la época que nos ha tocado vivir, regresó el liberalismo pero en un nuevo contexto histórico y político, por ejemplo antes no existía la democracia moderna, representativa como la llama Norberto Bobbio."

El enfoque neoliberal, con Margareth Thatcher asume la globalización mundial como una exigencia de cambios en el papel del Estado y la apertura comercial. Tiene como objetivos básicos: disminuir la intervención pública a través de la privatización y desregulación, como medio para fortalecer las finanzas públicas; una liberalización comercial, que revierta el proteccionismo estatal, para elevar la competencia y disminuir las presiones inflacionarias.

Su propósito fundamental es establecer un marco macroeconómico, (macroeconomía: estudio global de la economía), estable y un crecimiento eficiente, con una intervención estatal mínima, y sin estructuras proteccionistas fuertes. Este enfoque supone que el mercado y las potencias líderes tienen la suficiente capacidad para reestructurar la economía y en cambio desestiman la capacidad de las políticas internas. La estrategia del neoliberalismo se centra en la solución del mercado. Sus objetivos son disminuir el peso y acortar las funciones del Estado y, como contra partida, aumentar en forma significativa los papales de la sociedad y el mercado.[208]

208 El libro de Hayek, El caminode servidumbre "Alianza Editorial, 2005. Friedrich August von Hayek (1899 –

En la década de los ochenta, frente a los problemas generados por la crisis del Estado de Bienestar en los países del norte y el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones en los países del sur, corrientes principalmente neoclásicas en economía participan con nuevos juicios sobre el desarrollo, al compás del avance de la llamada neomodernización liberal transnacional. El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial asumen con fuerza roles directrices en el diseño de las políticas económicas de los países del Tercer Mundo, en cierta forma como consecuencia del no pago de la deuda externa.

2. Ajuste Estructural

Este concepto ejerce influencia sobre el pensamiento y las prácticas del desarrollo, al lado de una cierta desideologización y pragmatismo en diversos círculos institucionales y académicos. El trasfondo histórico de esta avanzada liberal está dado por el fin de la guerra fría en 1989 con el derrumbe del Muro de Berlín y de los regímenes socialistas de Europa Oriental, y en contrapartida la hegemonía norteamericana y del capitalismo.

No obstante el enfrentamiento ideológico entre neoliberales y socialistas y cada uno tiene sus propios argumentos, hay una tercera posición que hace su propia trabajo para crear una posición o tercera vía, que viene destacándose en el mundo desde que en Alemania Lorenzo Von Stein, Herman Heller y demás juristas proclamaron el Estado social, como una respuesta a los desajustes sociales provocados en aquel momento por el liberalismo y sus sistema capitalista, que en el marco de su tendencia obsesiva a la acumulación, produjeron lo que todavía sigue siendo una sociedad exclusivista, marginadora e injusta; el aparecimiento de la tendencia social demócrata de Ferdinando Lassalle y el partido social demócrata alemán, como la doctrina social de la iglesia, las encíclicas de León XII y Pío XI (1891 y 1931 respectivamente), pasando por el estado de Bienestar de Bismarck, Beveridge y Keynes, han dejado una posibilidad más razonables, que el constitucionalismo actual, retoma y privilegia para conformar el estado Social y Democrático de Derecho.

"El fin de la historia" escribe en 1992, Francis Fukuyama, argumentando que a partir de esa década el mundo entra a una nueva era de neoliberalismo global sin oposición. El crecimiento económico vuelve a ser considerado como el motor del desarrollo y del progreso social y presentado como el instrumento y la finalidad del desarrollo al cual hay que sacrificar, si fuese necesario, las exigencias sociales de la población.-

---

1992) nació en Viena, Austria, que en ese entonces era una de las grandes capitales intelectuales de Europa. Hayek es particularmente conocido como un defensor del liberalismo clásico y del capitalismo en contra del socialismo y el pensamiento colectivista. Fue miembro de la Escuela Austriaca de economía y escribió extensamente acerca teoría monetaria, el cálculo en una economía socialista, la teoría de los órdenes espontáneos y la teoría del derecho evolutivo. Inició su carrera como profesor universitario en la Universidad de Viena, luego en la London School of Economics y posteriormente en la Universidad de Chicago y en la Universidad de Freiburg. En 1974 obtuvo el Premio Nobel de Economía por su trabajo relacionado a "la teoría monetaria y las fluctuaciones económicas y por su profundo análisis de la interdependencia entre los fenómenos económicos, sociales e institucionales."

Ese sacrificio o suicidio proclamado por Fukuyama, es el que el constitucionalismo quiere evitar y que no puede compartir ya que la sociedad no puede progresar integralmente sin acciones solidarias que solo las posiciones intermedias pueden promover; mientras recomienden o proclamen la sociedad basada en la relación amigo-enemigo, no solo tendremos enfrentamientos, locales sino globales, tal como lo ha mencionado el papa Francisco, denunciando que de Nuevo el monstruo de las guerras mundiales aparece en el horizonte.

El Fin de la historia. El ensayo de Fukuyama constituye un intento de explicación del acontecer de los últimos tiempos, partir de un análisis de las tendencias en la esfera de la conciencia o de las ideas. El liberalismo económico y político, la "idea" de Occidente, sostiene el autor, finalmente se ha impuesto en el mundo. Esto se evidencia en el colapso y agotamiento de ideologías alternativas. Así, lo que hoy estaríamos presenciando es el término de la evolución ideológica en sí, y, por tanto, el fin de la historia en términos hegelianos. Si bien la victoria del liberalismo por ahora sólo se ha alcanzado en el ámbito de la conciencia, su futura concreción en el mundo material, afirma Fukuyama, será ciertamente inevitable.

Sobre la posición de Fukuyama, Antonio Elorza, dice: "Francis Fukuyama es profesor de Política Pública en la Universidad George Mason y autor de "The great disruption: human nature and the reconstitution of social order." © Francis Fukuyama, 1999, distribuido por Los Angeles Times Syndicate: polémica sobre el fin de la historia tiene como punto de partida la publicación por Fukuyama (Chicago, 1952) de un artículo bajo ese título, con interrogante, en la revista The National Interest, en el verano de 1989, seguido poco después en el libro El fin de la historia y el último hombre (1992). En vísperas del hundimiento del bloque comunista, Fukuyama pronostica el triunfo definitivo del liberalismo económico y político, una vez derrotados sucesivamente los totalitarismos fascistas y comunistas. -"la democracia liberal constituye la mejor solución al problema humano"- y la evolución del pensamiento de la modernidad, cargado de confusión respecto de ese proceso.

Menosprecia la posibilidad de que los rezagados, envueltos en la miseria, conscientes de sufrir una creciente desigualdad, multipliquen los estallidos de protesta o planteen alternativas al feliz dominio de las democracias poshistóricas, y sobre todo la perspectiva de que la religión sirva, no sólo para suscitar conflictos locales, sino para apoyarse en el subdesarrollo y enfrentarse mediante el terror a escala mundial con la orientación. El sistema bipolar vigente en la última fase de "la historia" tenía un efecto estabilizador de todo conflicto por debajo del principal que enfrentaba a las potencias occidentales como el mundo comunista. Una vez desaparecido, la pretensión americana de implantar un "nuevo orden internacional" entró rápidamente en quiebra. La enorme superioridad tecnológica de la potencia que encarna, en sí y para sí, el triunfo de la democracia liberal, no sólo ha sido incapaz de controlar ambos tipos de alternativas, sino que con su imperialismo cargado de buena conciencia tras el 11-S ha contribuido a incrementar la inseguridad a escala mundial. Comienza otra

historia y es significativo que el blanco de las críticas de Fukuyama sea hoy el pensamiento neoconservador de su país.[209]

En el predominante discurso liberal las demandas económicas son imperativas y fundamentales. La visión oficial de los organismos financieros internacionales sobre el desarrollo más que nunca lo identifica como el crecimiento económico. Y será caracterizado exclusivamente en el cuadro de la actual mundialización de la actividad económica. La adaptación continua de los espacios nacionales a las exigencias y restricciones de esta globalización aparece como el vector único de una política de desarrollo posible y creíble. En este discurso hegemónico un cierto número de indicadores monetarios, financieros y económicos, devienen en los únicos indicadores significativos en materia de desarrollo. Son aquellos sobre los cuales coincidían y/o se pusieron de acuerdo los organismos financieros internacionales, la administración política norteamericana y la banca privada transnacional, y enunciados en lo que se conoce como el Consenso de Washington. En los hechos estos indicadores están presentes en los Programas de Ajuste Estructural (PAE).[210]

3. Consenso de Washington

El economista estadounidense John Williamson acuñó la expresión Consenso de Washington (CW).Este ex catedrático de Princenton University, y exfuncionario del Banco Mundial, señala que el CW data de 1989 cuando la prensa de los Estados Unidos comentaba la poca disposición de América Latina para emprender las reformas para salir de la crisis de la deuda externa.

Las reformas consensuales eran: El decálogo del Consenso se expresa en los siguientes términos:

1.- Disciplina presupuestal: el déficit público no engendra sino inflación y huida de capitales.

2.- Reforma fiscal: se debe ampliar la base impositiva y moderar las tasas marginales.

3.- Política monetaria conduciendo a tasas de interés a corto plazo, remuneradoras en términos reales.

4.- Las tasas de cambio deben ser competitivas y favorecer la acumulación de excedentes comerciales.

---

209 Antonio Elorza es catedrático de Historia del Pensamiento Político en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid y autor de libros como Umma: el integrismo en el islam (Alianza) o Arcaísmo y modernidad. Pensamiento político en España, siglos XIX y XX (Alba).

210 Dr. Marcel Valcárcel departamento de ciencias sociales pontificia universidad católica del Perú lima, |junio. El enfoque neoliberal y la neomodernización: ajuste estructural y consenso de washington (1980-1990).-génesis y evolución del concepto y enfoques sobre el desarrollo documento de investigación. Marcel valcárcel departamento de ciencias sociales pontificia universidad católica del perú lima, junio 2006

5.- Liberalización comercial gracias a la baja de los aranceles y de las protecciones de todo tipo.

6.- Hacer atractivo al país para la inversión directa extranjera.

7.- Sólo las empresas privadas son eficientes.

8.- Suprimir las subvenciones públicas a la producción para que el Estado se dedique únicamente las misiones educativa y social.

9.- La desreglamentación suprimirá todas las fuentes institucionales de monopolios y rentas para dejar a los mejores aprovechar sus ganancias.

10.-Promover y defender los derechos de propiedad privada, lo que necesita una legislación de los negocios y una justicia económica independiente.

Este es uno de los resultados de la defensa a ultranza del neoliberalismo y que en una forma ciega, sin considerar el principio "pro homini", que sería el principio rector en la toma de decisiones, sin considerar seriamente la problemática social; el poder financiero formula unilateralmente su proclama de vuelta a las leyes del mercado, la no intervención del estado en los asuntos económico, privilegiando la tesis del Estado mínimo, según Nozcik, una desbordante concepción del valor de libertad económica, según Hayek, única libertad conocida para él, el ajuste estructural, el consenso de Washington, etc., son las herramientas técnicas y políticas en manos del neoliberalismo, para resolver según ellos, no sólo la problemática económica, sino también la social.

"El Consenso de Washington marca un parteaguas entre el modelo desarrollista y el modelo neoliberal. Arropado por la doctrina friedmaniana, dicho consenso retomó las tesis neoclásicas de los años cuarenta, promoviendo entre los países latinoamericanos las ventajas competitivas del comercio internacional. En este sentido, la intencionalidad de construir un mercado global y unificado, cuestionaba la intervención estatal en la gestión económica y social, tanto en países desarrollados como periféricos. Los países en desarrollo fueron prácticamente obligados a iniciar políticas de liberalización del mercado y un desmantelamiento sistemático del estado de bienestar.

Con el desmantelamiento del estado de bienestar, el modelo neoliberal se enfoca en el mercado, en la competencia individualista, en la acumulación de capitales. Así mismo, se ha generado una dinámica de polarización social, pobreza extrema y conflictos emergentes que demandan al Estado solventar la necesidad de satisfactores mínimos de bienestar, tales como vivienda, empleo, salud, alimentación y educación.

Las discusiones más frecuentes sobre el concepto de neoliberalismo derivan de las voces críticas. A partir de las consecuencias sociales que éste genera, se critica la aplicación de dicho modelo económico, siendo que el concepto por sí mismo pertenece a la estructura capitalista de mercado, al neoliberalismo se le acusa principalmente degenerar las inequidades e injusticias que el capitalismo, per se, reproduce."[211]

211 Oswaldo Méndez-Ramírez.- Neoliberalismo y equidad: Revista Iberoamericana de Educación Superior. La

4. Neoliberalismo y Estado Intervencionista

La mayoría de investigadores del neoliberalismo, coinciden al afirmar que dicho proceso cuenta con figuras relevantes que sentaron las bases para que surgiera el liberalismo en sus distintas manifestaciones ya sea en lo político, en lo económico, en lo jurídico, etc., por eso, como dice Bobbio-Mateucci, resulta tan difícil dar una definición sobre este movimiento cultural que surge entre los siglos XVI y XVII, en algunos países europeos. Los investigadores recurren, especialmente en el campo económico, a personajes como Adam Smith, que con su obra "La Riqueza de las Naciones", Ludwig Von Mises, que con su obra Liberalismo, dejaron a la posteridad la sustentación doctrinaria, aun practicada, sobre el contenido filosófico económico del LIBERALISMO; en igual forma, el proceso neoliberal, se sustenta en los conocimientos y prestigio de Fredrick Hayek, siendo su obra principal "Camino de Servidumbre"; a él, lo han seguido corrientes afines, como la teoría monetarista de Milton Friedman y en el campo jurídico Roberto Notzcik, especialmente en su obra; Estado, Anarquía, Utopía"

En relación a lo anterior Alejandro Rial, dice "El neoliberalismo nació como una reacción contra el Estado intervencionista y de bienestar. Su texto de origen es Camino a la servidumbre, de Frederich Hayek, en 1944. Se trataba de un ataque contra cualquier limitación de los mecanismos de mercado por parte del Estado. Decía que el igualitarismo promovido por el Estado de Bienestar, destruía la libertad de los ciudadanos y la vitalidad de la competencia, de la cual dependía la prosperidad de todos. A partir de los años 80 el pensamiento neoliberal ha sustituido al pensamiento keynesiano, convirtiéndose en el pensamiento dominante.-Según el pensamiento neoliberal:

1.- Los déficit del presupuesto estatal son negativos para la economía, puesto que absorben en ahorro nacional, aumentan los tipos de interés y disminuyen las tasas de inversión financiada por ahorros domésticos.

2.- Las intervenciones estatales regulando el mercado de trabajo son también negativas. Estas intervenciones dificultan el libre juego del mercado, obstaculizando el desarrollo económico y la creación de empleo.

3.- La protección social garantizada por el Estado del bienestar a través de las políticas redistributivas se considera perjudicial para el desarrollo económico, al aumentar el consumo y disminuir el ahorro de la población, y muy en particular el ahorro de las poblaciones pudientes, que son los sectores que tienen mayor capacidad de ahorro, y que son también las más afectadas negativamente por aquellas políticas redistributivas del Estado del bienestar.

---

sociedad chilena analizada desde una perspectiva estudiantil. Oswaldo Méndez Ramírez toscanitx@yahoo.com.mx. Mexicano. Doctor en Políticas comparadas de bienestar social por la Universidad Autónoma de Nuevo León (uanl), México. Profesor investigador en el Instituto de Estudios Iberoamericanos de la Universidad de Estudios Extranjeros de Busan, Corea del Sur. Fundador y coordinador editorial en jefe de la revista International Journal of Latin American Studies entre 2010 y 2013. Temas de investigación: capital social y educación, calidad de la educación básica y superior, subjetividades en actores educativos

4.- El Estado no debiera intervenir en la regulación del comercio exterior ni en la regulación de mercados financieros.

5.- El remedio, entonces, era claro: mantener un Estado fuerte, sí, en su capacidad de romper el poder de los sindicatos y en el control del dinero, pero moderado en todos los gastos sociales y en las intervenciones económicas. La llave de la eficacia y de los éxitos de la economía capitalista es el empresario que es un personaje dotado de cualidades -como la intuición, espíritu de innovación, gusto al riesgo-, quien se lanza a la aventura de la empresa aplicando una idea que promete ganancias importantes en caso de que la idea "despegue."[212]

Capítulo Quinto

Estado social versus Neoliberalismo

Introducción

La recesión, el estancamiento económico, la pérdida de empleo, los problemas estructurales y fiscales del Estado, las insuficiencias de los procedimientos democráticos fueron la plataforma ideal que fomentó el inicio de la «reacción liberal-conservadora» y sus críticas al Estado social. Se promueve el regreso al Estado liberal, no obstante el daño histórico que este modelo social político, y económico ha causado a la sociedad universal, no porque sus presupuestos o fundamentos esencia les sean nocivos per se, sino por la instrumentación que se hizo de sus postulados, para beneficio de minorías que aprovecharon su poder para iniciar un proceso de explotación de la burguesía industrial que sustituyó el poder de la monarquía; dos siglos después se inicia un plan de retorno a aquellas estructuras " por ello, abanderan un repliegue del Estado a sus fronteras naturales y, como medida de política práctica, el total desmantelamiento del Estado social. Se habla a partir de estas fechas y de la organización de movimientos liberales de la «revolución conservadora» que ha tenido hasta fechas muy recientes, y todavía tiene, una singular incidencia en la política de EE. UU. Y Gran Bretaña."

Aunque la receta básica de la reacción es similar para todos aquellos que se dicen liberales o conservadores, entre cada uno de ellos se pueden encontrar algunas diferencias. Aun a riesgo de simplificar demasiado el panorama ideológico de quienes defienden esta postura, puesto que las deudas entre unos y otros en la formación de su pensamiento es mutua en general, todos deben mucho al pensamiento y la perseverancia de Hayek-, éstos pueden agruparse en tres corrientes.

212 http://alejandrorrial.blogspot.com/2012/10/neoliberalismo-y-empresas.html.- Captura de la webb

1. Las principales corrientes Neoliberales

La primera: Su líder es Fredrieck Von Hayek y su movimiento liberal, quienes, entre sus postulados básicos, argumentan que existe una contradicción en los fundamentos del Estado social que lo hace especialmente inestable. Esos postulados son el de la libertad y la igualdad, dos conceptos irreconciliables y que, en su opinión, la tensión originada debería resolverse en favor de la libertad, pues las tendencias igualitarias destruyen el sistema económico de mercado y, además, conduce inexorablemente al autoritarismo, a la pérdida de la democracia.[213]

A contrario sensu, Hayek proclama la desigualdad y es seguro que al plantearlo lo hace desde el punto de vista económico, pues es imposible que la formule desde posiciones constitucionalistas, o internacionalistas, o éticas; en efecto las sociedades desiguales son más fáciles de manejar,(sistema autoritario, vid Karl Löewenstein, Teoría de la Constitución) así lo dice Javier Pérez Royo en su Curso de derecho constitucional; en una sociedad desigual todo mundo sabe el lugar que ocupa en la sociedad y así sabe cuáles son los derechos o privilegios que en una sociedad estamental puede tener, el problema se da en una sociedad en la que todos los ciudadanos reclaman estar en uno de los presupuestos del constitucionalismo actual, o en ambos, como son la libertad en la misma paridad que la libertad; así fue proclamado por la declaración de la revolución francesa, y así lo proclama v la Declaración de derechos Humanos y en general todas las constituciones democráticas; No hay ninguna constitución o pacto o declaración que no parta del concepto de igualdad, es un valor, un presupuesto, una actitud humana, que no puede ser vulnerada ni por Hayek, ni por sus seguidores; algo que no se interrumpirá nunca, aunque las ansias paranoicas de la acumulación así lo expongan en manifiestos, libros o congresos, por muy respetables que parezcan.(Vid. Mario Solano y Salvador Soriano: La justicia en la Constitución, Realidades, UCA, 1996)

Se han establecidos ciertos criterios para explicar la igualdad, como el tratamiento igual para los iguales, la igualdad ante la ley, el tratamiento que advirtiendo las diferencias humanas proclama el trato como si fuéramos iguales, el tratamiento desigual para los desiguales; de manera que atacar simplemente la contradicción aparentemente existente por pensar con criterios estrictamente economicistas, es estar fuera del mundo y sobre todo si la conclusión nos lleva a anular un valor para que el otro sobreviva.

La crítica de los liberales cercanos a Hayek, insiste en que el exceso poder del Estado ha conducido a la pérdida de la libertad del individuo que es la piedra angular sobre la que se sustenta todo el orden social pero en esto los seguidores del "maestro" también se equivocan, pues de lo que se trata es de vivir con y en valores que aparentemente se contradicen, y se formulan soluciones más racionales, como es la de construir una forma de estado que sin menoscabo de la libertad, se pueda generar soluciones a la pro-

213 Hayek, F. A., Normas y Orden, vol. 1 de Derecho, Legislación y Libertad, op. cit., págs.19-20

blemática social, en el marco de la democracia y del estado de derecho; de eso hablamos en esta obra o sea el Estado Social y Democrático de Derecho.[214]

La segunda corriente, que es la que más proyección práctica ha tenido y que, en algunos países, ha tenido aparentes éxitos es la liderada por M. Friedman que está institucionalizada en torno a la «escuela de Chicago.» Está compuesta por economistas que frente a las medidas fiscales propugnadas por Keynes exigen una dura política monetarista para salir de la crisis, o sea, una reducción de la cantidad monetaria en el mercado para controlar la inflación generada por el déficit estatal generado por sus políticas de asistencia y protección social. Confían en el libre desarrollo de las fuerzas del mercado para lograr una correcta distribución de los recursos naturales, un aumento de productividad y un mayor desarrollo económico.

Cuando la afirmación anterior se contrasta con sociedades como la nuestra, no queda más que recordar que el libre desarrollo de las fuerzas del mercado, y sus abusos, es lo que ha llevado a una guerra, de más de doce años con un innumerable cuota de víctimas mortales; las correcciones que el estado democrático tiene que llevar adelante, no interferirían en la libertad económica, si en nombre de esta no hubiera una sociedad polarizada y cuya estructura económica, sigue siendo una de las causa principales de la violencia estructural que se vive en este país.

La tercera, se conoce con el nombre de la teoría de la Decisión Colectiva (Public Choice) y que tiene como representantes más cualificados a J. Buchanan y G. Tullock, pero se ha extendido por EE. UU. Y Europa formando un colectivo que se autoproclaman un poco petulantemente «los nuevos economistas», aunque el grupo, en realidad, es bastante heterogéneo. Lo que caracteriza a esta escuela consiste en que en sus estudios aplican los nuevos métodos de análisis económico a la realidad política, a los procesos de decisión pública, en lo que entienden es el «mercado político» [215]

2. Nozcik y Rawls

Junto a estas corrientes, existen otros autores también de orientación liberal. Es el caso de R. Nozick, entre otros, quien, por su rechazo por todo lo que esté relacionado con el Estado, su poder y capacidad interventora y, en especial, por sus derechos, y por su defensa del minimalismo estatal parece estar directamente enlazado con las ideas de Hayek, aunque salvando las distancias. Otra cosa es el caso, mucho más dudoso, de J. Rawls, quien, desde las bases ideológicas del liberalismo, pretende buscar una vía de ar-

214 Vid. Javier Pérez Royo, Curso de derecho constitucional, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Constitucionales, Madrid, 1996. Vid. Mario solano y Salvador Soriano, La Justicia en la Constitución, Revista Realidad, UCA

215 Como afirma H. Lepage, el pensamiento económico se extiende más allá de y transgrede sus propias fronteras disciplinares: «Del mismo modo, los enfoques económicos se utilizan para comprender el funcionamiento del mercado político, para estudiar los efectos insospechados de las intervenciones reglamentarias, para analizar la lógica del funcionamiento de las instituciones democráticas o incluso para informar de la evolución del derecho y de las instituciones sociales», H. Lepage, Mañana el Liberalismo, J. I. Oyarzábal, Madrid, Espasa Calpe, 1982, pág. 25.

monía entre los fundamentos individualistas de la libertad y las pretensiones igualitarias de un mayor social, por lo que parece lograr el milagro del tertium datur de la tercera vía entre los dos polos opuestos. Por ello, cabe hablar tanto de un Rawls liberal como de un Rawls socialdemócrata, según el aspecto de su teoría que se destaque.

2.1 El Debate sobre la Justicia

Rawls, formula su teoría de la justicia, para rebatir la tesis utilitarista prevaleciente en los países anglosajones que pretendiendo favorecer a las mayorías, puede generar graves distorsiones en perjuicio de los individuos o de las minorías, una finalidad en abstracto de favorecer mayorías, puede producir injusticia en contra de minorías, individuos aíslados, o grupos discriminados, o sectores marginados; etc., o sea que no se pueden crear teorías para favorecer mayorías en abstracto; frente a esta posición es que Rawl, proclama su teoría de la justicia; el utilitarismo proclama que el mejor estado de las cosas es aquel en el que la suma de lo que resulta valioso es lo más alta posible, y lo que debemos hacer es aquello que consigue el mejor estado de cosas conforme a esto. De este modo, la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para los seres sintientes en conjunto. Utilidad es una palabra que refiere aquello que es intrínsecamente valioso para cada individuo.

En la economía neoclásica se llama utilidad a la satisfacción de preferencias, en filosofía moral, es sinónimo de felicidad, sea cual sea el modo en el que esta se entienda. Estas consecuencias usualmente incluyen felicidad o satisfacción de las preferencias.

El utilitarismo es a veces resumido como "el máximo bienestar para el máximo número." De este modo el utilitarismo recomienda actuar de modos que produzcan la mayor suma de felicidad posible; esta posición se recuerda al fin teoría eudemonista utilitarista, proclamada por la Grecia clásica, y en relación al Estado consideraban que el fin del Estado era el de proporcionar a sus ciudadanos, la máxima felicidad, retomada por la filosofía utilitarista moderna (Bentham y Stuart Mill). (Vid. Teoría del Estado, George Jellineck, Los fines del Estado; y Estado y Constitución, Mario Solano, publicación CSJ)

"Esta doctrina es la más antigua. Fórmase especulativamente y es de suma claridad para las conciencias ingenuas. Parece evidente, desde luego, que el bienestar del individuo y de la comunidad sean el objetivo supremo y único de toda organización pública. La antigua doctrina del Estado está edificada sobre la idea del eudemonismo, el cual, a su vez, constituye el funcionamiento de la ética helénica. Empero la eudemonía es formulada de muy distintos modos por las diferentes escuelas. Los modernos sistemas de moral utilitaria, son impulsados a esta consecuencia, a saber: a definir el Estado como una institución que sirve para utilidad común."

"Pero cuando se intenta llevar a la práctica estas ideas, surgen inmediatamente grandes dificultades; porque el concepto de bienestar y el del que les es tan próximo, el de la utilidad, a tal punto son susceptibles de interpretaciones varias a causa de su

indeterminación, tan fuertemente dependen de las concepciones subjetivas, que todo es posible deducirlo de ello y todo, en realidad, se ha deducido. En todas las épocas se han puesto bajo la advocación de bienestar común, los ataques más violentes que se han dirigido a los más altos e importantes bienes del individuo. Por esto la doctrina del bienestar ha sido aceptada por quienes han tratado de ampliar ilimitadamente el círculo de actividad del Estado. Esta es la teoría clásica del Estado Policía y del Estado Absoluto."

El mundo cree en la justicia y considera que esta es aquella que redistribuye adecuadamente sus bienes, sus recursos y sus riquezas en un ambiente de libertad y democracia, sin decirlo explícitamente. Rawls, se inscribe en la corriente del Estado Social Y Democrático De Derecho, en el sentido que esta forma de estado de derecho, tiene en cuenta el ámbito social, el ejercicio de la democracia en el marco del derecho, de tal manera que una correcta distribución de los bienes, de acuerdo a las posibilidades de una sociedad determinada, es el ideal, tal como lo sostienen Fernández Segado y García Pelayo, reafirmando que esta forma de estado es la que mantiene el respeto a los individuos como tales pero incorporados a la sociedad a la que pertenecen, por la vía de la fraternidad, de la solidaridad y del respeto recíproco; de igual manera el ejercicio de la democracia impide la formación de gobiernos dictatoriales de cualquier signo que, en nombre de la justicia social, cometen graves violaciones a los derechos fundamentales, tal es el caso de los países socialistas, el nacional socialismo, el fascismo, el imperio prusiano, etc., En el Estado social y democrático, se mantienen los principios clásicos del derecho liberal, los derechos sociales y culturales, los derechos emergentes, etc., teniendo en cuenta los presupuestos, los valores y los principios del estado de Derecho.

Establecida la justicia como el fin más importante del Estado, Rawls se propone, la determinación de los criterios para establecer la justicia social que supone la distribución justa de los bienes básicos; este propósito se mantiene aun reconociendo la realidad de que la sociedad es desigual, no tiene los bienes y recursos en el marco de una distribución equitativa, recordando lo que Aristóteles, estableció en la Ética a Nicómaco: "si la justicia es buena, la equidad es mejor; es como la regla lesbia que se adapta a las sinuosidades de la superficie que mide"; Rawl, tiene que hacer abstracción de estas realidades y clamando por una justicia imparcial, dice que deben de crearse los instrumentos normativos para generar condiciones de equidad, que la realidad de la vida no ofrece: Una especie de intuición, de imaginación, de cómo debe ser la justicia; Rawl, tendría que soñar un poco, como lo estamos haciendo desde esta obra, en el sentido de que la justicia no se crea por decreto, sino que se trata de un proceso de transformación cultural, donde los valores de "verdad, dignidad humana, fraternidad y acciones solidarias, sustituyan los patrones egocentristas, que el capitalismo salvaje ha venido fomentando, como en su tiempo lo denunció Juan Pablo II.

2.2 El núcleo central de la teoría de Rawls

Toda sociedad debe dar la oportunidad a sus ciudadanos a que tengan garantía a la mayor condición de libertad que fuere posible; (Vid. Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano)

Las desigualdades económicas y sociales deben estar dispuestas a: 1.) terminar (proponerse a) beneficiando a todos los miembros de la sociedad, no a perjudicarlos; 2) las desigualdades deben estar abiertas y vinculadas a posiciones en las mismas condiciones para todos. La intuición nos dice lo que es justo y lo que es injusto; siempre ha sido así para todos los seres humanos, intuitivamente tenemos idea del bien y del mal, de lo justo y lo injusto; lo que nos dice la intuición es como resolver el problema; para saber qué es justo o no, tenemos que contrastar el mal que a la sociedad causa esta actitud o situación de injusticia permanente y encontrar, los principios, los valores y los presupuestos dentro del estado para resolverlo; no debe olvidarse que el Estado es la institución donde se resuelven los intereses conflictivos; es un problema cultural, político y de filosofía moral

Como a la caza de esta posición está Roberto Nozcik, quien comienza por establecer que entre menos Estado, intervenga en la solución de estos problemas, mejor; entre menos estado, mejor; el estado debe ser mínimo, porque es lo único que garantiza la libertad, una tesis parecida a la de Von Hayek y Von Misses. No obstante, en opinión de Victoria Camps, ambos comparten posiciones en cuanto a la libertad, pero en tanto Rawls, estaría en la corriente social demócrata, Nozcik, sería neoliberal: así trata de volver al estado gendarme, el estado policía, sin propósitos de redistribución; un estado mínimo, será menos corrupto, porque no otorga poderes políticos.

Esta teoría podría ser válida en países desarrollados, no en El Salvador, donde operaría la idea contraria, el estado mínimo, desviaría los fines del poder, a generar más poder entre los detentadores de los poderes fácticos, los que tienen acceso al poder del estado, ya sea mínimo o no. Entre nosotros sería dejar sin control a sectores que controlan la actividad mercantil, financiera, agro exportadora, etc., que no ha renunciado, ni renunciaría al poder político que ha controlado siempre; dejaría sin protección a las mayorías utilizando los mismos métodos del pasado; se trata, entonces de fortalecer el estado Social y Democrático de derecho, mantener un grado de control en la redistribución, la reducción de la pobreza mediante programas sociales, de salud, educación, medio ambiente, etc., pero incorporando a los miembros de la sociedad a participar democráticamente en la dinámica del poder; se trata de un estado legítimo mediante la participación democrática, o sea que entre más democracia, el problema ya no es el estado sino los grados de participación.[216]

216 Victoria Camps, en su obra breve historia de la ética. RBA libros S.A.Barcelona. 2014. Rawls: El debate sobre la justicia.

2.3 Robert Nozick

En el Prefacio a su "Anarquía, Estado y Utopía" expone su modelo deseado de Estado. Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica, que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto. Dos implicancias notables son que el Estado no puede usar su aparato coactivo con el propósito de hacer que algunos ciudadanos ayuden a otros o para prohibirle a la gente actividades para su propio bien.

No obstante, los mismos seguidores y promotores del neoliberalismo, han modificado esas pretensiones minimalistas de Noczik, y ahora la receta neoliberal se envuelve presentaciones más digeribles y se habla de estado eficiente, en lugar de estado mínimo.[217]

217 Robert Nozick en el Prefacio a su "Anarquía, Estado y Utopía" expone su modelo deseado de Estado.

Título Segundo

El poder neoliberal y su impacto en la sociedad

Capítulo Primero

Capitalismo Democrático

Introducción

Como lo sostiene Ana María Ezcurra, el neoconservadurismo retomó y vigorizó fuertemente la noción de capitalismo democrático. Se trata de una idea clave, constitutiva e instituyente de un consenso ideológico estadounidense extendido, preservado y duradero, que no solo conlleva una adhesión sin fisura entre capitalismo y la democracia liberal, sino que establece una relación necesaria. Sin embargo, las políticas neoliberales en materia distributiva han frenado el bienestar de ciertos sectores sociales. En casi todos los países latinoamericanos han decaído los salarios reales, el empleo, las aportaciones sociales, el bienestar social y han disminuido los subsidios al consumo popular. Los menores salarios además de tener repercusiones sociopolíticas, en algunos países han generado oleadas sucesivas de empobrecimiento. El menor poder adquisitivo del grueso de la población ha contraído la demanda de los mercados y, por tanto, el empobrecimiento de la población.

En un estudio suyo, Ezcurra, hace una relación magistral de cómo nace, se desarrolla y estanca el proyecto neoliberal, que a decir de Henry Giroux, se trata de una verdadera ideología con características fundamentalistas, como lo comentaremos también en este estudio, con las acotaciones que correspondan a El Salvador, entre otras afirmaciones dice:"

1. Estrategia Neoliberal

"Desde inicios de los '90s, el Banco Mundial llevó adelante una reformulación del modelo de "crecimiento con orientación de mercado" impulsado durante los años '80 en el Sur y, luego, en Europa oriental. Por ejemplo, revisó el vínculo Estado/mercado y, también, aceptó que el crecimiento económico per se resulta insuficiente para el logro de mejoras sociales. En ese marco, empezó a reivindicar

la importancia de un patrón de crecimiento intensivo en trabajo (crecimiento con empleo), consintió cierta intervención pública con fines distributivos y jerarquizó las denominadas "políticas sociales."

Se trata de cambios para combatir la pobreza desde la perspectiva del capitalismo, aplicado especialmente en los países suramericanos, en el que tuvo que aplicarse el proyecto de ajuste estructurales; con ello se lograba también un impacto político, dado que el ajuste produce un deterioro en la economía de las bases sociales; no obstante, se trata de cambios, sí, pero dentro de un paradigma invariable: el neoliberal. En los '90s, entonces, lo que tuvo lugar fue un "aggiornamento" (ponerte al día con algo. En lo laboral: capacitarte, ser proactivo; en lo moral: que te acomodes a los tiempos contemporáneos en algunas conductas; en el aspecto físico: la ropa o el peinado, etc. Tiene que ver con la capacidad de adaptación que se tiene que tener ante los cambios que ocurren en algún ámbito determinado) del programa neoliberal, capitaneado por la banca de Bretton Woods y, en particular, por el Banco Mundial.

(Bajo la perspectiva de una inminente victoria en la Segunda Guerra Mundial, se celebró en un apartado hotel de Bretton Woods, N.H., del 1 al 22 de julio de 1944, la denominada «Conferencia Monetaria y Financiera de Naciones Unidas.» Participaron en ella 44 países, y otro (Dinamarca) envió una simple representación de menor nivel. Una cumbre tan limitada, y sin la presencia de ningún Jefe de Estado o presidente de gobierno, sería hoy considerada un happening político de menor nivel, pero el ambiente de esperanza y novedad en que entonces se vivía bastó para convertir el encuentro en el punto departida de un nuevo orden económico internacional. De la Conferencia se derivó la decisión de crear tres instituciones básicas. En primer lugar, el Fondo Monetario Internacional, cuyo convenio constitutivo fue firmado ya finalizada la guerra (27 de diciembre de 1945). Su primera Asamblea de Gobernadores, es decir, de ministros de finanzas y presidentes de bancos centrales, tuvo lugar en Savannah, Georgia, sólo unas semanas después (8 de marzo de 1946), aunque el comienzo efectivo de sus operaciones financieras se retrasó hasta el 1de marzo del año siguiente.

La segunda institución fue el llamado Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, cuya propia denominación indica un claro afán de reparación por la gran destrucción generada en la guerra, aunque su propio éxito en materia de reconstrucción le llevó pronto a centrarse en la financiación de proyectos en países atrasados que, de hecho, no habían participado en el conflicto. Pasó, pues, a ser más identificado con la marca «Banco Mundial», cobertura actual de las diversas entidades en las que ha quedado configurado su grupo financiero)

Según Ezcurra, "el neoliberalismo atravesó una primera etapa, de índole fundacional, que comenzó hacia 1947, se prolongó aproximadamente treinta años y dio lugar a un cuerpo doctrinario sistemático, muy elaborado y coherente: una ortodoxia neoliberal originaria, que conforma el producto clave de esa etapa. Su tesis básica, de raigambre neoclásica, es que el mercado constituye el mejor instrumento, el más eficaz para la asignación de recursos y la satisfacción de necesidades. Un mecanismo

de autorregulación que conduciría al óptimo social y que, por ello, resultaría intrínsecamente superior. Por eso, dicha ortodoxia exaltó las virtudes de un Estado mínimo e impugnó vivamente al Estado de Bienestar y, en general, al Estado como dispositivo de redistribución en beneficio de las clases desfavorecidas."

"Aquella tesis operó como un principio rector, organizador del conjunto doctrinario. Un principio que perdura hasta la actualidad, si bien con matices. En efecto, ya no se pregona un Estado mínimo, sino un Estado eficaz, inclusive se aceptan ciertas funciones estatales en materia de redistribución. Sobre esa base, el neoliberalismo originario planteó una agenda de políticas con cuatro ideas-fuerza clave la promoción de un máximum de crecimiento económico (de libre mercado) como objetivo prioritario; a su turno, tal propósito demandaría un aumento de la tasa de ganancia del capital privado; y, para ello, se requeriría una reducción de los costos salariales, una merma en el costo de la fuerza de trabajo, una bandera neoliberal decisiva y distintiva que, además, condujo al auspicio de una firme contención del gasto público social."

Aunque la retórica sea distinta en sus diferentes épocas, el neoliberalismo y sus instituciones financieras y los Estados poderosos que se reparten la hegemonía mundial, difícilmente cambiarán sus enfoques y soluciones sustentadas en unos valores y bellos principios, como la libertad y la igualdad, pero sólo al principio, pues ´posteriormente la igualdad es abjurada por uno de sus máximos exponentes: Hayek. Aparece la filosofía liberal en los días posteriores a las grandes revoluciones.

(Vid. Mario Solano: Derecho Constitucional de El Salvador, To. II., UTEC, Francia 1789, Inglaterra, durante todo el siglo XVII, durante la dinastía de los Estuardo: Carlos I y Carlos II, y posteriormente con Guillermo de Orange, que accede al trono a pesar de su origen holandés, y luego la independencia de los Estados Unidos.).

Estos acontecimientos, trajeron algo importante para la humanidad, el reconocimiento de que la libertad es un valor y un presupuesto incambiable y de ese modo se llega al constitucionalismo liberal que proclama primero el estado burgués de derecho y luego el estado liberal; los excesos que se producen durante su hegemonía, apura el surgimiento del Estado social, sustentado en las diferentes solucione socialistas, desde el socialismo utópico, hasta el socialismo científico, (marxista) la doctrina social de la iglesia, con las encíclicas "rerum novarum" y "cuadragésimo año", surgiendo el estado social y sus diferentes expresiones y a lo que nos hemos referido en este análisis, esperando que nuestros lectores revisen en estas mismas páginas lo que hemos afirmado sobre las bondades, del Estado de derecho, de corte liberal, con que se inicia el proceso aun sin terminar y que en este momento se manifiesta en su versión social y democrática. .

Pues bien, según Ezcurra hay por lo menos un cambio de matices en el enfoque neoliberal de la problemática y ya no se habla de minimizar al Estado sino que lo importante es que sea eficaz: "Ante ello, sin embargo, la banca multilateral corrobora el rumbo y propone las denominadas "reformas de segunda generación." Éstas comportan algunas novedades en materia institucional (por ejemplo, la lucha contra

la corrupción). Pero, sobre todo, implican más ajuste. Se trata de robustecer (lo ya emprendido, impidiendo retrocesos) y, en especial, de ahondar reformas estructurales que se juzgan atrasadas. En particular, la flexibilización del mercado de trabajo, la reforma de la seguridad social y de los servicios públicos de salud y educación."

Un tema que en El Salvador es improponible, ni siquiera para ser revisado sobre todo considerando que la tasa de desempleo es sumamente alta y que los sindicatos de trabajadores deberían abordar con mucha objetividad. En consecuencia, se salvaguarda y, más aún, se agudiza la matriz de distribución fuertemente restringida precedente e, incluso, sus eslabones regresivos (como es el caso de la flexibilización labor, (que termina con los contenidos y propósitos del Derecho Laboral individual y colectivo, en este caso con los convenios de la OIT)

Por ende, cabe esperar una reproducción, aunque ampliada, de los efectos probados (del programa). No una mejora, sino un mayor deterioro social. Entonces, la banca multilateral corre el riesgo de reiterar el círculo que protagonizó en los '90s: ante la cuestión social percibida como factor de desorden, realza lo político y fija una agenda que, a su turno, produce impactos que retroalimentan el malestar. Provoca su fracaso.[218]

Primera Fase:

A fines de los años 70 y principio de los 80, se produjeron estos cambios:

1.- El mercado mundial pasó a ser considerado como principal mecanismo de asignación de recursos.

2.- La búsqueda de competitividad (externa).

3.- Deprimir el costo de la fuerza de trabajo y los salarios.

4.- El trabajo, pues, retrocedió al papel de una mera mercancía comprada al menor precio posible, (véase el punto de la ley del bronce del primitivo liberalismo).

Segunda Fase:

Desde mediados de los 80, la expansión e intensificación de la pobreza en el Sur comenzó a concitar una creciente preocupación en las instituciones de Bretton Woods. El Banco Mundial asumió un rol de liderazgo en la materia, hasta que en 1990 publicó su famoso Informe sobre el Desarrollo Mundial. La pobreza, en el que propone a la reducción de la pobreza en el Sur como la máxima prioridad de la política internacional y del accionar del propio Banco.

---

218 Ana María Ezcurra. Qué es el neoliberalismo. Visión General - Síntesis de conclusiones.-NEOLIBERALISMO ES UN PARADIGMA CAMBIANTE Lic. En Psicología y Dra. En Estudios Latinoamericanos, Ciencias Políticas. Investigadora, especializada en relaciones internacionales (estrategia de seguridad y política exterior estadounidense, evolución del paradigma neoliberal). También se especializa en estudios sobre la universidad y, en particular, en la problemática de la desigualdad social y la educación universitaria. Ha publicado numerosos libros y artículos. Actualmente se desempeña en la Universidad Nacional de General Sarmiento y en el Instituto de Estudios y Acción Social.

2. Ajuste y pobreza:

En primer término, el "aggiornamento" repercutió en una visión revisada respecto del papel de los ajustes estructurales en el origen de aquella explosión de la pobreza en el Sur. Es decir, como factor causal. Se dio una novedad (respecto de los 80). Así, desde inicios de los años 90 la banca de Bretton Woods admite que los ajustes suelen provocar efectos desfavorables en los pobres y, en general, en los trabajadores. No obstante, también asegura que se trata de resultados momentáneos, ineludiblemente transitorios.

Informe sobre el Desarrollo Mundial 1990. La pobreza. La primera "vía", sopesada como prioritaria, estribaría en el restablecimiento de un crecimiento económico alto y estable, una idea-fuerza inmutable del paradigma neoliberal. Pero además surgió una novedad: el crecimiento económico fue (y es) considerado prioritario, sí, aunque también insuficiente, innovación incluida frente a la evidencia (explícitamente admitida) de que el crecimiento per se no redunda necesariamente en una mejora social; en términos de resultados, el dispositivo fracasa. En efecto, en América Latina, y durante los 90, el crecimiento económico (cuando se da) se asocia con tasas de desocupación abierta (y de desempleo oculto) constantes o en aumento. Se insiste en la desregulación del mercado de trabajo, una flexibilización profunda (en rubros como la contratación, el régimen de despidos y los "costos no salariales", entre otros), presentada como vía regia para la creación de empleo; de nuevo nos acercamos a considerar que el trabajo es un mercancía y su regulación debe hacerse con criterios mercantilistas; bajos salarios, mayor número de horas de trabajo, bajar la semana laboral, optimización de los recursos, creando artificialmente puestos de trabajo, etc.

Estos dos temas son los argumentos más reconocidos de parte de la alta dirección de la gran empresa de El Salvador, en el sentido de que el crecimiento económico debilitado es factor de desempleo y de problemas sociales asociados a la desocupación; como contrapartida el gobierno insiste en la ampliación de sus programas sociales, que para los empresarios es sinónimo de socialismo, que no están dispuestos a acompañar. (Presidente de ANEP, 1º. De junio de 2015), no obstante que el secretario general del FMLN, ha señalado que se trata de un socialismo moderado; frente a dos posiciones contrapuestas, estaríamos en momentos difíciles para intentar cambios constitucionales importantes en el país.

3. Reformas sectoriales

Bajo la égida de la focalización, el régimen neoliberal de políticas sociales recurre a un cauce distributivo principal que, en rigor, constituye la segunda "vía" de la reformulación estratégica: una reforma profunda de ciertos sectores públicos sociales y, en particular, de los sistemas de salud y educación.

Sobre todo, se aboga por una reestructuración del gasto. Así, se patrocina una ampliación de fondos en algunos servicios, los más básicos que, por un lado, favorecerían

directamente a los pobres y que, por otro, tendrían una asignación financiera insuficiente. Es el caso de la educación básica, de los cuidados primarios de salud (atención clínica esencial, inmunizaciones, planificación familiar), de los apoyos nutricionales y de cierta infraestructura física (por ejemplo, agua potable, saneamiento); ni más ni menos del proyecto del FMLN y que no obstante aviva los miedos ancestrales que la república ha vivido desde el implantamiento del liberalismo constitucional de 1886.

3.1 Programas compensatorios

Al calor de la renovación diagnóstica, el Banco Mundial conviene en que las "reformas" traen consigo impactos adversos que, aunque ineludiblemente transitorios, reclamarían intervenciones específicas y adicionales. Por eso, desde 1990 la reformulación estratégica añadió (y agrega) un curso de acción complementario: programas compensatorios, de corto plazo. Iniciativas temporarias encaminadas a aminorar algunas consecuencias peculiarmente desfavorables del ajuste y ciertos padecimientos de la pobreza extrema.

Sobre todo, se auspician acciones de emergencia típicas como la creación de empleos públicos temporales (para atemperar la desocupación), así como la provisión de servicios e infraestructura básicos como nutrición, cuidados de salud y agua potable, saneamiento e irrigación. También se incluyen procesos de capacitación de mano de obra y esquemas de crédito (para microempresas); esto, recomendado por los jerarcas del neoliberalismo, que es lo que se aplica en El Salvador, no sólo por los gobiernos de 2009 a 2015, sino que los gobiernos neoliberales de 1989 a 2009, que aplicados en una estructura de gobierno democrático, no debería ser motivo de oposición sistemática y desproporcionada del sector privado salvadoreño.

3.2 El Neoliberalismo y el Estado

Los grandes padres artífices del liberalismo construyeron esta doctrina política sobre la triple relación entre Estado-sociedad-individuo. Veían al Estado liberal «como un conjunto de instituciones políticamente neutrales y ajenas a otras fuerzas sociales. El Estado es necesario para crear, definir y reforzar el marco regulador en el que operan las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales» La neutralidad y la pasividad del Estado y del ejecutivo son dos principios básicos del pensamiento liberal, pues lo único que debe hacer es garantizar el marco de las reglas de juego, y vigilar su correcta concreción. Por el contrario, toda la dinámica, la expansión de las fuerzas sociales y económicas se produce en la sociedad, en donde los diferentes agentes actúan libremente sin más cortapisa que sus propios intereses y las reglas marcadas por el derecho privado.

Estos argumentos nos recuerdan las ideas de Hobbes y Locke, el primero que señala como origen de pacto social para la creación del Estado, el hecho de que los hombres son iguales, pero en la capacidad de hacerse daños entre sí; el hombre más débil puede asesinar a otro, si cuenta con la oportunidad y los instrumentos para llevarlo a cabo; ante esa posibilidad es mejor ceder ese poder a una persona que re-

úna, controle y aplique los poderes individuales en beneficio del colectivo que se ha formado; en el caso de Locke, la idea de reunirse y tener una institución que adquiera, controle y ejerza el poder que las voluntades individuales le han otorgado, pero especialmente para defender sus derechos intrínsecos, no otorgados, especialmente el de la vida, la propiedad y la libertad (Vid. Capítulos, 1.2.3, Libro I. To. I Noción de Estado y soberanía) "

El liberalismo de antaño y actualmente su legatario el neoliberalismo, ven al Estado liberal «como un conjunto de instituciones políticamente neutrales y ajenas a otras fuerzas sociales. El Estado es necesario para crear, definir y reforzar el marco regulador en el que operan las distintas fuerzas políticas, económicas y sociales.» La neutralidad y la pasividad del Estado y del ejecutivo son dos principios básicos del pensamiento liberal, pues lo único que debe hacer es garantizar el marco de las reglas de juego, y vigilar su correcta concreción. Por el contrario, toda la dinámica, la expansión de las fuerzas sociales y económicas se produce en la sociedad, en donde los diferentes agentes actúan libremente sin más cortapisa que sus propios intereses y las reglas marcadas por el derecho privado.

Son muchos los autores que han ido con el tiempo formulando la teoría liberal clásica. La visión liberal encuentra sus raíces en el pensamiento ilustre de los clásicos como de Thomas .Hobbes, John Locke o J. J. Rousseau, formuló sus presupuestos y sus ideas básicas, y que encuentra su desarrollo posterior en escritores como E. Burke, J. Stuart Mill, y en general los utilitaristas. Por citar un ejemplo clarificador, el pensamiento liberal de Locke insistía en el papel protector y garantista del Gobierno en relación con los derechos -a la vida y a la propiedad- y la libertad individual hasta el punto de denunciar cualquier tiranía que atropellase estos principios básicos.

«Ese poder que todos los hombres tienen en el estado de naturaleza y del que se desprenden, entregándolo a la sociedad en todos los casos en que ésta puede servirles de salvaguardia, consiste en poner en acción aquellos medios de salvaguardia de sus propiedades que juzgan buenos y compatibles con la ley natural, y de castigar en los demás el quebrantamiento de esa ley natural, para asegurar razonablemente, hasta donde sea posible, su propia salvaguarda y la del resto del género humano.»[219] (Vid. Libro Primero, Título I)

El neoliberalismo, sus directores y sus seguidores abanderan un repliegue del Estado a sus fronteras naturales y, como medida de política práctica, promueven el total desmantelamiento del Estado social. Se habla a partir de estas fechas y de la organización de movimientos liberales de la «revolución conservadora» que ha tenido hasta fechas muy recientes, y todavía tiene, una singular incidencia en la política de EE. UU. Y Gran Bretaña, llevando a la práctica sus principios políticos con el éxito ya conocido; sin embargo, sus recetas tampoco han servido para salir de la crisis y no han generado más que conflictos sociales"

219 Locke, J., Ensayo sobre el gobierno civil, trad. A. Lázaro, 5.ª reimp. de la 1.ª edic., Madrid, Aguilar, 1981, pág. 1321.

3.3 Neoliberalismo y Gobierno

Los sectores más conservadores (léase sector privado salvadoreño, gran empresa) denuncian el excesivo aumento del poder del Gobierno y del Estado. En efecto, desde la II Guerra Mundial, a los ojos de socialdemócratas, de grupos liberales progresistas e, incluso, de algún marxista reconvertido, el crecimiento del poder ejecutivo aparece como un fenómeno racional y dentro de la nueva lógica estatal, en la medida que se propone el cumplimiento de ciertos fines que no eran propios del Estado liberal.

Quienes defienden una posición más conservadora ante el Estado social, proveniente principalmente de sectores allegados a Hayek o economistas del estilo de Friedman y la pléyade de manchesterianos, entre otros, a los que podrían sumarse otros neoliberales como Nozick, insisten en que la evolución y las transformaciones internas del Estado social le han conducido a una crisis crónica, a un punto sin salida o sin más salida que su repliegue a las fronteras naturales del Estado liberal. Le acusan, desde una perspectiva económica, de la recesión económica y la inflación, de las pérdidas masivas de empleo, de la crisis fiscal que tan profundamente le afecta, del aumento sin límite de la deuda pública que pesa como una losa insoportable sobre los presupuestos anuales. Igualmente, el Welfare State ha pecado de fomentar un excesivo crecimiento de la burocracia que se ha convertido en un imponente grupo de presión capaz de condicionar la política del Gobierno como hacen también los oligopolios empresariales.

«El Estado se ha visto obligado a suplir necesidades y provisiones que están fuera de su alcance y esta asistencia tan generosa ha fomentado la pereza y el absentismo. Los grupos de presión, y, en general, el corporativismo, han crecido de tal manera que el Estado se encuentra sobrecargado con demandas imposibles de satisfacer. Se ha extendido el abanico de derechos sociales y la población espera que los gobiernos se responsabilicen e intervengan en sectores cada vez más amplios de la sociedad pero al mismo tiempo piden la reducción de los impuestos y la contención de los precios.»

Es la época de los años sesenta y siguientes, especialmente en América latina, que se produjo la predominancia de los poderes ejecutivos, el ejecutivo fuerte, las dictaduras militares, que promovieron algunas prestaciones sociales en el marco de esas dictaduras, con altos niveles de represión y combate a los movimientos obreros, en grave deterioro de la democracia, que es una de las críticas fuertes del movimiento liberal, (Hayek); también la crítica marxista, de que el estado social (de las dictaduras) termina con la libertad y no se produce la igualdad, se incrementa la corrupción y en definitiva son los políticos los que se favorecen en tales circunstancias; el crecimiento del poder ejecutivo aparece como un fenómeno racional y dentro de la nueva lógica estatal, en la medida que se propone el cumplimiento de ciertos fines que no eran propios del Estado liberal.

"Para la tradición marxista, esto no era sino una lógica consecuencia de la expansión del Estado con el fin de fomentar e impulsar los procesos de acumulación de capital y de lograr una más sólida legitimación de sus actuaciones. En líneas genera-

les, se justificaba esta ampliación de los poderes del Estado como resultado de la concordancia entre la ecuación keynesiana y las medidas del Plan Beveridge: el Estado regulador de la economía de mercado (intervencionismo en la economía) y, al mismo tiempo, distribuidor de un bienestar social (seguridad social) y de unas condiciones materiales mínimas para todos. Un Estado paternalista que acepta la responsabilidad de paliar los males de la sociedad. Y ser responsable conduce a intervenir e, incluso, a que crezca el sentimiento de que «debe» actuar, de que es su obligación.[220]

Un caso a destacar es el de la burocracia, que, muchas veces, lejos de ser fieles sirvientes del bien público o un instrumento obediente de la clase política, defienden sus intereses y derechos particulares: su propio crecimiento, subidas salariales, estabilidad en el puesto, sus beneficios sectoriales. El burócrata busca maximizar su posición en la Administración, convirtiéndose, cada vez más, en eficaz instrumento de formación de una voluntad que dirige los designios del Estado y que, sin embargo, se presentan en la opinión pública como una voluntad única y general. El mismo se considera en una situación privilegiada para lograr sus propios beneficios, pues es consciente que, sin el cuerpo de funcionarios, la Administración estatal no funciona, el Estado no ejerce sus funciones. Así, suele reivindicarse por parte de grupos políticos liberales y conservadores la disminución de funcionarios como una medida de disminución del gasto público.[221]

3.4 Impacto en El Salvador

Esto se ha agudizado en El Salvador, después de la reforma del art 47 constitucional, que permitió la ratificación de los convenios de la OIT, por los cuales se admitió la sindicalización y por ende la contratación colectiva en el caso de los empleados públicos; excepto en aquellos casos en que la misma constitución estableció que tales derechos no quedaban disponibles a determinadas categorías de trabajadores, funcionarios o personal de las fuerzas armadas y de la policía nacional civil; al respecto la reforma de dicho artículo, de la Constitución que señaló que para estas categorías no es aplicable el contenido de dichas reformas; pues bien los demás trabajadores, del estado no obstante de que gozan de más y mejores beneficios laborales, tienen a su disposición buena parte del control del poder burocrático, pues en un país sumamente empobrecido, en el que la falta de empleo es la regla, la desocupación generalizada, el fenómeno migratorio, un sistema deficiente de pensiones, agobiado por la inseguridad, el poder de las pandillas, etc., tiene que soportar la presión constante de los grupos laborales sobre más y mejores prestaciones, al grado que el derecho a la huelga, como medio para presionar por la contratación colectiva, estos grupos de trabajadores lo utilizan como medio para presiones diarias, para lograr la separación

220 Picó, J., Teorías sobre el Estado del Bienestar, op. cit., pág. 10. La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración 249, Citado por Martínez de Pisón

221 Ibíd

de jefes o directores (algunas veces justificadamente) paros solidarios, denuncias de la carencia de insumos o manifestaciones solidarias, ajenas el fin para la existencia del sindicalismo y de la contratación colectiva.

En efecto, para el pensamiento liberal contemporáneo, el Estado social resulta incompatible, primero de todo, con el imperio de la ley y, además, con el Estado de Derecho.

En primer lugar, porque, en opinión de Hayek, el Gobierno incumple sistemáticamente con el principio básico de respetar las normas generales de recto comportamiento. Estas son la garantía de la libertad individual y del establecimiento de un ámbito reservado y protegido propio de cada ser humano y, por ello mismo, están por encima de cualquier tipo de dominación, incluyendo a la autoridad política. Deben ser respetadas por cuanto lo que hacen es fijar las reglas del juego, un mínimo para la convivencia, y, sobre todo, fijan los límites entre lo privado y lo público. Y, como afirma tajantemente: «Si la salvaguardia de la sociedad libre resulta tarea tan ardua, ello es precisamente debido a que tal labor exige el constante rechazo de medidas que parecen convenientes en relación con la materialización de ciertos resultados prácticos sin otro fundamento que la discrepancia de las citadas medidas con determinada normativa de tipo general, desconociéndose casi siempre el costo correspondiente a la vulneración de tal normativa en el específico caso concreto. Por ello, una eficaz defensa de la libertad ha de ser siempre dogmática»[222]

Olvida Hayek y sus seguidores que todos los derechos y especialmente si estos son de la categoría de derechos fundamentales, son dogmáticos, no puede esperarse otra cosa; esto no aplica solamente a la libertad, por más que el carácter dogmático que le atribuya responda a una actitud tendenciosa, no puede dejar de predicarse en relación a todos los derechos fundamentales, inclusive los llamados de la segunda generación en la cual se inscriben los derechos sociales, económicos y culturales; es probable que durante la vida de este autor, todavía estas categorías no correspondían al desarrollo del derecho internacional, especialmente el que se refiere al de derechos humanos y que forman parte, precisamente de la dogmática de las constituciones de los países democráticas, después de la firma de la Carta de las Naciones Unidas y luego la suscripción de la DUH, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, luego el Pacto internacional de los dechos culturales económicos y sociales; entre nosotros la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, en los que se definen la teoría y la praxis de los derechos humanos en América.

Afirmar que se "deben rechazar medida que parecen convenientes y solo que lo parezcan" como afirma el señor Hayek, es haber estado ajeno a la evolución que vendría teniendo la sociedad, precisamente en el tiempo que le tocó vivir; sería bueno que los seguidores de Hayek, que han resultado no sólo ajenos al fenómeno social y político que anima a la sociedad contemporánea, combinando sabiamente los cuatro

222 Ibíd.Hayek, F. A., Normas y Orden, en Derecho, Legislación y Libertad, vol. 1, o., p. cit 6.-

elementos básicos para la convivencia en un Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD): tales factores son: Estado (poder) sin perder sus características básicas con las cuales ha surgido al mundo del derecho; es decir el carácter normativo social, es decir la apreciación adecuada de la categoría social, dado que los seres humanos, aun después del pacto social conservan su naturaleza gregaria y tal como lo ha señalado Locke, para la defensa de sus derechos de libertad y de propiedad; el elemento democrático, por el cual lo que se produce dentro del Estado tiene el aval de las decisiones mayoritarias con respeto a las minorías: y con eso la libertad está salvaguardada.

El radicalismo liberal podría argumentar, como su líder, de que la "única libertad que conozco es la libertad económica"; creo que no sería malo que los detractores del estado social, releyeran a Carl Schmitt, en su Teoría de la Constitución, quien al proclamar su "Principio de distribución", señala que "mis derechos de libertad son anteriores al Estado quedando la esfera de libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para limitarla en principio es limitada y además controlable y mensurable"; esto da lugar según Schmitt, a las otras categorías de derechos fundamentales, que el señor Hayek, ahora sus seguidores, parece que desconocen.[223]; y que la relación amigo-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 (hostis).

Por el contrario, frente al carácter espontáneo de estas normas generales, las medidas socializantes, sean de carácter político o preceptos jurídicos, están destinadas a producir efectos concretos en la realidad social. Frente al imperio de las reglas producidas en el tiempo por sedimentación y adaptación al ambiente, los gobiernos del Estado social han acelerado la creación de normas reglamentarias, de una legislación motorizada que no contempla la visión más global de las normas generales, conculcando de esta forma uno de los principios básicos del viejo ideal del Estado de Derecho. En resumidas cuentas, el Estado social violaría el principio de legalidad que, desde los tiempos de la lucha por la formación del Estado moderno, desde Hobbes, Locke, Rousseau y Becaria, es la garantía del control del poder arbitrario del ejecutivo y, además, la salvaguarda de la libertad individual y de sus derechos de propiedad. Además, caerían detrás de este principio otros que son conquista más cercana como el de jerarquía normativa, el de conocimiento publicidad de las normas, el de abstracción y racionalidad o la irretroactividad de las leyes.

Este argumento neoliberal es falaz, todo lo expresado en él es totalmente inaceptable, conforme las reglas de la supremacía constitucional, la existencia de una jurisdicción y un tribunal constitucional, que a petición ciudadana u otras formas, al revisar si una norma no es compatible con la constitución es expulsada del ordenamiento jurídico, también en este punto los neoliberales, deberían informarse un poco

223 (Vid. Carl Schmitt, Teoría de la constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pag,138.

de algo que ocurre desde que el Juez Marshall, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en 1803 y en el reconocido caso de "Marbury and Mádison", resolvió que la norma que "repugna la Constitución es nula", no menos categórico es el artículo 6 de la Constitución de ese país, declara que toda la normativa nacional e internacional, debe estar conforme a la Constitución, art. 246 de la Constitución de El Salvador.

El siguiente texto puede servir de botón de muestra de la inclinación política de Hayek:«No cabe ignorar por más tiempo el hecho de que es cada vez mayor el número de personas de talante reflexivo y bien intencionado que paulatinamente van perdiendo la fe en lo que antaño fuera para ellos el noble ideal de la democracia. Prodúcese tal evolución precisamente en la medida en que incesantemente se intenta extender el campo de aplicación del método democrático a nuevas esferas sociales y cabe ciertamente preguntarse si ello será en parte consecuencia de esta tendencia. La desilusión de referencia, sin embargo, no alcanza sólo a los abusos a los que, sin duda, está siendo sometido el aludido ideal, porque atañe incluso a su propia esencia.»[224]

Capítulo segundo

El Contra Neoliberalismo

Introducción

En un interesante estudio sobre el neoliberalismo y la equidad, Oswaldo Méndez Ramírez, (Neoliberalismo y equidad: la sociedad chilena analizada desde una perspectiva estudiantil) dirigido a estudiantes universitarios, al hacer un análisis sobre los conceptos y efectos de la aplicación del neoliberalismo, retoma la definición que sobre el mismo se hace en el diccionario Drislan y Parkinson, Estas son las definiciones.

El Diccionario en línea de las ciencias sociales define el liberalismo como: Una ideología que defiende la propiedad privada, los derechos individuales, igualdad jurídica, libertad de elección y gobierno democrático. El Liberalismo sugiere que la esencia de la libertad es ser libre de restricción. El liberalismo es una ideología que apoya el capitalismo y defiende el principio del libre mercado, sin gran intervención por parte de los gobiernos.

