



RECOPILACIÓN HISTÓRICA UTEC



# Derechos fundamentales y constitucionales

Alvaro Magaña





# **Derechos Fundamentales y Constitución**

Alvaro Magaña

Universidad Tecnológica de El Salvador

972.84

M315d

Magaña, Alvaro

Derechos fundamentales y constitución / Alvaro Magaña. -- San Salvador, El Salv. : Editorial Universidad Tecnológica, 2024.

41 p. ; 22 cm. -- (Recopilación Histórica Utec; Vol. 15)

ISBN 978-99961-86-38-7

1. Magaña, Alvaro. 2. Derechos fundamentales--El Salvador. 3. Derecho constitucional--El Salvador. 4. Estado social y democrático de derecho--El Salvador. 5. Publicaciones de la Universidad Tecnológica de El Salvador.

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

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

Recopilación Histórica Utec® | Serie Histórica, Vol. 15

### **Derechos fundamentales y constitución**

Alvaro Magaña.

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. 15

Derechos Fundamentales y Constitución

*Alvaro Magaña*

ISBN 978-99961-86-38-7

Diseño de portada / Guillermo Contreras

Diagramación / Evelyn de Osorio

### PRIMERA EDICIÓN

DE LA RECOPIACIÓN 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

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Introducción .....                                                                           | 22  |
| II. Derecho Constitucional Salvadoreño: desarrollo histórico.....                               | 31  |
| III. La positivación constitucional de los derechos fundamentales en el derecho .....           | 46  |
| IV. Características y formas de la positivación de los derechos fundamentales .....             | 67  |
| V. Derechos fundamentales fundamentalidad.....                                                  | 92  |
| VI. Diversidad semántica de los derechos fundamentales.....                                     | 120 |
| Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos .....                                     | 123 |
| VII. Estado social, democrático de derecho derechos fundamentales.....                          | 133 |
| 1. Clasificación de los derechos constitucionales .....                                         | 144 |
| 2. Vinculación y obligatoriedad inmediata de los derechos constitucionales. ....                | 151 |
| 3. El desarrollo legal de los derechos fundamentales y sus limites.....                         | 154 |
| 4. Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales e interpretación<br>constitucional. .... | 160 |
| VIII. Consideraciones finales .....                                                             | 181 |



## ALVARO MAGAÑA

Ex Catedrático de la Universidad de El Salvador en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Presidente de la República de El Salvador, del 2 de mayo de 1982 al 1 de junio de 1984. Miembro por El Salvador del Comité Consultivo del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN

Universidad Tecnológica de El Salvador  
San Salvador, El Salvador, 1997



ALVARO MAGAÑA

San Salvador, 15 de Mayo de 1997.

Licenciado  
José Mauricio Loucel, Rector,  
Universidad Tecnológica,  
Ciudad.

*De mi consideración:*

Por este medio deseo dejar constancia de la publicación de mi libro "Derechos Fundamentales y Constitución" cuyos derechos de impresión cedí al Instituto Tecnológico de Comercio y Administración de Empresas (ITCAE).

Al agradecerle la deferencia de la Universidad Tecnológica que autorizó a ITCAE la impresión de mi trabajo en sus talleres, aprovecho la oportunidad para desear a la Institución bajo su dirección los mayores éxitos en sus actividades académicas, para beneficio de nuestra juventud estudiosa.

*Saluda a Ud. muy cordialmente*

*Alvaro Magaña*

---



## PRESENTACIÓN

Este libro surge de la actualidad y de la cotidianidad misma de los profundos conflictos sociales que enfrentamos en esta fase de encuentro con la paz, con la democracia y con la nueva globalización de nuestra historia. Contiene un material que alimenta la polémica de final de siglo de nuestra sociedad y del mundo entero. Es una posición firme frente a la reforma tributaria internacional que ha dejado por fuera la cuestión de la redistribución, es decir la justicia y la igualdad.

Es un libro desde el cambio y para el cambio. Un libro frente a la realidad de la globalización, de la competitividad internacional generalizada, es un esquema político multipolar que se caracteriza por la interpretación creciente de las distintas economías industriales y por la acelerada movilidad del capital.

Nace de una realidad cambiante, dinámica y compleja que todavía se debate entre la anticipación de nuevas formas de vida social, entre procesos turbulentos por medio de los cuales se desechan prácticas, estructuras y comportamientos obsoletos e inaceptables para una sociedad más justa, democrática y equitativa, y la adopción de nuevas pautas de organización y de convivencia sociales.

Este es, aun una interrogante de incertidumbre, sin formas todavía consolidadas, en transición fluida, caracterizado por febriles discusiones colectivas y activas - en ámbitos de una democracia frágil y en construcción - sobre cuales componentes de nuestra sociedad deben seleccionarse como continuidades sociales que merecen incorporarse y mantenerse por ser parte de nuestra cultura y patrimonio históricos, acumulados en largo procesos de búsqueda de la libertad y del bienestar social de nuestro pueblo.

La respuesta reflexiva de don Alvaro Magaña ante este marco social es también compleja y dinámica, oportuna y serena en la urgencia de las propuestas. En un ambicioso movimiento simultáneo e integrador, don Alvaro, desde el campo del derecho constitucional, histórico y comparado, propone una visión vigorosa de los derechos fundamentales vinculados a una amplia concepción del Estado social y democrático de Derechos junto a una teoría de larga data sobre la equidad tributaria constitucional. Una proeza intelectual admirable por los resultados alcanzados.

Pero los aportes de don Alvaro en este nuevo libro tienen un campo más extenso y de mayor alcance que la delimitación que en el párrafo anterior intentamos plantear. Constitucionalidad, soberanía; justicia social y relación equitativa, ámbitos políticos internos y externos, legitimidad y legalidad, económica nacional e internacional, principios constitucionales, financieros y tributarios, el alma y culturas salvadoreñas, son ángulos desde los cuales se contempla la vida de la transición salvadoreña, con una agudeza impecable. Es una visión multidimensional de aspectos problemáticos centrales que afectan todos los parámetros de nuestras actividades y que presentan un reto para darles continuidad entre la novedad socio-histórica.

Además, don Alvaro, desde un bien logrado equilibrio entre la objetividad del análisis y la subjetividad inevitable del analista, defiende valientemente una tendencia de pensamiento y una forma de vida sostenida por grupos sociales reales de nuestra sociedad. Una polémica sobre el derechos constitucional presupuestario y el derecho constitucional tributario, que a nivel mundial comenzó con el siglo y en nuestro país desde la pasada década de los cincuenta, y que seguramente lo sobrevivirá al no haberse todavía resuelto el problema social qué trata de superar.

Al final del libro, con la forma energética y la fuerza expresiva que caracteriza todo el libro, don Alvaro repite la advertencia realizada en muchos de los capítulos anteriores, que en la actualidad estamos frente a una ideología impetuosa y ruda que avanza indetenible. “Las ideologías no han muerto” dice el autor citando las palabras que dijera el novelista Gunter Grass, en la Complutense de Madrid en una ocasión reciente, Grass terminaba su idea, “mientras exista miseria habrá motivos para estar a la izquierda”. Don Alvaro ha planteado que esta nueva ideología aconseja medidas económicas y tributarias que mantendrán a grandes sectores de nuestra sociedad en la miseria y la inequidad permanentes. Recuerda esta ideología uno de los consejos de Maquiavelo al Príncipe, sobre lo exitoso que es para “las repúblicas bien ordenadas”(...)” mantener sus haciendas ricas y a sus ciudadanos pobres”, lo beneficioso que es para las repúblicas usar la ley para “mantener a los ciudadanos en la pobreza”.

El planteamiento de don Alvaro es todo lo contrario. El subraya la obligación del estado en la consecución de la justicia social, la igualdad constitucional y el bienestar social para la población salvadoreña. Ve como un paso positivo la anterior transformación del Estado social, es decir el establecimiento de “obligaciones al Estado que todavía a algunas personas y sectores les cuesta entender, pero que básicamente significaron, ese era su propósito, convertir en responsabilidad del Estado velar por el bienestar de los ciudadanos por medio de servicios públicos en las áreas de salud y educación particularmente, además de señalar valores, principios y objetivos que obligan a configurar las actividades del Estado para su debido cumplimiento”.

Para don Alvaro, el Estado de Derecho está constituido por los derechos fundamentales conjuntamente con el principio de legalidad y con la división de poderes. Y que “el requisito de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho debemos

entenderlo no sólo como el reconocimiento de tales derechos, sino además complementado por “la articulación de cauces idóneos para garantizar la eficacia efectiva de los derechos fundamentales”.

A lo largo del libro existe la preocupación muy especial sobre los procedimientos que deben proteger y garantizar el derecho a la libertad y los otros derechos fundamentales. La ley debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales para lo cual debe existir un sistema básico de controles o de tutela jurisdiccional y también una red \_de pesos y contrapesos, de fuerzas y equilibrios, de comportamientos y formas democráticas estatales, como por ejemplo, la división real de poderes.

Reconoce el control jurisdiccional - la kelseniana justicia constitucional que trata de un control jurídico opuesto al control político - para la vigencia de la constitución y garantía de su supremacía. El control jurisdiccional es concebido como factor de vigencia efectiva de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales. El control de la constitucionalidad es control jurisdiccional jurídico, (sometido a reglas de verificación), distinto del control político (de oportunidades).

Frente al hecho novedoso de la vigencia de los principios fundamentales en nuestro país fija su interés en uno de nuestro problemas más antiguos y persistentes como es la distribución de los beneficios de la generación de la riqueza. Solucionar los problemas sociales desde esta perspectiva es trazar la acción combinada de un sistema tributario progresivo y un presupuesto de gastos públicos acentuado hacia el gasto social. El sistema tributario debe estar al servicio de los objetivos y principios constitucionales y los derechos fundamentales. Los tributos desde la perspectiva distributiva constitucional deben buscar un orden igualitario mas justo no sólo en aspectos del servicio público sino en la distribución de la riqueza y en otros objetivos extrafiscales.

Para mostrar sus tesis centrales, don Alvaro, estudia las consecuencias de naturaleza jurídica del programa de ajuste económico que los organismos internacionales han impulsado en el país y que han hecho surgir un grave problema al respecto. Por un lado, el aumento de la regresividad del sistema impositivo diseñado por el neoliberalismo en un momento en el cual han disminuido los recursos públicos al suprimirse varios impuestos, además de la evasión de los que deberían pagar más y, por otro lado, un aumento sustancial de las necesidades sociales y de los ingresos de la población necesitada. Esta situación sostiene el autor, significa el alejamiento de la justicia social de nuestro panorama social debido a la adopción de un sistema tributario regresivo en un marco de medidas neoliberales, como son las altas tasas de interés y el predominio del interés privado sobre el público.

Se refiere, naturalmente, a las reformas tributarias de 1990 que anticiparon las de 1995, sobre todo la del impuesto al valor agregado que tantas alteraciones ha causado en la actualidad. Pone en duda que estas medidas tengan como objetivo la equi-

dad o tengan una “incidencia tributaria” favorable para el país. Plantea que no hay equidad en bajar las tasas marginales más altas del Impuesto sobre la Renta aplicable a los contribuyentes de más altos ingresos, suprimir todos los impuestos a la importación, al patrimonio, las sucesiones y las donaciones. Eso no es equitativo, justo, pues hace pagar más a los que menos tienen. La equidad tributaria, para don Alvaro, es la justicia impositiva (capacidad de pago del contribuyente, de acuerdo a las rentas y patrimonios) y la justicia distributiva (de acuerdo a las necesidades de los ciudadanos).

No obstante, mantiene que es posible resolver ambos términos de este problema desde el Estado de Derecho, dentro de nuestro sistema constitucional que reconoce los derechos fundamentales, la equidad en las cargas tributarias, la justa distribución de los ingresos y la riqueza, la posibilidad de diseñar políticas de gasto público hacia los más necesitados. Arremete de manera decidida en contra del neoliberalismo bajo el cual se hacen las reformas al sistema tributario y el ajuste de nuestras economías a la globalización actual. Identifica al neoliberalismo como Una ideología decidida fuera de la nación salvadoreña que se ha propuesto terminar con la redistribución desde el campo tributario que es amparado por la constitucionalidad del sistema financiero nacional.

Don Alvaro mantiene una defensa de la tendencia tributaria progresiva internacional en general y sobre la renta en particular que comienza después de la primera guerra mundial. Nuestra Constitución de 1950 recogió esta idea de estado social y democrático y se reforzó en la década de los 60, en tiempo de la Alianza para el Progreso. En los 50 se amplió el panorama de la justicia social al aparecer una nueva concepción de respeto a la dignidad humana en un orden constitucional sustentado en un sistema de valores como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Los derechos fundamentales se expandieron y extendieron al incorporar los derechos de prestación (económico-sociales) y los derechos de participación (políticos).

Plantea que los beneficios distributivos se esfumaron con las exenciones fiscales que pretendían estimular la producción industrial. Con posterioridad, en la década de los 80, comienza a cambiarse la idea de justicia social por la de desarrollo económico.

Con las medidas de los 90 se ha llegado a vulnerar el principio de equidad constitucional al hacer regresivo el sistema tributario y se desmejora la equidad. Observa que nadie, en la actualidad, ni siquiera los exalzados en armas han dicho nada sobre esto en los últimos 5 años.

Nuestro autor dice al respecto: “las reformas recientes al sistema tributario salvadoreño no se ajustan a los mandatos constitucionales que han pretendido orientar la configuración de nuestro sistema tributario como un régimen justo que necesariamente debe descansar en el principio de capacidad o habilidad de pago que no puede separarse de un bien entendido sentido de la igualdad y del principio de progresividad.

Para don Alvaro, ante estas medidas y ante el abandono de una larga tradición que se realizaba y mejoraba en un proceso ya de larga duración y que ahora es inte-

rumplida radicalmente por el viraje neoliberal, sólo queda esperar una agudización en pobreza y la gestación del rechazo popular de estas medidas y la instalación de la protesta social ineludible en una “declinación de la autonomía de los estados democráticos” que ignoran las preferencias y deseos nacionales.

La pérdida de soberanía es otra de las preocupaciones de don Alvaro frente a los impactos de la globalización y la interdependencia no concertada en la sociedad salvadoreña. Nuestro autor observa como la soberanía, con importancia en el pasado ahora muchas acciones de grupos internos y externos la han vuelto obsoleta, desfasada o a punto de desaparecer. En un vigoroso párrafo plantea: “en el campo económico ya es muy tarde y la normación constitucional así como la legislación secundaria relativa a los servicios públicos, la privatización la regulación de concesiones y la reversión de instalaciones quedaron fuera de nuestra propia decisión y será un “asesor” foráneo quien deberá decirnos cómo deben redactarse los nuevos preceptos constitucionales y los ordenamientos legales como ha sucedido en este último caso con los impuestos que sustituirán en un futuro cercano a los que con toda nuestra ignorancia pero también independencia y dignidad formulamos en 1950”.

En una combinación elegante de conocimiento, sabiduría, experiencia y madurez, don Alvaro, elabora una compleja argumentación para hacer frente a las nuevas tendencias económicas, tributarias y políticas internacionales que sostienen adversarios vigorosos e investidos de un poder que no se puede ignorar. Don Alvaro refuerza su propuesta central: el proceso de juridificación que conlleva la plena vigencia del Estado de Derecho, es decir, el proceso por el cual la acción política estatal se somete a la disciplina constitucional.

“La interpretación constitucional de los decretos fundamentales para los propósitos de verificar la constitucionalidad de las leyes, deberá ser en todo caso un control jurídico totalmente ajeno a consideración de otra naturaleza como sucede en el caso del control político, cuyas características contaminarían la justicia constitucional en forma peligrosa que fácilmente puede malograr o distorsionar las elevadas funciones que le fueron asignadas con su creación”, dice en un inspirado párrafo sobre su problema básico.

Continúa luego con su riguroso razonamiento: “en un período en el que parece haberse ganado la confianza en la justicia constitucional, como puede inferirse del aumento en el número de procesos y al parecer más que todo, además, por referirse a nuevas áreas en el campo social o los derechos fundamentales, e este período pensemos, debemos estar atentos al previsible conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos, singularmente el deber de contribuir, y los derechos fundamentales lo cual, como sugiere A. Rodríguez Bereijo, “...ha de resolverse mediante una adecuada ponderación, sin que, en cada caso, la prevalencia de uno vacíe de contenido al otro”.

En fin, la obra del Doctor Alvaro Magaña, a quién por respeto y admiración moral hemos llamado en las páginas anteriores con un reconocido “don Alvaro”, es un producto de excelencia gestionada por nuestro tiempo. Los ocho capítulos y un anexo que constituyen el libro son la muestra de un trabajo intelectual de erudición profunda movido por una emotividad, un sentimiento y una voluntad enérgicos y por una pasión extraordinaria por El Salvador. Es un libro universal, al mismo tiempo que de gran particularismo por su especificidad en la explicación de nuestra esencia nacional. En las argumentaciones se encuentra inconformidad, réplica, polémica fuerte y clara, aplomo y contundencia y, sobre todo, capacidad de propuesta de planteamientos alternativos basados en la historia real de El Salvador.

Este es un libro de época, que merecerá el reconocimiento de muchas generaciones que buscan el mejoramiento de la vida social y de las relaciones pacíficas y democráticas. Nuestro agradecimiento y reconocimiento a don Alvaro, Maestro, Jurisconsulto, Estadista y sobre todo, amigo.

Carlos Mauricio Malina Fonseca.

## PROLOGO

Hace algunos años nos hicimos el propósito de estudiar el Estado social y democrático de Derecho, y, únicamente para tratar de aprender, incursionamos en un campo que no es el de nuestra especialidad. Nunca pensamos que de allí iban a derivarse varios trabajos sobre los elementos característicos y necesarios de un Estado de Derecho relativos al principio de legalidad y la reserva de la ley, la supremacía constitucional y la división de poderes, trabajos, publicados en años recientes. Únicamente para concluir la parte primera, relativa al Estado de Derecho nos restaba estudiar los derechos fundamentales que es materia del trabajo que ahora publicamos.

No pretendemos innovar en el desarrollo de los estudios de una problemática que ha tenido avances significativos cuando ha llegado a ser materia de atención generalizada en los últimos años y, particularmente en el campo internacional, en lo que se refiere, al cumplimiento efectivo de los derechos humanos, para usar la expresión acostumbrada; esta circunstancia de ese particular interés es, lo que sin lugar a dudas ha contribuido significativamente a mejorar la vigencia efectiva de esos derechos. No obstante lo anterior para cumplir el propósito señalado en el párrafo que antecede incursionamos en la cuestión, especialmente respecto a los Derechos fundamentales sociales tratando de relacionarla particularmente con nuestros problemas por ejemplo con las medidas adoptadas dentro de los recientemente establecidos programas de reajuste económico.

En nuestro trabajo estudiamos el régimen constitucional de los derechos fundamentales en relación con algunas cuestiones específicas como su desarrollo histórico en nuestro país (Cap. II). La positivación en el Derecho comparado y las características generales y formas de esa positivación (Caps. III y IV). De igual modo estudiamos en el capítulo V las características propias que identifican a los derechos fundamentales así como, el problema de su contenido esencial en el contexto del desarrollo por la ley secundaria y al mismo tiempo, incursionamos en el problema de la diversidad semántica en el capítulo VI. Después, en los capítulos VII y VIII, tratamos de extender nuestro estudio más allá de la cuestión de los Derechos fundamentales en el Estado de Derecho, llevando nuestro análisis a lo que esos Derechos significan

en el Estado social. Un Anexo trata de recoger la información del tratamiento de los Derechos fundamentales en las últimas Constituciones de Iberoamérica.

Como antes señalamos, no pretendemos innovar en un campo que en la actualidad es una preocupación constante como tema de estudio. Sin embargo, algunos problemas que consideramos tienen particular importancia hemos tratado de estudiarlos relacionando las soluciones y planteamientos de la doctrina y el Derecho comparado con nuestro régimen constitucional como por ejemplo la clasificación de los derechos fundamentales a los efectos de su aplicación inmediata, su desarrollo por la ley secundaria y el otorgamiento de diferentes formas de tutela para las distintas categorías. Nuestro único propósito es interesar a los estudiosos en estos problemas y facilitar la consulta de la extensa bibliografía de que afortunadamente disponemos en la actualidad.

Nuestro desarrollo de los principios característicos de los derechos fundamentales como elemento esencial e imprescindible del Estado de Derecho tenía un enfoque y propósitos determinados por el cometido y función de ellos en el Estado de Derecho. En la realidad, nuestro trabajo rebasó esos propósitos, y devino, un estudio con una orientación más amplia, básicamente por haber tratado de dar una cobertura que debería concretar nuestro particular interés en los Derechos fundamentales en cuanto también son elemento consubstancial del Estado social. Esto es así desde que la gran mayoría de Constituciones de la segunda posguerra incorporan los derechos económicos y sociales al bloque tradicional de los derechos individuales que venían desde la Revolución francesa. De este modo, El Salvador por medio de la Carta Magna de 1950 reconoce derechos relacionados con la salud, la educación y el trabajo por ejemplo, al establecer como obligación del Estado el otorgamiento de prestaciones hace medio siglo consideradas novedosas que ahora son propias del giro ordinario de las actividades del Estado moderno.

Si la incorporación de los derechos fundamentales sociales a las Constituciones de la segunda posguerra ocurre en forma generalizada, la verdad es que el llamando Estado de bienestar tiene plena vigencia en la Europa de entreguerras como respuesta a la crisis de 1929. Aun cuando es innegable que el Estado intervencionista llegó a extremos injustificados es indudable como dijo Karl Popper que surge de una convicción moral básicamente humanitaria que contrasta con la deshumanización del mercado dejado sin ninguna interferencia estatal que puede llevar particularmente en países como el nuestro a acentuar la pobreza generando graves problemas sociales de consecuencias imprevisibles.

Si bien como señalamos en nuestro trabajo se observa en años recientes un interés orientado a precisar los alcances propios de los derechos fundamentales sociales con un criterio objetivo y realista en cuando no puede ignorarse que el grado y medi-

da en que el Estado puede dar cumplimiento a su obligación de otorgar prestaciones sociales está condicionado a la disponibilidad de recursos que necesariamente es una limitante, desafortunadamente más aguda en aquellos países que necesitan en mayor medida y con mayor urgencia la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales.

Pero si es innegable que el cumplimiento de las obligaciones del Estado para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales sociales tropieza con dificultades que obligan a considerar que su exigibilidad sea determinada por parámetros distintos de los aplicables a los derechos cuya vigencia se asegura con la sola abstención del Estado, no puede ignorarse que las normas de rango superior que garantizan en El Salvador estos derechos, allí están desde 1950 y, de ninguna manera puede explicarse y menos justificarse que el Estado emprenda políticas económicas y sociales contrarias al espíritu de la Constitución, concretado en sus valores y principios, cuando, al hacerlo, por ello mismo, vuelve más difícil el cumplimiento de los preceptos constitucionales o en definitiva hace imposible la observancia de mandatos constitucionales irrefragablemente obligatorios. Eso es, lo que en definitiva son, para decirlo claramente, muchas medidas de los recientes programas de ajuste económico. Lo anterior probablemente se explica por la circunstancia de que los autores de esos programas no conocen nuestro ordenamiento constitucional y en verdad no tienen porqué conocerlo.

Precisamente la adopción de las medidas de política económica de los últimos cinco años es lo que nos indujo a incursionar en un campo en que al menos entre nosotros, pareciera privar una aceptación (o resignación?) generalizada que no estamos seguros se explique por un consenso general respecto a las bondades de los programas de ajuste económico o bien, a la aceptación obligada de quienes no podemos opinar, porque no tiene caso hacerlo, sobre lo que será determinante de nuestro destino en muchos años futuros. Probablemente no tenga importancia cual de las explicaciones señaladas sea la correcta, pero en todo caso creímos que debíamos consignar nuestras muy personales reflexiones sobre algo que pareciera a nadie interesar; obligadamente llegamos a esa conclusión ante el silencio que no puede pasar desapercibido, particularmente de quienes hace poco gritaban ante las injusticias sociales y ahora se conforman con pedir el respeto al Estado de Derecho olvidando o queriendo olvidar que por mandato constitucional desde 1950 El Salvador también es un Estado social.

En todo caso, la actitud reflejada en el silencio generalizado que no puede ignorarse, nos llevó a recordar los interesantes comentarios de Julián Marías en un artículo suyo de marzo de 1994 titulado “Pesimismo pasivo”, en el que desarrolla la idea de que una buena parte de la sociedad española no se atreve a manifestar lo que piensa por algo que parece ser un “estado de inhibición, una propensión a la narcotización”, que también pareciera ser, curiosamente, algo parecido a lo que ocurre en nuestro país. De igual forma, influyó en nuestro enfoque más amplio del estudio, el hecho de que sin ignorar

en modo alguno la importancia de los bienes intencionados esfuerzos para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos gracias al interés internacional mencionado antes, que les ha conferido una aureola prestigiosa y significativa que es, sin lugar a dudas, una explicación de su mayor vigencia en muchos casos, no podemos dejar de percibir que esos esfuerzos se han concretado - con buenas justificaciones - a la protección de algunos derechos en particular, entre los tradicionales derechos individuales. A lo anterior agregamos, que probablemente por razones de orden práctico se explica cierta aceptación o condescendencia a dejar para más adelante, en el mejor de los casos, la observancia efectiva de los derechos fundamentales sociales.

Sin embargo, la motivación principal de la insistencia reiterativa en nuestro trabajo cuando tratamos de destacar la importancia de la incorporación de los derechos sociales en nuestro ordenamiento constitucional es, que esto se hizo en 1950 en el contexto de la Carta Magna salvadoreña de ese año, que configuró las características fundamentales de lo que es el Estado salvadoreño, reafirmadas, al determinarse en el Prólogo de la Constitución de 1983 como valores superiores la libertad y la justicia y establecer “que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común” conforme al Art. 1 inciso primero de nuestra Constitución vigente. Esto significa, que los derechos fundamentales sociales, como todos los derechos reconocidos en distintos preceptos constitucionales, debemos entenderlos como un todo armónico enmarcado en lo que Profesor Pablo Lucas Verdú llama el “techo ideológico de una Constitución”. Nuestras referencias obligadas al pensamiento neoliberal, que es la sustentación de los programas de ajuste económico de los últimos años, nos movieron a reflexiones muy personales, insisto, sobre las repercusiones de naturaleza jurídica de medidas concretas de esos programas, particularmente de orden constitucional.

Reiteramos lo anterior por que sólo incidentalmente hacemos alguna referencia a esas medidas desde el punto de vista de la teoría económica aun cuando como decíamos en otra oportunidad, probablemente las consecuencias de los cambios ocurridos en el mundo en la última década, sea la explicación de que podamos “escuchar pacientemente y a veces con curiosidad, las historias sobre los logros milagrosos de los “ajustes naturales” de la economía como ciencia y principalmente como alguien dijo, “la pretensión de que son categorías válidas, para todos los lugares y sociedades”. También dijimos y ahora lo reiteramos: que “tiempo habrá, de volver sobre esas cuestiones”. Pero si preferimos, por muchas razones no indagar sobre la naturaleza de los programas mencionados desde el punto de vista estrictamente económico debemos referirnos a la necesidad de precisar la separación entre ciencia y ideología como aconsejaba Shumpeter hace más de cincuenta años. Dijimos entonces, también en la misma oportunidad señalada, que: “Debemos recordar el conflicto entre ideología y realidad que señalaba recientemente Galbraith cuando se refería a la ideología que

inmuniza el rol del Estado y la realidad que la requiere”. En este mismo contexto, es necesario no olvidar aquella distinción que hacía John Neville Keynes a finales del siglo pasado en *The scope and method of Political Economy* entre Economía Positiva y Economía Normativa y del mismo modo, recordemos que el Profesor Milton Friedman a principios de la década de los cincuenta nos prevenía sobre su inevitable confusión. Finalmente, debemos confesar que volvimos a reincidir cuando también escribimos este trabajo pensando en lo que una vez dijo ese gran señor que se llamó Don Miguel de Unamuno: “Por de pronto, una sola cosa y ella sencillísima: decir siempre y en todo caso la verdad, sobre todo cuando sea inoportuna”.

San Salvador, 19 de agosto de 1995.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN\*

Alvaro Magaña

“...el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización el Estado de Derecho”. Antonio E. Pérez Luño, “Los Derechos Fundamentales”

### I. INTRODUCCIÓN

Al comienzo de este trabajo indicamos que uno de los componentes esenciales del Estado de Derecho juntamente con el principio de legalidad y la división de poderes lo constituyen los ahora denominados derechos fundamentales. También señalamos que eran los elementos imprescindibles del Estado de Derecho en su modalidad vinculada al Estado liberal burgués.

Es importante precisar desde el comienzo que el requisito de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho debemos entenderlo no sólo como el reconocimiento de tales derechos, sino además complementado por “la articulación de cauces idóneos para garantizar la eficacia efectiva de los derechos fundamentales”.

Por otra parte, si bien es cierto que los derechos fundamentales están asociados al Estado de Derecho, la concepción actual generalmente reconocida en todos los países, aún cuando pocas Constituciones lo hagan expresamente, es que el sistema prevaleciente es el de un Estado social y democrático de Derecho.

En distintas oportunidades hemos señalado que a partir de la Constitución de 1950 ese es el Estado que los constituyentes quisieron organizar en la Carta Magna de ese año. Lo anterior significó que a los clásicos derechos individuales de origen liberal que giraban básicamente alrededor del concepto de libertad, debemos agregar otros

---

\* La presente publicación es la sección C del Capítulo I (Estado de Derecho), de nuestro trabajo titulado El Estado social y democrático de Derecho, lo cual señalamos, por el desarrollo siguiente que se enmarca necesariamente dentro de los alcances de los derechos fundamentales y la necesidad de su tutela como requisito indispensable de un Estado de Derecho. Las secciones primera y segunda anteriores de dicho capítulo 1, tituladas respectivamente “A. El Principio de legalidad y la reserva de ley. La supremacía constitucional” y “B. La división de poderes” fueron publicadas en la Revista de Ciencias Jurídicas Año I No. 2 y No. 3 de enero y julio de 1992. Mucho se escribe - lo cual es encomiable - sobre los derechos fundamentales particularmente en su perspectiva de la terminología recientemente generalizada de derechos humanos, por lo que muy poco podemos agregar nosotros, sin embargo debemos desarrollar el tema dentro del contexto específico que examinamos, como elemento esencial del Estado de Derecho es decir, la cuestión más amplia estudiada. Por ello, nuestro interés particular en el aspecto constitucional. La Introducción (I) y la sección II del presente trabajo aparece en la publicación de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, Lecturas sobre Derechos Humanos con el título “Los derechos fundamentales y su desarrollo histórico-constitucional en El Salvador (p. 62 y stes.)

conocidos ahora como los derechos sociales, culturales y económicos que nuestra última Constitución de 1983 engloba, excepto los económicos, bajo la denominación del Título II: “Derechos y Garantías Fundamentales” desarrollados en sus tres capítulos.

La naturaleza de los derechos fundamentales como requisito esencial del Estado de Derecho ha sido destacada en la doctrina y de igual modo no cuestionamos que esos derechos fundamentales tienen plena vigencia en un Estado de Derecho. Así, por ejemplo, se ha precisado: “Los derechos fundamentales son, pues, un elemento estructural del Estado de Derecho de manera que difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas: sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y sólo donde está establecido el Estado de Derecho puede hablarse de autentica efectividad de los derechos fundamentales”<sup>1</sup>

Ahora bien, el señalamiento del párrafo anterior, es importante indicarlo, debemos entenderlo ahora, en el contexto de un concepto de los derechos fundamentales bastante más amplio que su concepción original cuyo propósito principal era un intento para limitar el absolutismo monárquico a finales del siglo XVIII y principios del XIX.

La evolución histórica registra lo que se ha llamado una “acelerada variación en el sentido original de los componentes del Estado de Derecho” que lleva a señalar que ello plantea “el incomodo problema de caracterizarlo hoy en día”. Una de las formas de caracterizar el Estado de Derecho es la práctica habitual de reducirlo a unos cuantos enunciados y así, siempre que para un determinado Estado se acepta la presencia de ciertos postulados, el mismo sería considerado como de Derecho.

En este orden de ideas, las formulaciones de la doctrina incluyen entre esas constantes un extenso catálogo de derechos otorgados en favor de los particulares, de allí que los derechos fundamentales sean considerados como uno de los elementos imprescindibles del Estado de Derecho, aún cuando el criterio para caracterizarlo consista en identificar el fin o fines que por el se persigan<sup>2</sup>

---

1 Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional, tirant lo blanch*: Valencia. 1991 p. 105. Señalándose a continuación que la prueba manifiesta de esa interdependencia se encuentra en la evolución que ha experimentado uno y otro concepto y, “que ha corrido pareja”, según dice el mismo autor; de este modo se afirma que “el paso del Estado liberal decimonónico al Estado democrático sólo es comprensible por la ampliación de determinados derechos fundamentales en especial del derecho de voto”; (p. 106). Similares conceptos expresa Antonio E. Pérez Luño cuando inicia su obra *Los Derechos Fundamentales* (Tecnos: Madrid. 1988) así: “El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales” precisando que las normas que regulan los derechos fundamentales junto a las que establecen la forma de gobierno y las que establecen el sistema económico, definen el modelo constitucional de la sociedad reafirmando” se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen o implican para su realización al Estado de Derecho”. (p. 19). Es interesante sobre estos problemas el Considerando V y los siguientes de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, respecto a disposiciones de la Ley de Impuesto a la Transferencia de bienes Muebles y a la prestación de Servicios (O.O., No. 235 T. No. 317 de 21 de diciembre de 1992 pp. 65-92). En los referidos considerandos se examina ampliamente el significado de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional destacándose su importancia como pieza clave d-el Estado de Derecho (p. 72 y stes.)

2 Véase José Ramón Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación* - Centro de Estudios Constitucionales: Madrid 1989 p. 27 y stes. Refiriéndose el autor citado a los conceptos anteriores señala: “La incorporación de nuevos

Es oportuno recordar que la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 establecía en su artículo 16 que “las sociedades en las que la separación de poderes no está asegurada y los derechos del hombre no están reconocidos carecen de Constitución”<sup>3</sup>.

Ha sido un largo recorrido desde que el término derechos fundamentales (“droits fondamentaux”) aparece en Francia hacia 1870, pues si bien es cierto que la expresión y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, sus raíces filosóficas se remontan mucho antes.

En todo caso, actualmente hay consenso ampliamente generalizado en la doctrina que los derechos fundamentales, juntamente con el principio de legalidad y la división de poderes son exigencias básicas indispensables de todo auténtico Estado de Derecho.

Sin embargo, es necesario precisar que los derechos fundamentales preceden históricamente al Estado de Derecho; precisamente, en las declaraciones de derechos del siglo XVIII se encuentra el origen de los principios fundamentales que caracterizan a los modernos regímenes constitucionales, pero la promulgación de esas Declaraciones es anterior a la formulación doctrinal de la noción de Estado de Derecho <sup>4</sup>

Sobre este particular, compartimos el señalamiento siguiente: “si es innegable la dependencia histórica del Estado de Derecho de las declaraciones de los derechos

elementos al concepto Estado de Derecho nos permite apreciar un asunto de importancia. La concepción de libertad que en el pretende desarrollarse parte de dos presupuestos claramente diferenciados: por un lado, la posibilidad de desenvolvimiento total de los miembros de una sociedad desde el reconocimiento de una igualdad entre todos ellos, y por otra, la restricción en las atribuciones de los órganos estatales en lo que respecta a su actuación en la sociedad”. Lo que lleva necesariamente a concluir: “que la noción Estado de Derecho refiere un modelo político y jurídico que postula un modelo de realización de la dignidad de la persona, de ahí que se garantice a ésta una actuación sin cortapisas dentro de ciertos espacios y se limiten las potestades estatales”. Que es precisamente el otorgamiento de los derechos fundamentales en la Constitución. Sobre esta misma cuestión véase Martín Kriele, Introducción a la teoría del Estado Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1980 p. 139 y stes.

3 Sobre el particular se ha comentado que de acuerdo a lo anterior, la existencia de una Constitución en sentido estricto, depende del cumplimiento de esas dos condiciones y, las sociedades que no las cumplan, tendrán seguramente una organización interna reflejada en un documento que probablemente llamarán Constitución. Pero, se observa: “aunque formalmente estén dotados de una Constitución, los Estados que no cumplen los requisitos exigidos por la Declaración de los revolucionarios liberales franceses no podrán ser incluidos en el selecto grupo de países incluidos en los diferentes módulos del Constitucionalismo”. Véase Joaquín García Morillo, El amparo judicial de los derechos fundamentales Ministerio de Justicia: Madrid 1985 p. 11. La referencia al texto transcrito del Art. XVI es de la obra citada. Otra versión del mismo Art. es: “Toda la sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada y la división de poderes determinada no tiene constitución” (Luis Sánchez Agesta, Documentos Constitucionales y Textos Políticos Editora Nacional: Madrid. 1982 p. 108).

4 Menos conocidas que las Declaraciones francesas y americanas es el caso de Alemania, como se ha señalado, así, la Asamblea Nacional de Francfort proclamó el 27 de diciembre de 1848 una serie de derechos bajo el epígrafe: “Los derechos fundamentales del pueblo alemán”. Después, la Constitución Prusiana de 30 de enero de 1850 influida por la Constitución Belga de 1831 incluía un catálogo de derechos. Véase para una perspectiva histórica del proceso de positivación: José E. Lorca Navarrete, Introducción al Derecho. Ediciones Pirámide: Madrid 1987 p. 305 y stes. La información anterior aparece también en Carl Schmitt, Teoría de la Constitución Alianza Editorial: Madrid 1982 p. 166.ç

humanos, no es menos cierto que éstas no pueden alcanzar su formulación positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado”. Y como apunta el mismo autor: “Uno de los problemas más importantes sino el principal, de la teoría jurídico-política reside en la conciliación entre los derechos de los particulares y la soberanía del Estado”. En ese sentido, la doctrina de los derechos fundamentales permitió armonizar exigencias inicialmente antagónicas de las ideas de libertad y ley, que fue posible cuando la ley deja de ser producto del arbitrio del soberano y se convierte en el resultado de una voluntad general orientada a garantizar los derechos y libertades. Los derechos fundamentales ya no son concesiones sino corolario de la soberanía popular y la ley ya no sólo implica un deber sino un derecho para el individuo.

Se cumplía así - dice Pérez Luño - “el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libre en un Estado libre y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres”<sup>5</sup>

Ahora bien, como dice D. Manuel García Pelayo en *Las transformaciones: del Estado contemporáneo*: “La expresión de Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente, en tiempos muy recientes y en pocos casos”, que es precisamente lo ocurrido entre nosotros. La incorporación expresa en los textos constitucionales pareciera considerarse redundante cuando se parte del sobreentendido, no necesariamente exacto, de que todo Estado constitucional describe un Estado de Derecho y por ello la recepción constitucional no se ha producido más que en “contadísimos casos y en época absolutamente reciente”, como apunta Garrorena Morales. Lo cierto es que aun cuando el constituyente salvadoreño no haya incorporado expresión, los presupuestos básicos del Estado de Derecho se encuentran en nuestras Constituciones en diversas partes del articulado no sólo en cuanto a la subordinación del Estado al ordenamiento jurídico sino a otras características generalmente aceptadas como el reconocimiento de la libertad y dignidad del ser humano donde se origina la correlativa necesidad de garantizar jurídicamente los derechos fundamentales que estudiamos en este trabajo<sup>6</sup>

La necesaria relación entre Estado de Derecho y derechos fundamentales es motivo de insistencia generalizada y, así lo destaca Elías Díaz cuando precisa: “Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas que estamos analizando, se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad para los llamados derechos fundamentales de la persona humana,

---

<sup>5</sup> Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos: Madrid 1986 p. 213. Señala el autor que no siempre se recuerda la correlativa parte que le corresponde a la teoría de los derechos humanos en la formación del concepto de Estado de Derecho (p. 212).

<sup>6</sup> Manuel García Pelayo *Las transformaciones del Estado contemporáneo* Alianza Editorial: Madrid 1982 p. 53. Angel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Ed. Tecnos: Madrid, 1984 p. 155 y stes.

exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho”. Reafirmando a continuación, “el establecimiento jurídico constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho”<sup>7</sup>

Señala también Pérez Luño, el autor de la cita con la que iniciamos esta sección: “el tipo de estado de Derecho (Liberal o social) proclamado en los textos constitucionales depende del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, que, a su vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan”<sup>8</sup>

En este orden de ideas es importante recordar que entre nosotros, igual a otros países, “el alcance y significado” que menciona el autor en la cita del párrafo anterior es claro y totalmente distinto en nuestros ordenamientos constitucionales a partir de 1950 cuando nuestro sistema se convierte en un Estado social y democrático de Derecho cuyas proyecciones amplias se reflejan en la Constitución de ese año que amplía significativamente la lista de los derechos fundamentales al incorporar los llamados Derechos sociales, que en nuestra última Constitución de 1983 aparecen en el Capítulo II del Título II, derechos ausentes en las constituciones liberales decimonónicas y en la primera de este siglo, de 1939 que fue la última de esa orientación. Los derechos fundamentales han dejado de ser únicamente límites al poder político para convertirse en fines orientadores de la acción positiva de los poderes públicos.

Esta es una cuestión importante sobre la que hemos insistido en varias oportunidades y consideramos importante destacar; esto es así, porque como lo hemos señalado en relación al campo tributario el análisis de los principios que regulan los tributos, el estudio del poder tributario etc. Debemos hacerlo considerando su normación como parte integrante del marco jurídico de la Constitución en su totalidad, determinado en gran medida por la amplitud y extensión de los derechos fundamentales que como señalamos, en nuestro país y en muchos países se dilata considerablemente en las Constituciones de la segunda posguerra. Y, lo que es más importante,

---

7 Elías Díaz Estado de Derecho y sociedad democrática Taurus: Madrid 1986 p.p 38-39. Se ha señalado también algo que aun cuando puede considerarse obvio, es de la mayor importancia no olvidar: “En gran parte de la literatura al respecto suelo afirmarse expresamente, cuando no se mantiene implícito a lo largo de la exposición, que “la valoración de un texto constitucional depende en gran medida de la amplitud de los derechos y las garantías que otorga a los ciudadanos”. José Cazorla Pérez y otros, Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978. Granada 1984 p. 143 También en la Sentencia citada en la nota anterior se destaca la relación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho. En relación a los problemas de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea véase Luis M. Díez Pícaso, ¿Una Constitución sin declaración de derechos? en Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid Año II No. 32 Mayo - Agosto 1991 p. 135 y stes. ( en adelante identificamos esta Revista como REDC).

8 Antonio E. Pérez Luño, Los Derechos Fundamentales cit. p.p. 19-20. Sobre los conceptos de la cita anterior hacemos consideraciones adelante al referimos en la sección sobre Derecho comparado a la amplitud de la cobertura de los derechos fundamentales en todas las Constituciones iberoamericanas.

casi todas ellas incorporan la justicia constitucional para asegurar la protección de los derechos fundamentales que es la mejor defensa de la Constitución; anteriormente el control de la constitucionalidad había sido normado únicamente en la Constitución de la República de Weimar de 1919, la austriaca de Kelsen de 1920 y la de 1931 de la República Española<sup>9</sup>

La última cita de Pérez Luño resume la importancia de los derechos fundamentales como pieza esencial del Estado de Derecho, sea éste liberal o social. Pero antes de entrar en materia es necesario puntualizar algunas cuestiones terminológicas para precisar el contenido y alcances de las distintas categorías de conceptos afines que van desde la ambigüedad de la expresión “derechos humanos” ahora tan generalizada particularmente en su dimensión internacional, hasta las primeras Declaraciones de los “derechos individuales”, sin olvidar los derechos subjetivos, los derechos públicos subjetivos, los derechos personales, políticos, económicos, constitucionales, del ciudadano, sociales, culturales y las libertades públicas, así como los derechos fundamentales con los que nominamos esta sección de nuestro trabajo más amplio, que es también la denominación del Título II de la Constitución de 1983.