Con el paso del tiempo, con su difusión universal, las transformaciones sociales y políticas, y aplicado en diferentes sociedades del mundo en el siglo xx, este conjunto de ideas y prácticas: "sin perder sus características esenciales, ha destacado más su defensa de la libre competencia y la iniciativa privada frente al poder del Estado, aunque

224 José Martínez De Pisón La Crítica Neoliberal Al Estado Social. Un Resumen Y Una Valoración.14 Ibídem, Pág. 109. Hayek, F. A., «El Espejismo De La Justicia Social», En Derecho, Legislación Y Libertad, Vol 2, Op. Cit.Pág. 19. Entre Los Muchos Textos De Hayek Sobre La Libertad.

también defiende la necesidad de que este último, intervenga para combatir la formación de monopolios y regular la actividad económica" (Drislane y Parkinson, 2010)

El neoliberalismo tiene su punto de partida como una resistencia al keynesianismo. Uno de los nombres que están íntimamente ligados al origen del neoliberalismo es el de Von Hayek, economista austriaco, cuya perspectiva sobre la libertad y la justicia era totalmente antagónica con la perspectiva keynesiana. En este sentido, el concepto neoconservadurismo [neoliberalismo] se entiende como: Un resurgimiento de las creencias políticas y económicas asociadas con el liberalismo clásico de principios del siglo xix. Correctamente debe ser llamado neoliberalismo. Aspectos de esta filosofía incluyen: aceptación de una economía de mercado no regulado; un papel mínimo del gobierno; desconfianza hacia el Estado de bienestar; una visión de los ciudadanos como motivado sólo por interés personal; un compromiso con el valor central del individualismo (Drislane y Parkinson, 2010).

El individualismo como valor supremo. Libertad sin restricción. Defensa de la libre competencia. Defensa la propiedad privada. Resistencia a la intervención estatal en la economía (Estado regulador, antes que interventor). La pobreza es considerada un mal necesario. Uno de los efectos degradantes que tiene la acumulación capitalista por la cual, según la tesis de Karl Marx en El Capital, este capital se acumula por ciclos de producción. Al inicio del ciclo de producción el capitalista invierte determinada cantidad en materias primas, salarios, maquinaria, etc. y al final del ciclo (una vez producida y vendida su mercancía) obtiene una cantidad mayor de dinero de la que invirtió en primer lugar (ganancia). El capitalista decide invertir parte de esa ganancia o toda para empezar el próximo ciclo. De esta manera el capital invertido crece, y así se acumula.

A diferencia de los que califica de "economistas burgueses", quienes presentarían la ganancia como producto de una diferencia entre valor de uso y valor de cambio, Marx sostenía que la base de la ganancia, y por lo tanto de la acumulación capitalista, sería la plusvalía extraída al trabajador asalariado. La teoría de la plusvalía se sustenta en la teoría del valor-trabajo de la economía clásica, desplazada en algunas de las corrientes del pensamiento económico por el marginalismo sobre todo en aquellas que promueven el capitalismo, pero que aún sostiene como premisa fundamental la economía marxista, entre otras corrientes, aunque algunas con ciertas modificaciones contemporáneas."[225]

225 Oswaldo Méndez-Ramírez Neoliberalismo y equidad: la sociedad chilena analizada desde una perspectiva estudiantil . tp://ries.universia.net Núm. 11 Vol. iv 2013. Neoliberalismo y equidad: la sociedad chilena analizada desde una perspectiva estudiantil1. Oswaldo Méndez Ramírez toscanitx@yahoo.com.m .Mexicano. Doctor en Políticas comparadas de bienestar social por la Universidad Autónoma de Nuevo León (uanl), México. Profesor investigador en el Instituto de Estudios Iberoamericanos de la Universidad de Estudios Extranjeros de Busan, Corea del Sur. Fundador y coordinador editorial en jefe de la revista. International Journal of Latin American Studies entre 2010 y 2013. Temas de investigación: capital social y educación, calidad de la educación básica y superior, subjetividades en actores educativos. https://es.wikipedia.org/wiki/Acumulaci%C3%B3n_del_capital

1. El Neoliberalismo como ideología

En un trabajo sobre el neoliberalismo, Oswaldo Ramírez Colina, afirma lo siguiente; "El Neoliberalismo se ha convertido en una de las más penetrantes, si no, peligrosas ideologías del siglo XXI. Su penetración es evidente no sólo por su influencia sin paralelo en la economía global, sino además, por su poder para redefinir la naturaleza de la política en sí misma. El fundamentalismo de mercado libre antes que el idealismo democrático es ahora la fuerza conductora de la política y la economía en la mayor parte del mundo, y su ideología de mercado está conducida no sólo por sus beneficios, sino que además es acompañada por la habilidad de reproducirse con tal suceso que, parafraseando a Fred Jameson, es más fácil imaginar el fin del mundo que el del capitalismo neoliberal."[226]

El modo más sutil que puede arbitrar una ideología para imponerse y perdurar es proclamar la muerte de las ideologías y mostrarse bajo otro semblante, por ejemplo, la ciencia. Es lo que sucedió por casi un siglo con el positivismo. La ciencia positiva hace las veces de la política, la filosofía y la teología, y siempre como evidencia apodíctica (definitive, concluyente) y sagrada. Y así, disentir razonablemente de una hipótesis científica, pasa a ser un sacrilegio y una rebelión; y el que se atreve a tanto no merece el honor de una respuesta científica sino la marginación condescendiente o brutal: ha perdido la contemporaneidad y no tiene sentido dirigirle la palabra.

Una sociedad excluyente como la salvadoreña puede aplicar esas conductas y lo hace en muchos campos de ación. Por ejemplo en materia política el país enfrenta dos posiciones irreconciliables, hasta ahora y las veces en que se debería de haber intentado acercamientos, se ha preferido cambiar de acera para no encontrarse con el adversario, que entre nosotros es el enemigo, siendo amigos únicamente los que están usando la misma marca; lo es también en el campo ideológico, en tanto hagas prevalecer tus ideas (políticas, sociales, económicas, etc.,) estás excluido solo podemos "hablar con los de nuestro mismo idioma; no se diga "si las diferencias son por lo que tienes y no por lo que eres"; la intolerancia es ancestral; eso es lo que ocurre con las ideologías del neoliberalismo y el socialismo, que en nuestro medio, son todavía, no aptas para ser discutidas, en ambos casos se consideran herejías o sea la dislocación de una estructura completa y autosostenida mediante la introducción de la negación de una de sus partes esenciales que puede darse desde afuera (los que no profesan) o desde adentro mismo (los que profesan).

El postulado principal del Neoliberalismo es que la competencia pone a funcionar hasta el tope las energías latentes en los individuos que conforman el todo social, y así la extrema movilidad que se genera, tras una etapa dolorosa de ajustes, provoca una sociedad de bienestar. Para que este postulado se realice, el Estado no puede sobreproteger al pueblo: el populismo o la planificación central mantienen al pueblo

226 Realizado Por:Oswaldo Ramírezcolinaosram@Telcel Neteoliberalismo Http://Www.Monografias.Com/Trabajos Neoliberalismo/Neoliberalismo

en perpetua minoridad; al atrofiarle la iniciativa y la responsabilidad lo mantienen no sólo improductivo para la sociedad sino débil y carente de valor a sus propios ojos.[227] Habrá quienes crean lo anterior, los que no lo crean simplemente lo negarán sin dar a conocer la fundamentación de negative y menos dar a conocer la verdad, de lo contrario en que creen.

Como los precios (libres) de los productos finales son espejo en el cual los criterios de valorización de la gente se reflejan de manera directa e inmediata, el liberalismo económico defiende también en principio al mercado como instrumento distributivo del producto social; porque es menos imperfecto que los instrumentos estatales.

Detrás del objetivo de la sociedad de bienestar hay una propuesta antropológica que está siendo internalizada en los ambientes ganados por el Neoliberalismo. En términos éticos suena así: "lo moralmente bueno, lo que debe procurarse como bien para sí mismo y para la sociedad es producir (aumentar la productividad, cualificarse, rendir al máximo de las posibilidades), consumir (comprar las marcas más prestigiosas, exigir calidad, acceder según las preferencias a lo que se propone como deseable) y exigir los propios derechos lo demás debe dejarse a los que gerencian la sociedad (el Estado, los Medios de Comunicación Social...). Es completamente disfuncional para la sociedad y desestabiliza y frustra a la persona el que se preocupe del todo social, de la suerte de los pobres. En todo caso, si a alguien le inquieta esto, que se deje de lucubrar o pretender; que deje, pues, lo que se llama política, y que se meta pues a cualquier asociación benéfica, privada, por supuesto: se sentirá bien, empleará su tiempo libre y no causará problemas a su relación con el todo social ni a la sociedad como todo."[228]

2. El fondo del proceso neoliberal

El economista mexicano, por lo que escribe y como lo escribe, de ideología marxista,Jorge Veraza Urtuzuás-tegui, dice: "La causa de este proceder es que la política económica neoliberal intenta contrarrestar una baja tasa de ganancia que continuamente tiende a bajar, para ello privilegia un doble método: las plus ganancias se las entrega a la oligarquía y el mayor plus valor posible y aun partes del salario, se los entrega al resto de la burguesía para que compense dicha tasa de ganancia; pues de otra forma ésta desanimaría a los capitalistas a invertir", hace una crítica muy fuerte a la política neoliberal en su afán desmedido de acumulación, en el sentido de que no repara en los medios que utiliza con tal de obtener el fin, algo que recuerda la reconocida formula de Maquiavelo, de que el fin justifica los medios.

227 Realizado Por:Oswaldo Ramírezcolinaosram@Telcel Neteoliberalismo Http://Www.Monografias.Com/Trabajos Neoliberalismo/Neoliberalismo

228 Ibid

3. Fin de la política económica neoliberal[229]

Depredar el ambiente es privilegio de toda la clase burguesa, pero, sobre todo, de la oligarquía; depredar a la fuerza de trabajo, sus sueldos y salarios es privilegio de toda la clase burguesa, en particular de la financiera; depredar otras secciones del salario y de la reproducción de la fuerza de trabajo es privilegio de los hospitales y las aseguradoras de salud, etcétera, así como, por otro lado, de las instituciones educativas privadas estadounidenses; pues los servicios de salud y educación debieran ser públicos y gratuitos. Depredar las riquezas nacionales de otros países —petróleo y agua en primer lugar, así como biodiversidad— es privilegio de las empresas trasnacionales que forman parte de la oligarquía no sólo estadounidense sino también de la nación que les abre las puertas. Este sistema jerarquizado de privilegios —del que forma parte nuclear el sistema de privilegios imperialistas— es en lo que consiste la política económica neoliberal. Misma que de ningún modo es liberal; política económica que es argumentada en términos teóricos más o menos falaces cuando que su práctica es esencialmente política, jurídica y éticamente corrupta. Y sólo en este sistema de corrupción encuentra racionalidad y coherencia.[230]

En la verdadera política económica neoliberal, "se evidencia un sistema de connivencias entre el capital y el Estado para garantizar y promover todo tipo de privilegios esquilmatorios por sobre la constitución jurídica y por sobre las leyes del mercado. Pues éstas, en tanto aspectos del capital, son hoy un límite para el propio capital, y la política económica neoliberal es la racionalización —es decir, mera justificación ideológica y psicológica— de la transgresión sistemática de todas las reglas capitalistas de la explotación y de la acumulación de capital; precisamente para que se lleve a cabo una explotación sin ley, una acumulación de capital sin ley (acumulación salvaje de capital) y un despojo generalizado sin ley (acumulación originaria residual terminal), pero con apariencia de legalidad y, en casos, parcial legalidad sólo como billete de entrada para dar cobertura al espectáculo orgíastico vampiresco de succionar toda la riqueza social (capital constante, capital variable y plus valor) a favor de la clase burguesa."

Lo anteriormente expuesto podría ocurrir en aquellos estados que tienen poder de influencia n la economía globalizada y que necesitan trascender de sus economías locales, para mantenerse en los centros de poder económico, donde se decide la política económica planetaria; no parece que ocurre en el tercer mundo o en las economías emergentes, don de las cuestiones ideológicas, forman parte de un activismo contesta-

---

229 Jorge Veraza Urtuzuástegu. Economista mexicano, Incorporado a la Facultad de Economía de la UNAM, egresando en 1979 con el título de Licenciado en Economía. A partir de 1983 se integra en el cuerpo docente de dicha Facultad. Doctor en 1998 en Estudios Latinoamericanos, egresado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la misma universidad. Fue profesor del Seminario de El Capital de la referida Facultad de Economía entre 1976 y 1984, y coordinador del antedicho seminario entre 1981 y 1984. Fue profesor de ciencia política en la UAM Iztapalapa, entre 1984 y 1986, y de 1986 a la fecha de la carrera de psicología social de la misma universidad. Nació el 19 de diciembre de 1951.

230 Ibid

tario que cree en el benefactorismo social a través del estado y algunos que promueven la creación del Estado social y democrático de derecho que motiva estas reflexiones.

Y bueno, ante la dificultad que tiene el capital para resolver los problemas del salario y los problemas de la educación, los de la alimentación y los de la vivienda, etcétera, la gente tendrá que dar alternativas y el capital no podrá sino verse obligado a aceptar cada vez más la alternativa que la gente proponga, ejerza, despliegue e imponga en cada caso. Son gente pobre, entonces las alternativas no van a ser espectaculares, pero van a ser las que la gente ponga. Ciertamente se abre el tiempo de las luchas cooperativas y solidarias. Es el tiempo del sujeto porque ahora éste es el que pone conscientemente, por necesidad y porque puede, el tiempo histórico: la cualidad que tendrá el curso de la vida de todos y cada uno. Esto es decisivo. Inclusive en el caso de catástrofes, provocadas por el capitalismo —tsunamis y calentamiento global incluidos o hambrunas—, y que marcan nuestras vidas o terminan con la de algunos seres humanos, a veces miles o aun millones, o en el caso de guerras que el capitalismo despliegue, a partir de hoy es el tiempo en que el sujeto diseña e instaura la respuesta y de que ésta se incline cada vez más a ser contrapuesta a la sociedad burguesa de modo radical y cada vez con mayor eficacia o, bien, cada vez más contraria a las formas burguesas y antidemocráticas.[231]

En efecto, como afirma Giroux, se trata de una ideología política que tiene como fundamentos y objetivos los principios y dogmas del neoliberalismo y su sistema capitalista; en un país como El Salvador, donde la codicia desenfrenada, la avaricia y la falta de solidaridad, han animado históricamente a los centros de poder, sus representantes, en la hora actual, en este caso, las dirigencia de la gran empresa privada, con honrosas excepciones de algunas gremiales y empresas, que se inscriben en la corriente de la responsabilidad social, en su discurso, expresan una constante oposición al proyecto gubernamental (2009-2014: 2014-2019) que tiene algunas acciones de tipo asistencialista, consciente de que la dependencia de los Estados Unidos, no solamente es política y que se resolvería con planteamientos de ese tipo; la dependencia tiene representaciones diversas: cientos de miles de salvadoreños viven y trabajan en Estados Unidos y envían dinero a sus familiares en El Salvador; los compactos de los fondos del milenio son claves para la sobrevivencia de los ciudadanos, del Estado y del gobierno, las donaciones, los asocios públicos y privados, la influencia de los Estados Unidos ante los organismo financieros internacionales, etc., las nuevas relaciones de Cuba y USA, un amarre así no da margen para socialismos utópicos, o socialismos del siglo XXI, u otra formas de dictaduras socialistas; tampoco dictaduras neoliberales, aparentemente defensoras de la libertad.

En consecuencia el temor que expresan las gremiales, sus colaboradores y seguidores, son más bien formas de oposición ideológica, que favorece a los partidos políticos afines; una actitud antigubernamental confrontativa, que correspondería, en su

231 Ibid

caso a un partido de oposición; una actitud difícilmente propicia para estructurar un estado social y democrático de derecho; es probable que tal conducta responda a una esperanza de que la ideología neoliberal, encuentre de nuevo, en próximos períodos encajar en algún partido coincidente; algunos de sus dirigentes se inscriben en esta corriente neoliberal, que corresponde a las formas de libre pensamiento y de participación en las cosas del estado, que es manifestada, no en forma técnica y expresa, sino que se manifiesta como una oposición sistemática, por si misma, o por otros actores de su misma raigambre; la forma de enfrentar este fenómeno es lo que correspondería al gobierno, mediante la creación de políticas públicas armonizadas a las posibilidades financieras y éstas en un trabajo coordinado entre Estado y sectores privados.

En otros países, los grandes poderes económicos locales o regionales consideran que la existencia de este tipo de Estado (ESDD), es una concesión que hace el neoliberalismo en el sentido de que la existencia de esta categoría, depende del respeto a la libertad de empresa, a la ley de la oferta y la demanda y la no injerencia del estado en asuntos económicos; si esas exigencias son aceptadas, el neoliberalismo, considera que existe un estado social, pero que se sostiene cumpliendo los postulados del mercado; esta visión pueda ser que corresponda a un extraño pacto de sobrevivencia que ocurre porque de ambos lados encuentran que es una manera de sostenerse, dado que por una parte no hay otra opción más que el sistema capitalista y por otro, que la conciencia colectiva de los pueblos, no aceptan otras formas de ejercicio del poder que se supone han sido desterradas.

Expresa también Giroux: "A la par de la creencia de que el mercado debe ser el principio organizador para todas las decisiones políticas, sociales y económicas, emprende un ataque incesante contra la democracia, los bienes públicos, el estado benefactor, y los valores consensuados. Bajo el neoliberalismo todo está a la venta o es robado para su beneficio."

No se necesita mayor penetración o profundidad en los análisis de los principios, dogmas y correctivos emanados del consenso de Washington y de la política de los organismos internacionales, FMI, BM, etc.,, para saber que en casos específicos, los bienes nacionales, en El Salvador, han sido negociados impunemente como el caso CEL-ENEL, en el que violentando la Constitución de la República, se hicieron negociaciones y se otorgó a una empresa extranjera parte del patrimonio nacional, la energía del subsuelo, por el cual dicha empresa, se convertía en socio mayoritario del producto energético, parte del subsuelo, es decir parte del territorio de la república, mediante una negociación que se hizo al margen del Fiscal General de la República y sin que la Asamblea Legislativa autorizara tal negociación; los mismo ocurrió con los fondos destinados a la construcción de hospitales, y la construcción del Boulevard, ahora Monseñor Romero y otros activos, así como distintas formas de apropiación indebida de los recursos públicos, tanto de gobiernos de derecha (comprobados algunos) y ahora (presumiblemente) con gobiernos de izquierda.

Como lo fue en el pasado, en la época del liberalismo, las tierras nacionales, fueron entregadas a los terratenientes, al eliminarse las formas de propiedad social, la propiedad de las comunidades indígenas y los ejidos; mediante la promulgación de las leyes respectivas en los años de 1880 y 1881; se aprovecharon de ese despojo oficial, predominantemente extranjeros o vinculados con la oligarquía terrateniente, y las comunidades y los municipios fueron despojados de las tierras colectivas, sin un poco de rubor de parte de quienes hicieron estas abominables concesiones. En igual forma ocurre en la actualidad o sea que la política del despojo, no tiene nacionalidad ni época, veamos lo que al respecto dice Giroux:

"Las tierras públicas son saqueadas por compañías y rancheros corporativos; los políticos entregan gustosos las señales de aire públicas a poderosas emisoras y grandes intereses corporativos sin un centavo de compensación; Halliburton da a los beneficios de la guerra un nuevo significado al garantizar contratos corporativos sin alguna licitación competitiva y estafa al gobierno de Estados Unidos por millones; el medio ambiente es despojado y contaminado en el nombre de "generar ganancias" al mismo tiempo que el gobierno aprueba legislación para facilitarle a las corporaciones el hacerlo; se mutilan los servicios públicos para bajar los impuestos de las grandes corporaciones; las escuelas se parecen a paseos comerciales o a cárceles, y los maestros se ven obligados a obtener rentas para su escuela pregonando desde hamburguesas hasta pizza."

Henry Giroux, afirma que en "lugar de cuidar los bienes públicos, las agencias de gobierno siguen una amplia gama e "desregularizaciones", privatizaciones, y abdicación de responsabilidades en el mercado y la filantropía privada. La desregulación, en cambio, promueve "amplia, sistemáticamente la desinversión en la capacidad productiva de la nación." La producción flexible alienta la esclavitud a los malos sueldos y deja a la gente postrada en sus hogares. La búsqueda de aún mayores ganancias conducen y acentúan el vuelo de capitales y trabajos hacia el exterior.[232]

232 "neoliberalismo y la muerte de la democracia: resucitando la esperanza en tiempos de oscuridad". Henry Giroux (providence, 18 de septiembre de 1943) es un crítico cultural estadounidense y uno de los teóricos fundadores de la pedagogía crítica en dicho país. es bien conocido por sus trabajos pioneros en pedagogía pública, estudios culturales, estudios juveniles, enseñanza superior, estudios acerca de los medios de comunicación, y la teoría crítica. su obra ilustra un número de tradiciones teóricas que se extienden desde marx hasta paulo freire y zygmunt bauman. es también un férreo defensor de la democracia radical y se opone las tendencias antidemocráticas del neoliberalismo, el militarismo, el imperialismo, el fundamentalismo religioso, y los ataques que ocurren bajo el estado neoliberal sobre el salario social, la juventud, el pobre, y la enseñanza pública y superior. cuando los mercados son señalados como las fuerzas que conducen la vida diaria, el estado grande (big government) es desacreditado como incompetente o amenazante de la libertad individual, sugiriendo además que el poder debe residir en los mercados y en las corporaciones antes que en los gobiernos (excepto para su apoyo a los intereses corporativos y la seguridad nacional) y los ciudadanos, bajo el neoliberalismo, el estado se alinea de manera cruel con el capital corporativo y las corporaciones transnacionales. se han ido los días en que el estado "asumió responsabilidad por una amplia gama de necesidades sociales

4. El Estado de derecho y la globalización neoliberal. Una mirada desde América Latina

Las propuestas neoliberales se fundamentan en la existencia de un Estado mínimo y éste no tiene posibilidades de diseñar y desarrollar un sistema de educación y de salud que llegue a todos, no tiene posibilidades de proteger sus recursos naturales, no está en posibilidades por tanto de garantizar el derecho al desarrollo y a la autodeterminación, por quedar a merced de las grandes transnacionales que ignoran las leyes nacionales y exigen subordinación al libre mercado.

Se enarbolan principios constitucionales como el de la igualdad, que sólo existe en el lenguaje fraudulento y engañoso de los que detentan el poder; no puede existir igualdad entre desiguales. La concepción de Estado de derecho actual, a pesar de la experiencia del Estado social de derecho, tiene como tendencia fundamental la estratificación de la sociedad y no su integración, lo que de hecho constituye una verdadera limitación para que el concepto sea interiorizado por todas las clases y grupos sociales y pase a formar parte de su discurso político. En las propias constituciones modernas, las garantías existen para los derechos individuales civiles y políticos, mientras que para los derechos económicos, sociales y culturales, solo la declaración formal.

Entonces, "liberalismo y neoliberalismo se han convertido en palabras clave y palabras "llave" en el campo de las ideologías, en la transformación del Estado… Exitosas para descalificar cualquier otro modo ideológico."

El Estado liberal y el neoliberal en cierto modo falsean la democracia, pues abandonan la teoría de la soberanía popular de Rousseau y adoptan la teoría de la soberanía nacional de Sieyez, un estrategia diseñada para quitarle el poder a los ciudadanos y entregársela a un ente invisible que necesitaría la representación de quien defendiera los intereses de la burguesía, de ahí nace la democracia representativa.

Sobre este importante asunto Julio Sierra Socorro, dice: Nación se dirá es la soberana: 'El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emana expresamente de ella. La Nación es esa gran abstracción indeterminada (nadie ha visto a la Nación), así como el término Pueblo igual de equívoco y polisémico. Es el mito de la Nación-Persona. Es todo un intento teórico de hacerla una figura inaprehensible, casi metafísica.[233]

La gran paradoja de una metafísica del Estado hecha por los iconoclastas de lo metafísico. La soberanía la detenta la Nación por lo tanto no los individuos… Pero alguien ha de detentar la representación de dicho poder. Y deberá ser alguien con entidad física de persona, pero que no ejercerá un derecho -que solo es susceptible de

233 Julio Jesús Sierra Socorro Globalización Jurídica: Razón Práctica Global Vs Razón De Estad Http://Globalizacionyderecho.Blogspot.Com/2010/08/Globalizacion-Juridica-Razon-Practica.Html O Global.- Estado De Derecho Y Globalización Neoliberal. Una Mirada Desde América Latina.

ser ejercido por el Dios Nación- sino que habrá de limitarse a ejercer una función. Y claro el ejercicio de una función requiere de una aptitud y por lo tanto se hará lógico no conceder su ejercicio salvo a una parte (sufragio censitario): los aptos. Y la aptitud, esencialmente, va a coincidir con la Propiedad: Se va a suponer que a más propiedad mayor aptitud y mayor virtud. Y por lo tanto aquellos que van a decidir cuál es el Derecho del Estado de Derecho -que todo lo marca, delimita, articula y genera capacidad de disfrute- serán los entorchados de poder económico. Y todo ello nos lleva, con fáciles silogismos, a la conclusión de que el Estado de Derecho se constituye en, por y para una oligarquía economicista. Y con ello, tal vez, se estuviera marcando un sutil instrumento totalitario donde el tecnocratismo economicista se consolidara como etología de poder e incluso autoridad no sólo en el ámbito del Estado liberal sino marcando los ritmos de todas las transformaciones del Estado.

Resulta importante resaltar a partir de este criterio, que la realidad es una sola; los fenómenos, objetos y procesos se presentan como un todo, son los hombres los que para su estudio los separan, y en ello resulta indiscutible el papel de la abstracción, para que el acercamiento se produzca desde las esencias y sean penetrados en profundidad. Es cierto que el acercamiento a la definición debe ocurrir desde lo jurídico; pero no puede obviarse que desde la propia génesis de la concepción del Estado de Derecho, se ha producido una evolución en su esencia, en correspondencia con los intereses políticos de quienes lo han necesitado para el ejercicio del poder y la justificación de su comportamiento político. Por tanto, lo político y lo jurídico en este caso no deben ser separados. Así, a cada momento histórico por el que ha transitado la burguesía en el ejercicio de su poder, le ha correspondido una concepción de Estado de Derecho:

Estado liberal de derecho

Constituye la primera forma en que se concretiza el estado de derecho y al que le suceden otras que permiten apreciar su evolución, a la vez que determinar los aspectos que se mantienen intocables, como parte de la estrategia de la burguesía para mantenerse en el poder. ya Sieyés había expresado que el estado liberal de derecho, es un estado representativo que tiene su legitimación en el principio de soberanía nacional, y aquí radica uno de los aspectos esenciales de la concepción liberal burguesa acerca del estado de derecho, que no nace solamente con el sometimiento de todos a la ley, sino con la teoría de la representación, basados en que el cuerpo electoral – formado no por todos los habitantes, sino por los que superen un nivel de renta preestablecida – atribuyen a unos representantes "…un mandato para la gestión de los asuntos públicos… un mandato representativo, no imperativo y además (que) no admite la revocación por parte de los electores estado de derecho y globalización neoliberal. Una mirada desde América latina.

5. Modelo Neoliberal en El Salvador[234]

Este modelo ha puesto al país en una situación económica "sin salida", dice Salvador Arias y otros economistas.- El crecimiento del 2% de la economía del país en el 2014 no fue muy satisfactorio para la sociedad. A raíz de esto, diferentes analistas económicos y políticos plantean diferentes soluciones.

En esta línea, la Asociación para el Desarrollo Económico y Social de El Salvador (ADESES) llevó a cabo el foro "Lento crecimiento, pobreza y subdesarrollo", en el cual profesionales y académicos en el tema económico discutieron sobre los procesos que han provocado desequilibrios estructurales en la economía nacional, fruto de lo que se tiene un modelo económico entre el lento crecimiento, estancamiento y recesión.

Los encargados de exponer sus expectativas y visión en torno a esta temática del lento crecimiento económico, durante el foro fueron: el economista, investigador y actual Presidente de ADESES, Salvador Arias; el Presidente del Banco Central de Reserva de El Salvador (BCR), Oscar Cabrera, y el economista y ex ministro de economía, Héctor Dada Hirezi. De acuerdo con Arias, en El Salvador han transcurrido cerca de 25 años de implementación de las políticas de ajuste estructural de carácter neoliberal y 13 años de la profundización de dicho proceso con la entrada en vigencia de un esquema monetario dolarizado.

Dichos procesos han sido generadores de desequilibrios estructurales en la economía salvadoreña, un crónico déficit en el balance de cuenta corriente y la salida exacerbada de capitales, provocado una mayor dependencia al ahorro externo y, por tanto, una dinámica, de endeudamiento insostenible.

"El modelo neoliberal tiene 24 años y nos ha puesto en una situación donde no hay salida. Es generador de pobreza. A la par que es exportador de capitales, esa es la crisis del modelo. Nosotros tenemos que cambiar esas dos cosas. Este país tiene que dejar de ser un exportador de capitales y no debe seguir generando pobreza y resolverla; ese es el reto que tenemos", señala Arias.

Arias también criticó a algunos medios de comunicación escritos y algunos tanques de pensamiento que cada día se empeñan en señalar la difícil situación que atraviesa el país en términos económicos y de inseguridad. "Todos ellos pueden seguirse devanando diciendo que la situación de la violencia no se resuelve, y es cierto; pero no se va resolver mientras El Diario de Hoy, FUSADES y la ANEP sigan defendiendo este modelo que es en esencia el origen de la violencia que tenemos en este momento", agregó el analista[235].

---

234 Asociación Para El Desarrollo Económico Y Social De El Salvador (Adeses) Neoliberalismo Ha Puesto Al País En Una Situación Económica "Sin Salida", Dice Salvador Ariaspublicado Por: Administrador 9 Abril, 2015 En Nacionales

235 Idíd

En tanto, Cabrera reflexiona sobre cuáles son los factores que determinan que la economía salvadoreña se encuentre en una "trampa de bajo crecimiento económico", la cual ha dado como consecuencia que en los últimos 10 años el país crezca en una media de 1.9 %.

De acuerdo a investigaciones del BCR sobre las causas que han generado bajo crecimiento económico en el país, Cabrera indica que hay dos enfoques.

El primero prima que la economía de tipo de cambio fijo, posteriormente la dolarización, han llevado como consecuencia a un proceso deflacionario en precios, salarios, rentabilidad, debido a que se eliminaron paulatinamente todas las políticas públicas por el lado de la demanda.

El funcionario se refiere a la política crediticia, cambiaria, monetaria, e indica que la política fiscal en este momento tiene un margen de maniobra muy limitado.

Además, explica que la economía no tiene resiliencia frente a choques externos como fue el caso de la recesión del 2009, desastres naturales por los efectos del cambio climático, que impactan el ingreso disponible de los hogares salvadoreños y generan aún más unas condiciones que no son de un empleo digno, ni de un crecimiento con igualdad de oportunidades.

Por otra parte, explica que por el lado de oferta, el camino corto desde la década de los 90 ha sido reducir los costos del trabajo, es decir, los índices de salario reales de la economía salvadoreña cada vez han sido menores y ese es el camino corto para ganar competitividad.

Mientras tanto, menciona que el camino largo son los incrementos continuados de la productividad laboral.

"Es acá donde nosotros desde la perfectiva de la oferta encontramos que la economía salvadoreña le apostó al mercado como principal asignado de los recursos llámese trabajadores, maquinaria y equipo, qué, cómo y para quién producir. Esto trajo como consecuencia que trasladáramos estos insumos y la producción desde los sectores de alta productividad como es el sector agropecuario y la industria manufacturera hacia los sectores de baja productividad, en concreto estamos hablando de los servicios y nuestra economía se convirtió en una economía de servicios", señala el presidente del BCR.

Respecto al foro, Cabrera celebró que se realicen este tipo de debates, pues aseguró que permiten que surjan planteamientos que contribuyan a encontrar soluciones en este tema.

160 personas acaparan el 87% de la riqueza Nacional de acuerdo a estudio de Oxfam, en tan sólo un año el número de multimillonarios en El Salvador creció de 150 en 2013 a 160 personas registradas el año pasado.

6. Acumulación de capital en El Salvador

La organización sin fines de lucro Oxfam Internacional[236].Reveló en su más reciente estudio, que 160 personas son las que acumulan el 87% de la riqueza obtenida de la producción nacional.

De acuerdo a estudio, en tan sólo un año el número de multimillonarios en El Salvador creció de 150 en 2013 a 160 personas registradas el año pasado. Su fortuna conjunta alcanza hoy los $21 mil millones, lo que equivale al 87% del Producto Interno Bruto nacional.

A nivel centroamericano, el panorama es similar porque las 1 mil 75 mayores fortunas poseen una riqueza total que asciende a $142 mil millones, lo que equivale al 80% de la producción de la región. En la otra cara de la moneda está la mitad de los 43 millones de habitantes de la región que tienen ingresos menores de un dólar al día y sufren altos índices de subnutrición.

El director de Oxfam en El Salvador Iván Morales, dijo que a pesar de los avances en la lucha contra la pobreza de las últimas décadas, América Latina y el Caribe sigue siendo la región del mundo con un mayor índice de desigualdad.

Según el director, el número de mil millonarios (personas con una riqueza de más de mil millones de dólares) creció de los 111 en 2013 a 153 personas en 2014, lo que supone un incremento del 37,8%, el más alto por regiones del mundo.

"La desigualdad no es algo inevitable, sino el resultado de políticas equivocadas que se pueden y deben revertir. La desigualdad extrema supone un freno a la prosperidad de la mayor parte de las y los habitantes del planeta, genera sociedades duales y más violentas y deja sin oportunidades a millones de personas con menos ingresos", afirmó. De acuerdo al director, la concentración de riqueza extrema conlleva también altos niveles de concentración de poder. Los grupos de mayores recursos económicos han conseguido moldear las leyes en su propio beneficio, en detrimento de la mayoría de la población.

Por lo tanto, la política fiscal (la ecuación de quién y cuánto contribuye; y cómo y en qué se invierten los ingresos) es uno de los instrumentos más eficaces que tiene el Estado para combatir la desigualdad. Sin embargo, en muchos países la política fiscal beneficia a los que más tienen y permite agujeros por los que se 'escapan' fortunas, tanto por mecanismos de elusión legales o por evasiones de capital a paraísos fiscales.

Se calcula que en El Salvador se pierden anualmente 1.200 millones de dólares vía elusión fiscal. Este dinero supone 60 veces la inversión en infraestructura para escuelas o 10 veces la inversión en infraestructuras sanitarias. La carga tributaria de El Salvador apenas llega al 15% del PIB y el sistema impositivo es altamente regresivo, pues el 65% de los ingresos provienen de impuestos indirectos (IVA) que penaliza el consumo de bienes y servicios y el 35 restante de impuestos directos.

---

236 https://www.oxfam.org/es/paises/el-salvador; jueves 21 mayo 2015 http://elblog.com/notas/?p=17205

"El sistema fiscal de El Salvador es notablemente injusto, porque pone la carga en los hombros de quienes menos tienen y en las clases medias, pero no en quienes tienen más. Esto impide que se financien políticas públicas que beneficien a todos y todas, en especial a las personas más vulnerables. Es imprescindible cambiar las reglas para asegurar que todas las personas contribuyan en su justa medida al bien común", dijo Morales.

A finales del año pasado Oxfam lanzó a nivel internacional la Campaña Iguales, en la que hace un llamado a los gobiernos, empresas e instituciones a que implementen políticas y medidas para frenar la desigualdad extrema y enfrentar las causas que la originan. Oxfam sostienen que estas causas son el fundamentalismo de mercado y el secuestro democrático por parte de las élites.

7. Realidad Nacional

Si las argumentaciones neoliberales estuvieran únicamente en el marco de un economicismo ajustado a la verdad y sin fanatismos e intereses ocultos o expresos, es decir con los contenidos de verdad que genera la investigación científica, podría considerarse que se trata de un movimiento, aunque mundial, pero que no pondría en peligro las estructuras del Estado, de cualquier sistema político; pero cuando los postulados entran a competir con la filosofía política del Estado, que es distinta a la del Mercado, la democracia está en peligro, porque en el mercado los ciudadanos, (los de Grecia y los de Alemania, los de El Salvador y los de estados Unidos de América) no cuentan, PERO SABEN que los poderes económicos son capaces de doblegar los comportamientos políticos, especialmente cuando están aíslados o cuando los partidos mismos están anulados y sólo constituyen otros factores reales de poder (Lasalle), disminuidos y que al final terminan por someterse a los poderes económicos; pero de acuerdo a lo que hemos analizado, el neoliberalismo es una estrategia de control mundial, derivado de las grandes potencias económicas, que a su vez controlan las poderosas instituciones financieras como el FMI y el Banco Mundial, por lo que debemos estar claros de que se trata de una estrategia, en la que inclusive se llega a controlar la figura del Estado social y Democrático de Derecho

En perspectiva del párrafo que antecede puede anotarse lo siguiente: Adam Smith, autor de "The Wealth of Nations", considerado en la historia del pensamiento económico como el padre de la economía moderna, afirma que "una de las principales causas del liberalismo es el libre comercio capitalista y que para el buen funcionamiento de este, ningún sistema político debe infiltrarse en las decisiones económicas, de manera que, no existan límites para las naciones en cuanto a producción y comercio."(Vid. supra. Cap. Tercero). Según John Gray[237], estando de acuerdo con Adam Smith, "debía existir una ruptura entre la sociedad y política y la economía, por lo

237 *destacado teórico político y politico británico. Es Profesor de Pensamiento Europeo en la London School of Economics

que también era necesario eliminar los mercados sociales más importantes existentes"; siendo este el riesgo que se mencionó anteriormente y a lo que se agregan otros fenómenos como el mercantilismo que originándose en la edad media se dependía de aquellos que tenían más poder económicamente, esto fue evolucionando hasta que países tales como Inglaterra, Francia y Estados Unidos se convirtieron en grandes potencias logrando tener el control sobre aquellos países que no podían sostenerse por falta de un buen sistema. Esto se ve reflejado (como herencia) en el neoliberalismo, donde las economías del mundo se ven ligadas a aquellas con mayor estabilidad, lo que causa que si ésta falla, todas las economías fallen con ella, dando lugar a las crisis mundiales como aquella que vivimos en el 2008.

En el caso de América Latina, en los años ochenta las instituciones de Washington sacaron sus propias conclusiones de la crisis económica que vivía esta región y elaboraron una serie de recomendaciones que en los hechos se volvieron imposiciones conocidas como el "consenso de Washington", considerados también como los diez mandamientos de la política económica:

Al menos en El Salvador, los "postulados", se han orientado a lograr un ajuste estructural, conforme las creencias de los organismos que controlan el mercado financiero internacional o bien, concediéndoles el beneficio de la duda, con ese ajuste ha creído que los programas sociales, o derechos sociales conforme el constitucionalismo social, son los causantes del déficit público, pues los estados tienden a gastar más de lo que perciben como ingresos, esto produce inflación y fuga de capitales; en materia de política monetaria las tasas de interés deben de fijarse a corto plazo, de ahí que los sistemas bancarios, se arrogan el derecho de cambiar las tasas de interés de acuerdo a sus conveniencias empresariales, dejando totalmente desprotegidos a los usuarios, en casos de mayor perversión se ha introducido el dolar a las economías locales, y en el caso de El Salvador, la dolarización del año 2001, ha producido efectos desastrosos y en términos de inflación, no sólo se produjeron los efectos en el poder adquisitivo de los trabajadores, sino que ha dado lugar a facilitar el blanqueo de capitales, cosa que los analistas, enquistados en los grandes medios, han sido incapaces de presentar los resultados de la cruenta medida, en términos más honorables y equitativos.

Debilidades Nacionales

En El Salvador y todo lo contrario de lo que se propone el "Consenso", el país no es atractivo para la inversión extranjera, la liberalización del comercio, ha sido un objetivo ilusorio, pues habría que preguntarse porqué el mercado financiero fue entregado a la banca internacional, la supuesta competencia que habría al bajar las tasas de interés, dió lugar a que con la reprivatización de la banca, los banqueros nacionales, compraron a bajos precios y después revendieron a altos precios que les han dejado grandes ganancias; el Estado ha sido incapaz de controlar estas acciones ilegítimas; de la supuesta ineficiencia de las empresas estatales, no se concluye que las empresas privadas sean eficientes, este es un mito que no se puede aceptar en el silencio; en

esto hay buenos y malos en ambos lados y si bien deben de protegerse las inversiones privadas, deben de realizarse los ajustes conforme el constitucionalismo social lo propone, es decir manteniendo los compromisos que el Estado asume para que las relaciones sociales sean equitativas, teniendo a la base los principios de solidaridad, fraternidad, dignidad humana, libertad y justicia social; pero no puede significar que el estado mantenga únicamente la misión educativa y social, al menos en los términos limitados que parece sugerirse; en el momento actual, los Estados deben de trabajar, en el combate a la delincuencia organizada, narcotráfico, trata de personas, terrorismo, pandillas, etc., debe hacer frente a los problemas de cambio climático, escasez de agua, reducción de la calidad del medio ambiente, baja producción agrícola, seguridad alimentaria seguridad humana, la depredación de su territorio, etc.,.

Lo que se advierte en El Salvador es lo que se pretende aplicar planetariamente; o sea que en tanto se mantengan las leyes del mercado, los políticos neoliberales aceptan y algunos hasta pretenden sugerir como su modelo político formal, "alguna forma de Estado social", parece ser una decisión tomada no solo por los dirigentes gubernamentales, sino que forma parte de las definiciones estructurales de los estados, definidas en la constituciones mismas, y una afirmación de cultura política que convive con las pretensiones neoliberales; puede verse como una forma de aceptar la mediatización para mantener el equilibrio entre mercado-estado; de otro modo la tensión actual entre estado social y neoliberalismo, podría decantarse por el neoliberalismo, que estaría ganando la batalla en perjuicio de los grupos sociales.

Lo que se observa en algunos países desarrollados es la implantación del modelo económico neoliberal, con los dogmas del consenso de Washington, una economía social de mercado en el marco filosófico y jurídico del estado social y democrático de derecho; pero esto debe ser sometido a un análisis jurídico constitucional de mucho fondo, pues los postulados de Von Hayek, el economista austríaco, para algunos el padre del neo liberalismo, la escuela de Chicago, de Milton Friedman, la herencia de Thatcher y actualmente el liberalismo a ultranza de Roberto Noszik, tienen el control de los principales estados y economías del mundo y los sistemas político-constitucionales de esos países, aparentemente, han aceptado el neoliberalismo, un pacto no confeso, sino una especie de matrimonio con objetivo distintos, que caminan paralelamente, algo así como una paralelismo convergente; se trata de una simbiosis en la que la libertad económica y la justicia social, paradójicamente, mantienen y defienden sus principios rectores, proclamando la democracia como salvaguarda existencial.

El sistema constitucional prevaleciente al momento en algunos países y que se pretende construir en otros (como el nuestro) definido como Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, mantiene su vigilancia sobre las pretensiones liberales, en atención a que el neoliberalismo considera al crecimiento como un subproducto del funcionamiento de los mercados y lo esencial consiste en favorecer su expansión sin trabas, garantizando la libertad económica y el desarrollo libre de las actividades de los agentes productivos.

Asimismo, el neoliberalismo es una postura encaminada a salvaguardar la economía de mercado como prioridad. Su defensa de la libre empresa no tiene frontera. Los países son concebidos como unidades económicas donde debe florecer, sin importar los costos sociales. La propuesta neoliberal, sólo puede tener éxito con el poder organizado del Estado. De este modo, asigna al Estado un papel de actor político, no de potencia económica con fines de distribución social. Es la vuelta al ideal del mercado; a la era de la "mano invisible" que Adam Smith reclamaba.

Estado Integrador

En cambio el Estado Social, provee la integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación, a través de la compensación de las desigualdades y de la redistribución de la renta por medio de los impuestos y el gasto público. Utiliza instrumentos como los sistemas de educación y sanidad (en mayor o menor grado públicos y controlados por el estado, obligatorios, universales, gratuitos y subvencionados), financiados con cotizaciones sociales. Se tiende a la intervención en el mercado y la planificación de la economía, todo ello en contra de los principios del liberalismo clásico. Con todo, con los poderes y la influencia del poder económico, desde el control del poder de los imperios de la antigüedad, pasando por la economía feudal, las monarquías absolutas, y demás formas contemporáneas del control político que se ejerce desde los poderes económicos, existe, es importante plantearlo a los juristas, a los estadistas, a los gobernantes, etc., que existe una doctrina constitucional bien cimentada, un derecho internacional de los derechos humanos, unos principios doctrinarios emanados de las Naciones Unidas y de los pactos internacionales, etc., que desde la perspectiva jurídico constitucional, y la presión solidaria que ejercen los grupos sociales de todo el mundo, el neoliberalismo, deberá entra en un juego más diplomático y más humano, atendiendo a las naciones más vulnerables, a efecto de mitigar los daños odiosos que las políticas neoliberales han causado en el mundo, de tal manera que haya más compatibilidad entre las leyes del mercado y las necesidades sociales: Esto exige privilegiar los principios de dignidad humana, la solidaridad, los principios "pro homini", "pro libertatis", la fraternidad de los pueblos, etc., persuadirse de que las acciones humanas fraternas, tienen algo más valioso que la acumulación y la codicia, que alumbran los fundamentos del poder del dinero.

Libro Tercero

El Estado Social y Democrático de Derecho

Título Primero
Diferentes modelos
de Estado de Derecho

Introducción

El Estado de Derecho es uno de los procesos históricos de la humanidad que en tiempo relativamente corto ha sufrido cambios en su aplicación y desarrollo y ocurre por los impactos que las ideas en que se sustenta han provocado en los centros de poder económicos y políticos y en los ciudadanos comunes; entre estos siempre han existido y existen intereses en conflicto, apareciendo la natural lucha por el poder, unos para conservarlo otros para conseguirlo; en el proceso del estado de derecho, esa pugna se mantiene por la ambición de poder de los seres humanos, ambición que según Hobbes, no cesa nunca, sino con la muerte. Lo que adelante se diga en relación a los diferentes modelos de Estado de derecho, constituye una ampliación y complementación necesaria de lo que en la base conceptual (Libro Primero), ha sido expuesto, donde se sentaron los conceptos preliminares necesarios, ahora se incluyen para que de la comparación que de ellos se haga, se pueda comprender mejor el significado y características del Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD).-

Cuando los pueblos se liberan de las monarquías absolutas y la burguesía, el tercer estado, según Sieyéz, asume el poder proclama la libertad como máximo valor, una nueva visión del poder que luego mostrará a quien serviría y en contra de quien; con ello se inicia el proceso que hemos descrito y que ahora se manifiesta con influencia planetaria, reeditándose el poder de las monarquías, ahora en el capitalismo global, tal como se expone en este trabajo. La contraparte del poder económico que se manifiesta con distintas modalidades, ha sido el Estado de Derecho, siendo en la actualidad el Estado Social y Democrático de Derecho, la forma de estado que debe enfrentar las perversiones de los sistemas económicos ya sea de personas naturales o jurídicas o de los procesos de globalización, impulsados por el neoliberalismo, los

países desarrollados (G8) (G7?) y otros factores que se han descrito en el curso de este estudio y otros que se analizarán en adelante.

Según los momentos que se han vivido, después que el estado de derecho de signo liberal, creó las prime-ras controversias entre detentadores del poder y los sectores laborales y en general sectores marginados, fue el primer desencuentro entre los principios, los detentadores y las poblaciones; el proceso de cambios ha seguido hasta encontrarnos ahora con que el proceso del estado de derecho encuentra dos cosas fundamentalmente; 1. Que el estado de derecho tiene que ser democrático y social; y 2.- el aparecimiento del neoliberalismo y la economía global, prácticamente en un enfrentamiento no solo ideológico, sino real, contra el Estado, derivado de las pretensiones de los poderes económicos locales, con el agregado de los organismos financieros internacionales; y, por otro lado, algunos sectores sociales, académicos, políticos, etc., que promueven el Estado de derecho (ESDD) en su última versión que coloca a la persona humana en el centro (pro homini) y como presupuesto necesario la libertad (pro libertatis) y actualmente que se ha rescatado otro valor esencial como ya se ha mencionado, la dignidad humana; estos tres valores constituyen el núcleo del orden axiológico constitucional que el Estado social y democrático de derecho deberá tener siempre presente para que el Estado no tenga acciones regresivas y sea fácilmente atacado, especialmente a partir de las pretensiones economicistas contenidas en el neoliberalismo.

Con el presupuesto de la libertad humana frente al absolutismo regio, (ansíen régimen) se inicia este proceso que privilegia ante todo la libertad, entendida como no sujeción a otro, como un reconocimiento a la autonomía de la voluntad, de no hacer lo que no se desea hacer, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe y en el más dramático de todas las formas de libertad, ser independiente de otro sujeto que en otras épocas pudo llamarse dueño o poseedor de un ser humano, o sea la liberación de la esclavitud.

De manera que hay un estado de derecho inicial que proclamó la libertad por sobre los demás valores; es el estado de derecho como estado liberal, (Vid. Libro Primero, To. II de esta obra); tengamos presente el inicio del cap. V.- Proceso evolutivo del Estado de Derecho: "Lo que ahora conocemos como Estado de Derecho, es decir, el Estado que proclama la libertad humana como valor esencial, fundamentado en el principio de legalidad, respetuoso de los derechos fundamentales y en el marco de la división de poderes, que en mi opinión es el núcleo conceptual, para definir esta forma de Estado, no se origina ni en fecha única ni en lugar único; ni es un hecho espontáneo o el producto de un decreto. Es un proceso histórico, es un logro humano, más allá de las abstracciones y construcciones teóricas. Este proceso exige una idea configurativa y requiere explicaciones teóricas producto de investigaciones, no menos tortuosas o complicadas y por ello es necesario buscar los hechos y los esfuerzos humanos que se dan en el tiempo, es decir que para llegar a los conceptos es necesario conocer el proceso evolutivo y la transición de una forma de Estado, a otra nueva,

como es el Estado de Derecho; con ideas al principio incompletas, aisladas, imprecisas, inclusive sin llegar a definirse como tal, sino que estas ideas apuntaban a un orden jurídico político deseable; la noción de Estado de Derecho, es de origen más reciente y se atribuye a los juristas alemanes. Para precisar esos conceptos y comprender la forma actual del estado de derecho, (ESDD) veamos cómo se inicia, como prosigue como se llega a la forma actual.

a) Modelo Liberal

Constituye la primera forma en que se concretiza el Estado de Derecho y al que le suceden otras que permiten apreciar su evolución, a la vez que determinar los aspectos que se mantienen intocables, como parte de la estrategia de la burguesía para mantenerse en el poder. Ya Sieyés había expresado que el Estado Liberal de Derecho, es un Estado representativo que tiene su legitimación en el principio de soberanía nacional, y aquí radica uno de los aspectos esenciales de la concepción liberal burguesa acerca del Estado de Derecho, que no nace solamente con el sometimiento de todos a la Ley, sino con la teoría de la representación, basados en que el cuerpo electoral – formado no por todos los habitantes, sino por los que superen un nivel de renta preestablecida (sufragio censitario) – atribuyen a unos representantes "…un mandato para la gestión de los asuntos públicos… un mandato representativo, no imperativo y que no admite la revocación por parte de los electores.

En este sentido debe tenerse presente dos cosas; que la representación nace a partir del concepto de "nación", porque ésta es una persona abstracta que necesita ser representada y los representantes no tienen mandato imperativo, porque representan a la nación entera, cambiando la representación popular que según Rousseau, no admitía representación; en la tesis de Sieyez, la soberanía es de la nación; algo que nuestra constitución ha modificado dando la soberanía al pueblo según el artículo 125 de la Constitución; siempre es bueno tener presente la frase de Condorcet, representante en la Asamblea Nacional Francesa, cuando sus electores le exigían que se pronunciara en un determinado sentido y él les respondía: " no soy su representante por que yo piense como ustedes, sino porque ustedes piensan como yo."(Vid. Mario Solano, Estado y Constitución)

De lo anterior puede derivarse un análisis acerca del concepto burgués de libertad política que se reduce sólo a la libertad electoral. Ya Rousseau había expresado que: "El pueblo inglés se cree libre, pero está en un grave error; es libre únicamente durante la elección de los miembros del parlamento; tan pronto como pasa la elección, es esclavo, nada es. En sus breves momentos de libertad, hace de ésta un uso que bien le merece perderla."

El Estado liberal, que se desarrolla durante finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, se caracteriza y se diferencia del Estado absoluto en que no se fundamenta en la voluntad del soberano sino en la supremacía de la Ley y en la garantía de la liber-

tad para los individuos. En el modelo constitucional del Estado liberal, era tarea de la Constitución limitar el poder de la Corona y garantizar a los ciudadanos un ámbito de libertades. Así, los poderes públicos se someten a unas normas jurídicas que el Estado mismo se da. El sometimiento a este mandato general y abstracto, que habilita a las autoridades para actuar y establece límites, facilita el control por parte de un poder judicial independiente y supone un elemento esencial de racionalización del poder. Este concepto, que la dogmática alemana califica como Estado de derecho –Rechtstaat- es común a las distintas tradiciones jurídicas y da vida a distintos principios jurídicos: la rule of law, la reserva de ley, o el principio de legalidad. El reconocimiento de la libertad de los individuos no implica la desaparición del poder público sino su legitimación nueva a través del derecho. Las libertades –reconocidas en las Constituciones liberales- demandan que su regulación se efectúe a través de la Ley.[238] (López Guerra...)

El Estado liberal era un Estado constituido sobre el principio de libertad, no referido a los grupos sociales sino a los individuos aisladamente, considerados libres frente al Estado. Los derechos reconocidos en las Constituciones, con una clara dimensión individual, jugaban un papel importante en la garantía de la libertad, al ser configurados como derechos de defensa frente a los poderes públicos, que exigían a éstos abstenerse de intervenir. Estos derechos, presentes en las Constituciones liberales y que se han mantenido en la actualidad, eran la libertad ideológica y religiosa, la libertad personal y ausencia de detenciones, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, la libertad de expresión y comunicación, la libertad de residencia y de circulación, la tutela judicial, el principio de legalidad penal, el derecho a la vida, el derecho al honor y a la intimidad. El Estado de liberal suponía, por tanto, el respeto a la libertad en sentido formal y una racionalización en el ejercicio del poder.

A la vez, otro principio característico del constitucionalismo liberal es el de igualdad formal o igualdad legal. Para el liberalismo burgués, la igualdad significaba la abolición de los privilegios contenidos en las normas. En el Antiguo Régimen, a cada estamento le correspondía distintas leyes y distintos Tribunales. El Estado liberal de derecho afirmo: por una parte, el carácter general y abstracto de la Ley, que debe ser para todos y no para un grupo de ciudadanos; por otra, la universalidad en sus efectos en relación con sus destinatarios, es decir, la igualdad como derecho en la aplicación de la Ley, como idéntica posición de los destinatarios de la Ley en cuanto a su aplicación por los Tribunales y la Administración. Una Ley para todos y todos iguales ante la Ley, lo que prohíbe las decisiones judiciales y administrativas arbitrarias, irracionales o puramente subjetivas; sin embargo, no podemos desligarlo de la idea obtenida de la realidad social, que al principio, ese estado era el instrumento de la burguesía y lo siguió siendo durante mucho tiempo, en tanto la burguesía controló el poder casi en forma absoluta. Es la burguesía la que anima las revoluciones del si-

238 Cfr. L. López Guerra, Introducción Al Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch, Madrid, 1994, Págs. 101-125; J. Pérez Royo, Estado De Derecho (Do Constitucional), Aa.Vv, Enciclopedia Jurídica Básica, Ii, Civitas, Madrid, Págs. 2906-2909

glo XVIII y las Constituciones liberales, y, por tanto, el Estado que nace de ellas está hecho a la medida de las necesidades de la burguesía y de su sistema económico.[239]

El Estado salvaguarda la propiedad privada y la libertad de comercio e industria, bases de la sociedad burguesa y se limita a desarrollar aquellas funciones externas necesarias para el funcionamiento del modelo capitalista de producción, esto es, al mecanismo monetario, a establecer las normas generales que debían regular el tráfico jurídico privado, a fijar instancias de resolución de conflictos y a ciertas infraestructuras. El proceso económico está despolitizado y desestatalizado, siendo el Estado una institución complementaria del carácter autor regulado del mercado En la concepción liberal, los problemas sociales se resolverían por sí mismos a partir del libre juego de las fuerzas de mercado. Así, si se confiaba a las fuerzas sociales en concurrencia amplios márgenes de libre configuración, la armonía social vendría por añadidura. Se estaba dispuesto a pagar el precio del mantenimiento de situaciones sociales gravosas, porque parecía más importante la libertad, al tiempo que la igualdad quedaba como una mera proclamación formal. La idea de un Estado gendarme, que se limita a mantener el orden y la seguridad imprescindibles para el ejercicio de los derechos individuales y cuya principal obligación es la preservación de la libertad y los derechos patrimoniales, se muestra claramente en la Constitución francesa de 1791 y en la Constitución de Cádiz de 1812[240]

En la concepción de Carl Schmitt, el estado liberal correspondería a quien fue su titular al principio, es decir la burguesía, por lo que el estado se inicia siendo estado burgués de derecho, que corresponde a la idea de libertad burgués, la libertad del individuo sobre cualquier forma de poder quien lo limite como persona, en su propiedad en su libertad de contratación, y comercio y de propiedad privada; el estado aparece como servidor rigurosamente controlado de la sociedad (burguesía) y queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, donde así el estado de derecho no es un fin en sí mismo sino un modo de realización, en consecuencia el estado llevará el carácter de derecho en la medida que es respetuoso del estado vigente, de la separación de poderes y los derechos subjetivos que existan.[241]

Y en donde la libertad y el derecho de propiedad formaron un eje que distribuiría el resto de los derechos fundamentales, tal como lo había señalado John Locke, en su obra Ensayo sobre el gobierno civil. (Vid. Noción de Estado, poder y soberanía de este libro) To.. II, Libro primero[242].

---

239 Cfr. F. Rubio Llorente, "Rango De Ley, Fuerza De Ley, Valor De Ley", Y "Principio De Legalidad", En Id., La Forma Del Poder, Cit. Págs. 319-332; A. Garrorena Morales, El Lugar De La Ley En La Constitución Española, Cec, Madrid, 1980. Un Análisis Del Derecho De Propiedad, Desde La Concepción Del Estado Liberal De Derecho Se Puede Ver En J. M. Lasalle, John Locke Y Los Fundamentos Modernos De La Propiedad, Dykinson, Madrid, 2001, Págs. 405-412. Cfr. G. Ariño, Economía Y Estado, Madrid, 1993. Cfr. K. Hesse, "Constitución Y Derecho Constitucional", En, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Hiede: Manual De Derecho Constitucional, (Ed. Preparada Por A. López

240 Ibid

241 Carl Schmitt, Teoría De La Constitución, Alianza Universidad Textos, Madrid, España, Pags, 139, 140 Y 141

242 John Locke, En Su Obra Ensayo Sobre El Gobierno Civil. (Vid. Noción De Estado, Poder Y Soberanía De Este Libro) To. Ii, Libro Primero.

b) Modelo democrático

Frente a la tendencia elitista del primer constitucionalismo, que sometía el Estado al derecho y separaba los poderes, pero que no establecía la legitimidad democrática del poder y de la ley, el constitucionalismo a partir de la segunda mitad del siglo XIX va introduciendo la idea de democracia, que está vinculada al concepto de soberanía popular, es decir, al derecho del pueblo a gobernarse a si mismo mediante la participación en las instituciones. Si las Constituciones de la primera mitad del siglo XIX definían como forma de organización política concreta la monarquía constitucional basada en la doble legitimidad monárquica y representativa, progresivamente las Constituciones afirman la legitimidad democrática del poder. Durante los siglos XIX y XX los derechos de participación experimentan una evolución paralela al principio democrático y a la universalización del sufragio, que de ser censitario pasa a ser universal, se extiende a las mujeres y se reduce la mayoría de edad para votar. Si el Estado liberal era consecuencia de un contrato social de una parte minoritaria de la sociedad, impuesto a la mayoría, que ha sido excluida a través de la restricción del sufragio, el Estado democrático trata de ser un poder público representativo de toda la sociedad.[243]

Si el centralismo es la característica de la Administración que sirve el Estado liberal de Derecho, el Estado democrático con la extensión del sufragio y de las libertades políticas favoreció la reivindicación política de autogobierno de los territorios y condujo a una mayor descentralización territorial del poder y a un progresivo reconocimiento de autonomía a las Regiones y a los Municipios, que acerca la Administración a los ciudadanos e introduce un incremento de la legitimación democrática de los poderes públicos, a través de más órganos e instituciones representativas. No obstante, como ya hemos señalado en otra ocasión, mientras que la autonomía local es una garantía institucional de carácter administrativo, consecuencia del principio democrático y de la fragmentación del poder, el federalismo refleja una autonomía política –no meramente administrativa- y está vinculada también al respeto a los derechos colectivos de los pueblos

La burguesía la que anima las revoluciones del XVIII y las Constituciones liberales, y, por tanto, el Estado que nace de ellas está hecho a la medida de las necesidades de la burguesía y de su sistema económico. El Estado salvaguarda la propiedad privada y la libertad de comercio e industria, bases de la sociedad burguesa, y se limita a desarrollar aquellas funciones externas necesarias para el funcionamiento del modelo capitalista de producción, esto es, al mecanismo monetario, a establecer las normas generales que debían regular el tráfico jurídico privado, a fijar instancias de resolución de conflictos y a ciertas infraestructuras. El proceso económico está despolitizado y desestatalizado, siendo el Estado una institución complementaria del carácter autor

243 El Estado Liberal Es Un Presupuesto No Sólo Histórico Sino También Jurídico Del Estado Democrático Y Ambos Están Íntimamente Vinculados. Cfr. A. Garrorena Morales, "Estado Democrático (Do Constitucional), Aa.Vv, Enciclopedia Jurídica Básica, Ii, Civitas, Madrid, Págs. 2917-2923; Manuel Aragón, Constitución Y Democracia, Madrid, 1989,Págs.25-34.

regulado del mercado. En la concepción liberal, los problemas sociales se resolverían por sí mismos a partir del libre juego de las fuerzas de mercado. Así, si se confiaba a las fuerzas sociales en concurrencia amplios márgenes de libre configuración, la armonía social vendría por añadidura. Se estaba dispuesto a pagar el precio del mantenimiento de situaciones sociales gravosas, porque parecía más importante la libertad, al tiempo que la igualdad quedaba como una mera proclamación formal[244]. La idea de un Estado gendarme, que se limita a mantener el orden y la seguridad imprescindibles para el ejercicio de los derechos individuales y cuya principal obligación es la preservación de la libertad y los derechos patrimoniales, se muestra claramente en la Constitución francesa de 1791 y en la Constitución de Cádiz de 1812.[245]

El constitucionalismo democrático ha introducido en los textos constitucionales conceptos como la soberanía popular, el pluralismo político y social, el principio mayoritario, los derechos políticos –de asociación, de reunión, de manifestación, de petición, de participación política directamente o por medio de representantes-. El Estado democrático frente a los modelos autoritarios ha exigido no sólo la participación política en las instituciones representativas sino también la participación social de los ciudadanos en la Administración y sobre todo la descentralización territorial y la desconcentración administrativa.

c) Estado social y democrático de derecho. ESDD. Dinámica social

El efectivo ejercicio de los derechos de libertad del Estado de Derecho y de participación política del Estado democrático sólo cobra sentido si hay unas condiciones materiales previas para todos los ciudadanos, que aseguren un mínimo vital[246]. Como has señalado LÓPEZ GUERRA, "difícilmente podrá predicarse el derecho a la inviolabilidad de domicilio del que no tiene casa, o el derecho a la libertad personal del que depende de otros para su mera subsistencia"[247]

1.- La Dinámica Social. Las revoluciones industriales de los siglos XIX y XX llevaron al abandono de las zonas agrarias y a la creación de un proletariado urbano, que vivía en muy malas condiciones. Aflora así la llamada "cuestión social", que origina el surgimiento de los movimientos sindicales obreros y de los partidos políticos de masas –laboristas, socialistas, comunistas-, que ya no son una simple agrupación de miembros del Parlamento sino orga-

244 Cfr. A. Troncoso Reigada, "La Autonomía Local: Garantía Institucional, Desarrollo Político Y Dificultades Prácticas", Estudios De Derecho Constitucional. Homenaje Al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, Págs. 571-576.

245 Cfr. J. De Esteban, "La Función Transformadora De Las Constituciones Occidentales", En Aavv, Constitución Y Economía. La Ordenación Del Sistema Económico En Las Constituciones Occidentales, Madrid, 1977, Págs. 149-160; E. Díaz, Estado De Derecho Y Sociedad Democrática, Madrid,1981.

246 Cfr. L. López Guerra, Introducción Al Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch, Madrid, 1994, Págs. 159-170.

247 Ibíd

nizaciones sociales enraizadas en los sectores sociales más desfavorecidos y que tienen como común identidad el conflicto de clases[248]. Si el constitucionalismo liberal luchó contra el absolutismo estatal, la arbitrariedad del poder, la supervivencia de elementos feudales y el proteccionismo mercantil, y el constitucionalismo democrático por los derechos políticos y la universalización del sufragio, los movimientos sociales reclaman ahora una mayor justicia social que evite la explotación de las clases más desfavorecidas[249]. Si las revoluciones liberales se habían limitado a sustituir una clase por otra, los movimientos sociales hacen que el sistema político se convierte en un Estado pluriclasse, ya que no sólo una única clase social sino todas ellas tienen acceso al poder[250]. La amenaza de las revoluciones sociales fuerza a la burguesía a tratar de paliar las desigualdades sociales a través de procedimientos reformistas y no violentos. El aumento demográfico unido a la propia revolución industrial transforma la geografía: la sociedad occidental deja de ser preferentemente agraria y ganadera y se produce el fenómeno de la urbanización que puebla las ciudades. Ya no era posible el autoabastecimiento sino se produce una mayor interdependencia. Esto obliga al Estado a asegurar la procura existencial de las complejas sociedades urbanas e industriales, que antes se cubría de manera natural.[251]

2.- Los valores sociales. Los principios que sustentaban el Estado liberal de Derecho son puestos en entredicho. El bien común no resulta por generación espontánea del mercado y de las fuerzas sociales. Al contrario, en cualquier sociedad, especialmente en la sociedad industrializada, los intereses de los grupos sociales chocan entre sí. El libre juego de las fuerzas sociales contribuye a la hegemonía de los más fuertes económica y socialmente sobre los más débiles. La capacidad personal y el esfuerzo no bastan para garantizar un progreso equilibrado de los distintos sectores sociales. No hay armonía social y esto es puesto de manifiesto reiteradamente por los planteamientos revolucionarios del proletariado. El principio de igualdad del Constitucionalismo liberal, entendido como igualdad formal, no suprime las desigualdades sociales. Puede ser que los ciudadanos sean iguales ante la Ley -sólo ante ésta-, pero no lo son en realidad. Es necesario alcanzar una mayor igualación en los niveles de vida, es decir, una igualdad material, una igualdad real y efectiva.