Probablemente la mejor forma de facilitar esta puntualización terminológica sería indagar sobre la aparición y el origen de las distintas expresiones mencionadas en el párrafo anterior. Dice Biscaretti al respecto: “En la edad Antigua no se encuentran verdaderas declaraciones de derechos de los ciudadanos respecto a la suprema e ilimitada autoridad del Estado; y es sólo en la Edad Media, con la difusión de la organización feudal, cuando se forma lentamente la convicción de estar obligado respecto a la autoridad superior, sólo a aquellas particulares prestaciones (tributos, obligaciones militares, etc.) voluntariamente aceptadas en pacto de vasallaje”<sup>10</sup>

Ese es el antecedente de las Declaraciones que después llegan a constituir la parte dogmática de las Constituciones. García Pelayo ha estudiado “hasta que punto

---

9 Véase mi trabajo “Reflexiones y advertencias sobre nuestro estudio del principio de legalidad tributaria en El Salvador” en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública (Editorial de Derecho Financiero - Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España) XLII/ 222 noviembre - diciembre 1992 p. 1305 y siguientes, que es el prólogo de nuestro libro “El principio de legalidad tributaria” publicado en Diciembre de 1993 por el Ministerio de Justicia de El Salvador. Sobre la protección constitucional de los Derechos humanos véase el excelente análisis de la sección 4 (“La Constitución y los Derechos Humanos”), de Carlos Chipoco, En defensa de la vida. Ensayo sobre Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Centro de Estudios y Publicaciones (CEP): Lima. Octubre 1992 p. 177 y stes. El autor señala certeramente la vinculación entre la Constitución y los Derechos que estudiamos, al precisar: “La Constitución es el mecanismo jurídico mediante el cual se intenta distribuir la energía política de un país regulando no solo la organización del Estado y los mecanismos de distribución de poder a su interior, sino marcando también la importancia y el lugar que deben ocupar en el ordenamiento jurídico los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales; es decir el poder objetivo conferido a las personas mismas”. Subrayados nuestros para destacar lo que el distinguido Profesor considera como “los valores reconocidos por la más alta jerarquía de la legislación nacional”. (Op. cit. p. 179)

10 Paolo Biscaretti di Ruffia, Derecho Constitucional. Editorial Tecnos: Madrid 1984 p. 665

difieren y hasta que punto guardan entre sí una relación” las libertades y franquicias de la Edad Media y las modernas “tablas” de derechos. Tienen en común el hecho de tratarse en ambos casos, de una limitación del poder político, pero debajo de “esta imprecisa nota común difieren en cuanto a los supuestos, la estructura, el sujeto y la expresión” dice el distinguido constitucionalista recién citado. Así, en los primeros se trataba de situaciones concretas y particularizadas a diferencia de las últimas que tenían un contenido general para todos los súbditos conforme a principios apriorísticos, racionales y generales.

Los derechos medievales, dice don Manuel García- Pelayo, “formaban un complejo de derechos subjetivos heterogéneos en su contenido y significación, en cambio los modernos derechos individuales forman una regla de derecho objetivo”. El sujeto en este último caso, es el individuo o si se quiere como parte del Estado o de la humanidad, en cambio, en la Edad Media, lo era en cuanto miembro de un grupo social concreto, y, como aclara D. Manuel, “sus derechos no lo eran a título individual, sino en calidad de noble, de clérigo, de mercader, etc. o de natural de tal territorio, villa o ciudad”. De ahí que el instrumento en que se manifiestan los derechos medievales no es la ley, es la costumbre, el “pacto”, el “fuero” o sea que se refiere sólo a una parte de la población.

Estas diferencias aun cuando tienen una significación histórica, jurídica y política distinta no implican una carencia de un nexo histórico entre ellas; así el mismo autor menciona sobre este particular que las primeras tablas fueron de los antiguos colonos norteamericanos, cuya formulación fue influenciada en forma significativa por las antiguas libertades inglesas y los documentos que concretaban éstas.

El Profesor Chipoco a quien citamos antes, al hablar de los Derechos Humanos (que como veremos considera con los derechos fundamentales “que ambas denominaciones se refieren a lo mismo”), señala que “la llamada ‘primera generación’ de Derechos Humanos tiene su origen en los procesos constitucionales provocados por la revolución americana y la revolución francesa, mientras la ‘segunda generación’ surge de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) en 1919”<sup>11</sup>

Nuestro estudio, reiteramos, tiene el propósito primordial de caracterizar a los derechos fundamentales como parte importante - imprescindible es más propio- del

---

<sup>11</sup> Manuel García-Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado* Alianza Editorial: Madrid 1984 p.p. 144-145. Carlos Chipoco. En defensa de la vida cit. p. 183. Ejemplos de los derechos humanos de la tercera generación son: el derecho a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad. Véase Salvador Navarrete Azurdia. “Glosario Constitucional Salvadoreño” en *Revista de Ciencias Jurídicas* Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial Año II No. 5 Junio 1993 p. 141 y stes. A los derechos humanos de la tercera generación está dedicado el capítulo IV de Ignacio Ara Pinilla, *Las transformaciones de los derechos humanos* Editorial Tecnos: Madrid 1990. p. 112 y stes.

Estado de Derecho. En ese contexto nos interesa particularmente evidenciar su importante protagonismo en el sistema constitucional cuando básicamente consisten originalmente en limitaciones al poder del Estado y más recientemente en el establecimiento de obligaciones de hacer por parte del Estado para la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sería extendernos demasiado, profundizar sobre sus orígenes, desarrollo histórico y evolución que en todo caso han sido estudiados ampliamente, en consecuencia, excepto por las obligadas referencias, en las secciones siguientes no trataremos esos aspectos del problema. Del mismo modo, consideramos innecesario ahondar sobre la fundamentación de los derechos fundamentales cuestión que también ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina recientemente enriquecida con notables aportaciones desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho.

La dimensión internacional de los derechos fundamentales que arranca con la suscripción de la Declaración de los Derechos Humanos de 1949 y el interés particular de las Naciones Unidas se ha concretado en una extensa literatura relacionada con los numerosos pactos y convenios suscritos como el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del mismo año por ejemplo<sup>12</sup>

12 La literatura sobre las cuestiones señaladas en los últimos dos párrafos de esta parte introductoria es abundante. Para los orígenes y evolución histórica de los derechos fundamentales véase el Capítulo I de la obra citada de Chipoco (p.p 21-57); Jean Morange. *Las Libertades públicas*, Fondo Cultura Económica: México. 1981 Cap. y Pág. 15 a 57; José Cazorla Pérez y otros *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978* Monachil: Granada. 1984 (Capítulo IV “Los derechos y deberes fundamentales”. pp. 143 -197) Ivo D. Duchacek, *Derechos y libertades en el mundo actual* Instituto de Estudios Políticos: Madrid 1976 (Introducción y Cap. Y y particularmente p. 40 y p. 75 y stes); José Albino Tinetti, *Apuntes de Derecho Constitucional*, mimeografiado. s.f (“Temas relacionados con los derechos fundamentales No 2 y No. 3). Juan Ferrando Badía. *Estructura interna de la Constitución*. Tiran lo blanch: Valencia. 1988 p. 11 y stes. Para la fundamentación filosófica-jurídica, Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Editorial Debate: Madrid. 1984 (Capítulos III, IV y V); Gregorio Peces Barba, *Escritos sobre derechos fundamentales* EUDEMA: Madrid 1988 (particularmente II, 5 y 6); Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* cit. (Capítulo III. “La fundamentación de los Derechos Humanos” p. 132 y stes.) Para las Declaraciones, pactos y convenios internacionales véase Antonio Truyl y Sena, *Los derechos humanos* Tecnos: Madrid. 1984 que tiene además una introducción histórica, véase también M. García Gómez, *Derechos Humanos y Constitución Española*. Editorial Alhambra, S.A.: Madrid 1985. Véase la Revista de Ciencias Jurídicas (Año II No. 5 Junio 1993), del Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial citada en la nota anterior, en la cual se publica el excelente trabajo del Dr. Salvador Navarrete Azurdia “Glosario Constitucional Salvadoreño”, en ese No. 5 aparecen los conceptos Derechos Fundamentales. Derechos Humanos. Derechos Individuales, etc. que nos relevan de un desarrollo más amplio ya que puede consultarse fácilmente el referido Glosario que cubre en forma completa los conceptos mencionados en relación al Derecho positivo salvadoreño y ONUSAL. Normas nacionales e internacionales sobre Derechos humanos. San Salvador. Marzo 1993.

La producción bibliográfica sobre el tema sigue aumentando con las recientes publicaciones: Antonio López Pino (Director de la edición), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania. España. Francia e Italia. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid Editorial Civitas. Que es una valiosa aportación sobre la materia de distinguidos Profesores de los países citados, Teresa Freixes Sanjuan. *Constitución y Derechos Fundamentales - PPU*: Barcelona. 1992; Francisco González Navarro, *El Estado social y democrático de Derecho* EUNSA: Pamplona. 1992; Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución española. Fundación el Monte: Sevilla 1993; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* Centro de Estudios Constitucionales

Como lo señalamos en varias partes de este trabajo lo que es verdaderamente significativo entre los desarrollos recientes de los derechos fundamentales es la evolución de la interpretación liberal clásica que de acuerdo a la jurisprudencia alemana considera que los derechos fundamentales “están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”; es decir son derechos a acciones negativas, omisiones del Estado, pertenecen al status negativo en la terminología de Jellineck, que tiene como contrapartida los derechos a acciones positivas del Estado, los cuales dentro de un concepto amplio de prestación todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden calificarse como derechos a prestaciones en sentido amplio. Como dice Alexy: “La cuestión de si y en que medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales”. A diferencia de la Ley Fundamental alemana que como dice Alexy es muy cautelosa en la formulación de los derechos a prestaciones, nuestra Constitución de 1950 reconoció (igual que la vigente de 1983), además de los derechos de defensa clásicos, los llamados derechos prestaciones como el derecho al trabajo (Art. 2 i. 10) aun cuando en el Art. 37 es menos categórico, el derecho a la educación (Art. 53), el derecho al honor (Art. 2 inciso 20.). Ahora bien, algunas veces, la formulación del texto constitucional al reconocer un derecho social fundamental podrían surgir dudas en el sentido de si ese texto reconoce un derecho subjetivo a determinada prestación. Por otra parte aun cuando el legislador constitucional haya optado la formulación de las normas en esa forma no creemos que ello implique que no exista derecho a las prestaciones cuando emplea fórmulas tales como “es obligación del Estado asegurar a los habitantes.....” (Art. 1 inciso 20) o cuando establece que “es obligación y finalidad primordial del Estado.....la conservación, fomento y difusión” de la educación y la cultura como consecuencia de reconocer el derecho a la educación y la cultura (Art. 53 inciso 10) y, de igual modo: “El Estado.....está

---

les: Madrid. 1993. Gregorio Peces Barba. Derecho y derechos fundamentales Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1993. Véase también obras más recientes que en los capítulos pertinentes desarrollan aspectos de la materia objeto de nuestro trabajo como: Francisco Rubio Llorente, La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución) CEC: Madrid. 1993. Cuarta Parte (“Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales”) p. 409 a 689; Francisco Tomás y Valiente. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional CEC: Madrid. 1993. Parte sobre Los derechos fundamentales pp. 113-172. Para un interesante estudio desde el punto de vista del Derecho comparado véase V.Y. A.A. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales CEC: Madrid 1984. Una excelente colección de trabajos del Profesor Ernst-Wolfgang Bockenförde se incluye en Escritos sobre Derechos Fundamentales Nomos: Baden-Baden. 1993. Recientes publicaciones son Javier Pérez Royo. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons: Madrid 1994 particularmente la Sección Cuarta (“Los derechos fundamentales”) p. 203 y stes. Y Problemas actuales de los Derechos fundamentales. Edición de José Ma. Sanca. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas: Madrid: especialmente el Capítulo II sobre “El concepto de derechos fundamentales” con excelentes contribuciones de Peter Haberle. Riccardo Guastini. Pedro Cruz Villalón entre otros en p. 81 y stes. Así como el Cap. III sobre el de actualidad nuevo tópico de los derechos humanos y el problema de la escasez (p. 193 y stes).

obligado a velar.....por la conservación y restablecimiento de la salud (Art. 65 inciso lo). Más claro el reconocimiento del derecho subjetivo a una prestación se observa en los artículos 56 y 66 de la misma Constitución de 1983. No obstante, reconocemos en suma que pareciera ser válida respecto a nuestros ordenamientos constitucionales la apreciación siguiente en relación a la constitución alemana vigente: “no puede ocultarse el hecho de que la Ley Fundamental desde el punto de vista de su texto y de su génesis, tiene primariamente el carácter de una Constitución burguesa y de Estado de Derecho orientada hacia los derechos de defensa”<sup>13</sup>

Para terminar esta breve introducción recordemos como se ha precisado acertadamente que la Constitución aparte de ser un instrumento de la racionalización del poder político e independiente de su trascendencia jurídica por tratarse de la norma suprema que justifica al resto del ordenamiento jurídico, “es, ante todo y sobre todo, la expresión de una manera de entender el mundo, la vida y el hombre”<sup>14</sup>

## II. DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO: DESARROLLO HISTÓRICO

Antes de incursionar en la diversidad semántica de la doctrina, debemos referirnos a la diversidad semántica de nuestro ordenamiento constitucional vigente y su evolución reflejada claramente por los cambios en la denominación de los Títulos relativos a los derechos y garantías que estudiamos al recordar nuestra historia constitucional. El siguiente listado resume la positivación en la Carta Magna de 1983 de las distintas categorías de “derechos” regulados en la última Constitución salvadoreña o mejor dicho, señala las diferentes oportunidades cuando en la determinación del nombre de los Títulos o Capítulos o en algunas disposiciones, se menciona el término “derechos” en sentido general. Es importante precisar que la mayor parte de preceptos en que se menciona la expresión Derechos humanos (OH)) fueron introducidos por la últimas reformas constitucionales, antes de las cuales únicamente se mencionaba la expresión respecto a la educación en el Art. 55 y Art. 60 así como en el Art. 193 # 2 y en el Art. 211 inciso 20. relativos, el Art. 193 a la atribución del Fiscal General de la República de promover la acción de la justicia en defensa de los D.H. y el Art. 211 a la obligación de la Fuerza Armada a velar porque se garantice el respeto a los D.H. Ambas disposiciones fueron reformadas el 31 de octubre de 1991 y el 30 de enero de 1992 respectivamente.

El cuadro siguiente resume los casos en que los derechos en sus distintas denominaciones son mencionados en nuestro último ordenamiento constitucional.

---

13 Robert Alexy; Teoría de los derechos fundamentales cit. P. 419 y stes.

14 Francisco González Navarro, El Estado social y democrático de Derecho cit. p. 13

### Cuadro No. II-1

#### Derechos Fundamentales en la Constitución Salvadoreña de 1983

1. Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona: Título II;
2. Derechos Individuales: Cap. I del Tit. II (Sección Primera);
3. Derechos Civiles: Art. 3 (Tit. II, Cap. I Sec. I);
4. Derechos Sociales: Cap. II del Tit. II (Sección Primera: Familia; Sección Segunda: Trabajo y Seguridad Social; Sección Tercera: Educación, Ciencia y Cultura y Sección Cuarta: Salud y Asistencia Social);
5. Derechos y Deberes Políticos: Cap. III del Tit. II (“del ciudadano”: Ari. 72). A. Derecho del ciudadano: (Ari. 75). B. Derechos de Insurrección (del pueblo): Art. 87 (Título III):
6. Derechos Humanos: Art. 55 (como uno de los fines de la educación): Ari. 60 inciso 20. (Obligatoria para los centros docentes la enseñanza de los D.H.; Art. 131 No.37 Atribución de la Asamblea Legislativa de recomendar al Presidente de la República la destitución de funcionarios que “será vinculante” por graves violaciones de los D.H. cuando se trate de jefes de seguridad pública o de inteligencia del Estado); Ari. 159 inciso Jo. La Policía Nacional Civil (PNC) cumplirá sus funciones con “estricto respeto a los D.H”: Art. 168 # 17 Atribución del Presidente de la República respecto a la PNC de organizarla y conducirla “con estricto apego a los D.H.”; Ari. 194 I, Nos. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 8º, 9º, 10º y 13º Por dichos numerales el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos deberá, velar por el respeto y la garantía de los D.H. (No.10); Investigar violaciones D.H. y asistir a las víctimas (Nos. 2 y 3); Promover recursos para protección de D.H. (No 4); Practicar inspecciones para asegurar respeto a los D.H. (No.6); Promover reformas para el progreso de los D.H. (No, 8); Opinar sobre proyectos de ley respecto a los D.H.; (No. 9); Promover y proponer medidas para evitar violaciones D. H (No. 10) ; Desarrollar programas para promoción para el conocimiento y respeto de los D.H. (No. 13).
7. A) “Derechos consagrados en esta Constitución” (Art. 245 Violación de), B) “Principios, derechos..... establecidos por la Constitución” (Art. 246 Supremacía constitucional, C).....derechos que otorga la presente Constitución (Art. 247. Amparo);
8. “Garantías” y “garantías constitucionales” se emplean como sinónimos de los “derechos individuales” en el “Régimen de Excepción” (Título II Cap. I Sección Segunda, Arts. 29, 30y31).

Los “derechos económicos” están regulados en el Título X relativo al Orden Económico”, pero no tienen esa denominación en el texto constitucional<sup>15</sup>

A continuación hacemos una rápida revisión de nuestra historia constitucional. Recientemente la Constitución de 1983 introduce la expresión “derechos fundamentales” en el nombre de su Título II, pero las distintas categorías mencionadas en los primeros dos capítulos de ese Título II, tienen la misma denominación de los Títulos X y XI de la Constitución de 1950 (iguales en la Constitución de 1962); también la última Ley Fundamental de 1983 introduce la expresión “derechos políticos”, con la cual rotula el Capítulo III del mismo Título II, pues la sección correspondiente de la Constitución de 1950 (Título III, denominado “Los Ciudadanos y el Cuerpo Electoral”), solamente menciona los derechos de ciudadanía o derechos del ciudadano.

La Constitución de 1939 regulaba los derechos fundamentales en el Título V denominado “Derechos y Garantías”, (igual que el Título II de la Constitución de 1886, que en la Constitución de 1885 solamente se titulaba “Garantías”). Su contenido comprendía en cuanto a su número prácticamente los mismos “Derechos Individuales” del Título II, Capítulo I de la Constitución de 1983, Por otra parte, la Constitución de 1950 (antecedente de la actual) cubría con mayor amplitud los Derechos Sociales dedicándoles cuatro secciones, de los artículos 180 a 210 (la Constitución vigente también asigna las cuatro secciones del Capítulo II, artículos 32 a 70); en cambio la Constitución de 1939 solamente destina el capítulo II (“Familia y Trabajo”), del Título V (“Derechos y Garantías”), formado únicamente por los artículos del 60 al 64<sup>16</sup>

<sup>15</sup> El Cuadro No. 11 - 2 siguiente permite visualizar en mejor forma el Cuadro No. 1- 1 anterior relativo a los derechos en la Constitución de 1983.

#### CUADRO No. II-2

DERECHOS Y GARANTÍAS: Cap. I: DERECHOS INDIVIDUALES (Art. 2 - Art. 28) Sección Primera del Capítulo (el Art. 3 menciona los derechos civiles)

FUNDAMENTALES DE LA PERSONA: (Título II) Cap. II: DERECHOS SOCIALES (Art. 32- Art. 70)

Cap. III: DERECHOS Y DEBERES POLÍTICOS DEL CIUDADANO: {Art.72-Art. 74}

DERECHOS HUMANOS: Arts.. 55, 60 inciso 20, 131 No. 37, 159 inciso último, 168 # 170 y 194 I, Nos.: 10, 20, 30, 40. 60, 80, 90, 100, y 130.

DERECHOS “CONSAGRADOS” (Art. 245), “establecidos” (Art. 246) o “que otorga” (Art. 247 Amparo) “la” o “por la Constitución”.

DERECHOS ECONÓMICOS (Título V. “Orden Económico”)

En el “Régimen de Excepción” (Título II Cap. I Sección Segunda) el término “garantías” y la expresión “garantías constitucionales” se emplean en los Arts. 29, 30 y 31 como sinónimos de derechos individuales.

<sup>16</sup> Establecido lo anterior no podemos menos que recordar también, preceptos como el Art. 48 de la Constitución de 1939 que establecía: “Se prohíbe la circulación de toda clase de publicaciones que tiendan a la disolución de la sociedad salvadoreña o al relajamiento moral de sus costumbres”. “El Estado podrá someter a censura, conforme a la ley, los espectáculos públicos y la radiodifusión”.

En cuanto a los ahora denominados “Derechos Políticos” (Título II Cap. III), la Constitución de 1939 igual que la de 1950 no empleaba esa denominación sino que los llamaba Derechos del ciudadano en su Título IV, igual que el Título V de la Carta Magna de 1886<sup>17</sup>

Nuestra primera Constitución como Estado independiente de 1841 al terminar la República Federal, a diferencia de la de 1824 como señalamos, regula los derechos fundamentales en forma amplia, en el Título 16, bautizado “Declaración de los Derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular” y en sus 31 disposiciones (del Art. 65 al Art. 95), establece una larga lista de derechos, pero también regula en ese mismo Título otras cuestiones, como la reforma de la Constitución<sup>18</sup>

17 La Constitución de 1824 del Estado del Salvador como la de Cádiz no incluía una sección especial sobre los Derechos Fundamentales pero el Capítulo VIII (“de la Administración de la Justicia Civil en los Departamentos”), en su Art. 58 establecía: “el derecho de terminar sus diferencias por Jueces arbitros...” antecedente de nuestro actual Art. 23. También en la primera Constitución de 1824 el Capítulo IX (“Del Crimen”), reconocía derechos a no ser detenido” sin previo mandato del Juez por escrito” (Art. 62, antecedente del Art. 13 actual), la inviolabilidad de la morada estaba reconocida cuando el Art. 66 decía: “La casa de todo ciudadano y sus libros y correspondencia serán un sagrado y no podrán registrarse sino como ordene la ley” antecedente de los Arts. 20 y 24 de la Constitución de 1983). El limitado desarrollo mencionado, obedecía a que la Constitución Federal del mismo año, en su Título X (“Garantías de la libertad individual” Art. 152 al Art. 174). incluía disposiciones como el Art. 173 que disponía. “Unos mismos jueces no pueden serlo en dos diversas instancias” (Art. 16 actual) o el Art. 170 que mandaba: “La policía de seguridad no podrá ser confiada sino a las autoridades civiles, en la forma que la ley determine”. Tal vez más interesante es el último precepto del Título X citado que establecía: “Art. 174 Ninguna ley del congreso ni de las Asambleas pueden contrariar las garantías contenidas en este título pero si ampliarlas y dar otras nuevas”. El Título XI denominado “Disposiciones Generales” de la Constitución federal era en verdad una interesante sección compuesta únicamente de los Artículos 175 y 176, que enumeraban una serie de prohibiciones para los poderes públicos las cuales reafirmaban el carácter obligatorio inmediato (es decir la vinculación de esos poderes) de las que llamaba “Garantías de la libertad individual” establecidas en el Título X citado. El primero de los preceptos mencionados comienza diciendo, “No podrán el Congreso, las Asambleas ni las demás autoridades:” coartar la libertad de imprenta, por ejemplo (en el numeral lo), y, a continuación, en los siete numerales siguientes, se establecía que igualmente no podrán suspender el derecho de petición, prohibir la emigración, tomar la propiedad de ninguna persona, “permitir el uso de tormentos”, imponer confiscaciones, etc. etc. El Art. 176 permitía en estados de excepción el no cumplimiento de los derechos de reunión, la inviolabilidad de la correspondencia y las formalidades de la detención, etc. Es interesante este curioso Título XI que en puridad confirmaba la obligatoriedad al establecer el carácter vinculante inmediato de los derechos garantizados en la Constitución como lo estableció recientemente la Ley Fundamental alemana de 1948 en forma explícita en su Art. 3 y en 1978 la española en su Art. 53.1. La reciente Constitución colombiana (de julio de 1991), concreta lo mismo en la forma siguiente: “Art. 85 Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los Artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”. Que se refieren al derecho a la vida, torturas, igualdad, libertad de conciencia y cultos, etc. Es interesante que el Art. 22 que no aparece en el listado de aplicación inmediata dispone: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Los títulos X y XI de la Constitución Federal de 1824 citados, pasan a la Constitución Federal de 1835.

18 El referido Título 16 de 1841, también establece en su Art. 72 que la fuerza armada es esencialmente obediente, no puede deliberar y “los individuos de ella en servicio activo, no podrán ser electos diputados ni senadores”. La formulación de algunos preceptos es ciertamente un intento de concretar el verdadero y propio sentido y el propósito de algunas disposiciones, como por ejemplo, cuando el Art. 75 establece que, “Ningún salvadoreño puede ser inquietado, molestado ni perseguido por sus opiniones.....” o el Art. 77 por el cual, “Todo salvadoreño tiene derecho a estar al abrigo de inquisiciones, pesquisas y apremios “Es interesante señalar que la mayor parte de preceptos, como el Art. 77 se refieren a los salvadoreños, aun cuando en dos ocasiones dicen “toda persona” o “los habitantes del Salvador”; mencionamos lo anterior porque como veremos adelante la forma de redacción dirigida a los ciudadanos (por ejemplo “los salvadoreños”) en cuanto miembros del Estado se ha asociado con los derechos fundamentales, en cambio los derechos humanos se refieren a los formulados en relación a todos los hombres es decir no solamente a un

La Carta Magna de 1864 recoge en su Título 19 (“Derechos y deberes garantizados por la Constitución”), una amplia lista de derechos (Art. 76 al Art. 101), como la Constitución de 1841 en su Título 16, relacionado en la nota 18 anterior. El carácter vinculante de los derechos reconocidos en la Constitución de 1864, se concreta en forma explícita en el Art. 101 de la Constitución de ese año (Art. 93 de la Carta Magna de 1841), que además establece las responsabilidades consiguientes por su incumplimiento. El precepto de referencia es el siguiente: “Art. 101. Ni el Poder Legislativo, ni el Ejecutivo, ni ningún tribunal o autoridad podrá restringir, alterar o violar ninguna de las garantías enunciadas y cualesquiera poder o autoridad que las infrinja, será reputado como usurpador y responsable individualmente al perjuicio inferido y juzgado con arreglo al título de responsabilidad de la Constitución”. De igual modo que las anteriores de 1841 y 1864 la Constitución de 1871 en su Título XIX recoge un largo listado de los derechos “garantizados por la Constitución” (Art. 98 al Art. 126). La siguiente Ley Fundamental de 1872 como las anteriores regula los “Derechos, deberes y garantías de los salvadoreños” en el Título III que incluye 31 disposiciones.

En forma similar las Constituciones de 1880 y 1883 norman la materia en los Títulos III y Tercero denominados “Derechos y Garantías de los salvadoreños” y “Garantías Individuales” respectivamente. La mayor parte de los derechos reconocidos en esas Leyes Fundamentales son los mismos que la Constitución de 1983 denomina “Derechos Individuales” (Tit. II, Sección Primera del Cap. I), por supuesto que la formulación ha cambiado y así el principio de igualdad por ejemplo, en el Art. 25 de la Constitución de 1980 decía, “Todos los hombres son iguales ante la ley, ya proteja o castigue”.

También hay cambios interesantes, por ejemplo, el trabajo que ahora es una función social de acuerdo al Art. 37 de 1983, en 1880 era solamente obligatorio conforme al Art. 41, que en 1883 se adiciona aclarando, “salvo en los días domingo o de fiesta nacional” (Art. 26).

Es interesante destacar que la Constitución de 1983 considera la tres clases de derecho incluidas en cada uno de los tres capítulos del Título II, comprendidos en una misma categoría que precisamente nomina ese Título o sea, todos son considerados como derechos fundamentales.

Recordemos que el antecedente inmediato, la Constitución de 1950, incluye esos derechos en dos títulos separados: el X relativo al régimen de los derechos individuales y el XI al régimen de derechos sociales subdividido en capítulos sobre la familia, el trabajo, la salud y la cultura; además el Título IX normaba el “Régimen

---

reducido grupo de personas (por ejemplo “toda persona...”). La libertad de cultos no estaba incluida en el Título 16 sino en el Art. 3 que establecía acorde con los tiempos: “La Religión Católica, Apostólica Romana, única verdadera profesa El Salvador, y el Gobierno la protegerá con leyes sabias, justas y benéficas”; pero se declara que “todo hombre es libre para adorar a Dios según su conciencia “. Es interesante también el Art. 93 al que nos referimos después.

Económico” igual que el Título V actual relativo al “Orden Económico”. Calificamos de interesante lo anterior porque se aleja de la concepción clásica de los derechos fundamentales como derechos de libertad frente al Estado, o, en otras palabras, se consideraba que el ciudadano tiene esferas de actuación garantizadas por el Estado que no están sometidas a éste. Una primera consecuencia es que la expresión derecho fundamental en la Constitución de 1983 no puede identificarse necesariamente en todos los casos con la expresión derecho subjetivo<sup>19</sup>

La explicación de la obligación de señalar el derecho subjetivo protegido por la Constitución a que nos referimos en la nota 19 anterior se encuentra probablemente en la concepción clásica de los derechos fundamentales considerados como derechos subjetivos o sea, como derechos de la libertad ante el Estado, es decir, se identifican de este modo, con la visión exclusivamente defensiva (reacción frente a intromisiones del Estado) de los derechos fundamentales.

El ejemplo que mencionamos en la nota anterior (Art. 16 constitucional) es uno de los que configuran lo que la Constitución española de 1978 denomina “tutela judicial efectiva” en su Art. 24 que como se ha señalado” no es un derecho que se satisface con la mera abstención estatal” precisando: “Por el contrario, es por definición un derecho procedimental, due process, que se afianza con el establecimiento de una organización, la jurisdiccional, y con arreglo a unos principios universalmente consagrados que conforman el Derecho procesal: independencia judicial, imparcialidad, reglas probatorias, en fin, garantías procesales. No hay quizás otro derecho en que sea más clara la vertiente objetiva”. Siguiendo la distinción de Windscheid entre pretensión y acción pública un constitucionalista argentino hace interesante señalamientos sobre este particular<sup>20</sup>

Además de los trabajos citados en la nota 20 anterior el Profesor Rubio Llorente se refiere citando a Scheuner, en primer lugar, a las normas que declaran los derechos fundamentales o sea a los derechos que protegen al hombre frente al poder y que por

---

19 Sobre este particular es interesante lo que señalamos a continuación que desconocemos si es una práctica generalizada. En un juicio de amparo constitucional hace unos dos años, se previno al imperante “señale con toda claridad en el termino el derecho subjetivo protegido por la Constitución que estima violado” (Subrayado el texto de la notificación). No tiene importancia el caso en cuestión sino que la Constitución y la propia disposición citada en la prevención o sea, el Art. 18 (en relación con el Art. 14 No 4) de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se refieren al derecho protegido por la Constitución y, aun cuando en ese caso particular si habla un derecho subjetivo no ocurre lo mismo en otros casos en que no lo hay, bien cuando se trata de otros derechos fundamentales así considerados por el constituyente al incluirlos en el Título II o, en el caso de otros derechos reconocidos por la Constitución fuera del Título II como cuando se trata de los derechos económicos.

20 Véase José María Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española” en Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, Año 8 No. 24, Septiembre Diciembre 1988 p. 161. (Subrayados en el original) y, Humberto Quiroga Lavie, “Actualización doctrinaria de la teoría sobre los derechos públicos” Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix Samudio. Universidad Nacional Autónoma de México: México 1988 Tomo I Derecho Constitucional p. 623 y stes.

ello, son fuente inmediata de derechos. En segundo lugar menciona las garantías institucionales es decir, “aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, cuyo mantenimiento no engendra derechos subjetivos en favor de los individuos, pero cuya erosión si viciaría de inconstitucionalidad cualquier ley y esta es sin duda la consecuencia que más ha de tenerse en cuenta”. Podríamos incluir como ejemplo entre nosotros la autonomía universitaria (Art. 61 constitucional), de los Municipios (Arts. 203 y 204 Constitución), la protección de la familia establecida en el Art. 32 todos de la Constitución de 1983 y otros casos similares. La cuestión importante que Rubio Llorente señala es la conveniencia de destacar la diferencia de los dos tipos de normas como indicó Carl Schmitt hace bastante tiempo, pues aun cuando ha disminuido la diferencia entre ellas esas diferencias, subsisten, y “conviene tenerlas presentes entre otras cosas y muy concretamente para valorar la medida en que el contenido de algunos derechos cambia precisamente al aproximarse su naturaleza a la de las garantías institucionales”. Ello señala el mismo tratadista español lleva al debilitamiento de algunos derechos clásicos, citando como ejemplo el derecho de propiedad que al ser “expulsado” como dice, de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I ha dejado de ser un derecho fundamental que es precisamente lo que ocurre en la Constitución de 1983 cuando el constituyente no lo incluye entre los derechos fundamentales a los que asigna el Título II sino que lo norma en el Art. 103 y siguientes ubicados en el Título V relativo al “Orden Económico”, aun cuando entre nosotros goza de la tutela del proceso de amparo cosa que ya no ocurre en España, por las razones en que abundaremos al referirnos a la clasificación española de 1978<sup>21</sup>

Antes de concluir la relación anterior debemos referirnos a la ubicación de los derechos antes denominados individuales y garantías y ahora fundamentales en el texto constitucional, cuestión mencionada en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 en la forma siguiente al referirse a la Carta Magna de 1950 señalando “.....se estructuraron las disposiciones constitucionales de manera tal que la parte orgánica, esto es aquella relativa a la organización de los llamados Poderes Públicos, se colocó al principio de la misma, dejando para los títulos finales aquellos otros relativos a los derechos individuales y sociales”.

Ahora bien, lo que es interesante en la Exposición de Motivos de 1983 es su interpretación o explicación del sistema seguido por la Constitución de 1950 en la forma siguiente: “Sin duda esta estructuración, correspondió a las ideas predominantes en la época de otorgar cierta preeminencia al Estado, como una reacción a las ideas

---

21 Véase Francisco Rubio Llorente en su trabajo “La constitución como fuente del Derecho” incluido en La Constitución española y las fuentes del Derecho Instituto de Estudios Fiscales (IEF): Madrid 1979 Vol. 1 p. 68 y 69 (Subrayado nuestro). La Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución Española de 1978 se titula “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, el Capítulo II se denomina “Derechos y libertades” y el Título Primero, “De los derechos y deberes fundamentales”.

del individualismo filosófico consagradas casi como dogma de fe en nuestro país, desde la Constitución de 1886”<sup>22</sup>

Pablo Lucas Verdú, el ilustre catedrático de Derecho Político de la Universidad Complutense, decía refiriéndose a la ubicación del Título Correspondiente de la Constitución española de 1978; “Ante todo, la colocación de este Título I inmediatamente después del Título preliminar y antes de los Títulos dedicados a las instituciones y órganos fundamentales del Estado es significativo”.

Después de recordar la referencia a los derechos fundamentales del Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 concluía: “Desde entonces las sucesivas Constituciones liberales se ajustaron a este modelo”<sup>23</sup>.

La verdad según veremos, tal como dice el Profesor español citado “es significativo” si ubicamos el Título de los derechos fundamentales al comienzo de la Constitución, pero no compartimos el criterio de la Exposición de Motivos citada de que los constituyentes de 1950 lo hicieron como una reacción antiliberal que no hacía falta pues estaba probablemente en todas partes de la Carta Magna de 1950. La experiencia de la historia constitucional francesa es interesante y como bien se ha dicho, nadie podría objetar la falta de espíritu liberal a las Leyes constitucionales francesas de 1875 y todos sabemos que carecían de declaración de derechos. De igual modo, las Constituciones francesas de 1946 y la vigente de 1958 se limitaron a sintetizar en sus correspondientes preámbulos algunos derechos y libertades básicos tras confirmar la Declaración de 1789. Esto, no podían hacer los países que tuvieron regímenes fascis-

---

22 Véase CONSTITUCIÓN. República de El Salvador 1983. Ministerio de Justicia: San Salvador. Marzo de 1992 p. 182. Esa “cierta preeminencia” obviamente se reflejaba en una gran cantidad de preceptos que marcaban la tónica intervencionista del constituyente de 1950 mantenida también en 1983; ahora bien, es particularmente interesante señalar que muchas de las disposiciones relativas a los ahora llamados derechos fundamentales además de la circunstancia de haberlos reunido en un solo título bajo ese nombre, el constituyente de 1983 los trasladó sin ningún cambio es decir iguales, de la Constitución de 1962 que a su vez los copió de la Constitución de 1950, preceptos que sin duda concretan la “cierta preeminencia” descubierta. Y es que no puede ignorarse, que una de las características esenciales de la Constitución de 1950 consistió en incorporar a su texto en forma amplia los llamados derechos prestación que consisten en la gran mayoría de casos en obligaciones del Estado cu/o objetivo es asegurar la vigencia efectiva del principio de igualdad al reconocer derechos sociales, culturales y económicos que es precisamente la gran innovación de 1950 la que, ciertamente dio preeminencia al Estado, cuando lo obliga a intervenir, pero con el único propósito de mejorar las condiciones de la generalidad. De allí que, en consecuencia, la preeminencia de 1950 continuaba en 1983 aun cuando cambiara la ubicación del Título respectivo. En otras palabras, la “nueva” estructuración de 1983 si pretendía no ser una reacción contra el individualismo filosófico (como afirma es el caso de la estructuración de 1950), debería haber modificado el régimen de los derechos. Aun más, al nominarse “fundamentales” los derechos sociales y culturales acentuó la “reacción contra el individualismo filosófico” del siglo XIX cuando esos derechos sociales y culturales se consideran fundamentales al incluirlos en el Título II igual que los derechos individuales. La referencia nuestra a la Exposición de Motivos es a la parte en que se afirma al calificar en la forma siguiente la estructura de la Constitución de 1950: “Sin duda esta estructuración correspondió a las ideas predominantes en la época de otorgar cierta preeminencia al Estado, como una reacción a las ideas del individualismo filosófico y del liberalismo económico consagradas casi como dogma de fe en nuestro país, de la Constitución de 1886”. Puntualizando a continuación: “El proyecto, cuya concepción filosófica ciertamente no está basada en aquellas doctrinas “Nos imaginamos se referían a las doctrinas del liberalismo económico e individualismo filosófico, lo cual complica aun más la interpretación. (fuente citada p. 182).

23 Pablo Lucas Verdú, Curso de Derecho Político Tecnos: Madrid 1984. Vol. IV p. 268 y stes.

tas como Italia, Alemania y España y, ello obliga y también explica, la inclusión de las listas de derechos en sus constituciones de la segunda posguerra<sup>24</sup>

Recordemos también que Estados Unidos no tiene los derechos y libertades en la parte inicial y recordemos también que fue necesario agregar las primeras diez enmiendas al texto original de 1776. La Ley Fundamental de Bonn incluye los derechos en la parte primera, la de Weimar de 1919 lo hacía en la parte II. La de Cádiz de 1812 las tenía desparramadas en todo su texto pero después se concentraron en una parte definida como ha sido nuestro caso desde 1824, pero con distinta ubicación como puede observarse en el Cuadro No. II-3 siguiente.

Tratamos de ahondar un poco más sobre esta cuestión e hicimos un rápido examen de las Constituciones Federales de Centroamérica y las Leyes Fundamentales salvadoreñas de 1824 a 1983 y preparamos la información que presentamos en el Cuadro II - 3 siguiente:

**Cuadro No. II -3**

Ubicación de los derechos individuales y garantías en las Constituciones Federales de Centroamérica y en las Constituciones Salvadoreña de 1824 a 1983

| CONSTITUCIONES FEDERALES DE: | UBICACIÓN DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS:                                    | No. DE TÍTULOS ULTIMO ARTICULO DE LA CONSTITUCIÓN |          |
|------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|----------|
| 1824                         | Título X después de organización federal, antes de estatal. Arts. 152-176 | Título XV                                         | Art. 211 |
| 1835                         | Título X Arts. 157 -180                                                   | Título XIV                                        | Art. 198 |
| 1898                         | Título III Arts. 15-43                                                    | Título IV                                         | Art. 161 |
| 1921                         | Título XXV Arts. 32-66                                                    | Título XIV                                        | Art. 209 |

24 Respecto a Italia son categorías las palabras siguientes del “relatore” Ruini: “non puo essere seguito da noi, che non abbiamo quei precedenti, né tradizione repubblicana; ed assai piu lunga e stata da noi la devastazione fascista” referencia de Pablo Lucas Verdú en La Lucha por el Estado de Derecho. Publicaciones del Real Colegio de España: Bolonia. \_1975. p. 64.

CONSTITUCIONES SALVADOREÑAS DE:

|                            |                                                                                                                                                             |               |                       |
|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|-----------------------|
| 1824                       | Distribuidos en el Cap. VIII “De la Administración de Justicia Civil en los Departamentos” y el Cap. IX y Cap. XII 1841 (J. Lindo)<br>Título 16 Arts. 65-95 | Título 16     | Art. 95               |
| 1864                       | ( F. Dueñas) Título 19                                                                                                                                      | Título 20     | Art. 104 Arts. 79-101 |
| 1871 (S. González)         | Título XIX<br>Arts.98-126                                                                                                                                   | Título XX     | Art. 131              |
| 1872 (S. González)         | Título III. Arts. 17-47                                                                                                                                     | Título XI     | Art. 138              |
| 1880 (R. Zaldívar)         | Título III Arts. 14-43                                                                                                                                      | Título XII    | Art. 132              |
| 1883 (R. Zaldivar )        | Título Tercero                                                                                                                                              | Título Décimo | Art. 134              |
|                            | Ars. 10-35”<br>(Garantías Individuales)”<br>Séptimo (Hay<br>“Garantías Nacionales)”<br>(Arts. 5 a 9)                                                        |               |                       |
| 1885                       | Título II Arts. 5-39                                                                                                                                        | Título XVI    | Art. 149              |
| 1886 (F. Menéndez)         | Título II Arts. 5-40                                                                                                                                        | Título XV     | Art. 152              |
| 1939 (M.H. Martínez)       | Título V Arts. 22-64                                                                                                                                        | Título XVI    | Art. 198              |
| 1950 (Consejo de Gobierno) | Títulos X Arts. 150-179 y XI Arts. 180-210                                                                                                                  | Título XIV    | Art. 226              |
| 1962 Directorio            | Títulos X<br>Arts. 150-178 y XI Arts. 179 - 209                                                                                                             | Título XV     | Art. 229              |
| 1983                       | Título II Arts. 2 al 82                                                                                                                                     | Título X      | Art. 274              |

Fuente: Preparado conforme a la información tomada de Miguel Ángel Gallardo Cuatro Constituciones Federales cit. y publicaciones oficiales de las Constituciones de 1950, 1962y1983.

Igual que las Constituciones francesas nuestra evolución histórica no parece confirmar la tesis de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 que citamos. Y es que no todos los regímenes anteriores a 1950 seguían las ideas del individualismo filosófico en igual forma, ni este comienza desde la Constitución de 1886 como afirma la Exposición de Motivos citada.

El Profesor Pablo Lucas Verdú presenta en su obra citada una explicación que nos parece apropiada respecto a la importancia de la ubicación de nuestro interés. Para él, lo significativo es que el Título relativo a los derechos fundamentales haya

sido colocado (como en la Constitución española de 1978), inmediatamente después del Título preliminar que concreta el conjunto de decisiones políticas básicas y fundamentales calificadas por él como “síntesis de todo el instrumento constitucional”. Aclara el autor su pensamiento respecto al constituyente español así: “Esto significa que se percató de la conexión formal y material del Título I con la fórmula política sintetizada por el Título preliminar y además de que los minuciosos preceptos de nuestra declaración de derechos concretan aquella fórmula política. Dicho de otro modo: el Título I particulariza las decisiones y afirmaciones del Título preliminar respecto a la dignidad y libertad de la persona humana”<sup>25</sup>

La última Constitución del Perú consultada por referéndum el 31 de octubre de 1993 cuya vigencia sería el 1.º de enero de 1994, nomina su Título I “De la persona y de la sociedad” cuyo Capítulo I (“Derechos Fundamentales de la persona”) comienza con el Art. 10. siguiente: “La defensa de la persona humana y el respeto en dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, e inmediatamente a continuación el Art. 20. establece: “Toda persona tiene derecho: 1. a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, siguiendo un listado de derechos fundamentales hasta el No. 24 este último, formado por ocho literales. Es decir que el establecimiento de la defensa de la persona humana ésta en el mismo Título iniciando lo relativo a los derechos fundamentales. Esta forma de estructuración del Título I venía de la Constitución de 1979<sup>26</sup>

La breve resumida relación de nuestra historia constitucional en los párrafos y notas anteriores tiene únicamente el propósito de dar una visión panorámica de la evolución del régimen de los derechos fundamentales en nuestro país que es lo propio en la sección que debemos incluir y que solamente es parte de una cuestión más amplia o sea, el estudio del Estado de Derecho, y no como estudio independiente de los derechos fundamentales.

La modificación más significativa en nuestra historia constitucional como señalamos, es la inclusión de los derechos sociales en 1950 (que se mantiene prácticamente igual en 1983), y la separación de los derechos individuales tradicionales de aquellos de naturaleza económica cuyo número se incrementa y además son de naturaleza distinta por el acentuado intervencionismo estatal característica fundamental no sólo de la Constitución de 1950 sino de nuestras últimas tres Constituciones incluyendo la vigente de 1983 no obstante las privatizaciones y otros “logros” del esquema neoliberal. Estos derechos económicos se ubican desde 1950 en una nueva sección, el Título IX “Régimen Económico” (Art. 135 - Art 149), que en la Constitución de 1983 es el

---

25 Curso cit. Vol. IV p. 270

26 La redacción anterior se explica porque estamos escribiendo una primera versión a principios del mes de octubre de 1993. Las citas de los preceptos transcritos son de CCD (Congreso Constituyente Democrático). Constitución 1993. Diario Oficial El Peruano.

Título V, relativo al “Orden Económico” (Art. 101 - Art. 120)<sup>27</sup>

En la situación actual del Derecho Constitucional salvadoreño podemos afirmar que los más importantes derechos fundamentales tanto individuales, como políticos, económicos, sociales y culturales han sido recogidos en nuestros tres últimos ordenamientos constitucionales. Para dar una idea de esa cobertura hemos preparado un cuadro tomando como base el presentado para Perú por el Profesor Carlos Chipoco, donde agregamos algunos derechos incluidos en nuestra Constitución de 1983 relacionándolos con los correspondientes, incorporados en la Declaración Universal y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

**Cuadro No. - 4**

CUADRO COMPARATIVO DE ALGUNOS DERECHOS DE LA  
CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA DE 1983 E INSTRUMENTOS  
INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS

| DERECHO                           | CONSTITUCIÓN<br>DE 1983 | DECLARACIÓN<br>UNIVERSAL | CONVENCIÓN<br>AMERICANA<br>DE DERECHOS<br>HUMANOS |
|-----------------------------------|-------------------------|--------------------------|---------------------------------------------------|
| A la vida:                        | Art. 2 inciso 10.       | Art. 3                   | Art. 4                                            |
| A la integridad personal:         | Art. 2 inciso 10.       | Art. 3y5                 | Art. 5                                            |
| A la libertad personal:           | Art. 2 inciso 10.       | Art. 3 y 9               | Art. 7, 8 y 9                                     |
| Igualdad ante la ley:             | Art. 3                  | Art. 7                   | Art. 24                                           |
| Libertad de expresión:            | Art. 6                  | Art. 19                  | Art. 13                                           |
| Libertad de tránsito y residencia | Art. 5 inciso 10. y 20. | Art. 9 y 13              | Art. 22                                           |
| Libertad de Reunión lo.           | Art. 7 inciso           | Art. 20                  | Art. 15                                           |
| Libertad de Asociación:           | Art. 7 inciso 10        | Art. 20                  | Art. 16                                           |
| A participación Política:         | Art. 72                 | Art. 21                  | Art. 23                                           |
| A la propiedad:                   | Art. 103 a 105          | Art. 17                  | Art. 21                                           |

Fuente: Este Cuadro No. II - 4 es elaboración nuestra, empleando información de C. Chipoco (Op, cit. p. 184) relativa a la Declaración Universal y Convención Americana de Derechos Humanos. Cuando habíamos preparado este Cuadro circuló en marzo de 1993, una publicación de la División de Derechos Humanos de ONUSAL titulada Normas Nacionales e internacionales sobre DERECHOS HUMANOS cuyos Anexos son Cuadros de Concordancias entre nuestra Constitución y distintos Convenios internacionales sobre derechos civiles (Anexo 1 p. 143), sobre las garantías del debido proceso legal (Anexo 2 p. 145) y sobre derechos económicos, sociales, culturales y otros derechos (Anexo 3 p. 147).

27 La Constitución de 1939 (Título V “Derechos y Garantías”) igual que la de 1886 (Título II “Derechos y Garantías”) incluía entre los denominados derechos individuales algunos derechos económicos que desde 1950 aparecen separadamente como señalamos. De igual modo, como indicamos la Constitución de 1939 en contraste con la de 1950 y las siguientes, dedica a los derechos sociales únicamente cinco artículos que forman el Capítulo 11 (“Familia y Trabajo”) del Título V denominado “Derechos y Garantías”. La separación de los Derechos económicos en un título distinto tiene como primera consecuencia que no son considerados derechos fundamentales, lo cual, entre nosotros respecto a su tutela no establece ninguna diferencia.

El Doctor Albino Tinetti en los Apuntes<sup>28</sup> citados antes presenta un detallado Catálogo.

A continuación nos referimos a los puntos de vista recientes de algunos tratadistas españoles en relación al problema de la clasificación de los derechos fundamentales, únicamente para relacionar tales conceptos con los adoptados por nuestros constituyentes, sin perjuicio que después volvamos sobre esta cuestión sobre la que hay la más diversas opiniones de acuerdo a los diferentes criterios que puedan servir de base para formularlas.

El Profesor Lorca Navarrete propone la clasificación tripartita siguiente agrupando los derechos y libertades del sistema español A) En el orden individual (derecho a la vida, a la propiedad, al trabajo); B) en el orden social (derecho de asociación y a la familia); y C en el orden político: 1. libertades religiosa, personal, de residencia y circulación, de expresión, de cátedra y de enseñanza; 2. derecho de reunión; 3. de participación; 4. de petición y 5 de sindicación<sup>29</sup>

En verdad, los derechos reconocidos constitucionalmente pueden clasificarse de múltiples maneras conforme a los distintos criterios empleados: A) Por la garantía, según la mayor o menor tutela que se les ha otorgado, así en el caso español hay derechos de protección excepcional y otros de menor nivel. Como hemos señalado, esta categoría no existe entre nosotros cuando en nuestro sistema todos gozan de igual protección; B) Por la naturaleza; como se ha señalado una primera división conforma este criterio, sería derechos de libertad y derechos de prestación, los primeros imponen básicamente una actitud de abstención en especial del poder público; son estos los tradicionales derechos individuales. Los derechos de prestación, “implican

28 En esos Apuntes el autor clasifica los derechos así: A. Derechos individuales y Civiles que incluye 84 clases citando el correspondiente precepto de nuestra Constitución. Del mismo modo en la categoría B. Derechos Sociales que los subdivide en a) Derechos sociales en sentido estricto (9 casos); b) Derechos de familia y sus miembros (del No. 10 al No. 19); c) Derechos laborales, i) de los trabajadores (del No. 20 al No. 70); y los titulados De los Sindicatos, de las otras asociaciones de trabajadores y de sus Directivos (Del No. 71 al 88); ch) Derechos educativos científicos y culturales (del No. 89 al 103); d) Derechos de protección de la salud (del No. 104 al No. 111); C. Derechos Políticos (18 casos); CH. Derechos económicos y fiscales (26 casos); D. Derechos del Niño (12 casos); E. Derechos de la Mujer (6 casos); F. De los Funcionarios y empleados públicos y municipales (9 casos); G. Derechos de las minorías (un caso) y H. De los Pueblos y los Estados (4 casos). O sea un total de 271 casos. Un listado igualmente amplio y completo referido a nuestra Constitución de 1983 presenta el Dr. Navarrete Azurdia en su Glosario citado, p. 147 y stes. incluido en el respectivo término desarrollado en su trabajo. También en publicación del Ministerio de Justicia de Marzo de 1992 titulada CONSTITUCIÓN República de El Salvador 1983 en la parte final (p. 297 y stes.) se incluye un trabajo cuyo autor es el Lic. Florentín Meléndez sobre “Los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República (1983)”. otro sobre “Las garantías del debido proceso, garantías procesales o garantías judiciales”, así como un índice analítico de esas materias y finalmente un listado (igual que los trabajos anteriores). de “Las garantías del debido proceso, garantías judiciales o garantías procesales vigentes en El Salvador.”; debo señalar que en algunos ejemplares de la publicación citada no aparecen los trabajos mencionados. La publicación de ONUSAL (Normas Nacionales citada incluye información similar a la del Ministerio de Justicia citada antes en esta nota 22. De igual modo el Dr. Navarrete Azurdia en su Glosario citado, se refiere a esta cuestión con la sencilla profundidad que caracterizaba el razonamiento jurídico del lamentablemente desaparecido que fuera nuestro alumno y después nuestro compañero de largas discusiones sobre Derecho con mayúscula.

29 José F. Lorca Navarrete, Introducción al Derecho cit. p. 313 y stes.

una actitud activa del poder público que debe llevar a cabo las acciones oportunas para hacerlos efectivos”, un buen ejemplo es el derecho a la educación que requiere la existencia de centros y medios de enseñanza<sup>30</sup>

El tercer criterio de clasificación de los derechos es el relativo a su contenido conforme a la opinión de los autores citados en la nota anterior y consiste en una catalogación que responde al contenido material de cada uno de los derechos. Dicen los autores citados que existe en primer lugar un grupo de derechos que puede llamarse de “ámbito personal” y son aquellos que afectan la esencia misma del individuo como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad y seguridad, etc. El segundo ejemplo incluye los derechos de la “esfera privada” consisten en derechos que se refieren al “individuo proyectado en su esfera de relación más íntima” como el derecho al honor, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, al matrimonio, a la residencia son manifestaciones de este grupo. El tercer campo es aquel en el que “el individuo se proyecta más allá de sí mismo y de su intimidad para relacionarse en la sociedad con el resto de sus congéneres: derechos de ‘ámbito político’”. Manifestación de este grupo son la libertad de expresión e información, el derecho de reunión, asociación, participación política y petición”. El último grupo lo forman los del ámbito “socio económico” los que se han caracterizado como “aquellos derechos que se han ido consagrando en el terreno de la proyección laboral y económica del individuo”. Casi todos son relativamente recientes excepto por supuesto el de propiedad y otros derechos cercanos al de propiedad como el derecho a la herencia y la libertad de empresa. Se incluyen en esta categoría los derechos de sindicación, huelga, derecho al trabajo y libertad de enseñanza y en general los derechos sociales, culturales y económicos<sup>31</sup>

Otro autor español señala que a efectos académicos se puede catalogar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de igual manera que el criterio del subsistema de garantías que mencionamos antes seguido por el constituyente español de 1978. La clasificación propuesta es en cuatro grupos: 1) Derechos civiles individuales (a la integridad física, a la integridad moral: al honor a la intimidad personal y social, a la propia imagen; a la libertad y seguridad personales, a la inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, de residencia y circulación, derecho a contraer matrimonio, y libertad de relación de profesión u oficio); 2) Libertades públicas (libertad ideológica: de convicción, de religión, de culto, de expresión y difusión del pensamiento, libertad de educación, libertad de producción y creación intelectual, libertad de reunión, de asociación, derecho de petición, derechos procesales, derecho

---

30 Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional cit.* Vol. I p. 110 y stes. Para interesantes señalamientos respecto a estas dos categorías véase p. 111.

31 *Ibidp.* 112 y 113

de negociación laboral colectiva, derecho a la propiedad y herencia y libertad de empresa); 3) Derechos políticos (derecho de participación: sufragio activo y pasivo, derecho a acceso a funciones públicas, libertad de asociación política y libertades de reunión y manifestación políticas); y 4) Derechos de prestación: derecho a la instrucción, derechos procesales: procesos sin dilaciones, derecho a asistencia de letrado, a litigar gratuitamente, derecho a interpelar, etc. y 5) Principios rectores de la política social y económica: protección de la familia, pleno empleo, protección de la salud, fomento y servicio de la cultura, preservación del medio ambiente, vivienda y urbanismo, atención preferente a los sectores débiles de la población (los hijos, juventud, vejez, la mujer, los minusválidos, los desempleados, los consumidores).<sup>32</sup>

La breve incursión anterior en la historia constitucional salvadoreña en relación al tratamiento adoptado en los sucesivos ordenamientos muestra una amplia cobertura de los tradicionales derechos individuales desde nuestra primeras Constituciones hasta la última de 1983. Ello nos lleva a la cuestión fundamental sobre la que es nuestro propósito insistir en este trabajo en el sentido que la incorporación y reconocimiento de libertades y derechos considerada el siglo pasado como garantía del respeto de esos derechos y libertades parece haber sido insuficiente en el pasado para lograr el respeto de los derechos fundamentales de los salvadoreños. En este orden de ideas el problema relativo a los sistemas efectivos para la tutela de esos derechos es seguramente la cuestión más importante y en ese sentido constituyó un avance significativo la introducción en 1950 del proceso de inconstitucionalidad en el sistema actual de defensa de la Constitución<sup>33</sup>

32 Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español* cit. Vol. 1 p. 205 y stes. Carl Schmitt presentó hace bastante tiempo una clasificación en cuatro grupos: 1) Derechos de libertad del individuo aislado: libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio (secreto de correspondencia); 2) Derechos de libertad del individuo en relación con otros: libre manifestación de las opiniones, libertad de discurso, de prensa, de cultos, de reunión, de asociaciones; 3) Derechos del individuo en el Estado como ciudadano: Igualdad ante la ley derecho de petición, sufragio igual, acceso igual a los cargos públicos y 4) Derechos del individuo a prestaciones del Estado: derecho al trabajo derecho a asistencia y socorro, derecho a la educación, formación e instrucción. Al grupo 1 y 2 Schmitt los llama: "Garantías liberal- individualistas de la esfera de libertad individual. de la libre competencia y la libre discusión". Al grupo 3 los llama, "Derechos políticos del ciudadano individual" y al grupo cuatro. "Derechos y pretensiones socialistas (o más suavemente: sociales)" *Teoría de la Constitución* Alianza Universidad: Madrid 1982 p. 169 y stes. particularmente p. 175.

33 Como señalamos en distintas partes de este trabajo nuestro constituyente fue amplio al establecer el amparo en 1886 de igual modo que en su normación constitucional y legal cuando incorpora en la Constitución de 1950 el proceso de inconstitucionalidad; en este último caso, amplio en cuanto a quien puede iniciarlo y al tiempo en que puede hacerse, es decir por cualquier ciudadano y en todo tiempo después de ocurrir la inconstitucionalidad. Sobre este particular respecto a quienes están legitimados para iniciar el proceso de constitucionalidad son interesantes los conceptos siguientes de Alfredo Quispe Correa, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad peruana San Martín de Porres refiriéndose al Art. 299 de la Constitución de 1979 que en su numeral 6 facultaba para interponer la acción de inconstitucionalidad a la solicitud de 50 mil ciudadanos, consideraba como una "desmesurada exigencia" dicho número por lo que el Art. 222 inciso 5 del proyecto de 1993 reducía el número de firmas a 10 mil y el proyecto final sometido a referéndum conforme al Art. 203 sólo exigía 5 mil firmas. Pero lo interesante es que el Sr. Decano mencionado comentando el citado Art. 203. decía: "Pienso que seguirá siendo una valla difícil de franquear, y que esta institución, propia de la democracia directa, se articulará esporádicamente en el futuro. Por ese motivo me parece

Por otra parte no podemos olvidar que el entonces llamado recurso de amparo fue adoptado por la Constitución y la Ley Constitucional respectiva desde 1886 pero no creemos que en ese siglo de existencia entre nosotros haya sido en todas las épocas un medio eficaz de protección de la ciudadanía contra los abusos del poder. En verdad, el Estado de Derecho, logra su máxima realización cuando la vigencia de los derechos fundamentales y el cumplimiento efectivo del principio de legalidad están asegurados por una real y verdadera división de poderes cuando por medio de los contrapesos (“checks and balances”) mencionados en la doctrina respecto al sistema estadounidense, es posible por medio de los controles recíprocos entre los poderes lograr la protección y tutela deseadas.

Lo mismo podemos decir del proceso de inconstitucionalidad y del habeas corpus adoptado desde 1886 que, igual a otras importantes reformas de ese ordenamiento constitucional fueron incorporados inicialmente por la Asamblea Constituyente que aprobó la nonnata Constitución de 1885. En suma, la inclusión de formas de tutela de los derechos es abrir el camino de ‘Su efectivo cumplimiento pero como lo muestra la historia constitucional de muchos países y el nuestro no es excepción, es un largo camino de avances y retrocesos<sup>34</sup>

### III. LA POSITIVACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO

#### COMPARADO

Para iniciar esta rápida incursión en el Derecho comparado tratamos a continuación de presentar en forma resumida el régimen de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución española de 1978 que es un intento de sistematiza-

---

audaz, digna de encomio y asimilación la fórmula empleada por la novísima Constitución de Colombia, en Art. 242 inciso 1), al establecer que cualquier ciudadano puede ejercer las acciones para preservar la integridad y supremacía de la Constitución, como impugnador o defensor de las normas sometidas a control” y a continuación precisa: “Si existe intención de hacer del ciudadano el actor fundamental del proceso de decisión político, así como el de modernizar la democracia representativa, valdría la pena ensayar la fórmula colombiana (Boletín Extraordinario CCD. Aportes al proyecto constitucional. Oficina de Prensa del Congreso Constituyente Democrático. 17 de agosto de 1993. p. 8). Es interesante lo anterior porque nuestra Constitución de 1950 establece la fórmula colombiana de 1979 casi treinta años antes. Para otros sistemas iberoamericanos véase Contribuciones (CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer) No. 2/1994 particularmente el artículo del Profesor Héctor Fix Zamudio “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina” p. 63 y stes.

34 Refiriéndose al habeas corpus en un documento reciente se hacía el importante señalamiento de que “ cuenta con una larga tradición constitucional que lamentablemente, en gran medida sólo ha sido histórica y formal” (Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Procedimientos Constitucionales en lo relativo al Habeas Corpus Ministerio de Justicia: San Salvador 21 de junio de 1993 p. 1) Debemos aclarar que el habeas corpus se introdujo en nuestro país por la Constitución de 1841. Nuestra referencia a la Constitución de 1885 es al caso cuando se regulaba juntamente con el amparo hasta que la Constitución de 1950 vuelve a nombrarlos separadamente.

ción que ha sido calificado de “ambiciosa” por el amplio tratamiento de su Título I al desarrollar la materia de los derechos fundamentales como los nomina, igual que nuestra Ley de Leyes vigente de 1983 los denomina en su Título II.

Es útil hacer una revisión aun superficial de un sistema reciente que data desde hace apenas un poco más de una década, en el cual además descansa la abundante y en general, excelente doctrina y jurisprudencia españolas reciente, más accesible para nosotros por razones obvias. También nos interesa para nuestro trabajo esta relación resumida porque en la última sección nos referimos a las soluciones del sistema español teniendo en mente que podrían servir como términos de referencia para una posible revisión en nuestro régimen actual.

Preparamos el Cuadro No. III-1 siguiente para presentar en forma resumida el estatuto constitucional español de los derechos fundamentales con el objeto de facilitar su familiarización para el propósito indicado.

### **Cuadro No. III- 1**

#### **DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978<sup>1</sup>**

##### **A. CAP. II<sup>2</sup> “DERECHOS Y LIBERTADES” (Arts. 14 a 55)**

Art. 14: Igualdad ante la Ley.

##### **A.a) Garantías Normativas (Art. 53.1)**

1. Vinculan a todos los Poderes Públicos
2. Sólo por la Ley que deberá respetar su contenido esencial podrá regularse su ejercicio y se tutelan por medio del recurso de inconstitucionalidad. Art. 161.1.a).

##### **A.1 Sección Primera: “DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PUBLICAS” (Arts. 15 al 29) que incluye:**

Derecho a/de:

- 1) la vida (Art. 15); 2) la libertad ideológica y religiosa (Art. J 61.1) 3) la libertad y seguridad personal (Art. 17); 4) al honor e imagen (Art. 18); 5) escoger residencia y circular (Art. 19); 6) libertad de expresión y derecho de información (Art. 20); 7) reunión (Art. 21); 8) asociación (Art. 22); 9) participación (Art. 23); 10) tutela efectiva de los tribunales (proceso debido) (Art. 24.1.); 11) garantías penales (Art. 25); 12) libertad de enseñanza (Art. 27); 13) Derechos sindicales y huelga (Art. 28); 14) petición (Art. 29).

## TITULO PRIMERO

### “DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

#### A.b) Garantías Jurisdiccionales<sup>3</sup> (instrumentos de protección).

1. Tutela por los tribunales ordinarios “por un procedimiento basado en FUNDAMENTALES” los principios de preferencia y sumariedad” (Art. 53.2).
2. Recurso de Amparo (Art. 53.2).

#### A.2 Sección Segunda: “DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS” (Arts. 30 al 38), que incluye:

- 1) Obligación de contribuir y principio de legalidad tributaria (Arts. 31.1 y 31.3);
- 2) Derecho al matrimonio (Art. 32); 3) Derecho de propiedad y herencia (Art. 33); 4) Derecho al trabajo y a la negociación colectiva laboral (Arts. 35 y 37); 5) Libertad de empresa (Art. 38)

A.c.) Únicamente tiene las garantías normativas que señalamos en A.a) anterior de este cuadro III-1 (obligatoriedad para todos los poderes Públicos, reserva de ley para regular su ejercicio, y tutela por el recurso de inconstitucionalidad). Es decir no tienen las garantías jurisdiccionales que están comprendidas en A.b) anterior y que protegen los derechos de la Sección Primera (A.1 anterior en este Cuadro) o sea, el recurso de amparo y la tutela de los tribunales ordinarios por un procedimiento “basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

### B. CAP.III “DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA” (Arts. 39 a 52)

Incluye:

- 1) Protección de la familia (Art. 39); 2) Pleno empleo (Art. 40); 3) Distribución equitativa de la renta (Art. 40.1); 4) Seguridad Social (Art. 41); 5) Protección de la Salud (Art. 43); 6) Acceso a la cultura (Art. 44.1); 7) Medio ambiente adecuado (Art. 45.1); 8) Patrimonio Histórico (Art. 46); 9) Vivienda digna (Art. 47); 10) Participación de la juventud (Art. 48); 11) Disminuidos físicos (Art. 49); 12) Protección tercera edad (Art. 50); 13) Defensa de los consumidores (Art. 51).

#### B.a. Garantía Normativa y Jurisdiccional (Art. 53.3)

1. “El reconocimiento, respeto y protección de los Principios informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.
2. “Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

En la formulación del Cuadro anterior hemos relacionado cada grupo o categoría de los derechos fundamentales y los correspondientes instrumentos de protección de

esos derechos establecidos por el constituyente español de 1978, relación que es elemento esencial del sistema de ese año. Adelante nos referimos en nuestra exposición, a los que han sido llamados tres grandes bloques de garantías de los derechos fundamentales.

Hemos preparado el Cuadro No. III - 1 anterior relativo al ordenamiento español para presentar una visión esquemática de las características más relevantes del sistema y, de este modo, destacar los aspectos siguientes: 1) Hay un agrupamiento de los Derechos y deberes del Título I en dos grandes sectores, la categoría A de nuestro Cuadro III-1 compuesta de los “Derechos y Libertades” comprendidos en el Capítulo II de dicho Título I de la Constitución española y la categoría B formada por los “Principios rectores de la política social y económica” incluidos en el Capítulo III del mismo Título del ordenamiento constitucional referido. Todos los derechos comprendidos en la categoría A tienen las garantías normativas siguientes que listamos en A.a) del mismo Cuadro: 1) son vinculantes es decir, obligatorias para los poderes públicos, 2) su regulación está sujeta a la reserva de ley y 3) se tutelan por medio del recurso inconstitucionalidad. La categoría A o sea los Derechos y libertades comprendidos en el Capítulo II se divide en 2 secciones: la Sección Primera que incluimos en A.1 del Cuadro anterior, comprende en general los derechos individuales tradicionales, los cuales además de las tres garantías normativas A.a) mencionadas, o sea las aplicables a todos los derechos comprendidos en la categoría A es decir, aquellos incluidos en el Capítulo II, tienen como instrumento de protección, las garantías jurisdiccionales, siguientes incluidas en nuestro Cuadro en el grupo A.b): 1) la tutela por los tribunales ordinarios con un procedimiento especial y 2) el recurso de amparo.

El Sub grupo A.2 comprende los llamados en la Sección Segunda de la Constitución española “Derechos y deberes de los ciudadanos” incluidos en la nominada así, Sección Segunda del capítulo 2 de su Título Primero, tales como el principio de legalidad tributaria, el derecho de propiedad, al trabajo, la libertad de empresa derechos qué, únicamente tienen como protección las tres garantías normativas mencionadas A.a), (vinculante de los poderes públicos, reserva de ley y recurso de inconstitucionalidad), que tutelan todos los derechos comprendidos en las dos secciones del Capítulo II. Es decir, que los derechos de la Sección Segunda a diferencia de los derechos de la Sección Primera no están protegidos por el procedimiento sumario ante los tribunales, ni por el recurso de amparo.

1/ La información básica es tomada de Constitución y Tribunal Constitucional. Editorial Civitas: Madrid 1986. Tercera Edición preparada por Enrique Linde Paniagua.

2/ El Capítulo I del Título I, trata lo relativo a la materia descrita en su denominación: “De los españoles y los extranjeros”

3/ Aplicaciones únicamente a los derechos del Art. 14, a los incluidos en la sección primera del Cap. II (Arts. 15 al 29) y al caso de objeción de conciencia del Art. 30.

NOTA: Las letras A, A.a), A.1, A.b), A.2, A.e), By B.a) las hemos agregado nosotros para facilitar la relación del contenido del cuadro.

En la categoría B del cuadro II-1 ósea los principios rectores (no se denominan derechos), incluidos en el Capítulo III del Título Primero de la Constitución española, están comprendidos los nominados “Principios rectores de la política social y económica” que no tienen las garantías normativas A.a) de nuestro Cuadro que tutelan como dijimos los derechos del Capítulo II, ni las garantías jurisdiccionales A.b) que son aplicables únicamente a los derechos comprendidos en la Sección Primera (A. l) del Capítulo U. En consecuencia, estos principios de la categoría B, relativos a la salud, la cultura, el medio ambiente, vivienda digna, etc. solamente están protegidos por la jurisdicción ordinaria pero conforme a las leyes que los reglamentan, por lo que no son exigibles de inmediato al concretarse su reconocimiento en la Constitución mientras la ley que los desarrolle no sea promulgada, a diferencia de los derechos y libertades enumerados en el Capítulo II agrupados en el Cuadro en la categoría A, que son vinculantes de inmediato aun cuando una ley no los haya reglamentado.

Hay cuestiones interesantes respecto al régimen constitucional español de los llamados “Principios rectores de la Política social y económica” del Capítulo III del Título II de la Carta Magna de 1978 normados en el Art. 53.3, como por ejemplo si debemos considerar que dicho precepto contenga una reserva de ley, lo que parece dudoso al Profesor Prieto Sanchís que por otra parte no duda que “el reconocimiento de derechos exigibles al amparo del capítulo III aparece sometido a un principio de reserva legal: sólo las leyes de desarrollo no los reglamentos,.....pueden establecer un sistema específico de tutela jurisdiccional”. Adelante nos referimos a la interesante cuestión de las normas que contienen mandatos al legislador y su diferencia con la reserva de ley<sup>35</sup>

La otra cuestión interesante que ha sido comentada por la doctrina española, y que nosotros relacionamos porque algunos preceptos del Título V relativa al Orden Económico en nuestra Constitución de 1983 y del Capítulo II (“Derechos Sociales”) del Título II del mismo ordenamiento constitucional, concretan verdaderos principios rectores de la política social y económica como los nomina el Capítulo III del Título II de la Constitución española de 1978. El Profesor Prieto Sanchís citado se pregunta, “¿en qué sentido son normas programáticas?

¿Qué alcance tiene el desarrollo legislativo de esos principios?”

Una respuesta es de Garrido Falla cuando dice respecto al Capítulo III de referencia: “está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico” (El Artículo 53 de la Constitución” en R.E.D.A.

---

35 Véase Luis Prieto Sanchís, “Artículo 53 Protección a los Derechos fundamentales” en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978 (dirigidos por O. Alzaga Villamil) cit. Tomo IV p. 448 y stes. Después de los conceptos transcritos en el texto el Profesor Prieto Sanchís puntualiza refiriéndose a los principios del Capítulo III citado “en su función de principios orientadores, pueden impulsar la actuación administrativa de tal forma que sus mandatos sean efectivamente ratificados aun cuando el ordenamiento no haya reconocido derechos subjetivos que autoricen a los ciudadanos a exigir ante los Tribunales la realización del deber jurídico correspondiente”. (p. 478).

21, 1979 p. 173 y stes. Citado por L. P. Sanchís). Esto, porque ajuicio de D. Fernando Garrido Falla, “por el simple hecho de que un precepto se incluya en un texto constitucional (legal) no queda, sin más, convertido en norma jurídica, agregando a continuación que es necesario además, que tenga ‘estructura lógica’ de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición - con la correspondiente consecuencia por su incumplimiento - o en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos”. En otras palabras es necesario que adoptemos una determinada estructura lingüística imperativa.

El Profesor Prieto Sanchís disiente de esa tesis creo que correctamente, cuando señala que ese punto de vista que “parece confundir la norma con el ordenamiento y lo jurídico con lo judicial”. Y, a continuación afirma: “Sin duda los principios rectores del Capítulo III tienen naturaleza jurídica y valor constitucional” y como bien dice, la formulación lingüística del precepto no es elemento o criterio definitivo para separar el Derecho de las buenas intenciones. Sin embargo, lo que el Profesor Prieto Sanchís considera el error principal de la tesis comentada consiste en no diferenciar entre norma y la posibilidad de hacer valer ante un tribunal el derecho subjetivo que eventualmente pueda hacerse derivar de esa norma.

Y es que como también con buen sentido señala agudamente, la satisfacción de los principios rectores del capítulo III exige la adopción de importantes decisiones políticas que sólo pueden corresponder al legislador, por lo que la ley resulta imprescindible para la realización del derecho, no de la norma constitucional, esto es para obtener de los tribunales la ejecución de la obligación in cumplida<sup>36</sup>.

Indudablemente el sistema adoptado por el constituyente español de 1878 es un buen de sistematización, aun cuando obviamente tiene sus limitaciones, así por ejemplo, la inclusión en una u otra categoría o grupo necesariamente queda sujeta a criterios inciertos y cambiantes lo cual tiene más importancia que en nuestro sistema cuando de ello depende la mayor o menor amplitud de las garantías tanto normativas como jurisdiccionales que tutelan esos derechos, así como otras características según la categoría en que se incluyan, por ejemplo, la vinculación inmediata y la reserva de ley. Para adelantar sobre lo que estudiamos después, debemos recordar que nosotros no incluimos los derechos económicos del Título V de la Constitución de 1983 entre los derechos fundamentales de nuestro Título II del mismo ordenamiento y tampoco cuando hacemos la categorización de los derechos de ese Título II, o sea, incluirlos en el Capítulo I o bien en el Capítulo II lo cual no tiene consecuencias respecto a la amplitud de su protección; es decir, ya sea los consideremos como derechos individuales (Capítulo I) o bien como

---

36 Ibid. p.p. 455 -456 y Fernando Garrido Falla, “Artículo 53” en Comentarios a la Constitución Editorial Civitas: Madrid. 1985 p. 893. Esta cuestión es de la mayor importancia para algunos derechos constitucionales nuestros, los llamados derechos prestación, que entre nosotros tienen la misma tutela que otros.

derechos sociales (Capítulo II), ello no es determinante de la tutela jurisdiccional establecida en nuestra Constitución que como indicamos es amplia tanto en el caso de los procesos de inconstitucionalidad del Art. 183 constitucional como en el de amparo a que se refiere el 247 inciso lo. también constitucional, cuando ambas disposiciones son comprensivas de todos los derechos reconocidos en la Constitución.

En la última sección de este trabajo hacemos algunas consideraciones sobre la conveniencia de examinar la posibilidad de estudiar algunas modificaciones a nuestro ordenamiento sobre los derechos fundamentales y su sistema de tutela tomando como referencia el adoptado por la Constitución española de 1978. Ello explica que nos extendamos en esta sección en la descripción de ese sistema y que después, a continuación, y a veces simultáneamente examinemos en forma resumida las consideraciones que la doctrina ha presentado sobre este particular.

En suma, la estructuración del sistema de los Derechos fundamentales adoptado por la Constitución española de 1978 es un intento de organizar y clasificar un largo catálogo de derechos, libertades y principios fundamentales en función de sus garantías. No obstante las opiniones consignadas en los párrafos y en las notas siguientes pensamos, no debe ignorarse que no es una tarea fácil hacer una clasificación de los derechos sujeta, por su propia naturaleza a circunstancias políticas, preferencias técnicas o planteamientos ideológicos que se complica aun más cuando como se ha señalado: “El criterio para agrupar los derechos y libertades ha sido el del subsistema de garantías contenido en el Art. 53, lo cual descansa, a fin de cuentas, en la importancia que el constituyente entendió que tenía cada uno de los derechos para la sociedad española de 1978 y las posibilidades de prestaciones estatales al respecto; es decir, descansa en criterios de prudencia política”<sup>37</sup>

Independiente de las naturales limitaciones y dificultades que conlleva una sistematización clasificatoria, no debemos olvidar como nos lo recuerda D. Fernando

---

37 Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español*. Átomo Ediciones: Madrid 1985 Tomo I p. 204. El mismo autor califica severamente el Título I de la Constitución de 1978 cuando afirma: “Esta tabla de derechos, contra la primera intención del constituyente, terminó siendo retórica, profusa y a veces minuciosa y reglamentista, acaso porque paulatinamente se fue cediendo a una actitud garantista contrapuesta al régimen político precedente” (p. 184). De igual modo Pérez Luño señala: “Al enjuiciar ese catálogo de derechos y deberes contenidos en el Título I se plantea la determinación de la sistemática a que obedece tal criterio clasificatorio. En efecto, un análisis crítico de este aspecto de nuestra Constitución revela que la sistemática empleada no ha sido un dechado de claridad y rigor”. (Los Derechos Fundamentales cit. p. 161). El Profesor Santiago Sánchez González en su comentario introductorio al Título I de la Constitución española puntualiza: “hay que resaltar la falta de un criterio unificador clasificatorio de los derechos y libertades en Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978 (dirigidos por O. Alzaga Villanil) Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid. Tomo II p. 35. El Profesor Pablo Lucas Verdú comenta la extensión, prolijidad y ambigüedad del Título I de la Constitución española así: con su prolijidad dice.

“.....expresa la pretensión, probablemente desmesurada de contemplar minuciosamente los aspectos contenidos y finalidades de la justicia, la libertad, la seguridad de un orden económico social y justo “ Y. “Con su ambigüedad perceptible en numerosos artículos, en los apartados de diversos de ellos, de modo que tras afirmar un derecho, deber y libertad seguidamente se condiciona o matiza con adjetivaciones en un mismo apartado, tal vez contradictorias, susceptibles de interpretaciones no coincidentes” (Curso de Derecho Político. Tecnos: Madrid. 1984. Vol. IV p. 272).

Garrido Falla que “Una Constitución es un texto político - además de jurídico - y debe consiguientemente estar a la altura de su tiempo”<sup>38</sup>

En todo caso, nos interesa resumir algunas características del sistema español, con el propósito como dijimos de relacionarlas con nuestro propio régimen constitucional. En primer lugar como se ha indicado: “Sorprende inicialmente la pluralidad de denominaciones empleadas para encabezar los diversos capítulos y secciones en que se ha estructurado el título “que es el problema de la diversidad semántica al que nos referimos en otra parte de este trabajo y que, en el caso de nuestro país se percibe en los Cuadros Nos. I-1 y I-2 anteriores y, respecto a las Constituciones de los países iberoamericanos en el Anexo I de ese trabajo”<sup>39</sup>.

Una segunda característica del Título I de la Constitución española de 1978 es que no obstante su latitud se ha señalado: “Destacable, también, es la amplitud del Título I. ¡Y sus lagunas! ‘Pese a aquella extensión - anota J. Tomás Villarroya -, quedan todavía fuera del Título I, dispersos a lo largo del texto constitucional’<sup>40</sup>

38 Fernando Garrido Falla y otros, *Comentarios a la Constitución* Editorial Civitas: Madrid 1985 p. 177. El autor. en el mismo comentario, hace una interesante observación al referirse al largo recorrido en que la lista de los derechos fundamentales ha crecido en forma considerable, cuando acota: “Añadamos aún el criterioso dato de que si la discusión de algunos de los derechos con tal nombre incluidos es posible en el estricto terreno jurídico en cambio desde el punto de vista político el acuerdo se logra sin dificultad. Según nos cuenta Maritain, en una de las reuniones de la Comisión Nacional de la UNESCO en que se discutían los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostrasen de acuerdo acerca de la formulación de la lista los paladines de las más opuestas ideologías. En efecto dijeron los consultados - estamos de acuerdo en lo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué. En el porqué - añade Maritain - es donde empieza la disputa”. (p. 178).

39 Referencia de Santiago Sánchez González, en su contribución mencionada a los Comentarios a las Leyes Políticas citados Tomo II p. 35.

40 *Ibid.* p. 35. Torres del Moral comenta sobre el particular “el Título I de la Constitución tiene la aparente pretensión de exhaustividad.....” haciendo a continuación un certero señalamiento: “cuando el hombre y los sistemas sociales y políticos han evidenciado hasta ahora una progresiva sensibilización en estas materias, de manera que cada nueva declaración o convención internacional aporta nuevos derechos o nuevos matices de derechos clásicos en una lucha continua por garantizar al hombre una esfera de libertad cada vez más amplia, mas real, más igual y más efectiva;” señalando que “bastaría comparar el Título I con el homónimo de cualquier constitución histórica española para persuadirnos de la conveniencia de que hubiera contenido un precepto de apertura a nuevos derechos como el que figuraba en la Constitución de 1869”. (Principios de Derecho Constitucional Español cit. Tomo I p. 184 y 185). Suponemos que el precepto de la Constitución de 1869 a que se refiere la cita es el Art. 29 que disponía: “La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente”. (Las Constituciones de España. Edición de Jorge de Esteban. Taurus: Madrid 1983 pp. 141 -142.) La comparación que sugiere el autor es válida en el caso de nuestro país; y de igual modo también entre nosotros, la Constitución de 1886 introdujo el Art. 40 que mandaba: “Los derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno” precepto que es el Art. 59 inciso 20. de la Constitución de 1939 que ya no aparece en la de 1950. También Colombia en su reciente Constitución de 1991 establece: “Art. 94 La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos”. En similares términos el Art. 63 de la Constitución de Honduras de 1982, el Art. 80 de la Carta Magna de Paraguay de 1967, el Art. 4 de la Constitución peruana de 1979, el Art. 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1966 y el Art. 44 de la Constitución guatemalteca de 1986. No podemos menos que recordar en este contexto el Art. 174 de nuestra Constitución Federal de 1824 que establecía: “Ninguna ley del Congreso ni de las Asambleas pueden

También esta afirmación es aplicable en nuestro país con mayor razón cuando el Título V del Orden Económico es independiente del Título II de los Derechos fundamentales pero además hay también derechos consignados en otros Títulos por ejemplo, el derecho a indemnización del Art. 245, los derechos del Título IV (Servicio Civil), el principio de legalidad tributaria del Art. 231 y otros casos.

Independientemente de las garantías, es decir de los instrumentos para la tutela y protección de los derechos a que nos referimos en otra parte de este trabajo, otro aspecto importante del Estatuto jurídico de los Derechos constitucionales en España es la determinación específica en el texto de la Carta Magna de 1978 de la vinculación de los poderes públicos en relación a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I.

Es decir, los preceptos constitucionales que los reconocen son origen inmediato de derechos y obligaciones o lo que es lo mismo no necesitan de un desarrollo legislativo para ser aplicados.

Nuestro punto de vista sobre este particular es considerar que ello no es necesario, pero probablemente sea conveniente para evitar que haya quienes sostengan que es necesaria la ley en algunos casos cuando obviamente puede y debe darse efectivo cumplimiento a un mandato constitucional aun cuando todavía no lo ha reglamentado el legislador secundario.

La Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece en su Art. 1 inciso 3: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”.

Nosotros creemos que los derechos consagrados en la Constitución son de aplicación inmediata como lo hemos sostenido en otros trabajos, pero como decíamos, sería aconsejable considerar la inclusión de una disposición expresa que elimine cualquier duda u ocurrencia<sup>41</sup>

Otro aspecto de los Derechos fundamentales normado en el régimen constitucional español es relacionado con su interpretación cuando el Art. 10.2 dispone: “Las

---

contrariar las garantías contenidas en este título pero si ampliarlas y dar otras nuevas”. La Constitución peruana de 1979 establecía en su Art. 40: “La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Precepto que se convierte en el Art. 30. de la recién creada Constitución de 1993 con tres cambios en la parte final del artículo: 1) “que se fundan en la dignidad del hombre” en lugar de “que se derivan “ 2)..los principios de soberanía.....” en vez de “ del principio de soberanía” y 3) que es el único importante: “del Estado democrático de derecho”, es decir se suprimió el término “social” de la expresión de 1979: “del Estado social y democrático de derecho”. El capítulo mencionado en el precepto en 1979 se titulaba “De la persona” y era el I del Título I nominado “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona” y en 1993 el Capítulo II, “Derechos Fundamentales de la Persona” del Título I: “De la persona y de la sociedad”.

41 De igual modo, la última Constitución de Colombia (1991) como señalamos, establece en su Art. 38: son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos “. enumerando 23 preceptos.

normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Disposición que nosotros todavía no hemos recogido en esa forma en nuestros textos constitucionales como lo hizo Colombia en la Constitución de 1991 en su Art. 93 inciso 20. cuando establece: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”<sup>42</sup>.