---

248 Cfr. G. Amato Y A. Barbera, Manuale Di Diritto Pubblico, 4a Ed. Bologna, 1994, Pág. 61. Una Interesante Reflexión Sobre La Extensión De La Idea De Democracia, Sobre El Concepto De Democracia Social Como Indicador De Movimientos Sociales Y Sobre Movimiento Constitucional, Cuestión Social Y Derechos Sociales Se Puede Ver En

249 J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Almedina, Coimbra, 1996, Págs. 407-409, Donde Se Resume El Debate De La Doctrina Alemana.

250 Al Surgimiento Del Estado De Pluralidad De Clases Se Refiere M. S. Giannini, Derecho Administrativo, Map, Madrid, 1991, Págs. 76-78.

251 Cfr. L. Martín Retortillo Baquer, "La Configuración Jurídica De La Administración Pública Y El Concepto De «Daseinvorsorge»", Rap, Núm. 38, 1962, Págs. 35-65; J. A. Santamaría Pastor, Principios De Derecho Administrativo, 3o Ed., Ceura, Madrid, Págs. 69-74.

La garantía de una existencia material digna para todos los ciudadanos depende considerablemente de la intervención del Estado.

3. Características del Estado social y 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 que hay un reconocimiento del ser social del hombre y la necesidad de realizar el bien común, bien social por excelencia..

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."[252]

"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." A esto se agrega la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán que ha resuelto que la cuestión social debe considerarse como un mandato al legislador para que se preocupe de crear las instituciones para crear condiciones que asegúrenla convivencia de derecho constitucional.-

"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."

---

252 Manuel García-Pelayo, "El Estado Social y democrático de Derecho en la Constitución Española", en Manuel García-Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid: Alianza Editorial, 1085, págs. 92 a 104. Indicaciones y materiales para la enseñanza de la Constitución Departamento de Derecho Político. UNED

La democracia social. 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 lograrla 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.

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). El efectivo ejercicio de los derechos de libertad del Estado de Derecho y de participación política del Estado democrático sólo cobra sentido si hay unas condiciones materiales previas para todos los ciudadanos, que aseguren un mínimo vital.

Si las revoluciones liberales se habían limitado a sustituir una clase por otra, (burguesía sobre nobleza) los movimientos sociales hacen que el sistema político se convierte en un Estado pluriclasse, ya que no sólo una única clase social sino todas ellas tienen acceso al poder. La amenaza de las revoluciones sociales fuerza a la burguesía a tratar de paliar las desigualdades sociales a través de procedimientos reformistas y no violentos. El aumento demográfico unido a la propia revolución industrial transforma la geografía: la sociedad occidental deja de ser preferentemente agraria y ganadera y se produce el fenómeno de la urbanización que puebla las ciudades. Ya no era posible el autoabastecimiento sino se produce una mayor interdependencia. Esto obliga al Estado a asegurar la procura existencial de las complejas sociedades urbanas e industriales, que antes se cubría de manera natural.

Esta función no la podía cumplir el modelo del antiguo Estado liberal, constituido en una salvaguarda del entramado institucional de la sociedad burguesa y de la propiedad privada. El Estado liberal no se inmiscuía en la realidad social y únicamente velaba por el funcionamiento de las normas generales que regulaban las relaciones recíprocas entre sujetos económicos. El respeto al Derecho privado era compatible con la mayor de las injusticias ya que los problemas materiales no eran plantiables desde perspectivas exclusivamente formales. El modelo del Estado liberal, al separar el Estado y la sociedad y concebir los derechos como libertades frente al Estado, que exigían la abstención de éste, no dejaban al Estado ningún instrumento para participar activamente en el progreso social. El Estado liberal como Estado gendarme era incapaz de afrontar los problemas sociales. Además que la libertad se afirma no aislando a los individuos, sino participando con los derechos y deberes de los demás; en ese sentido, Maihofer, citado por Benda:"La importancia del estado social para el resguardo de la libertad misma afirmando que el ciudadano es libre conviviendo con los demás de su especie,, no se trata de crear espacios libres fuera del estado sino que dentro del mismo hay que promover las condiciones para el ser social participando en la vida económicas, política y cultural

Se hace necesario modificar la doctrina del Estado liberal por otra, que, sin entrar en contradicción con los intereses de la burguesía, rompa con la doctrina de la separación entre el Estado y la sociedad, y atribuya al Estado la capacidad de dar respuesta a la cuestión social. La regulación constitucional del Estado y de sus funciones no se debía limitar a un sistema de técnicas formales sino que debe configurar un Estado con un contenido material y con un compromiso con los valores. De esta forma, el Estado abandona su posición de neutralidad formal –que no real- dentro del conflicto de intereses sociales y asume un papel activo en la composición de los intereses y en la resolución de los problemas sociales, desde unos objetivos de justicia y de progresiva igualdad de las clases sociales

El componente democrático: Uno de los componentes que diferencian al Estado social y democrático de derecho de los otros modelos estudiados, es el que se refiere a la democracia, entendida como democracia social, por lo que se dejan

consignados algunos elementos que caracterizan este valor político, que tiene tantas acepciones, y que entra, la democracia sin adjetivos, en la categoría de los indefinibles; en ese sentido se hará referencia de uno de los autores más caracterizados en este tema, Giovanni Sartori, quien expresa que la democracia, al menos tiene estas tres expresiones:1. La democracia como principio de legitimidad.- 2. La democracia como sistema político. 3. La democracia como ideal.[253]

1. La democracia como principio de legitimidad postula que el poder deriva del "demos", el pueblo, y se basa en el consenso verificado, no presunto, de los ciudadanos. La democracia no acepta autoinvestiduras, ni tampoco que el poder derive de la fuerza. En las democracias el poder está legitimado, además de condicionado y revocado, por elecciones libres y recurrentes. Hasta aquí está claro que la titularidad del poder la tiene el pueblo. Pero el problema del poder no es sólo de titularidad, es sobre todo de ejercicio.

2. La democracia como sistema político, tiene relación con la titularidad del poder y el ejercicio del poder. Para colectividades pequeñas, como fue el caso de las asambleas en la ciudad-estado de la Grecia antigua, o los cabildos abiertos de nuestra organización colonial, fue posible la interacción cara a cara de los ciudadanos, y en estos casos, la titularidad y el ejercicio del poder permanecían unidos, una forma de autogobierno. Pero cuando el pueblo se compone de decenas o centenas de millones, dicha práctica es imposible y entonces se hace necesario separar la titularidad del ejercicio; nace así la democracia representativa.

   Señala Sartori, que el hecho de que se añadan algunas instituciones de democracia directa, como el referéndum o plebiscito, no obsta para que nuestras democracias sean indirectas, gobernadas por representantes. El poder se transmite por medio de mecanismos representativos.

3.- La democracia como un ideal. La democracia como es en la realidad, no es la democracia como debería ser. La democracia es ante todo y por encima de todo, un ideal. El elemento ideal o normativo es constitutivo de la democracia y provee una tensión ideal, sin la cual, una democracia no nace o bien se distiende rápidamente. El elemento dinámico es esta diferencia entre la democracia ideal y la democracia real, que hace a esta última del consenso, lo que ha influido perfectible. Cuanto más se democratiza una democracia, tanto más se eleva la apuesta.

La existencia del consenso y del disenso moderado representa, en esta lógica, una condición de la confrontación democrática. Un disenso extremo --esto es, sobre las reglas mismas del juego-- que desborda los cauces institucionales pone en riesgo al régimen democrático, las bases de la pluralidad y la propia existencia del disenso.

253 Giovanni SARTORI (1987), "Elementos de teoría política", Alianza Editorial y Qué es la democracia, Taurus, 2003

En contrapartida, en una democracia no todos pueden estar de acuerdo en todo. El «consenso total» no sólo impide la proliferación de las opiniones discordantes de los distintos grupos sociales, sino que también nulifica el diálogo y condena cualquier expresión disidente por considerarla perniciosa para el orden político, ya que «un régimen que requiere de un consenso unánime, es decir, que considera que un sistema político, para ser legítimo, debe estar fundado sobre el consenso de todos, ninguno excluido, no puede obtener los resultados esperados --sin contar con la improbabilidad de la unanimidad en una sociedad compleja-- sino imponiendo el consenso obligatorio.» En las sociedades contemporáneas, caracterizadas por su acentuado pluralismo, resulta imposible la existencia de dicho «consenso unánime.» En este punto es necesario distinguir entre el «consenso obligatorio», que implica la prohibición del disenso, y el «consenso libre», cuya renovación periódica a través de los procedimientos electorales representa una de las pruebas fundamentales para la legitimidad democrática.

De la historia de las instituciones políticas es posible extraer una gran cantidad de experiencias en las que una convivencia respetuosa entre consenso y disenso ha contribuido a fortalecer las libertades y el pluralismo y, por esa vía, los procesos de democratización. La tensión entre consenso y disenso representa un momento constitutivo del proceso democrático. El ejercicio del diálogo ha permitido muy frecuentemente la ampliación decisivamente en el proceso de liberación social.

Modelo constitucional

Sólo a partir de la consideración de que la Constitución ocupa el lugar cimero en los ordenamientos jurídicos al convertirse en norma suprema, es que puede hablarse de Estado constitucional de Derecho, ello se produce en los albores del siglo XIX en los Estados Unidos, cuando en 1803 el juez Marshall, en el caso Marbury versus Madison, declaró la supremacía de la Carta Magna, sobre una Ley federal y en correspondencia con el criterio de Castellá Andreu, al que se ha hecho referencia anteriormente; "… las constituciones se convirtieron en textos normativos y, además, supremos –producto del poder constituyente que es poder soberano y distinto del poder legislativo–, con la instauración de mecanismos jurídicos de garantía de dicha superioridad normativa: los diferentes sistemas de justicia constitucional…" . Lo novedoso en este estadio de la evolución teórica acerca del Estado de Derecho, radica en que todos los poderes públicos se someten a la norma constitucional por ser ella resultado del poder constituyente.

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 establece la organización, funcionamiento y control del poder, así como los derechos fundamen-

tales 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 consiente 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.

Además de las 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, evolucionan a partir de la derrota del absolutismo "ansíen 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 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 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 compromisos 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 es posible; 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

Título Segundo

Derecho Constitucional y Estado social y Democrático de Derecho (ESDD)

Capítulo Primero

El Orden Axiológico Constitucional

1. Significado de la Constitución

El Estado contemporáneo se rige por una Constitución, generalmente escrita, expresada en una serie de normas o reglas que determinan, entre otras cosas, quién y cómo se ejerce el poder; al menos esto ocurre en la mayoría de los países europeos y algunos americanos; se determinan, además, los Derechos Fundamentales que pertenecen a todos y cada uno de los hombres que viven en cada Estado, derechos que les son reconocidos, por el sólo hecho de serlo, a su dignidad humana. La Constitución se escribe en un documento, se expresa como un instrumento solemne y formal: es la expresión del pacto que suscriben todos los miembros de la sociedad estatal y contiene e interpreta la voluntad de las generaciones pasadas, de las presentes y de las futuras.

Esto sintetiza lo que he expuesto en los capítulos que anteceden y todo se funda en un dogma para toda Constitución actual, me refiero al Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa: " Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución." Esta disposición ha orientado el constitucionalismo escrito desde la Constitución Francesa de 1791; aún antes, la Constitución norteamericana de 1787, que sin haberse proclamado la Declaración Francesa, ya había establecido las condicionantes para generar una nueva forma de ser de la Constitución federal, lo que nos indica que más que las fechas, lo determinante son los acontecimientos.

¿Qué valor tiene una Constitución, aparte de establecer un catálogo de Derechos y delinear cómo debe ser la estructura de poder dentro del Estado?, es decir: ¿Qué significa para el ciudadano en su realidad existencial, o fáctica dicho documento? La respuesta a estas interrogantes no es algo que pueda dilucidarse con respuestas simples; al contrario las soluciones a esas inquietantes preguntas que palpitan en quienes de algún

modo nos asomamos, no sin temores, algunas veces o con asombro en otras, a esta clase de investigaciones y búsquedas, todavía generan más preguntas que respuestas. Ocurre también en investigadores respetables, de pensamiento más denso y comprometido; no obstante, algunas respuestas están contenidas en Constituciones prestigiosas, que de algún modo dicen cuáles son los alcances y posibilidades de estas.

El problema se expresa en estos términos: ¿Qué valor normativo propio, además de los ya enunciados, tiene la Constitución?. Eduardo García de Enterría, al referirse al modelo del Derecho Constitucional español, dice que aparte de la organización del Estado "todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios "programáticos", indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera, llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos"[254]

Reconoce, el profesor García de Enterría, que la Constitución española de 1978, "intenta resueltamente huir de ese modelo y así, por una parte, declara de manera expresa que " Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución" (Art. 9.1); por otra parte la Constitución declara derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución y además destaca en su propio texto algunas disposiciones vinculantes a todos los poderes públicos, con tutela judicial inmediata, e inclusive reforzada a través del amparo constitucional"[255]

O sea que la preocupación del ilustre jurista español, encuentra algunas salidas al cuestionamiento inicial. Lo mismo se diría, agrego, de lo establecido en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, en la que se establecen vinculaciones entre la Constitución y los poderes públicos, especialmente en lo que a Derechos Fundamentales se refiere, probablemente revisando un poco la doctrina que sobre la materia dejó el controversial, pero no menos imponente, Carl Schmitt, en su Teoría de la Constitución.

En la Constitución de El Salvador, es importante rescatar lo que al respecto dice el Art. 235, relativo a que los funcionarios del Estado, antes de tomar posesión de su cargo, protestan cumplir y hacer cumplir la Constitución, cualesquiera que sean las disposiciones, órdenes y resoluciones que la contraríen; además de la norma derogatoria, de aquellas leyes o disposiciones contrarias a la Constitución (Art. 249). y lo que al respecto dice el Art. 164 que autoriza la desobediencia a los decretos, acuerdos o resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan excediendo las facultades que la Constitución establece, los cuales serán nulos.

La Constitución no sólo registra un ordenamiento político, sino que también los compromisos del poder con los ciudadanos, creando las condiciones para su liber-

254 ¿Qué es una constitución?; Mario Solano, Corte suprema de justicia, citando a Eduardo García de Enterría; la Constitución como norma y el tribunal constitucional; civitas, madrid, españa 1994

255 Ibid

tad (Estado mínimo), así como superar los obstáculos para asegurarle condiciones de igualdad ante la ley e igualdad en el goce de los derechos fundamentales (Estado de Derecho); de este modo se resuelve la paradoja libertad e igualdad, términos que aparentemente resultan contradictorios, pero tal contradicción se resuelve en la medida que la libertad de unos, sea compatible con la de los demás y que la igualdad refleja un mínimo de oportunidades para el goce de los derechos fundamentales y que el ser y el tener, constituyen un binomio inseparable.

2. Principios Constitucionales: Constitución salvadoreña

Una Constitución es también una norma de cultura política; indica unas pautas para asegurar un modo de vivir dentro del Estado. La Constitución tiene por lo menos dos presupuestos o condiciones que la sustentan: La libertad y la igualdad. El Estado liberal democrático fundamenta su existencia en ambos, a partir de éstas se levanta la arquitectura constitucional.) Del mismo modo la Constitución tiene un referente filosófico: Los principios y los Valores.

a) Los Principios: Constituyen el marco explicativo, doctrinal y filosófico de los valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución, vinculantes para el poder público; con ellos se designan realidades de diversa naturaleza y de muy distinto valor normativo; también pueden definirse como las ideas en que se basa la organización política del Estado y los elementos fundamentales de la forma de Estado y del gobierno. Tienen un efecto práctico, como garantías que están presentes en los derechos fundamentales, posibilitando su eficacia; y como referentes filosóficos respaldan a los derechos y promueven los valores del ordenamiento Jurídico (Rubio Llorente) (3). Como Principios Constitucionales, sin perjuicio de otros 10 mencionados, y además de que algunos de estos sean valores o derechos fundamentales, tales como:

Irretroactividad de las leyes; Art. 21

Principio de legalidad, Art. 86, 135, 140. Es la subordinación del poder a la ley y toda actuación singular del poder deberá estar justificada en una ley previa.

Interdicción de la arbitrariedad: Se refiere a la acción estatal para detener la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados, que pueden derivar en un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza; es complemento del principio de legalidad; puede ocurrir ante los vacíos de ley por exceso de discrecionalidad.

Dignidad Humana, Arts. 10, 101, 12. Justicia Social, Arts. 101, 103, 52.

Interés Público, Art. 246.

Seguridad Jurídica, Arts. 1, 11, 8, 12, 14, 15, 17, 16.

Independencia Judicial, Arts. 186, 172.

Publicidad de las Normas, Arts. 135, 140.

Presunción de Inocencia, Art. 12.

"Nec Reformatío In peius", Art. 1. Significa que un Tribunal superior no puede imponer una sanción mayor, cuando el recurso hubiere sido interpuesto por la parte agraviada por el fallo recurrido.

Los principios enumerados hacen referencia a la idea básica sobre la que se articula determinada institución, u órgano estatal, al "espíritu" de éstos. Cuando se crea una norma que incorpora un mandato de optimización (Alexy), conduce o se orienta a una solución de "todo o nada"; en tanto como principios, éstos "reclinan" la solución en determinado sentido. Un derecho se cumple de un modo específico, es sí o es no; los principios establecen un marco para el cumplimiento de los derechos o deberes. La norma se aplica hacia el futuro, o sea que no hay retroactividad (principio) ; obliga la norma al ser promulgada (principio de publicidad); no se tienen más facultades que las otorgadas por la ley, (principio de legalidad); por los principios las normas adquieren legitimidad, respetabilidad y aprobación; sin estos las reglas quedan descalificadas, ignoradas o repudiadas. La Constitución, como norma suprema, se completa con estos mismos elementos.

3. Valores Constitucionales

Siendo norma cultural, la Constitución tiene un telos, unos fines que cumplir, unos objetivos que alcanzar, unos valores que realizar. Sobre la definición de valores revisemos aquella clasificación de los objetos, para descubrir la naturaleza y características de los valores. Los objetos son reales o ideales; los primeros pueden ser reales corpóreos (mesa, casa, hombre) y reales psíquicos (sensación, imágenes, etc.); los ideales son entidades creadas por el pensamiento, números, conceptos, relaciones, figuras geométricas, etc. Hay ciertas cualidades que acompañan a los objetos reales, que son agregados a la cosa o al hecho o al acto en sí, pero que no se confunden con ellos: alimentos agradables; pintura o escultura bella; acción noble, sentencia justa, etc.

Las cualidades asignadas a cada cosa u objeto, son irreales, es decir no son el objeto mismo, pero lo califican, son cualidades. En la concepción de Max Scheller, aparecen como "cualidades irreales que se agregan a los objetos y que tienen la característica de bipolaridad o sea, son positivos (valor) o negativos (antivalor) y unos prefieren a otros (Jerarquía)"

Pues bien, tratándose del Estado Constitucional este tiene unos valores que realizar o alcanzar y que al lograrlo se puede afirmar que el Estado cumple con los fines para los cuales ha sido creado. En la Constitución de El Salvador, no se mencionan expresamente los valores a que ella se orienta, pero sí menciona que el Estado se constituye para la realización de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común

(El lector que desee ampliar sobre esta temática consulte mis trabajos: Estado y Constitución (1998) y ¿Qué es una Constitución? (2000, publicados por la Corte Suprema de Justicia,.)

Se entiende mejor como fines del Estado y así se reconocen en las constituciones, que han preferido adoptar la dogmática de la teoría del Estado, que las nociones de Estimativa que responde a un orden axiológico.

El derecho constitucional tiene una base doctrinaria en la que participan elementos jurídicos, políticos, filosóficos e históricos, esencialmente, en opinión del que esto escribe; con ellos se sientan los fundamentos para la arquitectura constitucional, que las sociedades deben considerar para formular una Constitución, reformar la existente, hacer sus leyes secundarias, las sentencias que pronuncian los tribunales constitucionales las cuales tienen fuerza de ley,

Como dice Peter Häberle, la constitución es texto constitucional y marco culturales 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"

"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.[256]

La normativa jurídica del Estado que describen las Constituciones, no deben de referirse solamente a los derechos, deben establecer su orden de valores, los presupuestos constitucionales, los principios, los derechos fundamentales, etc., así también deben considerar establecer las definiciones esenciales; de esto se tratará en este Título, como lo veremos adelante. La Constitución de El Salvador, no quiso entrar en el campo difícil de las definiciones políticas y sólo ha marcado algunos conceptos que pueden considerarse como enunciativos de su naturaleza social; así considera un régimen de derechos sociales, en el Capítulo Segundo del título I., y los denomina derechos sociales y abre cuatro sesiones: familia, trabajo y seguridad social; Educación Ciencia y Cultura; Salud Pública y Asistencia Social; en estas cuatro acciones características del Estado social y del estado de bienestar, se han logrado avances, especialmente en trabajo y seguridad social, en el que los trabajadores organizados en sindicatos, han alcanzado la contratación colectiva mediante la fuerza de la asociación profesional; forma parte del segundo momento del estado de derecho, que aparecen en la segunda mitad del siglo XIX, pero que en El Salvador, se materializan hasta en la segunda mitad del siglo xx.

(Vid Libro Segundo: El Estado Social y el Neoliberalismo, Título Primero: Origen, Conceptualización, Características y Desarrollo del Estado Social Capítulo Primero. El Surgimiento Del Estado Social Introducción).

256 El Estado constitucional, 1a. reimpresión. Häberle, Peter., Cap I "El tipo del estado constitucional como conquista cultural. II, el concepto de constitución. "concepción mixta de la constitución"

4. Los derechos sociales

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 y actualmente tienen el carácter de derechos fundamentales, especialmente por su reconocimiento en las constituciones y en el derecho internacional especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, (10-12-48) el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales(16-12-66); y en el sistema interamericano por la Convención Americana de Derechos Humanos(22-11-69), Pacto de San José, y en esta materia, destaquemos el Protocolo de San Salvador (17-11-88) y en general los otros instrumentos internacionales

En la Constitución de El Salvador, el título V, se refiere al orden económico y establece que se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social; que el orden económico debe responder a principios de justicia social que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano: un bello principio, utopía si se quiere, pero eso es lo que hay que buscar la utopía, que significa: "En alguna parte"; este principio por el cual Von Hayek, nos diría que como es posible que los salvadoreños tengamos ese principio si él, "no ha podido descifrar su contenido." John Rawls, daría a Hayek esta respuesta: "La justicia es la virtud fundamental y una realidad indispensable del sistema social." Rawls establece una diferencia entre lo bueno y lo justo. Lo bueno, simplificando mucho, corresponde generalmente a lo moral, aquello sobre lo cual incluso individuos de buena voluntad pueden legítimamente disentir: hay diferencias de opinión acerca de que es lo bueno o correcto desde el punto de vista del judaísmo, cristianismo, budismo, etc. Lo justo corresponde a la ética, y es, en principio, algo acerca de lo que puede haber un acuerdo general; 2.- Teoría de la Justicia

Capítulo Segundo

Orden axiológico socio-económico en el ESDD

Introducción

El orden económico constitucional de 1983, constituye una separación de los argumentos liberales y también de los neoliberales, que han sostenido y privilegiado el mercado y las leyes del mercado por encima de los valores de la sociedad, considerando que los individuos aíslados son capaces de satisfacer las necesidades básicas como la educación, la salud, la seguridad; ambas posiciones y cada una en su momento proclaman la libertad económica sin interferencias estatales inclusive llegándose a afirmar que la única libertad que conocen es la libertad económica (Hayek).

El constitucionalismo contemporáneo en una concertación casi universal, los instrumentos internacionales, los expositores del derecho constitucional, y en general toda forma cultural del momento, proclaman la necesidad de que el Estado se convierta en un instrumento promotor del bienestar de los ciudadanos, porque se ha demostrado que los individuos aíslados no están ni condiciones ni en capacidades de hacerlo; por lo demás la libertad, admitido esto de un modo razonable, sólo es posible su goce, en un ambiente social, económico y cultural, en el que los derechos, tengan al menos posibilidades mínimas para su satisfacción; sobre este aspecto el constitucionalista López Guerra, ha afirmado:

"El efectivo ejercicio de los derechos de libertad del Estado de Derecho y de participación política del Estado democrático sólo cobra sentido si hay unas condiciones materiales previas para todos los ciudadanos, que aseguren un mínimo vital. Como ha señalado López Guerra, "difícilmente podrá predicarse el derecho a la inviolabilidad de domicilio del que no tiene casa, o el derecho a la libertad personal del que depende de otros para su mera subsistencia"(Vid. Título primero anterior)

Sobre el tema, la Constitución salvadoreña, dice que se garantiza la libertad económica en lo que no se oponga al interés social; en general todo el orden económico y el referente a la hacienda pública, constituyen verdaderos principios sobre los cuales habría que elaborar los postulados del estado social y democrático de derecho, que se puede abreviar (ESDD) y siendo este contenido, crucial para la argumentación que hemos sostenido en cuanto a que este modelo es la propuesta del constitucionalismo social, para orientar a la sociedad universal a mantenerse en el ejercicio de sus derechos políticos y a construir esta forma de Estado, que pueda aceptar razonable y pacíficamente, las soluciones neoliberales en el orden económico, siempre que estén en el marco de valores que están contemplados en las constituciones, tal es el caso de la constitución salvadoreña que tiene su propio orden económico en ese marco valorativo y como consecuencia no admite aquellas soluciones que se opongan sistemáticamente y proponiendo soluciones que han sido superadas con mejores propuestas y argumentos.

Reiteramos, por considerar oportuno y convincente, el argumento de Maihofer, citado por Ernesto Benda: "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 (refiriéndose a García Pelayo) 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. La dogmática constitucional que citaremos a continuación confirma el carácter de (ESDD), expresado en sus disposiciones, requiriendo de parte del Estado y del poder público, promover las condiciones y remover los obstáculos existentes, para garantizar al menos los mínimos de la procura existencial; además de que por vez primera, la Constitución salvadoreña introduce el valor "dignidad", como un valor esencial que es, al derecho constitucional salvadoreño; sobre este punto especial volveremos más adelante

1. Disposiciones constitucionales en El Salvador

Art. 101.- El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.

Art. 102.- Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.

El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

En las disposiciones citadas se reconocen valores esenciales en el constitucionalismo moderno: La justicia social, es Justicia en la distribución de la riqueza de una sociedad (el valor esencial de la humanidad, según Rawls, y que Hayek, ha dicho que no ha podido descifrar su significado) ; la dignidad humana, reconocidos en las constituciones de España y Alemania), principio rector del constitucionalismo contemporáneo, se refiere a la condición y calidad humana por su propia naturaleza, sin más agregados; un orden económico que no es un fin en si mismo sino un instrumento para el desarrollo económico y social; es decir ajeno a los fines acumulativos de algunas entidades;

Art. 103.- Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social. Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley. El subsuelo pertenece al Estado, el cual podrá otorgar concesiones para su explotación.

Se ha querido argumentar que la función social así como la justicia social son términos indefinibles; rechazamos esa postura; lo que ocurre es que se han querido manejar como categorías filosóficas puras y abstractas pero más bien ambos términos responden a realidades propias de sociedades y épocas concretas; en el caso de El Salvador, la Junta Revolucionaria de Gobierno en 1980, detectó que una de las causas del conflicto salvadoreño, era la estructura de tenencia de la tierra y decretó la reforma agraria, por la cual, entre otras cosas, determinó que ninguna persona natural o jurídica, podía poseer más de quinientas hectáreas; en un caso impredecible, la Constitución de 1983, fue todavía más estricta y fijó el máximo de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. Qué significa esto?. Que el constituyente extrajo una explicación de la realidad estructural y dijo: Para que haya función social de la propiedad cultivable, es necesario hacer la reforma agraria; eso mismo debe entenderse los casos de los artículos; 104, 105, 106 y siguientes, en todas esas disposiciones debe entenderse que hay aplicación de los principios de reconocimiento de libertad económica en lo que no se opongan interés social, reconocimiento de la propiedad privada en función social y que el régimen económico está orientado por principios de justicia social.

Art. 104.- Los bienes inmuebles propiedad del Estado podrán ser transferidos a personas naturales o jurídicas dentro de los límites y en la forma establecida por la ley.

La propiedad estatal rústica con vocación agropecuaria que no sea indispensable para las actividades propias del Estado, deberán ser transferidas mediante el pago correspondiente a los beneficiarios de la Reforma Agraria. Podrá también transferirse a corporaciones de utilidad pública.

Art. 105.- El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra rústica, ya sea individual, cooperativa, comunal o en cualquier otra forma asociativa, y no podrá por ningún concepto reducir la extensión máxima de tierra que como derecho de propiedad establece esta Constitución.

La extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona natural o jurídica no podrá exceder de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. Esta limitación no será aplicable a las asociaciones operativas o comunales campesinas.

Los propietarios de tierras a que se refiere el inciso segundo de este artículo, podrán transferirla, enajenarla, partirla, dividirla o arrendarla libremente. La tierra propiedad de las asociaciones cooperativas, comunales campesinas y beneficiarios de la Reforma Agraria estará sujeta a un régimen especial.

Los propietarios de tierras rústicas cuya extensión sea mayor de doscientas cuarenta y cinco hectáreas, tendrán derecho a determinar de inmediato la parte de la

tierra que deseen conservar, segregándola e inscribiéndola por separado en el correspondiente Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas.

Los inmuebles rústicos que excedan el límite establecido por esta Constitución y se encuentren en proindivisión, podrán ser objeto de partición entre los copropietarios.

Las tierras que excedan la extensión establecida por esta Constitución podrán ser transferidas a cualquier título a campesinos, agricultores en pequeño, sociedades y asociaciones cooperativas y comunales campesinas. La transferencia a que se refiere este inciso, deberá realizarse dentro de un plazo de tres años.

Una ley especial determinará el destino de las tierras que no hayan sido transferidas, al finalizar el período anteriormente establecido.

En ningún caso las tierras excedentes a que se refiere el inciso anterior podrán ser transferidas a cualquier título a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El Estado fomentará el establecimiento, financiación y desarrollo de la agroindustria, en los distintos departamentos de la República, a fin de garantizar el empleo de mano de obra y la transformación de materias primas producidas por el sector agropecuario nacional.

Art. 106.- La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, y previa una justa indemnización.

Cuando la expropiación sea motivada por causas provenientes de guerra, de calamidad pública o cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de agua o de energía eléctrica, o la construcción de viviendas o de carreteras, caminos o vías públicas de cualquier clase, la indemnización podrá no ser previa.

Cuando lo justifique el monto de la indemnización que deba reconocerse por los bienes expropiados de conformidad con los incisos anteriores, el pago podrá hacerse a plazos, el cual no excederá en conjunto de quince años, en cuyo caso se pagará a la persona expropiada el interés bancario correspondiente. Dicho pago deberá hacerse preferentemente en efectivo.

Se podrá expropiar sin indemnización las entidades que hayan sido creadas con fondos públicos.

Se prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles.

Art. 107.- Se prohíbe toda especie de vinculación, excepto:

1º- Los fideicomisos constituidos a favor del Estado, de los municipios, de las entidades públicas, de las instituciones de beneficencia o de cultura, y de los legalmente incapaces;

2º- Los fideicomisos constituidos por un plazo que no exceda del establecido por la ley y cuyo manejo esté a cargo de bancos o instituciones de crédito legalmente autorizados;

3º- El bien de Familia.

Art. 108.- Ninguna corporación o fundación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su denominación u objeto, tendrá capacidad legal para conservar en propiedad o administrar bienes raíces, con excepción de los destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

Art. 109.- La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales.

Las sociedades extranjeras y las salvadoreñas a que alude el inciso segundo del Art. 95 de esta Constitución, estarán sujetas a esta regla.

Art. 110.- No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado.

A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.

Se podrá otorgar privilegios por tiempo limitado a los descubridores e inventores, y a los perfeccionadores de los procesos productivos.

El estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de las instituciones oficiales autónomas o de los municipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales; las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador.

Art. 111.- El poder de emisión de especies monetarias corresponde exclusivamente al Estado, el cual podrá ejercerlo directamente o por medio de un instituto emisor de carácter público. El régimen monetario, bancario y crediticio será regulado por la ley.

El Estado deberá orientar la política monetaria con el fin de promover y mantener las condiciones más favorables para el desarrollo ordenado de la economía nacional.

Art. 112.- El Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la continuidad de los servicios, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social.

También podrá intervenir los bienes pertenecientes a nacionales de países con los cuales El Salvador se encuentre en guerra.

Art. 113.- Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades. En esta clase de asociaciones, además de los particulares, podrán participar el Estado, los municipios y las entidades de Utilidad pública.

Art. 114.- El Estado protegerá y fomentará las asociaciones cooperativas, facilitando su organización, expansión y financiamiento.

Art. 115.- El comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño son patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. Su protección, fomento y desarrollo serán objeto de una ley.

Art. 116.- El Estado fomentará el desarrollo de la pequeña propiedad rural. Facilitará al pequeño productor asistencia técnica, créditos y otros medios necesarios para la adquisición y el mejor aprovechamiento de sus tierras.

Art. 117.- Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible.

Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la ley.

Se prohíbe la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos. (13)

Art. 118.- El Estado adoptará políticas de población con el fin de asegurar el mayor bienestar a los habitantes de la República.

Art. 119.- Se declara de interés social la construcción de viviendas. El Estado procurará que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de su vivienda. Fomentará que todo propietario de fincas rústicas proporcione a los trabajadores residentes habitación higiénica y cómoda, e instalaciones Adecuadas a los trabajadores temporales; y al efecto, facilitará al pequeño propietario los medios necesarios.

Art. 120.- en toda concesión que otorgue el estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas.

Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la asamblea

2. Legislación Económica en El Salvador[257]

Ley de Protección al Consumidor (arts. 1 y 5). D.L. Nº 666, de 14 de marzo de 1996, publicado en el D.O. Nº 58, T. 330, de 22 de marzo de 1996. Ley Reguladora de Ejercicio del Comercio y la Industria (art. 1). D.L. Nº 279, de 4 de marzo de 1969, publicado en el D.O. Nº 60, T. 222, de 27 de marzo de 1969. Ley de Fomento Industrial (arts. 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 15, 16, 17, 25 y 26). Decreto-ley Nº 64, de 18 de enero de 1961, publicado en el D.O. Nº 14, T. 190, de 20 de enero de 1961. Véase el D.L. Nº 385, que deroga disposiciones legales que contienen exenciones relativas a derechos, gravámenes, tasas e impuestos a la importación; y supresión de las de impuestos indirectos, contenidas en varias leyes, de 30 de noviembre de 1989, publicado en el D.O. Nº 227, T. 305, de 7 de diciembre de 1989. Código Penal (arts. 228 al 252).

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Preámbulo y art. 12).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11). Código Civil (arts. 568, 569 y 570).

Código Penal (arts. 226, 227 y 228 al 231).

Ley Básica de la Reforma Agraria (art. 1). Decreto-ley Nº 153, de 5 de marzo de 1980, publicado en el D.O. Nº 46, T. 266, de 5 de marzo de 1980. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual (arts. 1, 4 al 8, 10 al 16, 17 al 19, 21, 22, 25, 26, 30, 32 al 36, 39 al 43, 50 al 53, 55, 57, 68, 73, 78, 81, 83, 85 al 87, 89, 90, 93, 95, 96, 105, 106, 109, 111, 115, 117, 120,121, 123, 125, 128, 130, 132, 135, 168 al 170 y 177). D.L. Nº 604, de 15 de julio de 1993, publicado en el D.O. Nº 150, T. 320, de 16 de agosto de 1993. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José (art. 21). Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial (Marcas, Nombres comerciales y Expresiones o Señales de Propaganda) (arts. 1, 2, 5, 6, 7, 9, 16, 26, 35, 47, 48, 53, 59, 64, 72, 164 y 217). D.L. Nº 85, de 29 de septiembre de 1988, publicado en el D.O. Nº 218, T. 301, de 29 de noviembre de 1988. Convención Universal sobre Derecho del Autor. D.L. Nº 16, de 13 de julio de 1978, publicado en el D.O. Nº 163, T. 260, de 4 de septiembre de 1978. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. D.L. Nº 735, de 8 de diciembre de 1993, publicado en el D.O. Nº 5, T. 322 de 7 de enero de 1994. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. D.L. Nº 735, de 8 de diciembre de 1993, publicado en el D.O. Nº 5, T. 322 de 7 de enero de 1994. Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17).

257 El Estado y la constitución salvadoreña, Cayetano Núñez Rivero,coordinador; Rafael Benitez Giralt, Rodolfo Ernesto González Bonilla, y otros. Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la cultura constitucional en la república de El Salvador

Art. Código Civil (art. 572).

Ley Básica de la Reforma Agraria (arts. 2, 3, 9, 18 y 21). Ley de Transferencia de la Propiedad Estatal Rústica de Vocación Agropecuaria a favor de los Beneficiarios de la Reforma Agraria (arts. 1, 2, 3, 6, 8, 9, 13, 16 y 18). D.L. Nº 896, de 18 de febrero de 1988, publicado en el D.O. Nº 40, T. 298, de 26 de febrero de 1988. Ley del Régimen Especial de la Tierra en Propiedad de las Asociaciones Cooperativas, Comunales y Comunitarias Campesinas y Beneficiarios de la Reforma Agraria (arts. 26 y 27). D.L. Nº 719, de 30 de mayo de 1996, publicado en el D.O. Nº 100, T. 331, de 31 de mayo de 1996. Código Civil (art. 568).

Ley Básica de la Reforma Agraria (arts. 2, 3, 8, 9, 18, 21 y 29). Ley del Régimen Especial de la Tierra en Propiedad de las Asociaciones Cooperativas, Comunales y Comunitarias Campesinas y Beneficiarios de la Reforma Agraria (arts. 1 al 4, 7, 8, 9, 22, 24 al 26). Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las Doscientas Cuarenta y Cinco Hectáreas (arts. 1, 2, 4, 6, 8, 9, 11, 12, 24 y 23). D.L. Nº 895, de 18 de febrero de 1988, publicado en el D.O. Nº 40, T. 298, de 26 de febrero de 1988. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (art. 21).

Ley Básica de la Reforma Agraria (arts. 9 y 11).

Ley de Expropiación de Terrenos para las Obras de Electrificación Nacional. Decreto-ley Nº 636, de 16 de junio de 1950, publicado en el D.O. Nº 131, T. 141, de 16 de junio de 1950. Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado (arts. 1 al 4, 15, 19 al 24 y 35). Decreto-ley Nº 33, de 25 de julio de 1939, publicado en el D.O. Nº 174, T. 127, de 17 de agosto de 1939. Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (arts. 57, 66 y 73). Decreto-ley Nº 341, de 17 de octubre de 1961, publicado en el D.O. Nº 191, T. 193, de 19 de octubre de 1961. Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Rústicas Excedentes de las Doscientas Cuarenta y Cinco Hectáreas (arts. 21 y 22). Código Civil (art. 551).

Ley de fomento y protección de la propiedad intelectual (arts. 106, 109, 111, 115, 120, 121, 123, 125, 126, 130 y 131).

Código Municipal (arts. 7, 9, 18, 20, 31, 63 y 114).

Código Penal (arts. 228, 232 al 240-A).

Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (arts. 1, 2 y 3). Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio y la Industria (art. 14). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (art. 11).

Código Municipal (arts. 4, 17 y 31).

Ley de Conservación de Vida Silvestre (arts. 1, 2, 3, 8, 9, 11, 13, 16, 38 y 40). D.L. Nº 844, de 14 de abril de 1994, publicado en el D.O. Nº 96, T. 323, de 25 de mayo de 1994. Ley del Medio Ambiente (arts. 1, 2 y 4). D.L. Nº 233, de 2 de marzo de 1998, publicado en el D.O. Nº 79, T. 339, de 4 de mayo de 1998.

Ley Forestal (arts. 1, 3, 4, 5, 7, 14, 18, 28, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 46 y 45). D.L. Nº 268, de 8 de febrero de 1973, publicado en el D.O. Nº 50, T. 238, de 13 de marzo de 1973.

Código Penal (arst. 255 al 263).

Convenio Centroamericano para la Protección del Ambiente (arts. 1, 2 y 11). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (art. 11).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12). Art. 114.-

Legislación

Ley de Creación del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo. D.L. Nº 560, de 25 de noviembre de 1969, publicado en el D.O. Nº 229, T. 225, de 9 de diciembre de 1969. Ley General de Asociaciones Cooperativas (arts. 1, 2, 6 y del 71 al 76). D.L. Nº 339, de 6 de mayo de 1986, publicado en el D.O. Nº 86, T. 291, de 14 de mayo de 1986.

Art. 115.- El comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño son patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. Su protección, fomento y desarrollo serán objeto de una ley. Legislación Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio y la Industria (arts. 1, 3, 14, 16 y 21).

Ley de Conservación de Vida Silvestre (arts. 1, 2, 3, 8, 9, 11, 13, 16, 38 y 40). D.L. Nº 844, de 14 de abril de 1994, publicado en el D.O. Nº 96, T. 323, de 25 de mayo de 1994. Ley del Medio Ambiente (arts. 1, 2 y 4). D.L. Nº 233, de 2 de marzo de 1998, publicado en el D.O. Nº 79, T. 339, de 4 de mayo de 1998. Ley Forestal (arts. 1, 3, 4, 5, 7, 14, 18, 28, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 46 y 45). D.L. Nº 268, de 8 de febrero de 1973, publicado en el Pacto D.O. Nº 50, T. 238, de 13 de marzo de 1973.

Código Penal (arst. 255 al 263).

Convenio Centroamericano para la Protección del Ambiente (arts. 1, 2 y 11). Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (art. 11). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3. Orden Axiológico socio-económico en la Constitución española

Para hacer que el constitucionalismo de El Salvador, evolucione es necesario tener referentes constitucionales que han logrado avances importantes en material de derechos socio-económicos, en un ambiente de libertad y democracia; no es que hayan constituido estados perfectos, como ellos mismos lo reconocen, sino que se trata de admitir que existe una ruta para que la sociedad transite por caminos menos tortuosos y con algunos signos de esperanza. En nuestro país, tenemos algunos

preceptos que nos indica la ruta a seguir, pero el grado de polarización existente hace muy difícil lograr entendimientos mínimos para actualizar o reformar nuestra constitución, que a su vez contribuya a modificar una conducta social y política sustentada en la formula: amigo-enemigo.

La constitución española tiene un marco normativo muy importante en esta materia:

"Dentro de los principios de política económica, laboral y social estarían los siguientes: Obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para el progreso social y económico y para la distribución equitativa de la renta, así como de desarrollar una política orientada hacia el pleno empleo, sin perjuicio del mantenimiento de la estabilidad económica –art. 40.1 CE-;

Fomento de una política de formación y readaptación profesionales, velando por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizando el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas –art. 40-; mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo –art. 41-; garantía de unas pensiones adecuadas y de su suficiencia económica –art. 50; defensa de los consumidores y usuarios –art. 51-; y garantía del funcionamiento de las organizaciones profesionales que tutelan los intereses sociales que le sean propios –art. 52 CE-.

Dentro de los principios orientados a la protección de determinados colectivos estarían los siguientes: protección social, económica y jurídica de la familia, los niños, las madres solteras y los hijos extramatrimoniales art. 39 CE-; protección de los emigrantes y de sus derechos económicos y sociales –art. 42 CE-; protección de la juventud y de su participación en el desarrollo político, social, económico y cultural – art. 48 CE-; protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a través de su tratamiento, rehabilitación e integración –art. 49-; promoción del bienestar de la tercera edad y de su acceso a un sistema de servicios sociales que atiendan a sus problemas de salud, vivienda, cultura y ocio –art. 50-; protección de los consumidores y usuarios, en especial en lo que hace referencia a su seguridad, salud.

Por último, dentro de los principios que pretenden potenciar derechos de tercera generación estarían los siguientes: derecho a la protección de la salud, a través de medidas preventivas, de las prestaciones y servicios necesarios y del fomento de la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio –art. 43-; derecho al acceso a la cultura, la ciencia y la investigación –art. 44-; derecho a un disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y a la utilización racional de los recursos naturales –art. 45 CE-; derecho a la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico –art. 46-; derecho al disfrute de una vivienda adecuada –art. 47- (10). Algunos de estos derechos, como el derecho al medio ambiente o al patrimonio, son derechos colectivos, relativos a bienes que son sobreentendidos y considerados base de la misma vida y de la tradición del hombre, pero que comienzan a ser escasos y cuya desaparición amenazaría a toda la colectividad en su conjunto (66).

Esta es una labor que corresponde al legislador que está en mejores condiciones de advertir las necesidades sociales y posteriormente buscar las soluciones políticas, No debe usarse innecesariamente lo judicial, para crear normativas legales. Así, en la búsqueda de la igualdad efectiva, el legislador distingue situaciones dentro de la Ley, para alcanzar la igualdad promocional, así como para respetar el propio contenido del principio de igualdad que exige tanto un trato igual a situaciones iguales como un trato distinto a situaciones distintas. Igualmente, el legislador se sirve de la discriminación positiva o afirmativa acción, que significa clasificar utilizando categorías determinadas que han sido tradicionalmente causas de discriminación, empleándolas ahora para otorgar ventajas a estos colectivas. La cobertura de este trato desigual se justifica en la situación fáctica de inferioridad y en la obligación que tienen los poderes públicos de promover la igualdad y de remover los obstáculos que dificulten su plenitud -art. 9.2-.[258]

4. Orden Valorativo económico social de Alemania

De un estudio relacionado con la Constitución de Alemania, realizado por la jurista chilena Soledad Alvear, se transcriben algunos pasajes del mismo, que nos puedan dar las ideas básicas de cómo dicha constitución ha considerado la problemática social y económica y que debe orientarnos de cómo a partir del constitucionalismo social y sin caer en extremismos improductivos, se pueden lograr dos cosas importantísimas para la sociedad actual: la libertad y el bienestar social, teniendo como fundamento el valor dignidad humana, de tal manera que este valor y la libertad e igualdad, sean los elementos básicos para el desarrollo social y económico, no sólo del pueblo alemán, sino de aquellos que se inscriben en la corriente del momento como es el Estado Social y Democrático de Derecho, ESDD.

Dice Soledad Alvear: El ordenamiento constitucional de un país es la llave maestra para su desarrollo político, económico y social de los países.[259]

a. Conceptos claves

La definición que se hace del Estado es en cuanto a su capacidad de servir a los ciudadanos, guiados por el principio de la "dignidad de la persona humana.- Otro aspecto destacado dice relación con la igualdad de género. El Artículo 3° de la Ley

---

258 Manuel Delgado-Iribarren García-Campero, letrado de las Cortes Generales. Madrid, España, junio, 2005. Un análisis sobre los derechos a la calidad de vida y al medio ambiente, y a la tutela del patrimonio histórico-artístico se puede ver en A. E. Pérez Luño, Derechos humanos, Estado de derecho y constitución, cit. págs. 440-491. Luis López Guerra, Introducción al derecho constitucional, cit. pág. 105.

259 Soledad Alvear.- Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, pp. 453 - 459 . Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho Valenzuela, Licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile, profesora de Derecho Civil de la misma Universidad, ministra del Sernam (1991-1994), Justicia (1994-1999) y Relaciones Exteriores (2000-2004), (2006-2008), senadora por la 8 a Circunscripción RM Oriente (2006-2014). 60 años de la ley fundamental alemana: un marco para la democracia liberal y la economía social de mercado

Fundamental señala que todos los hombres son iguales ante la ley, el segundo parágrafo explicita: "Hombres y Mujeres son iguales. El Estado debe promover la implementación de la igualdad de hombres y mujeres, debiendo actuar en la superación de las desventajas." El tercer y último parágrafo señala, "Nadie puede ser discriminado o favorecido en consideración a su sexo, origen, raza, idioma, patria u origen, creencias o su posición política o religiosa. Nadie puede ser discriminado por sus limitaciones." El Artículo 4° se ocupa del tema de libertad de culto y visiones de mundo.

b. La economía social de mercado

"El gran mérito de la Constitución alemana, que en un maravilloso marco de celebraciones cumplió 60 años de vigencia, es el haber dado espacio al desarrollo de un modelo de Economía Social de Mercado, que sin lugar a duda puede ser considerado, antes de esta gran crisis económica y más aún después de ella, como el gran aporte alemán a la sociedad democrática en la segunda mitad del siglo XX, el principal producto de exportación alemán.

Un ordenamiento económico donde lo social se escribe con mayúscula, toda vez que se hace cargo de lo definido en los dos primeros artículos de su texto. Un modelo que garantiza crecimiento y equidad, no como un eslogan de campaña presidencial, sino que más bien como una garantía constitucional. La adecuada comprensión de la sociedad alemana que el "mecanismo de mercado" opera sin consideraciones sociales y territoriales, le asigna al Estado la tarea de ser garante que su funcionamiento asegure a todos poder compartir los beneficios del desarrollo económico.

La Economía Social de Mercado busca una adecuada coordinación de esfuerzos entre las diferentes esferas de la vida ciudadana, en donde el Estado media entre el mercado y los grupos sociales. Es, en consecuencia, un concepto dialéctico en el que los objetivos sociales son tan importantes como los económicos. Es por esto que la Economía Social de Mercado se transforma en un modo de acción colectiva, que orienta su esfuerzo a la búsqueda de la libertad individual, al progreso de los pueblos y a la resolución de los problemas sociales que estos enfrentan."

En El Salvador, hay disposiciones constitucionales clave para pensar y creer que estamos en una economía social de Mercado, donde el estado, sin ser dirigista o intervencionista, puede ser un intermediario entre el sector privado productivo solidario (como debe de ser) y las políticas públicas al servicio de la población, que requiere programas sociales, políticas de seguridad ciudadana, de salud, de educación, de protección al medio ambiente, de la niñez y la adolescencia y la población adulta, etc., manteniendo la libertad de empresa, las leyes del Mercado, las iniciativas privadas, la protección de los inversionistas, todo con responsabilidad social. Existen normas constitucionales que sirvan de base para estos fines? Si.-. Todo el régimen económico está orientado en términos que puedan conducir un proceso de desarrollo donde se

combinen la amplia esfera de libertad de los ciudadanos con la política social a cargo del gobierno. De esta materia hablamos oportunamente. (Vid. Supra, este capítulo)

c. La legitimación democrática

Sigue diciendo Alvear: "Otro aspecto fundamental del ordenamiento constitucional y legal de un país es su legitimación democrática. Relevante en este sentido es la delimitación entre el campo de la acción pública y la privada, así como también -para el caso de la Constitución alemana- los límites de la competencia de la Federación (Bund) y de los respectivos Estados (Länder). Interesante de citar es la responsabilidad del Estado alemán frente al Derecho de la Educación. El Art. 6° de la Ley Fundamental alemana establece la obligación de los padres de educar a sus hijos, en tanto que el Artículo 7° establece que todo el sistema educacional está bajo supervisión del Estado. Atendida la competencia legislativa de los Estados de la Federación (Ley Fundamental, Art. 30°, 70°), el silencio de la Ley Fundamental en lo relativo a la educación primaria y secundaria da un amplio espacio para la potestad legal de los distintos Estados.

Capítulo Tercero
Los Valores en el Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD)

Introducción

Las ideas de libertad, igualdad/justicia y solidaridad como valores fundamentales de la Democracia Social; se establece una relación entre los valores fundamentales y la política actual desde una perspectiva histórica y filosófica « ¡Libertad, igualdad, fraternidad!» fue el lema de la Revolución Francesa. Y aún en la actualidad, los partidos democráticos toman en gran medida estos valores fundamentales como referencia. Su formulación comienza con la era burguesa, y a más tardar a mediados del siglo xx se inicia la marcha triunfal por todo el mundo: para entonces, como demanda a los Estados y a las sociedades, esos valores ya son parte del sentido común.[260]

Esto también se refleja en el marco jurídico de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Con los dos pactos sobre derechos humanos que la ONU firmó en 1966, los derechos fundamentales alcanzaron la mayor vigencia posible en los planos civil, política, económica, social y cultural, ya que fueron ratificados por la inmensa mayoría de los países del mundo. Su presencia constituye prácticamente una base jurídica global. Los derechos establecidos deben garantizar que estos valores fundamentales se conviertan en un derecho legal.

---

260 Tobias Gombert et al. Manual de la democracia social 1 : fundamentos de la democracia social / Tobias Gombert ... [et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : Nueva Sociedad, 2010. 1. Democracia. 2. Ideologías Políticas. I. Gombert, Tobias

Por cierto, hay que señalar que en muchos países los derechos fundamentales comunes no se respetan y que incluso, en algunos Estados signatarios, se violan de manera flagrante los derechos humanos.

En muchos casos, es dudoso que los derechos fundamentales estén realmente vigentes y permitan aplicar los valores fundamentales en la sociedad. No se trata de una cuestión teórica, sino de una puja social y de la relación de fuerzas entre los distintos actores de cada país y región.

1. Los valores políticos en el Constitucionalismo social

Muchos conceptos pueden elaborarse para tener y sobre todo para poder transmitir la idea del "ESDD" y siempre que tengamos presente los tres grandes contenidos comprendidos en su nombre, andaremos cerca de lo que esta categoría jurídica y política, significa para la convivencia humana y en paz, de la mayoría de los estados europeos y algunos de nuestra América; las precisas definiciones de las constituciones de España y de Alemania, en bien elaboradas disposiciones constitucionales, nos proporcionan esa idea fundamental necesaria para iniciar la búsqueda del significado y los alcances que tienen para sus pueblos y gobiernos; luego saber en qué posición y posibilidades de evolución se encuentran los países como el nuestro; como El Salvador, estaría por iniciar la transformación del Estado y su Constitución, buscaremos en la doctrina y realidad constitucional de otros países que ya están transitando en el camino del Estado social y democrático de derecho (ESDD).

1.- El énfasis en el Estado social de derecho, sin el agregado "democrático", ha estado en el carácter intervencionista que tuvo en la economía, en hacer efectivo el principio de igualdad, en desmontar el carácter explotador del estado liberal; en el análisis de la categoría actual que precisamente incorpora el componente democrático, el énfasis estará en relacionar los agregados solidarios del estado social con el agregado democrático que lo modificarás sustancialmente. Es conocido y debemos advertir que en el nombre del estado social, se enmascararon estructuras contrarias a la libertad, por lo que conocidos los abusos de poder que se registraron durante la prevalencia del estado social; así como el estado liberal de derecho, no pierde su calidad de estado de derecho, al evolucionar a estado social de derecho, también éste no pierde su carácter, al evolucionar a estado democrático; es necesaria esta aclaración, primero por el objetivo didáctico y pedagógico de este estudio, se tiene un compromiso con los fines académicos y con la verdad.

Constitución española: El distinguido jurista español, Manuel García Pelayo, dice: "nuestra Constitución define al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, texto indudablemente inspirado en el art. 20 y especialmente en el 28 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en el que tanto la fórmula en su totalidad, como cada uno de los términos que la integran encuentran por primera vez sanción constitucional positiva, se trata de normas constitutivas del

tipo concreto de Estado desarrollado por la Constitución. A esta clase de normas fundamentales o constitutivas del Estado pertenece el precepto que estamos comentando, juntamente con aquel que establece que la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria y con el que determina que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.[261]

2. Disposiciones esenciales

Un acertado criterio, que ilustra el valor que tiene para el constitucionalismo el de establecer "ab initio" de la Constitución cuales son las disposiciones esenciales para definir en forma precisa e inequívoca de que estamos hablando; en ese sentido se definen: 1.- los valores jurídicos y políticos a los que se orienta un Estado, 2.- los presupuestos constitucionales, es decir los conceptos jurídicos y políticos en que descansa la organización estatal; 3.- los principios filosóficos que la dan el marco de actuaciones a los gobernantes y en general a los detentadores del poder; (algo que está ausente en la constitución salvadoreña, donde parece que, aun copiándola del texto español el constituyente, escasamente formuló esta declaración: "El Salvador, reconoce a la persona humana….", pero sin decir nada de las normas constitutivas que definan que clase de Estado somos, y 4.- La declaración de derechos y el principio de organización para el cumplimiento de tales derechos.

Al tratar de analizar la fórmula "Estado social y democrático de Derecho" en el seno de la Constitución española, conviene empezar por determinar su posición dentro de la normativa constitucional, pues si bien todos los preceptos constitucionales están dotados de validez jurídica, no todos, sin embargo, son de la misma especie ni tienen la misma significación, una tesis que contrasta con un precedente que he tenido la oportunidad de ver en una sentencia de la Sala de lo Constitucional, en la que afirman que todas las disposiciones constitucionales son de la misma entidad y jerarquía..

2.1 Normas Fundamentales:

Nuestro precepto(dice García Pelayo) forma parte de lo que la doctrina ha denominado "normas fundamentales del Estado", definidas por Maunz como declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la Constitución y, por tanto, sobre sus principios estructurales y funcionales. O, dicho de otro modo, se trata de normas constitutivas del tipo concreto de Estado desarrollado por la Constitución. A esta clase de normas fundamentales o constitutivas del Estado pertenece el precepto que estamos comentando, juntamente con aquel que establece que la forma

261 Manuel García-Pelayo, "El Estado Social y democrático de Derecho en la Constitución Española", en Manuel García-Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid: Alianza Editorial, 1085, págs. 92 a 104. Indicaciones y materiales para la enseñanza de la Constitución Departamento de Derecho Político. UNED

política del Estado español es la monarquía parlamentaria y con el que determina que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.[262]

2.2 Estado de Derecho; social; democrático

La conceptualización de fondo de esta forma de Estado de los tres elementos que la conforman, siempre ha sido motivo de discusiones, en cuanto a la determinación de los alcances, y exacta comprensión de los mismos; cuando se entra a mencionar sobre el punto, acá en nuestro país, se observan desde posiciones o explicaciones contradictorias, atrevimientos que hacen los políticos, voceros de organizaciones, funcionarios, etc., sin que se tengan explicaciones que se acerquen a la realidad; quizá en los niveles académicos si se advierte algún interés en encontrar el significado más preciso por medio del cual construir aunque sea intuitivamente una idea inicial de esta categoría constitucional; solo la investigación científica que procura encontrar la verdad es el punto para iniciar la tarea nacional de construir el Estado Social y Democrático de Derecho, que supere los temores de que la Constitución nacional, que no tiene estas definiciones de las normas fundacionales y definitorias de su propia personalidad, superar los temores decimos, de que sea instrumentalizada con fines políticos o ideológicos y que se privilegien según los sectores interesados el carácter "de derecho", con el propósito de identificarlo con el estado liberal; o por otro lado, instrumentalizar el carácter "social", para proponer identificación con soluciones acordes a cualquier forma de socialismo autoritario.

En estos tres conceptos (Valores políticos), el primero que se define es lo que se refiere a Estado de Derecho y se explica así:

3. Despliegue del Estado de Derecho[263]

Son los preceptos que establecen la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que garantizan los principios configuradores del Estado de Derecho (principio de legalidad, jerarquía normativa, etc.). Se establece y garantiza un sistema de derechos funda-mentales y libertades públicas que constituyen, simultáneamente a unos derechos públicos sub-

262 Ibíd. García Pelayo hace referencia a Thomas Maunz: 3.- Theodor Maunz (* 1 de septiembre de 1901 en Dachau ; 10 de septiembre de 1993 en Múnich) fue una Asociación Académica Alemana para el Derecho Administrativo y político (CSU) Theodor Maunz (* 1. Septiembre Un Mil Novecientas Un En Dachau; † 10 De Septiembre De Un Mil Novecientos Noventa Y Tres, En Munich) Fue Un Profesor Universitario Alemán De Derecho Administrativo Y Político (C0su). Fundó La "Maunz-Dürig" Una Obra De Referencia Entre Los Comentarios Sobre La Ley Fundamental Y Fue Desde 1957 Has0ta 1964 Ministro Bávaro De Cultura. Después De La Toma De Conciencia De Sus Ns -Vergangenheit Dimitió Como Ministro Y Publicó Hasta Su Muerte, Entre Otras Cosas, De Forma Anónima En El Nacional-Zeitung

263 Ibíd. García Pelayo, obra citada.

jetivos, la línea que delimita la Grund kompetenz del Estado frente a la libre esfera de acción de la sociedad, de los grupos y de los individuos, es decir, la línea que delimita el ámbito del poder del Estado y, con ello, determina los confines dentro de los cuales puede actuar la organización y atribución de competencias específicas en el seno del Estado, bien entendido que tanto la enumeración de los derechos fundamentales como la delimitación de la competencia básica del Estado son componentes necesarios del Estado de Derecho (...) Pero, sin duda, lo más importante en este respecto es la sumisión de los órganos constitucionales y en general de los poderes públicos a una jurisdicción constitucional, con lo cual el Estado español no es solamente un Estado legal de Derecho, sino también y esencialmente un Estado constitucional de Derecho, no es solamente el Estado de Derecho administrativo bien ordenado, sino el Estado del Derecho constitucionalmente bien ordenado.

3.1 El carácter democrático:

Por su parte, genera un conjunto de normas constitucionales, entre las que podemos considerar como más relevantes el principio de la soberanía nacional y el del pluralismo político; el derecho a la igualdad ante la ley, así como el de igual acceso a la representatividad y a los cargos públicos; la constitucionalización de los partidos políticos --pues sabido es que en nuestro tiempo todo Estado democrático es un Estado departidos-- así como de las organizaciones sindicales y empresariales, pues también el Estado democrático de nuestra época se caracteriza por ser un Verbändestaat, un Estado en cuyas decisiones toman parte las organizaciones sociales afectadas. Nuestra democracia es fundamentalmente representativa, pero reconoce también algunas formas de democracia directa, como la iniciativa legislativa popular, el referéndum para decisiones políticas de especial trascendencia, así como para la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía y para la reforma constitucional. Teniendo en cuenta la naturaleza del sistema político de nuestro tiempo, el postulado democrático se expresa también en la participaciónde los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones que afecten no tanto a objetivos políticos generales cuanto a intereses sectoriales o particularizados, y en cuyo detalle no es necesario entrar aquí.

3.2 El carácter social

Este tipo de Estado se caracteriza por varias notas, entre las que destacamos las siguientes:

Por la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo; ii) por la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos; iii) por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una

común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales, y, consecuentemente, iv) por ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa, con lo cual la Grundkompetenz, cuyos límites han sido establecidos por los primeros, recibe unos objetivos definidos por los segundos y, finalmente, v) por una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales.

Dicho esto, nos queda añadir que el postulado social del Estado establecido en el art. 1.1. se despliega y concretiza a lo largo del texto constitucional, el cual establece como deber de los poderes públicos promover las condiciones para el ejercicio real y efectivo de los derechos de los ciudadanos y de los grupos con independencia de su situación social; determina que toda la riqueza del país, cualquiera que sea su titularidad, está subordinada al interés general, y en su Capítulo Tercero del Título II desarrolla el sistema de prestaciones a las que el Estado está constitucionalmente comprometido y que sería ocioso pormenoriza aquí.

En otros preceptos se garantizan el derecho a la educación y el acceso a la cultura y se establecen los instrumentos y las vías para la solución de los conflictos socio-económicos. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido reiteradamente encuentra el carácter vinculante de la fórmula Estado social y democrático de Derecho y ha puesto de manifiesto su importancia como punto de referencia interpretativo. En este sentido ha manifestado que dicho tipo de Estado supone respecto al Estado liberal de Derecho que los derechos fundamentales no tienen un alcance meramente negativo y que han de ser garantizados por prestaciones sociales o de otra índole a cargo del Estado (voto particular a la STC 86/82); que tiene entre otras significaciones la de legitimar medios de defensa a los intereses y grupos de población socialmente dependientes y que si el Estado social no excluye los conflictos socio-económicos, sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales para resolverlos (STC 11/1981). (...) Ha interpretado que el carácter social y democrático del Estado impide que en nombre del principio de igualdad se prive al trabajador de las conquistas sociales conseguidas (STC 81/82)

El componente democrático encuentra sus límites en la estructura normativa del Estado de Derecho, a la vez que es generalmente considerado como una parte integrante y esencial de éste. Su contenido se amplía a la dimensión social, que pone, a su vez, los límites al decisionismo democrático, ya que debe respetar los valores sociales constitucionalmente protegidos.

(iii) El formalismo del Estado de Derecho no podrá extenderse hasta bloquear los valores sociales y democráticos, a la vez que la orientación hacia estos valores contribuye a que el Estado de Derecho no degenere hasta convertirse en un simple Estado legal compatible conformas autoritarias o con cualquier especie de contenido material.

6.2 Vistas las cosas desde el plano gnoseológico, nos encontramos con que cada uno de los componentes sólo cobra sentido y, por tanto, sólo puede ser comprendido

en relación con los otros, estando, así, en una conexión que podemos llamar de interdependencia significativa (...). Y lo que signifique la fórmula en total sólo es comprensible mediante un análisis de cada uno de los componentes y de sus relaciones.