Por cierto que tal como ha sido señalado (por Fix Samudio por ejemplo), el creciente desarrollo de los convenios y pactos internacionales ha sido un factor importante que ha suscitado interés y actualizado la necesidad de preservar a los derechos fundamentales que generalmente en la terminología propia del aspecto internacional del problema la denominación acostumbrada es Derechos humanos. Como señalamos, los derechos establecidos por los instrumentos internacionales han sido incorporados a los ordenamientos internos de muchos países e incluso como ha señalado el Profesor citado se observa además la tendencia, consagrada en Constituciones recientes, a otorgar a dichos instrumentos un carácter superior a las leyes ordinarias (véase nuestro Art. 144 C.S. de 1983). Aun más, la Constitución peruana de 1979 en su Art. 105 estableció: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. La Constitución de

---

42 Distinta de la interpretación en los términos indicados de conformidad a los convenios internacionales es la referencia expresa en algunas Leyes fundamentales respecto a la vigencia de tratados en determinados casos enumerados específicamente como el Art. 46 de la Constitución de Nicaragua de 1986 y el Art. 44 de la Constitución de Ecuador de 1983. Así, para el caso, la Constitución del Ecuador dispone en el precepto citado: “El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enumerados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes” (subrayado nuestro). De igual manera algunas Constituciones indican expresamente la preeminencia de los tratados sobre el Derecho interno como el Art. 46 de la Constitución de Guatemala de 1986; un caso interesante es el Art. 93 inciso primero de la última Constitución colombiana de 1991 que manda: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Aun cuando nosotros no tenemos una disposición expresa esta materia aparece regulada en la Constitución de 1983 en la Sección Tercera ( “Tratados”), del Capítulo I ( “Órgano Legislativo”) del Título VI ( “Órganos del Gobierno, atribuciones y competencias”), particularmente los Arts. 144, 145, 146 y 149. Estos problemas tienen particular importancia al caracterizar a la Constitución como organización de un sistema jurídico abierto, ya que el carácter abierto se deriva de una serie de principios que al incorporarse en las Constituciones explican las transformaciones del Derecho Constitucional como una materia dinámica. Tal es el caso de las llamadas cláusulas de apertura al Derecho de tratados, cláusula de interpretación de los derechos humanos de conformidad como el Derecho internacional de preceptos como los citados y por último la cláusula de transferencia de competencias soberanas a organizaciones internacionales, cuyo ejemplo más destacado es la suprallegalidad de los tratados internacionales que nosotros hemos incorporado en el Art. 144 de la Constitución de 1983. Véase Enrique Linde Paniagua, *Constitución abierta* Linde Editores: Madrid. 1991 Secciones IV, V y VI p. 29 y stes.

1993 dispone en el Art. 57 inciso 20.: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

Las anteriores referencias al régimen constitucional español constituyen, como señalamos, un buen marco de referencia comparativo para un estudio del sistema salvadoreño, que consista en algo más que cambiar su ubicación en el texto constitucional pues algunas veces pareciera no haberse entendido todas las consecuencias del propósito de hacerlo, cuando al interpretarse los preceptos aisladamente se ignora no solo su ubicación sino lo que es más importante se acostumbra darle un sentido, significado y propósitos fuera del contexto del ordenamiento constitucional en su totalidad.

Para adelantar sobre una cuestión fundamental regulada por el constituyente español que nosotros tampoco hemos normado (igual que otras constituciones iberoamericanas), es la distinción de los derechos en cuanto a sus instrumentos de tutela, es decir, clasificarlos en relación a los sistemas de protección que como hemos visto son distintos según se trate de la Sección Primera o Segunda, del Capítulo I, Título Primero de la Constitución española en que se ha incluido un derecho en particular, y de igual modo el caso de los llamados “Principios rectores” del Capítulo III del mismo Título Primero del ordenamiento español.- En nuestro país, igual que en los demás países de Iberoamérica, todos los derechos reconocidos en la Constitución están tutelados por el recurso o proceso de amparo que con algunas variaciones tienen el propósito en todos los países, no siempre con éxito, de asegurar la vigencia efectiva de los derechos en forma expedita, sumaria y eficaz.

Antes de referirnos a las Constituciones iberoamericanas haremos una revisión de tres ordenamientos constitucionales imponentes de la segunda posguerra; nos referimos a la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de 1949 y la Constitución francesa de 1958. La Carta Constitucional italiana aprobada el 27 de diciembre de 1947 con vigencia en 1948 comienza con una primera sección denominada “Principios fundamentales” y a continuación sigue la Primera Parte relativa a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, compuesta de cuatro Títulos sobre Relaciones civiles (I), Relaciones ético- Sociales (II) Relaciones económicas (III) y Relaciones políticas (IV). La Segunda Parte de la Constitución norma el “Ordenamiento de la República”. En el Título I nominado “Relaciones civiles” se regula la libertad (Art. 13), la inviolabilidad del domicilio (Art. 14) y así sucesivamente, el secreto de la correspondencia, la libertad de circulación, de reunión y asociación, libertad religiosa, de pensamiento y el proceso debido, es decir los derechos individuales tradicionales. El Título II de las “Relaciones ético- sociales” (Arts. 29 a 34) norma lo relativo a los derechos de familia, de la salud y la instrucción. Las denominadas “Relaciones económicas” del Título III se refieren a los derechos laborales (Art. 35 al Art. 40), la libertad de la iniciativa económica y el derecho de propiedad están regulados en los Arts. 41 al

44, las cooperativas y el ahorro también se incluyen en este Título III. Las Relaciones Políticas del Título IV son nuestros derechos políticos del Capítulo III del Título II de la Constitución de 1983 además del servicio militar y las prestaciones tributarias. El Título VI de la Segunda Parte se refiere a las “Garantías constitucionales” asignando al Tribunal de Garantías Constitucionales el conocimiento de las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes. En relación a la tutela de los derechos el Art. 103 dispone: “El Consejo de estado y los demás organismos de justicia administrativa tendrán frente a la Administración Pública jurisdicción de tutela sobre los intereses legítimos y, en particulares materias indicadas por la ley sobre los derechos subjetivos” y el Art. 113 manda: “Contra los actos de la Administración Pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los organismos de la jurisdicción ordinaria o administrativa”<sup>43</sup>.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 comienza con la sección I “Derechos Fundamentales” con los primeros 19 artículos en los cuales se regulan los derechos tradicionales que se inician con la dignidad del hombre en el Art. 1, siguiendo la igualdad, libertad de cultos, libertad de pensamiento y expresión, el matrimonio y la familia, la enseñanza, los derechos de reunión y asociación, el secreto de la correspondencia, libertad de tránsito y de residencia, libertad de trabajo, inviolabilidad del domicilio, derecho de propiedad y herencia, derecho de petición que son prácticamente los derechos individuales recogidos en casi todas las Constituciones. Hay otros derechos en otras partes de la Ley Fundamental, así por ejemplo el debido proceso está normado en preceptos de la sección IX denominada “El Régimen Judicial” o sea los Arts. 101, 103, y 104. Es también interesante el Art. 18 en virtud del cual pierde los derechos fundamentales de opinión, particularmente la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, la de reunión, la de asociación, el secreto de las comunicaciones, el derecho de propiedad y el de asilo “quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abusó de los mismos”. En lo relativo a las garantías en virtud de que el Art. 20.3 dispone: “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y el derecho”, el Art. 93 No. 4a establece que la Corte Constitucional Federal conoce: “De los recursos de queja por inconstitucionalidad que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos contenidos en el artículo 20 inciso 4o, o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104”. Las últimas tres disposiciones se refieren al debido proceso o sea la tutela judicial efectiva que mencionamos antes, los artículos 33 y 38 se refieren a la obligación de respetar en cualquier “Land” iguales derechos, la participación en el

---

43 Alejandro Pace resume la tutela del sistema italiano cuando puntualiza: “Los derechos constitucionales, no gozan, en el ordenamiento italiano, de privilegios sustanciales, ni tampoco procesales” (A. López Pina, La garantía constitucional de los derechos fundamentales cit. p. 90 y stes.

servicio público etc. y el Art. 20 No. 4 que se refiere al derecho a la resistencia contra cualquiera que intente derribar el sistema federal, democrático y social que establece la Ley Fundamental.

Los dos ordenamientos constitucionales que surgen después del fascismo y el nazismo son sin ninguna duda innovadores en diversos aspectos. Ambos sistemas sitúan los derechos al principio de la Constitución y como hemos visto tienen una larga lista que incluye los clásicos derechos individuales desde la perspectiva de Estados democráticos y sociales. Así por ejemplo la Carta Constitucional italiana en su Art. 41 dice que “La iniciativa económica privada es libre” pero a continuación establece: “No puede desarrollarse si se opone a la utilidad social o cuando cause daños a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana”, agregando: “La ley determina los programas y los controles oportunos que la actividad económica pública o privada puede orientarse y coordinarse con los fines sociales”. De igual modo la Ley Fundamental de Bonn en su Art. 14 reconoce el derecho de propiedad cuando establece: “La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes” y a continuación específica: “La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general”. Las largas listas de derechos que incluyen sociales, culturales y económicos están tutelados por el recurso de queja por inconstitucionalidad en la Ley Fundamental alemana y en el caso de Italia por los sistemas de tutela de los derechos que estableció el constituyente italiano mencionados antes.

El constituyente francés de 1958 como señalamos en otra parte de este trabajo no presenta ninguna lista de derechos limitándose a proclamar en el Preámbulo la adhesión a los derechos del hombre “tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. En cuanto a la tutela de los derechos Francia tiene un sistema distinto al modelo austriaco que siguen Italia y Alemania. Como señala Fix Samudio debido a que en Francia no existen instrumentos específicos para la tutela de los derechos humanos el organismo que ha cumplido ese cometido es el Consejo de Estado, que está más bien dirigido al control de la legalidad, como afirma el distinguido Profesor mexicano citado, cuando señala que en esencia ante el Consejo de Estado se pueden hacer valer tres tipos de impugnaciones: Exceso o abuso de poder, desviación de poder y contencioso de plena jurisdicción, los cuales dice, “como no están estructurados como remedios específicos para la tutela procesal de los derechos del hombre, sino en principio para la protección de los derechos y los intereses legítimos de los administrados” por lo que más que control de la constitucionalidad está dirigido al control de la legalidad. También la Corte de Casación realiza el control relativo a la constitucionalidad de los derechos fundamentales, especialmente tratándose de la libertad personal. Finalmente el Consejo Constitucional regulado en los artículos 56 y 63 de la Constitución de 1958 tiene entre sus funciones pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes,

antes de su promulgación, a petición del Presidente de la República, del Primer Ministro o de los Presidentes de cualesquiera de las dos Cámaras legislativas<sup>44</sup>

El breve resumen anterior de las que son seguramente las tres Constituciones más citadas, muestran la amplia cobertura que hacen de los derechos fundamentales en las largas listas de derechos (excepto Francia), y de igual modo los sistemas de tutela son amplios en todos los casos. Obviamente en esta mirada a vuelo de pájaro puede habérsenos quedado algún aspecto importante, pero nuestro propósito es tratar de dar solamente una idea general del problema.

En el Anexo I presentamos en forma resumida la normación en veinte Constituciones iberoamericanas de los derechos fundamentales conforme a sus ordenamientos vigentes. Nuestro propósito es destacar en primer lugar la diversidad semántica y en segundo lugar la considerable extensión del campo de los derechos y libertades en todas las Cartas Constitucionales resultado particularmente de su ampliación como consecuencia de la relativamente reciente incorporación de los derechos económicos y sociales. Los diferentes tratamientos de la materia en los distintos ordenamientos constitucionales muestran que no obstante la amplitud y diversidad de la lista de los derechos reconocidos, todos tienen la misma forma de tutela amplia en sus alcances, por medio del recurso de amparo en la gran mayoría de los casos, es decir no se hacen distinguos respecto a la tutela en atención a la naturaleza de los derechos como lo hizo el constituyente español de 1978. Y de igual modo en el caso del recurso de inconstitucionalidad.

La rápida revisión que hacemos a continuación tiene el propósito de identificar tendencias generales o modalidades comunes en las Leyes Fundamentales vigentes en nuestro continente. Comenzamos señalando que muchas Constituciones continúan empleando indistintamente el término garantía o el término derecho, como es el caso de el Proyecto brasilero de Constitución de 1986, la Constitución de México (Título Primero, Capítulo I “De las Garantías Individuales”) y Nicaragua, (Título IV); Panamá llama el Capítulo I del Título III “Garantías fundamentales”, incluyendo en ese capítulo el Art. 50 que dice: “El recurso de amparo de garantías constitucionales “

Similar es el caso de Paraguay cuando el Capítulo V denominado “Derechos, garantías y obligaciones” incluye en su No. 1 (“Derechos Individuales”) el Art. 77 por el cual se establece que quien “se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución.....podrá recurrir.....a reclamar amparo”. La Constitución de Uruguay nomina la Sección II “Derechos, deberes y Garantías”. La Constitución venezolana de 1961 denomina su

---

44 Véase Héctor Fix Samudio, Los tribunales constitucionales y los derechos humanos Editorial Porrúa: México. 1985 p. 21 y stes. También Joaquín García Morillo, El amparo judicial de los derechos fundamentales Ministerio de Justicia: Madrid. 1985. e Ivo D. Duchacek, Derechos y libertades en el mundo actual Instituto de Estudios Políticos: Madrid. 1976.

Título III “De los deberes, Derechos y Garantías”, y en su Capítulo I (“Disposiciones Generales”), incluye el Art. 49 que prescribe: “Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley”.

Otros ordenamientos constitucionales los confunden parcialmente como es el caso de Bolivia que nomina el Título II “Garantías de la persona” incluyendo el proceso debido, la prohibición de tortura, la inviolabilidad de la correspondencia etc.; finalmente un tercer grupo de países los diferencia claramente como Costa Rica, (Art. 48) y Colombia que establece la acción de tutela para protección inmediata de los derechos (Art. 86); Honduras hace una clara distinción al asignar a los medios de tutela de los derechos el Título IV de la Constitución de 1982 (“De las Garantías Constitucionales”, Arts. 182 y 183), en el cual las denomina “garantía de Habeas Corpus” y “garantía de Amparo”; sin embargo rotula el Título III “De las Declaraciones, Derechos y Garantías” no incluyendo ninguna forma de tutela de los derechos y limitándose a presentar una larga lista de éstos. La Constitución peruana de 1979 al enumerar los Derechos no incluye el término Garantías en el nombre del Título I ni en sus capítulos y en cambio, les dedica el Título V (“De las garantías Constitucionales”) en el cual incluye el Art. 295 cuyo inciso 20. establece: “La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”. El primer inciso del mismo precepto dice: “La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus”<sup>45</sup>.

Como puede inferirse de la breve relación anterior en todas las Constituciones citadas, el recurso de amparo protege los derechos constitucionales sin hacer distin-

---

45 La Constitución peruana de 1993 recoge también en el Título V (“De las garantías Constitucionales”) que amplía los procedimientos de tutela establecidos por el constituyente de 1979. El Art. 200 dispone: “Son garantías constitucionales: 1) La acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. 2) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza ‘los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular. 3) La Acción de Habeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 20.. incisos 5. 6 y 7 de la Constitución. 4) La acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. 5) La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. 6) La acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. El ejercicio de las acciones de habeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refieren el artículo 1370, de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”

ción entre ellos de ninguna clase. En cuanto a la clasificación de los derechos que se acostumbra hacer generalmente en tres grandes categorías como es el caso de la Constitución salvadoreña de 1983 (individuales, sociales y políticos), son varias las Leyes Fundamentales de Iberoamérica que siguen esa práctica excluyendo los principios de carácter económico como nosotros que los normamos separadamente o bien incluyéndolos con los demás, como es el caso de Bolivia; Colombia con una Carta Constitucional reciente de 1991, que incluso incorpora otras categorías como los derechos colectivos y del ambiente (Capítulo 3, Título II), también excluye los principios económicos y de la Hacienda que aparecen separadamente en el Título XII; Costa Rica los norma en Títulos diferentes, igual a Cuba que los agrupa en distintos capítulos. Chile los reúne todos en el Capítulo III de la Constitución de 1980 igual que la Carta Magna de la República Dominicana (Título II Sección I). La Constitución de Ecuador los regula a todos en las siete secciones del Título II pero norma lo relativo a la economía separadamente en el Título III. Guatemala sigue un sistema similar al nuestro y de igual modo Haití y Honduras; en cambio México regula separadamente en el Título Sexto lo relativo al trabajo y Previsión Social y todos los otros aspectos en el Título Primero, Capítulo 1 (“De las garantías individuales”). Nicaragua separa los aspectos económicos (Título VI) igual que nosotros pero difiere cuando también trata separadamente la materia relativa a la Educación y la Cultura (Título VIII). Panamá también regula en forma separada los principios económicos y de la Hacienda Pública pero difiere de nosotros cuando no incluye los Derechos Políticos en la categoría de los Derechos Individuales y Sociales (Título IV); Uruguay separa igualmente la Hacienda Pública y también Paraguay que agrupa todos los derechos en el mismo Capítulo V.

Perú también ubica separadamente el Régimen Económico (Título III) y finalmente Venezuela solamente separa la Hacienda Pública en el Título VIII incluyendo en el Título III la normación correspondiente a lo relativo a los “Derechos Individuales” en el Capítulo I a los derechos sociales dedica al Capítulo IV, a los derechos económicos se refiere el Capítulo V y finalmente los derechos políticos en el Capítulo VI.

Pareciera haber un consenso bastante generalizado recientemente en el sentido de agrupar los derechos individuales tradicionales junto a los sociales, culturales y políticos sin comprender los económicos. En cuanto a la inclusión de algunos derechos particulares en determinada categorías hay bastante generalidad, con las naturales excepciones, según puede observarse del Anexo I. En todo caso las distintas formas de clasificación en nuestros países no tiene la importancia en el caso del régimen español en el cual como vimos, la categoría en la que se encuentra incluido uno de los derechos en particular determina la tutela jurisdiccional o normativa para su efectivo cumplimiento y además, al asignar efectos distintos como la vinculación inmediata por ejemplo. Lo importante que nos interesa destacar es que al normar

en diferentes partes de la Constitución los derechos económicos o para decirlo con mayor propiedad, al excluirllos de los listados de todos los otros derechos, de alguna manera pareciera reconocerse o aceptarse alguna diferencia en su naturaleza que sin embargo desaparece cuando todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza o el lugar donde la Constitución los reconoce, tienen la misma tutela jurisdiccional que generalmente como hemos indicado, es el recurso o proceso de amparo en Iberoamérica. Al señalar lo anterior, nuestro único propósito es destacar la importancia de considerar la conveniencia de analizar con detenimiento una cuestión que parece no haber merecido nuestro interés y atención que nos permitiría arribar a las soluciones probablemente más apropiadas y convenientes, con el único propósito de dar un mayor grado de protección y una tutela más eficiente, y realmente efectiva. En verdad, debemos reconocer que la clasificación de los derechos en función del sistema de tutela es una sistematización original del constituyente español de 1978, independiente que nuestros puntos de vista coincidan con el esquema adoptado como ha sido señalado por algunos tratadistas al comentar la clasificación española de 1978 de los derechos fundamentales determinante de la protección otorgada a cada categoría. Adelante nos referimos a esta cuestión.

La información presentada en el Anexo I pone en evidencia una cuestión de la mayor importancia cuando generalmente en la totalidad de los países iberoamericanos las listas de los derechos y libertades reconocidos en las Constituciones, tiene una característica común: su extensión y considerable amplitud. Todos tenemos una idea aproximada de la vigencia efectiva de esos derechos en algunos países, y tenemos la convicción de su limitado cumplimiento en algunos de ellos en épocas en las cuales estaban vigentes las Constituciones que reconocían ampliamente esos derechos. De allí que lo importante no es sólo la inclusión de ciertos derechos en las Cartas Constitucionales sino el establecimiento de sistemas simples, sumarios y efectivos, accesibles fácilmente a los ciudadanos en forma amplia para lograr la tutela efectiva de los derechos lo cual, estará determinado fundamentalmente por el grado y medida en que haya una división de poderes real y efectiva. Mucha razón tenían los autores del Artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano cuando mencionaban juntamente esos dos requisitos indispensables del Estado de Derecho, al precisar que la sociedad que no reconoce la división de poderes y en la cual la garantía de los derechos incluidos en la Declaración no esté asegurada, no tiene Constitución.

Concluyendo este trabajo leímos unos interesantes comentarios en relación al problema de las reformas constitucionales en América Latina, que nosotros relacionamos con la amplia cobertura señalada en distintas partes de nuestro estudio de los derechos fundamentales. Sin perjuicio que al final de este trabajo volvamos sobre una cuestión que consideramos de la mayor importancia deseamos consignar una observación que estimamos pertinente cuando nos referimos a la considerable amplitud y extensión

de los derechos fundamentales en las Leyes Fundamentales vigentes de Iberoamérica y al mismo tiempo como hemos señalado antes, la limitada vigencia efectiva de los derechos fundamentales si no contamos con un sistema efectivo de tutela así como también hemos indicado que aun cuando ha sido establecida esa protección en muchos casos el cumplimiento de los derechos fundamentales ha tenido una historia que no es precisamente de orgullo o satisfacción para nuestros pueblos. Tampoco alcanzaremos mejores resultados aumentando las listas de derechos y generando ilusiones y esperanzas que no se van a realizar, lo cual no debe interpretarse como si adversáramos el reconocimiento de uno u otro derecho, sino queremos destacar que ello es insuficiente. Sobre este particular como se afirma en el trabajo que mencionamos, aun cuando señalado en otro contexto pero que consideramos válido para la cuestión planteada por nosotros, se afirma: “la solución del problema transita por la senda del cumplimiento de la Constitución y no por la de su reforma o sustitución” y se completa la idea al sentenciar: “Lo que se requiere fundamentalmente es un liderazgo político suficientemente responsable y consciente de los límites de su poder”<sup>46</sup>.

Creemos que en algunos casos la reforma puede estar justificada pero lo esencial de la última cita es el señalamiento del cumplimiento de la Constitución como la verdadera solución de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Uno de los motivos que nos movieron a escribir este trabajo sobre la Constitución y los Derechos fundamentales ha sido estudiar particularmente las soluciones de otros sistemas constitucionales para lograr una vigencia efectiva de esos Derechos, ello, con el propósito de presentar los distintos regímenes de los ordenamientos jurídicos constitucionales que contribuyen al fin indicado, tales como el tratamiento del problema de la normación relativa a la vinculación y obligatoriedad de los preceptos constitucionales que regulan esos derechos, las cuestiones relacionadas con su reglamentación por el legislador secundario particularmente los alcances de las limitaciones que pueden establecerse por medio de ley y el sistema de tutela establecido para las distintas categorías de derechos constitucionales. Adelante, abundamos sobre estas cuestiones con el único propósito de dejar para una mesa de discusión algunos planteamientos alternativos. Creemos que ese estudio en un futuro que esperamos no sea lejano podría contribuir a mejorar la efectividad real de los Derechos fundamentales. Queremos también insistir que el Art. 246 constitucional dispone que los principios, derechos y obligaciones establecidas por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. En otras palabras, para dar cumplimiento a ciertas condiciones de las entidades financieras internacionales dentro del marco de los programas de estabilización

---

46 Alejandro M. Garro, “Reforma constitucional en América Latina. La propuesta argentina” en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid) Año 9 Núm. 27 Septiembre- Diciembre 1989. p. 159. Sobre lo que señalamos piénsese en uno de los nuevos derechos de los llamados de la tercera generación como los referidos al medio ambiente, cuya vigencia efectiva será todo un rompecabezas.

económica es necesario reformar preceptos constitucionales como se hará en el caso de la privatización de algunos servicios públicos que constitucionalmente corresponden al Estado (Art. 110) y en la reversión de instalaciones en el caso de las concesiones que otorgue el Estado en el caso del Art. 120, también constitucional<sup>47</sup>

Lo que si no podemos dejar de mencionar es que las reformas constitucionales recientes en muchos países son la consecuencia obligada necesaria para el cumplimiento de las condiciones de los préstamos de organismos financieros internacionales; México lo ha hecho en varias ocasiones y quizás ese sea nuestro caso con la reforma necesaria para la privatización de servicios públicos como las comunicaciones.

Nuestros procedimientos de reforma constitucional Art. 248 obligan a un consenso para lograr la mayoría calificada de la ratificación, lo que debería ser una garantía para que los intereses generales estén mejor presentados. Sin embargo, recientes experiencias muestran que ese consenso logrado al parecer sin muchas dificultades pareciera no consultar la de la generalidad como ser el caso de la privatización de y servicios públicos.

Lo anterior mueve a reflexión sobre la posibilidad de considerar la conveniencia de incorporar en nuestro texto constitucional características específicas de la reforma como se ha hecho en otros países. La primera posibilidad sería en relación al procedimiento de reforma como lo dispuso el Art. 168 de la Constitución española de 1978 cuando establece que la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección 1a. del Título I (que trata precisamente de los “Derechos fundamentales y las libertades públicas”), o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y se procederá a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Una vez aprobada la reforma por las Cortes Generales será sometida a referéndum para su ratificación. El Art. 206 de la Constitución peruana de 1993 requiere para toda reforma la aprobación del Congreso por mayoría absoluta del número legal de sus miembros y la ratificación mediante

---

47 Lo mismo debió haberse hecho para evitar que algunas disposiciones de la recién promulgada Ley del Banco Central contradijeran principios como el mandato constitucional de que la dirección de las finanzas públicas que corresponden al Ministerio de Hacienda por ser el Ramo correspondiente a que se refiere el Art. 226 constitucional. De igual modo, debió reformarse los términos de los Artículos 131 No. 6 y 231 que regulan el principio de legalidad tributaria que establece reserva de ley para el establecimiento de tributos, lo cual en consecuencia no puede hacerse por resoluciones biministeriales como se ha hecho en repetidas ocasiones para disminuir los impuestos de importación, irregularidad que nosotros señalamos en nuestro trabajo “Potestad reglamentaria y estado de Derecho” publicado en el No. 3 de la Revista de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de Abril-Junio de 1992 p. 45 y stes. Queremos decir claramente que nos estamos refiriendo exclusivamente al procedimiento que debió seguirse, por lo que no debe interpretarse como si estuviéramos de acuerdo que se hagan esas reformas, pues es precisamente todo lo contrario por razones que ya va siendo hora decir.

referéndum. La otra posibilidad sería establecer cláusulas de intangibilidad como lo hace la Constitución italiana de 1948 en su Art. 139 cuando dispone: “la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión constitucional”, igual que nosotros en el inciso último del Art. 248 la Constitución de 1983 el constituyente estableció: “No podrá 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”.

Recordemos lo que decía el Profesor D. Francisco Rubio Llorente en expresión feliz que citamos en otra oportunidad: “La aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución”. Señalando en seguida: “la Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación”. Una interpretación que nuestro tribunal constitucional deberá hacer y que no puede ser más que “la interpretación teleológica de las normas constitucionales que exige sin embargo que junto a la finalidad de la norma se tenga en cuenta el telos de la Constitución”<sup>48</sup>

En relación a las importantes observaciones del Profesor Rubio Llorente debemos tener presente que en El Salvador a partir de la Constitución de 1950 se concreta el tránsito del Estado liberal al Estado social, circunstancia que plantea problemas y cuestiones de la interpretación de los textos constitucionales que parecieran no haber sido resueltos definitivamente. Es en el campo de los derechos fundamentales donde parece confrontarse dificultades; así por ejemplo: “se ha puesto de relieve, insistentemente que el Estado social no produce una estructura: garantista de los derechos sociales, como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales”. La diferencia con los tradicionales derechos individuales es que además de reflejarse en diversas situaciones de ventaja en favor de sus titulares, requieren una estructura y organización en el campo económico social para su realización efectiva. En algunos casos esta llamada debilidad orgánica se manifiesta en las notorias deficiencias de los ordenamientos constitucionales en la medida que se establece una instrumentación insuficiente para lograr la realización de lo reconocido en el texto constitucional<sup>49</sup>

---

48 Hicimos las citas en el prólogo titulado “Sobre el enfoque y contenido de nuestro estudio: reflexiones y advertencias” de nuestro libro “Derecho Constitucional Tributario: el principio de legalidad que circuló en Diciembre de 1993 como Tomo V de las publicaciones con ocasión de los diez Años de la Constitución de El Salvador editado por el Órgano Judicial. Ministerio de Justicia, Fiscalía General y Procuraduría General de la República p. 34. El referido prólogo fue publicado con el título “Reflexiones y advertencias sobre nuestro estudio del principio de legalidad tributaria en El Salvador” por la Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública. Editorial de Derecho Financiero - Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid XLII/222 Noviembre - Diciembre 1992 p. 1321; como señalarnos antes la cita de Rubio Llorente es de “La Constitución como fuente del Derecho” incluido en la obra colectiva La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales: Madrid. 1979 Volumen I p. 73 y 74.

49 José Luis Cascajo Castro, La tutela constitucional de los derechos sociales cit. p. 29.

Probablemente uno de los aspectos en el que tiene especial relevancia lo apuntado es en el llamado Derecho de la economía que como se ha señalado, por una parte, organiza “el desenvolvimiento de los procesos económicos de forma que el mercado desarrolle su función de autorregulación de los mismos y, por otra, en razón de los postulados del Estado social de Derecho, debe intervenir en estos procesos, debe manipularlos”. Esencialmente, debemos confrontar el difícil problema de los límites políticos y más que todo constitucionales del modelo económico de la Constitución<sup>50</sup>

No es la oportunidad para ahondar sobre lo apuntado en los dos párrafos anteriores pero debemos estar conscientes que la superposición del esquema característico del Estado social sobre el sistema liberal de las Constituciones del Siglo XIX ha creado una serie de problemas que incluso llevaron a Ernst Fortshoff a plantear la antinomia del Estado social y el Estado de Derecho. Mencionamos lo anterior porque se presentan una serie de situaciones que podrían considerarse contradictorias; tal es el caso del reconocimiento del derecho de propiedad (Art. 2 inciso 10. constitucional) y su regulación específica en función social (Art. 103 C.S. 1983) o el problema de retroactividad de las leyes en materia de orden público (Art. 21 C.S. 1983) y el principio de seguridad jurídico (Arts. 1 y 2 constitucionales).

El problema se agrava cuando se aprovechan las aparentes contradicciones de algunas normas constitucionales y ello facilita la adopción de medidas propias de una legislación regresiva que constituyen esencialmente un reflujo de los derechos sociales que con toda propiedad podría considerarse inconstitucional<sup>51</sup>

También nos referimos a Ihering en el mismo trabajo citado en la nota 47 cuando señalamos que en la última década del milenio habrá que recordarlo a diario en El Salvador, cuando decía, en una obra que sigue siendo ejemplar: “Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo, dispuestos a defenderlos”. Y concluye: “El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo”. Y de allí, concretábamos una advertencia final: “no debemos ignorar muchos signos reveladores de que el contenido material de la Constitución de 1950, ha echado raíces en el pueblo”.

La reflexiones de nuestros planteamientos anteriores tenían el propósito únicamente de sugerir la importancia de analizar objetivamente lo que ocurre a fines

50 La cita es de E. Galan Corona en el prólogo de N. Reich, Mercado y Derecho Editorial Ariel: Barcelona 1985 p. 17.

51 Véase Francisco P. Bonifacio. “Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica” en la obra colectiva editada por A. López Pina. División de poderes e interpretación Ed. Tecnos: Madrid 1987 pp. 80- 81

del milenio para no calificarlo con una ocurrencia curiosa, que denominamos así, para no llamarla de otro modo: el fin de la historia. Cuando recordaba a Ihering sólo pienso en lo que intentan en 1994 reformar de nuestra Constitución, naturalmente por “consenso”. Quizás deberíamos considerar seriamente como una contribución a la paz social que las disposiciones constitucionales “congelan” las ventajas sociales alcanzadas frente a modificaciones regresivas.

#### IV. CARACTERÍSTICAS Y FORMAS DE LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La etapa histórica de la constitucionalización de los derechos fundamentales tiene como antecedente inmediato las grandes declaraciones de derechos de signo liberal como la conocidísima Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que forma parte de la primera Constitución revolucionaria francesa de 1791, y que todavía en el Preámbulo de la Constitución de Francia vigente desde 1958, recibe la adhesión del pueblo francés, cuando proclama que esa confirmación de los derechos del hombre es, “tal como fueron definidos por la Declaración de 1789”. Es importante recordar como ha sido señalado, que la historia de los derechos fundamentales para algunos tratadistas es la historia de su positivación al considerar que, “sin su incorporación al Derecho positivo.....los derechos fundamentales son sólo un espíritu, un valor que carece de fuerza”<sup>52</sup>.

En verdad, la constitucionalización de los derechos individuales es una etapa histórica en la evolución de los derechos fundamentales, como los llamamos hoy, que tiene como antecedente inmediato Declaraciones como la de Virginia de 1776 y la francesa de 1789. De todas formas, la positivación constituyó un cambio significativo respecto a su fundamentación anterior, que descansaba en la tradición inmemorial de los derechos reconocidos, es decir, una justificación histórica y consuetudinaria de las libertades, y que después está sustentada en una legitimación iusnaturalista con un ingrediente racional. La otra transformación que debe señalarse es en relación a la titularidad de esos derechos, que de una estrecha vinculación a determinadas categorías o estamentos de personas, pasan a ser derechos de todos los ciudadanos de un Estado

---

52 El Artículo diez y seis de la histórica Declaración decía como señalamos antes: “Toda sociedad en la cual la garantía de estos derechos no está asegurada no tiene constitución”. Véase Luis Sánchez Agesta, Documentos Constitucionales y Textos Políticos Editorial Nacional: Madrid 1982 p. 108. La referencia transcrita en el texto es de Gregorio Peces Barba Derechos fundamentales 2a Ed. de 1976 p. 69, citado por Gustavo Suárez Perterraen “Derechos y libertades fundamentales” que son sus comentarios introductorios al Título Primero Capítulo II de la Constitución Española en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978 (dirigidos por Osear Alzaga Villamil) Ed. Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid 1984 Tomo II p. 267. Véase Gregorio Peces-Barba y otros, Derecho positivo de los Derechos humanos. Colección Universitaria, Editorial Debate: Madrid. 1987 que es una recopilación muy completa de los Derechos fundamentales tanto de textos jurídicos nacionales como internacionales.

o de todos los hombres por el hecho de serlo y finalmente, el cambio seguramente más importante es que las modernas declaraciones de derechos se formulan como instrumentos de Derecho público y no como contratos de Derecho privado<sup>53</sup>.

A continuación nos referimos a la positivación de los derechos en las Constituciones es decir, concretamente, a la forma acostumbrada como los derechos fundamentales han sido incorporados a los textos constitucionales. Pérez Luño señala que “la doctrina, en base a la propia experiencia de los textos constitucionales, suele distinguir tres grandes sistemas de positivación constitucionales, suele distinguir tres grandes sistemas de positivación constitucional de los derechos fundamentales: a) mediante cláusulas generales, es decir de declaraciones o postulados que enuncian genéricamente los valores o principios básicos (libertad, igualdad, dignidad humana) sin explicar su contenido; b) a través de catálogos, o sea de disposiciones especiales o casuísticas que pormenorizan el alcance de los distintos derechos fundamentales reconocidos y c) un sistema mixto “cuando tras el enunciado de los grandes principios o postulados sobre los derechos fundamentales, generalmente llevados a cabo en el preámbulo del texto constitucional,” pormenorizan en el texto del articulado de la Constitución el catálogo sistematizado de los principales derechos de los ciudadanos es decir, se completan aquellos, con la formulación detallada en distintos preceptos relativos a los principales derechos fundamentales<sup>54</sup>.

Ahora bien, nos interesa particularmente el estudio de la forma de constitucionalización de los valores y principios al recordar lo que el Profesor Pérez Luño decía: “En el sistema de cláusulas generales los derechos fundamentales aparecen consagrados en forma de valores o principios; mientras que en el sistema de leyes especiales o

---

53 Nuestra referencia, mencionada antes en la sección 1, a su formulación como contratos de Derecho privado, se explica por la costumbre del Medievo al conceder determinadas prerrogativas a los barones o a los ciudadanos a través de pactos. Probablemente, el más conocido sea el caso de la Carta Magna, que era un contrato suscrito entre el rey Juan y los barones y obispos el 15 de Junio de 1215, que es un buen ejemplo de la fundamentación anterior, la titularidad y su naturaleza jurídica cuyo cambio relacionamos antes. Véase Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución* cit. pp III-115

54 Antonio E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales* cit. p. 58 y del mismo autor constituyen también *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución* - cit. p. 65. Las categorías mencionadas constituyen la distinción de la doctrina alemana del sistema de positivación a través de la *lex generalis* del sistema de *leges especiales*. Señala Pérez Luño en su segunda obra citada. “Esta distinción no carece de trascendencia práctica ya que mientras la doctrina no discute el valor jurídico positivo de los derechos fundamentales promulgados por el procedimiento casuístico e incluidos en el articulado de la constitución, reina una disparidad de criterios muy profunda en torno al alcance positivo de las cláusulas generales o principios. Ya que mientras para determinados autores se trata de meros postulados programáticos, reflejo de determinadas ideologías filosófico-políticas, que por su propia naturaleza no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas, sea al poder legislativo, sea al poder ejecutivo, a la administración de justicia e incluso al propio poder constituyente.. (p. 66). Nosotros pensamos que la segunda orientación tenderá a prevalecer pues cada vez es más notoria la idea que la Constitución es un documento jurídico, normativo y no sólo político o algo más. Que así sea para bien del Estado de Derecho.

casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de los distintos derechos básicos”<sup>55</sup>.

Respecto a las categorías anteriores es importante el señalamiento relativo a que no se discute el valor jurídico de los derechos fundamentales positivados por medio del sistema b) al recogerse en el articulado de la Constitución a través de catálogos o disposiciones especiales o casuísticas, pero como se indica, hay diferencias de criterios en cuanto a los alcances de las cláusulas generales o principios, pues como dice Pérez Luño en la segunda obra citada en la nota 54: “para determinados autores se trata de meros postulados programáticos”; si bien pudiera considerarse es correcta la apreciación anterior, nosotros como señalamos antes, nos inclinamos a pensar que no obstante ser en algunos casos difícil traducirlas a reglas obligatorias pensamos que

55 Antonio E. Pérez Luño. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución* cit. p. 286. Los distintos sistemas de positivación influyen en los criterios de interpretación de los derechos fundamentales aun cuando hay casos que una misma noción según el contexto normativo constitucional en el que se formula puede tener el significado de un valor, un principio o de una norma específica. Así por ejemplo la Constitución de 1983 se refiere a la libertad como valor en el Preámbulo en el Art. 1 inciso 2º, y el Art. 2 inciso 1º, puede también considerarse un valor cuando aparece como fin objetivan y además aparece como disposición específica al concretar constitucionalmente distintas formas de libertad como las contempladas en los preceptos siguientes: personal (Art. 4), religiosa (Art. 25), de asociación y reunión (Art. 7), de expresión (Art. 6). Respecto a la igualdad nosotros no la hemos mencionado expresamente como valor ni en el Preámbulo ni en el Art. 1 inciso 1º pues su reconocimiento en el Art. 3 inciso 1º más bien es una norma específica o regla al establecer la igualdad ante la ley de igual modo que el Art. 36 cuando dice que tienen iguales derechos los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. Por otra parte la seguridad jurídica viene a ser según la Exposición de Motivos de 1983 en relación al Art. 1 inciso 1º, uno de los tres grandes valores cuando en otros ordenamientos constitucionales como el Art. 9.3 de la Constitución española de 1978 lo considera un principio y, en verdad es el resultado de la vigencia efectiva de los principios de legalidad, publicidad, irretroactividad de las normas etc. Gregorio Peces Barba Martínez que ha estudiado ampliamente los derechos fundamentales señala:.. En la Constitución española la no mención de la seguridad como valor superior en el Artículo 1-1 no supone, a mi juicio, que no tenga ese carácter en nuestro Ordenamiento. Precizando a continuación que la referencia a la justicia incluye a la seguridad jurídica como justicia formal procedimental...-- (Derecho y Derechos Fundamentales cit. p. 293). El autor trata el problema de la seguridad jurídica en su última obra de 1993 citada (de la pág. 261 a la pág. 320). Volviendo a nuestro país, lo cierto es que el espíritu innovador del constituyente de 1983 consistió en reconocer a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado (como el Art. 10, de la Constitución peruana de 1979) en el Art. 1 inciso 1º, determinando que está organizado para la consecución de los que la Exposición de Motivos llama “los tres grandes valores”: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, el inciso segundo del mismo precepto es el Art. 2 de la Constitución de 1950; el artículo 1 es la única disposición que aparece en el Título 1 (“La persona humana y los fines del Estado”). A continuación sigue el Título 11 relativo a los derechos y garantías fundamentales de la persona, que comienza con el Art. 2 que es el primero de la Sección Primera del Capítulo I y cuyo inciso 1º es el Art. 163 de la Constitución de 1950 aunque en este ordenamiento se refería a “todos los habitantes de El Salvador” y no mencionaba la seguridad que según la Exposición de Motivos comprende “también” la seguridad jurídica. El Art. 3 de la Carta Magna vigente se refiere a la igualdad como regla específica cuando dice “ante la ley”. Probablemente habría sido deseable que los tres primeros artículos (junto con otros), hubieran integrado un Título de principios fundamentales similar al “Título Preliminar” de la Constitución Española de 1978 (igual denominación que la de la República española de 1931) que en el Anteproyecto de 1978 se nomina “Principios Generales”, o sea, un Título como el de los “Principios Fundamentales” de la Constitución italiana de 1948. De ese modo habríamos definido la fórmula política de la Constitución como diría Pablo Lucas Verdú, al constituir elementos de la estructura política que constituyen el conjunto de decisiones políticas básicas.

Lo que mencionamos como Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 es en verdad el llamado Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, aun cuando en publicaciones oficiales como la que hizo el Ministerio de Justicia en marzo de 1992 se denomina en el índice Exposición de Motivos. Es decir, que no se aplica a los textos finales aprobados de la Constitución cuando fueron objeto de modificación, los términos del Proyecto.

constituyen auténticas normas jurídico-positivas que obligan a determinadas formas de actuar de parte de los poderes públicos. Adelante ampliamos estos conceptos.