6.3 Es también característico de una totalidad o de un sistema generar algo que no está contenido en cada una de las partes y que tampoco es resultado de la simple agregación de ellas, sino que surge de sus conexiones recíprocas: el producto (...) culmina en una unidad dialéctica el desarrollo separado y, por lo mismo, no integrado de los tres conceptos acuñados por la praxis y la teoría política del siglo XIX y parte del XX.[264]

Capítulo Cuarto

Valores Políticos y Normativa constitucional

1. Análisis de Derecho Comparado. Comparatística

La Constitución de El Salvador, dice: "El Salvador" reconoce…; pero no dice qué es, que quiere decir eso de "el salvador", tema que en su momento levantó la suspicacia y humor de los salvadoreños. No define, pues, su carácter filosófico-jurídico como persona Estado, aunque proclama que: "El Salvador… reconoce a la persona humana"… la constitución presenta sus características políticas, hasta cuando habla del gobierno diciendo que es republicano, democrático y representativo; de ahí se deduce que El Salvador es una república, no una monarquía, siguiendo la idea de Maquiavelo, de que "los estados que se conocen son o han sido repúblicas o monarquías"; también el artículo 83 dice que El Salvador es un estado soberano, la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución;

En nuestro constitucionalismo histórico sólo en la Constitución de 1950, decía: "El Salvador es un estado soberano"; en 1983, el constituyente se decantó por privilegiar a la persona, según los comentarios conocidos; la de 1939, dijo que El Salvador "es una nación libre, independiente y soberana"; la de 1886, dijo que la "nación salvadoreña es soberana e independiente y no podrá ser jamás el patrimonio de familia o persona"; una constitución anterior calificó a El Salvador, como una asociación política, pues bien de un modo u otro en el constitucionalismo salvadoreño, se ha intentado definir y generar una idea de la clase y objetivos de la institución estatal; es en la Constitución de 1983, que los constituyentes prefirieron mejor guardar silencio y dejar esas definiciones, a disposiciones interiores de la misma, como al hablar del gobierno, de la soberanía, el principio de legalidad; probablemente pensaron que era mejor dejar eso a la praxis política o a que vinieran tiempos mejores, que no han llegado, para discutir un tema polémico, cuya discusión requiere de mucha madurez y entendimientos, esperando una despolarización de la sociedad, que tampoco ha llegado.

264 Ibid

Lo que hacen las constituciones europeas es crear una entidad que cada uno de los términos que emplea, se refleje, la naturaleza del acuerdo político a que han llegado las generaciones constituyentes y que se hereda a las subsiguientes generaciones, ya que el acuerdo como tal, expresa una posición ante otros poderes fácticos que impactan al Estado.

2. Normas esenciales de las Constituciones

a) La Constitución republicana de 1931, en su art. 1.dijo: "España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de libertad y justicia." Se utilizó el presente de indicativo del verbo ser - "España es..."- a diferencia del texto vigente -"España se constituye..."- lo que no ha dejado de recibir diferentes sentidos interpretativos, como se verá después.

b) La Constitución italiana de 1947, en su art. 1: "Italia es una República democrática basada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce en la formas y con los límites de la Constitución."

c) Mas influencia, incluso, cabe apreciar en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, en sus artículos 20: " La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social"; y 28: "El orden constitucional de los Estados miembros (Länder) deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de la presente Ley Fundamental."

d) También la Constitución francesa de 1958 sigue el mismo modelo: "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social....", afirmando que la divisa de la república es la libertad, la igualdad y la fraternidad; reconociendo como parte de la misma la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 y el preámbulo de la constitución de 1946, en la cual se reconocen los derechos sociales.

De ninguna manera pueden considerarse como superfluas la adopción de normas esenciales y fundacionales, a menos que estemos en presencia de una sabiduría política incomprensible para el común de las personas, sólo así podemos seguir afirmando que El Salvador, no necesita de esas definiciones, porque ya selló de un modo irreversible el futuro político de su pueblo, al decir que "El Salvador", reconoce a la persona humana como el principio y fin de la actividad del Estado, (cuál Estado). Nada importante agregará si se aprueba una reforma constitucional, en la que se dice que "el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer así nacidos"; lo único que traerá es una confusión poblacional, "para comprobar esta circunstancia ya sea en "el parto, antes del parto o después del parto"

3. Derecho comparado, Doctrina y derecho constitucional

3.1 España. Significado de los términos: a) Estado de Derecho. Iribaren

"De igual manera que los maravillosos pórticos de las catedrales románicas y góticas permitían anticipar lo que después podría se podría conocer y disfrutar en su interior, los artículos 1 y 2 constituyen el más solemne pórtico de entrada a nuestra carta magna En él se sintetizan los rasgos más sobresalientes del régimen democrático instaurado por la Constitución de 1978."; constituyen lo que, en los términos tan queridos por nuestra mejor doctrina, cabe calificar de clave de bóveda del régimen constitucional español así se refiere este constitucionalista a las declaraciones de contenido sobre el carácter y finalidad del Estado establecido por la Constitución.- (Iribaren, letrado del Tribunal Constitucional español, trabajo similar al de don Manuel García Pelayo)

Si la norma constitucional es un extracto sustantivo del derecho nacional, las normas decisorias que el constitucionalismo europeo, implanta desde sus primeras disposiciones, como lo hacen las constituciones española, alemana francesa italiana etc., son las normas definitorias de la constitución de cada estado; si estas constituciones, como ya lo expresamos de de la constitución española, proclaman su naturaleza política al emplear términos como social, democrático, de derecho, libertad, igualdad y fraternidad, etc., de igual manera constituciones latinoamericanas, han recogido esa intención político filosófica y en sus primeras disposiciones, afirman que esos preceptos constituyen las bases sustanciales del estado al que se aplicarán.

2º.- Como segundo rasgo, el constituyente recogió la fórmula condensada de la organización jurídico-política de los Estados democráticos liberales europeos de la segunda mitad del siglo XX. En ese Estado social y democrático de Derecho se reconducen las diferentes corrientes de influencia que han operado sobre los Estados liberales europeos del siglo XIX:

Significado de los términos

a) El Estado de Derecho, con la progresiva ampliación de los ámbitos de sumisión al Derecho y la eliminación de los espacios inmunes al mismo, consagrando este proceso como una auténtica cláusula general. La cláusula del Estado de Derecho, como señala Santamaría Pastor (Fundamentos de Derecho Administrativo, I, p. 192-194), fue desarrollada por la doctrina alemana de Derecho Público en el primer tercio del siglo XX en torno a criterios formales - principios de legalidad de la Administración, división de poderes, supremacía y reserva de ley, protección de los ciudadanos mediante tribunales independientes y responsabilidad del Estado por actos ilícitos (Thoma)-, complementados en la posguerra, vista su utilización por el nacional socialismo, con otros de tipo material - toda la actuación de los poderes públicos debe dirigirse a la consecución de valores, entre los que el más importante es la garantía y protección de la libertad personal y política (Stern)-. 5.1 (Iribaren)

La Constitución recoge con amplitud estos principios del Estado de Derecho. Entre los formales podemos destacar los siguientes:

Se transcibe íntegro el planteamiento del profesor Iribaren porque es una síntesis de los temas esenciales considerados en la Constitución española, que muchas enseñanzas ha dejado a nuestro incipiente constitucionalismo, dejándolo como ha sido presentado en la publicación oficial. Comienza diciendo:

"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art 9.1 CE).

"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (art. 9.3 CE).

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (art. 24.1 CE).

"Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos (art. 24.2 CE):

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento" (art. 25.1 CE).

"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1 CE)

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" (art. 106.1 CE).

"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" (art. 106.2 CE).

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" (art. 117.1 CE)

"Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley" (art. 117.2 CE).

"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan" (art. 117.3 CE).

Los criterios materiales los podemos encontrar en diversos preceptos: 5.2. Iribaren

- En primer lugar el apartado que comentamos, en su inciso final: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político."

"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE).

- "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (I) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)" (art. 53.1 CE).

- "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

El Tribunal Constitucional se ha apoyado en la cláusula del Estado de Derecho para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos (ATC 525/1987), para exigir la motivación de las sentencias judiciales (STC 55/1987) o para imponer el carácter obligatorio de su cumplimiento (STC 67/1984). 6.

b) El principio democrático, al margen su utilización en el siglo XX como ideología de cobertura a las más variadas tiranías políticas- en su incidencia sobre el Estado liberal ha significado la extensión del principio de igualdad a la participación política, el reconocimiento de los derechos políticos a todos los ciudadanos, cualesquiera que sea su riqueza, sexo, ideología, religión o creencias. En la conocida fórmula norteamericana, la forma de gobierno del pueblo pero elegido por el propio pueblo, por todo él, sin discriminación.

Es, también, el gobierno de la mayoría pero con respeto de las minorías, que tienen que mantener la posibilidad de llegar a ser mayoría - lo que exige que los cauces de acceso al poder de las minorías permanezcan abiertos y no sean obstruidos por quienes temporalmente detenten la mayoría, y que los mandatos políticos sean temporales.

Nuestra Constitución acoge todos estos principios. Consagra como derecho fundamental la igualdad ante la ley y rechaza cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE), para después hacer lo propio con la participación política, al convertirla en derecho fundamental:

- Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

-Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"(art. 23 CE).

El principio de temporalidad del poder está incluido en el carácter periódico de las elecciones, en el citado art. 23.1 y después en relación a los diversos procesos electorales: arts., 68, 69, 92, 140, 151, 152, 167, 168 CE.

Además, en otro plano, el principio democrático se traduce en otras formas de participación política ciudadana, mediante partidos políticos (art. 6 CE) -el Estado democrático contemporáneo es, sobre todo, un Estado de partidos - pero también de sindicatos y organizaciones empresariales (art. 7 CE), asociaciones (art. 22 CE), fundaciones (art. 34 CE), Colegios y organizaciones profesionales (arts. 36 y 52 CE), organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE), entre otras entidades sociales merecedoras de reconocimiento y protección constitucionales. La cláusula democrática se impone de manera expresa respecto a la estructura interna y funcionamiento de los partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos y organizaciones empresariales (art. 7 CE), Colegios y organizaciones profesionales (arts. 36 y 52 CE), exigiendo que éstas sean democráticas.

Por otra parte, el respeto a las minorías se reconoce de muy diferentes formas. Desde la afirmación del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) hasta la exigencia de mayorías reforzadas para adoptar las medidas más importantes o para aprobar las reglas del juego político (reforma constitucional, leyes orgánicas diversas- que abarcan desde el desarrollo de los derechos fundamentales hasta la aprobación de los Estatutos de Autonomía o la ley electoral- declaración del estado de sitio, reglamentos parlamentarios, etc...).

c. El Estado social, finalmente, que en su formulación primigenia entendía que el Estado contemporáneo, lejos de limitarse a fijar las reglas conforme a las cuales deben desenvolverse los individuos en sus relaciones sociales y económicas, adopta una posición activa, más intervencionista, pues considera como un nuevo fin que le compete el garantizar "la procura existencial" (Forsthoff), el mínimo vital para poder desenvolverse en la sociedad. Como ha descrito con rigor y maestría el profesor García-Pelayo, la idea de Estado social de Derecho se debe al tratadista alemán de Teoría del Estado, Hermann Heller, quien, entre los años veinte y treinta del siglo pasado, lo propugna, como alternativa socialdemócrata entre la anarquía económica y la dictadura fascista; se trata de no renunciar al Estado de Derecho sino de dar a éste un contenido económico y social, de realizar en el marco del Estado de Derecho un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Lo que inicialmente forma parte del ideario de los partidos socialdemócratas pasa progresivamente a extenderse a los partidos democratacristianos, conservadores o liberales - de manera más o menos intensa, es cierto, según los momentos, lugares e ideologías políticas de los gobernantes-.

Esa generalización le lleva al Profesor García-Pelayo a sostener que el Estado social significa históricamente el intento de adaptación liberal -burgués a las condiciones de la civilización industrial y postindustrial (M. García-Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, p. 16-18 de la 2ª ed.).7.-

El Estado social no es solo un poder regulador sino también gestor y distribuidor. La consecuencia inmediata es la extensión de las políticas públicas desde los tradicionales campos de la educación, la sanidad o la seguridad social, a la intervención en el mundo laboral y económico así como en el urbanismo y la vivienda, el medio ambiente, la cultura y los medios de comunicación social, o la especial protección de los ciudadanos que más la necesitan.

Nuestra Constitución (España) toma el concepto de Estado social de la Ley Fundamental de Bonn -que es la primera Constitución que lo consagra-, lo reconoce en el precepto que comentamos y lo describe con mayor detalle en el art. 9.2:"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

1. Sinopsis Realizada Por: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero Letrado De Las Cortes Generales. Junio, 2005. Contenidos

Las secciones de este portal de la constitución que aparecen firmadas tienen carácter científico y, en consecuencia, las opiniones y valoraciones mantenidas no expresan el criterio del congreso de los diputados, sino el de sus propios autores, quienes son responsables de ellas. Sinopsis de los artículos de la constitución los autores de las sinopsis de cada artículo de la constitución son los siguientes: de 1 a 3. Manuel Delgado Iribarren García Campero, letrado de las cortes generales.

CE-Constitución española

3.2. Alemania:

2. La Ley Fundamental de Bonn

La nueva Constitución alemana, aprobada con el nombre de Ley Fundamental (LA), y que entró en vigor en 1949, tenía como antecedente inmediato el fracaso de la República de Weimar y su desembocadura en el nazismo. Desde la perspectiva occidental se barajaron todo tipo de explicaciones - y soluciones en consonancia - para explicar por qué se había llegado a la guerra mundial. Ya antes de terminar la contienda, Henry Morgenthau, Ministro de Finanzas de los EE.UU, había propuesto la total desindustrialización de Alemania y su transformación en un país agrario, opción finalmente desechada por Roosevelt. Muy al contrario, en 1947 se pondría en marcha, ya bajo mandato de Truman, el Plan Marshall para la reconstrucción de

Europa. En esa misma línea de reconstrucción según el patrón de los vencedores, la futura Constitución alemana debía conciliar su desarrollo interno con los principios de las democracias parlamentarias liberales. Algunas de las ideas recogidas en la Constitución de Weimar - primera Constitución liberal alemana - debían ser completados con otros alambicados principios que garantizasen el normal funcionamiento de la democracia y, al tiempo, hicieran operativo el gobierno. La Ley Fundamental logró un amplio consenso en sus aspectos principales: la división vertical y horizontal del poder a través del federalismo; la caución ante un poder excesivo del Presidente, especialmente en el nombramiento del Gobierno y en la disolución del Parlamento (como ocurriera en Weimar); la ausencia de derechos de excepción y emergencia; el refuerzo de los elementos federativos frente a los plebiscitarios; la prevención de una dictadura parlamentaria a través de la moción de censura constructiva; y, finalmente, aunque no fuera recogido en la Constitución y tuviera que esperar a una posterior ley, un sistema electoral que, garantizando la pluralidad del país - atravesado por multitud de cleavages - evitase el fraccionamiento partidista de la República de Weimar. Para ello, además de aplicar el sistema Hare-Niemayer como fórmula de asignación de escaños, estableció una barrera (Sperrklausel) del 5% de los votos respecto del total de votos realizados para obtener representación parlamentaria (Beyme, 1991: 38 y ss.)

Ya se ha señalado que ese carácter de relativa imposición llevó a que los constituyentes optaran por un nombre que recogiera la provisionalidad de la norma en tanto en cuanto el territorio permaneciera dividido. El artículo 146 de la Ley Fundamental establecía que la misma perdería su vigencia cuando fuera sustituida por una Constitución que fuera aprobada libremente por el "pueblo alemán." Con la incorporación en octubre de 1990 de la antigua RDA a la RFA, se exigió desde foros internos y desde otros países (especialmente aquellos con los supuestamente Alemania mantenía reivindicaciones territoriales, principalmente Polonia y Checoslovaquia) que el artículo 146 desapareciera (algo que habría sido obvio en caso de que la unificación se hubiera realizado a través del propio artículo 146 y se hubiera, por lo tanto, promulgado una nueva Constitución). El artículo 146 finalmente quedó así redactado: "Esta Ley Fundamental, que tras la culminación de la unidad y libertad de Alemania rige para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución adoptada en libre decisión por el pueblo alemán." Para Klaus von Beyme, decir, como sostenía Bagehot, que el Preámbulo es la parte más importante de la Constitución es perfectamente válido para la Ley Fundamental, pues es allí donde, como elemento solemne, se marcó el compromiso nacional para "completar la unidad y la libertad de Alemania mediante libre determinación." Era el frontispicio que recordaba la división de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. En la reforma del Preámbulo realizada en 1990 desaparecía ese mandato y se afirmaba que los diferentes Länder habrían "culminado en libre autodeterminación la unidad y libertad de Alemania." Igualmente, allí donde en 1949 se señalaba su voluntad de participar en una "Europa libre", en 1990 pasaba a referirse a una "Europa unida." La amenaza territorial parecía así conjurada.

El papel central del Parlamento (Bundestag) está firmemente establecido en la Constitución a través del artículo 63 (elección por el Parlamento del Canciller o Presidente Federal - Bundeskanzler -) y el 67 (revocación parlamentaria del Canciller, si bien en forma de moción constructiva). Por su parte el Canciller tiene la posibilidad de disolver el Parlamento. Mientras que la figura del Presidente Federal - Bundespresident -, se ve constitucionalmente recortada a funciones representativas, el papel del Canciller está reforzado, correspondiéndole la dirección del Gobierno. Otro elemento característico es el reconocimiento constitucional de los partidos políticos (artículo 21). Una reforma de 1983 introdujo la obligatoriedad de que su organización interna sea democrática, así como la publicidad de la procedencia y utilización de sus recursos y bienes (como ya vimos, de notoria importancia en el final político de Kohl). El principio federal también es uno de los elementos recogidos en la Constitución, reforzándose su carácter cooperativo entre el centro y las federaciones. En 2006, el sistema federal sufrió un profundo cambio –el paso, según algunos autores, de un federalismo cooperativo a un federalismo competitivo- que llevó al cambio de más de 40 artículos de la Constitución.

La reforma constitucional reclama una mayoría de dos tercios tanto en el Budestag como en el Bundesrat. Determinados aspectos de la Constitución son inmodificables: la división de la Federación en Länder; el principio cooperativo de los Länder en la legislación (la solidaridad interterritorial); y los derechos fundamentales, consignados entre el artículo 1 y el 20. El compromiso con los derechos fundamentales (abolidos por Hitler a raíz del incendio del Reichstag nada más iniciarse su mandato) queda señalado en el artículo 1, indicándose que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable. A través del artículo 14 se establece que el uso de la propiedad privada está sujeto al bienestar general, marcándose por tanto una meta social a la República (reforzada a su vez por el artículo 15, que recoge la posibilidad de la socialización, mediante ley, de los medios de producción). En el artículo 20 se recoge el carácter social del Estado, acompañando a la declaración de la soberanía popular y a un principio de autodefensa ciudadana en su apartado cuarto ("Contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a todos los alemanes el derecho de resistencia cuando no fuera posible otro recurso"). El carácter social del Estado es un elemento crucial de la LF y también se recoge, siguiendo el artículo 28.1 de la LF, en la práctica totalidad de las constituciones federales. Mientras que la idea de Estado de derecho refuerza la legalidad y otorga garantías para la seguridad jurídica, el Estado social restringe la libertad individual - por ejemplo, obligando a pagar impuestos en aras de lograr un mayor bienestar colectivo. De esta manera, a la libertad individual se le une la seguridad colectiva y la igualdad de oportunidades, con la salvaguarda de un mínimo de bienestar garantizado al margen del uso que se haga de esas oportunidades vitales.

3. La organización federal del Estado

Ya se señaló que las especificidades de la construcción nacional en Alemania determinaron un carácter federal o pseudo federal (Beyme, 1991:327) mantenido en la práctica totalidad de su historia. La centralización de poderes durante el periodo nazi era un elemento a eliminar en el nuevo periodo, recuperándose las peculiaridades de las diferentes partes de un país que integraba antiguos reinos soberanos, ciudades pertenecientes a la Liga Hanseática, una Prusia hegemónica o territorios fronterizos con el reino de los francos. Desde la perspectiva de los aliados también se consideraron, como se ha apuntado, diferentes posibilidades para desmembrar al país que había causado la Segunda Guerra Mundial. En Y alta, Roosevelt y Churchill discutieron con Stalin la conveniencia de una descentralización federal.

Mientras que estuvo abierta la posibilidad de influencia soviética en el conjunto de Alemania, Stalin no apoyaría esa idea6. La posterior creación de dos Estados alemanes llevó la discusión por otros derroteros. Desde la perspectiva occidental, si bien la parte más problemática, Prusia, quedaba ya escindida con la creación de la RDA, el resto del territorio debía recuperar una estructura federal que impidiera una concentración de fuerzas capaz de dirigir de nuevo hacia una guerra.

En el Convenio de Potsdam (1945) se recogía esa determinación de debilitar el poder central alemán. Para Charles de Gaulle se debía ir un paso más allá, aboliendo una Alemania unida y restableciendo la plena autonomía de las diferentes unidades alemanas que gozaran de tradición (Prusia, Sajonia, Baviera, Württemberg, Baden, Hessen, Palatinado, la provincia del Rin y las provincias del nordeste). Posteriormente, la necesidad de crear un Estado lo suficientemente eficaz como para actuar de freno frente a la URSS llevó a que las autoridades militares norteamericanas, inglesas y francesas se decantaran por el modelo federal, si bien los contenidos históricos fueron sacrificados por el más arbitrario de las fronteras que habían trazado las fuerzas de ocupación.

Este fue el mandato cuando convocaran en septiembre de 1948, a través del Documento de Frankfurt, a una Asamblea Constituyente que redactara un texto democrático con una organización territorial de corte federalista. La garantía de ese federalismo reposaba en la creación de una cámara de representación territorial (con una atribución a cada Land de un mínimo de 3 votos, recibiendo 5 votos los Länder más poblados) y en la garantía de un principio de reparto de la financiación entre la administración central y la de los Länder. Por su parte, las principales fuerzas políticas, el SPD y la CDU, se manifestaron a favor de un Estado federal y no de una federación de Estados, esto es, apoyaron la existencia de un poder central que diera unidad a la nación de los alemanes (problemas como el de los doce millones de alemanes expulsados de sus tierras al Este del río Oder, o las cuestiones sociales, reclamaban un Estado central fuerte). El espíritu de la Paulskirche de 1848-49, cuando se reunió por vez primera un Parlamento alemán libremente elegido y elaboró un proyecto de Constitución democrática, federal y con un nutrido catálogo de derechos fundamentales, reaparecía en suelo alemán cien años después.

En la RDA se declaró la unidad y carácter democrático de la república, que se construía sobre los Länder alemanes. En 1952 se sustituyeron las funciones más relevantes de los Länder por los distritos, con el fin de reforzar el poder central de la república, en este caso no en nombre de un abstracto interés del pueblo alemán sino de una no menos abstracta defensa del socialismo y la democracia. Los Länder no serían restablecidos en la RDA hasta 1990, en vísperas de la incorporación a la RFA. Su escasa tradición inmediata, así como la debilidad económica y administrativa propia vinculada a su pasado, han servido para que el Estado central se haya reforzado desde la unificación (para algunos autores, la ratificación del Tratado de la Unión Europea también ha modificado las competencias de los Länder, a lo que archivos de la URSS desclasificados demostraron el carácter estratégico que tenía la cuestión alemana para Stalin, así como el enorme interés manifestado por lograr influencia en el conjunto del territorio (Der Spiegel, 2000). Habría que sumar la labor rectora creciente del Estado en una economía crecientemente globalizada. La conclusión sería un proceso con descentralización administrativa pero con centralización económica y legislativa) (García Soriano, 1997).

La estructura federal alemana está organizada en 16 Länder (incluyendo los cinco nuevos de la antigua RDA), quienes poseen sus órganos estatales y Constitución propios. Según el artículo 79 de la Ley Federal, "Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en Länder o al principio de la Cooperación de los Länder en la legislación." Y recordemos que el artículo 20.1 reconoce el derecho de resistencia contra todo aquél que pretenda derribar el Estado federal, democrático y social. Igualmente, es doctrina del Tribunal Constitucional alemán que el principio federal es una de las determinaciones constitucionales básicas, ya que sobre él se organiza el poder estatal.

El federalismo alemán tenía de manera clara un carácter cooperativo, con la salvaguarda final de que el derecho de la Federación podía sobre el derecho de los Estados federados (art. 31). Éste es uno de los aspectos que buscaba cambiar la reforma constitucional de 2006, especialmente por las dificultades que se habían creado para poder desarrollar estos principios.

Como recoge el título VIII a sobre Tareas comunitarias, la Federación cooperará con los Länder en sectores importantes de la vida económica y social (clínicas, estructura económica, agricultura y costas). Este carácter cooperativo ha significado en su desarrollo legal una serie de aspectos: se coadyuva al desarrollo equilibrado de los Estados federados; flexibiliza los conflictos entre el centro y los Estados; genera un marco de transferencias presupuestarias de la Federación a los Estados, así como una colaboración de estos en la decisión del gasto total; los Estados tienen un mayor margen de participación en el gasto que lo que le corresponde proporcionalmente a sus ingresos (Cotarelo, 1991: 25). Según el artículo 107 LF, una ley garantizará la compensación de la desigualdad financiera de los Länder, sin olvidar que todos los Estados federados están sometidos a la coerción de la Federación, previa autorización del Bundestag, para obligar al Land a cumplir con las obligaciones que la Ley Federal

u otras leyes le obliguen (art.37). La obligación que tiene la Federación de garantizar la igualdad de condiciones de vida en todo el territorio federal (art. 106.3.2) es otro elemento que refuerza la centralización económica. Las reformas en los artículos 84.1.2 y el 72.3 han rebajado fuertemente estas posibilidades, al permitir a los Länder apartarse de la legislación federal en aras de una mayor eficacia.

En consonancia con el artículo 28 ("El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social expresados en esta Ley Fundamental"), el sistema de gobierno de los diferentes Länder se corresponde con el de un régimen parlamentario, con salvedades especialmente en los tres Estados ciudad (Hamburgo, Berlín y Bremen), a quienes les corresponden también tareas comunales. Con la excepción de Baviera, en todos los Länder hay una sola cámara. Las labores de codecisión legislativa que le corresponden al Bundesraten el ámbito federal obviamente no existen aquí.

Fueron los procesos de globalización y europeización los que llevaron a poner en la agenda la necesidad de una reforma del federalismo alemán. Por un lado, se trataba de reforzar las labores ejecutivas del gobierno central(piénsese, por ejemplo, en los problemas ante la ruptura de Pacto de Estabilidad europeo por parte de un Land o, en la dirección contraria, como los Estados federados pueden colaborar en una decisión que será trasladada por el Gobierno central a las autoridades de la UE). Por otro, de establecer unas bases de competencia entre los Länder en la dirección del Workfare State(Jessop, 2008) y el fomento de la competitividad. El modelo federalista era afín a una concepción del Estado social que estaba empezando a ser puesta en cuestión. La eficacia –capacidad ejecutiva- reclamaba el lugar de la democracia (la participación territorial). El federalismo cooperativo alemán, dejaba paso, al menos potencialmente, a un federalismo competitivo donde cada Land podía poner en marcha reformas que les distanciara de otros territorios. Este cambio en el federalismo supuso un cambio en el "para qué." Los Länder asumían mayores capacidades para poner en marcha procesos de desarrollo propios (pensados en la etapa de desregulación neoliberal) y el Estado central orientaba sus competencias hacia el mercado. Se trataba, por tanto, de una reforma del federalismo afín a una fase de desmantelamiento de las exigencias del Estado social de posguerra alemán. No es extraño, en este sentido, que algunos diputados –como el liberal Ernst Burgbacher- pidieran poner fin a "la falsa ideología de la nivelación, a fin de cuentas dañina para todos." Ya en 2003, se reunió el KOMBO, una comisión conjunta del Bundestag y del Bundesrat para establecer los cambios que precisaba el federalismo en el siglo XXI (Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung derbundesstaatlichen Ordnung), que buscaba liberar al Gobierno central de las ataduras legales con los Länder a la hora de tomar decisiones, y, al tiempo, aumentar la capacidad de maniobra de los Länder (Moore, Carolyn, Jacoby, Wade and Gunlicks, 2008). En el marco del gobierno de Gran Coalición entre el SPD y la CDU-CSU (acuerdo firmado en noviembre de 2005), se acordó la reforma del federalismo en Alemania (recuérdese que para la reforma constitucional hacen falta dos tercios de los votos en el Bundestag y en el Bundesrat).

La reforma tenía tres grandes momentos. El primero hacía referencia a los cambios políticos constitucionales de reparto de competencias); la segunda, a los cambios financieros (de manera que los Länder ricos financiaran a los pobres al tiempo que se reconsideraba la capacidad fiscal de las federaciones); la tercera, a cambios territoriales. Los fines de la reforma acordados hacían referencia a "una más clara distribución de las competencias legislativas y la eliminación de la legislación marco, la reducción de las posibilidades de bloqueo de la legislación atribuidas al Bundesrat, la supresión de los supuestos de financiación mixta y la reforma de las denominadas «ayudas financieras», así como, finalmente, la reforma de la representación de Alemania en el Consejo de la Unión Europea y la determinación constitucional de la distribución interna de las responsabilidades financieras frente a Europa" (Gutiérrez, 2008)). Se trataba de reducir las competencias de los Gobiernos de los Länder en el Bundestag para incrementar las de los Parlamentos de cada Land. Los cambios implicaban la "ampliación de la competencia legislativa exclusiva de los Länder, supresión de la legislación marco y reordenación del catálogo de materias sujetas a legislación concurrente, con una reducción del ámbito de aplicación de la «cláusula de imprescindibilidad» («Erforderlichkeitsklausel») del artículo 72.2 GG, pero a la vez con introducción de la posibilidad de que los Länder puedan en numerosos ámbitos apartarse, mediante normas con rango de ley, de la legislación federal" (Martín Vida, 2006). Uno de los principales puntos de discusión, el ámbito educativo, pasaba a formar parte primordial de las competencias de los Länder.

Monedero, Juan Carlos. "El sistema político de la República Federal de Alemania" en Chavarri Sideras, P. y Delgado Sotillos, I. (Coordinadoras). Sistemas políticos contemporáneos. Madrid, UNED, 2011http://www.juancarlosmonedero.org/2013/07/el-sistema-politico-de-la-republica-Federal-de-alemania/ Captado a las 8.45 del 10/09/15

Parte dogmática de la Constitución alemana

Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana,.- En el derecho constitucional contemporáneo existe una constitución que constituye un paradigma para todos los constituciones del mundo; de ninguna manera quiere decir que sea la única, pero de acuerdo a los momentos y datos filosóficos, axiológicos, antropológicos que inspiraron su creación nos anima su existencia para continuar la búsqueda o para iniciar el camino que nos lleve a construir nuestra propia constitución; en algunos tramos de este trabajo hemos abordado este tema de este trabajo en lo que se refiere al Derecho Constitucional Comparado, Comparatística. Transcribimos algunas de sus disposiciones más emblemáticas de este importante instrumento.

Editado por:
Bundestag Alemán– Verwaltung – – Administración –
Referat Öffentlichkeitsarbeit Sección de Relaciones Públicas
Berlin, 2009 Berlín 2009
www.bundestag.de www.bundestag.deGesamtherstellung:CPI – Ebner & Spiegel, Ulm

La presente publicación es editada por el Bundestag Alemán en el marco de su labor de relaciones públicas. No está destinada a la venta. Queda prohIbído su uso para cualesquiera fines comunicativos de los partidos políticos, grupos parlamentarios, diputados o candidatos y, en concreto, para fines electoralesZwecke der Wahlwerbung – istunzulässig.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1)con las 52 revisiones realizadas desde aquella fecha,última revisión del 28 de agosto de 2006

(Boletín Oficial Federal I, página 2034)

(Boletín Oficial Federal III 100-1)

El Consejo Parlamentario ha comprobado, en sesión pública el 23 de mayo de 1949 en Bonn, que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, acordada el 8 de mayo de 1949 por el Consejo Parlamentario, ha sido aprobada en la semana del día 16 al 22 de mayo de 1949 por las representaciones del pueblo de más de los dos tercios de los Länder alemanes participantes.

En virtud de esta comprobación, el Consejo Parlamentario, representado por su Presidente, ha sancionado y promulgado la Ley Fundamental.

Así pues, y conforme al artículo 145, inciso 3, se publica la Ley Fundamental en el Boletín Oficial Federal. Esta orden de publicación apareció en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949.

Preámbulo

Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental.

Los alemanes, en los Länder de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán.

I. Derechos fundamentales

Artículo 1

[Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

Artículo 3

[Igualdad ante la ley]

(1) Todas las personas son iguales ante la ley.

(2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

(3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico.

Artículo 4

[Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]

(1) La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

(2) Se garantiza el libre ejercicio del culto.

(3) Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 5

[Libertad de opinión, de medios de comunicación, artística y científica]

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

Artículo 6

[Matrimonio y familia]

(1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.

(2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.

(3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados.

(4) Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.

(5) La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

Artículo 7

[Sistema escolar]

(1) El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado.

(2) Las personas autorizadas para la educación tienen el derecho de decidir la participación de sus hijos en la enseñanza de la religión.

(3) La enseñanza de la religión es asignatura ordinaria del programa en las escuelas públicas, con excepción de las no confesionales. Sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado, la enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas. Ningún I. Derechos fundamentales 16 profesor podrá ser obligado contra su voluntad a impartir la enseñanza de la religión.

(4) Se garantiza el derecho a crear escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes del respectivo Land. La autorización debe concederse cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente y no fomenten una segregación de los alumnos en base a la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente.

(5) Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial o, si las personas autorizadas para la educación solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o ideológica y no existe escuela primaria pública de este tipo en el municipio.

(6) Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias.

Artículo 8

[Libertad de reunión]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permisos previos.

(2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley.

Artículo 9

[Libertad de asociación]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades.

(2) Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos.

(3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12 a, 35 apartado 2 y 3, 87 a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.

Artículo 10

[Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones]

(1) El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables.

(2) Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.

Artículo 11

[Libertad de circulación y de residencia]

(1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal.

(2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y sólo en los casos en los que no existiesen medios suficientes de subsistencia y, por ello, surgiesen cargas especiales para la comunidad, o cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

Artículo 12

[Libertad de profesión, prohibición del trabajo forzoso]

(1) Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.

(2) Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado salvo en el marco de un deber público de prestación que sea habitual, general y igual para todos.

(3) El trabajo forzoso es admisible sólo en el caso de privación de libertad ordenada judicialmente.

Artículo 12 a

[Servicio militar y civil obligatorio]

(1) Los varones que hayan cumplido los dieciocho años de edad pueden ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en el Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras o en una unidad de defensa civil.

(2) Quien por razones de conciencia rehúse el servicio militar con las armas, puede ser obligado a prestar un servicio sustitutorio. La duración del servicio sustitutorio no podrá superar a la del servicio militar. Las modalidades serán reguladas por una ley que no podrá restringir la libertad de decidir de acuerdo con la propia conciencia y que deberá prever también la posibilidad de prestar un servicio sustitutorio que, en ningún caso, esté vinculado con unidades de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras.

(3) En el caso de defensa, las personas sujetas al servicio militar y que no fueran llamadas a prestar uno de los servicios mencionados en los apartados

1 y 2 pueden ser obligadas por ley o en virtud de una ley, dentro del marco de una relación laboral, a prestar servicios civiles con fines de defensa, incluyendo la protección de la población civil; la prestación de servicios dentro de un régimen de derecho público podrá ser impuesta sólo para el ejercicio de funciones policiales o de aquellas funciones administrativas del poder público que sólo pueden cumplirse dentro de un régimen de servicio público. Las relaciones laborales contempladas en la primera frase podrán establecerse dentro de las Fuerzas Armadas, en el sector de abastecimiento de las mismas así como en la Administración pública; la imposición de relaciones laborales en el sector del abastecimiento de la población civil será admisible únicamente para cubrir las necesidades vitales de la misma o para garantizar su protección.

(4) Cuando en el caso de defensa no pudieran cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de servicios civiles en el sector sanitario civil, así como en los hospitales militares establecidos, podrán ser obligadas, por ley o en virtud de una ley, a cumplir tales servicios las mujeres que hayan cumplido dieciocho años y tengan menos de cincuenta y cinco. En ningún caso las mujeres podrán ser obligadas a prestar servicio con las armas.

(5) Con anterioridad al caso de defensa, las obligaciones contempladas en el apartado 3 podrán ser establecidas sólo de acuerdo con el artículo 80 a, apartado 1. Para la preparación de las prestaciones de servicios previstos en el apartado 3 cuyo cumplimiento requiera conocimientos o aptitudes especiales, podrá imponerse por ley o en virtud de una ley la participación obligatoria en cursos de formación. En este caso no se aplicará lo dispuesto en la primera frase.

(6) Si en el caso de defensa no pudieren cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de mano de obra para los sectores mencionados en el apartado 3, segunda frase, por ley o en virtud de una ley podrá restringirse, para cubrir esas necesidades, la libertad de los alemanes de abandonar el ejercicio de una profesión o el puesto de trabajo. Antes de que se produzca el caso de defensa, es aplicable por analogía lo dispuesto en el apartado 5, primera frase.

Artículo 13

[Inviolabilidad del domicilio]

(1) El domicilio es inviolable.

(2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.

(3) Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la

ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo,en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpados la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

(4) En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente,la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deberá ser solicitada sin dilación.

(5) Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto,sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tiene que ser solicitada sin dilación.

(6) El Gobierno Federal informa al Bundestag anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un control judicial, según el apartado 5. Una comisión elegida por el Bundestag ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los Länder garantizan un control parlamentario equivalente.(7) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.

Artículo 14

[Propiedad, derecho a la herencia y expropiación]

(1) La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.

(2) La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

(3) La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en

forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. Encaso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios.

Artículo 15

[Socialización]

Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva ode otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización. Con respecto a la indemnización se aplicará por analogía lo establecido en el artículo 14, apartado 3, frases 3 y 4.

Artículo 16

[Nacionalidad, extradición]

(1) Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley, y contra la voluntad del afectado únicamente cuando éste no se convierta por ello en apátrida.

(2) Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá adoptar una regulación divergente para extradiciones a un Estado miembro de la Unión Europea o a un tribunal internacional, siempre que ser espeten los principios del Estado de Derecho.

Artículo 16 a

[Derecho de asilo]

(1) Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.

(2) El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual esté asegurada la aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Los Estados fuera de las Comunidades Europeas en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase serán determinados por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. En los casos de la primera fase, las medidas que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.

(3) Podrá determinarse por una ley, que requiere la aprobación del Bundesrat, los Estados en los cuales, en base a la situación jurídica, la aplicación del derecho y las condiciones políticas generales, parece estar garantizada la no existencia de persecuciones políticas ni de castigos o tratamientos inhumanos o degradantes. Se supondrá que un extranjero proveniente de uno de tales Estados no es perseguido, a menos que exponga hechos que fundamenten la presunción de que es perseguido políticamente,contrariamente a lo que se había supuesto.

(4) La ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia en los casos mencionados en el apartado 3 y en otros casos manifiestamente injustificados o considerados como manifiestamente injustificados, sólo será suspendida por el tribunal si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida;la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta. La regulación se hará por una ley.

(5) Los apartados 1 a 4 no contradicen los tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, definen las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo.

Artículo 17

[Derecho de petición]

Toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente,por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y alos órganos de representación del pueblo.

Artículo 17 a

[Restricción de determinados derechos fundamentales mediante leyes referentes a la defensa y al servicio sustitutorio]

(1) Las leyes relativas al servicio militar y al servicio sustitutorio podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio sustitutorio se restrinja durante el período de servicio el derecho fundamental de expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen (artículo 5, apartado 1, primera parte de la primera

I. Derechos fundamentales 22frase), el derecho fundamental de la libertad de reunión (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva.

(2) Las leyes referentes a la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán establecer que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de circulación y de residencia (artículo 11) y de inviolabilidad del domicilio (artículo 13).

Artículo 18

[Privación de los derechos fundamentales]

Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia,abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (ar-

tículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5,apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10),así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo16 a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcances eran declarados por la Corte Constitucional Federal.

Artículo 19

[Restricción de los derechos fundamentales]

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

(3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público,podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

II. La Federación y los Länder

Artículo 20

[Fundamentos del orden estatal,derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Artículo 20 a

[Protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales]

El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y,de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.

Artículo 21

[Partidos políticos]

(1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente dela procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.

3.3 Chile

Los investigadores de esta materia atribuyen el origen de termino, tal como lo hemos expuesto en párrafos anteriores, a dos autores alemanes, refiriéndose a Herman Heller y a LorenzoVon Stein, a este ultimo como precursor y luego Heller, que agrega el componente político jurídico que prevalecerá hasta nuestros días, es decir el concepto democrático que como veremos, no es un simple agregado sino que expresa una elemento de fondo, en el sentido de que ante las feroces críticas del neoliberamismo, era necesario crear un concepto vital, no semántico, para la nueva estructura estatal, que fuera capaz de dejar en el pasado al estado liberal y que además tuviera la fortaleza para traspasar la idea originaria de estado social, que tuvo y tiene sus adversarios: ese componente esencial es la democracia que se agrega al componente jurídico, propio del Estado de Derecho, que ha estado presente en todas las versiones de esta categoría histórica.

Al ingresar a un nuevo universo jurídico como es el que nos depara el Estado Social y Democrático de Derecho, la categoría jurídico política anteriormente descrita, (Estado social) se podrá observar que frente a ella, aparece el fenómeno del neo liberalismo en una postura crítica, pero con fuertes componentes ideológicos y políticos, por el hecho, ya relacionado en este estudio, que según Henri Hiroux, "el liberalismo es una ideología poderosa que pretende dirigir y controlar el poder de los estados y no sólo de los estados pequeños, nos referimos al mundo entero a través del fenómeno de la globalización, donde el G8 actúa como un catalizador de lo que ocurre y debe de ocurrir en el mundo"

El Estado Social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y técnicas representativas y participativas. Finalmente, el Estado social es un Estado de garantías, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales."

El constitucionalista chileno CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ, en su trabajo Estado Social Como Fórmula En La Constitución Chilena, *, dice: "Muchas Constituciones, en Europa y Latinoamérica han definido sus modelos de Estado como

un Estado social, agregando calificativos de democrático o de derecho. Esta definición expresa de la sociabilidad del Estado ¿qué significa? ¿Cómo se traduce en la práctica? El presente artículo contiene unas notas sobre el Estado social, su aporte en la configuración de una sociedad democrática, como también una propuesta de reformulación, a fin que pueda constituirse en material reflexivo frente a la necesaria redefinición político-constitucional del Estado de Chile."

Conceptualización

Se ha señalado como precursor de la idea de Estado social a VON STEIN5. Sin embargo, HERMANN HELLERsería el autor de la fórmula Estado Social de Derecho.

El ESDD es la organización social que puede asumir una función al servicio de la transformación de la sociedad, poniendo de relieve la tensión entre la forma jurídica del Estado democrático-social de Derecho y los poderes económicos fácticos que presionan sobre la toma de decisión del poder publico." En este punto encontramos dos componentes que constituyen el motivo principal de este estudio, nos referimos a la combinación de lo social, con lo democrático, que debe entenderse no como un cambio de nombre para seguir siendo más de lo mismo, se trata de que al superarse los errores del estado liberal y los también errores del estado social (con dictadura), y de acuerdo a la evolución que también ya hemos relacionado se trata de mantener los presupuestos de libertad del Estado de derecho original, con los contenidos social del estado de bienestar o wellfare state, o estado intervencionista, a favor de las clases más vulnerables, pero se trata de que el nuevo estado tenga el componente democrático para legitimarse formal y materialmente, como lo destacamos en este estudio.

No renuncia a la idea de Estado de Derecho, -liberal- sino que lucha por dar a este un contenido económico y social, en que solo el Estado social puede ser una alternativa válida frente a ambas irracionalidades y salvar los valores de la civilización8. Esto significa que en su evolución, el Estado de derecho, no renuncia a los logros que ha alcanzado en el tiempo, así la libertad y la separación de poderes, más los derechos fundamentales de la primera generación, caracterizan en sus orígenes al estado de derecho; los comportamientos de la burguesía, y especialmente de los poderes oligárquicos que se formaron abusando de la libertad, son lo que llevaron a la humanidad a las aberraciones del capitalismo explotador.

Tanto así, que HELLER sostiene que "la burguesía está sobresaturada, el pensamiento dominante se hace positivista y la ideología del Estado jurídico toma un matiz formalista. El Estado jurídico significa ahora un Estado en el que la esfera de acción de los gobernantes está limitada por las leyes. No se admite ya la 'metafísica subjetiva' de una justicia. La libertad significa simplemente la seguridad económica de la burguesía contra las intromisiones del Estado en la 'libertad y propiedad de los individuos', (con el agregado que sigue se supera la posición extremista de Hayek y sus seguidores) no autorizadas por la representación del pueblo. La igualdad no es

concretamente lo contrario de la injusticia y la arbitrariedad; no es, por tanto, justicia cualitativa, sino generalidad cuantitativa y lógica." (Vid. Europa y fascismo, Heller)

"Los postulados hellerianos están condicionados por su visión política -la social-democracia- y la facticidad de su tiempo. Exponiendo las ideas socialistas, no escatima en recurrir a datos e informes que favorezcan la encarnación de sus ideas. V.g. se preocupa de la jornada de trabajo para niños, las condiciones de la vivienda de obreros o la concentración de las explotaciones industriales, todo para mostrar la inhumanidad que produce un sistema capitalista sin consideración de la economía humana. Asimismo, se muestra crítico del capitalismo por la deshumanización que produce y por la pretensión de transformar los criterios económicos como los únicos válidos para explicar el comportamiento humano en la sociedad y para el diseño de políticas públicas"

HELLER defiende la idea de una función para el Estado, pues como función social que nace y se manifiesta por medio de actos de voluntad humana eficaces, la función del Estado es algo que se plantea a la persona; la función del Estado es dada al hombre por una situación cultural y natural -no meramente natural, como podrían sostener los contractualistas-, como son, v.g., el paso de una sociedad nómade a sedentaria o, en tiempo más reciente, el fenómeno de la división del trabajo. Por ello, sostiene que la función del Estado consiste en "la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante."[265]

Dado que al Estado le asiste una función teleológica y que sin ella, los conceptos de una Teoría del Estado y teoría política aparecen vacíos de significado, HELLER postula un modelo de Estado "social" de Derecho, ya que no es la dictadura la solución a la crisis del Estado liberal burgués. El poder de mando de las dictaduras está exento de toda fiscalización, en tanto que en un Estado de Derecho hay controles recíprocos entre las diferentes fuerzas políticas, por lo que la corrupción, fácil de denunciar y controlar en un sistema democrático, es tierra fértil en dictadura, sea por la ausencia de control o la impunidad de los logreros

A pesar de su contexto, HELLER cree que para renovar la cultura y civilización, no solo hay que evitar la dictadura, sino que además se debe relativizar la importancia de la economía, que debe sumisión a las leyes de un Estado de Derecho, puesto que es el sometimiento de los medios a los fines de la vida. Piensa que el futuro de

265 Los Párrafos En Negritas, Corresponden A Citas Del Dr. Alvares: Heller, Hermann (1985): "Europa Y El Fascismo." En: Heller, Hermann (1985): Escritos Políticos. Madrid, Alianza, Pp. 21-132., P. 30.
Heller, Hermann (2004 A) Las Ideas Políticas Contemporáneas. Granada, Comenares. 153 Pp., P. 138.
Heller, Hermann (2004 B) Teoría Del Estado. Granada, Comenares. 330 Pp., Pp. 244-249. En el mismo sentido: Vid.- Libro Segundo.-El Estado Social Y El Estado Social Y Democrático De Derecho.Título Primero Origen, Conceptualización, Características Y Desarrollo Del Estado Social.Capítulo Primero.El Surgimiento Del Estado Social Capítulo Primero Vid. Supra Lo. I, To. 2.

la cultura occidental está amenazado por la dictadura y por el frenesí anárquico de la producción capitalista, que no deja tiempo a los trabajadores, ni ocio y oportunidad a los intelectuales para el desarrollo de una actividad cultural creadora. De ahí el dilema que se plantea para sus tiempos.

Los postulados de Heller, constituyen una argumentación suficientemente válida y de mucha fortaleza, desde la perspectiva jurídica y constitucionalista del estado de derecho en su versión social y democrática, acercándose de ese modo Heller, a los postulados del Estado Social y Democrático de derecho, proclamados y positivados en constituciones de países europeos y algunos países latinoamericano; una argumentación como la de Heller, actualmente serían las de Fernández Segado, García Pelayo, Ernesto Benda y Peter Häberle (Alemania), Ferrajoli (Italia), etc.

Estado Social en la Constitución Chilena

En la historia constitucional chilena, no es característica la presencia de un rol social para el Estado, salvo la Constitución de 1925, especialmente a partir de las reformas que se introdujeron al derecho de propiedad en la década de los sesenta.

En el caso de la Constitución de 1833, esta se caracterizó por configurar un Estado fuerte y autoritario, pero con un propósito específico: restaurar y mantener el orden institucional. Para lograr ese propósito, el Presidente fue dotado especiales facultades, v.g. declaración del Estado de sitio (art. 82, 20a), que tiene como efecto suspender el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración (art. 161); la autorización de parte del Congreso de facultades extraordinarias al Presidente, sin límites de contenido, sino formales en cuanto a señalar las facultades concedidas (art. 36 6a); Presidente irresponsable políticamente mientras dure su mandato y solo podía ser acusado en el año posterior al término de su mandato (art. 83); o la facultad de veto suspensivo a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, es decir, si el Presidente desechaba por completo un proyecto de ley, se tenía por no propuesto y no podía volver a discutirse la materia en la misma legislature. Con todo, es posible encontrar algunos antecedentes sociales, v.g. a las Municipalidades le cabe un rol de promotora de la educación (art. 128 N° 2). Más relevante puede ser el art. 153, que señala que "la educación pública es una atención preferente del Gobierno." Sin embargo, no se caracteriza esta Constitución, como es propio del siglo XIX, en manifestar una preocupación por la sociabilidad del Estado.

Tal vez, la Constitución de 1925 es la que más se acerca a una Constitución con componentes sociales, porque tratándose de derechos específicos como la propiedad, a esta le corresponde una función social que no se agota en la utilidad pública o el interés general, ya que también es propio de esta función "el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes" (art. 10 N° 10 inc. 2).

Al parecer, los cambios que recoge la Constitución de 1925 son reflejo de una creciente democratización y una ingente actividad económica del Estado, generada en gran parte por la industrialización chilena. Por ello, el modelo democrático que se asienta puede ser llamado como democracia social, que se apoya en las masas populares y el reconocimiento de un nuevo concepto del derecho de propiedad que incluye su función social, la introducción de la seguridad social, la indemnización a los desposeídos, la instrucción primaria obligatoria y la progresividad de los impuestos.

Para el caso de la Constitución vigente, se advierte la influencia de la filosofía cristiana en el capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad. Y, de hecho, esta presencia es lo que ha llevado a algunos autores a señalar que en Chile se ha producido una recepción del Estado social.

CEA piensa que la Constitución, al ser una Carta completa "ha precisado y ampliado lo que se llama el Constitucionalismo Social, en virtud del cual entre los derechos humanos es fuerza reconocer, proteger y promover los de contenido económico coadyuvantes del bienestar general." Y una manifestación de esto es el postulado constitucional que asigna al Estado la finalidad de promover el bien común, para lo cual ha de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de sus integrantes su mayor realización espiritual y material posible, sin embargo, reconoce que las normas constitucionales chilenas proclaman imperfectamente el Estado social.[266]

Otro autor, VARELA, señala que en la Constitución chilena, "toda interpretación o aplicación neoliberal (del Estado espectador y no actor) traiciona en su fundación el verdadero, cristiano y auténtico sentido de la subsidiariedad. Esta idea capital de la nueva institucionalidad chilena conduce, como lo anhela Juan Pablo II, a la Economía de la Solidaridad." Lo anterior, porque si bien la empresa privada es impulsora del desarrollo, eso no significa que el Estado deba abdicar de su esencial y necesaria función de cautela, con el propósito de superar o atenuar la miseria.

VARELA se basa en utilización de los términos "dignidad" y "bien común" para arribar a esta conclusión. Por de pronto, "para que haya dignidad, es menester de la existencia de cuatro o cinco necesidades vitales básicas y primarias, a saber: abrigo, vivienda, alimentación y educación, además de trabajo. Estas son las condiciones absolutamente mínimas para el desarrollo mental y físico del ser humano"64, las cuales, por ser necesidades mínimas que el hombre requiere, el Estado deberá dárselas (junto con otras) a todos sus miembros65. Por ello debe existir un equilibrio entre sociedad y Estado, de manera que ninguno de los dos se resienta. "La labor de balance de ambos factores, que en otros términos es el de la libertad y del poder, constituye la piedra angular de una comunidad justa y feliz. Esta es la meta precisamente del Estado Social y Económico de Derecho, y dentro de este, de una auténtica economía social de Mercado.[267]

---

266 Al respecto Cea (2004) 89-91.

267 VARELA (1989) 383. Incluso señala que si el rol del Estado es interpretado como de abstención en la vida social, "es un aspecto ultraliberal y que conlleva al individualismo, que tantas nefastas influencias anticristianas ha

Nota.- El Dr. Alvarez, Plantea Sus Comentarios E Su Trabajo De Investigación Sobre "Dictadura Fascista O Estado Social De Derecho Programa De Gobierno Michelle Bachelet (2013)", Citando Autores Destacados Como 5 García-Pelayo, Manuel (1989) Las Transformaciones Del Estado Contemporáneo. 2a Edición. Madrid: Alianza. 224 Pp., P. 14; Ritter, Gerhard (1991), El Estado Social, Su Origen Y Desarrollo En Una Comparación Internacional, Madrid, Centro De Publicaciones Ministerio De Trabajo Y Seguridad Social, 300 Pp., P. 27.

3.4 Primera versión de Colombia

En el mismo sentido helleriano, (Herman Heller)los constitucionalistas colombianos Bermudez-Manzur, William Bermúdez Bueno*Juan Carlos Morales Manzur**han escrito:

"El Estado Social de Derecho se vislumbra como un modelo constitucional concebido en los regímenes democráticos occidentales, pretendiendo liberarse de intentonas de poder absoluto, de sistemas absolutistas que procuran la desobediencia del gobernante a la normatividad rectora de un país esencialmente libre, y buscando otorgar a los ciudadanos los derechos fundamentales sociales de igualdad, participación, equidad y justicia social. Ese Estado Social de Derecho a través de su evolución histórica en Colombia ha devenido de términos como Estado de Derecho y Estado Social, que, siendo incluyentes, y fundamentados en principios con similitud teórica, han debido fusionarse, reencontrarse, para explicar su verdadera naturaleza, su contenido, su esencia, es decir, si sólo se sumerge en una mera figura política, o se establece como entidad jurídico-socialde efectivo cumplimiento por parte de los destinatarios de las normas que la determinan.[268]

Ahora bien, a los fines de sentar criterio con respecto a algunas definiciones relevantes, en este apartado resulta pertinente definir Estado, el cual, en el criterio de Porrúa (1997) se ubica en la modernidad como la entidad que, en representación de los ciudadanos, está en la obligación de ejercer la tutela en la búsqueda del interés colectivo, a través de la consolidación de su actividad económica. Esta tesis actualiza la definiciónde Weber, quien lo define como el agente que ejerce o puede ejercer el monopolio de la violencia legítima dentro de un territorio determinado.[269]

Dicen los juristas. "En el desarrollo político de los Estados ha surgido la necesidad degenerar una serie de figuras o instituciones sociales que, de manera defini-

producido este siglo" (VARELA (1989) 385). Juan VarelaLa Transición Política Chilena. Concepto, Escuela de Derecho-Universidad de Valparaíso (Chile). ensayos estado social como fórmula en la constitución chilena .- The welfare state as a formula in the chilean constitution. C.-Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte.Sección: Ensayos. Año 21 - Nº 2, 2014.- pp. 453-482

268 Estado Social como origen del término Estado Social de Derecho

269 Porrúa PEREZ, Francisco. 1997. Teoría del Estado. Editorial Oxford. México. Vid. Libro Primero, Tomo Segundo de este trabajo: "La Noción del Poder." Mario Solano.

tiva,sean capaces de darle cumplimiento a los fines sociales de fortalecimiento de la unidad de las naciones, asegurando a sus habitantes el derecho a la vida, a la convivencia armónica, el trabajo justo y bien remunerado,la justicia, la equidad, la igualdad de sujetos para evitar la discriminación;así como la generación y transferencia de conocimiento, el desarrollo de la libertad y la paz, tal como lo prevén diversos marcos constitucionales latinoamericanos, en especial el de Colombia; todo ello, dentro de un plano político bajo la égida de la democracia y la participación, que garantice un adecuado y justo orden político, económico y social.

Destacan los autores el origen del Estado social y como se introduce en el campo político constitucional y expresan: "Como se indicó, este concepto del Estado Social fue introducido en el ámbito político alemán por Lorenz von Stein (1981), economista, sociólogo y analista político, considerado en aquel entonces como un individuo conservador en sus prácticas sociales y de gobierno, como una forma de impedir la revolución que, a todas luces, encaminaba los destinos del pueblo, dada la revuelta, la insurrección, el levantamiento pretendido en la búsqueda de una transformación radical de vida.

Para fundamentar sus planteamientos, Von Stein (1981) postuló que la sociedad ya no se constituía en un sistema, había dejado de ser una unidad, dada la existencia de clases cada vez más soportada, más sostenida, lo cual promovía en los sujetos la consecución de intereses personales contrarios a los intereses colectivos, lo cual terminaba co estados opresivos o dictatoriales que, lejos de instaurar una revolución como se pretendía, generaba una nueva dictadura.

Más aún, enriquecen el término cuando señalan que si bien una delas características del Estado Social de Derecho es el logro del bienestar general de los ciudadanos, no es únicamente la protección de los sectores menos favorecidos de la población, sino también el fomento de la cultura,la recreación, la protección del medio ambiente, la participación ciudadana y el aseguramiento de las condiciones por parte del Estado del bienestar de todas las capas sociales.

Los autores introducen una variante en sus apreciaciones pues mencionan un avance que en la terminología constitucional y política introdujo Peter Haberle, como es la categoría del estado Constitucional, que debe considerarse como un estado de valores y de cultura, en este sentido Manzur, y se fundamentan en uno de los constitucionalistas más importantes de Colombia, como es el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y dicen: "De allí que se puede afirmar, que desde la puesta en vigencia de la Constitución Política de Colombia del año 1991 se configura un nuevo tipo de Estado, es decir, un Estado Constitucional de Derecho, tal como lo refrenda la Sentencia SU-748 de 1998, con ponencia del Magistrado Cifuentes, cuando afirma que la actividad del Estado está regida por normas jurídicas, lo cual equivale a afirmar ceñidas al derecho,siendo la norma jurídica fundamental la Constitución en mención."[270]

270 Peter Haberle. El Estado Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Cabe resaltar que la normativa constitucional colombiana actual establece en su artículo 1º que"Colombia es un Estado Social de Derecho,el cual está organizado en forma de República unitaria, descentralizada,con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista." De acuerdo a su propia normativa, Colombia se vislumbra como un Estado que atiende a los derechos, garantías, libertades de los ciudadanos, enmarcados en principios rectores que alude a la atención prioritaria de la condición humana, la preponderancia de la labor desempeñada,la ayuda y el bien común.

Bajo esta óptica, se destaca igualmente en su artículo 2 "que las autoridades de la República colombiana están fundadas para la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,creencias, demás derechos y libertades, y con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En tal sentido, el Estado colombiano prevé una serie de condiciones sociales de atención, tutela, para el bienestar de los gobernados."

No obstante, de acuerdo a lo señalado por Álvarez (2008) ese Estado Social de Derecho en Colombia se ha visto quebrantado por una serie de situaciones irregulares de delincuencia, criminalidad, donde pareciera evidenciarse la apatía gubernamental para darle solución a diversos conflictos internos que demandan la intervención ejecutiva y judicial.

Sobre el particular, el autor señala expresamente el desplazamiento forzado, sufrido por aproximadamente dos millones quinientos mil colombianos,afirmando que este es un flagelo, pues atenta contra la convivencia pacífica del tejido social de Colombia, si se tiene en cuenta que este fenómeno es sinónimo de desolación y sufrimiento para las víctimas directas e indirectas que lo padecen.

Cuestiones Políticas

Vol. 28 Nº 48 (enero-junio 2012): 51 - 77 59dirse por los laberintos de la intolerancia, la inconciencia de los actos de quienes propician, fomentan y, en algunos casos, se lucran con dicho comportamiento criminal, debiendo en este sentido la Corte Constitucional colombiana, asumir su misión como garante de los derechos fundamentales.

Lo que exponen los constitucionalistas colombianos, es un fenómeno similar a lo que ocurre en El Salvador; probablemente las condiciones territoriales no acerquen a estos dos países: la extensión, riqueza agraria, fuentes de energía, recursos hídricos, etc., hacen que la comparación no se haga en esa línea; en lo que si puede darse una simetría es en la problemática estructural relacionada con una inequitativa distribución de la riqueza y la presencia de una clase económica que no solamente controla la tierra y los medios de producción y de cambio, sino que controlan a todos los agentes económicos y los medios de comunicación que le sirven de sustento para generar opinión pública favorable a sus intereses; inclusive el hecho de tener todavía una guerra civil o guerra terrorista, como son llamados los movimientos político militar que los ha habido en toda América latina, pues bien al tener ese componente común, ha

generado en El Salvador las mismas consecuencias, como es la migración forzada, el desparecimiento y muerte de muchos jóvenes ajenos a los conflictos, la delincuencia común, y otras formas delincuenciales: trata, narcotráfico, lavado de dinero, etc., que estarían impidiendo el desarrollo de una estructura política como es el ESDD.

Estado Social de Derecho en Latinoamérica

Una aproximación comparativa

El Estado Social de Derecho ha estado inmerso a través de la historia política de los países latinoamericanos de manera directa, consagrándose de este modo en diversos preámbulos constitucionales. Sobre el particular, con la finalidad de ejercitar un plano comparativo de estudio,cabe mencionar a Quiroga (1991) quien realiza un análisis comparativo señalando que en países como Argentina, Colombia, Haití, Perú y Venezuela se consagra la unidad nacional, como finalidades prevalecientes u objetivos a ser cumplidos; asimismo, en países como Argentina, Brasil,Colombia, El Salvador, Honduras, Paraguay y Perú se constituye el afianzamiento de la justicia, así como la consolidación de la paz interior en Argentina,Colombia, Haití, Honduras, Paraguay y Venezuela.

De acuerdo a Bermudez y Manzur, las constituciones latinoamericanas desde el punto de vista formal pasarían la prueba que exige el constitucionalismo contemporáneo, pues en todas ellas, se dan por lo menos estas características; 1. La constitución es la norma suprema del estado y se diferencia del resto del universo jurídico, en el procedimiento agravado para su reforma; el elemento supremacía viene siendo consagrado desde el artículo seis de la constitución de los Estados Unidos de América y retomado por las constituciones latinoamericana, es el carácter de supremacía, que según lo afirma Brewer Carías,esto se ha transformado en un derecho fundamental para los ciudadanos, o sea que se tiene el derecho fundamental a la supremacía constitucional; en el ESDD, las disposiciones constitucionales tienen eficacia normativa directa y además tribunales constitucionales independientes; sus poderes ejecutivo están sometidos a diversos controles: legislativos, de corte de cuentas, recursos constitucionales, el ejercicio democrático bajo el control de tribunales independientes: Básicamente el problema está en la condiciones materiales en que las constituciones se van a aplicar, por lo que sus postulados quedan nada más como las constituciones semánticas, de que ha hablado Löewenstein, que serán como un traje que nunca quedará bien, porque se trata de un disfraz.[271]

En este sentido, acota Quiroga (1991) que, si bien en Colombia no estaba constitucionalizada la reforma agraria, para el momento de su análisis, se debían buscar

271 Karl Loewenstwin, Teoría de la Constitución, Editorial Ariel; en el sentido del derecho de supremacía,Vid. Brewer Carías, BREWERCARÍAS, Allan (1975). Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela. Contribución al estudio del Estado democrático y social de Derecho. Madrid, España: Editorial Tecnos. Los autores citan también a QUIROGA LAVIÉ, Humberto. 1991. Derecho Latinoamericano No. 28. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma Nacional de México. En: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=428.

fórmulas radicales a la confrontación de clases,toda vez que esto atentaba contra la unidad nacional. Destaca el mencionado autor que doctrinarios como Galat (citado por: Quiroga,1991) sugirieron la acción comunal bajo la perspectiva del desarrollo de empresas comunitarias campesinas que prefiguraran la redistribución del poder. Con esto entonces, se pretendía la instauración de un Estado Social que atendiera a las clases más vulnerables.

Problemas recurrentes como el de la salud y la educación, estarán ahí como tareas pendientes para que el Estado aplique políticas públicas, más acordes con el desarrollo del constitucionalismo actual, que exige programas estructurados, con el financiamiento necesario a partir de políticas tributarias solidarias, por las cuales los sectores productivos, trasladen para beneficios sociales, parte de sus ganancias que obtienen por la explotación de la mano de obra nacional y de los recursos territoriales .A la vez, se destaca la asistencia pública como función del Estado

Coinciendo con lo anteriormente expuesto en nuestro comentario anterior, Bermúdez y Morales, dicen:De lo planteado, se infiere que los textos constitucionales de algunos países latinoamericanos, presentan similitud preceptiva, dada la praxis legislativa de tomar referentes normativos conexos. Observándose,igualmente, que la noción de Estado Social de Derecho se observa desde diferentes ámbitos, a saber, el de la unidad nacional, como una lucha contra el despotismo, la arbitrariedad, la tiranía, la dominación; pero también, como una manera de asegurar el orden económico en la norma constitucional rectora, o como beneficios o prestaciones sociales, devenidos de la responsabilidad política y operativa que le corresponde al Estado,en la búsqueda del bienestar y la participación social a favor de los sectores más necesitados.