Ahora bien, la inserción de los derechos fundamentales en normas jurídicas superiores, es decir su positivación a nivel constitucional (a la única que nos hemos referido) en la mayor parte de los países sigue generalmente el sistema mixto resumido antes, (como es el caso de nuestro país), aun cuando respecto a la Constitución española el Profesor Pérez Luño comenta: “es un paradigma de complejidad que hace muy difícil su elaboración sistemática”, pues no obstante seguir un sistema mixto, el Profesor español distingue cinco instrumentos distintos de positivación que a continuación presentamos, relacionándolos con el sistema salvadoreño por medio de referencias a nuestro ordenamiento constitucional, los cuales, ordenados de menor a mayor precisión jurídica, son los siguientes: A) Valores superiores del orden jurídico-político constitucional, como es el caso de las referencias que hace el Preámbulo de la Constitución de 1983 al mencionar el “espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista”, que vienen a representar una síntesis de los valores básicos y de igual modo el Art. 1 inciso 10 de la Constitución de 1983 establece que el Estado “está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común” que aun cuando no son llamados expresamente valores en el texto constitucional, en la Exposición de Motivos son calificados como “los tres grandes valores”<sup>56</sup>. B) Principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos instrumento en el que Pérez Luño considera “quedarían englobados una serie de principios encaminados a orientar la acción de los poderes públicos y a delimitar el marco político, social y económico que va a determinar las modalidades de ejercicio de todos los derechos fundamentales”. En nuestra Carta Magna vigente pensamos correspondería a este apartado B, el Art. 1 inciso 20. cuando precisa que “es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

---

<sup>56</sup> Sobre las diferencias entre valores principios y reglas véase Gregorio Peces - Barba, Los valores superiores Editorial Tecnos: Madrid 1984. particularmente p. 34 y stes. y Teresa Freixes San Juan y José Carlos Remotti Carbonell. “Los valores y principios de la interpretación constitucional” en REDC Año 12 No. 35 Mayo-Agosto 1992 p. 97 y stes. También Silvia Basile. “Los valores superiores los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas” en la obra colectiva La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría. Ed. Civitas: Madrid 1984 p. 263 y stes. También Manuel Aragón, Constitución y democracia cit. p. 84 y stes. La Constitución Española de 1978 establece en su Artículo I que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. En el Preámbulo se refiere a los valores básicos cuando Señala: “La nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran proclama su voluntad de: Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos.....Promover el progreso de la cultura para asegurar a todos una digna calidad de vida.... Consulta obligada sobre la diferencia entre valores, principios y reglas es la magnífica obra de Pérez Luño citada antes. (Derechos humanos Estado de Derecho y Constitución), particularmente el No. 2 del Capítulo 7 “Los derechos fundamentales como valores principios y normas” pp. 286 - 295. Entre nosotros ha estudiado el tema el Doctor Julio Fausto Fernández en Los valores y el Derecho publicado por el Ministerio de Cultura de El Salvador en 1957.

Las categorías A y B anteriores, recogidas en el Preámbulo y en el Título preliminar o inicial de las Constituciones y en otros artículos dispersos en el texto del ordenamiento constitucional configuran lo que Pablo Lucas Verdú llama “la fórmula política” de la Constitución que es como dice el Profesor español “la expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura social”. En este contexto señala García Laguardia: “el proyecto de redactar una Constitución se refiere en alguna medida a la clásica finalidad del constitucionalista de limitar los poderes del gobierno, pero mucho más al objetivo de dotar a la organización política de un instrumento programático de gobierno para conducir la sociedad”. En este orden de ideas lo que también ha sido llamado “techo ideológico”, configura y determina el marco que precisa los alcances de cada uno y de todos los preceptos de la Constitución y de este modo como lo hemos señalado respecto a los tributos y que de igual modo es cierto respecto a los derechos fundamentales, cuyo alcance y contenido debemos entender como parte de un sistema constitucional orientado al logro en la actualidad, de objetivos y fines, entre nosotros determinados desde 1950 cuando el Estado se organiza como un Estado social y democrático de Derecho<sup>57</sup>

En verdad, considerando los diferentes criterios muchas veces no coincidentes es que nosotros pensamos como lo hemos señalado, que podría corresponder a la misma categoría B la “obligación del Estado” a que se refiere el inciso 20 del Art. I de la Constitución de 1983, no obstante que como transcribimos antes, el Preámbulo al mencionar libertad y justicia los nominó como “valores de nuestra herencia humanista” y, de igual modo podrían incluirse en esta misma categoría B el inciso 10 del Art. 2 constitucional que establece para toda persona “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”<sup>58</sup>.

---

57 Véase Pablo Lucas Verdú, “El título I del Anteproyecto Constitucional. La fórmula política de la Constitución “Estudios sobre el Proyecto de Constitución referencia de Jorge Mario García Laguardia, en La Constitución guatemalteca de 1985 Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala: México 1992 p. 12 y stes. También el jurista guatemalteco nos recuerda que Georges Burdeau considera la ideología como un sistema de ideas o postulados que sirven de base a todas las soluciones que el régimen político confronta (Ibíd. p. 12 n. 4). Véase también del mismo Profesor Lucas Verdú sus comentarios al Art. 1 del ordenamiento constitucional español en Comentarios a las Leyes Política. Constitución española de 1978 (Dirigidos por O. Alzaga Villamil) Ed. Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid. 1983. Tomo I p. 35 y stes. y Curso de Derecho político Tecnos: Madrid. 1984. Vol. IV Capítulo IV (“Los títulos preliminares y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos fundamentales”) p. 258 y stes. publicado originalmente en Revista de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid No. monográfico 2, Madrid 1979. Respecto a nuestros puntos de vista véase “Reflexiones y advertencias sobre nuestro estudio del principio de legalidad tributaria en El Salvador” en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública Ed. de Derecho Financiero -EDERSA: Madrid XLII Nov-Dic. 1992 p. 1305 y stes, que citamos antes.

58 Pérez Luño dice que también se deben encuadrar en la categoría B los principios rectores de la política social y económica (Arts. 39 al 52 C.E. 1978), que corresponden a algunas disposiciones de nuestro Capítulo II del Título II de la Constitución de 1983 (Arts. 32 al 70) y del Título V del mismo ordenamiento constitucional de 1983, relativo al orden económico (Arts. 101 al 120). Véase Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución cit. p. 67. Recordemos que respecto a esos llamados “principios rectores” el sistema español de 1978 expresamente establece que informarán la legis-

Por su importancia particularmente desde el punto de vista de la interpretación constitucional debemos referirnos con mayor amplitud a los valores y a los principios (categorías A y B anteriores). Recordemos que nosotros no empleamos el término “valores” en el texto constitucional como la Constitución española en su Art. 1.1., aun cuando como señalamos, en el Preámbulo de la Constitución de 1983 y en su Exposición de Motivos son mencionados expresamente. Por cierto, pareciera que la referencia española a los “valores superiores” no se encuentra en ningún otro texto constitucional. En cuanto al vocablo “principio” nosotros tampoco lo usamos expresamente en forma amplia y específica sino de manera general; los únicos casos que recordamos son el Art. 246 que manda: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio” y las referencias del Art. 101 constitucional que se refiere a “principios de justicia social” así como del Art. 38 inciso primero cuando menciona los “principios generales que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores”. El constituyente español de 1978 cita expresamente “el principio de legalidad” en el Art. 9.3 que es un caso específico.

A continuación nos referimos a ambos términos y también a las “reglas”, que es el tercer vocablo generalmente considerado por la doctrina y, que desarrollamos a continuación teniendo como referencia los trabajos mencionados en las notas anteriores que son los mismos que citamos en los párrafos siguientes mientras no se indique otra cosa. La distinción entre valores y principios por un lado y reglas por otro es cuestión relativamente pacífica como dice el Profesor Aragón, los primeros enuncian cláusulas “generales” y las reglas contienen “disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas”. Menos pacífica - dice el Profesor español - es la diferencia entre valores y principios<sup>59</sup>

El siguiente Cuadro resume el régimen constitucional de 1983 en relación a los vocablos en estudio:

---

lación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero conforme al Art. 53.3 de la Constitución española de ese año: “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”; es decir no gozan del recurso de amparo ni de las demás garantías normativas y jurisdiccionales de tutela a que nos retiremos en la Sección III anterior (Véase Cuadro III-1). Respecto al sistema español es importante tener presente como se ha señalado que debemos “diferenciar entre la eficacia de la norma y la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el derecho subjetivo que eventualmente puede hacerse derivar de esa norma” Luis Prieto Sanchís, “Comentario al Art. 53 de la Constitución Española” en Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978 (dirigidos por O. Alzaga Villamil) cit. Tomo IV p. 456.

59 Manuel Aragón, Constitución y Democracia cit. p. 84.

## **Cuadro IV-1**

### **VALORES Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR DE 1983**

Preámbulo Libertad y Justicia (“Valores de nuestra herencia humanista”)

Art. 1

inciso primero: Justicia, seguridad jurídica y bien común (“Los tres grandes valores” según Exposición de Motivos).

inciso segundo: “es obligación del Estado asegurar el goce de:

la libertad

la salud

la cultura

el bienestar económico la justicia social”

Art. 2

inciso primero: “Toda persona tiene derecho a:

la vida

la integridad física y moral la libertad

la seguridad

al trabajo

a la propiedad y posesión y a ser protegida en la defensa y conservación de las mismas”.

inciso segundo: “Se garantiza el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen”.

Art. 3 “Todas las personas son iguales ante la ley”

En nuestra relación de los tres primeros instrumentos de positivación hemos tomado como base la clasificación y terminología de Pérez Luño, que Dworkin distingue como “fines” “principios” y “reglas” según nos recuerda el Profesor Aragón<sup>60</sup>. Por “fines” entiende el autor citado, no sólo valores sino también mandatos a los poderes públicos (“policies”) lo que convertiría a los valores en reglas de atribución competencial. Por eso el Profesor español prefiere “valores” y “principios” puntualizando: “Los valores son fines por supuesto, pero no toda cláusula que

---

60 Ibíd. p. 85 Véase Ronald Dworkin. Los derechos en serio Editorial Ariel: Barcelona. 1989 p. 102 y stes. particularmente secciones 3 y 4.

enuncia fines (que establece programas) es por sí sola una cláusula de valor, sino, muchas veces, una cláusula al servicio de un valor” (p. 85, subrayado el original).

El profesor de Oxford, Ronald Dworkin (siempre citado por Aragón) concibe los principios “como estándares o cláusulas genéricas que enuncian ‘modos de ser del derecho’, es decir, que reflejan la dimensión jurídica de la moralidad”. La importancia para nosotros de los valores, justificativa de nuestro interés es determinar en mayor grado los alcances del concepto por tratarse de normas de segundo grado como han sido llamadas, es decir, normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema o sea que como normas sobre la interpretación tienen por objeto ayudar a distinguir de entre los diversos significados posibles de una norma, el significado mejor expresado por la norma que se puede considerar perteneciente al sistema<sup>61</sup>

En este orden de ideas son interesantes los conceptos del Profesor Francisco Rubio Llorente al comentar una de las categorías de su clasificación del esquema constitucional de la estructuración de la Constitución como “fuente del Derecho es decir, origen mediató e inmediate de derechos y obligaciones y no sólo fuente de las fuentes”. La categoría a que nos referirnos son los principios fundamentales y fines del Estado es decir, principios básicos del orden jurídico-político o el establecimiento de finalidades concretas (o menos concretas también dice D. Francisco Rubio Llorente), a la acción estatal. Un buen ejemplo es la incorporación expresa en la Constitución española de 1978 del concepto de Estado social y democrático de Derecho, que nosotros liemos sostenido caracteriza a nuestros ordenamientos constitucionales desde 1950 aun cuando no se diga expresamente. Como bien dice el autor citado, la inclusión en el Art. 1 del ordenamiento citado es “un ejemplo destacada de esa positivación de principios fundamentales, que si no da lugar a derechos judicialmente exigibles, no tiene por ello menos importancia en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución que en ningún caso puede el juez pasar por alto.....” De igual modo, tienen un valor jurídico próximo al de los principios fundamentales las normas que asignan fines determinados a la acción estatal. Como dice el mismo Profesor español: “Se trata de fines que la Constitución, como fundamento del Estado, asigna a éste y en consecuencia toda norma o toda decisión que de la voluntad estatal emane, ha de ser entendida como aproximación a estos fines e interpretada en consecuencia”<sup>62</sup>

Nosotros incursionamos en el problema de los principios constitucionales específicamente en el caso de los principios financieros y tributarios dentro del desa-

61 La frase subrayada es cita textual que hace el Profesor Aragón de Nurbeno Bnbbio.

62 Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del Derecho” en La Constitución Española y las fuentes del Derecho cit. Vol. I p. 71 que clasifica las normas materiales de la Constitución: 1) Derechos Fundamentales; 2) Garantías institucionales; 3) Mandatos al legislador y 4) Principios fundamentales y fines del Estado.

rollo de nuestro trabajo Los principios constitucionales de la Hacienda Pública en El Salvador. Nuestro interés particular se refería en primer lugar al problema de la aplicabilidad inmediata de esos principios o sea la vinculación de los poderes públicos al recogerse los principios en la Constitución. El segundo aspecto de nuestro interés fue en relación al problema de la interpretación en cuanto a la función orientadora de esos principios. Estudiamos este problema en las tres partes de nuestro trabajo, primeramente desde el punto de vista financiero en general y después desde la perspectiva específica del Derecho constitucional presupuestario y del Derecho constitucional tributario<sup>63</sup>

Los valores superiores en la terminología del constituyente español de 1978 es decir, los “grandes valores” de nuestra Constitución de 1983 han sido considerados como otras garantías constitucionales (además de los procesos de inconstitucionalidad y amparo y la reserva de ley), por su carácter informador de todo el ordenamiento, que puede justificar una petición de inconstitucionalidad y constituir fundamento jurídico de la sentencia y además, por sus consecuencias interpretativas que vinculan a los poderes públicos y así como se ha dicho, cualquier derecho, si puede ser conectado con un valor gana un “plus” en su protección. (Véase Teresa Freixes San Juan, Constitución y derechos fundamentales cit. p. 97). Probablemente no veremos el criterio señalado recogido en una sentencia entre nosotros y aun cuando coincidimos con ese criterio y desearíamos verlo aplicado, nos preocupa las interpretaciones que puedan darse a la justicia o a la seguridad jurídica, o más bien a los alcances de éstas.

Aun cuando distinguidos tratadistas como el Profesor García de Enterría parecieran considerar los valores y los principios en una misma categoría y aun cuando también de igual modo alguna vez la jurisprudencia española ha utilizado indistintamente los términos principios y valores, creemos provechoso relacionar opiniones que no los consideran idénticos principalmente por las derivaciones importantes para la interpretación constitucional que de ese punto de vista se originan.

En primer lugar debemos mencionar que tradicionalmente la referencia a los valores se hacía en los Preámbulos de los ordenamientos constitucionales como ha ocurrido en España desde 1869; entre nosotros la única referencia a los valores o principios expresamente en las nueve Constituciones decimonónicas del Estado del Salvador aparece en el Preámbulo de la segunda o sea en la Carta Magna de 1841 y también en el de la Constitución Federal de 1824 que habla de principios; en este siglo solamente la Constitución de 1939 y la vigente de 1983 mencionan los principios

---

63 Nuestro puntos de vista se incluyen en Derecho constitucional financiero salvadoreño en Derecho constitucional presupuestario (en proceso de publicación) y en Derecho constitucional tributario: el principio de legalidad citados antes.

o los valores en sus Preámbulos<sup>64</sup>. En cuanto a las referencias en el texto de las Leyes Fundamentales nuestras, denominándolos principios, el único caso que recordamos es el Art. 76 de la Constitución de 1864 que disponía: “El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público”, que pasa a ser el Art. 98 en la Constitución de 1871, el Art. 17 de la Carta Magna de 1872, el Art. 14 de 1880 y el Art. 10 de 1883, que ya no figura en las Constituciones de 1885 y de 1886 y vuelve aparecer en este siglo, como inciso lo. del Art. 59 únicamente en la Constitución de 1939, pues en la de 1950 y la de 1962 no encontramos ninguna mención de los principios hasta que la Constitución vigente de 1983 se refiere a ellos en los preceptos que citamos, particularmente el Art. 246 ; también se mencionan los valores en el preámbulo y la exposición de ‘motivos de dicho ordenamiento constitucional vigente de 1983 cuando denomina como dijimos “tres grandes valores” aquellos mencionados en el inciso lo. del Art. 1 o sea la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

La otra cuestión interesante que deseamos destacar es la forma como en las distintas Constituciones los valores son mencionados en el texto de la Ley de Leyes o más bien, cual es el contexto en el que el constituyente se refirió a los valores.

Así, nuestra Constitución de 1983 en su Art. 1 inciso 10. precisa después de reconocer a “la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado”, establece que “está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

El Art. 1.1 del Título preliminar de la Constitución española de 1978 estableció primeramente que España se constituía “en un Estado social y democrático de Derecho”, especificando a continuación, “que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Es decir que el Estado español conforme a su Constitución es social y democrático de Derecho, y consecuentemente propugna por los cuatro valores superiores que nomina expresamente, es decir, éstos vienen a ser los objetivos generales a alcanzar por el Estado español caracterizado como social y democrático de Derecho a través del ordenamiento jurídico o, como dice el Profesor Aragón “ son el fundamento y la meta, el fin del derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone”.

---

64 La Constitución de 1841 señala en su Preámbulo que al “dictar nuevas reglas fundamentales que mejoren la forma de gobierno.....afianzando de una manera estable y duradera su libertad, seguridad, igualdad y propiedad “La Constitución Federal de 1824 precisa en su Preámbulo que decretan la Constitución para, además de otros objetivos, “afianzar los derechos del hombre, los principios inalterables de igualdad, seguridad y propiedad”. El constituyente de 1939 especifica que se decreta la Constitución” con el objeto de organizar la vida del país sobre bases firmes y justas que armonicen los derechos individuales con los de la sociedad y del Estado, a fin de que sean una garantía positiva para la realización de los principios de autoridad, libertad y solidaridad”.

Hay una correspondencia entre los valores superiores como se ha señalado, con las notas definitorias del Estado: “el principio democrático con el valor pluralismo, el principio del Estado de Derecho con el valor libertad y el principio del Estado social con el valor igualdad” Los valores materiales vienen a ser el marco, el límite y el objetivo a alcanzar por el ordenamiento al que tienen que adecuarse todas las normas y como se ha dicho” al que tienen que ajustar su actuación todos los operadores jurídicos”.

Retomemos nuestra relación sobre la diferencia entre valores principios y reglas. Dijimos antes, y es una buena aproximación que los valores concretan cláusulas generales o finalidades y las reglas contienen disposiciones específicas; los principios se extraen de las reglas constitucionales y una vez determinados tiene efectos normativos; como bien dice Aragón éstos, consisten en fórmulas de derecho consensuadas que son verdaderos gérmenes de reglas jurídicas; generalmente no constan expresamente en el texto constitucional (es una excepción la referencia explícita al principio de legalidad en el ordenamiento español Art. 9.3 C.E. 1978)<sup>65</sup>.

Aun cuando como señalamos la doctrina no da una respuesta definitiva para la distinción de valores y principios es aleccionador recordar planteamientos que arrojan luz particularmente en algunos aspectos importantes de la interpretación de las normas constitucionales. Así por ejemplo el Profesor Aragón señala que cuando el valor o principio, se encuentra positivado en la Constitución ello tiene dos consecuencias: en primer, se impone al intérprete (es decir no puede desconocerlo) y en segundo lugar los valores no positivados sólo son admisibles en la interpretación jurídica cuando no

65 Es interesante que de las 20 Constituciones iberoamericanas vigentes que estudiamos, nueve no tienen Preámbulo o no hay referencia expresa a los valores o principios en su texto sino que más bien se refieren a objetivos, propósitos o fines en general. En los once países restantes la situación es la siguiente: Argentina tiene un preámbulo corto que menciona “afianzar la justicia” así como “promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”. El de la última Constitución colombiana señala “asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz”. La Constitución guatemalteca de 1986 en su Preámbulo reconoce al Estado como responsable “de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad jurídica, justicia, igualdad, libertad y paz”. El constituyente hondureño en el Preámbulo de la Constitución de 1982 determina que ésta propicie “las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común”. Nicaragua y también Cuba dedican los preámbulos respectivos a presentar más bien sus planteamientos ideológicos en términos de la lucha del proletariado, el anti imperialismo etc. Los constituyentes paraguayos en el Preámbulo de la Carta Magna de 1967 se proclaman conscientes del deber “de asegurar la libertad, la igualdad, la justicia y el orden, la paz interior, la defensa nacional el desarrollo económico y el proceso social y cultural. “La Constitución del Perú de 1979 y la venezolana de 1961 tienen Preámbulos extensos y amplios en su cobertura, contenido y propósitos, que tratan de incluir todo lo posible como pareció intentarlo el constituyente nuestro de 1983. En cuanto a las referencias a valores o principios en el texto de la Constitución únicamente la Constitución de la República Dominicana de 1966 en su artículo 8 se refiere a los fines y objetivos cuando establece: “Se reconoce como finalidad principal del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público el bienestar general y los derechos de todos”. El otro caso es nuestro país en su Art. 1 inciso 10. La información de las Constituciones iberoamericanas es de Las Constituciones en las postrimerías del siglo XX Las Constituciones Latinoamericanas cit. Tomo I y II. La última Constitución del Perú vigente desde el 10. de enero de 1994 tiene un Preámbulo corto que no los menciona.

están en oposición con el valor o principio positivado. Por otra parte, a diferencia de los principios, los valores sólo tienen eficacia interpretativa y esa eficacia es distinta según se trate del legislador (intérprete político de la Constitución) o del juez (intérprete jurídico). Solo el primero, es decir el legislador, puede convertir el valor en una norma o sea, crear una norma como proyección de un valor, el juez en cambio no puede hacerlo y unicamente puede interpretar una norma que él no puede crear.

En cambio, los principios además de ser instrumentos de la interpretación pueden alcanzar “proyección normativa” y es que los valores son exclusivamente fines mientras los principios son prescripciones jurídicas generalísimas o si se quiere, como dice el mismo Profesor español que citamos, son “fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas” y por ello el legislador tiene mayor libertad para proyectar normativamente los valores constitucionales que para proyectar normativamente los principios.

De ahí, que J. Stick, citado por el Profesor M. Aragón califica a los valores como “impredecibles” en cuanto su proyección normativa depende de un amplio margen de libertad cuando se rigen por criterios subjetivos que dependen de la oportunidad política. A su vez, los principios pertenecen al campo de lo “indeterminado” (que se corresponde con la discrecionalidad jurídica), en cuanto su proyección normativa está determinada por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona. Tanto la impredecibilidad como la indeterminación debemos entender que se refiere a la capacidad de generación de reglas de Derecho y no al significado del propio enunciado en sí. Así, el valor libertad o el valor igualdad no permiten al legislador un número infinito de posibilidades al convertirlos en reglas cuando todo enunciado constitucional limita al legislador; ahora bien, el margen de libertad del legislador es bastante amplio en cuanto a la forma de hacer realidad el valor al convertirlo en una norma lo que supone el ejercicio de una extensa variedad de opciones de política legislativa que en un Estado democrático es potestad exclusiva de los representantes del pueblo (Parlamentos o Asambleas), pero no a los jueces que pueden legítimamente concretar el Derecho pero no crearlo.

En el caso de los principios, la indeterminación que mencionamos no consiste en que el principio sea indeterminado en la Constitución (otra cosa es su carácter abstracto), sino en el grado de relación del principio con las reglas en que pueda manifestarse; las reglas derivadas de un principio están indeterminadas en él pero son “predictibles” en términos jurídicos, en la proyección normativa de los principios opera la discrecionalidad jurídica y por ello esa proyección la puede hacer el órgano jurisdiccional pero no en términos de discrecionalidad política. En resumidas cuentas, dice el Profesor Aragón, a la hora de que surjan las reglas no es lo mismo “desarrollar” principios que “realizar” valores.

Es importante y nos interesa plantearlo claramente, que los valores superiores no pueden confundirse con ninguno de los otros conceptos aun cuando como dice Peces Barba en una primera impresión podrán parecer afines; los primeros dice el mismo tratadista, son el todo y los otros son parte de ese todo. En ese orden de ideas los “valores superiores” del sistema español y los “grandes valores” del nuestro, engloban todos los otros conceptos incluso principios como el de legalidad. Y es que principios como el de legalidad, irretroactividad, publicidad de las normas se refieren a determinados aspectos del ordenamiento que sirven para interpretar las normas de esas parcelas, al positivarlos, como hizo el constituyente español de 1978 cuando ha identificado los rasgos a su juicio más importantes del orden jurídico español que son los llamados principios generales del Derecho cuyos destinatarios son los operadores jurídicos pues como dice Carrió, citado por Peces Barba: “proporcionan una guía acerca de como y cuando deben usarse las reglas sobre la que versan, qué alcance darles, como combinarlas, cuando otorgar precedencia a alguna de ellas etc.” No son como se ha dicho, “los valores que identifican el sistema y marcan las pautas para su desarrollo como los valores superiores, sino criterios de interpretación para los operadores jurídicos. No tienen una perspectiva global sobre el sistema, sino que son parte del sistema “. Señala Peces Barba en su último libro la norma de positivación de los valores superiores “tiene una dimensión de totalidad en relación con el sistema jurídico, con el Ordenamiento, y es guía y modelo ético para la interpretación y para el desarrollo del mismo y también límite” y agrega: “Presupone la existencia de otras normas y se refiere a ellas para crearlas, interpretarlas y aplicarlas “además, “proporciona una guía acerca de como y cuando han de usarse las normas, que alcance darles, como combinarlas, cuando otorgar precedencia a alguna de ellas, qué contenido darles o qué contenido no se puede darles”<sup>66</sup>

Robert Alexy en su Teoría de los Derechos fundamentales señala que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido; en primer lugar así como se habla de colisión y de ponderación de principios pueda hablarse de una colisión y de una ponderación de valores. Por otra parte, agrega, “el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores”. Pero a pesar de las notorias similitudes existe, dice el Profesor Alexy una diferencia im-

---

66 Gregorio Peces Barba, Los valores superiores cit. p. 38 y stes. Hay una cuestión interesante que debe señalarse: la seguridad jurídica conforme la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 es uno de “los tres grandes valores” juntamente con la justicia y el bien común; para el constituyente español no es uno de los “valores superiores” (equivalente a nuestros “grandes valores”) sino que conforme al Art. 9.3 es un principio. En verdad, la seguridad jurídica es propiamente el resultado de la vigencia efectiva de principios como el de legalidad, la irretroactividad de las leyes, la publicidad de las normas etc. La creencia en algunos sectores de un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica después de 1989 probablemente explica, convertir en valor la seguridad jurídica entre nosotros que es más bien un principio conforme a algunos criterios presentados. En la última obra de Peces Barba publicada en 1993 (Derecho y Derechos fundamentales citada), dedica una sección a “Los valores superiores” (p. 239 a p. 260) y otras a “La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho” (p. 261 a p. 279) y “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española (p. 281 a p. 320).

portante. Los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos deontológicos como los de mandato, prohibición, permisión y del derecho a algo, que todos ellos tienen en común el poder ser referidos a un concepto deóntico fundamental que es el concepto de mandato o de deber ser. El otro grupo, de los conceptos axiológicos, está caracterizado porque su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno; de ahí, resulta una variedad de conceptos axiológicos derivada de los diferentes criterios de acuerdo con los cuales algo puede ser calificado de bueno, así, utilizamos conceptos axiológicos cuando algo es calificado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de Derecho. El último grupo es de los conceptos antropológicos como los de voluntad, interés, necesidad, decisión y acción. Los tres grupos de conceptos han delimitado el campo de polémicas básico tanto en la filosofía como en el Derecho. Los tres conceptos relacionados nos permiten constatar la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Así, los principios son mandatos de optimización, pertenecen al ámbito de lo deontológico. En cambio los valores están a un nivel axiológico.

Lo anterior nos dio una caracterización aproximada del concepto de valor. Sin necesidad de llegar a una descripción de los diferentes usos o de los numerosos intentos de clasificación de los valores, la comparación entre valor y principio se puede apoyar en algunas características estructurales generales y, a la vez, elementales de los valores. Hay una diferencia fundamental en el uso de la palabra “valor” que es la diferencia entre la determinación que algo tiene un valor y que algo es un valor.

Quien dice de algo que tiene un valor expresa un juicio de valor (x es bueno por ejemplo, que es un concepto axiológico: lo opuesto es el juicio de obligación como, x es debido, situado en el nivel deontológico). Objeto de valoración pueden ser muchas cosas diferentes (objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones), y los criterios de valoración son de múltiple tipo, así un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, economicidad, belleza) y, esos criterios pueden entrar en colisión como podría ser en el ejemplo la velocidad y la economicidad en cuyo caso es necesaria una valoración total que establezca una relación entre los criterios de valoración. Los criterios de valoración son los que tienen que ser designados como “valor”<sup>67</sup>.

Ahora bien, por lo general, se valora según varios criterios entre los cuales hay que sopesar porque tienen carácter contrapuesto; clasificar algo como “bueno” es, la expresión de una valorización total y esa aplicación de distintos criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar responda a la aplicación de principios. Los jui-

---

67 Los juicios de valor pueden ser divididos en tres grupos: 1) clasificatorios (una determinada Constitución es catalogada como buena o mala); 2) comparativos (la Constitución X es mejor que la Constitución Y o ambas Constituciones son igualmente buenas) y 3) métricos, cuando por ejemplo se expresa el valor de un inmueble con una suma de dinero.

cios de valor comparativos que mencionamos en la nota anterior son los que mayor importancia tienen para el derecho constitucional.

La relación entre ellos y los criterios de valoración conduce a la determinación de la relación entre principio y valor. La diferencia se reduce a un punto, entre principios y valores “lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido”. De ahí, que los principios y los valores - para Alexy - se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el Derecho de lo que se trata es de que es lo debido, lo cual habla en favor del modelo de los principios<sup>68</sup>.

En el estudio de la interpretación de los derechos fundamentales a que nos referimos adelante, es interesante el siguiente señalamiento de Bockenforde: “La determinación del contenido de un derecho fundamental se convierte en una cuestión de averiguación del sentido del valor en el expresado.....” con esto se abre la puerta, agrega, “en la interpretación de los derechos fundamentales a las corrientes de los juicios de valor.”<sup>69</sup>.

En otro de los trabajos citados antes se resumen las características relevantes de los valores y principios y su relación con las reglas así: “Las reglas constitucionales precisan casi siempre una interpretación operativa que no pueda identificarse con la interpretación de valores y principios, ya que el grado de sujeción del intérprete a la regla es mayor que el grado de sujeción en la interpretación de los principios y valores”<sup>70</sup>.

Al crear reglas jurídicas el legislador, conforme a determinados valores y principios, tiene mayor libertad de acción con los valores y menos con los principios; el juez aplica las normas de conformidad a los valores y algunas veces reserva a los principios para inferir de ellos la interpretación adecuada en un caso concreto.

Es decir, los valores y los principios son esenciales para orientar al intérprete, tanto legislativo como judicial siendo que están vinculados a estructuras jurídicas determinadas en la Constitución. Esta es una cuestión de la mayor importancia que no deberíamos olvidar.

Cuando nuestra Constitución de 1983 incorpora en una regla jurídica su Art. I inciso 10. que reconoce: “los tres grandes valores”: justicia, seguridad jurídica y

---

68 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid 1993 Capítulo Tercero. III (“La Teoría de los principios y la teoría de los valores”) pp 138 -172.

69 Emst - Wolfgang Bockenforde, *Escritos sobre Derechos fundamentales* Nomos: Baden Baden 1993. pp. 57 -59.

70 Teresa Freixes Sanjuan y José Carlos Remotti Carbonell, “Los valores y principios en la interpretación constitucional” cit. p. 99. La expresión “interpretación operativa” es uno de los tipos de interpretación conforme al criterio de la fuente de interpretación que presenta Jerzy Wroblewski en *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* Ed. Civitas: Madrid. 1985 p. 28, y es aquella en que “el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto”, es decir, es el caso de interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del derecho.

bien común, dichos valores devienen instituciones jurídicas que tienen funciones constitucionales y en consecuencia son reglas prescriptivas, es decir vinculantes, obligatorias, eficaces y expresivas de un contenido material; por otra parte, al denominarlos “grandes valores” debemos concluir que hay otros que no tienen esa categoría superior y que en consecuencia están supeditados a aquellos. Los valores del Art. 1 inciso lo son pues, reglas jurídicas prescriptivas superiores del ordenamiento jurídico cuya positivación constitucional para los dos autores del trabajo citado en la nota anterior “comporta en cuanto a su estructura jurídica: su transformación en reglas prescriptivas y vinculantes; su condición de metanormas orientadas a la producción de otras normas; la estabilidad de sus características estructurales y una relación de complementariedad y no de jerarquía”<sup>71</sup>

En cuanto a la función constitucional de los valores en la doctrina, el Profesor Aragón a quien citamos antes dice que a diferencia de los principios, sólo tienen eficacia interpretativa (Constitución y Democracia cit. p. 92), es decir son normas para la identificación e interpretación de las disposiciones ayudando a distinguir el mejor significado de la norma entre las diversas posibles. Considera Pérez Luño (Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución cit. ) que los valores tienen una función fundadora al ser el núcleo básico informador de todo el ordenamiento, una función orientadora, al dirigir el ordenamiento hacia determinados fines y objetivos y una función crítica como criterio de valoración de hechos. Para Gregorio Peces Barba los valores incorporan contenidos materiales a las Constituciones, asegurando unidad al ordenamiento y completando la finalidad integradora de la Constitución (Los valores superiores cit.). Resumiendo, dicen los autores que antes citamos, “en esencia podemos afirmar que los valores: Incorporan contenidos materiales a la Constitución; tienen varias funciones: orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en la interpretación de las mismas. Delimitan el significado de las normas. Determinan entre sí una relación de complementariedad que no permite establecer jerarquías entre ellos. Permiten superar las aparentes antinomias, incorporando al análisis constitucional la finalidad integradora propia de las Constituciones consensuadas”<sup>72</sup>

Peces Barba concluye después de hacer distinciones entre los valores superiores y otros conceptos, que se puede decir, con carácter aun provisional, acotar el sentido

---

71 Teresa Freixes Sanjuan y José Carlos Remotti Carboneri, “Los valores cit. p. 100. La estructura como regla jurídica que contiene los valores “grandes”, “superiores” “del” y “al” ordenamiento coincidente con la estructura de; normas de segunda instancia o metanormas en la clasificación de Norberto Bobbio quien las define a partir de su constitucionalidad como reguladoras de “aquellos particulares actos humanos que son los actos productores de normas”, en suma: normas que regulan los actos productores de normas. La expresión normas de segundo grado la emplea el Profesor Pérez Luño (Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución cit. pp 291 -292).

72 Teresa Freixes Sanjuan y José Carlos Remotti Carboneri, “Los valores.....cit. p. JO I. La aplicación de esos conceptos esperamos ver un día en nuestra jurisprudencia constitucional, para alejarnos de las interpretaciones literales de claro origen iusprivatístico que ignora la Constitución como un todo.

que tienen los valores superiores en la Constitución española así: 1º) Los valores superiores del Art. 1.1. constitucional siendo esta disposición una norma jurídica tienen carácter normativo, es decir “no son un consejo, un ideal, una orientación sino que son obligatorios”; 2º) Constituyen los ideales que una comunidad determina como los máximos objetivos que debe desarrollar el ordenamiento jurídico. En este sentido precisa: “son la expresión máxima de la decisión política de España como Estado social y democrático de Derecho”; 3º) No se agotan en su contenido normativo cuando su procedencia es desde la moralidad y hay dimensiones de ésta que aun cuando no tienen contenido normativo “realizan una función crítica y de presión sobre la parte de esos valores ya positivados para ampliar y profundizar su sentido”; 4º) Su fundamento racional e histórico representa el juicio del constituyente que al ratificarse en un referéndum es un gran acuerdo social, un consenso básico sobre esos valores superiores para la realización de los objetivos básicos del Estado; 5º) Su dimensión de totalidad es elemento identificador del sistema político y constituyen la perspectiva ético-jurídica del Estado social y democrático de Derecho. 6º) “Los valores superiores son así guía para la interpretación y para el desarrollo del ordenamiento y, al mismo tiempo límite para los mismos”. 7º) El constituyente “ha avanzado la interpretación de los valores” en la propia Constitución y, en consecuencia el desarrollo de los valores por el juez y por el legislador ordinario no puede apartarse o sustituir al modelo constitucional sino que debe prolongarlo; 8º) De lo anterior se concluye que entre las normas de la Constitución el Art. 1.1. tiene un lugar primordial puesto que otras normas constitucionales suponen un desarrollo del Art. 1; 9º) En este sentido deben ser punto central en los razonamientos del Tribunal Constitucional y; 10º) Los valores superiores son el contenido y la razón de fondo, la expresión de legitimidad del sistema político y de la justicia del ordenamiento jurídico en tanto y en cuanto son causas para la afirmación de la dignidad humana<sup>73</sup>.

A continuación, del mismo modo como resumimos la doctrina respecto a los valores tratamos de hacerlo específicamente respecto a los principios constitucionales sobre los cuales se ha señalado que una vez determinados, adquieren proyección normativa y, de igual modo que los valores son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos; al estar su objeto materializado en las Constituciones tienen una gran importancia en la interpretación jurídica que es aun mayor en el campo de

73 Gregorio Peces Barba, Los valores superiores cit. pp 41-44. Abundamos sobre las anteriores conclusiones de un distinguido constitucionalista que ha estudiado ampliamente los derechos fundamentales, (además, uno de los siete miembros de las Cortes que redactaron la Ponencia Constitucional, elemento esencial de la Constitución española de 1978), porque son aplicables - con los apropiados afinamientos - a nuestros valores de la Constitución de 1983. “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” es el texto del Art. 1.1 de la Constitución española de 1978, que hemos sostenido en varias oportunidades es característica de la Constitución de 1950, aun cuando no se diga expresamente.

la interpretación constitucional. Los principios, caracterizados como instituciones con proyección normativa se traducen en reglas jurídicas, generalmente no están formulados expresamente y deben deducirse de las reglas constitucionales. Por su mayor grado de precisión comparativamente con los valores (aun cuando son indeterminados, son predictibles), cumplen una función más concreta que éstos (de ahí su diferencia funcional), pues los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el significado correcto de una regla. Corresponde al legislador concretar los principios constitucionales en reglas y al intérprete jurisdiccional aplicar esas reglas pero con menor grado de discrecionalidad que el legislador pues el contenido material de los principios determina el sentido de las reglas en el proceso de interpretación. En resumen, la función constitucional de los principios está determinada al considerar que: 1) tienen eficacia directa; 2) permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto; 3) su función positiva es informar y orientar el ordenamiento; 4) la función negativa es su fuerza derogatoria y lo que posiblemente sea más importante: “Facilitan a partir de su transmutación en regla, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa”.

La interpretación tanto de los principios como de los valores tiene algunas peculiaridades que es importante señalar tales como que ambos tienen una función constitucional flexible cuando pueden generar una pluralidad de opciones que dependen de muchas circunstancias. Su carácter normativo e institucional vincula a los poderes públicos y a los particulares. Un señalamiento importante es que, los valores como meta normas y los principios como gérmenes de reglas originan “una vinculación especial del legislador (parlamento, gobierno, y administración en general) al imponerle como límite a su actuación que todas las leyes y los reglamentos deben respetar el orden de valores y principios derivados de la Constitución”. De igual importancia es ponderar la apreciación siguiente: “El contenido material expresado en los valores y principios constitucionales, a partir de la función fundadora, orientadora y crítica de los primeros e informadora de los segundos, pretende asegurar que el contenido material del ordenamiento jurídico esté de acuerdo con el orden material establecido en ellos, careciendo entonces de legitimidad las normas jurídicas que no respondan a ese orden de valores y principios (aun cuando su proceso de formación estructural haya sido formalmente correcto), ya que quebrantaría la finalidad integradora de la Constitución”.

Nos hemos extendido en nuestra relación pero probablemente no más de lo necesario respecto a los valores y principios constitucionales por la importancia que tienen cuando la interpretación ha de realizarse necesariamente a partir de ellos y además, se deberá buscar que los valores y principios tengan el máximo efecto integrador a fin de que “el efecto normativo y la función legitimadora de valores y principios se ajuste a la estructura y funciones previstas constitucionalmente para ellos”<sup>74</sup>

---

74 La relación anterior descansa básicamente en el artículo “los valores y principios en la interpretación constitucional” que citamos antes y en los otros trabajos citados de M. Aragón, G. Peces Barba, S. Basile y por supuesto A. E. Pérez

Nuestra insistencia sobre esta cuestión obedece a lo que hemos señalado en otras oportunidades: ninguna norma debe interpretarse aislándola de la Constitución como un todo. Así, para referirnos específicamente al problema de los valores y principios reseñado en los párrafos anteriores debe reconocerse que su importancia es esencial para determinar los verdaderos alcances - dentro de un sistema constitucional - de los derechos fundamentales. Como ha señalado acertadamente el Profesor Rubio Llorente, aun cuando no todas las normas constitucionales generan derechos exigibles, “la Constitución como fuente del Derecho no se reduce a la declaración de Derechos fundamentales. Es toda ella fuente del Derecho y como tal ha de ser tomada y utilizada”. El Juez en su función de tutela de los derechos fundamentales no debe emplear los valores y principios constitucionales únicamente como criterios de interpretación pues los valores y los principios constitucionales tienen proyección normativa y no simplemente función orientadora. Que la interpretación de las normas constitucionales debe ser fundamentalmente teleológica ya lo explicó Leibholtz desde 1931 como nos lo recuerda D. Francisco Rubio Llorente cuando señala que “la interpretación teleológica de las normas constitucionales exige sin embargo que, junto a la finalidad de la norma se tenga en cuenta el telos de la Constitución”<sup>75</sup>

La relación anterior de la doctrina que hemos reseñado con alguna amplitud nos permite formarnos una mejor percepción del significado de los valores constitucionales que no podemos ignorar teniendo presente la distinción entre valores positivados y no positivados, así como la diferencia entre eficacia interpretativa y proyección normativa, cuestiones a las que nos hemos referido antes.

Sin ignorar los riesgos de justificar su cuidadosa utilización, lo cierto es que la importancia y necesidad de la interpretación valorativa no puede negarse, nuestro Código Civil no obstante que es centenario desde hace bastante tiempo, después de referirse a la interpretación gramatical en el inciso 1º de su Art. 19, dispone en el inciso 2º del mismo precepto que se puede “recurrir a su intención o espíritu”, lo que significa esencialmente que el intérprete debe tener presente el valor o valores que inspiran la norma, aun mas si el valor se encuentra positivado en la Constitución se impone al intérprete que no puede ignorarlo, ni sustituirlo por otro no positivado, siendo admisible estos últimos en la interpretación jurídica en congruencia, pero no en oposición con el valor positivado<sup>76</sup>.

---

Luño y E. García de Enterría (Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Civitas: Madrid 1984) Véase también, Sobre principios y normas de Luís Prieto Sanchís publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en 1992 particularmente “VI La función de los principios” (p. 152 y stes).

75 Francisco Rubio Llorente “La Constitución como fuente del Derecho”, en la obra colectiva La Constitución española y las fuentes del Derecho - Instituto de Estudios Fiscales: Madrid. I 979. Volumen I pp. 72 -72 Reproducido en su obra La forma de poder cit. p. 79 y stes.

76 La Reforma de 1973 al Código Civil español actualiza los principios de la interpretación y así, su Art. 3 número I dice: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al

En suma, la cuestión fundamental determinante de la importancia de los valores constitucionales y que desafortunadamente se ignora cuando se acostumbra englobarlos junto con lo dispuesto en otros preceptos incluidos bajo la denominación de programáticos, expresión que viene desde los comentarios a la Constitución de Weimar y por cierto empleada en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 respecto a la creación del Banco de los Trabajadores (Art. 46) - al decir que se establece como “principio constitucional programático”<sup>77</sup>

Y es que el Profesor García de Enterría certeramente ha dicho y no lo debemos olvidar: “..... no existen en la Constituciones declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos”, ello como consecuencia de como bien dice: “Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo”<sup>78</sup>.

Queremos insistir en los conceptos anteriores y creemos que justificadamente, por esa tendencia tan generalizada a interpretar las disposiciones aisladamente, además del acentuado peso asignado a la interpretación literal que es herencia obligada de nuestra formación iusprivatista y además, cuando estudiamos en una gran cantidad de textos y obras que seguían el método exegético ignorando el ordenamiento legal en su totalidad y olvidando el marco fundamental que es el régimen constitucional. Con las claras y definitivas palabras del Profesor García de Enterría decimos: “Ninguna norma subordinada - y todas lo son para la Constitución - podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación al servicio, precisamente, a dichos valores”<sup>79</sup>

---

espíritu y finalidad de aquellas” ; además, en España, el Art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial manda que los Jueces y Tribunales “interpretarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Subrayado nuestro. (Véase Manuel Albaladejo, Derecho Civil José María Boch, Editor: Barcelona 1991. Duodécima Edición, Volumen I p.p 154-155). En algunas leyes especiales salvadoreñas ya se ha incorporado la finalidad y el espíritu como guías de la interpretación; así, la Ley de impuesto sobre la renta de 1991 en su Art. 126 establece: “En la interpretación de las disposiciones de esta ley y su respectivo reglamento, se atenderá de preferencia al fin de las mismas Sólo cuando no sea posible fijar, por la letra o por su espíritu “ Por cierto que el precepto no es producto de la nueva ola legislativa de origen foráneo pues viene igual desde la Ley de 1951 en cuyo ordenamiento era el Art. 57.

77 Exposición de Motivos de la Constitución de 1983 incluida en Constitución República de El Salvador. 1983. Ministerio de Justicia: San Salvador, Marzo de 1992 p. 199. No tengo idea si les gustó la expresión únicamente, es decir, se le otorgó un prestigio semántico.

78 Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional Civitas: Madrid. 1985 p. 63 y stes.

79 Ibíd. p. 98. Nuestra jurisprudencia reciente comienza a definir estas cuestiones como ha ocurrido en otros países. Así por ejemplo se ha establecido: “porque ya más de una vez se ha señalado la Constitución no debe interpretarse aisladamente cada artículo, sino que hay que buscar en la interpretación de un artículo, su conformidad con el resto del articulado constitucional” (Amparo No. 8 C-86. Sentencia 1987). “En las disposiciones constitucionales no puede

Por todas las razones anteriores y otras que hemos mencionado en el desarrollo de este trabajo hemos tratado de presentar en forma resumida o, más bien, intentamos hacer una revisión de algunos conceptos y planteamientos de la doctrina española particularmente, respecto a la caracterización constitucional de los valores, principios y reglas positivados en las Leyes Fundamentales, que no podemos olvidar al interpretar las normas.

Continuamos con la tercera categoría de instrumentos de positivación constitucional de los derechos fundamentales o sea el grupo C) comprensivo de las Normas o cláusulas generales a desarrollar por leyes orgánicas es decir, son aquellos derechos fundamentales, “expresamente reconocidos en el articulado de la Constitución y positivados como tales derechos y no como principios, se hallan remitidos a la legislación para la delimitación de su alcance y contenido”. Respecto a nuestro ordenamiento constitucional, incluiríamos entre otros el caso de “las limitaciones que la ley establezca” a la libertad de tránsito a que se refiere el Art. 5 inciso 1º y el inciso 20. del mismo precepto respecto al domicilio; pero donde realmente se observa un empleo bastante amplio de esta modalidad de positivación constitucional es en el Capítulo II (“Derechos Sociales”) del Título II de la Constitución de 1983 así, en la Sección Primera relativa a la “Familia” (Arts. 33, 34, 36 inciso 30 y 40) y también en la Sección Segunda (Trabajo y Seguridad Social) en los Arts. 38 N° 5º y N° 6º incisos 20, 30 y 40 y en los números 70, 80, 110 y 120 del mismo precepto; también en los Arts. 39, 40 incisos 20 y 30, 42 inciso 20, 43, 44 inciso 10, 45, 47 inciso 20, 48 incisos 10 y 20, 50 inciso 10. y 30 y Art. 51. Del mismo modo aparecen disposiciones de esta categoría en relación a la Educación, Ciencia y Cultura y respecto a los derechos relativos a la Salud y Asistencia Social, así como algunos preceptos incluidos en el Título V de la Constitución o sea el que norma el Orden Económico<sup>80</sup>

Sobre esta categoría que el Profesor D. Francisco Rubio Llorente denomina “Mandatos al legislador” en su clasificación, señala lo siguiente: “Se trata de algo bien

---

haber contradicción unas y otras deben armonizarse dentro del espíritu general que las generó”. (Revista Judicial de 1974 p. 422). “La Constitución Política debe interpretarse, no poniendo frente a frente las facultades que concede y obligaciones que impone para que se destruyen o anulen; sus preceptos han de interpretarse armónicamente dentro del espíritu general que tuvo el Poder Constituyente”. (Revista Judicial de 1975 pag. 235).” dado el carácter de fundamentales que es propio de las normas de la Constitución es inaceptable que ninguno de sus conceptos puede prevalecer sobre los restantes, ni existe la posibilidad de contradicciones, debiendo haber una manifiesta congruencia entre todos”. (Amparo No. 16-S-86 Sentencia 1987). Nuestra relación de las Sentencias citadas. se ha facilitado por los trabajos de los Doctores M. Gutiérrez Castro, J.A. Giammattei Avilés y J.E. Criollo los dos últimos con su Jurisprudencia Constitucional y el primero con su trabajo Catálogo de Jurisprudencia ambos publicados por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

80 Es oportuno precisar que la expresión leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico español no tiene la significación que nosotros le damos usualmente, pues el Art. 81 de la Constitución española de 1978 dispone: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Su aprobación, modificación o derogación requieren mayoría absoluta del Congreso y las materias propias de ellas no pueden delegarse (Art. 81.2 y Art. 82. 1).

distinto de la reserva de ley mediante la cual se atribuye sólo al legislador la facultad de limitar o simplemente de regular el ejercicio de los derechos fundamentales que nacen de la propia Constitución y cuyo ejercicio en consecuencia no ha de aguardar a la promulgación de ley alguna, aunque éstas, si existen, pueden regularlo”<sup>81</sup>

En cuanto a la remisión a la ley, el sistema español es diferente del salvadoreño cuando respecto a los derechos fundamentales del capítulo II del Título Primero de la Constitución española, el Art. 53 dispone que sólo por medio de Ley puede regularse su ejercicio, es decir, establece una reserva de ley general que excluye la normación reglamentaria la cual solamente puede regular materias no sujetas a la reserva.

Es oportuna recordar el sistema salvadoreño sobre este particular. Desde la Revolución francesa nos viene el principio de soberanía del legislador expresado por medio de la expresión “fuerza de ley”, principio recogido en nuestros sucesivos ordenamientos constitucionales con una importante modificación a partir de la Constitución de 1983. La expresión mencionada no sólo indica que la ley ocupa la más alta posición en la jerarquía normativa sino que por otra parte, no habiendo en nuestros sistemas constitucionales una distribución de competencias, ni el reconocimiento de reserva alguna que sustraiga determinadas materias a la regulación de ley (reserva reglamentaria), por ello, en consecuencia, la ley podía normar cualquier materia que es en lo que consiste la llamada en la doctrina, expansividad ilimitada que significaba la capacidad del legislador soberano para imponer su voluntad. Pero a partir de 1983 establece el Art. 83 que “la soberanía reside en el pueblo que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”, además, aunque siempre hemos tenido la supremacía constitucional, por medio del Art. 221 de la Constitución de 1950, que es el Art. 246 actual, se concreta expresamente esa supremacía; el mismo ordenamiento de 1950 establece además, el proceso de inconstitucionalidad de las leyes que garantiza la superioridad jerárquica indicada.

Lo anterior significa que en el Estado constitucional democrático desaparece la soberanía del legislador ordinario cuando la ley debe respetar la Constitución e incluso las leyes quedan derogadas por las disposiciones constitucionales posteriores (Art. 249 C.S. 1983). En cuanto al otro aspecto de la fuerza de ley mencionado, o sea la expansividad ilimitada, el legislador siempre puede regular cualquier materia dentro de los límites constitucionales. La reserva de ley obliga a que sea la ley la que regule determinada materia esto es, que no puede hacerse por norma de rango inferior pues de lo que se trata es que la normación de ciertas materias se haga por el procedimiento legislativo de formación de la ley y su efecto principal es necesariamente que la potestad legislativa es irrenunciable en la materia reservada. Además, entre

---

81 Francisco Rubio Llorente, “La Constitución como fuente del Derecho” en La Constitución Española y las fuentes del Derecho cit. p. 70.

nosotros, en virtud del Art. 86 las atribuciones de los Órganos del Gobierno que son las que les otorga la Constitución son indelegables, de suerte que tienen que ejercerse necesariamente por el propio Órgano que en el caso de la atribución de legislar sólo corresponde a la Asamblea Legislativa.

Por otra parte, el legislador ordinario no puede remitir al reglamento las materia reservadas lo cual es perfectamente claro. El problema, pensamos, es de otra naturaleza y, tal vez la interrogante siguiente concreta una importante cuestión. ¿Si la Constitución no establece la reserva legal para una materia puede el legislador secundario regularla?. Creemos que sí con el único límite de no alterar un precepto constitucional. Esto además, porque si no aceptarnos este criterio no podría regularse esa materia cuando la potestad reglamentaria supone la existencia de una ley previa conforme a nuestro sistema Constitucional y por ello, no puede existir el reglamento independiente (Art. 168 No. 140 Constitucional)<sup>82</sup>.

El sistema nuestro también es distinto del sistema español de 1978 cuando la potestad reglamentaria tiene rango constitucional de manera que puede regularse sin otro requisito, por medio de reglamento conforme facultad otorgada en virtud de una relación Constitución reglamento es decir, establecida por el constituyente y en consecuencia, no hace falta por innecesaria una autorización legal para el desarrollo reglamentario; en otras palabras, cualquier materia puede desarrollarse reglamentariamente pero únicamente para complementar a una Ley que necesariamente debe existir es decir, ser previa o anterior al reglamento, o sea, en todo caso, independiente que la materia sea o no reservada para su regulación por medio de ley, la función reglamentaria sólo puede ejercerse exclusivamente para complementar una ley. Valga la aclaración anterior, para evitar el riesgo de trasladar literalmente conceptos doctrinarios que descansan en un ordenamiento jurídico distinto del nuestro.

El Profesor Rubio Llorente como señalamos en el párrafo que transcribimos antes cuando refiriéndose a las normas constitucionales que contienen mandatos al legislador precisaba que “Se trata de algo bien distinto de la reserva de Ley”, que como indicamos es de naturaleza distinta en nuestro ordenamiento jurídico consti-

---

82 Como señalamos en la nota 79 anterior nuestra jurisprudencia constitucional es indudable que en los últimos diez años ha incursionado en situaciones de inconstitucionalidad estableciendo criterios sobre el particular con los cuales no necesariamente coincidimos como es el caso de Incafé, el llamado impuesto de soberanía y otros sobre lo que esperamos tener tiempo para hacer nuestro comentarios. Ahora citamos dos interesantes sentencias. La primera estableció en 1986: “Por otra parte el principio de supremacía de la Constitución bajo ningún aspecto puede significar que los derechos que ella establece y garantiza no pueden ser reglamentados por las leyes ordinarias. Precisamente estas leyes deben regular el ejercicio de tales derechos. La Constitución reconoce que los derechos consagrados en ella pueden y deben ser regulados en su ejercicio por las leyes secundarias tal como lo dispone el Art. 246; toda vez no se alteren los principios que establece la misma y se respete la esencia del derecho garantizado constitucionalmente”. (Revista Judicial de 1986 pag. 358). Por otra parte, otra sentencia estableció: “A los derechos que la Constitución reconoce al gobernado o mejor dicho los derechos que se reservó el pueblo, al delegar facultades por medio de la Constitución, sólo puede oponer excepciones el mismo pueblo, sin que pueda hacerlo en ningún caso la ley o el reglamento. 246 Constitucional”. (Amparo No. 9 - v - 84 sentencia de 1986). La sentencia de inconstitucionalidad N° 3-85 establecía: “Cabe afirmar que a los Derechos Fundamentales sólo puede establecer excepciones la Constitución y que éstas deben ser expresas”.

tucional cuando en España la reserva de ley es obligatoria para normar los derechos fundamentales por mandato expreso del Art. 53 de su ordenamiento constitucional vigente. Y, aun cuando es igual entre nosotros, ello no es por una disposición expresa sino como consecuencia del sistema salvadoreño que además como indicamos limita la regulación reglamentaria a lo dispuesto por una ley.

La importancia de la distinción que hace el Profesor Rubio Llorente entre mandatos al legislador y reserva de ley es, que en los casos de ésta última solo el legislador tiene la facultad de limitar o simplemente de regular el ejercicio de los derechos fundamentales que manda la propia Constitución, por lo cual su ejercicio no debe, como bien dice el Profesor de la Universidad Complutense, “aguardar a la promulgación de ley alguna, aunque éstas si existen pueden regularlo”<sup>83</sup>.

Es decir que en el caso de mandatos al legislador se trata de derechos que sólo mediatamente pueden surgir de esos mandatos. Esto tiene una consecuencia importante cuando aparecen en algunos capítulos de la Constitución mezclados con enunciados de derechos lo cual ajuicio del citado profesor, “debilitan en cambio, ante los ciudadanos y quizás ante los Jueces, la imagen de los derechos que, sin mediación alguna, brotan de la Constitución”. Ejemplo de esos mandatos al legislador es por ejemplo entre nosotros el Art. 36 cuyos incisos tercero y cuarto relativos al nombre y a la paternidad prevén la emisión de las leyes respectivas.

La cuarta categoría o sea D), son las normas específicas casuísticas está integrada por aquellos casos, que la Constitución recoge en forma específica y pormenorizada como dice el Profesor Pérez Luño “sin hacer referencia a su ulterior desarrollo legislativo, de lo que se infiere que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance y significación”; menciona como ejemplo de esta categoría en la Constitución española el principio de igualdad.

Antes de proseguir, hay una cuestión interesante que debemos considerar. Conforme a los criterios de clasificación adoptados por el autor citado (referidos al ordenamiento constitucional español, no olvidemos), la remisión a la ley cobra especial importancia, de igual modo que la ubicación de los derechos fundamentales en los distintos Títulos o secciones que en España, son determinantes de las garantías normativas y jurisdiccionales de cada categoría, según aparece en el Cuadro No. III - 1 de la Sección III anterior; respecto a la segunda cuestión, entre nosotros, el proceso de amparo protege en el caso de violaciones de los derechos que otorga la Constitución

---

83 Francisco Rubio Llorente. --La Constitución como fuente del Derecho.. cit. p. 70. En dos oportunidades nosotros hemos incursionado en estos problemas. Véase nuestros trabajos “El Estado social y democrático de Derecho particularmente la Sección I A titulada..El principio de legalidad y la reserva de ley. La supremacía constitucional en Revista de Ciencias Jurídicas Proyecto de Reforma Judicial. República de El Salvador Año I No. 2 Enero 1992 p. 89 y stes. y --Potestad reglamentaria y Estado de Derecho en Revista de Derecho Constitucional Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Abril - Junio 1992 p. 45 stes.

(Art. 247 inciso 1º. C.S. 1983) y esos derechos además, no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio (Art. 246 C.S. 1983); ahora bien, en El Salvador la ubicación determinada por la estructuración y consiguiente clasificación que hizo el constituyente de 1983 a los efectos indicados es intrascendente; la verdad es que el constituyente salvadoreño como veremos después, desde 1886, ha seguido un criterio amplio en la asignación y regulación de los medios de protección a los derechos reconocidos en la Constitución y de este modo, los instrumentos de garantía o tutela de los derechos han tenido y tienen en la actualidad una amplia cobertura en el texto constitucional, comprensiva de todos los derechos consignados en la Constitución, es decir que nuestro constituyente no ha distinguido categorías distintas respecto a la forma de otorgar esa protección, como señalamos hace el sistema español.

Aun cuando se disienta con el sistema de la clasificación española de los derechos fundamentales conforme a su protección o tutela, es innegable que en un futuro deberá darse consideración a la posibilidad de un criterio similar, pues en la realidad resulta inoperante otorgar el amparo por ejemplo, para el cumplimiento de algunos derechos constitucionales. Y es que la mayor parte de los preceptos referidos a los llamados derechos sociales regulan la categoría denominada derechos prestación y así como éstos, otras disposiciones constitucionales no generan derechos subjetivos porque son garantías institucionales. Tal vez el proceso en Francia nos aclara los conceptos cuando las tradicionales “libertades públicas” se convierten en “derechos fundamentales” porque aquellas eran una protección únicamente frente a la Administración y éstos también frente al legislador.

La quinta clase E), la última de la clasificación anterior que completa la lista, la constituyen las normas de tutela que son aquellos preceptos dirigidos a garantizar los derechos fundamentales como el proceso de inconstitucionalidad, el de amparo y el habeas corpus los cuales corresponderían a esta categoría de instrumentos jurídicos para la defensa de los derechos fundamentales y a los cuales nos hemos referido repetidamente en la presente Sección IV y las anteriores y sobre los cuales no podemos extendernos en este trabajo sin rebasar los alcances que nos hemos fijado. El breve resumen anterior de las distintas formas nos lleva a la siguiente cuestión relativa a la diversidad semántica a que se refieren repetidamente los autores, pero antes indagaremos sobre la naturaleza de la fundamentalidad en la sección siguiente.

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES FUNDAMENTALIDAD

Una cuestión esencial en el estudio de los derechos fundamentales a la que necesariamente debemos referirnos es la distinción entre los diferentes criterios de fundamentalidad en el derecho positivo y en la doctrina en forma que nos permitan identificar esa categoría de derechos y distinguirlos de otros. Un tratadista español siguiendo la distinción que a su juicio “parece abarcar los criterios de fundamentalidad apuntados por la doctrina española” que aun cuando obviamente contemplan matices y grados de aceptación variable considera que pueden agruparse en dos categorías: el criterio material y el criterio formal<sup>84</sup>.

Nuestro interés sobre esta cuestión tiene el propósito de tratar de indagar sobre problemas como por ejemplo, la calificación de si todos los derechos reconocidos en el Título II de nuestra Constitución de 1983 pueden en verdad considerarse como fundamentales o, más bien planteamientos respecto a la importante cuestión de si todos los derechos incluidos en dicho Título II pertenecen a la misma categoría, o, en su caso, determinar si hay diferencias importantes entre ellos o bien, se trata de algo distinto de lo que podemos caracterizar como derecho fundamental; en 1983 parecerían considerados como tales por el constituyente salvadoreño de ese año todos y sólo los incluidos en el Título II cuando nomina dicho Título con la expresión “Derechos fundamentales”, comprensiva de los Derechos individuales (Capítulo I), los derechos Sociales (Capítulo II) y los Derechos políticos del Capítulo III. Por otra parte, la cuestión, está además estrechamente relacionada con otro problema importante que consiste en tratar de precisar si todos los derechos fundamentales generan derechos subjetivos a lo cual nos referimos brevemente antes y sobre lo cual nos extendemos adelante. Recordemos que la Constitución española de 1978 nomina su Título II “De los derechos y deberes fundamentales”, compuesto de los capítulos y secciones respectivos que presentamos en forma comparada con el tratamiento de nuestra Constitución de 1983 en el Cuadro V-1 siguiente, con el propósito de tratar de identificar el elemento que en esas denominaciones, los pudiera caracterizar como fundamentales según el derecho positivo constitucional de ambos países.

---

84 José Ramón Cossío Díaz. Estado social y derechos de prestación Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1989 p. 58 y stes.

Cuadro V-2

| CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978                                                              | CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA DE 1983                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TITULO PRIMERO DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES                                     | TITULO II. Art. 2 a 82<br>LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA                                                                                                                                                                                                                           |
| CAP. II DERECHOS Y LIBERTADES<br>Art. 14 a 38                                              | CAP. I DERECHOS INDIVIDUALES                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Sección Primera Art. 15 a 29<br>De los Derechos Fundamentales y de las libertades Públicas | Sección Primera. Art. 2 a 28 Derechos Individuales                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Sección Segunda Art. 30 a 38<br>De los Derechos y Deberes de los Ciudadanos                | CAP. II DERECHOS SOCIALES Art. 32 a 70<br>Sección Primera Art. 32 a 36 Familia                                                                                                                                                                                                                           |
| CAP. III DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL<br>Art. 39 a 52      | Sección Segunda. Art. 37 a 52 Trabajo y Seguridad Social<br><br>Sección Tercera. Art. 53 a 64<br>Educación, Ciencia y Cultura<br><br>Sección Cuarta. Art. 65 a 70<br>Salud Pública y Asistencia Social<br><br>CAP. III DERECHOS POLÍTICOS Art. 71 a 82<br><br>TITULO V Art. 101 a 120<br>ORDEN ECONÓMICO |

El propósito del Cuadro anterior es comparar en cada clasificación o agrupación de los derechos en diferentes categorías, el empleo de los términos por los ordenamientos español y salvadoreño y así, por ejemplo, ambos emplean la expresión “Derechos Fundamentales” al nominar los Títulos Primero y II respectivamente, de cada ordenamiento. Pero hay una diferencia importante, pues no obstante lo anterior, la Constitución española de 1978 incluye también, repitiéndolo, el término “fundamentales”, en el nombre de la Sección Primera del Título Primero, Capítulo II, como queriendo significar que los Derechos incluidos en esa sección son “más fundamentales” que los otros. No olvidemos por otra parte que la agrupación española de los derechos en las distintas categorías detalladas en el Cuadro anterior es determinante de la mayor amplitud del sistema de tutela. Podemos observar por otra parte, que los Derechos comprendidos en esa Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Carta Magna española en su gran mayoría se encuentran reconocidos en el Capítulo I Sección Primera de la Ley Fundamental salvadoreña de 1983 relativa a los Derechos Individuales, excepto la libertad de enseñanza y los derechos sindicales y de huelga que nosotros ubicamos en el Capítulo II del mismo Título II, relativo a los

Derechos sociales y, por otra parte, en España, esos derechos de la Sección Primera mencionada tienen una tutela tanto normativa como jurisdiccional mayor que las otras categorías. (Véase también el Cuadro II - 1 en la sección II anterior)<sup>85</sup>

El criterio material de distinción se apoya en la identificación que hacen algunos tratadistas de los derechos fundamentales con los derechos humanos. El Profesor Cossío Díaz a quien citamos antes cree encontrar el elemento material en un trabajo de Peces-Barba al identificar “el otorgamiento de la calidad de derecho fundamental por la coadyuvancia al desarrollo de la dignidad de la persona”; del mismo modo concluye en igual forma de una expresión de Osear de Juan Asenjo al decir: “en la Sección 1a. del Capítulo II se recogen los derechos fundamentales relacionados directamente con la dignidad de la persona humana”. Después de referirse a los puntos de vista de otros tratadistas que parten de un enfoque distinto, como Jaime Nicolás Muñiz por ejemplo, cuando considera que “al ser España un Estado social sus materializaciones en derechos deben tener carácter de fundamentales” y García Macho cuando al exponer los que llama “derechos fundamentales sociales” considera que su naturaleza jurídica sólo puede darse partiendo de lo social, por lo que de ese elemento adquieren un carácter de fundamentales, el Profesor Cossío Díaz concluye que “es en esos aspectos caracterizadores donde los elementos del criterio material plantean distintas dificultades” lo cual atribuye a “la exclusiva concepción de los derechos fundamentales como derechos humanos juridificados, de donde y al estarse por una idea de dignidad de la persona o por el progreso de una concepción del Estado social, todo el Título I termina admitiéndose como base de derechos fundamentales”<sup>86</sup>.

Hay una cuestión interesante que debemos destacar y es que el problema es más importante tal como se presenta en el sistema español por los distintos tratamientos contemplados en la Constitución de 1978 en cuanto a cambios de denominación de los derechos (que mencionamos antes), distintos grados y formas de tutela, (unos disfrutan de amparo por ejemplo, otros no), distintas fuentes formales de regulación (requieren ley orgánica), establecimiento de límites en el proceso de reforma, lo que lleva a concluir que si bien todos los preceptos del Título I español son iguales como dice Cossío Díaz, en lo jurídico es necesario distinguir entre “derechos de primera y

---

85 Para un excelente análisis de la caracterización de la expresión que estudiamos véase Lorenzo Martín-Retortillo, “Régimen constitucional de los Derechos Fundamentales” incluido en Lorenzo Martín Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo Derechos Fundamentales y Constitución cit. (p. 65 y stes). También de obligada consulta es, Luis Prieto Sanchís, Estudios sobre Derechos fundamentales Editorial Debate: Madrid 1990 particularmente el estudio II “Sobre el concepto jurídico de los Derechos Fundamentales” (p. 75 y stes.), que es un excelente resumen sobre la fundamentalidad al que nos referimos adelante.

86 José Ramón Cossío Díaz, Estado social y derechos de prestación cit. pp. 59 -61 que relaciona los puntos de vista de J. Nicolás Muñiz en “La declaración de Estado social en la Constitución española de 1978” incluido en Libro - homenaje a Manuel García Pelayo, Caracas 1980 p. 179 y R. García Macho, Las aporías de los derechos fundamentales y sociales y el derecho a una vivienda Madrid: 1982 p.p. 79 - 80 y 133

de segunda”, concluyendo: “Nos parece que cabría diferenciar ciertos derechos como fundamentales, atendiendo al criterio material, sólo si únicamente ellos desarrollan valores, o el principio de dignidad de la persona o fueran expresión exclusiva del Estado social, por no referir sino criterios ya apuntados”. En El Salvador todos los derechos del Título II son nominados Derechos fundamentales y nuestra Carta Magna de 1983 no establece diferencias en cuanto a los sistemas de protección o tutela ni respecto a las fuentes de regulación ni en relación a la reforma constitucional, tanto respecto a los derechos fundamentales del mencionado Título II como a otros recogidos en distintas partes del texto constitucional<sup>87</sup>

En nuestro ordenamiento constitucional actual no hay ninguna restricción respecto a la reforma constitucional y, en lo referente a las formas obligatorias de regulación de los derechos fundamentales aun cuando no tenemos una reserva legal de naturaleza general para esos derechos, nuestro constituyente se refiere o hace remisiones al legislador ordinario en buen número de disposiciones constitucionales lo cual no constituye necesariamente una reserva legal en uno u otro caso de remisión, es decir, no hay reserva en todos los casos, pues algunos son simples mandatos al legislador, en cuyo caso en otros sistemas la consecuencia es, que no necesariamente la materia debe normarse por ley.

El problema entre nosotros es distinto, ya qué, no obstante que los efectos de la reserva legal son los mismos de otros ordenamientos, aun cuando no haya reserva legal desde el punto de vista formal es decir, expresamente, el único medio de regular el ejercicio de un derecho es la ley al no haberse establecido una reserva reglamentaria y cuando además, los alcances de la potestad reglamentaria han sido limitados constitucionalmente al desarrollo de lo dispuesto por las leyes; después elaboramos un poco más esta cuestión<sup>88</sup>.

También en nuestro caso, antes hemos precisado que fuera del Título II se reconocen otros derechos que no son “menos fundamentales” tanto por el grado de protección de su tutela igual a los del Título II, como por el respeto a lo esencial de tales derechos mandatorios para todo derecho establecido en la Constitución, conforme al Art. 246 inciso primero, constitucional. No hay diferencias cuando nuestro legislador constituyente menciona “derechos consagrados en esta Constitución” al referirse a la responsabilidad de los funcionarios públicos en el Art. 245 y a “los derechos establecidos por esta Constitución” en el Art. 246 que es la disposición que manda respetar

---

87 Los límites en el proceso de reforma a que nos referimos en el sistema constitucional español consisten en lo dispuesto por el Art. 168 C.E. 1978 que establece para el caso de reforma de algunos de los derechos fundamentales (sección primera, Capítulo II, Título I) un procedimiento más difícil.

88 Véase también nuestro trabajo sobre “Potestad reglamentaria y Estado de Derecho” en Revista de Derecho Constitucional No. 3 cit. y en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública (Ed. de Dº Financiero/Eds. de Do. Reunidas S.A.: Madrid) XLIV/231-232 Mayo-Agosto 1994 p. 687 y stes.

el contenido substancial o esencial de los derechos para no alterarlos y de igual modo, en el caso del amparo establece que procede en los casos de “violación de los derechos que otorga la presente Constitución” según el Art. 247 también constitucional. Inevitablemente recordamos lo que decía el Profesor Alejandro Pace; que de alguna manera deberíamos tomar en consideración al reflexionar sobre la normación de los derechos cuando dice: “Hablar pura y simplemente, de los derechos constitucionales podría, a ese fin, resultar equívoco o desviante. Los derechos constitucionales difieren notablemente, entre ellos, si los consideramos bajo un perfil estructural (existen derechos de la personalidad; derechos reales; derechos a prestaciones ‘negativas’ o sea, derechos a la omisión de comportamientos dados; derechos a prestaciones positivas, entre los que se encuentra el derecho de crédito; derechos potestativos, etc.; en consecuencia mientras algunos derechos son absolutos, otros consisten en prestaciones esgrimidas sólo hacia ciertos sujetos públicos o privados”<sup>89</sup>

El otorgamiento de un mismo sistema de tutela (el amparo para el caso), aplicable a derechos de distinta naturaleza (como ocurre entre nosotros), ha planteado en otros países cuestiones interesantes.

La sugerencia de estudiar una clasificación en función de diferentes niveles o modalidades de tutela puede mal interpretarse por lo que deseamos ser explícitos en el sentido de que en términos generales creemos que era del todo justificable la decisión de nuestros constituyentes desde el siglo pasado de otorgarle medios de tutela en forma amplia a los derechos fundamentales no sólo en su cobertura sino en cuanto a quienes podían solicitarla.

La propia naturaleza de los derechos individuales de origen liberal justificaba sobradamente esa actitud mantenida tal vez por inercia cuando el advenimiento del Estado social ha modificado el panorama de los derechos fundamentales y de este modo, los derechos de prestación precisan de una actitud positiva del Estado que debe desarrollar distintas actividades para el cumplimiento efectivo de esos derechos; los ejemplos que citamos en la nota siguiente testimonian las dificultades y las probables consecuencias de hacer extensivo el sistema de tutela en forma generalizada.

Por otra parte, condicionar la exigibilidad del cumplimiento de un precepto constitucional que significa el reconocimiento de un derecho, a la promulgación de

---

89 Alejandro Pace en Antonio López Pina, La garantía de los derechos fundamentales cit. p. 81 y stes. Sin llegar al detalle del Profesor Pace la verdad es que los nuevos derechos-prestación son de naturaleza distinta de los derechos individuales tradicionales. Mueve a reflexión si no deberíamos considerar la clasificación de los derechos constitucionales tomando en consideración su naturaleza diferente y agruparlos en función de su tutela. Aun cuando referido solamente a los derechos fundamentales (y tal vez es valedero para nosotros), se ha Señalado respecto al régimen constitucional español su “carácter predominantemente casual y errático de los distintos epígrafes de las divisiones del Título 1. “(Pedro Cruz Villalón. “Formación y evolución de los derechos fundamentales en REDC No. 25 p. 36 y stes.) Esto haría más difícil la formulación del esquema cuyo estudio sugerimos.

una ley podría ser el pretexto para postergar indefinitivamente la vigencia y la efectividad de un derecho que la misma Constitución reconoce.

El constituyente español dispuso en 1978 que el ciudadano podía exigir la prestación de bienes que satisfacen ciertas necesidades sociales en la medida que así haya sido dispuesto en las leyes que desarrollan esos derechos-prestación.

En verdad, mucho de esos derechos prestaciones actualmente recogidos en las Constituciones para tener efectividad real precisan de una acción estatal que haga posible su cumplimiento que muchas veces el Estado no está en capacidad financiera de cumplir, lo cual les confiere una naturaleza diferente de los derechos individuales tradicionales cuya efectividad dependía de la sola abstención del Estado<sup>90</sup>

Considérese entre nosotros por ejemplo, el caso de varios preceptos del Capítulo II, Título II relativo a los Derechos sociales como el Art. 34 sobre los deberes del Estado para protección de la maternidad y la infancia; el Art. 37 que establece la obligación del Estado de “proporcionar ocupación al trabajador”; el derecho a la educación del Art. 53, de igual modo la salud como bien público y la obligación de velar por su conservación, etc.

La cuestión parece haberse planteado entre nosotros cuando en la Sentencia de Amparo 6- M- 92 se expresa: “Por otra parte es del caso señalar que los derechos que se alegan haberse violado, como son la obligación del Estado de velar por la conservación y restablecimiento de la salud; el de que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que les permita su desarrollo integral y el relativo a que el Estado controle la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar, contemplados en los Arts. 65 y 69 de la Constitución, por tener la categoría de derechos sociales, deben al ser reclamados precisarse e individualizarse, esto es, señalar en que medida la esfera jurídica propia de cada individuo protegida por la ley fundamental, resulta lesionada con el acto de autoridad impugnado, lo que no aparece del texto de la demanda”. Dejamos para otra oportunidad nuestros comentarios a esos interesantes conceptos.

El Profesor Cossío Díaz en la obra que citamos, puntualiza como señalamos: “Nos parece que cabría diferenciar ciertos derechos como fundamentales, atendiendo el criterio material, sólo si únicamente ellos desarrollan valores, o el principio de dignidad de la persona o fueran expresión exclusiva del Estado social, por no referir

---

90 Véase Osear de Juan Asenjo, *La Constitución económica española CEC*: Madrid, 1984 p. 120 y stes. En la nota 111 de las páginas 126 y 127 de dicha obra el autor consigna que V. Ottaviano en *Il governo dell' economia y principi giuridice*, recurre a los Arts. 45, 53 y 81 de la Constitución italiana para demostrar la inconstitucionalidad de una política inflacionista. También cita en España a M. Bassol, (“Planificación económica”) que llega a defender la obligación del Estado de indemnizar por las consecuencias negativas de la inflación, agregando que tanto éste como el anterior planteamiento son difíciles de justificar e imposibles de aplicar.

sino criterios ya apuntados”. El problema como el mismo señala es que resulta bastante complicado distinguir una parte, basados en un elemento compartido por toda la Constitución cuando ésta es en su totalidad un desarrollo axiológico con un claro objetivo. En suma, concluye afirmando: “puede decirse que si bien los derechos fundamentales son derechos humanos, no necesariamente los derechos humanos han de contemplarse como fundamentales” y es que la categoría moral habrá de sujetarse a la categoría jurídica, pues aun los derechos humanos son aquellos derechos morales de que gozan todas las personas morales por el solo hecho de ser tales, siguiendo el concepto de C.S. Nino, debemos concluir que su forzosa inclusión como derechos fundamentales en el ordenamiento - como señala Cossío Díaz - no es una aceptación que se deriva necesariamente. De allí que “los derechos humanos actúan en este nivel como horizonte al que tiende, o debe tender el desarrollo normativo, pero no como un vínculo que deba traducirse ineludiblemente en derechos fundamentales, al ser estos último categorías estrictamente jurídicas”<sup>91</sup>

Por una diversidad de factores los contenidos admitidos como derechos humanos no se concretan en la Constitución como fundamentales o ni siquiera son contemplados en ella, por lo cual la identificación de derechos humanos y fundamentales es cuestionable. De ser valederos los puntos de vista resumidos o al menos considerar cuestionable la identidad de los Derechos humanos y los Derechos fundamentales, tal vez hubiera sido preferible emplear el término “fundamental” en las recientes reformas constitucionales pues nuestra Constitución únicamente los mencionaba como derechos humanos entre todos los que forman la categoría que nomina Derechos fundamentales (individuales, sociales o políticos), en el Art. 55 como uno de los fines de la educación y además, conforme al Art. 60 inciso 2o. establece que es obligatoria la enseñanza de los derechos humanos; en los nuevos preceptos de las recientes reformas, también se emplea el término para asignar obligaciones a distintos funcionarios sobre el cumplimiento de los Derechos humanos, pero en ninguna parte los incluye en alguno de los grupos de la clasificación del Título II o los asimila a alguna de las categorías allí establecidas en forma que podamos identificar a cual pertenecen. Otra vez, parece que los vientos foráneos, tan fuertes en los últimos años prevalecieron y probablemente no se dieron cuenta quienes consintieron la reforma, que conforme a ésta no se consideraron como fundamentales los Derechos humanos según nuestro ordenamiento constitucional.

Siempre siguiendo el desarrollo de Cossío Díaz en Estado social y Derechos prestación en cuanto al criterio formal de la fundamentalidad considera que el autor más destacado es el Profesor García de Enterría que descansa su argumentación y, en la búsqueda de un elemento formal, elige el sistema de garantías y otras características que

---

91 J.R. Cossío Díaz, Estado social. cit. p. 62

el Art. 53 de la C.E. de 1978 asigna a las distintas categorías de derechos fundamentales del Título II y así por ejemplo afirma que ninguna duda cabe que los derechos de la Sección Primera del Capítulo II de dicho Título I “se han configurado técnicamente como derechos subjetivos y derechos subjetivos beneficiados de una especial y enérgica protección”, derechos a los que nos referimos antes (Véase Cuadro III-1 anterior).

Consecuencia de su enfoque, para el Profesor García de Enterría “el criterio de fundamentalidad radica en el sistema de protección” afirmando a continuación, “de manera que la misma será postulable únicamente para los derechos tutelados mediante el amparo”<sup>92</sup>. Al seguir el enfoque anterior de un criterio formal basado en la tutela, en el caso de nuestra Constitución de 1983 tendríamos que concluir que son derechos fundamentales no sólo aquellos incluidos en el Título II y en consecuencia también estarían comprendidos en ese concepto aquellos reconocidos en el Título V relativo al Orden Económico y de igual modo otros incluido en otras partes del ordenamiento constitucional, lo que significaría no tener sentido ni propósito la clasificación y denominación del Título II que hizo el constituyente de 1983.

Pero es el caso, en relación al criterio formal que adoptamos en 1983 que consiste en la propia nominación del Título II por el constituyente de ese año, que necesariamente debemos concluir estarían incluidos en esa categoría de Derechos fundamentales solamente aquellos mencionados en los Capítulos I, II y III del mencionado Título II y no quedarían comprendidos en la expresión los que aparecen en el Título V o sea los relativos al orden económico y otros dispersos en distintos preceptos de la Constitución. En consecuencia, al rebautizar y agrupar los derechos del Título II denominándolos fundamentales no pertenecen a esta categoría por ejemplo el derecho de propiedad así como otros o, por lo menos, debemos concluir que éstos son “menos fundamentales” aunque entre nosotros gocen de la misma tutela. También es importante agregar que el afán reformista (o “copiador”) del constituyente de 1983 lo lleva a incluir entre los primeros Derechos individuales es decir, aquellos que concretan los fines del Estado, (Capítulo I Sección Primera del Título II), que son obviamente Derechos “más” fundamentales de la persona, como “el derecho a la vida.....a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”. (Art. 2 inciso primero C. 1983). Esto significa, que por el Art. 103 inciso primero conforme a un criterio formal siguiendo el texto constitucional, la propiedad no es un derecho fundamental y por el Art. 1 inciso 1º sí lo es y, probablemente más que un derecho fundamental.

---

92 Ibid. p. 62 y stes. La opinión del Profesor García de Enterría es principalmente de “La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo” en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981 p. 122 cit. por J.R. Cossío Díaz op. cit. p. 53 n. 24. Obviamente esta interpretación del criterio formal no tendría validez en nuestro país. Cossío Díaz expresa que el Profesor Martín-Retortillo “parece inclinarse por un criterio de fundamentalidad derivado de elementos garantistas” en su trabajo “Régimen constitucional de los derechos fundamentales.. en *Derechos Fundamentales y Constitución* cit.

La verdad es, que el constituyente de 1950 los agrupó conforme a la terminología tradicional así: 1) “Régimen de Derechos Individuales” (Título X); 2) “Régimen de Derechos Sociales” (Título XI) con 4 capítulos: “Familia” (I), “Trabajo y Seguridad Social” (H), “Cultura” (III) y “Salud Pública y Asistencia Social” (IV); 3) “Régimen Económico” (Título IX) y 4) Derechos Políticos en el Título III denominado, “Los ciudadanos y el Campo Electoral”. Es decir, el legislador de 1950 no intentó comprenderlos a todos o la mayor parte de ellos en una sola categoría denominándolos fundamentales, como lo hizo probablemente por primera vez en Iberoamérica la Constitución peruana de 1979, de la cual obviamente la copiamos, que a su vez probablemente la tomó de la Constitución española de 1978. Esto es, en 1950 los derechos de los Títulos X y XI, y también los derechos de los Título IX y los del III son simplemente derechos constitucionales iguales entre sí y con otros reconocidos en la Carta Magna.

Por cierto que el Profesor Prieto Sanchís indica que aunque pueda dudarse de su utilidad científica la clasificación de los derechos no suele faltar en las exposiciones doctrinales y como precisaba Santi Romano hay un amplio panorama de clasificaciones doctrinales así como substanciales divergencias entre ellas, como vimos en la parte final de la Sección II anterior. Un criterio clasificatorio de los derechos es la titularidad de ellos que como puede observarse en nuestra normación constitucional es en muchos casos individual, en otros en favor de grupos y de igual modo en algunos casos son por naturaleza colectivos como la sindicalización o el derecho a huelga.

Pareciera ser que nuestro constituyente optó desde 1950 por el objeto tutelado o finalidad de los derechos y así los del Capítulo I Sección Primera del Título II o sea los Derechos individuales garantizan un ámbito de no sujeción del individuo, que en general exige una conducta de abstención o no interferencia cuando se trata de los alguna vez llamados por la doctrina derechos de autonomía en los que se atiende al modo del ejercicio y al contenido de la obligación. Los derechos políticos del Capítulo III del Título II son derechos de participación que hacen de sus titulares sujetos activos de la formación de la voluntad estatal y finalmente los incluidos en el Capítulo II del mismo Título II constitucional, son los llamados derechos prestacionales que a diferencia de los derechos de autonomía su finalidad y contenido se concreta en el derecho de exigir prestaciones positivas del Estado; también han sido denominados derechos de crédito pues en sentido estricto han de tener por objeto prestaciones de bienes o servicios.

La caracterización del párrafo anterior nos lleva obligadamente a recordar la cita que hicimos del Profesor Pace y, es que definitivamente los diferentes grupos de derechos reunidos en cada uno de los tres capítulos del Título II de la Constitución de 1983 tienen características distintas que probablemente justifiquen un tratamiento diferente a cada categoría desde varios puntos de vista como su tutela, su normación formal etc. Es significativo observar que la remisión al legislador secundario aparece repetidas veces en el Capítulo II relativo a los derechos sociales o sea en bastantes más

casos que en los Capítulos I y III que regulan los Derechos individuales y los Derechos políticos respectivamente.

Pedro Cruz Villalón afirma que a los derechos fundamentales no los define únicamente su contenido sino lo que en expresión de Herman Heller podríamos llamar su “conexión de sentido”, concluyendo: “.....la afirmación básica que podemos hacer es la de que la conexión de sentido de los derechos fundamentales es la Constitución: los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”. Es la misma idea que encontramos en forma generalizada en la doctrina, que el Profesor Cruz Villalón reafirma cuando indica a continuación del párrafo transcrito: “En primer lugar esto quiere decir: los derechos fundamentales son una categoría dogmática del Derecho Constitucional. Allí donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales”. No ignora que habrá otras cosas, a las que se refiere calificándolas como “con seguridad más importantes” tales como los derechos humanos, la dignidad de las personas; también indica que habrá cosas parecidas, que considera acaso igual de importantes como las libertades públicas francesas, los derechos públicos subjetivos alemanes, habrá, en fin - dice - cosas distintas, como frenos y privilegios para a continuación señalar: “pero no habrá derechos fundamentales”, resumiendo: “Lo cual nos permite concluir: derechos fundamentales son los derechos subjetivos anteriormente identificados en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.”<sup>93</sup>

El Profesor Prieto Sanchís comenta los conceptos anteriores así: “Naturalmente, que rechazemos esta posición tampoco significa que los derechos humanos existan jurídicamente al margen del Derecho positivo, sino tan solo que pueden ser reconocidos por el Derecho positivo mediante técnicas muy diversas y tampoco significa negar que justamente en España, los derechos fundamentales se definan ante todo y en primer lugar como derechos constitucionales” (Estudios cit. p. 96).