Sin embargo, de acuerdo a lo observado en las realidades cotidianas colombianas, si bien el Estado social de derecho requiere garantizar bienestar,escalas mínimas de salarios que aseguren la condición de vida necesaria al progreso y avance del individuo, buena alimentación, atención ala salud, garantía de habitación digna, educación permanente y participación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos, con la idea de producir políticas públicas de generación de servicio, además de un presupuesto de inversión social coherente y efectiva, pareciera que no se dan los resultados esperados.

Algo similar puede predicarse del constitucionalismo social latinoamericano y en general de los países del tercer mundo; aun países desarrollados como Alemania, Italia, España, Suecia, siempre acarrearían un déficit si se plantean las cosas como que si los estados estuvieran ofreciendo un paraíso y que bastaría con decir "fíat Lux"; pero las cosas en la práctica tendrían que pasar por muchas pruebas y que dos o tres siglos de estado de derecho y las distintas versiones que de este se han dado, estarían exigiendo mucha prudencia de parte de los ciudadanos de los gobiernos, de los vectores productivos para sectores hacer esfuerzos coordinados a efecto de que la procura

existencial, sea el inicio realista para ir surcando nuevos caminos que nos lleven al estado que en sus políticas públicas genere el mínimo de bienestar, en libertad, en democracia y solidaridad.[272]

Estado Social de Derecho en Colombia es incoherente y se contradice con el modelo económico impuesto.

Este Estado Social de Derecho, de acuerdo a la interpretación jurídica requerida, se muestra como un Estado de tipo democrático, donde se reconocen derechos individuales y colectivos (económicos, sociales,culturales), con la propuesta de la propiedad privada, pero sin obviar su función social, más la intervención del Estado en todos los asuntos públicos,privados, ya que es el quien normaliza las acciones del gobierno, del ciudadano; en este caso, el Estado se sujeta al Derecho.

Así, se observa que en Colombia rige un Estado Social Democrático y Pluralista, de acuerdo a la constitucionalidad del precepto, que de manera repitente en su texto, alude a ejes de igualdad, libertad, a la acción del Estado como gestor intervencionista, no controlador, que debe velar por los más desfavorecidos para la consecución de los derechos sociales de educación, vivienda, salud, seguridad social, asistencia sanitaria, el acceso a los recursos culturales, en franco respeto a los principios de las democracias liberales, evitando la exclusión, marginación, desigualdades, privación, inequidad o injusticias.

En igual sentido, señala Durán (2001) que el nacimiento del Estado Social de Derecho se produce como resultado de la convergencia de varios factores que, en orden cronológico, se sucedieron para dar paso a la figura legal que modificaría regímenes gubernamentales y condiciones sociales del individuo. Así, se sucedieron las luchas de la clase trabajadora como consecuencia de la ideología liberal-capitalista y la Primera Revolución Industrial(Siglo XVIII), que cuestionaron fuertemente el sistema capitalista yel estado liberal de derecho, erigiéndose así dos tipos de Estado: El EstadoSocialista Marxista (Siglo XX) y el Estado Social de Derecho (Siglo XX).

Es pertinente aclarar una diferencia crucial entre el Estado Socialista Marxista y el Estado Social de Derecho, los cuales, en el criterio de Vergottini(2004) divergen en su acción político-social; en el primero, el modelo ofrecido por las constituciones socialistas promueven la utilización de un partido único para favorecer la concentración autoritaria del poder, lo cual equivale al ejercicio de los intereses individuales de los miembros delos sectores partidistas, eludiendo el bien común. En el caso del Estado

272 1--.Cuestiones Políticas Vol. 28. Nº 48, enero-junio 2012, 51 - 77
IEPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - LUZ
ISSN 0798-1406 - Depósito legal pp 198502ZU13
Vol. 28 Nº 48 (enero-junio 2012): 51 - 77
William Bermúdez Bueno*
Juan Carlos Morales Manzur**

Social de Derecho, se promueve la igualdad, libertad y derechos del hombre;en el gobierno se insertan los principios de democracia y representación para ejercer la tutela y protección del estado para con sus gobernados.[273]

Sobre la base de lo expuesto, el Estado deberá asegurar diversas medidas de políticas públicas, una vez consultada la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial de promoción de condiciones de vida dignas para la totalidad de la población, puesto que este se convierte en el eje fundamental de la institución política del Estado Social de Derecho.

Estos derechos, de acuerdo a los señalamientos de Durán (2001:17), considerados como inalienables, privativos del ser humano, y anterior es al Estado dada su derivación del derecho natural conforman, para el autor, una especie de "…barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedad es del poder." En tal sentido, considera las libertades civiles,económicas, de pensamiento, las libertades-oposición (de discusión y participación), de prensa de reunión y de asociación, propiedad y seguridad del individuo como ideas básicas para la construcción de tales derechos.

Asimismo, atiende a la propiedad, a la cual definió la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 como un derecho inviolable y sagrado, siendo desde esa perspectiva el instrumento por el cual el hombre realiza adecuadamente la libertad individual; y finalmente, la seguridad, entendida como la protección que asegura el despliegue o expansión de la libertad y de la propiedad; y afirma que la necesidad de seguridad sirve de plataforma para desarrollar la protección jurídica sóbrela que se construye la dogmática del Estado de Derecho.

Conclusiones

En los escenarios políticos de algunos países latinoamericanos, al observarse niveles de discriminación, diferencias, exclusiones o segregaciones sociales, comenzaron a gestarse movimientos en sectores públicos y privados con la finalidad de instaurar la igualdad, la justicia, la participación ciudadana. En tal sentido, se logró la institucionalización de la figura del Estado Social, la cual, con el tiempo, fue moldeando su noción hacia la instauración del Estado Social de Derecho y de Justicia.

Así, los cambios político-sociales devenidos a partir de la concepción pluralista, participativa, democrática, de la nueva Constitución de Colombia de 1991, donde se funda esa institución del Estado Social de Derecho, han de constituir a Colombia en un receptáculo de voluntades que debe alentar la paz, la armonía y la conciencia de la integración ciudadana; es decir, requiere constituirse en un pacto social de tolerancia,

273 Jurista venezolano DURÁN, Víctor Manuel. 2001. Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. De la Ponencia en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores. De los Servicios Públicos. México. En: http://www.enj.org/portal/biblioteca/Principios fundamentales/derecho. Fecha de consulta: 23 de julio de 2011.

de respeto a los derechos humanos fundamentales que no tienen su asidero en textos normativos sino en el derecho natural que anima la vida del hombre.

No obstante, es imperante, en esa figura del Estado Social de Derecho, una serie de requisitos como condición esencial para que esta pueda darse, a saber: la creación de diferentes órganos del poder del Estado, los cuales deben asumir sus funciones de manera autónoma; para ello, el Poder Judicial se independizó de los otros Poderes que, de alguna manera, intervenían sus espacios de acción y de decisión. Pero, por otra parte, se exigen mecanismos democráticos para la elección de la titularidad en los órganos de poder en los cargos públicos, en la representación de la mayoría, lo cual equivale a la existencia de un sistema de votación idóneo a estas exigencias.

Asimismo, para que esa figura política del Estado Social de Derecho se asemeje a algunos países latinoamericanos, el poder no debe ser individualizado, por el contrario, debe estar institucionalizado; y las normas jurídicas deben ser creadas con la finalidad de integrar el Estado con la sociedad, mediante la participación de esta última, en la búsqueda de la mejora del colectivo.

Bajo esta óptica, la Constitución Política de Colombia, como norma rectora, debe ser la determinante de la conducta humana, en el sentido de que establece normas para su correcto funcionamiento, debiendo tomar como instrumento los derechos individuales y sociales de los pueblos, exigiendo, igualmente, a los Poderes la interpretación y aplicación coherente de la institución del Estado Social de Derecho implantada, a través del respeto por los derechos fundamentales consagrados, a la vida, libertad, conciencia, expresión, culto, educación, residencia y movimiento, vivienda, asociación, profesión, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros factores necesarios atinentes al hombre.[274]

Estado Social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991

Aunado a ello, es indispensable la creación de proyectos transformadores de la realidad social, con la finalidad de poner en práctica los derechos humanos de los ciudadanos colombianos, con la intervención de una multiplicidad de actores (sociales y políticos), conscientes de faltas y delitos individuales que han marcado la historia de Colombia y han hecho mella en una crisis perdurable en el tiempo que, más que económica, ha sido de valores humanos.

En esa misma medida, será posible que el Estado, representado por gobernantes probos, asuman la discrecionalidad que les permite la leyes cuanto al poder ejercido, pero bajo la égida de su conciencia, que deberá estar apegada a la integración Estado-sociedad, a la puesta en práctica de la justicia, igualdad, participación, a sabiendas que el derecho de los ciudadanos es el límite que debe ser respetado y tutelado por ellos.

---

274 William Bermúdez Bueno y Juan Carlos Morales Manzur

En la actualidad, no se justifica la desigualdad presente en la sociedad colombiana, la mala distribución de la riqueza, el bienestar de unos pocos, las necesidades y la falta de recursos de los más vulnerables; realidad esta percibida en diversos entornos del territorio colombiano, donde el común de las gentes pretende la subsistencia de cualquier manera, mostrando una calidad de vida depauperada, paupérrima, no obstante un considerable crecimiento económico.

3.4.1 Segunda Versión de Colombia

El estudio de las investigadoras colombianas Buitrago, Yepes y Matamoros, con el cual coincidimos en gran medida, no solo por su contenido sino por la pedagogía del documento, pues de un modo ordenado y esencial, hacen su propia valoración y desarrollo de los derechos sociales; en ese sentido proponen:

"La justiciabilidad de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Balance y Perspectivas"

"Los procesos revolucionario de Inglaterra, Francia, Estados Unidos, entre los siglos XVII y XVIII, derrotan al Estado absolutista prevaleciente y el sistema estamental que dividía a los ciudadanos entre nobles y ciudadanos comunes; los seres humanos confirman su carácter de personas y de ciudadanos; el poder estatal queda limitado por las amplias libertades otorgadas al individuo; es así como las posturas liberales posicionan una nueva realidad, el individuo como señor de las facultades que el mismo poder público reconocía como propias. Así nace el Estado de Derecho, en su primera versión, como estado burgués (Schmitt) y como Estado liberal, por el reconocimiento a una amplia esfera de libertades, que el Estado se compromete a reconocer, a respetar y a privilegiar.- La libertad y la propiedad constituyen el centro de atracción de la protección estatal.

En este panorama surgen los derechos individuales como bienes preciados del individuo que exigen del Estado una posición de un deber de abstención. El concepto clásico de derechos entendía la protección de las libertades como imperio del individuo en oposición a una posible intervención estatal, cuyo papel solo se concebía en el estatus negativus.

Refiriéndose a los principios de distribución que Carl Schmitt, desarrolla de un modo magistral en su Teoría de la Constitución, las investigadoras aunque no lo mencionan tocan un punto clave para comprender la esencia de los derechos de libertad, correspondientes a la primera fase del estado Liberal, en lo que Schmitt, llama el estado burgués y es tan importante la tesis de Schmitt, que aun ahora sigue siendo válida.[275]

Dicen las investigadoras: "Con respecto a la función del Estado liberal y la garantía de los derechos, el profesor Atria expone:

275 Carl Schmitt. Teoría de la Constitución.

El reconocimiento de estos derechos fue paulatino, pero hacia fines del siglo XVIII la lucha ideológica por establecerlos como bienes a los que las personas tenían título legítimo había sido ganada: sobre la base del reconocimiento de estos derechos, llamados "civiles y políticos" fue que se estructuró el concepto de Estado de derecho. En efecto, las dos notas centrales del Estado de derecho, el principio de distribución conforme al cual la libertad de los individuos es anterior al Estado y por lo tanto en principio ilimitada, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es en principio limitada, y el principio de organización, conforme al cual el poder del Estado es desmembrado en diversos órganos, se explican y justifican por las necesidad de crear estructuras institucionales que aseguren el goce de esos derechos "naturales." 1.- Vid. Carl Schmitt, Teoría de la Constitución.

Estado social de derecho y derechos económicos, sociales y culturales

Hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales y reafirmar su carácter fundamental requiere su contextualización, estructuración y aplicación dentro de una concepción de Estado que los incluya como principio, que los reconozca como su responsabilidad y que involucre a todas las instancias y poderes en su protección. Concepción que se materializa en el Estado social de derecho.

La cláusula de Estado social ha de ser interpretada como una norma definidora de fines del Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada personao. Además, hay que perseguir unas relaciones sociales justas y que definir cada día la relación entre individuos y grupos sociales e intereses de la generalidad, sin que la norma constitucional ofrezca una definición material rígida.[276]

La necesidad de protección de los derechos económicos, sociales y culturales no puede dejarse solo, entonces, a construcciones teóricas o puramente jurídicas y es necesario entrar a ver las reales implicaciones del moderno "Estado social de derecho", teniendo en cuenta que tal como acertadamente se afirma la real vigencia de los derechos humanos como derechos individuales, económicos, sociales y culturales, solo puede pensarse en un Estado democrático en el que confluyan dos ideales: a) el respeto a las libertades civiles y políticas de los individuos y, b) la defensa de una idea de ciudadanía sustentada en la pretensión de disminuir y atenuar las desigualdades económicas y sociales (…). Los derechos económicos, sociales y culturales y económicos convierten al Estado en una instancia positiva encargada de satisfacer las demandas de bienestar y dignidad humana, es decir, este tipo de derechos se estructuran bajo la forma de expectativas positivas e imponen deberes de hacer, obligaciones al poder político[277] .

---

276 Benda, Ernesto. "El Estado social de derecho." En: Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 533.

277 López Lopera, Liliana M. "La integralidad y la universalidad de los derechos humanos." En: Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales. Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2001, pp. 107-108.

El profesor Pérez Luño afirma al respecto que: "En el Estado social de derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de cura existencial (Daseinvorsorge)".

Dentro de esta dinámica se dan dos interpretaciones claras frente al origen y consolidación de un Estado social. En primer lugar, el concepto de Estado social es tomado por los Estados contemporáneos tratando de otorgar prioridad a los intereses de los sectores oprimidos y pobres de la sociedad.

Con la voz social se piensa también en el rechazo del individualismo egoísta y en la conciencia de responsabilidad para con la generalidad. De ello resulta el esfuerzo por la compensación de intereses antagónicos y el principio de solidaridad… De tal perspectiva resulta para los programas políticos la exigencia de una política social en la que el individuo despliegue su personalidad y a la vez pueda concurrir como miembro servidor de la comunidad a la vida política, económica y cultural.[278]

Supone esto que los intereses individuales ceden ante la comunidad desarrollando así las clásicas ideas socialistas. En segundo lugar y en oposición a la primera, se presta una atención tal al individuo que el aseguramiento de los derechos sociales presupone una garantía mucho más real de los derechos individuales, cada persona forma parte de una comunidad de la cual depende para realizar sus anhelos individuales. Según esto, la tarea social consiste sobre todo en la garantía de la libertad individual… no basta con crear espacios libres al margen del Estado. Más bien se trata de la posibilidad de garantía social de la libertad, es decir, de la participación en la vida política, económica y cultural.[279]

En lo jurídico: se consagran constitucionalmente los principios de igualdad, dignidad humana y libertad, los cuales se desarrollan a través de reglas y derechos más específicos.

En lo político: se estructura el Estado dentro de un modelo democrático, de nuevo encaminado hacia la igualdad real y al bienestar social, es decir, con la exigencia de plantear y desarrollar políticas en lo social.

En lo económico: se trata de conciliar la libertad de empresa y de iniciativa privada con la intervención del Estado, justamente en la elaboración y aplicación de políticas económicas coherentes con las políticas sociales, dentro del concepto de Estado regulador.

Este último aspecto del Estado social ha sido ampliamente discutido, sin embargo, el desarrollo y las tendencias económicas predominantes indican que estamos frente a un modelo que subsistirá por mucho tiempo, por lo cual es mejor tratar de armonizar

278 Benda, El Estado social de derecho, op. cit., p. 524.

279 Ibíd.

y conciliar en vez de confrontar, con el fin de incluir en el modelo la obligación de proteger los derechos económicos, sociales y culturales, a través del Estado regulador.

Tampoco se opone al Estado social una previsión privada y una asunción de responsabilidad para sí mismo y la propia familia, que permitan renunciar al Estado. Más bien se evidencia el deber de amortiguar hasta donde sea posible y asumible los daños a los que debe hacer frente la comunidad, precisamente, como traducción del postulado del Estado social de derecho… El Estado puede intervenir en forma de actividades de fomento, regulación y freno del poder privado en el libre juego de las fuerzas marcado por la libre competencia.[280]

Los fines acabados de mencionar resultan perfectamente coherentes con la adopción del Estado social de derecho en el artículo 1º de la Constitución Política colombiana, como forma de organización política, jurídica y administrativa que proporciona el marco adecuado para entender que la positivización y aplicación de los derechos fundamentales en su sentido amplio está respaldada.

El calificativo de "social", por otra parte, tiene repercusiones en la visión constitucional de la economía y la propiedad. No estamos entonces frente a un régimen socialista o comunista, estamos frente a un sistema que respeta la libre "actividad económica y la iniciativa privada… dentro de los límites del bien común", reconoce que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" y "que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones." Así mismo, en el artículo 58 la Carta Política afirma que "la propiedad es una función social que implica obligaciones…", todo lo cual consideramos que constituye un sistema que puede armonizarse: derechos económicos, sociales y culturales - libertad de empresa y propiedad, lo cual implica una intervención del Estado en la regulación de fuerzas e intereses. Definida la estructura del Estado social como la ideal para la consagración y fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales, es importante entrar a mirar los derechos fundamentales desde diferentes perspectivas y sus implicaciones frente a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales

Muy ligada a la interpretación integral de la Constitución con miras a la aplicación de los derechos fundamentales, tenemos otra perspectiva para identificar la existencia de estos derechos, perspectiva, que mira más al sujeto, es decir, basa la "fundamentalidad" de los derechos no necesariamente en razón de la consagración jurídica de la cual son objeto, sino en la consideración del ser humano en su ser y deber ser. Siguiendo las reflexiones del profesor Gregorio Peces-Barba, son derechos fundamen-

280 Madriñan Madriñán Rivera, Eduardo. El Estado social de derecho. Colombia: Ed. Gustavo Ibáñez, 1997, p. 34.
Estudios Socio-Jurídicos Print version ISSN 0124-0579. Estud. Socio-Juríd vol.9 no.spe Bogotá Dec. 2007

tales por "la finalidad última que se proponen, y no por la forma en que se despliegan en la realidad."[281]

El valor de la dignidad humana y la integralidad de los derechos

Los derechos humanos toman su carácter de fundamentales porque atienden al desarrollo y realización de la dignidad humana, de la igualdad o de la libertad. De tal manera que, sea cual fuere el catálogo de derechos adoptado por un ordenamiento jurídico, en él se consideran inmersos los demás derechos y prerrogativas de los ciudadanos, siempre que sean indispensables para hacer realidad aquellos. Así mismo, esta posición pretende superar la visión limitada del liberalismo clásico que defendía la necesidad de proteger las libertades individuales tradicionales, con la convicción de que esta protección indefectiblemente llevaría a la realización de los demás derechos.

La importancia innegable de esta visión de los derechos fundamentales radica en la posibilidad de incluir dentro de dicha categoría los derechos económicos, sociales y culturales, de forma que los Estados que se proclaman como "democráticos" y "sociales de derecho" no pueden desconocer sus obligaciones sociales con los ciudadanos, sobre todo con los menos favorecidos, de manera que se logren los objetivos de dignidad humana, igualdad y libertad real, no simplemente formal.

3.5 Versión de Venezuela

Sin embargo, los nuevos planteamientos de un Estado moderno transformado en un Estado Social de Derecho, regulador de los grupos sociales y del hombre mismo pero como integrante de la sociedad, de las relaciones de solidaridad, no han podido nivelar las desigualdades sociales y menos satisfacer las necesidades humanas.

---

281 Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales*
History, concept and structure of economic, social and cultural
Érika J. Castro Buitrago** Olga C. Restrepo Yepes***
Laura Victoria García Matamoros****

* El Escrito Incorpora Los Resultados Del Proyecto De Investigación Titulado "La Justiciabilidad De Los Derechos Sociales, Económicos Y Culturales. Balance Y Perspectivas", Financiado Por El Fondo De Investigaciones De La Universidad Del Rosario (Fiur). El Presente Artículo Está Parcialmente Basado En El Escrito Los Derechos Sociales Desde La Perspectiva De Los Derechos Fundamentales, Elaborado Por Laura Victoria García Matamoros Y Publicado En La Revista Opinión Jurídica, Vol. 3, Nº 6 (Julio-Diciembre 2004), Facultad De Derecho, Universidad De Medellín

** Érika J. Castro Buitrago, Abogada, Docente Investigadora De La Facultad De Derecho De La Universidad De Medellín. Correo Electrónico: Ecastro@Udem.Edu.Co; *** Olga C. Restrepo Yepes, Abogada Y Docente Investigadora De La Facultad De Derecho De La Universidad De Medellín.

Correo Electrónico: Ocrestrepo@Udem.Edu.Co, Y ***Laura Victoria García Matamoros, Abogada, Posgrado En Derecho Internacional De La Universidad De París Ii, Candidata A Doctora De La Universidad Externado De Colombia Y Docente-Investigadora De La Facultad De Jurisprudencia De La Universidad Del Rosario. Correo Electrónico: Lagarcia@Urosario.Edu.Co.

El Estado social pretende privilegiar y no solo reconocer los derechos sociales pero, una sobrecarga de la demanda social, un crecimiento desmedido del aparato estatal con una pérdida de libertad de los ciudadanos, y de toda la sociedad aunado a una aparente mala administración financiera, hacen tambalear al llamado Estado social y ya hace que se piense en un Estado post social imbuido de ética y de una nueva estructuración del Estado.

"El mero hecho de calificar un Estado de social apenas tiene relevancia si luego no se traduce en manifestaciones concretas encaminadas a garantizar su existencia real. Sucede que la tarea de fijar el contenido y alcance del referido modelo es un tanto difícil porque el Estado social está sujeto a gradación, de manera que no todos los rasgos característicos deben coincidir forzosamente en todos los países y en las épocas donde formalmente hace acto de Presencia."

Consideraciones generales

Afirman los constitucionalistas venezolanos: Los cambios que se suceden en un Estado giran siempre sobre una realidad histórica, social, política, económica y geográfica particular. Esa realidad será la que determine el sistema de organización que corresponda a la realidad vivida por la sociedad. El sistema no debe ser impuesto ya que produciría desequilibrios sociales contrarios al desarrollo de la comunidad.

Las tendencias del constitucionalismo contemporáneo han ido agregando conceptos complementarios al llamado Estado de Derecho, inmediatamente posterior al llamado Estado liberal burgués, así han ido apareciendo los de Estado Social de Derecho. Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución de 1999 se contempla el llamado Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Siendo que este tema ha sido bastante estudiado, en especial, en países que lo han incorporado en sus Cartas constitucionales pero cuyos resultados han dejado una serie de vetas todavía por explotar, especialmente en nuestro país el término Estado Social de Derecho sólo fue incorporado en el año de 1999, en ocasión de la promulgación de la nueva Constitución.

El objetivo no es otro que examinar este modelo estatal en relación con sus notas más relevantes y a la luz de la Constitución de 1999.

El punto de partida se sitúa en el llamado Estado de Derecho con las debidas precisiones conceptuales y características propias de este tipo de Estado que posteriormente da origen al Estado Social de Derecho.

De esta manera analizan sus aspectos históricos, haciendo notar las valoraciones correspondientes y sus diferencias con el llamado Estado de bienestar o Estado Providencia. El contenido y alcance del estado Social y su estudio en un contexto de crisis proporcionarán una imagen real de este modelo estatal.

El Estado Social de Derecho surgió como una respuesta a la crisis sociopolítica del Estado liberal que comenzó a mediados del siglo XIX y que se agudizó a comienzos del siglo XX debido al marcado individualismo y al abstencionismo estatal.

Como lo hemos mencionado anteriormente, un papel decisivo desempeñó los países de concepción socialista que sostenían que solo a través de un Estado socialista podían conformarse los derechos sociales.

Desde otro punto de vista, la doctrina social de la iglesia también representó un aporte importante a la evolución de los derechos sociales. La Encíclica RERUM NOVARUM, de 15 de mayo de 1891 marcó importancia en el desarrollo de estos derechos por la actuación del Papa León XIII que lo transformó en Pontífice de la cuestión social.

Otras Encíclicas motivaron una conexión entre la dignidad humana y los derechos fundamentales, tales como, la Encíclica PACEM IN TERRIS de 1963 y la Encíclica LABOREM EXERCENS, de 1981, escrita por Juan Pablo II que representa la más reciente preocupación de la iglesia por los derechos sociales.

En el plano internacional, es importante mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual recoge una serie de derechos económicos, sociales y culturales, pero sin establecer cuáles van a ser los mecanismos para poder hacerlos efectivos. Por otra parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1951 elabora el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que junto con el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos fueron adoptados en el año de 1966 y que conformaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, como también la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos encontramos la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre que consagra a los dos tipos de derechos: tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales.

Es importante mencionar el Documento, protocolo de San José de Costa Rica en el año de 1988 y luego el documento. Protocolo de San Salvador que entró en vigor en el año de 1999 que trataron la materia de los derechos económicos, sociales y culturales.

"Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político."

La conceptualización del Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia tiene que adaptarse a los valores finalistas del Preámbulo y concretamente al artículo 3 constitucional que consagra los fines del Estado, estableciendo:

"El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución".

La Constitución y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines." Expresa, la sentencia del TSJSC sobre los créditos indexados de fecha24 de enero de 2002:

"La Constitución de 1999 en su artículo 2 no define que debe entenderse por Estado Social de Derecho, ni cuál es su contenido jurídico.

Sin embargo, la Carta Fundamental permite ir delineando el alcance del concepto de Estado Social de Derecho desde el punto de vista normativo, en base a diferentes artículos, por lo que el mismo tiene un contenido jurídico, el cual se ve complementado por el Preámbulo de la Constitución y los conceptos de la doctrina, y permiten entender que es el Estado Social de Derecho, que así deviene en un valor general del Derecho Constitucional venezolano. Este criterio de Estado Social de Derecho preceptuado en el texto constitucional vigente se opone al Estado de Derecho Liberal y Formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos que impide que el estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común.

Se colige que el Estado Social está destinado a fomentar la consolidación de la solidaridad social, la paz, el bien común, la convivencia, el aseguramiento de la igualdad, sin discriminación ni subordinación la Constitución antepone el bien común (priva el interés general ante el particular), y reconoce que ese bien común se logra manteniendo la solidaridad social, la paz y la convivencia." (Consultada en original).

Según, Rondón (2000): ser humano'.-d) -La nota jurídica. El Estado Social es un Estado de Derecho, un Estado regido por el derecho. La idea del derecho del Estado Social es una idea distinta a la idea del derecho del liberalismo, Es una idea social del derecho que pretende que las ideas de libertad e igualdad tengan una validez y realización efectiva en la vida social. Tal idea social del Derecho es material, no formal, exige la materialización de sus contenidos valorativos en la praxis social.

Además, es un Derecho orientado por valores, una concepción valorativa del Derecho. En este sentido, rescata el rico acervo axiológico que tuvo en sus orígenes el concepto de Estado de Derecho, y que el positivismo jurídico decidió formalizar. Los valores de la justicia social y de la dignidad humana son los dos valores rectores de la concepción del Estado Social de Derecho. La justicia social como la realización material de la justicia en el conjunto de las relaciones sociales; la dignidad humana como el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, el despliegue más acabado de las potencialidades humanas gracias al perfeccionamiento del principio de la libertad." (Resaltado nuestro)

Principios y valores fundamentales contenidos en la Constitución vigente propios del Estado Social de Derecho

Los principios fundamentales inherentes al Estado Social de Derecho, son de rango constitucional que propugnan valores superiores: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político que unidos a la integridad territorial, cooperación, concurrencia y la corresponsabilidad, favorecen el bien común como los principios fundamentales que el Constituyente de 1999plasmó como principios superiores a su actuación y al ordenamiento jurídico.

De acuerdo a la sentencia citada son principios inherentes al Estado Social de Derecho, la solidaridad social (artículos 2, 132 y 135 constitucionales) y la responsabilidad social (artículos 2, 132, 135 y 299 constitucionales).De las normas citadas se colige que el Estado Social crea210 Provincia Especial, 2006 Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith.

Obligaciones y deberes al Estado y a los particulares

Se deduce que el Estado Social de Derecho no sólo crea obligaciones y deberes al Estado, sino también a los particulares, es notable en el Estado Social de Derecho el intervencionismo del Estado, en especial, en lo que se refiere a los fines del Estado; de de esta manera, los caracteres esenciales del Estado no solo tienen relación con la organización del Estado a través de los órganos del Poder Público, la producción y aplicación del derecho, sino también, el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos que no deben representar un contenido semántico.

a. Principio de solidaridad: La solidaridad es uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política; constituye el fin y el motivo primario del valor de la organización social.

Su importancia es radical para el buen desarrollo de una doctrina social sana, y es de singular interés para el estudio del hombre en sociedad y de la sociedad misma. La solidaridad está fundada principalmente en la igualdad radical que une a todos los hombres; esta igualdad, es una derivación directa e innegable de la verdadera dignidad del ser humano, que pertenece a la realidad intrínseca de la persona, sin importar su raza, edad, sexo, credo, nacionalidad o partido.

La igualdad en un Estado Social no puede ser interpretada formalmente, sino teniendo en cuenta la situación real de los afectados, las relaciones sociales de poder, por lo que el Estado debe tender a interpretar el principio de equidad como igualdad material.

Los problemas socio-económicos sólo pueden ser resueltos con ayuda de todas las formas de solidaridad: solidaridad de los pobres entre sí, de los ricos y los pobres, de los trabajadores entre sí, de los empresarios y de los empleados, solidaridad entre las naciones y entre los pueblos.

La solidaridad a gran escala está íntimamente ligada con aquélla entre individuos, y en ella funda su verdadero valor.

El Estado debe ser su principal garante pues está obligado a promover el ejercicio pleno de la justicia social en el marco de un proceso sostenido de una distribución equitativa de los ingresos, de la riqueza, de los beneficios del progreso, así como de los sacrificios y responsabilidades.

Ello lo obliga a mantener políticas y programas sociales eficaces y suficientes.

Una nueva dimensión del Estado de Derecho..., pp. 189-218Juan Pablo II expresaba: "El ejercicio de la solidaridad dentro de cada sociedad es válido sólo cuando sus miembros se reconocen unos a otros como personas. Aquí, el término persona aparece para llamar nuestra atención hacia un aspecto que es esencial dentro de un estudio bien encausado de la solidaridad. La solidaridad en el sentido como nosotros la entendemos existe sólo entre personas."

De esta manera, la solidaridad nace del deber de toda persona de contribuir a la paz social, de ayudar al Estado, según su capacidad, en las obligaciones que a él corresponden en cumplimiento de los fines del bienestar social; y en el ámbito familiar, de participar en los procesos señalados en las disposiciones constitucionales, existe en la población una obligación solidaria por el bienestar social general. La solidaridad social viene a ser el sustento de la responsabilidad social.

En este sentido el artículo 132 constitucional consagra: "Todos tienen el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social."

Asimismo, el artículo 135 constitucional, establece:

"Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a las leyes, en cumplimiento de los cometidos de bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. Quienes aspiren al ejercicio de profesiones, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley."

b. Principio de la responsabilidad social de los particulares: La solidaridad social viene a ser el sustento de la responsabilidad social.

La responsabilidad social de los particulares viene señalada por la Constitución y las leyes, y comprende la contribución con el Estado para que se cumplan los fines de bienestar social general.

Referencias

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Sistema de Información Científica orsini Estado de Derecho Estado de Bienestar. Estado Social de Derecho y Justicia.

190 Provincia Especial, 2006

Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith, Estado Social. Derechos sociales.

Una nueva dimensión del estado de derecho: el estado social de derecho

Título: Una nueva dimensión del estado de derecho: el estado social de Derecho Repositorio: DS pace de la Universidad de los Andes - Merida - Venezuela URL:http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/26287Autor(es): Picard de Orsini, Marie Useche, Judith.-Fecha: 2008-11-20

Bibliografía relacionada por las autoras

BOCARANDA, Juan José. Ius Ética. El Derecho del Nuevo Milenio. Edición

Principios-Vigencia, Editores. Caracas. 2004.

BREWER CARÍAS, Allan R. La Constitución de 1999. Tomos I y II. Derecho Constitucional Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2004.

COMBELLAS, Ricardo. Estado de Derecho. Crisis y Renovación. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1982.

DIAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Cuadernos para el diálogo. Madrid. 1969.

DURÁN, Víctor Manuel. Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. Ponencia. VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. México. Abril. 2001.

HORN, Wolfgang. Estado de Derecho y Estado Social. Estado de Derecho y Democracia. Konrad Adenauer. Stiffung A.C. Ciedla. Buenos Aires.1997-218 Provincia Especial, 2006 Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith

FORTSHOFF, Ernest. Problemas Constitucionales del Estado Social. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1986.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Obras Completas II. Reproducción parcial "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. "El Estado Social y sus implicaciones." Materiales de Derecho Constitucional. Septiembre 2002.

OJEDA MARÍN, Alfonso. Estado Social y crisis económica. Editorial Complutense. Madrid. 1993.

RONDÓN DE S. Hildegard. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Caracas.2000.

VALADÉS, Diego. Estado de Derecho. Biblioteca Católica Digital.

VILA CASADO, Iván. Nuevo Derecho Constitucional. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2

3.6 El Salvador

El Régimen de Derechos Sociales en la Constitución

1. El Inicio del Estado Social

En la Constitución de 1950 y ratificados en la Constitución de 1983, se reconocen como derechos fundamentales, es decir que están contemplados en la Constitución misma formando parte de los derechos que se reconocen a la persona humana como principio y fin de la actividad del Estado; entendiéndose que su carácter de derechos fundamentales, es porque se han reconocido en base al principio de dignidad, de que ya hemos hablado y aunque la Constitución no hace referencias específica de ella, pero si es mencionada como condición necesaria para no admitir las celebración de pactos en que se atente en contra de la libertad y dignidad humanas; estos componentes que le hacen tener esa condición de fundamentales a los derechos sociales, lo es también por el hecho de que no es necesario que se regulen o desarrollen en la ley para que tengan eficacia plena, de acuerdo a un principio que ha sido reconocidas por la jurisprudencia de la Sala de lo constitucional, como es el principio de supremacía constitucional (art. 246) y el de eficacia normativa directa, en el sentido de que los derechos son exigibles, protegibles, ya sea mediante la figura del amparo constitucional o por medio de la inconstitucionalidad por omisión al obligar al legislador a que dicte la normativa secundaria, cuando por alguna circunstancia, la ley sea estrictamente necesaria.

Una característica específica del constitucionalismo social es la inclusión en las declaraciones de derechos, como derechos fundamentales, de algunos derechos considerados sociales, destinados a garantizar el ámbito existencial y laboral de los individuos y de los grupos sociales. Las distintas generaciones del constitucionalismo han materializado transformaciones en la parte dogmática, para incluir como derechos fundamentales, y por tanto, al mismo nivel que los tradicionales derechos de la esfera personal y derechos políticos –libertad ideológica y religiosa, libertad personal, derecho de participación política, etc.- nuevos derechos, al hilo de las preocupaciones sociales y también de la capacidad económica del Estado. Los derechos fundamentales de carácter social se distinguen de los derechos de la esfera personal en que ya no son libertades frente al Estado, sino puros derechos de prestación.[282]

Entre estos derechos sociales, e igual que en nuestra Constitución, la constitución española, consagra como derechos fundamentales, el derecho a la educación –art. 27 CE- que incluye una enseñanza básica obligatoria y gratuita; la libertad sin-

282 Los derechos a prestaciones en sentido estricto, considerados como derechos a acciones positivas del Estado y como derechos sociales fundamentales, han sido analizados por R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 1997, págs. 419-435 y 482-502.

dical -art. 28.1 CE-; el derecho de huelga – art. 28.2-; el derecho al trabajo –a una remuneración suficiente para satisfacción de las necesidades regulada por la normativa del salario mínimo- y a no ser despedido por causa de discriminación –art. 35 CE-; el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y la fuerza vinculante de los convenios –art. 37.1 CE- ; el derecho de los trabajadores y de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo –art. 37.2 CE-. La Constitución atribuye a estos derechos un conjunto de garantías genéricas y abstractas –aplicación inmediata sin desarrollo legal, reconocimiento de su contenido esencial, reserva de ley, recurso de inconstitucionalidad-, a las que se unen unas garantías específicas –amparo judicial o ordinario, amparo constitucional- para aquellos que se encuentren recogidos en la Sección 1a del Capítulo II del Título I.[283]

Mención específica merece el derecho a recibir una asistencia sanitaria, que se derivaría del derecho a la vida –art. 15 CE-. Este derecho tiene una vertiente prestacional, objetiva, que hace referencia a labor activa de los poderes públicos en garantía del mantenimiento de la vida y de la integridad física a través de una atención sanitaria, bien directamente -gestión directa o gestión indirecta a través de entes o empresas públicas-, bien a través de empresas privadas con servicios financiados por el Estado. Este derecho es distinto del de protección de la salud, reconocido dentro de los principios rectores de la política social y económica que después veremos –art. 43 CE- y que reflejaría las políticas de salud pública. En esta misma dirección, dentro del derecho al trabajo –art. 35 CE- estaría el derecho a las prestaciones de la seguridad social en caso de necesidad y desempleo –art. 41 CE-. De hecho, unas de las prestaciones típicas del régimen de la seguridad social es la asistencia sanitaria.

Al proponer la estructuración de un ESDD, es en base a que socialmente tiene suficientes fundamentos éticos que lo ponen en condiciones de superar las conductas egoístas de gobernantes y gobernados del estado de derecho como estado burgués. En el que la libertad sólo fue un instrumento de las clases dominantes para sacar provecho para sus intereses particulares; pero también lo pone a salvo de las pretensiones autoritarias a veces totalitarias de algunos estados con pretensiones redentoristas que a nombre de la igualdad terminaron con la libertad y la democracia.

Cuando se sostiene que los fundamentos éticos de esta forma de estado de derecho es porque el poder está al servicio de la sociedad en su conjunto y que al menos se producen estos evidencias jurídicas y políticas:

1.- Se mantiene la libertad que abarca los aspectos económicos y la garantía de que en nombre de ella, no habrán grupos de dominación sobre las mayorías de los ciudadanos;

283 Cfr. J. L. CASCAJO, La tutela constitucional de los derechos sociales, Madrid, 1988. Cfr. más ampliamente M. CARRILLO, La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, CEC, Madrid, 1995, págs. 132-142; J. GARCÍA MORILLO, La protección judicial de los derechos fundamentales, Tirant lo blanch, Madrid, 1994, págs. 65-67. Todos citados por Troncoso Reigada, en su obra citada

2.- Se inicia un proceso de rescate material de los grupos más vulnerables de la población para que tengan los mínimos de bienestar posibles, acceso a la educación, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, en un ámbito de solidaridad y libertad. En breve las sociedades tendrán que ser protegidas de otras formas de agresión, como la depredación del medio ambiente, cambio climático, catástrofes, violencia de grupos armados, que no figuraban en las previsiones del estado social clásico.

Mientras tanto, el desarrollo político de El Salvador, permite únicamente para que dos bloques de poder se mantengan enfrentados, sin guerra, pero con una paz aparente en el que los señalamientos recíprocos de responsabilidades se producen diariamente, especialmente por la situación de violencia que promedia en el país cerca de veinticinco asesinatos diarios, siendo uno de los países más violentos del mundo. Es posible que las condiciones económicas y de recursos del algunos países sean más propicios que otros, para generar condiciones materiales de vida, y que los ciudadanos perciban que sus estados están al servicio de las mayorías y no de minorías audaces que han usurpado el poder en beneficio propio.

Un estado como El Salvador, puede tener muchas circunstancias en contra; en primer lugar todavía no se ha desmontado la estructura de dominación post colonial, ni siquiera a partir de los Acuerdos de paz se han generado condiciones propicias o gestos de convivencia y de respeto mutuo entre los sectores enfrentados, manteniéndose las condiciones socio-económicas que caracterizaron a los estados liberales, y en países como los centroamericanos, sin pan y sin democracia. A esto contribuye la corrupción, la incapacidad del gobierno, el nepotismo, la excesiva demanda social, y el alto grado de polarización social; sin embargo, hay algunos indicios que provienen de sectores económicos, progresistas, que pueden liderar un inicio de entendimiento para mejorar las relaciones, y promover una norma constitucional que oriente y dirija, como norma pactada entre dos formas de poder ahora excluyentes.

Debemos reconocer en El Salvador, desde la independencia hasta el presente, el modelo social político y económico ha sido de carácter excluyente; la historia registra los casos ocurridos después de la declaratoria de independencia, donde los poderes reales, de algún modo manejaron la situación política creando condiciones de exclusión y rechazo a quienes no estuvieron de acuerdo con el establishment, constituido; los casos de los dos primeros presidentes de la federación centroamericana ameritarían un análisis más serio, que ayuden a esclarecer como fueron marginados, todo con el propósito de terminar con la naciente Federación; en el plano social el caso de Anastasio Aquino, fusilado por erigirse como un oponente del sistema tributario establecido, luego la exclusión de las comunidades indígenas y propiedad ejidal, dejando sin tierra a jornaleros y comunidades de escasos recursos y dando paso a la república cafetalera; luego la represión de los indígenas occidentales, esto ya en 1932, la represión de los trabajadores en la década del cincuenta, las represiones de maestros y estudiantes en la década de los setenta, la guerra de los ochenta y en la actualidad

el problema de las pandillas, en su mayoría jóvenes que no han alcanzado ocupación, estudios, o no han podido migrar y han recurrido a la extorsión y al asesinato, sin que el Estado tenga horizonte claro para planificar un modelo diferente tomando en cuenta no factores favorables porque lamentablemente no los hay; pero al menos entender que existen estos graves componentes adversos:

2. La estrategia de El Salvador para su sobrevivencia

1. La extensión territorial y pérdida de los escasos recursos que se tienen: agua, energía, agricultura, ganadería, cambio climático, sequías, etc.

2.-Exagerada población en el país, sin que se vislumbre una política poblacional y territorial, no represiva, sino de carácter cultural que reduzca la explosión demográfica.

3.- Modificar la política fiscal procurando los mejores entendimientos con el sector privado que reduzca la polarización, para ello es indispensable cambiar la relación amigo- enemigo entre los sectores políticos.

4.- Revisar la escala de valores y promover cambios en la educación nacional que den un giro en el cultivo de los valores, entre los cuales no pueden faltar La libertad, justicia, igualdad, seguridad, verdad, dignidad humana, solidaridad, fraternidad, probidad, etc.- Hace esto la educación nacional?. Buscar entendimientos o escuchar a grupos que generan violencia, procurando espacios y oportunidades, y que los niveles de represión se mantengan en el marco de la constitución y de la ley.-

Los recursos territoriales de los países centroamericanos, con escasas riquezas propias como el petróleo, con fuentes de energía degradadas, sus pocos recursos hídricas perdiendo su calidad de renovables, precaria producciones agrícolas industrializados sin valor agregado y reducida política de de exportaciones, una creciente explosión demográfica, etc., hacen de estos países, los candidatos para el financiamiento internacional que puede coludir (pactar con daño a tercero) con las economías locales para mantener el estatu quo.

3. Rumbo al Estado social y Democrático de Derecho

3.1 El Pillaje social

La crítica neoliberal comienza su ataque al Estado social argumentando que, más allá de un acto de pillaje social ("el acuerdo de una mayoría sobre el reparto de los despojos que está a su alcance extorsionar a una minoría"), no hay tal cosa como justicia social, que es un concepto vacío de contenido. Friedrich von Hayek, por ejemplo, nos informa: "cuanto más me esforzaba, en efecto, en dar un concreto significado a la expresión de referencia, mayor era mi fracaso al respecto. Nunca logré justificar, en

efecto, sobre la base de alguna norma general -como exigen los más elementales cánones de justicia-, esa sensación de indignación que en casos concretos todos a menudo experimentamos al abordar los problemas sociales."[284]

De dónde procede el pillaje social señor Von Hayek? Es posible que por haber estado muy lejos y probablemente sin conocimiento de la América india, este "notable" se atreva a hacer esta clase de afirmaciones; si algún despojo ha habido en cuanto a la modificación de la estructura de la tenencia de la tierra ha sido en estos pueblos americanos en el siglo XIX, quienes deseen informarse sobre el punto y especialmente sobre el caso de El Salvador, pueden revisar libros, documentos, relatos, que existen en las bibliotecas de las universidades salvadoreñas, para apreciar la falacia de Hayek, mientras tanto dejo anotado lo que sigue:

"A mediados del siglo XIX, el café sustituyó al añil como base de la economía nacional. El presidente Rafael Zaldívar, que había sustituido a González en 1876, decretó en 1881 y 1882, varias leyes que anularon el sistema de tierras comunales y ejidos, prevalente en el país, desde la época colonial. Esta legislación virtualmente permitió que unas pocas familias se adueñaran de grandes extensiones de tierras, al dictarse las leyes por las cuales se extinguieron los ejidos (propiedad municipal) y la propiedad comunal, es decir la ley de extinción de la propiedad de las comunidades indígenas. Zaldívar fue derrocado en 1885, sucediéndolo el general Francisco Menéndez, quién promulgó la Constitución de 1886, de principios liberales. Durante este período, familias europeas llegaron al país y rápidamente se colocaron en una situación económica poderosa debido a su conocimiento del mercado internacional. Estas familias se desarrollaron en el área del comercio y en la producción e industrialización del café.

A partir de 1898, con la llegada al poder del general Tomás Regalado y hasta 1931, se sucedieron una serie de gobiernos estables. La presidencia quedó en manos de los grandes terratenientes cafetaleros. La élite económica gobernó el país pasándose la presidencia en forma directa. A este período histórico se le conoce como la "República Cafetalera."[285]

En su argumentación en contra del Estado social y sus probables errores en cuanto a la administración del poder, como ha ocurrido con las dictaduras, llámese comunismo, fascismo, nacionalsocialismo, o sus representantes entre los caudillos, Salazar, Franco, Mussolini, en América Latina en este siglo. Todas las dictaduras militares, algunas que probablemente hicieron más de alguna obra social y por eso aparecen estos argumentos: "Adicionalmente, y debido a esa presumida falta de contenido, la implementación de los objetivos del Estado social ha llevado, de acuerdo a esta visión, la implementación de medidas que, buscando la igualdad económica, han, inevitablemente, lesionado la sociedad libre. Los mecanismos de planificación necesi-

284 F. A. von Hayek: El espejismo de la justicia social, en Derecho, Legislación y Libertad, vol 2, pp 1

285 Vid. Mario Solano, To. I, de esta obra y Evolución del Desarrollo Institucional de los Acuerdos de Paz, salvadoreños, Publicado por UJMD, primer lugar, Certamen Jurídico Centroamericano.

tados por esa tentativa llevan a la usurpación de bienes y derechos que legítimamente pertenecen a los individuos, (amen de llevar a crecientes niveles de ineficiencia. Ver, por ejemplo: debate sobre el cálculo económico en el socialismo) lo que inevitablemente llevará a la destrucción tanto de la libertad individual como de la democracia a nivel social .Esto, porque desde este punto de vista, solo hay dos alternativas: mercado totalmente libre o control estatal absoluto.

Las anteriores afirmaciones son comprobables en importante número de casos; pero no se puede tomar la parte por el todo, como no se puede especular de que todos los sistemas liberales, ahora neoliberales, tengan las características nefastas que se le atribuyen y que se ha explicado anteriormente; como todos los proyectos, los de carácter social tienen sus calidades y vicios; efectivamente la dualidad Estado-Mercado, no se resolverá destruyendo o pretendiendo hacerlo, a uno de los términos de esta relación; nadie en su comprensión más elemental, podrá negar que el mercado como instrumento de la economía al servicio de la sociedad, provee a sus miembros de lo necesario y también de lo superfluo, para atender sus requerimientos; la acción más elemental de un consumidor (o mejor ciudadano) es acercarse a un supermercado y adquirir lo que necesita para el diario vivir, para él y su familia; de ahí en adelante la cadena de productos y servicios demandados (y ofrecidos) por y para todos los ciudadanos se eleva al infinito; ¡quién puede querer destruir algo que es natural y consustancial para su existencia!; de igual modo, a menos que sea un anarquista desaforado, pretenderá destruir al Estado, o al menos mediatizarlo o controlarlo, en beneficio de sus intereses!

Existen fanáticos en todas las filosofías como en los deportes; pero la sensatez con que deben afrontarse conflictos socio políticos, no se dirimen en el mercado, sino que en el estado, por eso encontramos algunas posiciones, desde el mercado, que no intentan controlar y menos destruir la institucionalidad del estado, sino que el estado regrese a sus fronteras, y haga lo que le corresponde en el marco de sus regulaciones propias; por el otro lado, está la propuesta que estamos empeñados en que se realice en todas las naciones, un estado responsable, que pondere el valor de la libertad y la igualdad humanas, valores universales, que sólo los propagandistas del neoliberalismo extremo quieren negar; la necesidad de que el estado intervenga en los desequilibrios, especialmente aquellos que tienen visos delincuenciales, para cumplir su misión de ente responsable de la seguridad de la sociedad; todo en el marco del derecho y con la participación política de los miembros de una sociedad determinada; estos componentes son los que permitirán construir el Estado Social y democrático de derecho.

3.2.-Estado social. El constitucionalismo alemán, se atribuye la creación de condiciones para una de las transformaciones más importantes del Estado de Derecho clásico, que de su concepción liberal con todos sus vicios y virtudes, trasciende a una idea en la que el Estado asume una dirección más protagónica en la intervención de aquellas cosas del Estado (poder), en las que no basta el deber de abstención, como en el estado liberal, sino que sus deberes se convierten en obligaciones de hacer. El concepto se remonta a la formación del Estado prusiano y, pasando por una serie de

cambios, en la actualidad contiene las bases político-ideológicas del sistema de economía social de mercado. En términos más recientes, incorpora a su propia denominación el concepto de Estado de derecho, dando lugar a la expresión Estado de derecho social (sozialer Rechtsstaat), y también, además, al concepto de Estado democrático, dando lugar a la expresión Estado social y democrático de derecho.

Concepto preliminar

El Estado social es un sistema socio-político-económico definido por un conjunto de condiciones jurídicas, políticas y económicas, se propone fortalecer servicios y garantizar derechos, considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. Entre esas condiciones se cita generalmente:

Asistencia sanitaria, Salud,, Educación pública, Trabajo y vivienda dignos, Indemnización de desocupación, subsidio familiar. Acceso práctico y real a los recursos culturales: (bibliotecas, museos, tiempo libre), Asistencia para personas con discapacidad y adultos mayores. Defensa del natural. Defensa jurídica y asistencia legal, garantiza los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación.

Provee la integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación, a través de la compensación de las desigualdades y de la redistribución de la renta por medio de los impuestos y el gasto público. Utiliza instrumentos como los sistemas de educación y sanidad (en mayor o menor grado públicos y controlados por el estado, obligatorios, universales, gratuitos y subvencionados), financiados con cotizaciones sociales. Se tiende a la intervención en el mercado y la planificación de la economía, todo ello en contra de los principios del liberalismo clásico.

3.3 Origen del Estado social

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 corresponde 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 socio económica. 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." Estos componentes expresados por el Tribunal constitucional es-

pañol, son necesarios en el estado social contemporáneo, para que la libertad tenga un significado tangible para los ciudadanos, para que el reconocimiento a la dignidad humana sea el destino de la actividad del Estado y para que el principio de igualdad alcance los mayores niveles de aceptación por el tratamiento Rumbo al Estado social y Democrático de Derecho.

3.4 Los principios rectores de la política social y económica

La actividad social del Estado que describen las Constituciones no se reduce a los derechos. Así, nuestra Constitución recoge en el Capítulo III del Título I unos principios rectores de la política social y económica, materialización efectiva de la opción por un Estado social, que deben orientar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero que sólo pueden ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (63). Por tanto, las prestaciones que allí se contienen no son derechos fundamentales no tiene aplicación inmediata ni una vertiente objetiva en constituciones exigible a los poderes públicos-, ni tienen contenido esencial en el enjuiciamiento de la legitimidad del desarrollo legislativo no se puede ir de lo abstracto a lo concreto-. Se está a expensas del desarrollo legislativo, en donde el legislador tiene un amplio margen de libertad, para que nazcan pretensiones jurídicas concretas invocables ante los Tribunales. Es decir, los principios rectores no atribuyen derechos subjetivos individuales sino que son normas definidoras de tareas del Estado que están a la espera de una configuración administrativa concreta. En todo caso, pueden ser de extraordinaria importancia para interpretar los derechos fundamentales.[286]

Así, dentro de los principios rectores de nuestra Constitución –arts. 39-52 CE-, destacaríamos tres grandes grupos: los principios de política económica, laboral y social; los principios orientados a la protección de determinados colectivos, especialmente de los trabajadores; y los principios que pretenden potenciar derechos de tercera generación. Lógicamente, esta clasificación es forzada ya que los principios de política económica y laboral protegen a un colectivo como el de los trabajadores o reconocen derechos a recibir prestaciones de seguridad social; la protección de determinados colectivos atribuye a éstos derechos que pueden ser considerados de tercera generación como los derechos de los discapacitados o de los jóvenes; por último, la materialización de los derechos de la tercera generación, como el de la vivienda, exige una determinada política económica, urbanística y de utilización del suelo.

286 A. TRONCOSO REIGADA, "La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas", Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 571-576

Libro Cuarto

Los Valores Universales

Título Primero

Nueva Escala de Valores

Introducción

En este punto se debe también, hacer ejercicios de reflexión sobre valoraciones menos materiales; está bien el sistema de prestaciones, las transformaciones de la economía, los niveles de vida, pero esto también debe tener respaldos valorativos y de principios, que el sistema liberal olvidó durante mucho tiempo, en ese sentido hay que recurrir a valores, a veces olvidados, para el caso la verdad, la solidaridad, la fraternidad, la dignidad, la probidad, etc., que en algunos sistemas constitucionales como Alemania, España, ya están incorporados en sus constituciones:

En el próximo capítulo el lector encontrará una conceptualización muy importante sobre el contenido, valores, fines, realidades, posibilidades, etc., del Estado Social y Democrático de Derecho, que le darán una idea para aproximarse a esta etapa de la evolución del Estado de Derecho, por la cual se llega al mejor momento del desarrollo político de la sociedad contemporánea; es el momento de la mayoría de los estados, ya sea porque en su estructura, en esta figura se consolidan los derechos fundamentales de la primera generación, es decir los derechos de libertad; ya sea porque se encuentran los mejores procedimientos y actitudes de la sociedad y del estado, para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos de la segunda generación; ya sea porque además, se consolidan los procesos democráticos, donde los ciudadanos tienen la posibilidad de que sus derechos fundamentales serán respetados teniendo como base los presupuestos de libertad, igualdad y dignidad humanas. Lo anterior no significa que no existan grandes intereses en quebrantar la estructura axiológica, política e ideológica del estado, como ya lo hemos descrito en las páginas que anteceden y que ampliaremos más adelante.

Capítulo Primero

Filosofía del Estado social y Democrático de Derecho

1.- "El Estado Social y Democrático de Derecho o el Constitucionalismo Social, estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales inexistentes en el Estado Liberal, vienen a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado. En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales participan de las condiciones de verdaderos derechos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial, además de ser disposiciones constitucionales de principio, todo lo cual tiene por objeto otorgar una mejor calidad de vida a las personas. Ello implica necesariamente la existencia de un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada. En la nueva perspectiva del Estado Social, se asume la necesidad de brindar a la población un mínimo básico de bienestar que se compromete a entregar el Estado, a través de prestaciones positivas de hacer respecto de las personas en salud, educación, condiciones laborales, seguridad social, sindicación, entre otras materias."

2.- "Las nuevas perspectivas del constitucionalismo social debe tener en consideración la crisis del Estado social tradicional del siglo XX, donde las políticas sociales tienen el carácter de concesiones planificadas centralmente por la administración, con fuertes niveles de opacidad, privilegios, discriminaciones y fenómenos de corrupción, como asimismo, con formas distorsionadas partitocráticas y la actuación de poderes invisibles e inmunes a los sistemas de adecuado control, todo lo cual, lleva a elevar los costos y a reducir la eficiencia y eficacia de las intervenciones destinadas a potenciar y maximizar los derechos sociales.2 Asimismo, deben considerarse las crisis económicas de las últimas décadas, las transformaciones productivas y tecnológicas, la globalización del sistema económico, las desregulaciones y privatizaciones introducidas en la perspectiva neoliberal de las últimas décadas, la creación de macro poderes económicos opacos, como asimismo, la deslocalización y destemporalización de las relaciones laborales.

3.- La concepción de Estado Social de Derecho en la actualidad no es únicamente aquel en que la Constitución en forma expresa y solemne determina en una de sus disposiciones la proclamación de un Estado Social y democrático de Derecho, como ocurre con Alemania, España o Colombia. Lo trascendente es que el ordenamiento jurídico asegure los derechos sociales y sus instituciones garantizadoras administrativas y jurisdiccionales, como normas jurídicas vinculantes y de efecto directo al menos en su contenido esencial, además del contenido mínimo de tales derechos asegurado

por el derecho internacional; se desarrollen acciones jurisdiccionales idóneas para la protección de tales derechos; se establezcan límites a la autonomía de la voluntad y a la autonomía contractual en base al respeto de los derechos fundamentales; se institucionalice la función del Estado de promotor de tales derechos y de regulador del ámbito privado. Ello obliga a fortalecer el Estado Constitucional democrático como nueva aproximación que fortalezca los derechos y sus garantías y consolide los principios de supremacía constitucional y de imperio de la juridicidad, la publicidad de las actuaciones del poder público y el control del poder."[287]

Capítulo Segundo

Constitucionalismo Social Comparado

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.

Tanto Lorenz von Stein, como Hegel, postulan una sociedad que constituye una especie de organismo, literalmente con espíritu o vida real, independiente de los individuos o incluso de cualquier generación en particular. Para Hegel ese espíritu "del pueblo o nación" (Volkgeist, entendido como espíritu de una nación a través de las generaciones) se concretiza en un individuo particular, el que incorpora o da realidad a ese espíritu, Ese individuo es el monarca absoluto pero constitucional, en el sentido que es el volkgeist lo que da origen a toda ley y toda constitución: el monarca, personificando ese volkgeist, es la ley y, por lo tanto, no solo la constitución, pero la mejor forma de constitución posible: "La sustancia ética no puede existir en una simple ley moral. El Estado es el mismo espíritu absoluto y verdadero que no reconoce ninguna regla abstracta de lo bueno y lo malo, de la astucia y del engaño. "El Estado

287 Manuel García-Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid: Alianza Editorial, 1085, págs. 92 a 104. Indicaciones y materiales para la enseñanza de la Constitución

es el espíritu que habita en el mundo y se realiza así mismo en el mundo mediante la conciencia… La marcha de Dios por el mundo es lo que constituye El Estado. (Vid. Supra libro primero, tomo segundo.)

El concepto de Estado Social como categoría dogmática nace en la doctrina alemana. HELLER acuñó la expresión Estado Social; (como representativo de las nuevas funciones de los poderes públicos, que no se preocupan sólo por asegurar la libertad de los ciudadanos, sino también por su situación económica, reconociendo ciertos derechos sociales (24). La burguesía alemana, consciente del significado y de la gravedad de los procesos revolucionarios europeos del siglo XIX, reacciona de forma conservadora y trata de transformar el Estado formal de Derecho en uno material, sin abandonar los elementos fundamentales de su propia concepción. El Estado social trata de ser un término medio entre el Estado liberal y la ruptura socialista-marxista, manteniendo los principios esenciales del sistema capitalista. El Estado social sigue siendo un Estado de Derecho y, por tanto, un Estado garantista del individuo frente al poder.

Capítulo Tercero

Los desafíos del Estado Social y Democrático de Derecho

Adicionalmente, para Lorenze von Stein, el estado consiste de dos componentes centrales que se deben complementar: la Constitución y la Administración -este último término en un sentido general: por ejemplo, la libertad y bienestar que la constitución establece debe ser implementada también al nivel práctico por el brazo administrativo. Lo que significa que debe haber una "administración social" que permita a los individuos ejercer esos derechos y gozar en realidad de esas garantías que la constitución promete. "Para Stein, el Estado tiene que garantizar la libertad del individuo no solamente contra las amenazas de otros individuos o de los propios agentes públicos, sino también contra la arbitrariedad de los desarrollos socioeconómicos"; eso es lo que pretende el estado social, inclusive superándose así mismo, en el, sentido de que su intervencionismo debe de ser al margen de las autocracia y del autoritarismo y promover acciones para poner a los seres humanos en condiciones de igualdad, por medio de una justa redistribución del ingreso y las acciones sociales para reducir la brecha social y que el mayor número de personas reciban los beneficios de la redistribución.-

Vid.-Libro Segundo.-El Estado Social y El Estado Social y Democrático de Derecho. Título Primero Origen, Conceptualización, Características y Desarrollo del Estado Social. Capítulo Primero. El Surgimiento Del Estado Social Capítulo Primero

La aproximación al ESDD, tiene también que enfrentar otras organizaciones afines a los poderes neoliberales, sean estas de carácter académico, de investigación, de servicios ; etc., decididamente opositores al Estado, máxime cuando éste, no acepta las condiciones y soluciones absolutas del neoliberalismo; que son expuestas como verdades incuestionables, que proviniendo de organismos o entidades, con funda-

mentos y objetivos estrictamente economicistas, deberían ser tomadas con seriedad relativa por las economías locales o regionales las asumen; estas organizaciones encuentran respaldo en las altas dirigencias de las grandes empresas privadas, de las economías regionales o locales, apoyados por los llamados "tanques de pensamiento", por los medios de comunicación; por investigadores acreditados algunos de ellos académicos reconocidos; aparecen también como ONGS, con financiamientos desconocidos, pero que sobreviven recibiendo aportaciones a cambio de opiniones, publicaciones, conferencias, etc., la mayoría de veces sin mayores contenidos y claramente inclinadas a determinadas ideologías. Si no cometieren ilícitos, la confrontación entre estos y el Estado, tendrían que inscribirse esos posicionamientos como libre juego de ideas o libre expresión del pensamiento y la reacción del Estado tendría que ser enfrentarlos con mejores argumentos.

Sin embargo, otras fuerzas con mayor poder que enfrentan a los Estados y argumentando que la actividad económica debe dejarse a la libre fuerza del mercado, han presionado por recuperar y quitar del control del estado empresas estratégicas, que el estado ha venido manejando, especialmente aquellas en las que toda concesión puede dar lugar a graves casos de corrupción, entre los agentes que más influyen en las reprivatizaciones y en general en el control de las actividades estratégicas, entre estos los organismos financieros internacionales y las poderosas empresas transnacionales.

El profesor Cascajo Castro, al respecto dice: "Como es bien sabido, hoy los gobiernos y parlamentos pierden cuotas de poder a favor de los mercados y las agencias de escala global. Se deteriora la idea de lo que debe ser el servicio público y la responsabilidad social. Es llamativa la concentración masiva y la gestión privada de la oferta del servicio universal de acceso a las telecomunicaciones.

El vacío que va dejando el Estado lo llenan con desigual fortuna las multinacionales, y el radio de acción de estas estructuras resulta cada vez más asimétrico respecto del ámbito de las instituciones políticas.

Pero esta nueva estructura de poder no elimina las razones que fundamentan, en mi opinión, la necesidad de una Tutela pública de algunos bienes jurídicos, al abrigo de las exigencias del mercado. Y por eso la idea de ciudadanía, bien entendida, exige definir normativamente el contenido de algunos principios constitucionales, derechos fundamentales y libertades públicas al margen de cuál sea el concreto régimen jurídico que proporcione consistencia al citado estatus y del tipo de sujeto que venga obligado a satisfacerlo.[288]

También el mercado como institución de integración social debe estar sujeto a reglas verificadas a través del procedimiento democrático. No es una cuestión de más o menos Estado sino la comprobación empírica de que un mercado sin controles puede degenerar irremediablemente en un emporio de mafiosos.

---

288 3.- José L. Cascajo Castro – Recientes anotaciones conceptuales sobre los Derechos Sociales. Revista Oficial del Poder 354 Judicial 1/1 2007

Esta reflexión es importante pues dado la cultura de explotación que anima a gran parte de los empresarios menores o mayores, aparecen en ellos dos antivalores que se necesitan mutuamente: En efecto la codicia y el despilfarro; la necesidad de acumulación, con su influencia puede dar a conocer que la venta de productos médicos, o los alimentos ya vencidos, muestra una vez más en el sentido Así José L. Cascajo Castro – Recientes anotaciones conceptuales sobre los Derechos Sociales. Revista Oficial del Poder 354 Judicial 1/1 2007

La pretensión neoliberal de que el Estado no tiene nada que ver en la cuestión económica y que esta debe de obedecer a las leyes del mercado y en consecuencia debe el estado someterse a sus designios, es una forma cuasi demoníaca, producto de una ideología materialista, no marxista, pero con efectos y planteamientos que ponen a sus representantes al borde de la locura; no escapan a esta consideración los organismos internacionales, las empresas transnacionales, los grupos de estados llámense G8 o G7, que pierden la idea de que el Estado es mucho más que problemas y soluciones económicas.