Al final de esta parte de la Sección V relacionamos conceptos del Glosario Constitucional Salvadoreño del Doctor Navarrete Azurdiá que citamos antes, el cual respecto a la corriente doctrinaria que sitúa a los derechos fundamentales en el plano de la positividad desarrolla así: “Benito de Castro Cid sobre este tema expresa lo siguiente: “Con independencia del momento histórico y del ámbito doctrinal en que ha fraguado esta expresión ‘derechos fundamentales’, parece que su aspecto determinante es el de designar aquellos derechos que han sido incorporados a las Constituciones o Leyes Fundamentales como principios básicos de organización del régimen político. En cuanto derechos fundamentales, los derechos humanos actúan como

---

93 Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los Derechos fundamentales” cit. p. 41

criterios que orientan las instituciones más importantes de una organización jurídica, fijando límites al ejercicio de los poderes y legitimando así a la propia organización política en cada situación correcta. Aceptando, pues, como característica básica esta funcionalidad interna de fundamentación del sistema jurídico política, puede definirse a los derechos fundamentales, según los entiende la mayor parte de la doctrina, como aquellos derechos humanos que han sido positivizados en las Constituciones estatales”. (Op. cit. p.p. 121y122).

El mismo profesor Cruz Villalón en otro trabajo, refiriéndose al sistema español afirma que no sólo hay un contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados, “sino que también habría un contenido esencial de los derechos fundamentales en su conjunto como tal categoría”. Agregando que ésta, vendría integrada por una vertiente material y una formal; respecto a la primera, “los derechos fundamentales son aquellos considerados como tales en la conciencia, y en la cultura jurídicas en que se inserta el Estado constitucional español”. En cuanto a la vertiente formal, el contenido esencial, precisa el mismo autor, se integraría por un elemento genérico común a todo derecho: la garantía judicial, y un elemento específico de todo derecho fundamental: la vinculación del legislador. En el primer sentido, significa que sin tutela judicial no hay Derecho, ni en consecuencia, derecho fundamental. En cuanto a la garantía específica del derecho fundamental la capacidad de vincular al legislador es lo que hace derecho, un derecho fundamental.

Las proposiciones anteriores fijan pautas más concretas sobre lo fundamental de la fundamentalidad que las presentadas por otros autores; excepto la llamada “vertiente material” que por su propia naturaleza se podrá prestar a diferentes interpretaciones; en lo referente a la “vertiente formal” la garantía judicial y la vinculación del legislador, cualquiera que sea el alcance que tengan en la práctica son conceptos claros.<sup>94</sup>

Robert Alexy en su Teoría de los derechos fundamentales citada, al hablar de las normas de los derechos fundamentales se refiere a la fundamentalidad formal y la fundamentalidad material que él también identifica como modelo puramente procedimental o bien, puramente material. En el primero la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento, lo cual significa referido a la legislación que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo o sea como dice Alexy: “Todo lo que es creado de acuerdo con el procedimiento y las formas previstos a tal efecto es derecho positivo”. Una Constitución de este tipo tiene una influencia sólo mediata en aquello que será derecho positivo. En consecuencia, por lo que respecta al contenido de las leyes se-

---

94 Pedro Cruz Villalón en la obra cuya edición dirigió A. López Pina La garantía constitucional de los derechos fundamentales cit. p. 127

ñala el mismo autor: “lo decimos, es, en última instancia la voluntad del legislador, su razón o su sinrazón, como así también los límites de sus posibilidades de acción”. A este modelo corresponde una teoría de los derechos fundamentales según la cual, éstos, no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, o dicho de otro modo, el legislador puede restringirlos pues posee competencia para hacerlo, aunque deba hacerlo en determinada forma.

Opuesto al modelo puramente procedimental es el modelo puramente material. Si al menos teóricamente es posible el modelo procedimental cabe dudar - dice Alexy- de la posibilidad de una Constitución que responda al modelo puramente material. La Constitución en ese modelo, contendría normas exclusivamente materiales. Esencialmente, en este caso, la legislación que exista, se limita a declarar aquello que de todas maneras es debido en virtud de la Constitución.

La Ley fundamental alemana, para el profesor Alexy, no tiene un carácter ni de uno u otro modelo (recordemos que cada uno es, o puramente procedimental o bien puramente material), sino más bien es mixto, material - procedimental, probablemente igual que todas las Constituciones incluyendo obviamente la nuestra. De este modo en nuestra Constitución lo que es el núcleo de su parte procedimental lo constituyen las normas sobre el procedimiento legislativo y en cuanto a sus elementos materiales además de las normas iusfundamentales está la determinación de los fines del Estado. La incidencia del modelo mixto de la Constitución en el sistema jurídico es importante para el sistema jurídico en su totalidad, significa que además de los contenidos del sistema jurídico que son posibles conforme a la Constitución, existen otros contenidos que son constitucionalmente necesarios y otros que son imposibles. “El hecho - concluye el profesor alemán de que las normas iusfundamentales determinan los contenidos necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal”, a esta fundamentalidad formal debemos agregar la fundamentalidad material. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales por que con ellos se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la Sociedad. El mayor o menor contenido que se le de es determinante de que se delegue poco o mucho en el legislador y ello nos lleva al problema del núcleo substancial o sea, del contenido esencial de los derechos fundamentales y consecuentemente al problema de los límites de su limitación o restricción al que nos referimos en otra parte de este trabajo<sup>95</sup>.

Se ha dicho por Landelino Lavilla (en la Introducción a la obra editada por López Pina La garantía constitucional de los Derechos fundamentales, citada p. 36 y sts.), que “el calificativo de ‘fundamentales’ tanto expresa la esencial dimensión de lo humano y su prioridad axiológica, cuanto su función cimentadora, fundamentadora del orden político”.

---

95 Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales cit. pp. 503 - 507

Queremos cerrar nuestra incursión en la fundamentalidad recordando los conceptos del Doctor Salvador Navarrete Azurclia en su excelente Glosario que citamos antes, publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas. Considera el constitucionalista salvadoreño que la expresión “derechos fundamentales” es entendida por lo menos en dos sentidos, uno que los sitúa en el plano de la positividad como lo plantea Pérez Luño a quien citamos antes y en el mismo sentido, Benito de Castro Cid. Enrique II. Haba es el tratadista que el Doctor Navarrete Azurclia considera que expone adecuadamente la otra tendencia cuando se refiere a conflictos entre derechos fundamentales, por ejemplo entre el derecho a la intimidad y el derecho a informar, entre la libertad del imputado y la seguridad de los miembros de la colectividad, entre la libertad de industria y el derecho a un medio ambiente sano. La tesis que ha surgido de lo anterior plantea que unos “derechos humanos” son más “fundamentales” que otros, que no tienen idéntica importancia, es decir que cabe reconocer jerarquías entre ellos. Por eso el Doctor Navarrete dice, citando a Haba, “se acepta que unos, no tan “fundamentales”, pueden ser legítimamente pospuestos en beneficio de otros, más “fundamentales”, suponiendo que para salvar los segundos sea inevitable reducir o hasta descartar la realización de los primeros”.

Advierte el constitucionalista salvadoreño que un sector de la doctrina sostiene que una característica de los derechos humanos es que son paritarios, o sea que todos son de igual jerarquía, pero según refiere Haba es un hecho observable, que en todo ordenamiento jurídico se sacrifican, llegado el caso, ciertos derechos por otros, por lo cual es preciso establecer criterios para determinar cuales deben ceder en un momento dado. Previene Haba que dentro de esta corriente de pensamiento que postula la necesidad de establecer jerarquías no faltan desacuerdos sobre cuales son en rigor los fundamentales y en que condiciones deben ante ellos ceder otros derechos.

Un criterio de distinción - utilizado por Shue entre otros - se fundamenta en que hay ciertos derechos fundamentales en los que disponer de ellos es condición indispensable para poder disfrutar de los restantes derechos. Es decir, en el sentido aquí usado sólo deben entenderse como esos derechos fundamentales, si el disfrute de ellos es indispensable para el disfrute de otros.

Basado en lo antes relacionado Haba distingue entre los siguientes grupos de derechos:

- |                       |                               |                                  |
|-----------------------|-------------------------------|----------------------------------|
| -Fundamentales        | - Fundamentales               | - Integridad (en sentido amplio) |
| (en sentido estricto) | - Física                      |                                  |
| A. Derechos           | - De sentencia                | - Libertad                       |
| Humanos (alimento,    | - Derechos Políticos personal |                                  |
| vestido Básicos,      |                               |                                  |
| vivienda, atención    |                               |                                  |

## B. Derechos Humanos Complementarios

### C. Otros Derechos

(los que no califican de “Derechos Humanos”)

Haba reconoce problemas prácticos como averiguar hasta que punto sería realmente “necesario” sacrificar tal o cual derecho no básico y, también queda pendiente, dice, como resolver eventuales conflictos entre los derechos fundamentales. Señala el Doctor Navarrete Azurdia que lo importante es estar consciente del sentido que cada autor o legislación da a la expresión “derechos fundamentales” para no incurrir en equívocos.

Finalmente el Doctor Navarrete Azurdia concluye - como lo hemos señalado nosotros - que nuestra Constitución no es consistente en la terminología cuando emplea diversas expresiones en el Título II y en otras parte del texto constitucional<sup>96</sup>

## CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El autor a quien nos hemos referido en párrafos anteriores para nuestra relación o sea, Cossío Díaz indica que ante la ausencia de un sólido parámetro para delimitar los derechos fundamentales ha recurrido al “contenido esencial” de éstos como una posibilidad, considerando que muchos preceptos constitucionales establecen la objetivación de los elementos característicos que otorgan identidad a los distintos derechos. El sistema constitucional español al establecer la reserva de ley para la regulación de ciertos derechos dispone que en todo caso se deberá respetar su “contenido esencial” con el propósito de preservar ciertos contenidos de los derechos frente a su regulación legislativa. De allí que el tratadista citado concluya que “el contenido esencial se constituye en el criterio de fundamentalidad introducido por el constituyente español ya que mediante él los derechos a los que se otorga adquieren características especiales de existencia propia.....” Lo cual significa continúa: “que un derecho sea fundamental por coincidir con una peculiar manera de representar ciertos elementos valorativos (criterio material), o sólo por tener reconocidas en su favor determinadas vías de ejercicio (criterio formal), para sostener que lo es por su ‘capacidad’ de identificación y de preservación a partir de sí mismo”.

Ahora bien, qué debemos entender por lo que el constituyente español llamó contenido esencial y, cual es precisamente la importancia del mandato contenido en el Art. 246 de nuestra Carta Magna de 1983 al decir que los principios y derechos constitucionales “no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”. El Tribunal

---

96 S. Navarrete A., Glosario cit. p. 121 y stes.

Constitucional español entiende por contenido esencial como dijimos en otra parte de este trabajo: “aquella parte del contenido de un derecho sin el cual este pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo”. En la determinación de la fundamentalidad es su consecuencia frecuente, formular el contenido esencial con un carácter absoluto cuando se admite un límite objetivo infranqueable por el legislador o bien, se habla de carácter relativo al hacer referencia a las facultades individuales de ejercicio derivadas del derecho fundamental, por lo que puede admitirse su afectación en ciertos casos.

Cossío Díaz considera que para los seguidores del criterio material de fundamentalidad todos los contenidos constitucionales que coadyuven al desarrollo de la dignidad de la persona son derechos fundamentales atribuyendo ese enfoque a la confusión que hace la concepción material entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para el autor que reseñamos éstos son una categoría jurídica específica por lo que, “si bien todos los derechos fundamentales se ligan con este valor último del ordenamiento, no todas las disposiciones que en la Constitución lo hacen tienen status de derechos fundamentales”. Como puede concluirse de lo anterior y de la doctrina del Tribunal Constitucional español respecto a la cuestión de la fundamentalidad de los derechos constitucionales se han presentado distintos puntos de vista que tratamos de relacionar en forma resumida. Debemos señalar que se trata de un problema al que es justificado darle apropiada atención cuando es lo que puede determinar el límite de la función del legislador al reglamentar un principio o derecho reconocido en la Constitución y en consecuencia es necesario para calificar la medida en que el derecho de que se trata no ha sido vulnerado por el legislador secundario.

Dice Pedro Haberle que la garantía del contenido esencial concretado en el Art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana “ha hecho fortuna en una serie de constituciones nacidas con posterioridad a 1945”. Y, agrega a continuación: “Un éxito tan sorprendente de la idea de contenido esencial no ya entre diversos poderes constituyente sino asimismo en jurisprudencia y doctrina sugiere, que el mismo comporta un progreso en el conocimiento de la libertad”. Señala después, que “La nueva categoría de contenido esencial - a fin a las cláusulas de irreformabilidad del Art. 112 de la Constitución Noruega de 1814: por mucho que a la postre pueda evidenciarse como meramente retórica, y se trate meramente de una clave cifrada de principios constitucionales para protección de los derechos fundamentales, en cuanto texto y configuración comporta un afortunado estadio de desarrollo”<sup>97</sup>

---

97 P. Haberle en la obra cuya edición dirigió A. López Pina La garantía de los derechos fundamentales cit. p. 120. El Art. 19.2 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana dice: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia”. El Art. 53.1 de la Constitución española de 1978 manda que sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo 11 del Título Primero. No pudimos verificar si es correcta la referencia al año de la Constitución de Noruega citada, pero nos parece extraño que sea 1814, aun cuando es el que aparece en el texto que transcribimos de la fuente citada.

Citamos al maestro alemán para destacar la importancia y trascendencia del concepto de “contenido esencial” que aun cuando no lo hemos incorporado en nuestra Carta Magna con esa denominación, es la idea subyacente en el inciso primero del Art. 246 de la Constitución de 1983 (Art. 221 de la Constitución de 1950), cuando dicho precepto ordena que los derechos “no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”. Tenemos la impresión que los alcances de la disposición citada no han sido - entre nosotros - valorados en su propia dimensión como el elemento substancial y necesario que caracteriza un determinado derecho que, además, es lo único que nos habilita para calificar si un precepto legal pudiera haber “alterado” un derecho constitucional.

Contrasta lo anterior con el “vehemente y largo debate alemán” como lo llama el Profesor Haberle en torno al significado del contenido esencial de la Ley Fundamental, que lo lleva a considerar que a su juicio debería “moderarse en la actualidad perdiendo parte de su carga de drama”. Para identificar el contenido esencial hay dos teorías claramente diferenciadas cuya pragmática integración debería buscarse como ha sido señalado; la “absoluta”, para la cual lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídico-fundamental y la “relativa”, que es la indagación de la existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales<sup>98</sup>

Señala Haberle que la propuesta armonizadora anterior se ha visto reforzada por nuevos textos constitucionales que unen aspectos de la teoría absoluta y de la teoría relativa. Cita un precepto de 1984 de la Constitución de la Comarca de Basilea que dice: “Únicamente se podrá limitar los derechos fundamentales, cuando y en la medida en que lo justifique un interés público predominante.

Su núcleo es intangible”. En Portugal el Art. 18.2 constitucional requiere de las leyes, que limiten derechos, libertades y garantías, “deberán ceñirse a lo que sea indispensable para garantía de otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos”, lo cual califica Haberle como un reelaboración del principio constitucional

---

98 Las teorías mencionadas han sido también caracterizadas en relación a la garantía del contenido esencial de los derechos por Teresa Freixas Sanjuán. así: “El Tribunal Federal alemán ha interpretado esta garantía a partir de dos líneas teóricas: las llamadas teorías relativa y absoluta. En la teoría relativa el contenido esencial no queda definido por si mismo sino en función del bien que trata de proteger: en consecuencia, a partir de esta teoría los derechos no se contemplan como absolutos sino como estructuras jurídicas que tienen protección frente a límites arbitrarios: y el contenido esencial como garantía sólo actúa como una resistencia frente a la limitación injustificada. La teoría absoluta por su parte, construye la garantía del contenido esencial como una protección singularizada que goza de cierta autonomía conceptual; en esta teoría el contenido esencial del derecho constituye un núcleo absolutamente prohibido al legislador, ni tan siquiera en caso de conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”. (Constitución y derechos fundamentales cit. p. 71 ). Para un relevante y quizás insuperable análisis de los alcances del Art. 53 español respecto a la cuestión, véase Ignacio de Otto y Pardo, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución” en Derechos fundamentales y Constitución cit. p. 95 y stes. Pedro Cruz Villalón en sus excelentes comentarios sobre el tópico “El legislador de los derechos fundamentales” en La garantía de los derechos fundamentales cit. p. 129 y stes. se refiere al trabajo del desaparecido profesor de Otto calificándolo de “magistral ponencia”

conocido como interdicción de desproporción, exceso o desmesura. Además, el Art. 18.3 prohíbe reducir o disminuir el contenido esencial de las normas constitucionales.

En suma, el mandato de prohibición dice Haberle es tan esencial que viene a ser inmanente al derecho fundamental o, dicho de otra forma, es una parte integrante del derecho fundamental como principio constitucional, es decir: “corresponde por principio a la esencia de la libertad jurídico -fundamental en el Estado Constitucional, que sólo puede ser limitada en función de otros temas constitucionales de superior o semejante valor”<sup>99</sup>

El problema del “contenido esencial” o “la esencia” de los Derechos fundamentales como lo llama el constituyente español o la Ley Fundamental alemana respectivamente, para nosotros rebasa lo que es propiamente su importancia como un elemento que permite identificar la fundamentalidad de los derechos, como vimos se ha sugerido por tratadistas como Cossío Díaz. Nosotros consideramos particularmente importante caracterizar un derecho a fin de calificar el grado y medida en que una ley vulnera su contenido básico cuando la regulación del ejercicio de ese derecho, reconocido en la Constitución, limita o restringe su plena efectividad.

De ahí, la importancia del contenido esencial de los Derechos es decir, la propia substancia característica de cada derecho es lo que nos permite considerar cuando han sido “alterados por las leyes que regulen su ejercicio” en contravención al Art. 246 constitucional. Por lo anterior es que presentamos algunas consideraciones respecto a los límites y restricciones de los Derechos fundamentales y ampliamos los conceptos presentados antes respecto al contenido que es inherente e inseparable de la propia naturaleza del Derecho de que se trata o sea, aquello que es necesario para la propia existencia del mismo.

El problema surge necesariamente porque la intervención de la ley en la normación de los Derechos fundamentales es inevitable e incluso obligada cuando aparece reconocida en las Constituciones por medio de una declaración que algunas veces señala únicamente las líneas generales de la reglamentación que debe hacer el legislador secundario. Ahora bien, el problema surge o más bien se complica aun más, porque el legislador constituyente concreta un determinado punto de vista en un precepto abierto respecto al cual existen distintas posibilidades de interpretación.

En otras palabras, hay una eventual contraposición entre la ideología constitucional recogida en el texto de la Ley Fundamental y los valores y finalidades del legislador que reglamenta la constitucionalización del Derecho. No olvidemos que los integrantes del Poder Legislativo son representantes del pueblo, en consecuencia, en los sistemas democráticos, también de la soberanía nacional, aun cuando, en muchos países, como se ha dicho, no es “la encarnada históricamente en el texto

---

99 La garantía de los derechos fundamentales cit. p. 121 y 122

constitucional”, desde luego que es la soberanía manifestada en elecciones periódicas de los miembros de los Parlamentos o Asambleas a los que se atribuye la legitimidad democrática y en consecuencia tienen la libertad política para normar la convivencia social de acuerdo a determinados valores y postulados ideológicos<sup>100</sup>

Sobre los conceptos anteriores es interesante reflexionar respecto a los alcances de su aplicabilidad entre nosotros, después de modificarse totalmente el Art. 1 de la Constitución de 1950 al sustituirse por el actualmente vigente Art. 83 de la Constitución de 1983 que dice: “El Salvador es un Estado soberano.

La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”<sup>101</sup>

El principio establecido por el Art. 83 constitucional transcrito cuyos alcances señalamos en la nota anterior son determinantes del concepto de resistencia o de especial fortaleza en particular frente a las decisiones de los órganos políticos y, que ha sido señalado alguna vez en la doctrina como propio del carácter especial o “fundamental” de los derechos fundamentales.

Seguramente, la resistencia más importante consiste en hacer frente a la actividad legislativa lo que, en verdad como dice Prieto Sanchís en la obra citada: “constituye una tarea difícil, ya que se trata de buscar un equilibrio entre la incuestionable libertad política del legislador y la no menos indiscutible resistencia jurídica de las

---

100 Véase Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos fundamentales cit.* p. 140

101 Probablemente inspirado en la Constitución peruana de 1979 (Art 81, que a su vez, presumiblemente lo tomó de la Constitución italiana de 1948 que en su Art. 1.2, dispone: “La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nella forme e nei limiti della Costituzione”. Es interesante la explicación sobre el particular en el Informe de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983 (que llaman Exposición de Motivos en algunas publicaciones), cuando dijo: “que era más técnico y apropiado dejar establecidas las limitaciones a la soberanía desde el punto de vista eminentemente jurídico”, agregando a continuación: “Es precisamente el carácter jurídico de la soberanía lo que lo hace susceptible de determinadas limitaciones que la sujetan en su ejercicio a las normas preestablecidas por el mismo poder soberano. Es decir, que el poder soberano puede autolimitarse y lo hace estableciendo normas jurídicas para su ejercicio. Ahora bien, el cambio fundamental desde 1983 es que el soberano se autolimita a través de la Constitución esto, como bien dice Manuel Aragón siempre que no separemos Estado democrático y Estado de Derecho (Constitución y Democracia cit. pp. 31-32) Las consecuencias del cambio parecen no haberse percibido totalmente y así escucharnos referencias a la representación soberana de los miembros de la Asamblea Legislativa que debemos entender ahora en el sentido de poder ejercerse pero dentro de los límites señalados por la Constitución. Esto es precisamente lo importante en nuestro sistema constitucional pues, cuando la Asamblea Legislativa dentro del concepto decimonónico de la superioridad de la ley que arranca desde la Revolución Francesa podía legislar sobre todo, y aun sigue haciéndolo pero ahora, dentro de los límites de la Constitución, cuestión a la que nos referimos después. También es interesante señalar que cuando en 1983 estábamos copiando la Constitución peruana para algunos de nosotros nos queda recordar el texto del Art. 1 de la Constitución salvadoreña de 1883 que decía: “La Nación salvadoreña es soberana, libre e independiente. La Soberanía reside esencialmente en la Nación y será ejercida en la forma que prescribe esta Constitución”. El Art. 81 de la Constitución peruana de 1979 decía: “El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades de la Constitución y la ley”, que en 1994 se convierte en: “Art. 4º. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

decisiones constitucionales “. (op. cit. p.140)<sup>102</sup>

En verdad, las limitaciones constitucionales a las actividades de los órganos del Estado en relación a la efectividad de los Derechos fundamentales, constituyen todo un entramado cuya sustentación más importante es que la soberanía se ejerce dentro de los límites de la Constitución. Por otra parte, no olvidemos que en nuestro país, los derechos constitucionales (no sólo los fundamentales del Título II), vinculan a los poderes públicos es decir, son obligatorios de inmediato, cuando en virtud de la protesta obligatoria como requisito para tomar posesión de su cargo todo funcionario conforme al Art. 235 constitucional, debe “cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto cualesquiera “

La vinculación inmediata de los preceptos constitucionales que obliga a los funcionarios también puede percibirse cuando el Art. 249 constitucional dispone “la derogación de todas aquellas disposiciones que estuvieran en contra de cualquier precepto de esta Constitución”. De lo anterior resulta como consecuencia necesaria que los derechos reconocidos por la Constitución “no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio” (Art. 246 inciso 10) y que la Constitución prevalece sobre las leyes y reglamentos (Art. 246 inciso 20), esto es, el constituyente quiso concretar expresamente la supremacía constitucional.

Por otra parte, como hemos señalado antes, la incorporación de algunos derechos en la Constitución muchas veces se hace por medio de un simple enunciado del reconocimiento del tal o cual derecho y en otros casos solamente se indican algunos lineamientos generales; en otros preceptos hay una remisión expresa a la ley empleando distintas fórmulas como lo señalamos en otra parte de este trabajo.

Finalmente, en algunos casos como por ejemplo el Art. 5 constitucional, el constituyente al reconocer la libertad de entrar y permanecer en el territorio de la República agregó, “salvo las limitaciones que la ley establezca” y así, hay otros casos similares en que la misma Constitución autoriza el establecimiento de limitaciones y restricciones.

Ahora bien, si no es cuestionable que los derechos están sujetos a restricciones, el problema surge en la determinación del contenido y alcance de las limitaciones permitidas así como la distinción entre restricciones por una parte y regulaciones o concreciones, por otra<sup>103</sup>

---

102. Un aspecto interesante es el relativo a la cuestión de considerar si se ajustan a la Constitución las leyes que de algún modo comportan procesos regresivos que es el problema estudiado por Francisco P. Bonifacio en su trabajo “Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica” incluido en Antonio López Pina, División de poderes e interpretación Editorial Tecnos: Madrid 1987 pp 80 - 81. No podemos aceptar que la estructura normativa abierta de las Constituciones que si bien es cierto, puede incidir en forma negativa sobre la interpretación del texto constitucional, sin embargo, no debemos olvidarnos que ese texto es el límite de la interpretación; esta cuestión origina problemas como el estudiado por el expresidente del Tribunal Constitucional y ex Ministro de Justicia de Italia restricciones

103. En relación a las restricciones de los derechos desde el punto de vista lógico son interesantes los conceptos de

No es tarea fácil caracterizar en términos generales el contenido esencial de los derechos fundamentales pues como señalaba el Profesor Rubio Llorente se trata de un concepto jurídico indeterminado y, por otra parte cada derecho tiene su propio núcleo de esencialidad. En otras palabras, es difícil hablar de un contenido esencial de la categoría derechos fundamentales porque no existe, es decir que por medio de procedimientos conceptuales podemos intentar delimitar lo esencial o substancial únicamente en relación a cada derecho fundamental en particular<sup>104</sup>

Nosotros no hacemos referencia en ningún precepto constitucional a determinado criterio para orientarnos en la preservación del equivalente al “contenido esencial” español o, a su esencia” de la Ley Fundamental de Bonn y, únicamente establecimos el mandato del Art. 246 inciso primero constitucional, relativo a que las leyes al regular el ejercicio de los derechos y principios establecidos por la Constitución no pueden alterarlos. Establece la misma Constitución una abundante cantidad de preceptos que constituyen mandatos al legislador secundario para regular los derechos e incluso como señalamos, el Art. 5 relativo a la libertad de tránsito menciona expresamente “las limitaciones que la ley establezca”; es importante identificar los alcances de la “alteración”, para concluir si hay incumplimiento de lo dispuesto en la disposición citada. Es decir, ninguna limitación o restricción debe vulnerar el contenido mínimo que constituye el núcleo substancial de un derecho y creemos que no está demás recogerlo en un precepto constitucional aun cuando, como dice bien Haberle, “La cláusula de contenido

---

Robert Alexy sobre la “teoría externa” y la “teoría interna” presentados en su Teoría de Jc,s Derechos Fundamentales cit. p. 267 y stes. El concepto de restricción de un derecho, dice Alexy, sugiere la suposición de dos cosas - el derecho y sus restricciones - entre las cuales se da una relación de tipo especial es decir la de la restricción. Definida así la relación entre derecho y restricción, entonces, existe primero, el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. Conforme a esta teoría externa los derechos se presentan primordial o exclusivamente como derechos restringidos (aún cuando son concebibles los derechos sin restricciones). La relación entre derecho y restricciones es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos así como también los derechos individuales y los bienes colectivos. En cambio en la teoría interna, no existen dos cosas (el derecho y sus restricciones), sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. Entonces, el concepto de contenido es sustituido por el de límite. Concretando Alexy: “Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca del cual es su contenido”. (Op. cit. pp 268 -269 y stes).

104 En este orden de ideas es interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC, 11 /1981 de 8 de abril), sobre el derecho de huelga. El Tribunal señala que se pueden seguir dos caminos: “El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica” para lo cual se establece “una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas “. En este supuesto el contenido esencial de un derecho subjetivo se compone de “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo”. El segundo camino se centra en cambio, según resume Prieto Sanchís, en la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos. Dice el Tribunal: “Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En suma, concreta el Profesor Prieto Sanchís, “el contenido esencial se vulnera cuando en la normativa legal ya no es posible reconocer los elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental”.

esencial no protege nada que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución”.<sup>105</sup> Nosotros pensamos que los Profesores Haberle y de Otto y Pardo citados tienen toda la razón pero tenemos serias dudas que se de el alcance indicado en la interpretación de los preceptos constitucionales en general y de las disposiciones relativas a los derechos en particular. Aun más, el alcance del verbo “alterar” de nuestro Art. 246 inciso primero, podría ser caracterizado o identificado con alguna diferencia a contenido mínimo o substancial de un derecho, lo cual pensamos podría facilitar la interpretación o bien una referencia al límite de las regulaciones por medio de conceptos como desproporcionalidad, vulneración del núcleo substancial etc. respetando un mínimo. En la nota 82 de la sección IV anterior citamos una sentencia de nuestra Sala de lo Constitucional, de 1986 que al referirse a la supremacía constitucional precisa que no obstante tal supremacía esos derechos como lo reconoce la misma Constitución “pueden y deben ser regulados en su ejercicio por leyes secundarias tal como lo dispone el Art. 246; toda vez no se alteren los principios que establece la misma y se respete la esencia del derecho garantizado constitucionalmente” (subrayado nuestro). Aun cuando las citas de Haberle y Otto de Pardo anteriores podrían llevarnos a cuestionar la justificación de haber incluido en el texto constitucional alemán y español una garantía que pudiera parecer redundante, nosotros pensamos y, deseamos reiterarlo, que no habría daño entre nosotros señalar un índice o elemento de referencia para calificar la alteración del Art. 246 constitucional, y esto, no porque creemos sea absolutamente necesario hacerlo, pero si creemos que es absolutamente necesario hacer lo posible para evitar algunas interpretaciones espantables que se acostumbra hacer de nuestra Constitución<sup>106</sup>

Y es que rectamente entendida como lo hace la doctrina alemana al interpretar la expresión “su esencia” del Art. 19.1. de la Ley Fundamental de Bonn debemos considerar esa característica como un “límite de los límites”, es decir como un valladar

---

105 Pedro Haberle en Antonio López Pina, La garantía de los Derechos fundamentales cit. pp. 122- 123. Agregando el Profesor Haberle: “Se trata tan solo de una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes como los de la interdicción de desproporción, exceso o desmesura, la prohibición del absurdo “ (Op. cit. p. 123). En iguales términos el Profesor de Otto y Pardo cuando puntualiza: “la garantía del contenido esencial tiene un valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto del que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales mismos”. De ahí, que por eso mismo, “la garantía del contenido esencial entendida como límite de los límites no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a todas las normas constitucionales “ (Op. cit. p. 127).

106 Por otra parte, como tratamos de resumir al final de este trabajo debemos de tornar en consideración que nuestra normación constitucional de los derechos fundamentales no contempla expresamente algunas garantías normativas que por ejemplo adoptó el constituyente español de 12.78 tales como la fuerza vinculante, la reserva de ley general, la rigidez constitucional o el contenido esencial a que nos estamos refiriendo. Además, otras Constituciones consideran que la regulación del ejercicio de un derecho comprende su limitación (Art. 19.1 de la Ley Fundamental alemana cuando dice: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental puede ser restringido por ley o en virtud de una ley “ y de igual modo el Art. 49 de la República Democrática alemana que establecía: “En la medida en que esta Constitución permita una limitación de los derechos fundamentales “Estas regulaciones o referencias expresas son las que consideramos necesario estudiar a fin de ponderar apropiadamente la conveniencia de su incorporación a nuestros textos constitucionales.

insuperable una vez que la disposición limitadora de un derecho deba considerarse legítima y suficientemente justificada. Pero, no es suficiente que una disposición limitadora tenga buenas razones para justificarla pues lo que determinará en definitiva su ilegitimidad es el hecho de que vulnere o dañe lo que es el núcleo sustancial o sea, el contenido mínimo de un derecho. Con la claridad envidiable característica de los escritos del Profesor de Otto decía: “La garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Y es que el establecimiento de un límite de los límites es absolutamente necesario cuando la regulación del ejercicio de un derecho fundamental comprende la actividad legislativa de limitación de los mismos.

El contenido esencial es identificado en la sentencia española citada como “aquella parte del contenido de un derecho”, que podríamos considerar como su núcleo identificador o sea, no es todo el contenido de un derecho, sino sólo una parte, aquella que resulta imprescindible para que el derecho fundamental no deje de existir o se transforme en algo distinto. Pero se pregunta Prieto Sanchís “¿hacía falta recordarlo?, si una ley limita el ejercicio del derecho fundamental hasta el punto de hacerlo irreconocible, debe sin duda declararse inconstitucional “.

Es importante tener presente un importante señalamiento que hace también el Profesor Prieto Sanchís cuando nos recuerda que al hablar del presunto carácter absoluto de los derechos debe reconocerse que son por naturaleza limitados o, si se prefiere - dice- “presentan unos límites inmanentes que derivan de la propia necesidad de preservar no sólo los demás derechos, sino también otros bienes constitucionalmente valiosos”<sup>107</sup>

Sobre lo que no hay ninguna duda es que esta limitación ha de estar en todo caso justificada ya sea, no sólo porque debe significar la realización de otro derecho

---

107 La doctrina de los límites inmanentes fue elaborada en Alemania a partir del Art. 2,1 de la Ley Fundamental que dispone: “Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulnere los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o la ley moral”. Conforme al planteamiento de los límites inmanentes los derechos como parte del ordenamiento jurídico, deben conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer en forma absoluta frente a éstos. La reiterada afirmación, que “todos los derechos son limitados”, dice de Otto, ‘no se hace para indicar algo tan obvio como que todo derecho, fundamental o no, protege sólo lo que protege, y no otra cosa- pues de entenderse así se tendría que negar la existencia de colisión y ‘limitación’ cuando estuviésemos ante esa ‘otra cosa’ - sino que se pronuncia en el sentido de que el ‘derecho no es absoluto’, esto es debe ‘ceder’ en su virtualidad protectora para conciliarse o armonizarse con otros bienes”. En este orden de ideas la teoría de los límites inmanentes pretende hacer frente al ejercicio arbitrario de los derechos; así la doctrina alemana concreta que la libertad religiosa ha de limitarse para impedir fundar una secta nudista y el derecho a contraer matrimonio no puede autorizar la constitución de un vínculo poligámico. Agrega el Profesor de Otto: “La finalidad de la doctrina de los límites inmanentes es obvia: dado que no siempre cabe contar con una habilitación expresa para limitar los derechos, porque algunos se reconocen sin reserva de limitación la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho, de todos los derechos, de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador”. (Op. cit. pp 110 - 111).

o valor, sino porque hay una adecuación o proporcionalidad entre la necesidad de la medida para preservar ese derecho o valor y el sacrificio que la misma comporta para el derecho fundamental.

Decía Bockenforde que encontrar parámetros y límites respecto a la medida y extensión permisible de la limitabilidad por el legislador secundario fue un paso decisivo en el desarrollo de los derechos fundamentales. Señala el Profesor alemán que la jurisprudencia ha desarrollado el principio que la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llevarse a cabo de acuerdo al principio de proporcionalidad, es decir “sólo puede llegar hasta donde resulte apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto, en orden a la consecución de un fin justificable de interés público formulado por la ley limitadora”. Y agrega el mismo autor que de este modo se garantiza “no sólo el residuo que resta tras la libre intervención del legislador, sino que, por el contrario, la ley limitante debe dejar intacta la sustancia del derecho fundamental - Lo que el Art. 19.2 L.F. describe como su contenido esencial”. Señala Bockenforde que hay en la L.F. de Bonn los derechos sin reserva de ley, que son los llamados derechos fundamentales ilimitables. Menciona como ejemplos la libertad de credo y de conciencia, la libertad artística y científica. Pero puntualiza, que “tampoco pueden regir sin ningún tipo de límite, ya que ninguna libertad jurídicamente protegida puede ser ilimitada”. Estos son los llamados límites inmanentes, desarrollados en un principio - y con una intención liberal - por G. Durig dice Bockenforde en “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, incluido en sus Escritos cit. pp. 101-104.

Ahora bien, no hay una fórmula general que nos permita decidir en favor de un derecho y en consecuencia decirnos cuando sacrificamos uno en beneficio de otro derecho o valor<sup>108</sup>

Pareciera que lo anterior, pudiera considerarse contradictorio cuando admitimos que la ley limitadora tiene respaldo constitucional en algunos casos y, al mismo tiempo lo justificamos para preservar un valor o derecho y, por otra parte consideramos que la vulneración de la esencia del derecho limitado es inconstitucional. La verdad es que debemos superar la situación por medio de una labor de interpretación pues la realidad es que en el texto de toda Constitución encontramos derechos y valores tendencialmente opuestos que debemos armonizar como son los casos de la libertad de conciencia y el orden público o la libertad de expresión y el derecho del honor para citar sólo dos ejemplos.

Es distinto cuando la prioridad de los valores está recogida en el propia Constitución como es el caso del Art. 103 en el que la prioridad del fin social sobre la propie-

---

108 Sobre los problemas de las normas constitucionales que habilitan y limitan el ejercicio de los derechos por medio de la legislación secundaria véase el excelente estudio de Ignacio de Otto y Pardo, tantas veces citado, incluido en Derechos Fundamentales y Constitución cit. p. 103 y stes. Es innecesario señalar que nos referimos a valores constitucionalmente reconocidos que debemos preservar frente a los derechos mismos porque su prioridad resulta de la propia Constitución.

dad privada está expresamente reconocida. Aquí la jerarquía de valores no se establece por medio de criterios materiales ya que ha sido establecida por la Constitución. La prioridad de este caso se ha concretado por el constituyente en una reserva de ley para subordinar la libertad al valor.<sup>109</sup>

Probablemente el reconocimiento constitucional de la función social del derecho de propiedad sea un buen caso de estudio o tal vez uno de los más notorios que pone de relevancia la necesidad de buscar una interpretación armónica de la Constitución como la ha reconocido en forma general nuestra máxima autoridad Judicial (Véase Revista Judicial de 1974 pag. 422 y Revista Judicial de 1975 pag. 235).

Concluida esta sección que pensamos terminar resumiendo el caso del derecho de propiedad y las limitaciones en su ejercicio en relación a lo esencial de su contenido, nos encontramos con un interesante estudio que desarrolla básicamente los importantes aportes al problema de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que abreviamos TCE en adelante y que nos ha sido de mucha utilidad para nuestro propósito.<sup>110</sup>

El desarrollo histórico del viejo concepto romanista de la propiedad como derecho absoluto culmina a mediados del siglo en forma generalizada durante la segunda posguerra al recogerse en un gran número de Leyes Fundamentales el concepto de función social de la propiedad como ocurrió entre nosotros en 1950. Ahora bien, el problema específico que estudiamos antes en esta misma sección o sea, tratar de caracterizar el límite esencial del derecho fundamental de que se trate, es decir, hasta donde puede regular constitucionalmente el legislador secundario dentro de los términos del Art. 246 constitucional, es lo que intentamos examinar muy resumidamente en el caso del derecho de propiedad, pues pensamos que es necesario ilustrar los problemas de la interpretación constitucional y consideramos propio hacerlo, dentro de los alcances de este trabajo, como sería de igual modo, analizar la libertad de expresión y el derecho al honor o la libertad religiosa y el orden público.

---

109 Nuevamente nos remitimos a los inmejorables conceptos del Profesor de Otto y Pardo en el trabajo citado, particularmente las Secciones V y VI p. 137 y stes y 151 y stes, respectivamente.

110 Caterina Vivem Mayrata, "El Derecho de Propiedad. Breves anotaciones de actualidad" en TAPIA Publicación para el mundo del Derecho (Madrid: España) Año X No 55 Diciembre de 1990, p. 15 y stes.). El problema ha sido también objeto de estudio entre otros por Stefano Rodotà, *Il terribile diritto* publicado por la Società Editrice I I Mulino en 1981 (Bologna) y, en castellano, *El terrible Derecho* publicado por Editorial Civitas, Madrid en 1986; Angel M. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada* Tecnos: Madrid. 1988; Joaquín Arce y Florez - Valdez, *El Derecho civil constitucional Cuadernos Civitas*: Madrid. 1986. José Antonio Navarro Fernández, *Propiedad privada y Constitución: la forma agraria* Ediciones TAT: Granada. 1988. Entre nosotros el Doctor Julio Fausto Fernández escribió un estudio titulado "Función social de la propiedad privada" publicado en Carta Forense Órgano del Círculo de Abogados Salvadoreños (C.A.S.) Tomo III N° 3 Agosto de 1978: particularmente interesantes son las secciones V y VI. relativas a la normación de la materia en algunas Constituciones americanas y a la historia del inciso primero del Art. 137 de la Constitución de 1950 que reguló la propiedad en función social.

Es necesario reconocer que cuando la Constitución de 1950 abandonó el concepto absoluto de propiedad inviolable de los preceptos constitucionales de las Constituciones de 1886 (Art. 31) y de 1939 (Art. 50), y adopta su reconocimiento en función social (Art. 137 de 1950), ello implica la legitimación a nivel constitucional de una amplia gama de limitaciones y restricciones que antes podían hacerse, es cierto, pero en virtud del Art. 568 de nuestro Código Civil que define “el dominio o propiedad como el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley” (subrayados míos).

El nuevo texto constitucional significa, desde 1950, que la función social determinará el contenido del derecho de propiedad dentro del nuevo marco constitucional. Pero, y es un pero, bien importante, en ningún caso podrá traspasar o afectar lo esencial del derecho de propiedad.

También es cierto que aquellos elementos característicos del derecho en su concepción clásica asociados con vocablos como señorío, libertad, perpetuidad, exclusividad que eran claves para su interpretación, han quedado obsoletos cuando las regulaciones del ejercicio del derecho deben hacerse en función social y lo que es más importante: no infringen lo esencial del derecho. Ese afinamiento para precisar los alcances permisibles, como ha ocurrido en otros países, corresponderá hacerlo a nuestra Sala de lo Constitucional. Es decir, que perfectamente se puede, manteniéndose el derecho de propiedad, restringirse el derecho en sus facultades de goce o disposición o dictar disposiciones normativas que impongan deberes al titular respecto al uso, destino o aprovechamiento de la cosa o del bien, para cumplir su función social es decir para el interés general<sup>III</sup>.

Sin embargo, si bien el Tribunal Constitucional español reconoce lo anterior añade que ello, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario, cuestión de la mayor importancia al examinarse la medida en la que las regulaciones o limitaciones incidan en el mínimo indispensable del derecho, a lo cual nos referimos específicamente a continuación.