Capítulo Cuarto

La Constitución y las atribuciones del Estado en el mundo de hoy

1.- El Estado es el lugar donde se conocen y resuelven los intereses conflictivos; el mercado es el instrumento para la administración de los bienes y servicios privados, si se quiere sin la intervención del Estado:

2.- El derecho internacional es el producto de las convenciones y pactos que realizan los pueblos en el marco del Estado nacional, que predomina en el mundo y el sometimiento de los estados al derecho internacional, es el resultado de los mandatos de los pueblos mismos;

3.- Los poderes globales y las empresas transnacionales, podrán fijar directrices, y en efecto las fijan, que afecten a la sociedad universal incluyendo los graves daños al medio ambiente; pero esto viene ocurriendo mediante graves violaciones a los principios éticos, de parte las potencias económicas globales, y en un agravamiento del desequilibrio del orden internacional y que hasta hoy no se ha corregido, a pesar del llamamiento a un nuevo orden internacional, que proclamó Juan Pablo II, el año 2004.

4.- La doctrina constitucional ha establecido que los derechos económicos, sociales y culturales inexistentes en el Estado Liberal, vienen a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado. En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos; el empeño del control global afectará estos valores proclamados por el ESDD y reconocidos por el derecho internacional a través de las Naciones Unidas.

5.- Las nuevas perspectivas del constitucionalismo social debe tener en consideración la crisis del Estado social tradicional del siglo XX, donde las políticas sociales tienen el carácter de concesiones planificadas centralmente por la administración, con fuertes niveles de opacidad, privilegios, discriminaciones y fenómenos de corrupción, asimismo, con formas distorsionadas partitocráticas y la actuación de poderes invisibles e inmunes a los sistemas de adecuado control, todo lo cual, lleva a elevar los costos y a reducir la eficiencia y eficacia de las intervenciones destinadas a potenciar y maximizar los derechos sociales.2 Asimismo, deben considerarse las crisis económicas de las últimas décadas, las transformaciones productivas y tecnológicas, la globalización del sistema económico, las desregulaciones y privatizaciones introducidas en la perspectiva neoliberal de las últimas décadas, la creación de macro poderes económicos opacos, como asimismo, la deslocalización y destemporalización de las relaciones laborales.

6.- Las constituciones contemporáneas, como la de España, Alemania, Chile, Italia, han definido con claridad que los estados deberán crear las condiciones y remover los obstáculos para que los derechos económico-sociales sean una realidad aunque sea la procura existencial, y no obstante las presiones a que los mismos estados se ven sometidos por los poderes globales; en el caso de El Salvador, aun cuando no tenemos una constitución que se considere moderna, pero tenemos principios como este:

Art. 101.- El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.

Art. 102.- Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.

El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.

En las disposiciones citadas se reconocen valores esenciales en el constitucionalismo moderno: La justicia social, es Justicia en la distribución de la riqueza de una sociedad (el valor esencial de la humanidad, según Rawls, y que Hayek, ha dicho que no ha podido descifrar su significado) ; la dignidad humana, reconocidos en las constituciones de España y Alemania, principio rector del constitucionalismo contemporáneo, se refiere a la condición y calidad humana por su propia naturaleza, sin más agregados; un orden económico que no es un

fin en sí mismo sino un instrumento para el desarrollo económico y social; es decir ajeno a los fines acumulativos de algunas entidades. (Vid. Orden Axiológico socio-económico; Cap. II, Tít. II, Libro II)

7.- Lo anteriormente expuesto es una propedéutica a una temática de mayor profundidad, a una experiencia más humana, en el sentido de que la sociedad planetaria, quiere que no la sometan a la dialéctica Estado y mercado, especialmente si se quiere lograr el predominio de éste sobre aquél. La sociedad del mundo de hoy, estaría exigiendo que los poderes terrenales puedan: revalidar los valores esenciales de la humanidad y que por algunas razones, desaparecen de la agenda de esos poderes y solo se mantienen en las solemnes declaraciones de los instrumentos internacionales, en la parte dogmática de las constituciones, o en las reuniones de alto nivel, pero que no alcanzan a ser consideradas como exigencias de los pueblos en el mundo de hoy, tal como lo ha proclamado el Papa Francisco.

Capítulo Quinto

Reacciones ante la Encíclica el Papa Francisco

"Laudato Si" ("Alabado seas" en latín),

Las principales autoridades de las Naciones Unidas han saludado la encíclica papal y han dicho:

El Secretario General reafirmó que la humanidad tiene la importante obligación moral de cuidar y proteger nuestro hogar común, el planeta Tierra, así como ser solidaria con los miembros más pobres y vulnerables de la sociedad que son quienes más están sufriendo el cambio climático. Así, el Secretario General urge a los gobiernos a que pongan el bien común global por encima de los intereses nacionales y que adopten un ambicioso acuerdo universal sobre cambio climático en París este año.

El Secretario General da la bienvenida a las contribuciones de todos los líderes religiosos y personalidades influyentes en dar una respuesta al reto del cambio climático y en reforzar un desarrollo sostenible. El Secretario General está deseoso de recibir al Papa Francisco en las Naciones Unidas el próximo septiembre para que se dirija a la Asamblea General de la ONU.

La máxima responsable de la ONU sobre cambio climático, Christiana Figueres, Secretaria Ejecutiva de la CMNUCC, dio la bienvenida a la encíclica afirmando:

"La encíclica del Papa Francisco subraya que actuar frente al cambio climático es un imperativo moral para ayudar a las poblaciones más vulnerables del planeta, proteger el medio ambiente y fomentar un desarrollo sostenible. Esta clara llamada debería guiar al mundo para que de París a finales de este año salga un acuerdo climático universal duradero y fuerte. El imperativo económico junto al imperativo moral no dejan lugar a dudas de que debemos actuar ya frente al cambio climático."

Por su parte, el director Ejecutivo del Programa de la ONU para el Medio Ambiente (PNUMA), Achim Steiner, hizo la siguiente declaración tras conocerse la encíclica:

"El Programa de la ONU para el Medio Ambiente da la bienvenida al llamado sin ambigüedades del Papa Francisco, un llamado a la acción para hacer frente a la degradación medioambiental y al cambio climático. Esta encíclica es un llamado claro que resuena no solo entre los católicos sino entre todos los pueblos de la tierra. La ciencia y la religión se han unido en esta cuestión y ha llegado la hora de actuar.

Compartimos la visión del Papa Francisco de que nuestra respuesta al cambio climático y la degradación ambiental no puede estar exclusivamente definida por la ciencia, la tecnología o la economía, sino que se trata también de un imperativo moral.

No podemos dejar de lado a los más pobres del planeta, ni a los más vulnerables que son quienes más están sufriendo los cambios que vemos se están produciendo.

La protección del medio ambiente debe hacerse teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y las futuras. Con la adopción de los objetivos de desarrollo sostenible, en septiembre, y el acuerdo climático, en diciembre, tenemos la oportunidad de alterar el curso de la historia, creando un mundo mejor y más equitativo para todos. Sabiendo lo que sabemos sobre el estado del planeta y las decisiones que podemos tomar a día de hoy, no hay duda de las graves consecuencias que se plantean. Todos debemos reconocer la necesidad de reducir nuestro impacto en el medio ambiente y hemos de consumir y producir de manera sostenible. Como el Secretario General de la ONU ha dicho en repetidas ocasiones, somos la primera El título de la encíclica, "Laudato Si" ("Alabado seas" en latín), es una referencia a una oración de San Francisco, de quien el Pontífice tomó su nombre papal y que es, además, el santo patrón de la ecología; a estos esfuerzos se une este análisis y se propone rescatar esos valores y ponerlos al servicio de la conciencia de los salvadoreños, en la esperanza de que sean intermediarios, para que la voz llegue al mayor número de personas.

Título Segundo

Los Valores que el mundo debe recuperar

Capítulo Primero

La Seguridad Ciudadana

Introducción

La Constitución salvadoreña, ha consagrado como uno de sus valores fundamentales, la seguridad jurídica, aunque también reconoce como parte de su política de bien común, la seguridad pública y la seguridad social; hay por lo menos tres menciones o enfoques de la seguridad que puedan permitir políticas públicas sobre seguridad; habla también de la defensa nacional que debemos entender como seguridad nacional o seguridad del Estado; existe pues una preocupación estatal en relación a este bien común que es la seguridad; pero se maneja todavía el concepto de seguridad pública, y no el de seguridad ciudadana, lo que representa un déficit en la creación de un política enfocada al tema de seguridad, pues entre estos términos existen diferencias que deben considerar en el diseño de una política pública en esta materia.

Una política de seguridad ciudadana, debe cumplir con cuatro requisitos fundamentales,[289]

1.- Su apoyo en una legislación armónica y estable, fundada en la igualdad ante la ley, surgida de un proceso democrático.

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.

289 Andrés Dominguez Vial,Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, Artículo :La Prevención es mejor que la Sanción y la Reparación. Posibilidades de prevenir los delitos contra los Derechos Humanos. 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. Mas tarde fue Secretario Ejecutivo de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. El presente trabajo fue preparado para el Congreso Internacional "Derecho Penal Internacional y los límites de la acción legítima del Estado" realizado en Nürenberg en setiembre de 1997.

3.- Se hace necesario que esta política comprenda la represión adecuada y proporcional de los delitos, poner el énfasis en la protección eficaz de las víctimas, garantizarles 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, en relación con la necesidad de proteger los bienes jurídicos, considerados como prioritarios en el ordenamiento penal. "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."

El Control Social

Las condiciones propias de una sociedad insegura, pueden considerar como instrumentos adecuados y únicos la represión y la cárcel; esta es una consideración que asumen muchos salvadoreños debido a los altos niveles de violencia, agresividad, amenazas y acciones directas de los delincuentes, que hace que muchos ciudadanos invoquen mayor represión como respuestas al accionar delincuencial; sin embargo no se debe caer en ese error, las medidas de represión adecuadas a las circunstancias deben estar acompañadas de medidas y de instituciones que pueden crear condiciones y comportamientos de convivencia cada vez más razonables, en un proceso debe admitirse que no es fácil ni rápido. De ese modo tendríamos:

Algo de lo anteriormente expuesto ha expresado el señor presidente de la república (junio 2015); pero teniendo un Consejo de Seguridad ciudadana, debería de tenerse ya un proyecto de política pública a aplicarse en su período presidencial, con soluciones a corto y mediano plazo, dentro del período.

"El objetivo de una política pública de seguridad ciudadana, correcta y competente, dice Jáuregui, 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 y 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"…."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."[290]

Desde la perspectiva de la criminología, se habla del control social del delito, como "El conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales, que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias." Según esta definición, el control social comprende un conjunto de instituciones como la familia, la escuela, la iglesia, los partidos político, la policía, los tribunales, etc.; estrategias como la prevención, la represión, la resocialización, etc.; diversos medios normativos como la religión, las costumbres, el derecho; sanciones de orden moral, de orden punitivo, de orden social, etc. y de instancias de control social de carácter informal como la familia, la escuela, la opinión pública, la religión y otras de carácter formal como la policía, la legislación, los centros penitenciarios, etc.[291]

Es bueno meditar en si el poder de la familia está en su función social mediadora, y sí fenómenos, como la explotación demográfica o aspectos determinantes, como la evolución y transformación de modelos de la organización familiar, son factores positivos o negativos. La verdad es que los profundos cambios en la propia concepción de la unión familiar, hasta llegar al llamado "matrimonio abierto" (aquí llamados acompañados) que, siendo monogamico, no rige ciertamente por la concepción y tradición de permanecer, y de la necesidad de una revisión, también permanente, de la conveniencia de que tal unión se mantenga. Estos hechos son base cierta de que la familia de hoy, no tenga la fortaleza que, bajo anteriores preceptos y principios, permitió otra relación entre los padres e hijos.[292]

La escuela crea una relación muy especial, en la que los maestros enseñan, los padres confían y los niños aprenden, generándose en consecuencia, una relación multilateral de beneficios para todos. Pero lo importante de esta relación es la proyección que el proceso de enseñanza-aprendizaje genera, en cuanto los maestros reciben un salario, los padres reciben el beneficio de la formación de sus hijos y los estudiantes van conociendo los enigmas de la ciencia, los secretos de la tecnología y la percepción de lo que acontece en el entorno, operándose en consecuencia, un efecto socializador en los niños, en sus familias y en la realidad humana que les rodea, todo lo cual fundamentará una sociedad de armonía y solidaridad.[293]

---

290 Jorge Mario Jáuregui, Consultor de URBAL 14, "Seguridad Ciudadana,Políticas Públicas y Estructuración Urbana." Valparaíso, Chile.Vid. Mario Solano Déficit de Seguridad ciudadana; Evaluación del desarrollo institucional de los Acuerdos de Paz salvadoreños, UJMD, 2012

291 Seguridad Pública y Delincuencia, Carlos Reynaldo López Nuila, Utec, El Salvador, 2014; autor cita a Antonio García, La Criminología como ciencia empírica.

292 López Nuila, obra citada.

293 Ibíd

Disponer diariamente de la audiencia de miles de niños que acuden a las escuelas es una oportunidad única del Estado, en el sentido de que la orientación para la convivencia debe ser un eje primordial del programa general en la educación salvadoreña. La escuela debe inducir conductas de responsabilidad, respeto, solidaridad, participación, superación y contribución a la armonía de la comunidad educativa para la cohesión social y con su elevada capacidad de convocatoria, la escuela debe ilustrar sobre las condiciones ideales del ser humano para su crecimiento y para el progreso de todos en la sociedad. El conocimiento de la ciencia es bueno y necesario, pero el proceso de socialización es más importante e indispensable para la paz de todos.[294]

Una característica común de todas las religiones es que cualquiera que sea su denominación, estas establecen con carácter necesario, la vivencia de principios dictados en orden a llevar una vida plena de espiritualidad, que nos une a un Dios supremo. Este requerimiento se extiende necesariamente a la religión con sus semejantes, a quienes en todo momento, se les debe respetar en su integridad para lograr una existencia llena de amor y felicidad.[295]

También son mecanismos de control social la costumbre, la comunidad, la ley, los órganos del estado, los cuales deben ser organizados y coordinados n un Plan estatal, que refleje interés y capacidad para aplicar políticas públicas que corresponden al estado y de quien se espera un mayor protagonismo y liderazgos eficaces.,

2. Documentos Internacionales

2.1 Un informe de la Comisión Interamericana de derechos humanos, durantela Primera Reunión de Ministros de Seguridad Pública, Washington 2008, entre otros temas abordó en la denominación de la seguridad en el contexto de la sociedad actual y al respecto, dijo:

"Para los propósitos de este informe, resulta pertinente definir un concepto preciso de seguridad ciudadana en atención a que esto constituye un requisito previo esencial para la determinación del alcance de las obligaciones de los Estados Miembros conforme a los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicables. En esta dirección, la Comisión destaca que en el orden jurídico internacional de los Derechos Humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social. Sin embargo, puede entenderse que ese derecho surge de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona, en los términos del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida,

294 López Nuila, obra citada.

295 Ibíd

a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales"; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales."

No obstante, la Comisión considera que la base de las obligaciones exigibles al Estado se encuentra en un plexo normativo que exige la garantía de derechos particularmente afectados por conductas violentas o delictivas, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana. Concretamente, este cúmulo de derechos está integrado por el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes, sin perjuicio de otros derechos que serán objeto de análisis específico en el cuerpo de este informe.

La seguridad ha sido desde siempre una de las funciones principales de los Estados. Indudablemente, con la evolución de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad. El concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden como una expresión de la fuerza y supremacía del poder del Estado. Hoy en día, los Estados democráticos promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales. Así, desde la perspectiva de los derechos humanos, cuando en la actualidad hablamos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la delincuencia, sino que estamos hablando de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas. Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados.[296]

Documento citado

A los efectos de este informe, el concepto de seguridad ciudadana es el más adecuado para el abordaje de los problemas de criminalidad y violencia desde una perspectiva de derechos humanos, en lugar de los conceptos de "seguridad pública", "seguridad humana", "seguridad interior" u "orden público." Éste deriva pacíficamente hacia un enfoque centrado en la construcción de mayores niveles de ciudadanía democrática, con la persona humana como objetivo central de las políticas a diferencia de la seguridad del Estado o el de determinado orden político. En este orden de ideas, la Comisión entiende pertinente recordar que la expresión seguridad ciudadana surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transi-

296 Documento citado.

ciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios. En estos últimos, el concepto de seguridad está asociado a los conceptos de "seguridad nacional", "seguridad interior" o "seguridad pública", los que se utilizan en referencia específica a la seguridad del Estado.

En los regímenes democráticos, el concepto de seguridad frente a la amenaza de situaciones delictivas o violentas, se asocia a la "seguridad ciudadana" y se utiliza en referencia a la seguridad primordial de las personas y grupos sociales. Del mismo modo, contrariamente a los conceptos también utilizados en la región de "seguridad urbana" o "ciudad segura", la seguridad ciudadana se refiere a la seguridad de todas las personas y grupos, tanto en las zonas urbanas como rurales. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante destacar que el concepto de "seguridad pública", se utiliza ampliamente en los Estados Unidos y Canadá, para hacer referencia también a la seguridad de las personas y grupos que componen la sociedad. Por el contrario, como se ha señalado en los párrafos anteriores, la misma expresión "seguridad pública", en América Latina hace referencia a un concepto diferente que alude a la seguridad construida desde el Estado o, en ocasiones, a la misma seguridad del Estado.

1) fomentar y fortalecer políticas de Estado en materia de seguridad pública de largo plazo, integrales y con pleno respeto a los derechos humanos; 2) Fortalecer, en el marco de estas políticas, la capacidad de nuestros Estados para promover la seguridad ciudadana y para responder eficazmente a la inseguridad, la delincuencia y la violencia adecuando, según sea necesario, su marco jurídico, estructuras, procedimientos operativos y mecanismos de gestión; 3) Analizar los problemas de seguridad pública desde una visión integral, teniendo en cuenta las amenazas emergentes, e impulsar instrumentos de gestión que permitan a las autoridades nacionales evaluar y mejorar, según sea necesario, la eficacia de las políticas de seguridad pública.

2.2 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009

Comisión

OEA, Consejo Permanente. Comisión de Seguridad Hemisférica. Grupo de Trabajo Encargado de la Preparación de la Primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas: "Diagnóstico y propuestas desde la Academia sobre los problemas de Seguridad en América Latina. Un insumo para la primera reunión de Ministros Responsables de la Seguridad Pública de las Américas", página 2. OEA, Ser. G/. CSH/GT/MISPA 2-08. 10 junio de 2008.[297]

297 Informe citado.

2.2.1 La Seguridad Ciudadana y Los Derechos Humanos

La inseguridad generada por la criminalidad y la violencia en las Américas constituye un grave problema donde está en juego la vigencia de los derechos humanos. Las políticas sobre seguridad ciudadana deben ser evaluadas desde la perspectiva del respeto y garantía de los derechos humanos. Por un lado las obligaciones negativas de abstención y respeto y, por otro, las obligaciones positivas vinculadas a la adopción de medidas de prevención. Asimismo, la invocación efectiva de los derechos involucran obligaciones positivas y negativas en cuatro niveles: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. La obligación de respetar se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes.

Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien... Una de las dimensiones principales de las obligaciones estatales se vincula al esclarecimiento judicial de conductas, con miras a eliminar la impunidad y lograr su no repetición. Tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han condenado la impunidad de hechos que vulneran derechos fundamentales ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. Sin duda la adecuada y eficaz administración de justicia por parte del Poder Judicial, y en la medida correspondiente por entes disciplinarios, tiene un rol fundamental no sólo en términos de reparación del daño causado a los afectados, sino también en términos de disminución del riesgo y el alcance del fenómeno.

3. Las obligaciones de los Estados conforme a la Convención Americana

La Convención Americana protege los derechos a la vida (artículo 4), la integridad personal (artículo 5) y la libertad (artículo 7), entre otros relacionados con la seguridad ciudadana, cuyo contenido será materia de análisis en capítulos posteriores de este informe. Asimismo, el artículo 1 de la Convención Americana establece que

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El alcance de esta disposición ha sido analizado reiteradamente por la Comisión y la Corte a los efectos de determinar el concepto de obligaciones positivas en materia de derechos humanos. La Corte, específicamente, ha establecido jurisprudencia firme en

cuanto a que la protección de la ley la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1 contempla para los Estados, de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.[298]

4. La caracterización de una política pública sobre seguridad ciudadana

50. La construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado. Estos se encuentran constituidos por el marco jurídico emanado de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los pronunciamientos y la jurisprudencia de los organismos de contralor que integran los diferentes sistemas de protección. Los estándares establecen orientaciones generales, determinando mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado. La Comisión reitera que ha recordado a los Estados Miembros en varias oportunidades su obligación de garantizar la seguridad ciudadana y el Estado de Derecho dentro del pleno respeto de los derechos humanos. El diseño, implementación y evaluación de las políticas sobre seguridad ciudadana en la región tienen que estar definidos además por el encuadre que proporcionan los principios internacionales de derechos humanos, especialmente, los principios de participación, rendición de cuentas, etc.

Según las definiciones más aceptadas en el plano internacional: (1) el principio de participación implica que "toda persona y todos los pueblos tienen derecho a participar activa, libre y significativamente en el desarrollo, como así también a contribuir y disfrutar del desarrollo civil, económico, social, y político, donde pueden ser realizados los derechos humanos y libertades fundamentales"; (2) el principio de rendición de cuentas o de "responsabilidad e imperio de la ley" establece que "los Estados deben responder por el cumplimiento de los derechos humanos. En este sentido tienen que cumplir con las normas legales y estándares contenidos en los instrumentos de derechos humanos. En caso de no cumplir con sus deberes, los titulares de derechos agraviados están facultados para iniciar procesos judiciales para la reparación apropiada de daños ante un tribunal o juzgado competente según las reglas y procedimientos legales"; y (3) el principio de no discriminación alude a que "todos los individuos son iguales como seres humanos en virtud de la dignidad inherente de toda persona. Todos los seres humanos tienen derechos sin discriminación de ninguna clase en base a la raza, color, sexo, etnia, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, discapacidad, propiedad, nacimiento u otra

298 La seguridad ciudadana y los derechos humanos.

condición, según ha sido explicado por los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos"

Según las definiciones más aceptadas, las políticas públicas se caracterizan por ser: (1) integrales (por abarcar sistemáticamente los derechos humanos en su conjunto); (2) intersectoriales (por comprometer acciones, planes y presupuestos de diferentes actores estatales); (3) participativas (por la intervención permanente de la población involucrada y por favorecer la democratización de la sociedad); (4) universales (por su cobertura sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo); y (5) intergubernamentales (por comprometer entidades de los gobiernos centrales y locales)

. Por otra parte, necesariamente las políticas públicas deben ser sustentables, debido a que, por su naturaleza, requieren tiempos de ejecución en el mediano y largo plazo. Esta característica significa que la implementación de una política pública no puede medirse de acuerdo a la duración de un período de gobierno. En consecuencia, cualquier clase de política pública sobre seguridad ciudadana requiere, para ser verdaderamente eficaz, sostenerse en fuertes consensos políticos y amplios acuerdos sociales, aspecto que es también central para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática en la región. La construcción de una política sustentable sobre seguridad ciudadana enfrenta obstáculos a partir de la manipulación de la inseguridad subjetiva con objetivos exclusivamente político-partidarios, escenario que se advierte claramente en algunos países de la región durante los períodos electorales. Esto no significa que pueda existir algún tema vedado para el amplio debate público. Por el contrario, el intercambio de ideas, las presentación de propuestas.- "De otro lado, los estudios sobre el enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas llegan a las siguientes conclusiones: Los derechos humanos se constituyen en el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas. Los derechos humanos son el objeto mismo de las políticas públicas en la medida en que éstas se dirigen a la concreción, protección o defensa de situaciones socialmente relevantes que implican violación o vulneración derechos humanos." Jiménez Benítez, William.

"La Comisión Interamericana de Derechos Humanos urge a los Estados a reflexionar sobre la importancia de la seguridad ciudadana y el respeto a los derechos humanos"

Alternativas para solucionar los grandes temas que concitan la preocupación de las personas que viven en una sociedad, y la demanda ciudadana orientada a la rendición de cuentas de las autoridades públicas, son elementos constitutivos de una sociedad democrática. Sin embargo, la Comisión anota que en el hemisferio, en los últimos años, y a partir de la alta sensibilidad de la población frente al impacto de los actos de violencia o el crecimiento de determinados delitos, puede verificarse un manejo del tema de la inseguridad ciudadana se relaciona más con el desarrollo de debates electorales con interés en el corto plazo, que en el objetivo de informar adecuadamente a la sociedad y de convocar a las instituciones públicas, las organizaciones sociales, medios masivos de comunicación y a la comunidad en general, a reflexionar sobre los factores que inciden sobre esta problemática, y sobre las medidas realmente

eficaces para mejorar las condiciones de vida de la población frente a la amenaza de la violencia y el delito.

Este concepto de política pública no puede comprenderse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos. Las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales, a los efectos que los Estados Miembros puedan cumplir cabalmente sus obligaciones internacionales de protección y garantía. En este sentido, la referencia al enfoque de derechos en las políticas públicas debe ser entendido en dos dimensiones, diferentes pero complementarias: por una parte, los estándares y principios de derechos humanos aportan una guía u hoja de ruta para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas; y, por otra parte, y a la vez, los Estados deben desarrollar políticas públicas que tengan como objetivo la realización de estos derechos.

Los Estados miembros deben diseñar e implementar políticas públicas con enfoque de derechos humanos como instrumento para cumplir rigurosamente con las obligaciones, de tipo negativo y de tipo positivo, asumidas, en especial, en el marco del Sistema Interamericano respecto a los derechos comprometidos con la seguridad ciudadana. Al respecto, la Comisión ya ha manifestado anteriormente que "considera que existe una impostergable necesidad de que los Estados reflexionen sobre el tema y adopten medidas y políticas públicas eficaces que garanticen la seguridad de la población y el respeto a los derechos humanos65. En definitiva, y a partir de los desarrollos precedentes, para la Comisión, una política pública sobre seguridad ciudadana con enfoque de derechos humanos es aquella que incorpora el desarrollo de acciones simultáneas en tres áreas estratégicas: el área institucional, el área normativa y el área preventiva. De esta forma se da satisfacción a dos de los requisitos esenciales de una política pública, como son la integralidad y la multilateralidad.

Capítulo Segundo

La Dignidad Humana.

Introducción

Lo social está íntimamente vinculado al reconocimiento de la dignidad de la persona. La Ley Fundamental de Bonn, (Constitución alemana prefiero llamarla) señala la dignidad del hombre como supremo valor. La Constitución española en el art. 10.2 recuerda que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes no se encuentran aislados sino que tienen que ser compatibles con los derechos de los demás.[299]

299 Vid. Constituciones de estos países, en el Libro Tercero, de esta obra

La afirmación de la dignidad de la persona implica el reconocimiento de unos derechos. El constitucionalismo social aporta a la dogmática de los derechos dos consecuencias: por una parte, el concepto de derecho fundamental, que representa una superación de la visión de los derechos como meramente subjetivos; por otra, que a los derechos tradicionales del Estado liberal –los derechos de la esfera personal- y del Estado democrático –los derechos políticos- tienen que añadirse unos derechos sociales, inherentes al bienestar de los ciudadanos, que impliquen prestaciones asistenciales – educación y salud- y que abarquen sus relaciones laborales y económicas. Por último, hay que señalar que el Estado social se caracteriza por la constitucionalización de unos principios rectores de la política social y económica que informan la actividad de los poderes públicos.[300]

La dignidad de la persona como fundamento del estado de derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo

Al término de la Segunda Guerra Mundial todos los pueblos de la tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los Estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la Igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas."

Luego la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella.

En efecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe "en la dignidad y el valor de la persona humana" y determina que "todos los seres humanos nacen libres o iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros."

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamentan tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía, como son el funcionamiento de un aparato jurisdiccional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo, una dimensión negativa

300 Vid supra: Orden axiológico constitucional

o de abstención de vulneración tanto por el Estado (como una legislación que vulnere los derechos o que afecte su contenido esencial o la prohibición de retroceso sin justificación), como por los particulares, cuando estos realizan actos u omisiones que afectan los derechos o adoptan actos jurídicos vulneradores de tales derechos.

Esta dignidad de la persona está dada por "la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo o cualquier acto de carácter degradante y deshumanizado, que vienen a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida."

La dignidad de la persona es el valor jurídico supremo siendo independiente de la edad, capacidad intelectual o estado de conciencia. La dignidad de la persona es un elemento de la naturaleza del ser humano, corresponde a todos por igual, a diferencia de la honra o prestigio de las personas o de la dignidad de las funciones que la persona desarrolla, que son bienes que pueden aumentar, disminuir o incluso desaparecer, dependiendo de cada persona y de las circunstancias concretas.

La persona nunca pueden ser instrumento, sino que por su dignidad reclama un respeto de ser siempre sujeto y no objeto, por ser siempre fin en sí mismo, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y todo lo que necesita para vivir dignamente. Indivisibles y complementarios de los derechos civiles y políticos.

A su vez, a nivel planetario ya se aprobó en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con un fundamento similar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde los Estados Partes se comprometen a reconocer y garantizar los derechos que el pacto asegura, el cual entra en vigencia el 3 de enero de 1976.

En el ámbito americano la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que es de fecha 2 de mayo de 1948, dada en la IX Conferencia Interamericana desarrollada en Bogotá, Colombia, y por tanto, anterior en varios meses a la Declaración Universal, se complementará con la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo artículo 11.1 establece el principio esencial de que "Toda persona tiene derecho al (...). Reconocimiento de su dignidad" y con el Protocolo de San Salvador, correspondiente a la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el ámbito americano.

Como establece la Declaración de Quito del 24 de julio de 1998 en su preámbulo /.../ "derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacio-

nal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador."

Dicha Declaración de Quito, en sus principios generales nos recuerda que:

13. " La fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana. La democracia, la justicia, la paz, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

14. "Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los dos tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos.

15. "El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de los derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales."

De acuerdo a dichos instrumentos internacionales los derechos económicos, sociales y culturales son derechos indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos, debiendo todos ellos ser respetados, promovidos y garantizados. Como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su Observación General N° 3, referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (de los poderes públicos y autoridades dentro de ellos), son las de respetar, proteger y cumplir o realizar los derechos, pormenorizando dicha Observación General cada una de estas obligaciones.

Ello obliga a los estados parte de dichos Pactos o Convenciones de abstenerse de realizar acciones u omisiones que constituyan una vulneración de los derechos asegurados como asimismo, requiere que el Estado realice medidas, acciones y adopción de normas jurídicas para impedir que otros actores privados violen los derechos de otras persona, además de realizar las acciones preventivas necesarias para ello. Asimismo, el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar el ejercicio de tales derechos a todas las personas utilizando para ello el máximo de sus recursos disponibles, incluyendo la ayuda internacional al respecto, sin perjuicio, de garantizar el mínimo de cada .derecho asegurado por el derecho internacional vinculante.

La persona, en virtud de su dignidad, se convierte en fin del Estado: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y

material posible, como asimismo, tiene el deber de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.[301]

Dice Häberle, que desde el texto de la carta de las naciones unidas hasta los más recientes pactos internacionales de derechos humanos, está presente esta categoría filosófico-jurídica de gran influencia en las decisiones políticas para erigirse como fundamento del respeto que debe tenerse en cuanto al reconocimiento de los derechos a todos los seres humanos.

No obstante el dogmatismo jurídico que está presente en la idea de la dignidad humana, como un término de naturaleza jurídico político, no es tan fácil precisar su significado porque el mismo responde a diferentes opiniones y formas de explicar y definir sus alcances exactos, de tal manera que aunque el término por ser una categoría de tipo jurídico y que ha sido proclamada en uno de los más importantes instrumentos jurídicos internacionales de la modernidad (ONU) y prácticamente en todos los instrumentos referidos a ella, ya sean de carácter regional o universal, hacen de la dignidad humana un factor clave para la estructuración de una nueva forma de crear y desarrollar la dogmática jurídica que tiene que ver con los derechos fundamentales o los derechos humanos, en el capo internacional; de igual forma en las constituciones de los países europeos se hace referencia a ella desde el principio de sus declaraciones, tal es el caso de Alemania, Portugal, Italia, etc., que fundamentan su estructura organizativa y el plexo de sus derechos fundamentales a partir de la idea de dignidad humana; es necesario, entonces, precisar su significado más acorde con las exigencias, propósitos y efectos que tiene especialmente en el derecho internacional. Una de las Corrientes más decisivas en cuanto a la determinación de este concepto procede del fundamentalismo cristiano, porque el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios ("Gen 1.27 y Efesios 4.24"), el hombre tiene una responsabilidad con Dios, que se manifiesta en la inmortalidad de su alma.

En el caso de la Constitución salvadoreña que tiene un inicio (frontispicio), además de deficitario, torpe, no se mencionan las normas fundacionales que se consideran esenciales en materia de derecho constitucional, como son las definiciones de la clase de Estado que se estructura, los valores a que se orienta, los principios jurídicos que le dan el marco filosófico para las actuaciones de sus gobernantes; en cuanto a la dignidad como valor, no se hace referencia explícita, pero hay una referencia tangencial a la misma y eso nos permite considerar que el componente de dignidad está presente en algunos de sus artículos, tal es el caso de los arts. 10 y 11, el primero que hace referencia a que la ley no puede autorizar pactos o contratos en los que de algún modo se atente contra la libertad o dignidad de la persona; el art. 11 se refiere el

301 Vid: Peter Haberle y Christian Starck, sendos estudios dobre dignidad humana desde los tratados internacionales y particularmente el tratamiento en la constitución alemana (Dignidad de la persona; Dickinson constitucional, Melendez Valdés, Madrid, pag 176.). Obra coordinada por el jurista español, Francisco Fernández Segado.

derecho de " habeas corpus", cuando se atente en contra de la libertad o dignidad de las personas detenidas; puede considerarse entonces que la dignidad humana forma parte del constitucionalismo salvadoreño y que no obstante su ubicación debemos considerar que lo que es para una de sus partes, puede aplicarse a todas las relaciones que se deriven de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales; esto no porque haya sido legislado sino por los precedentes jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, que ha resuelto muchos casos de inconstitucionalidad por conexión y en esa misma lógica, declara que existe o no existe la inconstitucionalidad alegada aplicando el criterio de conexión.

Resulta consecuente esta idea, especialmente por los dos temas en que la dignidad aparece incorporada, tales son los pactos o contratos que se celebren y también, porque se tiene en cuenta, a sujetos debidamente ubicados en la escala social, como es el caso de las personas detenidas, para quien la constitución reconoce que aun en tales condiciones, el respeto a la dignidad es fundamental, para que el resto de los derechos siga teniendo un significado respetable y eficaz.

Referencias

Para ampliar sobre el tema: Vid. Estudios constitucionales, año 7, n°2, pp.143-205. Artículos de doctrina, los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano Humberto Nogueira Alcala, profesor titular de derecho constitucional. Universidad de Talca.

Capítulo Tercero

La Solidaridad

La solidaridad, como bien se ha señalado, es una noción más fácil de intuir que de definir y delimitar por su contenido, alcance y aplicación, y si ello es así con carácter general, aún lo es más cuando, incorporada a un texto constitucional, se convierte en un auténtico principio vertebrador de esa norma fundamental, como acontece en el caso de la Constitución de 1978.[302]

Innecesario es decir, que en el plano de la ética la solidaridad aparece como una virtud moral; puede afirmarse que nos hallamos ante un auténtico valor ético-moral que bien podría compendiarse en la idea de fraternidad. Ser solidario, en pocas palabras, es asumir como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse incluso cómplice de los intereses, desvelos e inquietudes de ese otro ser humano.[303] En el ámbito de lo social, la solidaridad constituye un ingrediente esencial, la verdadera

302 UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 30, 2012, pp. 139-181.

303 Ibid

«conditio sine qua non» de la existencia de un grupo social, pues, como con toda razón se ha apuntado, sin solidaridad no hay muchas posibilidades de que exista un grupo humano digno de tal nombre.[304]

El gran sociólogo francés Émile Durkheim (1858-1917), a partir de la idea de vinculación entre el individuo y la comunidad social en que se integra,[305] vino a pensar en la solidaridad como la esencia misma de la moralidad, el ideal moral, porque conjugaría la autonomía personal con la integración social.[306] Su pensamiento era en buena medida tributario del de Pierre Leroux (1797-1871), quien hizo de la solidaridad una especie de característica antropológico-social, que la convertía en la base de la vida social, concepción que también haría suya su coetáneo Auguste Comte. (1798-1857).[307] No ha de extrañar que, en sintonía con todo ello, la solidaridad se haya considerado la virtud social por excelencia, en cuanto que, objetivamente, presupone una relación de pertenencia y, por lo mismo, de asunción de una corresponsabilidad, que vincula al individuo con el grupo social del que forma parte.

La solidaridad, conjuntamente con la libertad, la igualdad y la justicia, han venido a conformar la que creo que bien podría tildarse de tetralogía axiológica del Estado social de nuestro tiempo. Ciertamente, la solidaridad ha sido una noción de menor relevancia dogmática que, por ejemplo, las de libertad e igualdad,[308] pero lo cierto es que, con el devenir del tiempo, la solidaridad, piedra angular de la herencia cultural del humanismo cristiano, se ha convertido en un valor de referencia meta-ideológico, o lo que es igual, en una referencia axiológica general reivindicada desde cualquier posición ideológica.[309]

Los valores se depositan en la historia, conforman la organización social, pero son fruto, como ha escrito Coturri,[310] de largos procesos de maduración colectiva,

---

304 SOLANO SANTOS, L.F: «La solidaridad social, objetivo último de las relaciones públicas», en Documentación de las Ciencias de la Información, Vol. 32, 2009, págs. 267 y ss.; en concreto, pág. 280.

305 En realidad, Durkheim lo que fue es consciente no sólo de la influencia individualista en la sociedad, sino también de sus nefastas consecuencias; de ahí que, como se ha dicho, Durkheim eligiera a la propia sociedad como la panacea, como el remedio de todos los males, una sociedad, eso sí, regida por la idea que venimos tratando. BUCK AVELINO, P: «Princípio da solidariedade: imbricaçôes históricas e sua inserçâo na Constituiçâo de 1988», en Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 13, nº 53, Outubro/Dezembro 2005, págs. 227 y ss.; en concreto, pág. 242.

306 Apud DE LUCAS, J: «La polémica sobre los deberes de solidaridad», en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 19, Septiembre/Diciembre 1994, págs. 9 y ss.; en concreto, pág. 23.

307 Cfr. al respecto AMENGUAL, G: «La solidaridad como alternativa. Notas sobre el concepto de solidaridad», en Revista Internacional de Filosofía Política, nº 1/1993, Enero 1993, págs. 135 y ss.; en concreto, pág. 136.

308 Como recuerda González Amuchastegui, ello ha sido así también para la Filosofía moral y política. Cfr. al respecto, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en Sistema. Revista de Ciencias Sociales, nº 101, Marzo 1991, págs. 123 y ss.; en concreto, pág. 125.

309 JIMÉNEZ REDONDO, J.C: El valor de la solidaridad en un mundo global, CEU Ediciones, Madrid, 2010, págs. 11-12.

310 COTURRI, G: «Las bases políticas de la solidaridad», en Anales de la Cátedra Francisco Suárez (monográfico sobre «Italia, años 80. Derecho, política y democracia»), nº 30/1990, págs. 129 y ss.; en concreto, pág. 137.

con vicisitudes muy diversas, siendo el proceso de fondo eminentemente cultural. No ha de extrañar por lo mismo que, en su excelente estudio de la historia social de la idea de solidaridad en la Francia decimonónica, Hayward se haya hecho eco de los bruscos cambios de fortuna por los que tal idea ha atravesado[311], en lo que quizá tenga bastante que ver la indeterminación y vaguedad del propio concepto[312].

El término «solidaridad» encuentra su raíz en el étimo romano solidarium, que se enlaza con las expresiones solidum, soldum, y que significa «entero», «compacto», y de ahí la conocida figura jurídica de la obligatio in solidum, en la que cada uno de los codeudores asume la totalidad de la obligación contraída, y cada uno de los coacreedores dispone del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación en su totalidad. Es claro que en el mundo del Derecho el concepto de «solidaridad» puede considerarse una herencia del Derecho romano recepcionada por el Código Civil napoleónico de 1804[313].

Esta instrumentación jurídica iusprivatista de la noción de solidaridad va a cumplir una función eminentemente garantista: la de reforzar y asegurar las garantías del acreedor, y por lo mismo la propiedad, y del tráfico jurídico, que es tanto como decir la libertad económica, lo que ya nos pone de manifiesto no sólo el acentuado individualismo de una figura que cumple semejante rol, con su consiguiente apartamiento de la visión de la misma por los teólogos social-católicos —pensemos en Joseph de Maistre (1753-1821)—, sino incluso su desnaturalización desde los parámetros con los que la solidaridad es visualizada en el Estado social de nuestro tiempo. Ello es obvio si se atiende a los derroteros bien diversos a que responde la lógica de la solidaridad en el Estado social de nuestro tiempo. En el análogo sentido, Vidal ha podido escribir[314], que la solidaridad, entendida como Derecho desde el paradigma iusprivatista, es una solidaridad egoísta, y contradictoria con la solidaridad vista como valor jurídico en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

Innecesario es reiterar la trascendencia que la solidaridad ha adquirido en el ámbito del Derecho público y, más precisamente, en el marco del constitucionalismo de nuestro tiempo, esto es, del Derecho constitucional del Estado social y democrático de Derecho.

---

311 HAYWARD, J.E.S.: «Solidarity: the Social History of an Idea in Nineteenth Century France», en International Review of Social History, Vol. 4, No. 2, 1959, págs. 261 y ss.; en concreto, pág. 269.

312 «It can be argued —escribe Hayward— that the concept of solidarity is extremely vague and indeterminate if used without qualification; without prefix or suffix that gives it a distinctive orientation.» HAYWARD, J.E.S: «Solidarity: the Social History...», op. cit., pág. 261.

313 Como recuerda Hayward, la concepción jurídica de una relación de solidaridad entre los miembros de una sociedad presenta su primera señal oficial en Francia en la sección cuarta, del capítulo 4º del Título III del Código Civil, titulado: «Des obligations solidaires.» HAYWARD, J.E.S: «Solidarity: the Social History...», op. cit., pág. 270.

314 VIDAL GIL, E.J: «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», en Anuario de Filosofía del Derecho, tomo X, 1993, págs. 89 y ss.; en concreto, pág. 100. Apud DE LUCAS, J: «La polémica sobre los deberes de solidaridad», op. cit., pág. 16. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 30, 2012, pp. 139-181.

Cierto es que no han faltado autores que han considerado que el Derecho no es el ámbito propio de la solidaridad. Así, Cortina cree que la solidaridad es incompatible con la coacción jurídica y, por lo tanto, cualquier intento de anudar consecuencias jurídicas a la solidaridad (así, por ejemplo, extraer de ella deberes exigibles en último término mediante la coacción jurídica) significaría tanto como la destrucción de la noción misma de solidaridad.- No podemos compartir tal posición, que además la propia realidad jurídica desmiente, en cuanto que la recepción al máximo nivel jurídico de la solidaridad, como principio constitucional, ha supuesto su plena normativización, su operatividad como principio jurídico. Más aún, el art. 2º de la Constitución italiana vinculó de modo específico la solidaridad al cumplimiento de unos determinados deberes, pues no en vano alude a los «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.»

Cierto es, como apunta la doctrina (15) que como todos los principios vértices de gran contenido ético y político, la solidaridad es difícil de tecnificar en normas jurídicas concretas, pero ello, añadiríamos por nuestra cuenta, no significa que no puedan extraerse de la solidaridad, en cuanto principio constitucional, que ha de ser interpretado en conexión con otras normas constitucionales, precisas consecuencias jurídicas en ámbitos materiales diversos.

Y a todo ello bien podría añadirse que la constitucionalización de un principio, que a la par es un valor, como el de la solidaridad opera como elemento de fundamentación del propio orden político. Refiriéndose a Italia, Galeotti, en un espléndido trabajo, ha puesto de relieve que la solidaridad debe ser reconocida como principio «fondante de ella nostra convivenza di Stato democratico», en cuanto aparece vinculada de modo inescindible (en el propio artº. 2º) con el principio personalista (16). Pensemos, en estrecha conexión con la idea precedente, en que la función prestacional del Estado (que un sector de la doctrina, Bobbio muy destacadamente, también identifica como función promocional del Derecho y del Estado), exigida justamente por los derechos que responden a esa misma calificación de derechos prestacionales, encuentra en el valor de la solidaridad un más que relevante punto de sustento.

Referencias

Autores citados por Francisco Fernández Segado

LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

De acuerdo a lo expuesto por Fernández Segado, a pesar de que a finales del siglo XIX el ambiente era poco favorable a las intervenciones públicas, el Estado obligó a los empresarios a asegurar a los trabajadores contra los infortunios en el trabajo. Hasta ese momento, los primeros ejemplos de prevención nacían como formas privadas dentro de las mutualidades y casas de socorro donde la solidaridad de los socios no se extendía a los grandes sucesos y eran prestaciones modestas. La intervención del Estado por medio de la actividad legislativa cubría principalmente las condiciones de trabajo en las fábricas: Ley italiana de 17 de marzo de 1898, Ley de Salud y Moralidad para regular el trabajo de niños en las fábricas de algodón –Inglaterra, de 1802-, del horario laboral de doce horas –Francia, en 1892-, descanso semanal obligatorio y seguro de enfermedad para trabajadores -Alemania, en 1883-. El desarrollo de una legislación laboral es otra de las primeras manifestaciones del Estado social. El Derecho civil partía de la autonomía contractual, expresión de la libre decisión del individuo, que no tenía en cuenta la desigualdad de medios económicos que situaba al trabajador en una situación de debilidad y dependencia del empresario. Las leyes que van regulando las relaciones laborales protegen a la parte más débil de la relación jurídica atribuyendo a los trabajadores unos derechos irrenunciables. En la misma dirección se ha producido de manera paulatina el desarrollo del derecho de los consumidores como límite a la legislación mercantil y como protección del usuario o consumidor frente a la empresa privada.

Progresivamente va correspondiendo al Estado el establecimiento de un sistema de seguridad social. Este sistema de previsión social se va a caracterizar por la falta de correspondencia entre el riesgo y la contribución, y la irrelevancia de la proporcionalidad entre la contribución y la prestación. Se establece así un sistema de previsión social solidaria y se supera el modelo mutualístico, que tenía influencia del modelo de aseguramiento privado. El peso del sistema lo asumen los miembros individuales con mayor capacidad contributiva. Las aseguraciones sociales eran obligatorias por Ley, obligación que grava especialmente al empresario. Si el empresario obtiene un beneficio de la actividad del trabajador, también debe soportar el riesgo económico que puede acompañar al normal desempeño de su actividad laboral, en particular, los accidentes de trabajo. Con los años se va acentuando el carácter nacional.[315]

315 15 Cfr. G. AMATO, "Forme di Stato e forme di gobernó", G. AMATO y A. BARBERA, Manuale di diritto pubblico, cit, págs. 61-62. Lógicamente, esto tiene también sus riesgos para el equilibrio económico del propio Estado.

La solidaridad en el constitucionalismo salvadoreño

3.6 El Salvador

El Régimen de Derechos Sociales en la Constitución

1. El Inicio del Estado Social

En la Constitución de 1950 y ratificados en la Constitución de 1983, se reconocen como derechos fundamentales, es decir que están contemplados en la Constitución misma formando parte de los derechos que se reconocen a la persona humana como principio y fin de la actividad del Estado; entendiéndose que su carácter de derechos fundamentales, es porque se han reconocido en base al principio de dignidad, de que ya hemos hablado y aunque la Constitución no hace referencias específica de ella, pero si es mencionada como condición necesaria para no admitir las celebración de pactos en que se atente en contra de la libertad y dignidad humanas; estos componentes que le hacen tener esa condición de fundamentales a los derechos sociales, lo es también por el hecho de que no es necesario que se regulen o desarrollen en la ley para que tengan eficacia plena, de acuerdo a un principio que ha sido reconocidas por la jurisprudencia de la Sala de lo constitucional, como es el principio de supremacía constitucional (art. 246) y el de eficacia normativa directa, en el sentido de que los derechos son exigibles, protegibles, ya sea mediante la figura del amparo constitucional o por medio de la inconstitucionalidad por omisión al obligar al legislador a que dicte la normativa secundaria, cuando por alguna circunstancia, la ley sea estrictamente necesaria.

Una característica específica del constitucionalismo social es la inclusión en las declaraciones de derechos, como derechos fundamentales, de algunos derechos considerados sociales, destinados a garantizar el ámbito existencial y laboral de los individuos y de los grupos sociales. Las distintas generaciones del constitucionalismo han materializado transformaciones en la parte dogmática, para incluir como derechos fundamentales, y por tanto, al mismo nivel que los tradicionales derechos de la esfera personal y derechos políticos –libertad ideológica y religiosa, libertad personal, derecho de participación política, etc.- nuevos derechos, al hilo de las preocupaciones sociales y también de la capacidad económica del Estado. Los derechos fundamentales de carácter social se distinguen de los derechos de la esfera personal en que ya no son libertades frente al Estado, sino puros derechos de prestación.

En el Libro Tercero, Título Tercero, Capítulo segundo, se citaron las disposiciones del Orden Económico de nuestra Constitución y consideramos que tales disposiciones, aunque no lo dicen, reflejan una visión profundamente solidaria de la cuestión económica, que estarían sentando las bases para la construcción del Estado Social y Democrático de derecho; aunque parezca paradójico, pero uno de los elementos de la estructura social de El Salvador, que menos ha contribuido a la inclusión y al contrario ha permitido la polarización y discriminación social, ha sido la parte económica; si se analizan las disposiciones del Orden económico constitu-

cional, con optimismo podríamos pensar que tenemos la base suficiente para crear políticas públicas que promuevan la justicia social y la libertad económica en lo que no se oponga al interés social, el pulso que ha generado la contribución especial para financiar la seguridad, debería resolverse a favor de la sociedad y del Estado.

Remitimos al lector al Libro, Título y Capítulo citados, para verificar lo que estamos comentando, que reiteramos en los próximos párrafos.

En las disposiciones citadas se reconocen valores esenciales en el constitucionalismo moderno: La justicia social, es Justicia en la distribución de la riqueza de una sociedad (el valor esencial de la humanidad, según Rawls, y que Hayek, ha dicho que no ha podido descifrar su significado); la dignidad humana, reconocidos en las constituciones de España y Alemania), principio rector del constitucionalismo contemporáneo, se refiere a la condición y calidad humana por su propia naturaleza, sin más agregados; un orden económico que no es un fin en si mismo sino un instrumento para el desarrollo económico y social; es decir ajeno a los fines acumulativos de algunas entidades.

Se ha querido argumentar que la función social así como la justicia social son términos indefinibles; rechazamos esa postura; lo que ocurre es que se han querido manejar como categorías filosóficas puras y abstractas, pero más bien ambos términos responden a realidades propias de sociedades y épocas concretas; en el caso de El Salvador, la Junta Revolucionaria de Gobierno en 1980, detectó que una de las causas del conflicto salvadoreño, era la estructura de tenencia de la tierra y decretó la reforma agraria, por la cual, entre otras cosas, determinó que ninguna persona natural o jurídica, podía poseer más de quinientas hectáreas; en un caso impredecible, la Constitución de 1983, fue todavía más estricta y fijó el máximo de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. ¿Qué significa esto? Que el constituyente extrajo una explicación de la realidad estructural y dijo:

Para que haya función social de la propiedad cultivable, es necesario hacer la reforma agraria; eso mismo debe entenderse los casos de los artículos; 104, 105, 106 y siguientes, en todas esas disposiciones debe entenderse que hay aplicación de los principios de reconocimiento de libertad económica en lo que no se oponga interés social, reconocimiento de la propiedad privada en función social y que el régimen económico está orientado por principios de justicia social.

En el plano internacional la solidaridad se ha manifestado en diversas formas, para los propósitos de esta obra incluimos como una expresión solidaria, el siguiente instrumento, lo hacemos atendiendo las palabras del papa Francisco, en sus discursos en su reciente visita a Cuba y los Estados Unidos de América, quien ha dicho que en la solidaridad, hay compasión, pero no lástima, que hay ternura, no humillación y que debe manifestarse en la colaboración y cooperación recíprocas.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (fragmento)

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención es el resultado de un largo proceso, en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención

(Nota: Se respeta la redacción y puntuación propia del Convenio)

a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole, c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación, d) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, f) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e-2-internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, g) Destacando la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte inte-

grante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible, h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano. i) Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad, j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso, k) Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo, l) Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo, m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza, n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de-3- decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente. p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición, q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, s) Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad, t) Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad, u) Teniendo presente que, para lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera, es indispensable que se den condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se

respeten los instrumentos vigentes en materia de derechos humanos, v) Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, w) Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad-4-de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones, y) Convencidos de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, Convienen en lo siguiente:

Artículo 1

Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 2

Definiciones

A los fines de la presente Convención:

La "comunicación" incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macro tipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por "lenguaje" se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal; Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad

que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables; Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; Por "diseño universal" se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Capítulo Cuarto

Probidad

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular; y su inobservancia acarrea responsabilidad: su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes.

Por ello la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ha dicho:

La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción.

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Preámbulo

(Nota: Se respeta la redacción y puntuación propia del Convenio)

Los Estados Parte en la presente Convención, Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, Preocupados

también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados, Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella, Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción, Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones, Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos, Reconociendo los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad, Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces, 2 Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción, Encomiando la labor de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la prevención y la lucha contra la corrupción, Recordando la labor realizada por otras organizaciones internacionales y regionales en esta esfera, incluidas las actividades del Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado Organización Mundial de Aduanas), el Consejo de Europa, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea, Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1961, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1972, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Coo-

peración y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1973, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1994, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1995 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003, Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Han convenido en lo siguiente:

1) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (UNCAC)

Resolución 58/4, 31 de octubre de 2003

(Fragmento)

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1

Finalidad

La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción.

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Artículo 2

Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del

ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

b) Por "funcionario público extranjero" se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública;

c) Por "funcionario de una organización internacional pública" se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre;

d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito; 4

f) Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente;

g) Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo devienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;

h) Por "delito determinante" se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención;

i) Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Artículo 3

Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo 4

Protección de la soberanía

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.Inicio/Internacionales/Convenciones/Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA)

Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA)

29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997.

Esta Convención, es el primer instrumento jurídico internacional en su tipo. Reconoce expresamente la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla. Los propósitos de esta Convención son:

Promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Esta Convención reconoce que la corrupción no podrá ser solucionada únicamente con acciones represivas, sino que es necesario que los estados adopten medidas preventivas orientadas a modernizar las instituciones de gobierno y a eliminar las causas de la corrupción o las condiciones que la propicien. De igual manera, la Convención concibe la lucha contra la corrupción como un proceso y no como el resultado de acciones puntuales. Por lo tanto, el esfuerzo debe ser permanente y de desarrollo progresivo.

Otro aspecto fundamental que destaca este instrumento es el reconocimiento de que los esfuerzos para combatir la corrupción deben hacerse mediante la coordinación y el compromiso de todos los actores, y no únicamente desde el Estado. En particular, reconoce la importancia y necesidad de la participación de la sociedad civil en esta lucha.

La Convención Interamericana contra la Corrupción establece la extradición de personas por delitos de corrupción; la cooperación y la asistencia entre los Estados a fin de obtener pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos corruptos. Asimismo, facilita los mecanismos para la identificación, rastreo, confiscación y decomiso de bienes derivados de actos corruptos. Además, exhorta a los países a evitar que el secreto bancario pueda ser utilizado para encubrir o este tipo de actos.

Para dar seguimiento al cumplimiento e implementación de la Convención el 4 de junio de 2001, en el marco de la XXXI Asamblea General de la OEA celebrada en San José, Costa Rica, se adoptó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC mediante el Documento de Buenos Aires, el cual comenzó a operar en enero de 2002.

Capítulo Quinto

La Verdad

Uno de los temas que hacen del Estado Social y Democrático de Derecho un ideal para esta generación; no sólo para escribirlo, sino para realizarlo, experimentarlo y generar seguidores que se comprometan a trasladarlo a las generaciones que vienen, es el tema de la verdad; si la dignidad, la libertad y la igualdad, son valores supremos para el constitucionalismo contemporáneo, difícilmente podrían o podrán realizarse, si el valor verdad no diera cobertura al compromiso que los ciudadanos del mundo asumimos, al creer y trabajar para que el Estado, sea efectivamente, una racionalización del poder social que no debe defraudarnos, al menos no en forma total: Si el Estado renuncia al totalitarismo, comprometiéndose con la realización de estos valores superiores, transitaría por el camino correcto y uno de sus conductores sería esta sobresaliente figura: Peter Häberle.

"El poder incurre en la falsedad, porque es prisionero de algunas mentiras. El poder falsea el pasado, el presente y el futuro… El poder falsea datos estadísticos. El poder disimula el respeto a los derechos humanos. El poder disimula no perseguir a nadie. El poder disimula no tener miedo a nada. El poder disimula que no disimula nada…"[316]

Y en este sentido permítaseme hacer mías(Román Cordero)[317], las palabras de Fernández Segado, quien sobre él afirmara que se trata de ", (refiriéndose a Haberle,

316 Havel, Václav (1989): Versuch In Der Wahrheit Zu Leben (nacido en Praga, 5 de octubre de 1936 - Vlčice, República Checa, 18 de diciembre de 2011)[1] fue un político, escritor y dramaturgo checo. Fue el último presidente de Checoslovaquia y el primer Presidente de la República Checa., P.18, Citado Por Häberle, Peter (2006): Verdad Y Estado Constitucional (México D.F., Instituto De Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma De México) P. 46.

317 10 Fernández Segado, Francisco (2003): "Estudio Preliminar. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo", en Häberle, Peter, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (Madrid, Dykinson) p. xxiv.

por los elogios recIbídos por algunos juristas...)"un jurista que, a partir de un bagaje intelectual y cultural extraordinario, que desborda por doquier el propio de la ciencia jurídica, ha orientado el conjunto de sus reflexiones hacia la construcción de una ciencia de la coexistencia cuyas coordenadas trascienden a su propio país en cuanto sientan las bases de un Derecho constitucional no especulativo, enraizado en la realidad socio-cultural, abierto, dinámico y presidido siempre por el respeto a la dignidad del ser humano y el servicio de la justicia.

Ahora bien, dice Cristian Román Cordero, el libro que tengo el honor de reseñar, que constituye por cierto una fehaciente prueba de lo antes dicho sobre el autor, estudia la relación que debe existir entre el Estado constitucional y la verdad y, a su vez, entre esta última y el Derecho. Título y tópico que, reconozcámoslo, para nuestro medio, acostumbrado a un debate jurídico reducido al mero positivismo, esto es, a las ecuaciones, sumas y divisiones normativas, pareciera hallarse extramuros de la "Ciencia Jurídica" o, a lo menos, en la órbita fronteriza de la filosofía del Derecho[318]. Häberle, con este luminoso libro, nos demuestra el error que ello importa y sitúa a la verdad en el centro mismo del Estado constitucional y, a su vez, en el centro mismo del Derecho Constitucional.

En efecto, el profesor Häberle nos enseña que el Estado constitucional está llamado a una eterna búsqueda de la verdad o, mejor dicho, verdades, debiendo promover y respetar, a su vez, la búsqueda que de ella o ellas efectúen los individuos y cuerpos intermedios. Búsqueda que, paradójicamente, mientras más estéril e infructuosa le resulte consolida de mejor modo esa clase de Estado, en tanto que si tal búsqueda concluye, esto es, arriba a una verdad –que como tal pretenda ser impuesta por este por sobre las otras, que desde ese momento pasan a ser verdades a medias o, lisa y llanamente, mentiras o falsedades–, acaba el Estado constitucional y principia el totalitario. En este sentido nos recuerda que "El tipo de Estado constitucional, i. e. democracia plural, muestra ser hoy día la forma de gobierno más exitosa (aunque constantemente susceptible de perfeccionamiento). El Estado constitucional se contrapone a cualquier tipo de Estado totalitario del color que sea, a cualquier ambición de verdad absoluta y a cualquier monopolio de información e ideología totalitaria[319]. Su característica más importante reside en no dar cabida a la verdad absoluta, sino en concentrarse permanentemente en la búsqueda de la misma. De igual modo, pude decirse que se erige sobre la reemplazabilidad y perceptibilidad de cualquier "verdad", entendiendo estos fundamentalmente en plural y no en singular, y sin imponer nada"[320].

---

318 Foucault, Michel (1992), La verdad y las formas jurídicas (Madrid, Gedisa) 174 pp.

319 El sistema totalitario de los Estados socialistas, marxistas, leninistas que hoy día deben ser superados, se sostenía precisamente sobre la base de "verdades ordenadas", así como también de mentiras conscientes, falsificación de hechos, monopolio de poder e información hasta de ´ministerios de la (no) verdad´." Häberle (2006) pp. 104-105.

320 Häberle (2006) pp. 113-114.

Demostrada la importancia que tiene la verdad para el Estado constitucional, el autor desarrolla varios mecanismos jurídicos, preferentemente constitucionales, "para tomar las precauciones suficientes, y no se repita que Estados, hoy como en el pasado, se fundamenten en no verdades, instrumentalicen la mentira para sus fines de dominio e institucionalicen la producción de no verdades según sus distintos resultados"[321].

Como se aprecia, el aporte más genuino de este libro es el llamado de atención que realiza para "tomar conciencia del debate filosófico en torno a la verdad ", puesto que "como juristas no nos podemos dar por satisfechos simplemente con recibir una definición, porque de esta forma se podría tomar la parte por el todo"[322] o, si se quiere, para reparar en la importancia del "principio que dice que el ciudadano debe asumir su parte de responsabilidad en el destino de la sociedad entera y comportarse siempre conforme al espíritu de este principio: dar voz a la verdad, darla a conocer a todos los demás sobre todo a los que detentan el poder, exigir de este el respetar la verdad y crear con todos un espacio para que tengan lugar discusiones democráticas públicas"[323]. A su vez, nos recuerda que el Derecho es un arte (ars boni et aequi), que necesitado es de historia y filosofía, pues sin ellas "se transforma en una mera tecnología, en un mero juego de normas, en algo puramente procedimental, adjetivo, adventicio, superficial y, lo que es peor, en un mero instrumento de poder, de dominación del más fuerte, sea uno, muchos o la mayoría"[324].

Del constitucionalismo actual de Alemania, hace un recorrido por las distintas constituciones de los Länders, que de un modo fervoroso, rescatan valores que revelan el grado cultural del pueblo alemán, revirtiendo aquella idea de agresividad y violencia, por decir lo menos, que había quedado plasmada desde antes y hasta después de la segunda guerra mundial; es interesante que Häberle ponga en una perspectiva diferente, como el pueblo alemán a través de sus constituciones, pone de manifestó la búsqueda de la verdad. Así el Art. 131/2 de la Constitución de Baviera, dice que el "objetivo supremo de la educación es la apertura a la verdad, bondad y belleza..", que reúne en un solo precepto tres cosas que el materialismo consumista

---

321 Häberle, Peter (2006) p . 105.

322 Häberle, Peter (2006) p . 148.

323 Havel (1989) pp. 45-46.

324 Soto Kloss, Eduardo (2006) : "La responsabilidad del Estado. Una introducción histórica indispensable para su debido entendimiento", en: VV. AA., Responsabilidad del Estado-Administración (Santiago, Universidad Santo Tomás) p. 11. Verdad Y Estado Constitucional By Häberle Peter; Truth And Constitutional State By Häberle Peter
Review By: Cristian Román Cordero
Revista Chilena De Derecho
Vol. 36, No. 2 (Mayo - Agosto 2009), Pp. 441-443
Published By: Pontificia Universidad Católica De Chile
Stable Url: Http://Www.Jstor.Org/Stable/41614236
Revista chilena de derecho
versión On-line ISSN 0718-3437
Revista. chil. derecho v.36 n.2 Santiago ago. 2009
http://dx.doi.org/10.4067/S0718-

nos ha hecho olvidar: lo verdadero, lo bueno y lo bello,; la Constitución de Bremen, Art. 26/1947, dice, " que la educación debe ser formadora de un pensamiento propio, con respeto a la verdad y valor para profesarla y para actuar conforme aquello que ha sido aceptado como justo y necesario"; (más sensibilidad espiritual no se puede pedir y el referente de nuestra religión es innegable); el Art 56/4 de la Constitución de Hessen, de 1946, dice: "Que servir al pueblo es servir a la humanidad con respeto y amor, consideración y tolerancia, con justicia y verdad"; el art. 131 de la Constitución de Reinhland- 1947, dice que la "Educación debe fomentar el temor a dios y amor al prójimo, respeto y tolerancia, legalidad y veracidad." Así en general, el constitucionalismo alemán, sus leyes, sus compromisos internacionales y en general la educación se orienta a la verdad, al amor y a la democracia.

En nuestro país, El Salvador, la verdad no constituye un valor constitucional y no aparece consagrado en su texto, tal como puede verse en el Preámbulo y en el Art... 55, en los que no se hace ninguna mención sobre tan importante asunto; Häberle, menciona el caso de las Comisiones de la verdad que se han creado por las instancias internacionales, para establecer las circunstancias, hechos y realidades que se han vivido en los países que han experimentados conflictos sociales y en algunos casos conflictos armados, entre fuerzas armadas del estado y de los insurgentes, tal es el caso de El Salvador, y no en todos los casos las conclusiones a que han llegado estas Comisiones, pueden haberse conseguido la verdad, o se han hecho aproximaciones o los resultados obtenidos no sean del todo confiables. No deja de ser un tanto paradójico, que después del informe de la Comisión de la verdad, la Asamblea Legislativa de El Salvador, decretara la Ley de Amnistía para la Consolidación de la Paz, la cual ha generado opiniones y sentimientos encontrados; y, no obstante que en una primera demanda de inconstitucionalidad de la misma, la Sala de lo Constitucional, declaró dicha ley conforme a la Constitución; actualmente una nueva demanda es conocida por la Sala en funciones, esperándose sus resolución. (vid, Ley de Amnistía y comentarios a resolución de la Sala de lo Constitucional: Tomo Primero, Libro segundo de este trabajo)

Constitución de la República de El Salvador

DECRETO NÚMERO 38

Preámbulo

Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.

ARTICULO 55.- La educación tiene los siguientes fines: lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión espiritual, moral y social; contribuir a la construcción de una sociedad democrática más próspera, justa y humana; inculcar el respeto a los derechos humanos y a la observancia de los correspondientes deberes; combatir todo espíritu de intolerancia y de odio; conocer la realidad nacional e identificarse con los valores de la nacionalidad salvadoreña; y propiciar la unidad del pueblo centroamericano.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos.

En otro orden, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia constante, a partir de su sentencia de fondo en el Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala de 25 de noviembre de 2000, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce el "derecho a la verdad" y lo justifica como parte del desarrollo progresivo propio del Derecho internacional de los derechos humanos y de suyo de la misma Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, que no lo prevé expresamente. La Corte lo esboza de modo incipiente, sin precisarlo todavía, como tal derecho a la verdad, en su emblemática e inaugural sentencia del Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras de 29 de julio de 1988, cuando al referirse al deber del Estado de investigar las desapariciones forzadas de personas e incluso, ante la hipótesis de que el mismo Estado, por razones legítimas de Derecho interno, no pueda sancionar a los responsables de aquéllas, afirma que subsiste en todo caso "el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta… [Lo que] representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance".

[2] Es de observar que mucho antes la Corte debate acerca de la veracidad como característica de la información, pero a objeto de proscribir su reclamo cuando actúa como mecanismo de censura por parte del Estado. En su Opinión Consultiva OC-5/85 sobre La Colegiación Obligatoria de Periodistas, dictada el 13 de noviembre de 1985, ha pedido del Gobierno. REVISTA.[325]

Referencias

Se mantiene el orden de las citas que hace el autor

325 EL DERECHO A LA VERDAD JUDICIAL. Asdrúbal Aguiar. Profesor Titular (Catedrático) de la Universidad Católica Andrés Bello

Título Tercero

Antropología y democracia social

Capítulo Primero

Introducción a la Antropología

Casi cuando este trabajo estaría dando por terminada la descripción, el análisis y la comparación entre los temas centrales abordados como son el Estado social y democrático de derecho y el liberalismo y el neoliberalismo, por ser los términos de la contienda económico jurídica de la hora actual, debemos redireccionar nuestro objetivo hacia el o los destinatarios de toda obra humana, ya que no se puede dar por terminado un trabajo investigativo sin antes revisar qué papel juega el hombre en esa contienda o que impactos recibe o para decirlo en lenguaje más apropiado qué es y como es el contenido antropológico del trabajo.

1. Concepto de Antropología

En primera instancia es necesario precisar la ubicación y campo de la antropología cultural o antropología social, definida esta como: "rama de la antropología que centra su estudio en el conocimiento del ser humano por medio de sus costumbres, relaciones parentales, estructuras políticas y económicas, urbanismo, medios de alimentación, salubridad, mitos, creencias y relaciones de los grupos humanos con el ecosistema.

Es el estudio de las tradiciones populares, la tecnología, prehistoria, simbología y variaciones biológicas de los pueblos.

La antropología comparte el mismo objeto de estudio con la sociología y la historia, pues epistemológicamente estas tres disciplinas de las Ciencias Humanas estudian el mismo comportamiento de los grupos humanos. Y con lo que todavía no se desprenden teóricamente. En el caso de la antropología como es una ciencia tan joven la Antropología (existe desde 1851 con la publicación de La Liga De Los Iroqueses de Lewis Henri Morgan) se entiende como algo provisional esta situación. ¿En qué se

diferenciarían estas tres ciencias humanas?, en que cada una hace un especial énfasis y/o perspectiva, para observar ése comportamiento humano.[326]

En su devenir como ciencia comenzó la antropología estudiando Sociedades "Primitivas"(valga decir, aborígenes, salvajes o indígenas) con temas como hachas de piedra, "totemismo" (sistema de apellidos de una parentela, basado en un tótem o ancestro, que indica con que otros tótems se pueden casar sus integrantes, y con quiénes no). Pero no le fue fiel a estas sociedades y terminó estudiando también Sociedades Civilizadas, ajustando su objeto a todos los grupos humanos que reunidos conforman el conjunto de la humanidad.

La antropología deriva de una concepción del mundo y de una manera original de plantear los problemas, que se descubren con "ocasión" del estudio de Fenómenos Sociales en culturas aborígenes que no son precisamente las más "simples" y que Contrastan con los Fenómenos Sociales que tienen como escenario la cultura del/la antropólogo/a. El Contraste surge de las grandes diferencias que presenta la comparación de los fenómenos entre las culturas manifestando ciertas Propiedades generales de la vida social, que toma finalmente como objeto de estudio el/la antropólogo/a.

2. Fines de la Antropología

1º Objetividad

Es la primera ambición de la antropología con lo que hay que inculcar el gusto y el método por y para ella. Sin embargo esta objetividad debe ser precisada, pues no se trata de Hacer Abstracción De Sus Creencias, Preferencias Y Prejuicios, porque una objetividad semejante caracteriza a todas las ciencias sociales, y sino, no podrían aspirar a tener título de ciencias.

La objetividad a la que aspira la antropología va más lejos, no se trata de trascender los valores propios de la sociedad a la que pertenece el-la observador/a, sino más bien Trascender Sus "Métodos De Pensamiento", de alcanzar una formulación válida no sólo para un/a observador/a honesto/a y objetivo/a, sino para todos/as los/as observadores/as posibles, -por esto es que es tan universal la antropología-.

El/la antropólogo/a hace algo más que acallar sus sentimientos: elabora nuevas categorías mentales, contribuye a introducir nociones de Tiempo Y Espacio, de Oposición Y Contradicción.

---

326 Lewis Henry Morgan (21 de noviembre de 1818 – 17 de diciembre de 1881) abogado, antropólogo, etnólogo y escritor estadounidense. Considerado uno de los fundadores de la antropología moderna.
Desde muy joven, cuando estudiaba en la Academia Coyunga, en territorio iroqués, se interesó por la vida de los indígenas y pudo relacionarse con los séneca. Estudió Derecho en el Union College, habiendo ejercido la profesión de abogado por un tiempo en Aurora y Rochester. Su primer trabajo como abogado fue una causa en la que defendía intereses de los indígenas en un pleito comercial. Participó en política, afiliándose al Partido Republicano; fue diputado y más tarde senador. Se dedicó finalmente a la antropología.

La búsqueda de objetividad de la antropología es total y únicamente puede desenvolverse en un nivel en Que Los Fenómenos Conservan Una Significación Humana y siguen siendo comprensibles -intelectual y sentimentalmente para una conciencia individual-.

La objetividad a la que aspira la antropología, de la que interesa a las demás ciencias sociales, se encuentra en un plano diferente (no menos rigurosa) es que quiere ser una "ciencia semiológica", se ubica resueltamente en el plano de la significación.

2º Totalidad

La segunda ambición de la antropología es la TOTALIDAD. En la vida social la antropología ve un sistema cuyas partes se hallan todas orgánicamente ligadas entre sí, reconoce de buen grado que para profundizar el conocimiento de ciertos tipos de fenómenos, es indispensable descomponer un conjunto. Al igual que el/la psicólogo/a o el/la sociólogo/a se interesa demasiado en el método de modelos, y que practica en campos como el parentesco.

Así cuando el/la antropólogo/a busca construir modelos tiene en vista descubrir -y esa es su intención- una "forma común" a las diversas manifestaciones de la vida social.

Esta tendencia se halla tras la noción de "Hecho Social Total" en Marcel Mauss, como tras la noción de "Pattern"(Configuración, Modelo, Norma) de la antropología anglosajona.

3º Significación

La tercera originalidad de la antropología es la más difícil de definir, y sin embargo es más importante que los otros dos fines.

Se ha caracterizado las sociedades que estudia clásicamente la antropología, o sea, las "sociedades primitivas" de modo negativo, como: "no civilizadas", "sin escritura", "pre-mecánicas", que se desconoce lo positivo. Siendo que las razones de la etnología reposan en lo positivo. Y la realidad positiva de estas sociedades es que están fundadas, en mucho mayor grado que otras, en relaciones personales, en vínculos concretos entre individuos.

Y aunque estas sociedades son muy extensas o dispersas, las reacciones entre los/as individuos más alejados/as entre sí se construyen siguiendo el tipo de relaciones más directas, cuyo modelo, es por lo común el parentesco.[327]

3. Antropología Cultural

Morgan, además de estudios relacionados con el parentesco, en sistemas de afinidad y consanguinidad de la familia humana, en la que publicó los resultados de los estu-

327 Leer más: http://www.monografias.com/trabajos88/la-antropologia/la-antropologia.shtml#ixzz3mi8i51r1.-Visto:27/X/15

dios de 138 tribus de todo el mundo a través del empleo de un cuestionario especial. Estudió la "arquitectura social indígena" en términos en que estableció que las casas y su distribución, era la de la estructura social de estas sociedades, los resultados de estas investigaciones los publicó en houses and houselife of the american aborigens(-malocas y vida casera de los aborígenes americanos).

En la obra de Morgan influyeron de manera decisiva: Fustel de Coulanges (historiador de la antigüedad grecorromana clásica, francés) y Charles Darwin (el padre de la evolución) amigo personal de morgan. Fue admirado por Carlos Marx y Federico Engels, incluso Marx dejó inclusa la obra los orígenes de la familia, la propiedad privada y el estado, que terminaría y publicaría Engels, y que es un resumen de la sociedad primitiva.

Trabajos Anteriores a la Obra De Morgan

Herbert Spencer (Inglés) En 1.850 publicó Social statics, en donde esbozaba una analogía entre Sociedad Y Organismo, tanto que en Principles Of Sociologya firma que las sociedades como los organismos han pasado por un proceso evolutivo unilineal, bárbaras o salvajes. O sea, más pionero que de la antropología, lo fue de la sociología, por formular leyes de evolución de sociedades primitivas a sociedades más complejas. Y no fue tan directamente influyente en la obra de Morgan

J. Bachofen (1815-1887, jurisprudente alemán) Publicó Das Muterrecht (Derecho Materno) en 1861 y con esta quebrantó las abstracciones que se hacían sobre el origen de la humanidad como una sociedad de organización patriarcal, para esto se basó particularmente en La Orestiada, la obra de Esquilo, en el sentido que resaltó: que sí por algo se armó "la guerra de troya" era por el valor que tenía la mujer en Grecia arcaica y que estaba decayendo para dar cabida al derecho paterno.[328]

4. Las diversas formas de organización

El Salvador enfrenta a una organización criminal que la Sala de lo Constitucional, ha calificado de terrorista, pero que obviamente cuenta con un grado de organización y poder real suficientes como para mantener una guerra contra el Estado y su gobierno y un actitud de permanente agresión en contra de las personas ; pero estos sujetos, inclusive con el agregado de terroristas, y a quienes deben de tenerse presente cando se estructure la parte formal del nuevo Estado, o sea cuando se formule la nueva constitución.

Más allá de las ideologías fundacionales y legitimadoras que desarrollan las organizaciones geopolíticas (e.g., estado-nación) para subordinar a otras entidades políticas (e.g., grupos étnicos), ninguna es capaz de regir y dominar por completo todo su escenario social y político. Al contrario, en su interior conviven múltiples formas

328 Leer más: http://www.monografias.com/trabajos88/la-antropologia/la-antropologia.shtml#ixzz3mi99PjXl.-Visto: Idem

sociales de actividad y afiliación que generan o pretenden generar sus propias legalidades más allá de los dictados oficiales. Ejemplos de estas esferas sociales pueden ser los grupos étnicos, las comunidades religiosas, las universidades, las fuerzas armadas, las asociaciones profesionales agrémiales, las ONGs, las corporaciones transnacionales causas estructurales de la diversidad legal salvadoreña, Peruana, Ecuatoriana, Etc., Antropólogos peruano, parten de una idea que ha estado presente en este trabajo, cando analizamos la memoria histórica: "En primer lugar, es necesario reconocer que la promesa de la revolución independentista criolla no ha podido concretarse. El liberalismo decimonónico planteaba la necesidad histórica de crear un estado-nación social, económico culturalmente homogéneo y articulado. Pero ese mito fundante no se ha realiza ni se realizará porque somos un país heterogéneo, desarticulado y diferenciado pese a las políticas integracionistas, asimilacionistas o francamente etnocidas y hasta genocidas que se han desarrollado a lo largo de nuestra historia republicana. Además, los afanes de imponer "la modernidad" han colisionado con sustratos culturales y sociales que procesaron esas políticas en función de su propia consistencia y, de ese modo, han dado a luz nuevas realidades aún más heterodoxas e impredecibles desde el punto de vista de las políticas modernizadoras"[329]

En forma concurrente, la economía política del capitalismo salvadoreño, peruano, mexicano etc., genera diferenciación y exclusión tanto social como política. Ello potencia la diversidad normativa pues cada vez más sectores regulan sus relaciones sociales más allá de la legalidad estatal y de sus frágiles instituciones; podrá el ESDD cambiar esta circunstancia en la que los grupos organizados reivindicarían poder político?

En segundo lugar, es preciso tomar en cuenta cuál es la actitud oficial frente a la compleja diversidad social. La respuesta estatal no puede ser más grandilocuente y equivocada. En vez de procesar y nutrirse de esa diversidad para proponer nuevas avenidas de regulación social, el estado sigue postulando y afirmando la vigencia de un "Derecho Moderno" autónomo, racional formal, sistemático y general, fundado en premisas que no se verifican en la vida cotidiana(e.g., que todos conocen la ley vigente, que la ley positiva es la principal fuente de derecho, que el propio estado respeta la pirámide normativa, que el sistema jurídico brinda seguridad y previsibilidad, que la ley es de aplicación universal y uniforme). Eso lo lleva a acelerar su producción legislativa y a diseñar instituciones incapaces de entrar en diálogo con la sociedad civil que afirma ámbitos normativos diferenciados del derecho oficial.

Aun considerando algunos limitados esfuerzos de flexibilidad intrasistémica como los márgenes de autonomía reconocidos a las comunidades campesinas y nativas o la facultad asignada a las convenciones colectivas de trabajo para producir normas vinculantes entre las partes, la vocación del derecho estatal es semi-Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión netamente centralista.

---

329 Antropología y Derecho rutas de encuentro y reflexión. I Conferencia de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica-Sección Perú Iquitos, 15 y 16 de febrero de 2001

Los tímidos reconocimientos del derecho consuetudinario expresados, por ejemplo, en el artículo 149° de la actual Constitución sobre la jurisdicción restringida y subordinada de las autoridades comunales (campesinas y nativas) o en el D.L. N° 22175 sobre la potestad de las autoridades comunales nativas para resolver controversias civiles de mínima cuantía y sancionar faltas de sus propios miembros, no son sino excepciones al discurso jurídico oficial que se sigue aferrando al ideal de crear un mundo regulado y regulable por un solo agente productor de normas: el estado. El resultado es una maraña normativa que deteriora la propia hegemonía legal estatal y produce la expansión o subsistencia de las legalidades que operan en las esferas sociales semi-autónomas.

En tercer lugar, es imprescindible situar al derecho estatal frente a la realidad social que pretende regular. Para ello referimos una serie de factores que invitan a reflexionar sobre la complejidad social, geográfica y cultural que enfrenta el estado al pretender afirmar la vigencia monopólica de su sistema legal. El primero de ellos es la propia geografía nacional. El Perú tiene 1"285,000 km2 (ésta y todas las cifras son aproximadas). Comparándolo con países europeos que siempre inspiran a nuestros legisladores, es 5 veces más grande que Gran Bretaña, 3.5 veces más que Alemania, 4.3 veces más que Italia, 2.5 veces más que España y 2.3 veces más grande que Francia. En consecuencia, el reto espacial es mucho mayor y se incrementa con la verticalidad y extraordinaria diversidad de nuestra realidad geográfica. Basta señalar que el Perú es uno de los 10 países megadiversos del planeta pues tiene 84 de las 104 zonas de vida, 28 de los 32climas existentes y varios records mundiales en variedad y abundancia de flora y fauna. Cualquier intento de manejar esta compleja realidad ecológica con normas de pretendida aplicación universal resulta, sencillamente, ilusorio. El segundo factor es la distribución de la población, cercana a los 25 millones. Si bien Es cierto que la mayoría (2/3) vive en las ciudades y sólo un tercio en el campo, es importante tener en cuenta que las ciudades han crecido en forma explosiva y caótica, generando espacios urbanos y semi-urbanos en los que la presencia estatal es, a lo sumo, intermitente y fragmentaria (e.g., asistencialista, represiva o exactiva como las levas). El tercero es la diversidad de paisajes humanos.[330]

Sólo para mencionar los tres que han sido más estudiados por la antropología legal peruana, señalemos que los pueblos jóvenes o asentamientos simbólicos emergentes para producir un vasto mosaico humano. Sin embargo, éstos no son los únicos factores que conspiran contra la vigencia universal, homogénea y obligatoria del derecho oficial. Las enormes brechas sociales y económicas también contribuyen a cuestionar esas premisas pues generan tal grado de disparidades que éstas devienen en insalvables y colocan a los agentes jurídicos en situaciones de exclusión o desventaja extrema. ¿Podemos afirmar, por ejemplo, que los 25 millones de peruanos somos realmente ciudadanos; que estamos en plena capacidad de ejercer nuestros derechos y obligaciones; que contamos

330 Ibíd.

con los suficientes recursos materiales y simbólicos para operar en el ámbito del derecho oficial? Sería iluso o cínico responder afirmativamente.

Breves referencias sobre la pobreza, el desempleo y la distribución del ingreso nacional nos ayudarán a retratar las dramáticas brechas que corroen nuestro tejido social. La primera, definida según el método de la línea de pobreza o el de las carencias críticas, afecta a la mitad de los peruanos. Sólo en Lima, el 80% de la población (más de 5 millones y medio de personas) se encuentra en situación de pobreza y el 90% de limeños destina el 80% de sus ingresos para solventar sus gastos de alimentación. Peor aún, cerca del 20% de peruanos padece extrema pobreza (recientes mediciones reducen el estimado al 15% pero debido al notorio manejo político de las estadísticas que practicaba el gobierno de Fujimori y al empeoramiento de la crisis económica anotamos el cálculo anterior). De estos 5 millones, más de 1/3 corresponde a la población llamada "indígena",más de la mitad es mujer (por eso se habla de la feminización de la pobreza).

5) Antropología y Derecho: rutas de encuentro y reflexión- 14 -por lo menos el 50% de los niños padece desnutrición crónica. (El Instituto Cuánto y el INEI definen a un pobre extremo como aquél que no puede gastar ni siquiera 3.5 nuevos soles al día en una canasta básica de alimentos. En cambio, un pobre es aquél que puede subvenir sus necesidades alimentarias mínimas pero no puede cubrir el costo de otros bienes y servicios esenciales como vivienda, educación, transporte o electricidad. En cualquier caso, su gasto diario no alcanza los 7 nuevos soles).[331]

En términos de educación formal, los pobres extremos se encuentran en clara Desventaja Puede que tenga más sentido en nuestro planteamiento adoptar una definición de democracia puramente política, tal como la que trató de dar Joseph-Schumpeter (i). El la definió como un sistema político en el cual varios grupos (partidos) se disputan el poder compitiendo por los votos de los ciudadanos. De esta manera señaló a la vez el carácter no violento de todo proceso democrático y la necesidad de que los ciudadanos no se encuentren ante un bloque de poder único, sino que tengan la posibilidad de constituirlo por sí mismos; es lo que Winston Churchill llamó «gobiernos libremente elegidos», escogiendo entre diversas alternativas.

Una objeción a la definición de Schumpeter es que es bastante incompleta. Puede aceptarse su corrección formal, pero da solamente el núcleo del amplio espectro de la libertad humana que normalmente se relaciona con la palabra democracia. No obstante, para nuestro propósito, la definición de Schumpeteres un punto de partida útil ya que nos capacita para comparar sistemas políticos tan diferentes en su fondo histórico y cultural como lo son los del mundo occidental y no occidental.

Un mensaje a la sociedad excluyente conformada en El Salvador, un proceso que se inicia desde la independencia y que se consolida con la formación de la república cafetalera; lamentablemente después de los Acuerdos de Paz no se ha logrado mayor

331 Ibíd.

avance en la construcción de una sociedad que rescate los valores a que nos hemos referido en el capítulo precedente. Una educación en esos valores y el compromiso de los miembros sensatos de la sociedad, podrían ir creando las bases para que el nuevo Estado, con una nueva Constitución pudieran dar mejores resultados que los Acuerdos sin compromisos, al fin sólo acuerdos para desmontar la guerra, no han logrado.

Capítulo Segundo
Democracia Social

¿Qué es la Democracia Social?

I. Fundamentos de la Democracia Social

Antes de hablar de Democracia Social, es necesario determinar exactamente a qué se refiere y a quién va dirigida la expresión. La Democracia Social no es un concepto unívoco; cuando aparece, la gente lo asocia a diferentes valores. El concepto conlleva una carga social, porque repercute en el plano social y es aplicado o rechazado por distintos grupos de interés.

Cuatro preguntas dejan en claro que es necesario explicar con precisión el concepto antes de utilizarlo y que hay que saber cuáles son los objetivos sociales conexos. En el debate teórico, la Democracia Social es concebida de formas muy diferentes; no existe una definición única y taxativa. Pero ¿qué surge a partir de las distintas definiciones? Si se tratara de un debate científico, sería necesario comparar las bases teóricas y sus explicaciones, verificar los fundamentos para su determinación conceptual y confrontar los resultados empíricos. En ese caso, se analizaría si las definiciones son consistentes, si hay datos empíricos contradictorios y si las fuentes han sido interpretadas correctamente.

«¿No es la Democracia Social un concepto que se explica por sí solo? ¿No se trata acaso de un concepto cuyo contenido denota siempre una democracia que debe ser válida para todos y socialmente equilibrada?», dicen algunos." «¿No se ha aplicado ya la Democracia Social en el modelo Alemania de economía social de mercado?», se preguntan otros.

«La Democracia Social es la del Partido Socialdemócrata Alemán (SPD) y, por lo tanto,solo atañe a las y los socialdemócratas1, es su teoría», opina una tercera corriente.

«¿Democracia Social? ¿Por qué no socialismo democrático? Es el concepto tradicional», señalan otras personas

Desde un punto de vista científico, se trata de preguntas importantes. Sin embargo,las personas que no desarrollan la actividad profesionalmente y que sólo demuestran un compromiso sociopolítico (en su tiempo libre) no suelen tener disponibilidad para

dedicarse de forma tan profunda a las cuestiones teóricas. Por lo tanto, ¿cómo se puede proceder sin perder totalmente de vista las definiciones y explicaciones técnicas?

El presente tomo no ofrece una solución al problema, pero puede servir como punto de entrada en el debate. Dentro de este marco, intenta bosquejar y representar diferentes enfoques políticos y teóricos. Dado que cada persona decide por sí misma hacia dónde se orienta, la obra no puede ni debe reemplazar ese proceso: su objetivo es actuar como estímulo.

II. Definiciones científicas de «Democracia Social»

Cómo proceder en la práctica. Diferentes enfoques

En el presente capítulo se incluye fragmentariamente la obra que se ha mencionado (Manual de la democracia…) y por razones obvias únicamente abordaremos aquellos temas que nos permitan tener una idea, lo más clara posible, de cómo entender este concepto innovador de la democracia; en consecuencia no haremos relaciones o comparaciones con otras concepciones o ideas sobre la democracia, pues se trata de crear una idea de esta materia, que más se adapte al propósito nuestro como es el de tener una sustentación de la democracia para el estado Social y Democrático de Derecho.

De las preguntas iniciales, surgen los siguientes puntos de conexión:

- Un plano normativo, que indaga sobre los principios y los valores fundamentales de la Democracia Social;
- Un plano teórico, que se ocupa de la Teoría de la Democracia Social; y
- un plano empírico, que analiza con mayor precisión la aplicación de la Democracia Social en distintos países.

Realizaremos una aproximación a estos tres planos en los diferentes capítulos. El plano normativo se verá reflejado principalmente en los capítulos 2 y 3, que analizan en detalle los valores fundamentales (libertad, justicia y solidaridad) y describen cómo se aplican en los diferentes modelos sociales (liberalismo, conservadurismo, socialismo/Democracia Social).

El plano teórico se representa en el capítulo 4 sobre la base de la Teoría de la Democracia Social de Thomas Meyer. Hemos elegido la teoría de Meyer, (dice Tobías Gombert) porque permite desarrollar la argumentación como un todo coherente. Además, comprende distintos planos. El capítulo 5, dedicado al plano empírico sobre la base de ejemplos de países, también se basa en Thomas Meyer. Al igual que en su libro Práctica de la Democracia Social, aquí se recurre a diferentes casos nacionales para demostrar que la Democracia Social puede aplicarse con instrumentos muy distintos y también con resultados muy distintos.

- se analizan las ideas de libertad, igualdad/justicia y solidaridad como valores fundamentales de la Democracia Social;

- se establece una relación entre los valores fundamentales y la política actual desde una perspectiva histórica y filosófica;
- se debate la comprensión de los valores fundamentales por parte de los partidos representados en el Bundestag alemán;
- se esboza el significado práctico de los valores fundamentales en los campos de la educación, la salud, el trabajo y la enseñanza superior.

1. ¡Libertad, igualdad, fraternidad!

Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como base Valores y derechos fundamentales

Primera aproximación en el plano valorativo: Sin embargo, los valores fundamentales y su aplicación en forma de derechos fundamentales representan una orientación y un estímulo clave para determinar el curso político. Es por ello que, desde el inicio, definen qué rumbo se adopta.

Durante el año 2007, los valores fundamentales y la orientación política general fueron sometidos a un debate muy intenso: los dos grandes partidos de Alemania, el SPD y la Unión Demócrata Cristiana (CDU), elaboraron y aprobaron nuevos programas dirigidos, entre otras cosas, a determinar cómo se pueden definir y aplicar hoy los valores fundamentales en la política.

En el plano normativo, la Democracia Social también se orienta por valores y derechos fundamentales. Estos conforman el eje de la brújula política tanto en lo normativo como en lo que concierne a la posibilidad de aplicación real .A lo largo de la historia, desde la Ilustración en el siglo XVIII, la definición de los valores fundamentales ha cambiado constantemente, y también la relación que guardan entre sí.

Hoy se puede partir, en gran medida, de estos tres valores: libertad, igualdad/justicia y solidaridad.

III. Valores y derechos fundamentales como brújula política

1. Libertad

No cabe duda de que la libertad es un valor fundamental que comparten prácticamente todos los actores políticos. Está asociada al pensamiento de la Ilustración y al comienzo de la era burguesa. En distintos momentos históricos, filósofos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Karl Marx y los representantes de la Teoría Crítica estudiaron profundamente y describieron las posibilidades de realización de la libertad.

A grandes rasgos, el debate sobre la libertad se desarrolla a través de tres preguntas fundamentales:

1. ¿Cómo se puede definir la libertad?

2. ¿Cómo se puede realizar o garantizar la libertad en la sociedad?

3. ¿Qué límites tiene la libertad en la sociedad?

Para el concepto «libertad» se ha establecido, sobre todo, la definición del filósofo inglés John Locke:

En la tradición de Locke es posible distinguir tres dimensiones diferentes: la libertad respecto a la propia persona, la libertad respecto al propio pensamiento y sentimiento y la libertad de disponer de las cosas que pertenecen legítimamente a la persona. Estas tres dimensiones han sido incluidas en numerosas constituciones y en la determinación que estas hacen de los derechos humanos fundamentales. Y la definición de libertad de John Locke ha sido tenida en cuenta e interpretada por muchas teorías.

2. Las raíces de la «libertad»

¿Cómo se puede definir la libertad? (Locke)

«La libertad natural del hombre consiste en estar libre de cualquier poder superior sobre la Tierra y en no hallarse sometido a la voluntad o al poder legislativo de hombre alguno, adoptando como norma, exclusivamente, la ley de la Naturaleza.

La libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a más poder legislativo que el establecido de común acuerdo, ni al dominio de otra voluntad ni a la limitación de más ley que la que este poder legislativo establezca de acuerdo con la confianza depositada en él.» (Locke,p. 213 y ss.). Locke parte de la base de que estas libertades pertenecen a la naturaleza de cada persona: no se desarrollan en la sociedad, sino que están dadas «previamente.»

Por supuesto, la «preservación» de estos «derechos naturales» en la sociedad solo es posible a través de un proceso de cambio. Así se convierten en reivindicaciones de cada persona frente a la sociedad.

La argumentación de Locke constituye un eje central que, con distintas variantes filosóficas, mantiene su vigencia hasta la actualidad y entra en escena cada vez que se alude a la libertad como valor fundamental. Locke es considerado uno de los pensadores más importantes del liberalismo.

Desde luego, el hecho de que se recurra permanentemente a esta definición no oculta el hecho de que se trata de un texto histórico que no puede ser comprendido cabalmente sin sus condiciones de origen ni trasladado automáticamente a las circunstancias actuales. Esto también queda en evidencia en la cuestión de cómo se puede realizar o garantizar la libertad en la sociedad.

En el marco del debate histórico, es fundamental aclarar que Locke (y muchos otros filósofos de la Ilustración posteriores a él) sostiene su posición contra la idea de una desigualdad natural, que permite justificar la falta de libertad de gran.

IV. Democracia Social

Con lo que hemos dicho podríamos intentar una definición de esta forma de entender la democracia:

"Es el ejercicio de participación de los ciudadanos en la construcción (conformación, creación, etc.,) de una sociedad libre, segura, justa y solidaria, sustentada en la verdad y en la honestidad, es decir un marco mínimo de valores, protegido por los principios filosóficos propios de una constitución(autoridad) democrática que es norma suprema con eficacia normativa directa, capaz de convertir al Estado en el poder jurídico promotor del bienestar social en justicia y libertad." (Concepto del autor del libro: Mario Solano)

En el concepto propuesto se incorporan y se analizan las ideas de libertad, igualdad/justicia y solidaridad como valores fundamentales de la Democracia Social; se establece una relación entre los valores fundamentales y la política actual desde una perspectiva histórica y filosófica;

En el concepto propuesto se pueden advertir los elementos enunciados en los párrafos que anteceden y que constituyen los parámetros en que descansaría el concepto de democracia social que es la sustentación del Estado Social y Democrático de Derecho, más allá de los parámetros constitucionales, que hemos abordado (supra), con los análisis que nos ha hecho don Manuel García Pelayo; o sea que debemos distinguir que la democracia social, es el concepto político de democracia aplicable al ESDD y que se combinan adecuadamente con los análisis de tipo constitucional a los que hacemos referencia.

V. ¡Libertad, igualdad, fraternidad!

Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como base Valores y derechos fundamentales.

De igual manera en la democracia social e incluyen los conceptos y postulados de la revolución francesa y luego desarrollados magistralmente en los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y el pacto de derechos económicos, culturales y sociales de las Naciones Unidas, dos monumentos jurídicos sustentados en la libertad y la igualdad, pero sin descuidar el componente fraternidad, expresado en la definición propuesta como el componente solidaridad, que también ha sido considerado por las Naciones Unidas, en especial en el Convenio para la protección de personas con capacidades especiales, al que nos hemos referido en el capítulo que antecede como uno de los valores universales que debe ser rescatado.

Como puede verse el valor libertad, que es un presupuesto necesario en la arquitectura constitucional, y en el concepto de democracia social: Veamos estas tres preguntas que se formula el estudio que estamos comentando:

1. ¿Qué límites tiene la libertad en la sociedad?

Dos respuestas

«Es cierto que en las democracias parece que el pueblo hace lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad solo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer. Hay que tomar conciencia de lo que es la independencia y de lo que es la libertad. La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten. Si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esa facultad» (Montesquieu).

1.1.-«El imperativo categórico es único y es el siguiente: Obra solo según una máxima tal, que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal»

1.2 .- Montesquieu Charles de Secondat . Montesquieu (1689-1755) fue un jurista y filósofo moral a quien hoy se conoce sobre todo por su obra El espíritu de las leyes(1748) .Entre otras cosas, abogó por una monarquía constitucional y por la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). L a separación de poderes, es garantía de respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, dada la situación que Montesquieu, afirmó: Es conocido que todo hombre que tiene poder, tiende a abusar de él, por lo que es conforme con la naturaleza de las cosas, que el poder detenga al poder; "Le pouvoir arreté le pouvoir"

La formulación de Kant va más allá y se establece en otro plano, porque concibe la limitación de la libertad de un modo más abstracto. Según su criterio, cada acción debe ser sometida a análisis para determinar si también sería practicable como ley universal. (Es el imperativo categórico: "Obra de tal manera que la máxima de tus razones sea de validez universal), el imperativo categórico no es solamente el fundamento a priori de la moral, sino que también lo es del derecho. Kant lo declara expresamente en la Metafísica de las Costumbres: «...sólo conocemos nuestra libertad (de la que proceden todas las leyes morales, por tanto también todos los derechos así como los deberes a través del imperativo moral, que es una proposición que manda el deber, y a partir de la cual puede desarrollarse después la facultad de obligar a otros, es decir, el concepto de derecho.

Para Kant, los límites de la libertad son morales y vinculan a cada persona con el bien común. Desde luego, el hecho de que el individuo adopte esta perspectiva sobre los límites dista de ser una garantía de libertad para toda la sociedad. En este caso, no se trata solo de impedir la usurpación o intervención en la libertad de cada persona, sino también de ampliar los límites de la libertad también para aquellos cuyas libertades están restringidas. Socialmente, esto solo puede realizarse como igual libertad para todos. El Programa de Hamburgo del SPD elaboró este concepto de forma simple y concisa: «Todos los seres humanos están llamados a la libertad y capacitados para ella. Si pueden o no vivir de acuerdo con ese llamado, es algo que se decide en sociedad.»

2. ¿Igualdad o justicia? Igualdad/Justicia

Cuando se quiere mencionar el segundo de los valores fundamentales, muchos dudan: ¿es «igualdad» o «justicia»? Esta duda puede aclararse fácilmente desde una perspectiva histórico-filosófica: Históricamente, los tres valores fundamentales a partir de la Revolución Francesa fueron «libertad, igualdad y solidaridad (fraternidad).» En un nivel general y desde una perspectiva filosófica, podría decirse que existe una sociedad justa si se realizan esos tres valores.

En el debate en torno del valor fundamental de la «igualdad», surge entonces la pregunta de cómo puede obtenerse una distribución justa de bienes materiales e inmateriales. Y en este punto, desde la década de 1980, cobra cada vez más importancia la posición que utiliza el término «justicia» como valor fundamental central, estableciendo una diferencia o una mayor precisión con respecto al concepto de «igualdad.» Dentro del lenguaje se ha impuesto el uso de libertad, justicia y solidaridad. No obstante, conviene echar un vistazo al debate filosófico. A diferencia del concepto de «libertad», que puede atribuirse a cada individuo, la «igualdad» y la «justicia» son conceptos relativos: establecen la correspondencia de cada persona y su libertad individual respecto a otros miembros de la sociedad.

En efecto la justicia no se define fácilmente, es un término relacional y que en materia constitucional, constituye uno de los presupuestos de la arquitectura constitucional; para Aristóteles que consideraba la justicia en término de igualdad, veía que también puede considerarse la equidad en los términos de una relación, dice Aristóteles: Si la justicia es buena la equidad es mejor; Es como la regla lesbia que se adapta a la superficie (de la piedra) que mide; (Moral a Nicómaco,, Obras selectas Ateneo, 1959, Pag. 395); en términos de justicia social; más recientemente Von Hayek, (Fundamentos de la libertad y otros) ha expresado la permanente tensión entre libertad e igualdad y dice que entre ambas es preferible la libertad, porque la igualdad ni se realiza y se pierde la libertad, agregando que no ha podido descifrar en que consiste la justicia social, aunque John Rawls, posteriormente que la justicia, es el valor más importante en la sociedad. (Teoría de la Justicia)

Las desigualdades económicas y sociales deben estar dispuestas a: 1.) terminar (proponerse a) beneficiando a todos loa miembro a de la sociedad, no a perjudicarlos; 2) las desigualdades deben estar abiertas y vinculadas a posiciones en las mismas condiciones para todos. La intuición nos dice lo que es justo y lo que es injusto; siempre ha sido así para todos los seres humanos, intuitivamente tenemos idea del bien y del mal, de lo justo y lo injusto; lo que no nos dice la intuición es como resolver el problema; para saber qué es justo o no, tenemos que contrastar el mal que a la sociedad causa esta actitud o situación de injusticia permanente y encontrar, los principios, los valores y los presupuestos dentro del estado para resolverlo; no debe olvidarse que el Estado es la institución donde se resuelven los intereses conflictivos; es un problema cultural, político y de filosofía moral (vid cap. v, tit i, libro Segundo: Estado social y neo liberalismo)

Como a la caza de esta posición está Roberto Nozcik, quien comienza por establecer que entre menos Estado, intervenga en la solución de estos problemas, mejor; el estado debe ser mínimo, porque es lo único que garantiza la libertad, una tesis parecida a la de Von Hayek y Von Misses. No obstante, en opinión de Victoria Camps, ambos comparten posiciones en cuanto a la libertad, pero en tanto Rawls, estaría en la corriente social demócrata, Nozcik, sería neoliberal: así trata de volver al estado gendarme, el estado policía, sin propósitos de redistribución; un estado mínimo, será menos corrupto, porque no otorga poderes políticos; (claro ¡se los transfiere al mercado!) grandes.

Qué es la justicia? ¿Se puede hacer esta pregunta? Las preguntas iniciadas con 'Qué" preguntan qué es una cosa. Y la justicia no es una cosa. La justicia es una categoría de relación. Se refiere a la relación de las personas entre sí. Las relaciones de un determinado tipo se consideran justas. Por lo tanto, la pregunta no debería ser '¿Qué es la justicia?', sino '¿A qué se refiere la justicia?' (...) El tema de la justicia es la posición del individuo en sus comunidades, en la sociedad, en relación con los otros individuos con quienes tiene trato. (...) Las personas necesitan determinar su posición en relación con las otras personas con quienes tienen trato, necesitan saber cómo son observadas, cómo son valoradas. (...) Si la sensación de autoestima del individuo coincide con la valoración de los demás, el individuo se sentirá tratado de forma justa. Esta valoración se expresa en la asignación, denegación o privación de bienes materiales e ideales» (Heinrichs 2002, p. 207 y ss.).23

VI. Libertad y Democracia Social

Demandas a la Democracia Social resultantes del debate sobre libertad:

- Se debe asegurar y garantizar fundamentalmente la libertad de la persona y la libertad para participar de manera activa en la sociedad y en sus decisiones.
- La libertad presupone que cada individuo pueda vivir esa libertad en la realidad. Para ello es necesaria la presencia de normas e instituciones sociales. La validez formal de la libertad como derecho fundamental no es suficiente.
- La libertad presupone que las decisiones políticas sean adoptadas democráticamente.
- La libertad presupone que los individuos actúen de manera responsable y razonable. Se trata, en este caso, de una egla lebia que se adapta a las sinuosidades de la supeficie que mide; Von

Dos principios centrales

Principio 1

«Cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertades para otros» (Rawls 1979, p. 81)4.

Principio 2

«Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: a) deben suponer el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad (principio de la diferencia) y b) deben estar asociadas a cargos y puestos abiertos a todos en igualdad de oportunidades» (Rawls 1979, p. 336).

(Nancy Fraser (nacida en 1947) es profesora de Ciencia Política en la New School for Social Research de Nueva York. Es considerada una de las principales teóricas de l feminismo. Ha publicado obras sobre la teoría feminista,la teoría de la justicia y la teoría crítica).

La justicia requiere una estrategia multidimensional Idea de «paridad participativa»

«El núcleo normativo de mi concepción es la idea de una paridad de participación. Según esta norma, la justicia exige acuerdos sociales que permitan que todos los miembros (adultos) de la sociedad interactúen en pie de igualdad. Yo sostengo que, para que sea posible la paridad participativa, tienen que cumplirse, por lo menos, dos condiciones. En primer lugar, la distribución de los recursos materiales debe hacerse de manera que garantice la independencia y la 'voz' de los participantes (condición objetiva). Esta condición excluye las formas y los niveles de dependencia económica y de desigualdad que impiden la paridad de participación. (...) En cambio, la segunda condición requiere que los patrones institucionalizados de valor cultural expresen el mismo respeto a todos los participantes y garanticen la igualdad de oportunidades para conseguirla estima social (condición intersubjetiva de la paridad participativa)» (Fraser2003, p. 54 y ss.).

Luego Fraser indica (como también lo ha hecho Rawls) el criterio según el cua lconsidera que un tratamiento desigual es justo o injusto en ambas dimensiones.

Propone lo siguiente:

Estos pasos de verificación (análisis sobre la base de ambas dimensiones referido a la injusticia concreta señalada, aplicación, alternativas) son para Fraser, ante todo, una cuestión de negociación y puja democrática.

La realidad social ¿Cómo puede explicarse el predominio de la desigualdad y la injusticia en la sociedad?

La clave es la siguiente: para garantizar a todos la libertad, es necesario alcanzar la igualdad.

Rawls rechaza esta postura desde su perspectiva y afirma que en general la economía social de mercado coloca al peor situado en la mejor situación posible.

Las posiciones socialistas refutan la premisa de Rawls según la cual la desigualdad económica podría conducir al bien común (sobre todo de los más débiles),y suponen que esa situación agudiza aún más la desigualdad y la injusticia. La presunción socialista se confirma a la luz de los datos empíricos obtenidos a partir de estudios realizados en los últimos años.

Esta ruptura de la izquierda política también se refleja en términos teóricos. Enel debate sobre la justicia se enfrentan, sobre todo, dos modelos diferentes: por un lado, la justicia distributiva de bienes sociales y materiales; por el otro, la justicia en el acceso, es decir, el problema de determinar si los grupos de individuos son reconocidos (y cómo son reconocidos) en la sociedad y si tienen acceso aciertas posiciones (estatus social). Se trata de un debate desarrollado tanto en el terreno político como en el teórico. No obstante, la marcada oposición entre la distribución y el acceso se sustenta en fuertes prejuicios de ambas partes.

Desde el punto de vista de los principios, los teóricos que destacan la justicia en el acceso no se oponen a la redistribución. Se trata, por lo general, de conceptos de justicia más complejos, que consideran la desigualdad económica como un problema de justicia.

…¿Es posible que la desigualdad conduzca al bien común? Justicia distributiva versus justicia en el acceso.

Digresión: la igualdad y la justicia como conceptos social demócratas

Junto con los enfoques filosóficos respecto al concepto de «justicia», también es interesante observar cómo evolucionaron, a lo largo de la historia de la República Federal de Alemania, los conceptos políticos claves dentro de la social democracia .En este contexto puede comprobarse una reorientación política en la discusión sobre la justicia que, aunque tuvo lugar independientemente del debate teórico, resultó afectada por este de manera clara. Aquí se mencionan las formulaciones conceptuales de la socialdemocracia, entre otras cosas, porque esta puede ser considerada en gran medida como el partido de la justicia social dentro del espectro político alemán .En la formulación de conceptos se observa una secuencia que, en lo que se refiere a las fases de gobierno socialdemócrata, muestra un cambio orientado a determinar cómo puede la política imponer o crear justicia con medios estatales.

De manera sucesiva, el concepto de «igualdad» fue complementado con el de igualdad de oportunidades e incluso con el de justicia de oportunidades. Sobre todo hasta el año 1959, cuando la socialdemocracia alemana celebró la convención en Bad Godesberg y se abrió a nuevas franjas del electorado, el concepto de «igualdad» aún era una reivindicación social exclusiva de la izquierda.

Dicha reivindicación comprendía todos los ámbitos de la vida, aunque el campo social del trabajo estaba en el centro de la escena. La igualdad se vinculaba principalmente a la necesidad de superar la falta de libertad y eliminar la explotación en las relaciones productivas. Desde la Ley de Cogestión hasta la ola de huelgas de los años 1950 (hechos que hoy casi no se mencionan), de lo que se trataba era de alcanzar más igualdad, es decir, un mayor nivel de cogestión para el trabajo y la vida. El resultado fue contradictorio: aunque la cogestión empresarial logró obtener un éxito parcial, no pudo satisfacer de forma permanente la demanda de igualdad en la vida laboral.

La «justicia» en el Programa de Hamburgo del SPD

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamentan tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales

«La justicia se basa en que todas las personas posean igual dignidad. Significa igual libertad e iguales oportunidades de vida, independientemente del origen o el género. Es decir que la justicia se refiere a tener igualdad en cuanto a las posibilidades de participar de la educación, el trabajo, la seguridad social, la cultura y la democracia, e igualdad de acceso a todos los bienes públicos. Allí donde la distribución desigual del ingreso y la riqueza la divide en aquellos que disponen de los otros y aquellos sobre quienes se dispone, la sociedad infringe el precepto de igualdad de libertad y se vuelve por ello injusta. De ahí que la justicia requiera una mayor igualdad en la distribución del ingreso, la riqueza y el poder. (...) El mérito debe ser reconocido y respetado. Lo justo es una distribución del ingreso y la riqueza basada en el mérito. La propiedad obliga: quien gana más que el promedio, quien posee más riqueza que los demás, también debe realizar un aporte mayor al bien de la sociedad» (Programa de Hamburgo 2007, p. 15 y ss.).39

3. Solidaridad

Continuando con los postulados de libertad, igualdad y fraternidad

El concepto de «solidaridad» (o «fraternidad», según el lema de la Revolución Francesa) es el menos debatido, seguramente porque hace referencia al sentido del prójimo y, por ende, es más difícil de integrar en una construcción teórica.

A grandes rasgos, sobre la base de diferentes autores, la solidaridad podría definirse como:

- un sentimiento de comunidad y responsabilidad mutua, que
- se origina en intereses comunes y
- se refleja en un comportamiento útil para la comunidad, incluso contra el propio beneficio a corto plazo,
- y va más allá de la reivindicación formal de justicia mutua.

La «solidaridad» es una cuestión relacionada con la «identidad social» común,- que surge a partir de un modo de vida similar y valores compartidos.

Sin embargo, el sociólogo y filósofo moral estadounidense Michael Walzer, señala con cierta razón que la solidaridad puede ser peligrosa «cuando es solamente

un sentimiento, un sustituto emocional, en vez de un reflejo real de la cooperación desarrollada día tras día y sobre el terreno» (Walzer 1997, p. 32).

Esta cooperación cotidiana está relacionada con instituciones y estructuras en las que la solidaridad puede desarrollarse y contribuir a la seguridad social.

La solidaridad como tal también puede aparecer en formas de exclusión y discriminación (por ejemplo, en el espíritu corporativo de la extrema derecha). Para una sociedad democrática, desarrollada desde y con una comunidad civil abierta y pluralista, esta falsa forma de solidaridad constituye un riesgo enorme que aún hoy se subestima. El límite se sobrepasa cuando una comunidad logra la cohesión discriminando a otras personas. No es posible pensar en una libertad real sin igualdad.

Es lo que puede ocurrir con los sentimentalismos sociales, que logran confundir a las mentes ingenuas, ocurre con supuestos valores como el utilitarismo, el benefactorismo, el altruismo, etc., que puede ser que hagan algunos favores concretos, a cambio de que se les dispensen elogios, por donativos, pequeñas dádivas, etc, que pueden enmascarar otras intenciones, inclusive hasta algunos ilícitos que pueden cometerse; no se opone esta idea a los desprendimientos naturales de los seres humanos que ofrecen parte de lo que tienen y no los sobrantes de sus bienes que de todos modos tendrían el final de las cosa inservibles: pero no se puede ignorar que la bondad y vocación de servicio reside en los sentimientos de muchos seres humanos y que al coincidir el hecho material con la actitud interior, estemos en presencia de un hecho en el que el acto material corresponda a la bondad y a un gesto evidentemente sincero.

En el campo político es más que notoria la intención de comprometer a la gente a a dar su respaldo ciudadano, a cambio de dinero u otras dádivas hechos que caen en el campo de la inmoralidad.

El Presupuesto de Promoción Social

Un elemento fundamental de las propuestas de política escolar es el presupuesto de promoción social. Este factor tiene en cuenta que las condiciones y las necesidades son diferentes en las distintas escuelas. Allí donde es mayoría proporción de alumnos de origen inmigrante y donde se agudiza la problemática social cotidiana, los presupuestos escolares suelen destinarse al mero mantenimiento de las condiciones y a los gastos básicos (por ejemplo: libros, excursiones organizadas por los establecimientos, cuidado y almuerzo), mientras que en otros lugares pueden utilizarse para una mejor calidad de enseñanza, sistemas de jornada completa, proyectos y equipamiento. El resultado es absurdo: allí donde las necesidades de apoyo son mayores, las posibilidades reales disminuyen. El presupuesto de promoción social supone un funcionamiento menos burocrático: por cada alumno subvencionable las escuelas reciben un presupuesto adicional, que aumenta un 10% en conjunto en casos de fuerza mayor. Esta concepción permite financiar las necesidades especiales, ofrece la posibilidad de utilizar el propio presupuesto escolar como otras instituciones y

constituye una diferencia respecto al tradicional sistema de presupuesto per cápita. Se trata de implantar la solidaridad de las escuelas con fortaleza financiera hacia las escuelas con problemas de insolvencia, para ofrecer posibilidades de apoyo y lograr un éxito educativo homogéneo.

Justicia y Democracia Social

Demandas a la Democracia Social resultantes del debate sobre la justicia:

- La justicia es el valor básico a la hora de analizar la distribución de bienes materiales e inmateriales. Sin embargo, la Democracia Social no puede establecer un concepto uniforme. La justicia es válida socialmente como fundamento de legitimación y argumentación, pero es controvertida en la teoría.
- Evidentemente, la justicia debe ser considerada de forma separada para los distintos campos sociales.
- La igualdad en sí misma, en el sentido de una igual distribución de bienes, no requiere fundamentación.

Las discrepancias deben ser definidas y negociadas bajo el punto de vista de la justicia.

El tema ha sido ampliamente considerado en los tratados internacionales, especialmente en los Pactos internacionales que se han referido, uno de ellos, a los derechos civiles y políticos; el otro, a los derechos económicos, sociales y culturales, que posteriormente han sido retomados en las convenciones regionales, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, que han venido a contrarrestar la influencia que tiene el neoliberalismo al privilegiar no la libertad como valor y como derecho, sino la libertad del mercado, sobre la igualdad de los seres humanos; de tal manera que las ideas del programa de Hamburgo están en consonancia con los postulados de una sociedad abierta que exige el desarrollo de ambos valores para la consolidación de la democracia social, fundamento del estado social y democrático de derecho.

Referencia

Tobias Gombert ... [et.al.]. Manual de la democracia social 1 : fundamentos de la democracia social
- 1a ed. - Buenos Aires : Nueva Sociedad, 2010.
168 p. ; 17x22 cm. ISBN 978-987-95677-3-9
Tobias Gomber Democracia. Ideologías Políticas.
Primera edición: 2010
Una publicación de la Fundación Friedrich Ebert Academia para la Democracia Social CDD 323

Capítulo Tercero

Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano

Se incorpora versión-resumen de trabajo constitucional de:
Humberto Nogueira Alcalá[332]
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Talca, Chile

Estudios constitucionales v.7 n.2 Santiago 2009
http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007
Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 143-205
gueira@utalca.cl

Humberto Nogueira Alcalá1
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Talca, Chile nogueira@utalca.cl

Resumen: El artículo analiza desde la perspectiva del "bloque constitucional de derechos fundamentales" la naturaleza jurídica de los derechos sociales, su estructura jurídica, la inexistencia de diferencias esenciales con los derechos individuales, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos individuales y sociales, su fuerza normativa directa y su aplicabilidad inmediata, irradiando todo el ordenamiento jurídico y los actos jurídicos de particulares, subordinando la autonomía de la voluntad y los contratos entre particulares, sus garantías y su justiciabilidad.

Palabras clave: Derechos sociales; naturaleza jurídica de los derechos sociales; irradiación de todo el sistema jurídico y actos jurídicos de particulares; justiciabilidad.

Abstract: *The article analyzes from the perspective of the "fundamental block of constitutional rights" the legal nature of the social rights, your legal structure, the absence of essential differences with individual rights, the indivisibility and interdependence of individual and social rights, direct its legal force and direct and your immediate applicability, irradiating the entire legal system and specific legal acts, subordinating the autonomy and the legal contracts between privates, their security and justice.*

Keywords: *Social rights; legal nature of the social rights; irradiation of the entire legal system and specific legal acts; justiciability.*

---

332 Doctor en Derecho, Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Artículo recIbído el 10 de septiembre de 2009, aprobado el 28 de octubre de 2009.

El autor de la obra, incorpora el Ensayo del honorable Dr. Nogueira Alcalá en consideración a la excelencia académica, claridad conceptual e ideal desde el punto de vista didáctico; no es posible integrarlo completo sino tomando del texto aquello que más corresponda al trabajo que se está elaborando como es El Estado Social y Democrático de derecho. Se mantienen las citas y se remite al lector al trabajo original cuyo título aparece en el encabezado de este Capítulo Tercero. Nuestro reconocimiento y respeto para el profesor Nogueira.

1. Introducción

El Estado Social y Democrático de Derecho o el Constitucionalismo Social estructura una imbricación diferente entre principios generales de la organización constitucional del Estado y garantías de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales inexistentes en el Estado Liberal vienen a complementar los derechos individuales y políticos, enriqueciendo la dignidad y el desarrollo de la persona humana y calificando la forma de Estado. En el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales participan de las condiciones de verdaderos derechos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial, además de ser disposiciones constitucionales de principio, todo lo cual tiene por objeto otorgar una mejor calidad de vida a las personas.

2. La dignidad de la persona como fundamento del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático social contemporáneo

Sólo al término de la Segunda Guerra Mundial todos los pueblos de la tierra inician una nueva etapa de convivencia pacífica, la que tiene como su fundamento la dignidad de la persona humana, tal como lo declararon los Estados reunidos en la Conferencia de San Francisco de 1945, aprobando la resolución de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la Igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas."

Luego la Asamblea General de Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, que constituye el primer texto de alcance universal que reconoce la dignidad de la persona y los derechos esenciales o fundamentales que derivan de ella.

En efecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama su fe "en la dignidad y el valor de la persona humana" y determina que "todos los seres humanos nacen libres o iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros."

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.

3. El bloque constitucional de derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano

Asimismo, como ya hemos explicitado en diversos artículos y libros,7 nuestro constitucionalismo latinoamericano, se ha distinguido en el concierto internacional en las últimas tres décadas por asegurar los derechos fundamentales en base no sólo a la explicitación formal de los derechos asegurados constitucionalmente sino también incorporando a estos los derechos asegurados por las fuentes formales del derecho internacional.

Para ello el intérprete y operador jurídico debe utilizar el bloque constitucional de derechos fundamentales, por el cual entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, 8 todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 50 inciso segundo de la Constitución chilena vigente.9

Todas las normas sobre derechos fundamentales sociales contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales Internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía), con las claves hermenéuticas del Derecho de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el ámbito mundial por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; el Comité de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de derechos sociales es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un "plus" al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos. Asimismo,

deben utilizarse los postulados básicos de interpretación de derechos humanos "favor persona", utilizado ya por nuestro Tribunal Constitucional.12

Nota: La parte final de este trabajo está relacionado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Estado social y Democrático de Derecho.

El intérprete constitucional debe entender que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. En la misma perspectiva debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de derechos humanos, especialmente, de aquel que el Estado ha comprometido a respetar y garantizar ante la comunidad internacional.

Los derechos sociales fundamentales explícitos están contenidos en el texto constitucional, sus atributos esenciales se complementan con aquellos asegurados por los atributos y garantías de tales derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos válidamente incorporado y vigente, en la medida que según el propio derecho internacional son derivaciones de la dignidad o atributos de la persona humana, como sostienen los mismos tratados o convenciones internacionales. A su vez, puede sostenerse la existencia de derechos sociales fundamentales implícitos obtenidos por vía de interpretación sistemática con una correcta justificación constitucional.

4. Los derechos económicos, sociales y culturales como derecho indivisibles e interdependientes con los derechos individuales y políticos

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales, como asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos.

En la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, ya se proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, precisando "que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales ."13

La Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977, según recuerda Casal, determinó que:

"a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;

"b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas

y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social', como lo reconoce en la proclamación de Teherán de 1968."14

A su vez, como señala Afónso Da Silva, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993, en la Declaración y el Programa de Acción de Viena, se determina en su artículo 50: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratarlos derechos de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos un mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, además los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".15

Los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto derechos sociales fundamentales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho de participar en los beneficios de la vida social, o al menos a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes públicos.16

Como establece la Declaración de Quito del 24 de julio de 1998 en su preámbulo /.../ tos derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre garantías sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo Facultativo de San Salvador."

5. La ausencia de diferencias estructurales básicas de los derechos individuales y de los derechos sociales

Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos o fundamentales que implican no solo prestaciones positivas estatales, sino también la ausencia de interferencia arbitraria de terceros, aseguradas por normas constitucionales o del derecho internacional de los derechos humanos, al igual que los derechos civiles y políticos, todos los cuales posibilitan una mejor realización de la dignidad humana. Los derechos sociales constituyen presupuestos y complementos indivisibles del goce de los derechos individuales, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de todos de las libertades. Tales derechos sociales no tienen diferencias cualitativas u ortológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales.

Una perspectiva clásica de los derechos económicos, sociales y culturales plantea que ellos son relativos, en cuanto son de naturaleza prestacional y, por tanto,

dependen de los recursos económicos del Estado para su realización, por lo que se presentan como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, dependiendo de la situación específica de desarrollo relativa y situación económica de cada Estado17 por tanto, tienen un carácter relativo, ya que la capacidad económica financiera de los países puede sufrir variaciones. Este sector de la doctrina considera que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen parte de la política social que realizan los gobiernos dependiendo de los procesos económicos financieros del Estado, por lo que carecen de garantías efectivas.

6. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales eficaces

Frente a la perspectiva de quienes consideran a los derechos sociales solo como aspiraciones y no como derechos subjetivos, entregados a la libre discrecionalidad configurativa del legislador, junto con Pérez Luño, podemos afirmar su carácter de auténticos derechos, los que además, constituyen una garantía para la democracia y para el goce efectivo de los derechos individuales y políticos.20

La existencia de un derecho fundamental, como señala Alexy, implica que una persona dispone de un derecho a algo respecto de un sujeto obligado, sin que necesariamente la satisfacción del contenido del derecho esté garantizado por una decisión judicial.21

Los derechos fundamentales o humanos constituyen una unidad indisoluble porque protegen la misma dignidad del ser humano. Ello hace a tales derechos, intrínsecamente interrelacionados e indivisibles, todos contribuyen a la misma proyección y desarrollo del ser humano, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, no es posible considerar la participación activa e igual de todas las personas en la sociedad sin asegurar y garantizar los derechos sociales fundamentales y un nivel básico de justicia material, los cuales constituyen condiciones esenciales de un auténtico Estado Constitucional Democrático.22 La afirmación de los derechos sociales fundamentales, determina la perspectiva de que los jueces constitucionales deben garantizar el mínimo social especificado por las necesidades básicas asegurados constitucionalmente, lo que forma parte del contenido esencial de tales derechos, lo que enmarca la comprensión razonable de la concepción pública de justicia y de una existencia humanamente digna y saludable.

En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en los sistemas jurídicos como el chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 50, inciso segundo, de la Carta Fundamental, el cual los determina como límites de la soberanía, además de establecer el deber imperativo por parte de los órganos estatales de asegurarlos y promoverlos, tanto en su contenido constitucionalmente determinado como en sus atributos y garantías de los

derechos asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. A ello debe agregarse, el artículo 6 de nuestra Constitución que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa.

7. Los sujetos obligados por los derechos sociales fundamentales

Los obligados frente a los derechos sociales fundamentales dependen de las características de la norma jurídica constitucional y de la obligación jurídica. Los obligados dependen, como señala Arango, de la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales y de la asignación posterior de las obligaciones correlativas.34

La regla general es que el obligado respecto a los derechos sociales fundamentales es la sociedad representada por el Estado. Los individuos solo pueden considerarse obligados por la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales, lo que remite a la vinculación de las autoridades públicas a los derechos fundamentales y el efecto de irradiación de éstos sobre el derecho infraconstitucional. Así son obligados directos de los derechos fundamentales sociales el legislador, el gobierno y la administración y la judicatura ordinaria y constitucional, ya que todos los órganos y autoridades estatales deben respetar y promover los derechos fundamentales como establece el inciso 20 del artículo 50 de nuestra Constitución. También lo son las personas que deben respetar los derechos sociales en cuanto normas constitucionales de aplicación directa e inmediata que irradian y vinculan a todos los actos privados y contratos como lo ha determinado nuestro Tribunal Constitucional.

8. El objeto de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales

El objeto del derecho fundamental coincide con el objeto de la norma jurídica que se homologa con el objeto de la obligación jurídica. El objeto del derecho fundamental son las acciones u omisiones de otro u otros que constituyen los atributos del derecho fundamental y cuyo cumplimiento es indispensable para la realización del derecho.

El objeto de un derecho social fundamental puede ser tanto una acción (caso de un derecho prestacional, de un derecho de protección o de acceso a la jurisdicción) como una omisión (en caso de un derecho de defensa) por parte del obligado.

Para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, el Estado puede utilizar como instrumento la realización de una acción fáctica o una acción normativa, estableciendo obligaciones generales que posibilitan indemnizaciones laborales, vacaciones laborales, derechos de pre y post parto con remuneraciones, etc. El Estado puede escoger así los medios para asegurar los derechos sociales fundamentales, existiendo una obligación de garantía que se mantiene como un correlativo ión efectiva con todos los medios de que dispone, como asimismo, los órganos y autoridades

públicas, dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación de proteger los derechos sociales de las personas frente a afectaciones provenientes de agentes privados.36 A su vez, los miembros de la sociedad en sus relaciones de derecho privado quedan también vinculados por el respeto, promoción y no discriminación en materia de derechos sociales fundamentales.

9. Las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales

La búsqueda de procedimientos eficaces que lleven a una garantía real de todos los derechos humanos, los individuales y los sociales, los cuales son indivisibles, contribuyendo todos al desarrollo y concreción de la dignidad humana, es uno de los esfuerzos más trascendentes en que están empeñados los estados nacionales como la comunidad internacional, el derecho interno como el derecho internacional de los derechos humanos, en un trabajo complementario, convergente y progresivo.

La obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos, lo ha señalado directa y claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete último de tales convenciones en el ámbito regional: "[...] es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos» (caso Godínez Cruz. Sentencia de fecha 20 de enero de 1989. Serie C, número 5, párrafo 166)

9.1 Las garantías internacionales de los derechos fundamentales

Las garantías de los derechos pueden ser clasificadas en una primera aproximación, en garantías nacionales y garantías internacionales, en el entendido que las garantías no se agotan en el plano interno del Estado, sino que trascienden al plano internacional o supranacional a través de distintas instituciones y mecanismos, para ello existen el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y sus órganos de súper vigilancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas). Asimismo, en el plano latinoamericano existe el sistema interamericano integrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, que contempla la protección de derechos sociales en su artículo 26 y el Protocolo de San Salvador que asegura y protege específicamente los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo un mecanismo de peticiones o quejas individuales ante el sistema interamericano de protección de derechos, la Comisión

Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 19.6, para los derechos sindicales y el derecho a la educación. Asimismo, los tribunales nacionales deben considerar los contenidos de cada derecho en el ámbito de contenido mínimo precisado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

10. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en sus Observaciones Generales sobre Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha determinado que los Estados Parte tienen la obligación de procurar la plena eficacia de tales derechos "por todos los medios apropiados", que establece el artículo 2.1 del Pacto en consideración. Es el Estado Parte sobre el que recae el deber de demostrar que frente a una determinada situación, el mecanismo judicial no es el apropiado o no es necesario. Asimismo el Comité ha advertido que los "demás 'medios' utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales."62

Las concepciones que niegan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales no son compatibles con las obligaciones de los Estados Partes derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre la materia el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido:

"Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad ",63

En tal sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya había determinado:

Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El comité observa, por

ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Parte que son asimismo parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya están obligados (en virtud de los artículos 2 [párrafo 1 y 3], 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la Igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados 'podrá Interponer un recurso efectivo' (apartado a del párrafo 3 del artículo 20). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a, 8, 10 (párrafo 3), 13 (apartado a del párrafo 2 y párrafos 3y 4) y 15 (párrafo 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no auto ejecutables ",64

11. Creación de otros recursos legales, fuera de los judiciales, para proteger los derechos sociales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N° 9, reconoce a los recursos administrativos también como adecuados para la protección de los derechos sociales, en la medida de que "quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto." La Observación general N° 9 precisa que tales recursos administrativos deben ser accesibles, rápidos y eficaces, no onerosos, debiendo existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (párrafo 9).

12. Determinación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos sociales fundamentales

En este sentido el contenido mínimo de cada derecho deriva del respeto y promoción de la dignidad humana, como asimismo su contenido esencial que ampara todo el derecho delimitado constitucionalmente o por el bloque constitucional de derechos, según el Estado respectivo, ámbitos que están amparados por su justiciabilidad en cuanto tales derechos constituyen vinculaciones directas para todas las autoridades y órganos estatales y todas las personas. Dicha justiciabilidad se dará en casos en que exista una relación jurídica definida en que la lesión del derecho provenga de una modificación o desconocimiento de la esfera jurídica de una persona o de un grupo de ellas, de la eventual debilidad manifiesta de la misma persona, como también, en los casos en que faltando la relación jurídica preexistente, una persona o un grupo de ellas se encuentre ante exclusiones arbitrarias o injustificadas de acceso a prestaciones

o servicios, como puede ser la negativa de acceso a un establecimiento público de enseñanza básica estatal, la negación de acceso a una prestación de salud básica por parte de servicios públicos en casos de peligro de muerte o de grave menoscabo de la integridad de la integridad física o psíquica en conexión con la salud de la persona.

El contenido mínimo de los derechos sociales fundamentales está relacionado con el respeto a la dignidad del ser humano y a la consideración de un mínimo vital que se concreta en cada uno y todos los derechos económicos, sociales y culturales en cuanto satisfacción de necesidades materiales básicas de las personas, constituyendo el aseguramiento de la existencia material del ser humano un presupuesto básico del Estado constitucional democrático contemporáneo. Ello implica tanto acciones positivas por parte del Estado como prohibiciones de retrocesos injustificados de acciones previamente configuradas en el ordenamiento constitucional y legal, dentro de un contexto fáctico y normativo determinado, que reconoce el derecho de configuración del legislador en cuanto órgano de representación democrática, sujeto al control de constitucionalidad ejercido por la jurisdicción constitucional respectiva.

Así en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte deben abstenerse de actuar si con ello afectan los derechos, asimismo deben prevenir su afectación en su interrelación con los particulares y deben adoptar medidas que propendan a su plena realización.

La realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales que tienen los Estados ha sido desagregada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en varias obligaciones: la obligación de adoptar medidas inmediatas, las cuales incluyen la obligación de garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación, la obligación de garantizar niveles esenciales o básicos en todos los derechos, la obligación de proteger con carácter prioritario a los grupos vulnerables y la obligación de no regresividad e materia del nivel alcanzado de ejercicio y garantía en los derechos, como se estableció ya en la Observación General N° 3 de dicho Comité.

En un Estado constitucional democrático, todos los derechos humanos o fundamentales indivisibles y complementarios e inalienables deben ser asegurados y garantizados como derivaciones inmediatas y directas de la dignidad de la persona humana. Todos ellos deben tener un contenido constitucionalmente precisado indisponible para los órganos y autoridades del Estado, un contenido esencial indisponible para el legislador, sin el respeto y garantía del mismo, los derechos dejan de ser tales para convertirse en meras proclamaciones líricas sin efecto jurídico efectivo, siendo irreconocibles e impracticables. Dichos contenidos pueden variar de uno a otro derecho, ya que se estructuran en un contexto histórico, cultural y social determinado, el cual varía en el tiempo, posibilitando la profundización y progresividad de dichos contenidos, será siempre tarea del juez constitucional determinar en último término dicho contenido de acuerdo con el texto constitucional. Un enfoque constitucional democrático que asume como valor básico la dignidad de la persona humana

en su integralidad en forma coherente no puede dejar ningún derecho fundamental a disposición discrecional del legislador, ya que no hay ningún derecho fundamental que tenga una jerarquía superior a otro, el derecho a la salud y a la educación es tan importante como el derecho a la vida privada, la honra y la libertad de conciencia, para cada uno y todos los seres humanos.

Señalemos asimismo, que antológicamente y estructuralmente los derechos tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, pueden tener garantías constitucionales en un sentido amplio y garantías jurisdiccionales en un sentido específico, su establecimiento no es producto de la estructura de los derechos fundamentales sino de voluntad política de establecer las respectivas garantías, las cuales pueden ser graduales.

La Constitución debe asegurar asimismo las garantías sustantivas e instrumentales que posibiliten un marco fundamental e irreversible en materia de protección de derechos dentro del cual puedan moverse los diferentes operadores políticos y jurídicos, alguno de los cuales ya se encuentra presente en nuestro orden constitucional.

A su vez, frente a las garantías jurisdiccionales de los derechos, no podemos omitir, la crítica de la falta de legitimidad de los jueces para garantizar mediante sentencias el contenido esencial de los derechos sociales, la cual no es de recibo, ya que es la propia Carta Fundamental, por tanto, el poder constituyente, el que les otorga a los tribunales la jurisdicción y competencia para resolver sobre la materia, especialmente en el caso de grupos vulnerables, marginados o subrepresentados a nivel parlamentario. Además, los jueces refuerzan el principio constitucional democrático cuando hacen respetar los derechos constitucionales frente a actuaciones arbitrarias de la administración o de particulares, cuando cautelan el derecho a prestaciones de salud que arbitrariamente son negadas por el respectivo prestados, cuando a un alumno se le priva arbitrariamente del derecho a la educación, cuando se indemniza a una persona por una prestación social deficiente o negligente, cuando un empresario desarrolla conductas antisindicales, para solo señalar algunos ejemplos. En todos estos casos, los tribunales hacen respetar y cautelan los derechos fundamentales de las respectivas personas y con ello fortalecen el estado democrático constitucional. Los estados constitucionales democráticos son abiertos en el ámbito del pluralismo político y las decisiones políticas contingentes, pero no son neutrales frente al respeto de la dignidad de la persona humana y el contenido esencial de sus derechos fundamentales. Ningún órgano del Estado cuenta con legitimidad para actuar contra la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, ya que ellos constituyen la base material indisponible de la democracia constitucional. Los tribunales cuentan con legitimidad constitucional para reforzar las bases materiales que den a las personas una vida digna, niveles básicos de autonomía personal y de participación política en los asuntos públicos.

La argumentación de que los jueces no pueden disponer del gasto público ya que ello corresponde a las políticas públicas definidas por el legislador, no es de recibo en su totalidad y debe ser matizada, ya que las decisiones de políticas públicas y gasto público

tienen como piso la indisponibilidad del contenido esencial de los derechos constitucionalmente asegurados, como hemos podido demostrar y ejemplificar en este estudio, especialmente de los mínimos de vida digna para los discriminados, vulnerables y marginados, dentro de lo razonable y posible, lo que es empíricamente demostrable. Hagamos la precisión, en todo caso, que la vía jurisdiccional no debiera ser la única ni la más importante de las vías por las cuales la sociedad satisficiera los estándares de vida digna para todos sus integrantes, ya que cada órgano estatal dentro del ámbito de sus competencias debiera hacer su tarea legislativa o administrativa, no en vano ello es una exigencia constitucional en Chile de acuerdo al artículo 50 inciso 20 de la Constitución, el respeto y la promoción de cada uno y todos los derechos fundamentales.

Referencias

Nogueira Alcalá, Humberto. (2009). LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EFECTIVOS EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO. Estudios constitucionales, 7(2), 143-205. Recuperado en 03 de noviembre de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-52002009000200007.

Libro Quinto

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho

Autor: Lic. Mario Solano, Hijo

Título Primero

Estado Social de Derecho, Derechos Humanos y Constitucionalismo

De lo ya tratado en los libros anteriores, se puede inferir que el Estado de Derecho en su formulación originaria es un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, cuya función es crear y mantener el Derecho. Un elemento clave del Estado Social y Democrático de Derecho es la Justicia Constitucional que intenta concretar los límites del poder estatal en expansión; que ha roto con el tipo dinástico dominante en los cinco milenios de las organizaciones agrarias. La democracia es el elemento más ideologizado; se entiende en la perspectiva popular como el autogobierno del pueblo y es un Estado Constitucional en el sentido de poseer una constitución formal con una codificación amplia y comprensible para todos que limita y legitima al poder Estatal y es creada normalmente por una Asamblea Constituyente. En este orden el objeto prioritario es crear un orden constitucional que posibilite la tutela y garantización de los derechos fundamentales en correspondencia con el derecho internacional de los derechos humanos.

Capítulo Primero

El Derecho Constitucional Procesal como expresión renovada del Estado Social y Democrático

El Derecho Constitucional Procesal se basaba hasta hace poco en el principio de legalidad, cuyo fundamento estaba constituido por el sometimiento del operador jurídico a la ley establecida por el parlamento. Hoy se produce un cambio de paradigma que presupone el establecimiento de límites a la actividad legislativa. Esto bajo el entendido de que la fuerza de la ley no se circunscribe simple y llanamente a su validez, en tanto

que la misma fue producto del trámite legislativo consignado en la Constitución para su implementación. Esta última debe pregonarse necesariamente de su legitimidad, derivada de la concordancia con imperativos de orden sustancial, postulados desde el ordenamiento superior que deben reconocer valores ético-políticos como la justicia, la igualdad, la dignidad de las personas y el reconocimiento de los derechos fundamentales, estos últimos ampliados al ámbito de los derechos humanos.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1983 en El Salvador se produce la constitucionalización del Derecho, lo que quiere decir que corresponde a los administradores de justicia interpretar el derecho aplicable, conforme a los preceptos, valores y principios constitucionales, por lo que se entiende, además, que no se trata de preceptos cerrados sino de cláusulas abiertas que obligan a un razonamiento jurídico basado en la prudencia, la ponderación, la concordancia práctica o el balance entre los distintos bienes jurídicos.

Doctrinariamente, bajo el nuevo modelo Constitucional, también llamado Neoconstitucionalismo, el proceso se concibe como una garantía jurisdiccional para la tutela de los derechos humanos. Es así como en Tratados Internacionales se postulan garantías procesales que son reiteradas en la mayoría de las constituciones expedidas a partir de la Segunda Guerra Mundial y que para nuestro caso se encuentran vertidas en el artículo 11, 12, y 13 de la Carta Magna, en el que se enuncian principios tan relevantes como el de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derecho a la defensa y acceso a la administración de justicia.

Hoy en día se formulan mecanismos de articulación que permiten materializar la doble vinculación del juez a la Constitución y a la Ley, dispositivos dentro de los cuales se incluye la interpretación de la norma de cara a los valores, principios y preceptos contenidos en el ordenamiento superior. Tesis que aplicada al proceso, supone la adopción de una interpretación de la norma procesal por parte del operador jurídico que, sin violentar su texto, permite la realización de la ley ajustada a esos principios y valores establecidos constitucionalmente. No se trata de que el operador desconozca la ley, sino de que la intérprete de acuerdo a las circunstancias existentes, recurriendo a la argumentación con miras a realizar la justicia sin aferrarse a la aplicación literal del texto normativo y sin olvidar que en la actualidad impera la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

No puede el proceso aplicarse con apego irreflexivo a la ley. El juzgador debe adaptar las normas a la realidad humana para culminar con el pronunciamiento de un fallo en el cual se reconozca el derecho sustancial, y está en la obligación de motivar sus decisiones indicando el camino recorrido para tomar una de ellas entre las muchas posibles.

En Colombia, la Corte de Constitucionalidad en la sentencia T - 204 de 1997 señaló que "las formalidades procesales solo se conciben como medios para garantizar

la validez y eficacia de los actos procesales, en cuanto estos tiendan a la realización de los derechos de los sujetos procesales, mas no como simples ritualidades insustanciales."[333]

En este punto conviene examinar los rasgos esenciales del orden constitucional dentro del Estado Social y Democrático.

La Constitucionalización del Derecho se traduce en varios postulados a saber:

1. La legitimidad del sistema, de la norma y dentro de esta, la norma procesal que aparece condicionada a la aptitud que tenga para servir como instrumento idóneo al reconocimiento, tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
2. Se propugna por el sometimiento del operador jurídico a la ley, pero siempre y cuando ésta se encuentre impregnada de valores y principios establecidos por el ordenamiento superior (Constitución).
3. Una nueva visión en torno a cómo ha de actuar el operador jurídico, quien acudirá a nuevos métodos de interpretación de la norma buscando, ante todo, el valor en el cual se inspira la misma y el principio que le sirve de apoyo.[334]

Se puede sostener entonces que el constitucionalismo dentro del Estado Social y Democrático desarrolla una concepción del Derecho que impone una nueva visión del proceso, basado en la vigencia de valores como la justicia, la igualdad, la verdad, la libertad, la seguridad, etcétera, mayormente expuesto en los tratados y convenios internacionales de protección de derechos humanos.

Por lo anterior, podemos afirmar que el Estado Constitucional de Derecho, como expresión del Estado Social y Democrático, ha terminado por desplazar al Estado Legal de Derecho fundado en el positivismo jurídico. Desde una perspectiva teórica se ha desvirtuado la visión exclusivamente Estatalista del Derecho y su interpretación como tarea mecánica de subsunción. Y desde una perspectiva ideológica se ha desplazado la idea de que el Derecho, por el solo hecho de serlo, garantizaba ciertos valores morales. El Constitucionalismo ha transformado las fuentes del proceso y del Derecho, pues la Constitución no sólo distribuye formalmente el poder sino que, además, condiciona la validez de las normas inferiores que configuran la legislación, la administración y la jurisdicción. Por otro lado, el parlamento (Asamblea Legislativa en El Salvador) ha perdido su connotación de soberano en la que se amparó durante el positivismo y hoy está compelido a ejercer la labor de legislar, no con la amplia libertad del pasado, sino basándose en los referentes normativos superiores. De igual manera, la función judicial

333 Patricia Bastidos Mora "El modelo constitucional del estado social y democrático de derecho, sus desafíos y constitucionalización del proceso" Vie Juris. ISSN 1909-5759, 2009, Pág. 51.

334 Ibíd- Pag. 51

como subsunción de normas inferiores en normas superiores, es sustituida por una nueva función judicial ligada a la ponderación de principios y valores. Finalmente, la jerarquía Institucional se ha desplazado desde la instancia parlamentaria hasta los Tribunales Constitucionales. Se impone al operador jurídico, interpretar la ley conforme a los valores, principios y normas constitucionales.

Capítulo Segundo

Derechos Humanos en el sistema internacional

Una de las mayores preocupaciones que se tiene desde el ámbito del sistema internacional es el nivel de observancia y aplicación de los derechos contenidos en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos. Casi siempre se aduce que los estados poco hacen por realizar un oportuno cumplimiento de los compromisos emanados de este sistema, frecuentemente se adjudica a las instancias nacionales o locales expresiones de ineficiencia, mala fe, parcialidad, etc., es ahí en donde el sistema internacional de los derechos humanos conforme a sus normas y procedimientos, habilitan una serie de posibilidades que permiten la tutela efectiva y oportuna de tales derechos.

En nuestro caso importa más el sistema universal y el sistema interamericano, dado que sus distintos componentes resultan vinculantes para nuestro orden interno.

Conviene apuntar que mucho de lo expuesto en las constituciones latinoamericanas de finales del siglo XX y principios del presente, retoman en buena medida el plexo de principios, valores y derechos configurados en los instrumentos internacionales, sobre esto autores especializados de este campo han expuesto con detalle sobre el contenido, alcance y aplicación de los derechos humanos, por lo que en este trabajo, me limito a exponer algunos elementos que permitan aproximar ésta temática, como componente esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, así como la interacción necesaria entre el constitucionalismo y los derechos humanos.

1. La Declaración Universal

El texto básico para analizar los mecanismos de protección de las Naciones Unidas es la Declaración Universal, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Todos los demás textos se han inspirado en ella, que al decir de Saramago, es el catecismo de la Humanidad.

Las discusiones en su elaboración estuvieron matizadas por algunos debates fundamentales.

1. Carácter vinculante del texto: Declaración o Convención
2. Su carácter universal
3. El principio de no discriminación

4. El ser humano como sujeto de derecho internacional
5. Los tratados de derechos humanos

El primer tratado de derechos humanos suscrito en el seno de las Naciones Unidas fue la Convención para la Represión del Crimen de Genocidio, el 9 de diciembre de 1948, un día antes que la Declaración Universal.

Este, como algunos otros tratados, sólo contiene materias substantivas, es decir, las normas que los Gobiernos deben respetar para dar cumplimiento al objetivo y fin del tratado. Otros tratados contiene, además de las normas substantivas, un procedimiento de verificación de su cumplimiento.

En 1966 y luego de 18 años de aprobada la Declaración Universal, fueron aprobados los llamados "Pactos mayores", que, junto a la Declaración Universal, integran la llamada "Carta de los Derechos Humanos."

Otros tratados adoptados son:

- Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1952);
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y sus dos Protocolos Adicionales (comunicaciones individuales, de 1966 y el destinado a la abolición de la pena de muerte, de 1989);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1966;
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968);
- Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973);
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, 1979;
- Convención sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984;
- Convención sobre el Apartheid en los Deportes (1985); y,
- Convención de los Derechos del Niño, 1990; y muchos otros.

Como puede suponerse, el sistema de supervisión internacional de las obligaciones impuestas por los diversos tratados de derechos humanos es muy débil, ya que se basa en informes elaborados por los propios Estados signatarios, que, obviamente, no suelen ser críticos. Por regla general, no contempla la participación de individuos, aunque algunos tratados si la permiten, en caso que el Estado afectado consienta por medio de cláusulas especiales. Lo normal es que los países más transgresores de los derechos de sus ciudadanos no sean parte de estos tratados y que los que lo son, no admitan quejas

individuales, con lo que el sistema no es de gran eficacia en caso de violaciones sistemáticas, aunque sí lo es en caso de atentados que ocurren en regímenes democráticos.[335]

En los últimos años y en un nuevo signo de progresividad, se han ido incorporando mandatos concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales. Ello en el espíritu de la indivisibilidad de los derechos humanos. En el anexo de su resolución 2000/109, la Comisión da cuenta que se debatió en un Grupo de Trabajo un equilibrio matemático en la cantidad de mandatos de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales.

- Derecho al desarrollo;
- Derecho a la educación;
- Derecho a la alimentación;
- Extrema pobreza;
- Derechos humanos y programas de ajuste estructural y deuda externa; y,
- Habitación adecuada.

Además de otros mandatos que afectan a todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, tales como formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia:

- Trata de personas;
- Violencia contra la mujer;
- Derechos humanos de los pueblos indígenas; y,
- Derechos Humanos de afrodescendientes.

1.2 El sistema interamericano de protección a los derechos humanos

A. Órganos del sistema interamericano

El sistema interamericano ha evolucionado como un esfuerzo de retomar los principios rectores creados por el sistema universal, dando vida así a la institucionalidad interamericana.

El sistema interamericano se ha desarrollado en el marco de la Organización de los Estados Americanos en la segunda mitad del siglo XX, replicando el movimiento iniciado a nivel universal y europeo de crear mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Actualmente, se basa en la labor de dos órganos: la Comisión y la Corte Interamericanas.[336]

---

335 Viviana Kosticevic, Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres, 1 curso taller, 1ª. Edición Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1997.

336 José García Añón, es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España. "Derechos Sociales e Igualdad." Publicado en Abranovich, Víctor; Añón, María José, Curtis Christian; Derechos Sociales Instrucciones de Uso 1ª. Edición, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2003, Pág. 181

La Comisión Interamericana fue creada en 1959, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile. Por su parte, la Corte Interamericana fue creada, en 1969, por la Convención Americana.

La Comisión y la Corte actúan de acuerdo con las facultades otorgadas por distintos instrumentos internacionales, de conformidad con la particular evolución del sistema interamericano. En efecto, la Comisión y la Corte desarrollan sus funciones bajo el marco normativo compuesto por el siguiente conjunto de tratados internacionales:

- Carta de la Organización de Estados Americanos;
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o "Protocolo de San Salvador";
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte;
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o "Convención de Belém do Para";
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y,
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

La Comisión ha desarrollado la función de tutelar los derechos humanos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana; en efecto, la Comisión antecede a la puesta en funcionamiento de la Corte en más de veinte años. Así la Comisión, como órgano preexistente a la Convención Americana, ha venido desarrollando una importantísima labor: en los primeros tiempos como órgano de promoción y, con el paso del tiempo y ante fenómenos como la desaparición forzada de personas, ha desempeñado un papel cada vez más activo como órgano de protección de los derechos humanos.

La Comisión actúa en virtud de las facultades que le otorgan tanto la Carta de la OEA, como sus propios Estatuto y Reglamento, que le atribuyen jurisdicción sobre

todos los Estados miembros de la Organización, a los cuales supervisa en virtud de la Declaración Americana. También actúa de acuerdo con las facultades específicas que le otorga la Convención Americana respecto de los Estados partes de dicho tratado.

La Corte, por su parte, fue creada por la Convención con el objeto de supervisar, de manera complementaria a la Comisión, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la Convención. En tanto órgano de carácter jurisdiccional, la Corte tiene una doble competencia: una contenciosa y otra consultiva.

Abordaje particular deberá hacerse en relación a la imparcialidad o no que tengan tales organismos.

1.3 Obligaciones internacionales de los Estados en el sistema interamericano

Al ratificar la Convención Americana, los Estados se comprometen específicamente a respetar los derechos y libertades protegidos en la Convención y a garantizar el pleno y libre ejercicio de los mismos. Esto implica que los Estados se comprometen a omitir ciertas acciones violatorias de los derechos garantizados, así como realizar determinadas acciones, a fin de permitir el efectivo goce de tales derechos, teniendo en cuenta el principio de no discriminación.

Así, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención; a su vez, de ésta se derivan las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de dichos derechos. En este sentido, la Corte ha señalado: "el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación."

La reparación es otro compromiso que asumen los Estados al obligarse internacionalmente. Esto significa que el Estado asume, que si viola los derechos que se comprometió a proteger, debe realizar aquellos actos que borren o eliminen las consecuencias del acto u omisión ilícitos. Así, entonces deben remediar la violación restituyendo íntegramente a la víctima a la situación anterior al acto lesivo y, si ello no es posible, indemnizar pecuniariamente y adoptar todas aquellas otras medidas de reparación adecuadas a fin de remediar el daño causado. De este modo, la adopción de las medidas cautelares es parte de las obligaciones que el Estado debe adoptar sin dilación alguna. La reparación de los daños también tiene aspectos de una obligación de garantía en cuanto funciona como un mecanismo de prevención.

Capítulo Tercero
Los Derechos Sociales y el sistema internacional

1. Derechos sociales e igualdad

Los derechos sociales se fundamentan en la idea de igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de las personas. En las actuales Constituciones, cuyo contenido se forja fundamentalmente en principios, que son fruto del consenso y la integración, estos establecen complejas relaciones entre las instituciones que forman la estructura del Estado, es así que es difícil que podamos hablar de "materias" sustraídas a la justicia o la política.

Es por ello que, en este esquema, los derechos sociales tienen el camino abierto a su reconocimiento y garantía, ya que su finalidad es hacer posible uno de los principios esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho: el principio de igualdad.[337]

También conviene señalar que el reconocimiento a la legitimidad del Estado Social y Democrático de Derecho supone que dentro de los denominados valores superiores, tiene que integrarse al ordenamiento jurídico, el de la igualdad; y por tanto, los poderes públicos y los ciudadanos se encuentran vinculados a su contenido. La legitimidad, en su dimensión material o sustancial, implica el respeto y la garantía de los derechos fundamentales; y por tanto, de los derechos sociales; en sentido amplio, en un Estado constitucional, esto supone el respeto de valores, principios y derechos; por ello, una de las dimensiones de la legitimidad del Estado implica el reconocimiento y garantía de los derechos sociales de manera que las condiciones de vida de las personas se asegure, para desarrollar además la autonomía y el resto de los derechos[338].

A principios del siglo XX, algunos países latinoamericanos inician sus propios esfuerzos en la idea de incorporar a las formas del Estado Social, un buen número de derechos fundamentales que se extienden al ámbito social; probablemente en la segunda mitad de esa centuria, es que mayormente se configurarán los sistemas constitucionales, que entre luces y sombras, dieron el advenimiento al Estado Social en América Latina. De ello dan cuenta numerosas y extensas investigaciones académicas; así como la compendiosa labor de organismos internacionales, principalmente los del sistema universal y otras propias del sistema interamericano. En este orden se han evaluado constantemente el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la justicia, garantías judiciales; con un nuevo énfasis los derechos políticos; expresados en toda una gama de libertades ciudadanas poco imaginables durante la expansión liberal del siglo pasado. Todos ellos propios del Estado Social y Democrático de Derecho.

337 Ibíd. Pág. 182

338 Enrique González, Op. Cit. José García Añón, "El Derecho a la Salud", pág. 220

En este trabajo habré de limitarme a abordar, con el auxilio de investigadores prestigiosos de este campo, derechos sociales que hoy día ponen a prueba, no solamente las condiciones particulares de cada uno de ellos, sino además porque su vigencia y vinculación efectiva con los ciudadanos, constituyen elementos de integración con otros derechos igualmente de connotación social, me refiero a dos aspectos que hoy día generan discusión y análisis en diferentes ámbitos de la vida nacional; el derecho a la salud y el derecho a la educación; conviene cuando menos, hacer un intento de aproximación desde la perspectiva del sistema de naciones unidas, así como desde el sistema interamericano y que a la luz de resoluciones y recomendaciones que han emitido los órganos especializados de ambos sistemas, nos permiten rescatar rasgos esenciales que sobre estos derechos exige el Estado Social y Democrático.

1.2 El derecho a la salud

En el mes de abril de 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales alcanzó los consensos necesarios para la presentación de una Observación General acerca del derecho a la salud, en donde interpreta el alcance y contenido del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con la publicación de este documento, se logró delimitar con una considerable amplitud un derecho humano que, desde su reconocimiento en la Declaración Universal, había sido objeto de múltiples controversias.

En la primera sección, se presenta una breve introducción al proceso de reconocimiento del derecho, incluyendo alusiones a los principales estándares internacionales y regionales; y se exploran algunas de las principales controversias en torno al concepto del derecho, así como algunos de los más recientes desarrollos doctrinarios en materia de salud pública. Posteriormente, explora los contenidos e implicaciones del derecho a la salud para sectores de población específicos, así como en cuanto su interdependencia con otros derechos humanos; las obligaciones resultantes del Art. 12 del Pacto; y los mecanismos de supervisión internacional. Adicionalmente, señala algunos estudios de casos relevantes a nivel nacional y a nivel internacional.

1.3 El reconocimiento en el sistema de las Naciones Unidas

La Constitución de la OMS supuso asimismo el primer reconocimiento a nivel internacional del derecho a la salud, al afirmar que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social." El goce universal de la salud se relaciona con la lucha contra las desigualdades y con el sano desarrollo de la infancia; destacándose la responsabilidad de los Estados en la adopción de medidas sanitarias y sociales, en la promoción y protección de la salud y en la garantía del disfrute universal de los beneficios del avance en el conocimiento.

Dos años después, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que le asegure la salud y el bienestar, así como la alimentación, el vestido, la vivienda y los servicios de asistencia médica y social necesarios; así como el derecho a la seguridad social (art. 25.1). El párrafo 2 hace referencia específica a los cuidados y asistencia a la maternidad y a la infancia, así como los derechos de los niños a la protección social. Inicialmente se previó incluir explícitamente en el texto de la Declaración la definición de salud adoptada en la Constitución de la OMS, propuesta que fue finalmente desechada.

1.4 El reconocimiento en los sistemas regionales

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce el derecho a la preservación de salud, que deberá acompañarse de medidas sanitarias y sociales (que incluyen alimentos, ropa, vivienda y atención médica), si bien condiciona su implementación a la disponibilidad de recursos (artículo XI). En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), alude a los derechos económicos, sociales y cultura-les de manera indirecta, a través del compromiso de los Estados Partes de tomar medidas para garantizar la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 26). El Art. 33 de la Carta de la OEA establece, entre otras metas para contribuir al desarrollo integral de las personas, el acceso a los modernos conocimientos de la ciencia médica (33.i) y a condiciones urbanas adecuadas (33.1.)

Además, el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988) consagra en su artículo 10 el derecho a la salud de todo individuo, en formulación muy similar a la del Pacto; adicionalmente, refiere un total de seis medidas que deben ser adoptadas por los Estados Partes para garantizarlo, entre ellas el desarrollo de redes universales de asistencia primaria. A ello se suma, el art. 11, que garantiza el derecho a un ambiente sano.

Por otra parte, la Carta Social Europea (1961, versión revisada) se refiere al derecho a la protección de la salud (artículo 11), para cuya consecución se adopta el compromiso de tomar medidas de promoción y educación en salud y prevención de enfermedades. El párrafo 13 de la I Parte garantiza el acceso a la asistencia social y servicios médicos a la población sin recursos. A su vez, la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997) consagra en su art. 3 el acceso igualitario a cuidados de salud.

Por otra parte, la Carta Africana de los Derechos de los Individuos y los Pueblos (1981) consagra el derecho al más alto nivel de salud posible –para cuya protección se tomarán las medidas necesarias-, así como la garantía de servicios médicos en caso de enfermedad (artículo 16).

Esta aproximación al concepto de salud significa un nuevo desafío para la doctrina predominante, que sigue altamente condicionada por la centralidad del hecho

médico y por la influencia de la medicina académica y científica, así como por las presiones e intereses de los sectores económicos asociados para priorizar los aspectos asistenciales y de mercado[339].

2. El derecho a la educación

La educación es una condición para el ejercicio de muchos otros derechos. Es sin duda un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos políticos pero es además un componente elemental del derecho a la libertad en todas sus expresiones y a los derechos derivados del empleo y de la seguridad social quedan fuera del alcance de aquellos que han sido privados del acceso a la educación[340].

El derecho a la educación fue contemplado en el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su órgano de aplicación es el órgano de Naciones Unidas que más ha avanzado en la definición del contenido de este derecho, a través de la adopción de las Observaciones Generales.

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) el derecho a la educación fue consagrado en su formulación más amplia en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI). Este derecho no fue incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo el Protocolo facultativo de dicha convención, el Protocolo de San Salvador (1988), ha remediado esta carencia (artículo 13, ver también artículo 16) y ha habilitado además una instancia de denuncia ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos por su incumplimiento (artículo 19 (6)). La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos garantiza el derecho a la educación en su artículo 8.[341]

En el ámbito europeo, se ha señalado que la Convención no garantiza derechos de segunda generación, con la posible excepción del derecho a la educación (artículo 2 del Primer Protocolo). Sin embargo este derecho ha sido redactado en términos restrictivos y su interpretación se ha inclinado por garantizar exclusivamente el derecho a los padres a asegurar a sus hijos una educación de acuerdo a sus creencias religiosas.

No obstante, a través de la revisión de la Carta Social Europea realizada en el año de 1996, se logró la incorporación a este instrumento del derecho de los niños a la escuela primaria y secundaria.

Para clarificar la importancia y trascendencia de este derecho para la vida de todo ser humano, resulta oportuno destacar –en palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, que la educación "….es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como de-

339 Juana M. Kneitel y Pablo Ceriani Cernadas, El Derecho a la Educación, Ibíd, pág. 287

340 Ibíd, pág. 290

341 Ibíd, pág. 292

recho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico."[342]

3. Sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales

Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales, se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles –o derechos de autonomía, o derechos-libertades-, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.[343]

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla. Las supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional.

-Al respecto, es pertinente recordar la línea argumentativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmada en la ya mencionada Opinión General Nro. 9. El Comité interpreta la obligación de adoptar medidas de orden interno para dar plena efectividad a los derechos establecidos en el Pacto, contenida en el art. 2.1 del Pacto, a la luz de dos principios: a) la obligación de los Estados de modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados e los que sean Parte, y b) el "derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", establecido por el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Articulando ambos principios, el Comité señala que: "los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los

342 Victor Abramovich y Cristian Courtis, "Apuntes sobre la exigibilidad de los Derechos Sociales", Estudios sobre Derechos Humanos, pág. 387- FESPAD, Ediciones 2004

343 Ibíd. Pág. 388

derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son "medios apropiados" según los términos del párrafo 1 del Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil de-mostrarlo y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales" (punto 3).[344]

De modo que, lejos de entender que los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables, el Comité establece la fuerte presunción de que la falta de recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto.

-En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. En palabas de Alexy: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (alemán), en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución." (7)[345]

4. Tres generaciones de derechos humanos

La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vašák en 1979. Cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada. Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad. Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Existe cierta contradicción entre los derechos contra el Estado (primera generación) y los derechos sobre el Estado (segunda generación). Los defensores de los derechos civiles y políticos califican frecuentemente a los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos, ya que el Estado

344 Ibíd, pág. 402

345 https://es.wikipedia.org/wiki/derechoshumanos. Pág. 11/18

no puede satisfacerlos más que imponiendo a otros su realización, lo que para éstos supondría una violación de derechos de primera generación.[346]

Por su parte, la tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, aunque diferentes juristas asocian estos derechos a otras generaciones: por ejemplo, mientras que para Vallespín Pérez la protección contra la manipulación genética sería un derecho de cuarta generación, para Roberto González Álvarez es una manifestación, ante nuevas amenazas, de derechos de primera generación como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física.

Autores como David Vallespín Pérez, Franz Matcher, Antonio Pérez Luño, Augusto Mario Morello, Robert B. Gelman, Javier Bustamante Donas y Juan Carlos Riofrío Martínez Villalba afirman que está surgiendo una cuarta generación de derechos humanos. No obstante, el contenido de la misma no es claro, y estos autores no presentan una propuesta única. Normalmente toman algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética. Javier Bustamante afirma que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías, mientras Riofrío prefiere hablar de derechos digitales, donde se encontrarían una nueva gama de derechos, como:

- El derecho a existir digitalmente
- El derecho a la reputación digital
- La estima digital
- La libertad y responsabilidad digital
- La privacidad virtual, el derecho al olvido, el derecho al anonimato
- El derecho al big-reply
- El derecho al domicilio digital
- El derecho a la técnica, al update, al parche
- El derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática
- El derecho al testamento digital

Otros señalan que el elemento diferenciador sería que, mientras las tres primeras generaciones se refieren al ser humano como miembro de la sociedad, los derechos de la cuarta harían referencia al ser humano en tanto que especie. Tal idea había quedado acordada en la Carta de las Naciones Unidas (punto 5) cuando en su preámbulo

346 Ibíd, pág. 12/18

se escribió, "nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos … a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas... hemos decidido sumar nuestros esfuerzos para realizar estos designios" y luego de manera más explícita, cuando expresaron entre sus propósitos el siguiente: "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma, religión." Para el cumplimiento de tal propósito inicialmente se continuaba concibiendo como agente inmediato al Estado, a cuya custodia la tradición occidental había confiado cierto número de garantías al ciudadano, a partir de las revoluciones inglesas, norteamericanas y francesas. Mas el precario desarrollo de la democracia en el mundo, la amarga experiencia de la Segunda Guerra Mundial y la caótica situación política creada por sus consecuencias en muchas naciones demostraba la consagración de los derechos humanos en constituciones y leyes internas que no eran suficientes para asegurar su protección y respeto por parte de los gobiernos. En numerosos Estados, por factores diversos, la protección del derecho nacional resultaba eliminada, suspendida, inoperante o abiertamente conculcada por gobiernos dictatoriales o ilegítimos.

Helio Gallardo, por su parte, defiende la existencia de cinco generaciones de derechos humanos, que identifica con las reivindicaciones de diferentes grupos sociales. Serían los derechos civiles y políticos, reclamados por la burguesía; los económicos, sociales y culturales, propios de los movimientos obreros y antiesclavistas; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos las generaciones futuras; y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida.[347]

5. Derechos humanos del siglo XXI: la declaración universal de derechos humanos emergentes

La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) surge de un proceso de diálogo de diversos componentes de la sociedad civil, organizado por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña en el marco del Foro Universal de las Culturas Barcelona 2004, titulado Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos. El 2 de noviembre de 2007, en el marco del Forum de Monterrey (México) es aprobada la DUDHE.

347 Claudio Nash Rojas, "Estado social y democrático en Chile, tan cerca tan lejos"; Anuario de derecho constitucional latinoamericano, año XVI, Montevideo 2011,. P.P. 79-100, ISSN 1510-4974, Pág. 83

Los derechos humanos emergentes suponen una nueva concepción de la participación de la sociedad civil, dando voz a organizaciones y agrupaciones nacionales e internacionales que tradicionalmente han tenido poco o ningún peso en la configuración de las normas jurídicas, como las ONG, los movimientos sociales y las ciudades, frente a los retos sociales, políticos y tecnológicos que plantea la globalización y la sociedad global. La DUDHE no pretende sustituir ni quitar vigencia a la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, ni a los instrumentos nacionales o internacionales de protección de los derechos humanos, más bien pretende actualizar, complementar, responder a los retos de la sociedad global y actuar como complemento desde el punto de vista de la ciudadanía participativa.

Capítulo Cuarto

El constitucionalismo y la interacción necesaria con el derecho internacional de los derechos humanos

Una de las ideas que se persigue dentro del Estado Social y Democrático de Derecho es el establecimiento de un orden constitucional que garantiza de forma efectiva los derechos fundamentales, entendidos éstos no solo los que están dispuestos dentro del ámbito normativo del texto constitucional, sino además aquellos que guardan correspondencia con principios y valores expuestos en la ley fundamental y que mayormente resultan desarrollados en el sistema internacional de protección de derechos humanos. Sobre este punto se mantienen contradicciones de larga data sobre la fuerza vinculante de éstas normas, respecto de la normativa constitucional.

1. Hacia un nuevo paradigma: el estado constitucional ampliado

Fruto del proceso de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, se ha ido delineando un modelo institucional basado en el respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en su protección supranacional que valida la actuación interna de los estados ante la comunidad internacional.

Se puede reconocer la influencia del sistema internacional de derechos humanos en la gestación de algunas de las nuevas constituciones latinoamericanas (Brasil, Colombia, Perú, Venezuela, Ecuador, Bolivia), en la reforma de otras (Chile, Argentina) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica). Se pueden distinguir dos ámbitos en los cuales la influencia del derecho internacional de los derechos humanos ha sido relevante: en la recepción formal del derecho internacional mediante la incorporación de instrumentos internacionales y en la recepción de estándares internacionales aportados por la jurisprudencia o vía principios internacionales.[348]

348 Ibíd, Pág. 84

La constatación de este fenómeno permite inferir que el modelo tradicional de Estado liberal o Estado social y democrático de derecho no es suficiente para describir el momento actual del constitucionalismo, sino que más bien tendríamos que reconocer una "concepción democrática constitucional ampliada" que incorpora elementos tanto del derecho constitucional nacional como del derecho internacional de los derechos humanos.

-Esta visión ampliada del constitucionalismo, planteada por Ferrajoli, reconoce la existencia de un cambio en el constitucionalismo democrático, que provendría de la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas internos estatales, lo que lleva a reconocer un constitucionalismo de carácter supranacional. Plantea Ferrajoli:

Se trataría, evidentemente, en el caso del constitucionalismo europeo, y todavía más, del constitucionalismo internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales. 818)

Se trata de un nuevo orden internacional que cuenta con el paradigma constitucional como dimensión necesaria de derecho y como sistema idóneo para la limitación del poder. La tesis de Ferrajoli resulta iluminadora, ya que reconoce un fenómeno-no actual y muy propio de las democracias latinoamericanas, como es la interrelación entre el derecho constitucional interno de los países y los aportes del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, no parece atendible la idea de estar frente a un nuevo paradigma de Estado de derecho. Más bien podríamos hablar de una nueva perspectiva a partir de la cual enfocar el papel del Estado social y democrático de derecho, en la que se refuerce la obligación de garantía de los derechos humanos, basándonos en un sistema supranacional que tiene por objeto darles efectividad. Este nuevo modelo parece ser una respuesta ante las limitaciones de los sistemas nacionales para responder de manera efectiva a los desafíos de la realidad actual. Una concepción democrática de derecho ampliada permite no solo dar mayor efectividad al goce y ejercicio de los derechos fundamentales, sino que, además, pone a disposición de los estados una serie de estándares internacionales que permiten determinar el contenido y el alcance que pueden tener los derechos humanos en sus distintos contextos de aplicación.

Cabe destacar, sin embargo, que la proposición de Ferrajoli de estar ante un nuevo paradigma puede ser atendible en el contexto de los países europeos, donde los Estados han sido mucho más reacios a integrar los estándares dados por el sistema europeo e internacional de derechos humanos. Por ello puede entenderse que en Europa su implementación pueda significar un cambio de paradigma o por lo menos una perspectiva innovadora a partir de la cual enfocar el constitucionalismo europeo actual.

2. Características del estado constitucional ampliado

A partir de lo señalado, cuando Nas Rojas, sostiene que "se hace necesario identificar las particularidades de un Estado constitucional ampliado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que todo sistema democrático debe resolver una tríada inseparable: Estado de derecho, derechos humanos y medios de garantía. Haremos referencia a sus características basándonos en estas consideraciones de la Corte y también en lo establecido por la doctrina sobre las particularidades de un Estado social y democrático de derecho"….

2.1 Desde una visión programática a su eficacia normativa de la constitución

En primer lugar, destacamos entre las características de un Estado constitucional ampliado la fuerza renovada de la Constitución (normativa, no programática) y la redefinición de los poderes en función de los fines del Estado; muchas veces auxiliado y complementado por el Derecho Internacional. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, se entiende que las normas que la componen son vinculantes y tienen un contenido que las hace exigibles. En este sentido Cesar Landa plantea: "Así, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura." Así lo plantea Nash Rojas.

2.2 Sistema renovado de derechos fundamentales

En segundo término, distinguimos dentro de sus características la promoción de un sistema renovado de derechos fundamentales basado en los sistemas constitucional e internacional; donde la normativa, la hermenéutica y la praxis judicial interactúan tanto en sede constitucional como internacional. En la configuración de esta concepción robusta de derechos humanos, el sistema internacional de derechos humanos tiene un rol fundamental, no solo porque complementa los contenidos de los catálogos con otros derechos, sino porque también aporta estándares para su correcta interpretación. Así, podemos entender que "trata, en suma, de promover un modelo que favorezca la circulación y mutuo reforzamiento de un sistema multilateral de protección de los derechos sociales." Debe ser un sistema de organización en el que se propenda hacia una red normativa que asegure tanto las garantías institucionales, sociales como ciudadanas y se controle su efectiva garantía mediante el fomento de la opinión pública y de la participación de los interesados.

2.3 Mecanismos de control con base constitucional

También se destaca en un Estado constitucional ampliado la necesidad de protección jurisdiccional de los derechos. Esta garantía está guiada por una idea básica: los

mecanismos de control y protección con base constitucional e internacional deben buscar la efectividad de los derechos; tal como lo afirma Claudio Nash. En este sentido, resulta interesante lo planteado por la Corte Constitucional de Colombia sobre el rol del juez en un Estado social y democrático: "se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no solo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución, cuya finalidad, en sí misma, ha de ser la prevalencia y eficacia de los derechos y garantías de los asociados."

Se ha considerado que un Estado social y democrático de derecho no puede obviar las situaciones de discriminación y desventaja material de las personas, y de acuerdo a ello se hace necesario un control judicial constitucional que repare las posibles violaciones de derechos sociales. Se entiende que los jueces actúan con el límite del contenido dado por la configuración constitucional e internacional de estos derechos y teniendo por objetivo maximizar la vigencia de los derechos. En este sentido, también se ha planteado que, para que la decisión tomada en la justicia constitucional tenga legitimidad, es necesario que se funde en un procedimiento objetivo y razonable.

La justificación de que este control sea realizado por los jueces constitucionales se sustenta en la necesidad de que en un Estado social y democrático no sea encomendado exclusiva-mente a órganos legislativos, por ser estos especialmente sensibles a aquellas demandas que les reporten beneficios electorales. En este contexto la justicia constitucional podría ser un instrumento idóneo para "impulsar un cierto control entre poderes en materia de derechos civiles, políticos y sociales y para hacer visibles y audibles los intereses de aquella minorías (y a veces mayorías) marginadas de los canales representativos tradicionales." En ese entendido, el control judicial de políticas económicas y sociales podría verse no como una restricción al principio democrático, sino como un elemento indispensable para su mantenimiento y como una vía para la concreción de los principios rectores de un Estado constitucional ampliado de derecho. También, cabe complementar lo anterior con la factibilidad de que operen los sistemas de control internacionales de derechos humanos, ante la inactividad de los mecanismos de control internos.

2.4 Importancia de la participación ciudadana

Por último, se ha destacado como elemento clave el rol de la sociedad civil. La construcción de un Estado social y democrático ampliado reconoce en la sociedad civil un sujeto relevante para plantear nuevos derechos y reconfigurar los ya establecidos. También para activar los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y para supervisar a la autoridad y a los propios órganos de control y protección; en definitiva, para hacer efectivos los derechos. En este sentido, se plantean áreas en las cuales la participación ciudadana es importante: el acceso a la justicia individual y también de manera colectiva, la elección y crítica a los órganos legislativos, el desarrollo del

proceso constituyente y legislativo, también el control ciudadano del gasto público como forma de controlar la efectividad de las políticas sociales y el acceso a la información pública, entre otras.

2.5 Estado constitucional ampliado en Latinoamérica

Como señalamos, muchos de los estados que han consagrado constitucionalmente un Estado social y democrático de derecho son países latinoamericanos. También otros países han emprendido reformas constitucionales o han adoptado una práctica jurisprudencial que apunta hacia la consagración de un sistema democrático de estas características.

Dado el contexto en el cual se encuentran los países de Latinoamérica, existen profundas desigualdades sociales, violencia y diferencias étnicas, la idea de un Estado constitucional ampliado cobra fuerza, ya que se percibe como la estructura estatal idónea para superar los problemas que aquejan a la región.

Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por estar compuestas por diversidad de grupos sociales con profundas diferencias culturales, lo que ha hecho difícil compatibilizar modelos institucionales externos con la situación particular de los países de la región. En este sentido, se hace necesario reconocer esta situación de diversidad para poder sostener una democracia sólida y, además, para superar las discriminaciones que surgen de esta heterogeneidad social. Frente a esta realidad, el resguardo de los derechos sociales que propugna un Estado constitucional ampliado se hace indispensable para superar prácticas excluyentes hacia estos grupos. Tomando como ejemplo el caso de Colombia, queda de manifiesto que entre los propósitos de consagrar un Estado social y democrático está justamente avanzar en esta materia. Así se ha señalado: Los Constituyentes de ese país, creyeron encontrar en la idea del Estado social y democrático de derecho, de amplia aceptación en el derecho constitucional contemporáneo, una fórmula política que, enriquecida con los aportes del multiculturalismo y del reconocimiento de la diversidad, permitiría poner en marcha ese proyecto histórico de desarrollar una sociedad menos arbitraria y más pluralista.

Asimismo, podemos reconocer en Latinoamérica, particularmente en El Salvador, la existencia de sociedades fuertemente excluyentes, en las cuales las inequidades económicas y sociales son abismales. En este contexto, se ha asentado la discriminación hacia ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, dadas sus características particulares, bajo el amparo de un sistema cultural que la legítima. La consagración de un Estado constitucional ampliado de derecho en Latinoamérica no solo cumple un papel relevante para robustecer el sistema democrático en la región, sino que también tiene por objeto hacer frente a una serie de desigualdades sociales y discriminaciones sectoriales que dificultan el goce efectivo de derechos humanos en condiciones de igualdad. En este desafío, es de suma relevancia el papel del sistema internacional de derechos humanos, ya que hasta ahora su contribución ha sido determinante para la visibilización de estos grupos discriminados y, también, para encontrar posibles soluciones a su situación.

Capítulo Quinto
El Neoconstitucionalismo

1. Aspectos esenciales de su conformación

El Neoconstitucionalismo como expresión jurídica del estado social y democrático de derecho

El constitucionalismo latinoamericano es una de las expresiones más fuertes del neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo es el concepto atribuido a una serie de fenómenos y transformaciones en las constituciones de los últimos años. El término fue acuñado por la profesora italiana Susanna Pozzolo a finales del siglo XX, aunque una buena parte de las argumentaciones teóricas pertenecen a un grupo de profesores italianos como Riccardo Guastini, Paolo Comanducci o Luigi Ferrajoli. En América Latina la labor de difusión de esta corriente proviene de los centros de investigación constitucional de México, Ecuador y Colombia, a cargo del profesor Miguel Carbonell, principalmente dentro de las actividades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

Carbonell considera que existen tres elementos para caracterizar al neoconstitucionalismo: i) nuevos textos constitucionales, ii) nuevos acercamientos teóricos y iii) un insólito activismo judicial a partir de la creación de nueva jurisprudencia.

Los nuevos textos constitucionales ofrecen nuevas y mejores condiciones de posibilidad para el desarrollo de los derechos fundamentales y las garantías de las personas. Estos textos generan las condiciones para re pensar la teoría y la doctrina constitucional, generando nuevas posibilidades para una gramática del derecho; y finalmente con nuevos textos, nuevas posibilidades de doctrina, la actividad jurisdiccional se encarga de desempacar los derechos fundamentales, ampliar los cánones de interpretación constitucional y reinventar si fuera necesario el Derecho en la aplicación a casos concretos.

Si bien las tres características que anota Carbonell son muy amplias y al parecer sólo intentan describir el fenómeno, lo que une y caracteriza estas tres experiencias (constituciones, doctrina y jurisprudencia) es el desarrollo de una racionalidad de expansión del catálogo de derechos humanos (los llamados bloques de constitucionalidad, artículos 256 y 410 en la CPE boliviana), la aplicación directa de los derechos y su correspondiente justiciabilidad (en la llamada tutela judicial efectiva, artículos 109 y 115 de la CPE boliviana) y las transformaciones institucionales de los estados, hacia la vigencia de un garantismo constitucional (que Guastini ha denominado constitucionalización del ordenamiento y la institucionalidad jurídica).

Para la profesora Pozzolo, el neoconstitucionalismo caracteriza a las constituciones europeas de posguerra, especialmente a la ley fundamental alemana de 1949, la Constitución italiana de 1947 y la española de 1978. Para el profesor Carbonell, este

fenómeno comprende las experiencias constitucionales desde la española de 1978 a la boliviana de 2009, incluyendo en su caracterización a las constituciones de Colombia de 1991 y de Venezuela de 1999. De esta manera, el constitucionalismo latinoamericano es una de las expresiones más fuertes y representativas del neoconstitucionalismo.

2. El neoconstitucionalismo en Latinoamérica

En concordancia con lo anterior, debemos señalar que el neoconstitucionalismo, hoy por hoy, no tiene una configuración muy precisa, pues en mucho depende del espacio geográfico donde se haga el análisis del fenómeno constitucional. No obstante, podemos afirmar que en los países latinoamericanos existe coincidencia cuando menos, en dos aspectos que son determinantes para su estudio y establecimiento; el primero de ellos tiene que ver con la exigencia social de establecer nuevos modelos constitucionales, que de alguna manera retome los postulados esenciales de los diferentes movimientos sociales, principalmente acaecidos a finales de la década de los 70 y aquellos ocurridos durante los 80; lo anterior, como una reacción natural de la sociedad ante el anterior modelo constitucional inspirado en el liberalismo y que persigue cambiar los paradigmas desarrollados bajo ese contexto, hacia otras formas de organización constitucional, que posibiliten el aseguramiento y garantización de los derechos y las libertades individuales del ciudadano. Tiene mucho que ver con la reacción de la sociedad civil ante la opresión mayormente concretada bajo las dictaduras militares, que por largas décadas acrecentaron la crisis y la inestabilidad en Latinoamérica. Y en un segundo término, puede decirse que el neoconstitucionalismo se presenta como una opción en un mundo sin alternativas, ante el fracaso del modelo constitucional liberal, que se instauró durante el siglo XIX.

Por otra parte, también conviene a este análisis establecer que el neoconstitucionalismo expresa una nueva visión de cómo inferir el orden jurídico, el estado de derecho y los sistemas constitucionales, en la idea de proyectar estos tres elementos, lo que bajo un nuevo pensamiento filosófico y social pueda proyectar un nuevo modelo de desarrollo, muy propio del estado social y democrático de derecho, el cual se sustente en la necesidad de considerar los elementos esenciales que interesan a la sociedades latinoamericanas, como son sus realidades históricas, sociológicas, económicas y políticas y qué en palabras del profesor español Carlos Villabella, el neoconstitucionalismo se inicia con la configuración de textos constitucionales modernos, cuyo contenido valorativo, aspira a desarrollar democráticamente a la sociedad, lo cual se logra a través de tres objetivos prioritarios:

1. La estabilidad como práctica a partir del control parlamentario (Asamblea Legislativa en El Salvador), así como una significativa reducción del poder vertical y autoritario del sistema presidencialista;
2. Desarrollo integral de los derechos fundamentales expuestos en los textos constitucionales con plena armonía y concordancia con los derechos humanos contenidos en los convenios y tratados internacionales de esta materia; y,

3. Se pretende mejorar en todos los aspectos aquellos elementos que hoy por hoy, distorsionan o dificultan la gobernabilidad democrática al amparo de las normas y preceptos constitucionales, lo cual requiere de una estructura jurisdiccional con poder suficiente para ejercer el control constitucional a que deben estar sujetos todos los órganos del gobierno y la institucionalidad del Estado.

3. ¿Qué caracteriza al neoconstitucionalismo?

Es importante señalar, tal como algunos autores lo afirman, que el neoconstitucionalismo es la expresión jurídica que debe tener todo estado social y democrático de derecho y que este neoconstitucionalismo debe proyectarse necesariamente a la configuración de un estado constitucional ampliado esencialmente al ámbito de los derechos humanos, pero además, el neoconstitucionalismo propone como mínimo, cuatro elementos esenciales:

1. La reconversión del sistema que ordena la justicia constitucional;
2. El establecimiento de nuevos métodos que permitan la interpretación constitucional en pro de garantizar y proteger los derechos humanos;
3. Debe existir una interrelación efectiva y congruente entre los derechos fundamentales expuestos por la ley fundamental, respecto del derecho internacional de los derechos humanos; y,
4. Es exigible la instauración de tribunales constitucionales con absoluta autonomía e imparcialidad a fin de que puedan hacer efectiva la integración y conexión necesaria entre los tres primeros elementos acá señalados.

4. Conclusión

El neoconstitucionalismo, expresado mayormente bajo el modelo del estado de derecho constitucional ampliado, constituye la expresión más efectiva de protección de los principios, valores y derechos pregona-dos dentro del estado social y democrático de derecho. Pareciera ser entonces, que éste se instituye como la opción adecuada para enfrentar los retos y desafíos que afrontan hoy día las sociedades latinoamericanas y muy particularmente la salvadoreña, pues ello conlleva bajo esta perspectiva, el cumplir adecuadamente con los compromisos internacionales existentes en esta materia, de promoción y protección de Derechos Humanos, así como para dar efectividad a los derechos de cada uno de los ciudadanos, especialmente, a aquellos grupos poblacionales que aún se encuentran en condiciones de exclusión y discriminación. Conviene advertir, que nuestra Constitución de 1983 contiene obstáculos y distorsiones que no permiten inferir con claridad la idea del estado social y democrático de derecho, como tampoco las reformas posteriores realizadas en 1993, logran redimir la deuda social que se tiene para la mayoría de los salvadoreños; quiere decir entonces,

que nos enfrentamos a una diversidad de complejidades, que pasan necesariamente por debilidades culturales y de formación jurídica.

No obstante lo anterior, debemos reconocer que los obstáculos normativos que se tienen, no constituyen barreras insalvables en este proceso, ya que actualmente, es posible realizar una interpretación extensiva e integral de los preceptos constitucionales, a fin de que, la tarea jurisprudencial pueda ir delineando la nueva visión jurídica del estado respeto de sus diferentes componentes sociales y con ello se puedan determinar las obligaciones que tiene y que se traducen en principios fundamentales del estado social y democrático de derecho.

Por otra parte, podemos identificar algunos signos muy positivos en materia jurisprudencial que deben ser ampliamente discutidos y analizados, especialmente aquellos que provienen de la jurisdicción constitucional; ello sin soslayar que parte de estos nuevos criterios probablemente adolezcan de errores interpretativos, que con el entusiasmo de una disciplina jurídica, novedosa como la que acá comentamos, son naturales y comprensibles.

Es necesario reiterar la importancia que tiene la investigación académica, el debate, la tribuna, la cátedra y toda conducta académica que permita ampliar nuestros horizontes cognoscitivos respecto de esta temática, en ese sentido, cada uno de los salvadoreños tenemos la obligación impostergable de entregar nuestro aporte; Claudio Nash Rojas, para el caso chileno y acerca del estado social y democrático de derecho se pregunta, ¿qué tan lejos o tan cerca se encuentran?; nosotros, los salvadoreños al hacernos la misma interrogante fácilmente podemos responder, estamos más lejos que cerca; no obstante, reconocemos dentro del contexto nacional, la existencia de atisbos alentadores que nos permiten tener reservado optimismo. En todo caso, debemos asumir que las ideas fundamentales acerca del estado social y democrático de derecho, deben constituir una visión compartida entre cada uno de los salvadoreños y, que esta propuesta, de por sí representa una opción de desarrollo que a todos nos concierne en esa idea y con renovada esperanza encaminemos nuestro común esfuerzo, en aras de edificar una sociedad más justa, más humana y solidaria.

Reflexión final

Hemos concluido el trabajo encomendado.- La obra "De los Acuerdos de Paz al Estado Social y Democrático de Derecho", auspiciada por la Universidad Tecnológica de El Salvador está concluida. En el primer tomo dejé expuesto el contenido de una realidad concreta: El proceso salvadoreño desde su independencia hasta llegar a los Acuerdos de Paz y la realidad que se produjo inmediatamente después de los mismos, hasta el momento de escribir estas líneas; cuando se escribe sobre hechos vividos y consumados, la responsabilidad del escritor es presentarlos con la mayor objetividad que sea posible y cuando se trata de interpretación de los fenómenos, la responsabili-

dad está en los por qué y su concordancia con la verdad y la honestidad, al margen de especulaciones y de los conflictos de interés. El lector juzgará sobre esas valoraciones.

En el segundo tomo, se presentaron los conceptos político constitucionales básicos: Estado, poder, Constitución, Estado de Derecho, etc.; luego las primeras ideas sobre el estado liberal, sus efectos, sus virtudes, sus contradicciones, las ideas sobre el estado social; la presencia del neoliberalismo y su confrontación con el Estado Social y Democrático de Derecho que es el tema principal, tratado desde el aspecto constitucional, del filosófico y del axiológico, el derecho comparado y el derecho Internacional, tal como puede apreciarse con la sola mirada del índice de materias tratadas. Os invito a acompañarme con vuestra lectura y análisis, y ser partícipes también, en este esfuerzo conjunto entre la entidad patrocinadora y los que hemos trabajado en su elaboración.

A los dirigentes del Estado, de partidos políticos, abogados, estudiantes y en general a los ciudadanos, los invito también a que consideren la tarea que hoy entrego, como una plataforma para iniciar o proseguir una análisis sobre El Salvador, una nación, acongojada, sufrida, destruida anímica y materialmente por las distintas formas del mal que la están atacando; en estas líneas podréis encontrar algunas ideas, propuestas, análisis, etc, que pueden ayudar a promover, colaborar y sugerir, qué es lo que corresponde hacer en estos momentos en que aparece la confusión que nos acerca al caos:

Cuando yo mismo he tenido esas dudas y confusiones, que son más graves que los errores mismos y desde mis propia formación jurídica he recurrido, a aquellos conceptos básicos que me van a permitir iniciar un estudio, un proyecto de trabajo, una interpretación adecuada; en ese mismo sentido, para los que se decidan a leer la obra y para su mejor lectura o relectura, los dejo con estos conceptos elementales que los pondrán en el camino correcto.

I. El Tema del Estado

Nada de lo que se afirme o niegue en la constitución y sus operadores (gobierno) ocurre fuera del Estado que es considerado como una racionalización del poder. Hablar del estado es tener en cuenta que se trata de una institución de poder, de máximo poder, de un depositario investido de poder, por el titular de éste, que es el pueblo.- "Nosotros el pueblo de los Estados Unidos… proclamamos esta constitución…El Salvador es un estado soberano y la soberanía reside en el pueblo, etc.

Thomas Hobbes: "Al respecto podemos advertir que para 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, 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)[349]

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." ¿No es exactamente esto lo que necesitamos en El Salvador?

"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.[350]

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 realiza en un ámbito de libertad de la que gozan en la sociedad natural; pero como en esta 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.

---

349 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)

350 Ibíd

"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 a un hombre súbdito de o 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."[351]

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 legítimo? Creo poder resolver esta cuestión.

Si no considerase más que la fuerza y el efecto que de ella se deriva, 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 y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí 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; porque, en primer lugar, dándose cada uno por entero, la condición es la misma para

351 John Locke.- Ensayo sobre el gobierno civil-

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.[352]

II.- El Tema de la Constitución es el instrumento escrito ordenador y organizador de la sociedad y el Estado, en virtud de la decisión soberana del pueblo (contrato social); en ella se establece que unos representantes, (constituidos en gobierno), ejercerán el poder responsable y democráticamente con el fin esencial de proteger a la persona humana como principio y fin de la actividad del Estado y para ello se comprometen a crear y promover las condiciones necesarias, para el cumplimiento efectivo de los principios, valores derechos y deberes fundamentales, que se consagran en la misma Constitución.

En El Salvador, el poder constituyente originario creó la primera Constitución en 1824, creándose las bases para una república, que inicialmente formaría parte de la República Federal de las Provincias de Centroamérica, hasta 1841; a partir de entonces se han dado por lo menos trece constituciones, incluyendo la vigente desde 1983; cuatro de ellas han iniciado momentos trascendentales para la evolución del Estado: la

352 Jean Jacques Rousseau (1712-1778) El Contrato Social, Alianza Editorial, Madrid, 1980

de 1824, crea la república y la organización inicial de los tres poderes con una carta de garantías mínima; pero con ideas republicanas muy claras, algunas mejores que las actuales; en 1841, se introduce el hábeas corpus para proteger la vida y la libertad de los detenidos. En 1886 se establece el régimen liberal estableciendo que la constitución reconocerá derechos anteriores y superiores al derecho positivo, y el recurso de amparo; la Constitución de 1950 se inicia el primer en sayo de estado social al incluir un régimen de derechos sociales y el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, en in sistema mixto es decir en control concentrado, pero manteniendo el control difuso y la actual constitución que reafirma el recurso de inconstitucionalidad, crea la Sala de lo constitucional y pone en el centro de la actividad del estado a la persona humana.

Estas y las demás constituciones han respondido a unos factores reales de poder que han decidido materialmente qué es y cómo se aplica la constitución de acuerdo a los intereses propios de esos factores y de acuerdo al avance político constitucional que la sociedad ha tenido en cada época; de acuerdo a esto la constitución formal ha sido la hoja de papel en la que los poderes reales (constitución material) han escrito las normas a cumplirse; (vid infra: Lasalle).- La sociedad salvadoreña ha pasado por momentos dramáticos y dolorosos con tal de que la constitución formal corresponda a la constitución real, (CF=CR) o sea lo que Löwenstein ha llamado tener una constitución normativa y no una constitución semántica, a la que el mismo llama disfraz de constitución.[353]

III.- El tema de la Constitución como instrumento normativo organiza el poder del Estado y reconoce los derechos fundamentales que corresponden a los ciudadanos; para el cumplimiento de estos es necesario personificar el poder, encarnarlo, en unos ciudadanos elegidas por los ciudadanos mismos, al ser electos se convierten en el gobierno: "Los vocablos gobierno y constitución encierran idéntico significado; el gobierno que es la suprema autoridad en los estados, o está en manos de una persona o muchas; 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." (Aristóteles: La Política, pags. 96 y sigs.)

1.- 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 estos, 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

353 Karl Löewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona España, 1983

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 democráticos.[354]

2.- "La Constitución puede significar la 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. Cuando esa concreta situación se torna en una forma especial de dominio que afecta a cada Estado, o sea 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. Puede advertirse que las ideas de ambos autores son complementarias y al disponerlas en este ámbito comparativo, es con el propósito didáctico de que los dirigentes y líderes nacionales tengan los referentes necesarios para iniciar la tarea de la transformación de nuestra sociedad[355].

"Schmitt 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 (hostis). "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 carácter público"

Esta es la noción predominante todavía en nuestro sistema, todavía se mantiene la lógica de Schmitt, de considerar amigo-enemigo a los que difieren en cuestiones del estado, es hasta cierto punto una lógica perversa que debe de cambiarse, con patrones culturales diferentes, como la verdad, la solidaridad, la seguridad, la fraternidad, etc., que hemos relacionado en el Libro Cuarto de este trabajo, pero lo perverso, no quita la realidad que contiene y que lo expresado en esta obra se orienta a sustituirlo por una relación de libertad, de paz, de solidaridad, de justicia[356]….

---

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

355 Carl Schmitt, expone en su muy conocida y estudiada, Teoría de la Constitución. Alianza Editorial, Madrid, 1982, Pags. 29 y sigs.)

356 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.- Por su parte, afirma Kelsen, 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 la norma fundamental descansa todo el sistema jurídico. En éste 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 este autor la supremacía constitucional es una garantía en beneficio de los ciudadanos que debe ser manejada con mucho tacto y "self restraint" (auto control) de parte de los operadores, especialmente del legislativo o jurisdiccional (tribunales constitucionales).[357]

4.- 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 aquel 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 día, 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 Löewenstein, 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 didática, 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.[358]

5. Manuel García Pelayo

En su "Derecho Constitucional Comparado", se refiere a los conceptos o teorizaciones que sobre la Constitución han formulado algunos autores; entre ellos Carl Schmitt, Rudolf Smend, Herman Heller, Mauricio Hauriou, Santi Romano y otros. La

357 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 entreguerras, 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.

358 Karl Löewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona España, 1983

síntesis que de estos autores nos hace García Pelayo nos proporciona distintas visiones del tema de la Constitución.

Smend, nos recuerda que la Constitución, "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 ésta 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 solo 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."[359]

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 que se basa? En que es una normalidad; son las conductas empírica, 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).[360]

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."

"Constitución es una 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."[361]

---

359 Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1993

360 Manuel García Pelayo, obra citada.

361 Peter Schneider.- Constitución y Democracia



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.