Para interpretar conforme al espíritu de nuestro régimen constitucional los alcances de la función social debemos tener presente que el contenido esencial de un derecho, en el caso que estudiamos, el de propiedad, es el límite obligado de la po-

---

III Una sentencia de TCE es terminante sobre este particular cuando establece: “La propiedad privada en su doble dimensión como institución pública y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Artículo 348 del Código Civil e identificar el contenido esencial atendiendo únicamente a él” (STC 37/1987 de 26 de Marzo, fundamento jurídico 20). Y es que, agregamos con palabras de la autora citada: “La incorporación del interés colectivo junto al interés individual en la definición de cada derecho de propiedad impone que la delimitación de su ‘contenido esencial’ no venga sólo informada de la legislación civil puesto que sobre el derecho operan ya otro tipo de legislaciones”.

testad del legislador ordinario y por ello es que tiene especial importancia determinar el contenido esencial no solo en el ele o del derecho ele propiedad sino en todos y, en cada uno de ellos, los distintos sistemas normativos que determinan el contenido esencial de acuerdo a la función social que corresponda.

La evolución del pensamiento actual del derecho de propiedad ha llegado a asentarse dentro ele los términos ele su naturaleza primigenia original, incorporando el elemento nuevo de la función social, pero descansando su estructura básica en lo que es el contenido esencial del mismo derecho. Ambos planos -función social y contenido esencial - son los conceptos jurídicos indeterminados que configuran la caracterización de derecho actual y corresponderá a nuestra Sala ele lo Constitucional precisar y determinar los alcances ele esos dos ejes en los que descansa la moderna consolidación configurativa del derecho de propiedad privada de este siglo<sup>112</sup>. Con mucha razón, por eso se ha dicho: “Nunca como en este caso la Constitución es lo que los jueces desean que es” conforme afirma Prediero, como dice el Profesor Javier Pérez Royo cuando señala que “el Tribunal Constitucional es el custodio permanente de la voluntad del constituyente”.

El “contenido esencial” como bien ha dicho el Profesor Díez -Picazo - en el prólogo de la versión castellana de *Il terribile diritto* de Rodotà es “un límite puesto a la legitimidad constitucional de las leyes de suerte que la extralimitación del legislador las hace nulas”. Precisa el concepto aún más el Profesor español cuando agrega: “Si el legislador introduce en la regulación del derecho de propiedad privaciones de derechos anteriormente existentes, habrá una expropiación legislativa que tendrá que hacerse por causa justificada de utilidad pública y mediante la correspondiente indemnización. Si la regulación del contenido del derecho lo lleva más allá de lo que pueda ser su contenido esencial, la ley es inconstitucional”. Ahora bien, las delimitaciones de “lo esencial”, “lo substancial”, conceptos que probablemente se pueden asimilar a un “contenido mínimo” en el ejercicio del derecho deberán ser determinados por el legislador ordinario de manera que nos permita reconocer sin mucho

---

112 La autora citada en la nota anterior resume y explica esa consolidación configurativa que mencionamos en la forma siguiente: “La flagrante configuración del corazón del dominio tiene dos ventrículos, gozar y disponer, y dos aurículas, utilidad individual y función social, bombeadas por las leyes, que en ningún caso podrán suprimir estos surcamientos más allá de su minimun para que su contenido siga siendo esencial - el que da carácter al Derecho -. ni podrán modificar el cordial de manera tal que lo que reste sea un nuevo núcleo”. Agregando a continuación: “Cuando se configure uno nuevo donde el goce y la disposición, sinónimos de la utilidad individual, sean borrados por la utilidad pública o el interés social, el derecho debe adquirir para el sujeto que lo posea la forma de contenido pecuniario en mandato del Artículo 33.3 de la Constitución”. (Op. cit. p. 15). Precepto constitucional que regula la expropiación agregamos nosotros, cuando dispone: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. La relación transcrita es la culminación de un largo proceso de posiciones antagónicas que visualizamos con solo recordar que el Maestro Cesare Beccaria ya decía: .....el derecho de propiedad (derecho terrible y quizá no necesario)..... (Dei Delitti e delle Pene. XXII y que ello fue comentado así: “Es sorprendente que un escritor prudente como Beccaria pueda haber introducido, en una obra dictada por la filosofía más razonable, una duda subversiva del orden social”. Jeremy Bentham (Principles of the Civil Code I. IX).

esfuerzo que no se ha cambiado el tipo o clase al que el derecho pertenece, siendo algo consubstancial al propio derecho. Como el Tribunal Constitucional español ha establecido, “contenido esencial”, es asimilable a contenido necesario y a interés jurídicamente protegible<sup>113</sup>.

Ese contenido esencial en que debe consistir el derecho para ser identificado como tal y no quedar convertido en otro o en su equivalente económico (expropiación), que es indispensable para ello, es lo que otorga legitimidad al sujeto que lo posee y consiste en la capacidad mínima de goce y disposición, pues aun cuando ahora modulado por la función social justificativa de que el legislador debe incidir en ese goce o disposición, pero, en el caso de sustraer al titular del derecho a sus beneficios (sin interés), entrará en juego la figura de la expropiación o sea substituyendo la propiedad por otra que es la suma compensatoria. Deberá haber una mínima capacidad de disposición, sin la cual estaríamos ante la inexistencia del derecho.

Trataremos de sumarizar a continuación los conceptos básicos de la relación anterior sobre este interesante tema de análisis, que sería propio, más bien de otro momento y con más espacio. Nuevamente recurrimos a una sentencia del TCE que se refiere a la vertiente individual y la vertiente institucional del derecho de propiedad que debemos entenderlo formado por tres partes indivisibles y substanciales: un “contenido esencial”, - una “utilidad individual” y una “función social o utilidad colectiva”. En suma, el problema de la interpretación de los alcances del concepto moderno del derecho de propiedad entendido como función social, al que nos hemos referido muy resumidamente, como dijimos, plantea muchas cuestiones que es necesario estudiar y definir tomando en cuenta que la función social será mayor cuanto mayor sea la capacidad del bien de generar elementos e intereses colectivos: es decir, el ámbito objetivo de la función social de la propiedad, viene determinado por la trascendencia económica-social de los bienes que son objeto del derecho de propiedad. (Véase Angel M. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada* cit. p. 64). De igual modo, es el propio concepto de función social determinante de la pluralidad de legislaciones sobre la propiedad como la agraria, la urbanística, etc. Por otra parte, el uso o empleo exagerado que se haga de la función social podría incidir en otro derecho: seguridad jurídica.

Como señalamos citando opiniones de conocidos tratadistas en esta misma sección, probablemente la cuestión más difícil sea identificar la existencia de un sacrificio especial indemnizable, o sea, la mutilación del derecho o por el contrario, se trata, de una pura configuración o delimitación de sus derechos. Examinaremos una interesante

---

113 La sentencia referida (STC 11/1981 de 8 de Abril) estableció: “La determinación del contenido esencial, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos”

experiencia salvadoreña que desafortunadamente no se concretó en procesos constitucionales que nos habrían definido pautas y lineamientos para futuras interpretaciones.

El caso al que deseamos referirnos y que resumimos brevemente a continuación se relaciona con la normación del Art. 105 de la Constitución de 1983, que estableció en su inciso 20, el límite máximo de 245 hectáreas de la tierra rústica perteneciente a una misma persona y además delimitó que dentro de un plazo de tres años desde la vigencia de la Constitución las tierras excedentes sólo podían transferirse a determinadas personas y, también, que una vez vencido ese plazo (o sea a partir del 21 de diciembre de 1986, “una ley especial determinará el destino de las tierras que no hayan sido transferidas.....” Art. 105 inciso 60). Además, conforme al Art. 267 también constitucional, esa tierra excedente, “podrá ser objeto de expropiación por ministerio de ley, y la indemnización podrá no ser previa”. Pero es el caso que esa ley especial que determinaría el destino de las tierras que exceden el límite de 245 hectáreas fue emitida por Decreto No. 895 hasta el 18 de febrero de 1988 (O.O. N° 40 Torno 298 de 26 de febrero de 1988), el cual declaró el excedente del límite, expropiado por ministerio de ley, o sea más de un año después del vencimiento de los tres años.

Ahora bien, únicamente deseamos señalar la situación jurídica de esos propietarios respecto a su derecho de propiedad, durante el período comprendido entre el 21 de diciembre de 1986 (expiración de los 3 años después de la vigencia de la Constitución), y el 6 de Marzo de 1988 cuando entró en vigencia el Decreto N° 895 citado. En el contexto de los conceptos de “utilidad individual”, “contenido esencial” y “función social”, nos preguntarnos si, ¿la no promulgación del Decreto que fijaría el destino de la tierra excedente durante más de dos años produjo una mutilación del derecho de propiedad, al no poder transferir los bienes a nadie? ¿Cual es el cumplimiento de la función social al mantener la prohibición de la no transferencia? Podríamos seguirnos planteando más interrogantes pero las dejarnos para quienes quieran ahondar en este importante problema del que hemos presentado un interesante ejemplo, y que tratamos en forma muy resumida como hemos dicho, y también circunstancial, por razones de espacio pero como otros casos de posible conflicto entre distintos preceptos constitucionales o una probable contraposición entre distintos derechos constitucionales, es necesario estudiar los problemas que resulten de esos conflictos que esperamos sean en alguna medida resueltos por nuestra jurisprudencia constitucional.

Es innegable que la posibilidad de aproximarnos a la comprensión de la función social no es fácil, pero nosotros pensamos que una metodología como la que hemos reseñado muy sumariamente, nos puede ayudar a formarnos una idea de esa importante limitación al derecho de propiedad privada. Concluyendo esta sección V leímos un trabajo en el que se hace la interesante afirmación: “Lo cierto es que la ‘función social’ de la propiedad todavía sigue siendo algo que nadie sabe que es” (María Silvia Guillén de Parada, “La tenencia de la tierra y la Constitución” en Foro Judicial, CES-PAD: San Salvador, Año 1 No. 1 enero 1995. p. 1.)

En esta segunda parte de la sección V que hemos dedicado al estudio del contenido esencial de los derechos en relación a los límites que puede establecer legítimamente o más bien constitucionalmente el legislador secundario, recurrimos nuevamente al valioso Glosario del Doctor Navarrete que hemos citado antes y que como dijimos nos ha facilitado el desarrollo de partes importantes del presente estudio y, particularmente los conceptos que incluiremos en la sección VII adelante, a manera de resumen del problema señalado.

## VI. DIVERSIDAD SEMÁNTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dedicamos los párrafos siguientes de esta sección VI, a tratar de caracterizar algunas de las expresiones empleadas con mayor frecuencia a fin de identificar las diferencias señaladas por la doctrina para distinguirlas; en esta misma sección, nos referimos a la terminología de las Constituciones particularmente de Iberoamérica de acuerdo a la información presentada en la sección III anterior, y el Anexo I relativos al derecho comparado. Como indicamos antes, las dos expresiones más generalizadas en la actualidad son “Derechos fundamentales” y “Derechos humanos”, igual que antes, fueron también de uso más frecuente: “Derechos naturales” y “Derechos Individuales” o “libertades públicas”, particularmente esta última en Francia.

Incluimos esta sección VI porque como puede percibirse fácilmente de la doctrina, la determinación de los conceptos de uso más generalizado es una cuestión compleja en la que cada tratadista sigue sus propias preferencias particulares. Tal vez donde se actualiza concretamente el problema es cuando examinamos las distintas clasificaciones en los ordenamientos constitucionales y las todavía más diferentes que hace la doctrina. No obstante lo anterior es fácilmente perceptible la preferencia por la expresión Derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales y Derechos humanos en los medios y documentos internacionales o más bien de los organismos internacionales.

Las diferentes expresiones empleadas en la positivación de los derechos en las Constituciones de Iberoamérica, otro aspecto de lo que calificamos antes como diversidad semántica muestra lo anterior en el Cuadro No. VI-I siguiente que presenta la información relativa a las distintas denominaciones empleadas en cada país. Como puede percibirse todas las Constituciones posteriores a 1976 igual que la cubana de ese año emplearon la expresión Derechos fundamentales de igual modo que la de Bolivia de 1967; constituyen excepciones a lo anterior la de Chile de 1980 que los llama Derechos constitucionales y la de Honduras de 1982 que los domina “Derechos Individuales”. Las anteriores a 1976 emplean expresiones como Derechos Individuales o los denominan Garantías que eran las más empleadas antes.

**Cuadro No. VI -I****DENOMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS  
CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA\***

| PAÍS                 | CONSTITUCIÓN DE: | DENOMINACIÓN                                                                         |
|----------------------|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Chile                | 1980             | “De los Derechos y Deberes Constitucionales”                                         |
| Brasil               | 1989             | “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”                                              |
| Colombia             | 1991             | “De los Derechos Fundamentales”                                                      |
| Bolivia              | 1967             | “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”                                     |
| Cuba                 | 1976             | “Derechos, deberes y garantías fundamentales”                                        |
| Ecuador              | 1983             | “De los derechos de la persona”                                                      |
| El Salvador          | 1983             | “Los derechos y garantías fundamentales de la persona”                               |
| Guatemala            | 1986             | “Derechos Humanos”                                                                   |
| Honduras             | 1982             | “De los Derechos Individuales”                                                       |
| México               | 1917             | “De las garantías Individuales”                                                      |
| Nicaragua            | 1989             | “Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense”;<br>“Derechos Fundamentales” |
| Panamá               | 1972, 1978, 1983 | “Garantías fundamentales”                                                            |
| Perú                 | 1979 y 1993      | “Derechos Fundamentales”                                                             |
| Uruguay              | 1966             | “Derechos, Deberes y Garantías”                                                      |
| Venezuela            | 1961             | “De los Deberes, Derechos y garantías”;<br>“Derechos Individuales”                   |
| Argentina            | 1853, 1860, 1957 | “Declaraciones, Derechos y Garantías”                                                |
| República Dominicana | 1966             | “De los Derechos Individuales y Sociales”                                            |

\* Fuente: Carlos Chipoco, En defensa de la vida cit. p.186.

Respecto al Cuadro N° VI -I anterior cabría la aclaración que su autor consignó la denominación que se ha dado a los antiguos Derechos Individuales y Garantías de nuestras Constituciones del siglo pasado incluidas en la mayor parte de Consti-

tuciones iberoamericanas en el Capítulo primero de un Título cuyos otros Capítulos se refieren generalmente a los llamados Derechos Sociales (Trabajo, Familia, Salud, Cultural, etc.), incorporando en muchos casos en otra sección los Derechos políticos. Tal es el caso por ejemplo de Venezuela que nomina el Título III “De los Deberes, Derechos y Garantías” y los Capítulos III, IV, V y VI del mismo Título III se identifican como Derechos individuales, Derechos sociales, Derechos económicos y Derechos políticos, respectivamente. Lo anterior nos lleva a otro aspecto del problema de la sistematización constitucional de los derechos fundamentales que se materializa en su clasificación en la Carta constitucional. Nos referirnos antes al método de positivación constitucional de los derechos fundamentales que consiste en la elaboración de una lista o catálogo de derechos que necesariamente debe ser objeto de un criterio clasificatorio. Recordemos lo que Pérez Luño señala cuando dice: “los distintos sistemas de clasificación de los derechos y libertades en los textos internacionales y constitucionales suelen responder a tres grandes criterios: a) teleológicos, en función de los fines perseguidos por los distintos derechos; b) materiales, a tenor del objeto, contenido o modalidades de ejercicio de los mismos, y c) formales, según los instrumentos de garantía dirigidos a su tutela”<sup>114</sup>

A continuación hacemos una breve incursión como dijimos, en la cuestión de la diferente terminología empleada para identificar los distintos derechos reconocidos y señalamos algunos criterios para diferenciar esos términos con particular atención respecto a la expresión “derechos fundamentales” recogida en nuestros textos constitucionales en 1983 para nominar el Título II<sup>115</sup>

La expresión más generalizada como señalamos antes en cuanto a la denominación de los Títulos respectivos en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos como puede observarse en el Cuadro N° VI -I anterior es “Derechos Fundamentales”; en buen número de casos no hay una denominación específica; por otra parte, algunos países emplean la expresión “Derechos Individuales” y únicamente una Constitución, la de Guatemala, los nomina “Derechos Humanos”.

---

114 Antpnio E. Pérez Luño, Los derechos fundamentales cit. p. Hi 1. Otra clasificación de los derechos fundamentales es a) por la garantía; b) por la naturaleza y c) por su contenido.

115 Las informaciones presentadas antes y en los párrafos siguientes respecto a las Constituciones Iberoamericanas son tomadas de El constitucionalismo en las postrimerías del siglo pasado Universidad Nacional Autónoma de México: México. 1988 Tomos I y II. Para una descripción más detallada de la estructura de esos sistemas véase el Anexo I de este trabajo que preparamos con la información de la obra citada en esta nota. La fuente de la Constitución colombiana de 1991 y la peruana de 1993 las citamos al referirnos a esos ordenamientos que son los más recientes.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

Comenzamos refiriéndonos a los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos; se ha dicho respecto a los primeros que toman su denominación de fundamentales por la importancia que poseen dentro del ordenamiento como elemento básico para configurar el sistema jurídico y político<sup>116</sup>. Pueden emplearse diversos criterios - más o menos afortunados - que permiten distinguir entre los derechos fundamentales y los humanos; uno de los sugeridos es que mientras los primeros o sea los derechos fundamentales se refieren en su formulación constitucional a los ciudadanos en cuanto miembros del Estado, los Derechos humanos se refieren conforme a este criterio a los textos constitucionales dirigidos a todos los hombres es decir no solamente a un reducido o determinado grupo de personas.

En la redacción de los preceptos relativos a los Derechos fundamentales de la Constitución salvadoreña de 1983 igual que las anteriores, encontramos las dos maneras de formular las disposiciones mencionadas; así por ejemplo en los preceptos siguientes se emplea la expresión “Todos”: Arts. 2, 3, ó bien, “Toda persona”; Arts. 4, 5, 6, 11, 18, 22, ó bien, “Los habitantes de El Salvador”: Art. 7 ó, “Nadie”: Arts. 8, 9, 15, ó “Ninguna persona”: Art. 11. En otros casos también los preceptos están formulados en forma general como “Se garantiza a libertad de contratar.....”(Art. 23); “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones.....” (Art. 25). La Constitución de 1983 reserva la expresión “Los ciudadanos” sólo en el caso de los derechos políticos (Cap. III del Título U). Pareciera en consecuencia que entre nosotros tal criterio formal para distinguir los Derechos fundamentales de los Derechos humanos no tiene validez, y por otra parte, todos o más bien, la gran mayoría son nominados Derechos fundamentales de acuerdo a nuestra Constitución conforme al Título II (“Derechos Fundamentales”) que comprende los individuales (Cap. I), los sociales (Cap. II) y los políticos (Cap. III). En todo caso, como bien dice Pérez Luño “el empleo de las expresiones en muchas ocasiones ha sido mero fruto de las preferencias terminológicas del constituyente” en otros, probablemente no se ha considerado importante la distinción<sup>117</sup>

Para continuar el estudio del problema de la diferenciación de los derechos humanos y los derechos fundamentales recurrimos particularmente al estudio del

116 Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional* cit. Vol. I p. 106.

117 Otros derechos reconocidos en la Constitución de 1983 pero no incluidos en el Título II o sea en la denominación de fundamentales son los que aparecen en el Título V relativo al Orden Económico y otros recogidos en preceptos citados también fuera del Título II mencionado. Entre las disposiciones modificadas por la reciente reforma constitucional salvadoreña de 1991, en el nuevo apartado I relativo a las atribuciones del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, la expresión “Derechos Humanos” es mencionada en 9 de los 14 numerales del Art. 194. De igual modo, son mencionados en el Art. 131 N° 37, Art. 159 inciso tercero y Art. 168 N° 17 disposiciones también reformadas en 1991. Antes de la reforma encontramos referencias a los derechos humanos únicamente en los Artículos 55 y 60 inciso 20 relativos a la educación que no fueron reformados en 1991 y el Artículo 218 del Título VI Capítulo VII “Fuerza Armada” que establecía en su inciso 20 la obligación de la Fuerza Armada de velar por el respeto a los derechos humanos, precepto que fue modificado en 1992.

Profesor Pérez Luño, un distinguido catedrático español que hace una aproximación a los últimos, estableciendo su relación respecto a otros términos con los cuales, como él dice, guardan una “proximidad significativa”.

Después de indicar que los términos mencionados son usados muchas veces como sinónimos señala sin embargo, al considerar la aparición en Francia de la expresión “derechos fundamentales” inicialmente en 1770, en el momento político y cultural que culmina con la Declaración de 1789, hasta alcanzar lo que él llama “especial relieve” en Alemania en la segunda posguerra o más bien en 1949 donde “se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político”; indicando a continuación “De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales”.

Sin embargo, también nos recuerda que este carácter estrictamente jurídico-positivo de los derechos fundamentales ha sido cuestionado, pero en todo caso concluye “se puede advertir una cierta tendencia no absoluta.....a reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenios internacionales”<sup>118</sup>

No obstante las dificultades y riesgos que tanto se han señalado respecto a las definiciones el Profesor Pérez Luño precisa: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Es decir que los derechos humanos además de su significación descriptiva de los derechos reconocidos en las declaraciones tienen una connotación respecto a exigencias estrecha y claramente vinculadas a las necesidades humanas, que deberían ser objeto de positivación y no lo han sido.<sup>119</sup>

---

118 Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* cit. p. 30-31. Las denominaciones de las Constituciones iberoamericanas parecieran confirmar la aseveración de Pérez Luño; en apoyo de la tendencia mencionada cita el autor, el enunciado de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950. Nuestro desarrollo siguiente sigue la relación de Pérez Luño en la obra anterior y en *Los Derechos Fundamentales* cit. del mismo autor. Hemos reducido el campo de nuestro desarrollo de esta sección relativa a la diferente terminología empleada para caracterizar los distintos Derechos, respecto a lo que inicialmente pensamos debía cubrir, después de la publicación del “Glosario de Derecho Constitucional”, que citamos antes, ya que entre los términos de la recién publicada letra “D” se encuentran las principales denominaciones empleadas con mayor generalidad. Referimos al lector al N° 5 de la Revista de Ciencias Jurídicas citada; la identificación de los Derechos fundamentales con aquellos positivados es también el punto de vista de Benito Castro Cid según referencia del “Glosario” cit. del Doctor Navarrete Azurdia (p.121).

119 Antonio E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales* cit. p. 46. Por ello Señala el mismo autor que: “En los usos lingüísticos, jurídicos, e incluso comunes de nuestro tiempo, el término “derechos humanos” aparece como un concepto de contornos más amplios, imprecisos que la noción de los “derechos fundamentales”.

En cuanto a los derechos fundamentales dice el mismo autor: “se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. En otras palabras, tienen un sentido y alcance más preciso y estricto pues se limitan a los derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Como resume el profesor Pérez Luño son derechos delimitados espacial y temporalmente “cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”<sup>120</sup>.

Aún cuando discrepemos de las precisiones conceptuales anteriores es innegable que intentan resolver o al menos tratan de clarificar el problema semántico en forma que nos permita encontrar un grado razonable de consenso en cuanto al empleo de las dos expresiones que estudiamos. El Profesor Gregorio Peces-Barba sostuvo en una polémica que los derechos fundamentales sólo alcanzan su plenitud cuando: 1) los reconoce una norma jurídica positiva, normalmente con rango constitucional; 2) un conjunto de derechos subjetivos o facultades se derivan de la norma; y, 3) el aparato coactivo del Estado tutela el ejercicio de esos derechos por sus titulares. Otro profesor español considera que “allí donde no hay Constitución no habrá derechos fundamentales”<sup>121</sup>.

En cuanto a los derechos humanos en relación a los derechos naturales, el pensamiento iusnaturalista considera que la teoría de los primeros surge como una prolongación de la de los derechos naturales aun cuando esa relación es negada por los autores positivistas para quienes no existe conexión entre ambos términos. Basta por el momento señalar -dice Pérez Luño- que es muy generalizada la tendencia a considerar los derechos humanos como un término más amplio que los derechos naturales.....Así una tradición “tiende a considerar que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales ‘aquellos que le corresponden al hombre por

---

120 Ibid. p. 46-47. Por ello puntualiza: “Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo”. Agrega Pérez Luño: “la proyección de las nociones expuestas a supuestos de la experiencia práctica permite advertir que, mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el apartheid de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de esos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico tales derechos”. (pp. 47 y 48).

121 Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. Año 9, Nº 25 Enero - Abril 1989. pp. 40-41. “Derechos fundamentales y libertades públicas. Son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. La plena afectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el substrato último del derecho fundamental”, según Eduardo Barrachina Juan, Diccionario de Derecho Público. PPU: Barcelona. 1992 pp. 202-203.

el mero hecho de existir', y los derechos civiles, 'aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad'". Señala también el Profesor Pérez Luño, "La dimensión del derecho como facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares, esto es, en cuanto derecho subjetivo se halla también muy próximo a los derechos humanos". Otros tratadistas, por ejemplo el Profesor Chipoco equiparan los derechos fundamentales y los derechos humanos.

Seguramente los conceptos anteriores revelan las dificultades confrontadas para determinar con cierto grado de precisión el significado de las expresiones que estudiamos o más bien muestra la imprecisión de esas categorías jurídicas, explicables muchas veces por los defectos en la formulación de las mismas en los ordenamientos jurídicos. Si tratamos de intentar la identificación de un esquema coherente en nuestros textos constitucionales (o en cualquiera otros), encontraremos dificultades insuperables por sus contradicciones, inconsistencias y vacíos. Quizás la mejor prueba de ello es la diferente clasificación y agrupación de los derechos en distintas categorías que difiere significativamente de una a otra Constitución como puede verse en el Anexo I de este trabajo. El relativamente reciente ensanchamiento del campo de los derechos para incluir los sociales, culturales y económicos ha complicado más lo anterior cuando en las Constituciones liberales del siglo pasado su constitucionalización significaba simplemente incluirlos a todos en la categoría general de los llamados derechos individuales con su clara raíz iusnaturalista que determinaba que fueran inalienables e imprescriptibles.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Para retomar el hilo de la exposición continuemos con los llamados derechos subjetivos. Dice Burgoa en su Diccionario que "El derecho subjetivo se ha considerado como una facultad que la norma jurídica objetiva concede a cualquier sujeto, de donde deriva su denominación". Y aclara su pensamiento especificando que no es simplemente poder de obrar sino una potestad de exigencia frente a otro sujeto distinto del titular de la facultad y dicho en otras palabras, todo derecho subjetivo implica necesariamente una obligación correlativa<sup>122</sup>

Pérez Luño afirma que se halla muy próxima a la noción de los derechos humanos, la dimensión del derecho como facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares, es decir, en cuanto derecho subjetivo.

Para situar el concepto de derecho subjetivo en su perspectiva histórica y para determinar sus propósitos originales y facilitar la identificación de su relación con el

---

122 Ignacio Burgoa O. Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo Librería Porrúa S.A.: México. 1989 p. 116... Derechos subjetivos. Los que se reconocen en favor de una persona concreta y que puede hacerlos valer o exigir su respeto y cumplimiento a otros sujetos, pudiendo incluso, imponerles deberes u obligaciones siempre en su propio interés.. Eduardo Barrachina Juan. Diccionario de Derecho Público cit. p. 204.

concepto de derechos fundamentales, debemos recordar que a partir del constitucionalismo de entreguerras es cuando se establece una fundamentación jurídica distinta de los derechos que se aleja del iusnaturalismo anterior. La formulación de Jellinek sobre los derechos públicos subjetivos en su Teoría General del Estado con sus conocidos *status subiectionis*, *libertatis*, *civitatis* y *activae civitatis*, explican la estructura jurídica de los derechos hasta llegar a los derechos públicos subjetivos<sup>123</sup>. Es decir, que partiendo de la inexistencia de derechos (*status subiectionis*), se reconoce una esfera de libertad propia del derecho subjetivo frente al Estado, de allí, la siguiente fase es la obligación del Estado de garantizar el respeto a los derechos civiles (*status civitatis*) y finalmente se llega a disfrutar de derechos que aseguran participar en la formación de la voluntad política del Estado que es el (*status activae civitatis*). Es decir, como sumaliza una profesora española, los derechos públicos subjetivos serán aquellos que permitirán accionar contra el Estado que no garantice el disfrute de los derechos clásicos más los derechos de participación política<sup>124</sup>.

Dicho en otras palabras, eran únicamente los conocidos con las denominaciones de derechos individuales y políticos reconocidos por las normas jurídicas; es decir, son los derechos propios y característicos del Estado liberal - democrático de Derecho que surgen cuando aparece la teoría de la personalidad jurídica del Estado, desde luego que para el Estado de Derecho es presupuesto necesario la existencia de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos de forma que los individuos pudieran ser sujetos de obligaciones y derechos frente al Estado. Y es que el derecho público subjetivo nacido en el Estado liberal de Derecho implicaba necesariamente una acción jurídica para exigir su cumplimiento. --De esta manera - dice la Profesora Freixes Sanjuán - la estructura del derecho corno público subjetivo comprendía tanto una pretensión consistente en el respeto a la esfera formal de libertad corno una acción jurisdiccional destinada a conseguir su efectividad frente a posibles vulneraciones'. Y a continuación la misma autora precisa algo que probablemente pueda explicar la prevención de nuestra Corte Suprema de Justicia a que nos referirnos en la nota N° 19 de la sección II anterior, cuando señala: "Esta construcción jurídica, propia del Estado liberal de Derecho de finales del siglo XIX y principios del XX, ha tenido una enorme resonancia en la dogmática jurídica. Prácticamente hasta nuestros días, deter-

---

123 Georg Jellinek desglosaba en cuatro fases o estados las sucesivas etapas de afirmación de los derechos públicos subjetivos según resume Pérez Luño así: --a) el *status subiectionis*, que determina la situación puramente pasiva de los destinatarios de la normativa emanada del poder político; b) el *status libertatis*, que comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los ciudadanos, es decir, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias; c) el *status civitatis*, en el que los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que equivale a poder reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles, y d) el *status activae civitatis*, situación activa en la que el ciudadano goza de derechos políticos, esto es, participa en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunidad política... (Los derechos fundamentales cit. p. 24)

124 Teresa Freixes Sanjuán. Constitución y derechos fundamentales cit. p. 40.

minadas corrientes doctrinales defienden la identificación de derechos con derechos públicos subjetivos, negando la calificación de derecho a toda aquella pretensión que no tenga esta estructura jurídica”<sup>125</sup>

En suma, los derechos públicos subjetivos son de la propia naturaleza del Estado liberal de Derecho, son derechos de los particulares que se oponen a la acción estatal son, como decía Schmitt en su Teoría de la Constitución equiparándolos a los derechos fundamentales, que éstos”..... en sentido propio son, esencialmente derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”. Es la esfera de libertad del individuo, caracterizada por el mismo autor alemán como, “ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable”. Y de allí, su importante conclusión: que a estas alturas del siglo no puede sustentarse más; “Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales”. De ahí que debernos concluir - es nuestro punto de vista - que los derechos públicos subjetivos son estructuras jurídicas insuficientes para integrar la totalidad de los derechos, esto, cuando los sectores doctrinales partidarios de esta opción en verdad afirman la condición como derechos respecto a los derechos de contenido individual o político pero no aceptan que se extienda a los derechos cuyo contenido es económico o social<sup>126</sup>

Uno de los problemas que debemos mencionar siempre en función de tratar de aclarar la similitud o diferencia con los Derechos fundamentales, es que los Derechos subjetivos como hemos visto, son aquellos que nos habilitan para obligar al Estado a determinada conducta, generalmente, una abstención. Ahora bien, cual sería en tal caso la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares y otras consecuencias no menos importantes como el caso de los derechos sociales que mencionamos antes y, a las que nos referimos después, que resultan de opiniones relativamente recientes como la de Ernst Forsthoff sosteniendo esa línea de argumentación original respecto a la estructura de los derechos fundamentales perfectamente explicable en el Estado liberal de Derecho pero totalmente desfasada cuando después de la segunda posguerra lo que encontramos por todas partes es el Estado social y democrático de Derecho (excluyendo los países socialistas que era otro caso y otra cosa), en el cual el concepto de Derechos fundamentales positivado constitucionalmente incluye en

125 Ibid. pp. 40-41. Nos estamos refiriendo a los derechos públicos subjetivos que surgen cuando hay una relación entre el Estado y el individuo que tiene su origen con Jellinck quien revisa la teoría de la voluntad de Windscheid de Hegel como una manifestación del poder de querer, con Ihering y el interés jurídicamente protegido que en lo esencial aun persiste y así, todavía lo encontramos en definiciones conocidas como la de Raneletti y Hauiou. Es Alcssi el primero que hace una crítica significativa al considerar el interés no como elemento intrínseco sino intrínseco del derecho subjetivo es decir, como se ha dicho, “no está dentro de él, sino fuera como elemento teleológico”. Voase Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1985 Vol. 1 p. 525 y stes.

126 Carl Schmitt, Teoría de la Constitución Alianza Editorial: Madrid. 1982 p. 169 y stes.

forma generalizada los derechos sociales y económicos. ¿Qué otra cosa es el Capítulo II del Título II de la Constitución de 1983?

Ahora bien, es importante insistir: la concepción clásica de los derechos fundamentales es la que los concibe como derechos subjetivos, como derechos de libertad, es decir, el ciudadano tiene esferas de actuación excluidas del radio de acción del poder del Estado y que éste le garantiza. La asimilación anterior tiene como consecuencia la exclusión de los derechos sociales y además los que Schmitt coloca en la categoría desde entonces conocida como “garantía institucional” sobre los derechos fundamentales que “presupone evidentemente una institución, es decir un establecimiento de carácter jurídico - público, formado, organizado y, por tanto, diferenciado”. El profesor alemán separa conceptualmente los derechos fundamentales de las garantías institucionales en el sentido de que aquellos son los derechos clásicos de libertad y son absolutos; las garantías constitucionales según Schmitt; en palabras de la profesora Freixes Sanjuán, “constituyen un añadido que sujeta al legislador a respetar la existencia del instituto. Las garantías institucionales, pues, aseguran la supervivencia de determinadas instituciones”. En otras palabras, en la construcción de Schmitt, los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, que confieren al individuo más poder para su ejercicio y defensa, le aseguran una esfera de libertad y el Estado sólo puede actuar para garantizarlos y asegurarlos pero no puede regular el contenido de esa libertad.

Schmitt es terminante respecto a las garantías institucionales cuando dice: “La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria”. Señala después que con “terminología inexacta” se suele hablar de derechos fundamentales cuando la estructura de las “garantías institucionales” es distinta de un derecho de libertad<sup>127</sup>

Es oportuno señalar que la diferenciación anterior ha sido cuestionada seriamente por ejemplo en un excelente estudio del Profesor José María Baño León donde afirma categóricamente que ni en el origen dogmático de la garantía institucional ni la actual configuración de los derechos fundamentales respaldan aquella diferenciación<sup>128</sup>.

---

127 Carl Schmitt *Teoría de la Constitución* cit. p. 175.

128 José María Baño León. La distinción entre Derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española cit. p. 156. Entre los ejemplos de garantías institucionales Schmitt cita el matrimonio como base de la vida familiar que es d Art. 119 de la Constitución de Weimar y es nuestro Art. 32 inciso segundo de la C. S. de 1983. Otro ejemplo de Schmitt es la libertad de la ciencia y de su enseñanza (Art. 142 C. de Weimar) que Smend llamó “derecho fundamental de la Universidad alemana” y que Schmitt considera no era un derecho fundamental en sentido auténtico sino más bien una protección especial frente a la legislación ordinaria (tal sería el caso de nuestro Art. 61 de la Constitución de 1983 que establece la autonomía universitaria que dentro de la concepción de Schmitt no es un derecho subjetivo pero tendría tutela constitucional como “garantía institucional”). Entre nosotros como sabemos está protegida como todos los derechos reconocidos por la Constitución, por el proceso de amparo. Las citas de Schmitt son de su obra que citamos. *Teoría de la Constitución* p. 176 y stes.

Aun cuando Schmitt afirma que hay “garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos”, añade que “a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo”.

Sin perjuicio de volver adelante respecto a otros interesantes planteamientos de Schmitt queremos afirmar nuestro convencimiento de que es difícil sustentar que en nuestra Constitución vigente la expresión derechos fundamentales pueda identificarse con la de derecho subjetivo y menos aun con la expresión derechos constitucionales que en nuestro régimen constitucional, comprendería además otros derechos reconocidos en la Constitución de 1983 que se encuentran en otras partes de ese ordenamiento es decir, fuera del Título II. Esto es, para decir lo mismo con palabras de Baño León que la expresión derechos fundamentales sea coincidente con “una visión exclusivamente defensiva (reacción frente a eventuales inmisiones del Estado)” y es que aun cuando no se compartan todas las consecuencias que se atribuyen a la diferencia entre derechos fundamentales y garantías constitucionales una corriente doctrinaria nos lleva a aceptar que nuestra Constitución de 1983 no sólo reconoce derechos en el sentido de derechos subjetivos sino que además consigna en algunos preceptos (incluidos en el Título II de los nominados derechos fundamentales) que, concretan garantías de instituciones como es el caso de la autonomía universitaria (Art. 61) o el Art. 32 sobre el matrimonio.

Pero lo que es importante destacar es que esa línea de pensamiento estrictamente liberal e individual de los derechos fundamentales sostiene que las garantías institucionales igual que otras normas de actuación de los poderes públicos son complementarias de los derechos (entendidos en el sentido liberal), pero no son los derechos mismos<sup>129</sup>.

Lo cierto es, que si los derechos fundamentales nacieron y se justifican por constituir ámbitos de libertad en la concepción individualista liberal, ésta no es la única perspectiva que en la actualidad debemos tomar como referencia cuando tratamos de caracterizar los derechos fundamentales; Bockenforde por ejemplo, citado por el profesor Baño León, señala cinco, además de la perspectiva individual-liberal: la institucional, la social, la democrático-funcional, la axiológica. Es oportuno manifestar nuestra creencia de que en la Constitución de 1983 (igual que en la que es su origen, la de 1950), la perspectiva individual-liberal no es la única que sustenta los derechos recogidos en ese ordenamiento.

Como resume el profesor español Baño León, cuando dice en el trabajo citado en la nota anterior en que descansa nuestra relación: “En efecto: con una visión estrictamente individual de los derechos fundamentales (ámbito de libertad frente al

---

129 José María Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía constitucional en la Constitución Española” cit. p. 158.

legislador, Freiheitsrechte), es lógico que las normas objetivas que regulan aspectos de los derechos fundamentales, por ejemplo, mandatos a los poderes públicos, arbitrio de procedimientos que garanticen los derechos, o las garantías de instituciones conexas con los derechos fundamentales (la Universidad o el status jurisdiccional) no sean considerados como derechos fundamentales. Derecho fundamental es sólo el derecho subjetivo concedido con este carácter al individuo frente al Estado. Las restantes normas son complementos o garantías, pero no derechos en el sentido reducido de esa expresión”<sup>130</sup>.

A continuación se pregunta el Profesor Baño León “¿es admisible esa visión unilateral de los derechos fundamentales? o, por mejor decir, ¿es esa concepción exclusivamente individual liberal la que la Constitución consagra?. Para el ordenamiento constitucional de 1983 (igual que 1950), dijimos que no, porque es innegable que nuestro Título II comprensivo de los derechos fundamentales incluye algunos contruidos como derechos subjetivos propiamente y otros como garantía de ciertas instituciones y aun más, hay otros que consisten en la fijación de mandatos al legislador que éste debe de concretar.

Si nos hemos extendido sobre este particular es por la prevención de la Corte Suprema de Justicia a que nos referimos en la nota N° 19 anterior en la que mandaba especificar concretamente el derecho subjetivo violado en un aspecto del proceso debido. Señalamos entonces al comentar esa cuestión que el caso de que se trataba era uno de los aspectos del “due process” anglo sajón o sea la llamada tutela judicial efectiva del Art. 24 de la Constitución española de 1978 que es precisamente un derecho procedimental, que no puede satisfacerse por la mera abstención estatal.

No debe sorprendernos lo anterior si como dice el Profesor Santamaría Pastor “la configuración teórica del concepto ha sido todo menos pacífica, menos aun ha sido su aplicación en el campo del Derecho público”, señalando a continuación lo que parece ser la cuestión esencial del problema que es la confusión entre el concepto de derecho subjetivo, en general, y los derechos constitucionales o libertades públicas, llamados desde Jellinek, derechos públicos subjetivos<sup>131</sup>

---

130 Ibid. p. 159 (subrayados en el original)

131 Juan Alfonso Santamaría Pastor, Fundamentos de Derecho Administrativo Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid. 1988. 1 p. 891 y stes. El autor hace una clarificadora relación cuando señala que la existencia y el reconocimiento de derechos entre el Estado y los ciudadanos, es algo evidente en el período anterior a la Revolución francesa; así, el poder del Estado “se hallaba estructurado técnicamente como un haz de derechos subjetivos (derechos regalianos y de soberanía)”; y, del mismo modo es también habitual, el reconocimiento de derechos al particular frente al príncipe. El problema surge - señala - cuando, “la doctrina romanista acuña el concepto técnico de derecho subjetivo, el panorama político se halla dominado por la nueva figura de los derechos constitucionales, de los derechos del hombre y el ciudadano”. De allí resultó una doble distorsión dice, “cuyas consecuencias aun sufrimos en la actualidad”. Así, no obstante que los derechos políticos no eran más que una subcategoría dentro de la más general de los derechos subjetivos, llegaron a identificarse con éstos. La nueva denominación adoptada para los derechos constitucionales derechos públicos subjetivos llevó a lo que el Profesor Santamaría Pastor llama consumir esa suplantación

Y es que como dice Alexy “no obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados, la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso”. Kelsen por ejemplo adverso o al menos criticó la utilización abusiva de la expresión derecho subjetivo cuando señalaba: “la falta de un cuestionamiento correcto y preciso” y criticaba que: “No se ha dado cuenta en absoluto de lo que debe proporcionar al jurista el buscado concepto de un derecho subjetivo, de a cual pregunta debe dar respuesta”. De ahí el esquema simplificador que propuso en el que consideraba que la mayor parte de los derechos subjetivos podían explicarse como meros “reflejos” de obligaciones jurídicas. El “derecho reflejo” sería así, dice Kelsen: “un modo sintético de expresar la existencia de un deber jurídico de otro individuo, la existencia de una norma que amenaza con sanción a quien no observe cierto comportamiento”. Es decir, eran para Kelsen meros reflejos de obligaciones jurídicas, precisando, “el derecho reflejo consiste sólo en una forma de denominar la obligación de otra persona”<sup>132</sup>

La esencia del derecho subjetivo escribió Kelsen, “se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción por el incumplimiento de la obligación”.

Ahora bien, la verdad es que los derechos reconocidos como fundamentales no coinciden con un derecho subjetivo como lo hemos señalado en distintas partes de este trabajo. Desde luego - eso explica algunos criterios - todavía prevalece para algunos la idea de origen liberal según la cual los derechos subjetivos son límites a la acción del Estado y por tanto de obligaciones negativas o de abstención pero en la realidad, aun cuando esa idea persista, una revisión aun superficial de cualquier lista o catálogo de derechos constitucionales muestra unas estructuras notablemente distintas<sup>133</sup>

El profesor Santamaría Pastor creemos que resume apropiadamente la que debe ser nuestra actitud respecto a este problema cuando dice: “Es una necesidad imperiosa eliminar hoy, de una vez por todas, esta polémica y esta confusión. Para ello es preciso arrancar de las siguientes premisas: primera, que los derechos subjetivos existen, indiscutiblemente, en el campo del Derecho administrativo; los particulares, ostentan frente a la Administración (igual que las Administraciones entre sí) titularidades activas que sólo pueden ser calificadas de auténticos derechos subjetivos. Segunda, que estos dere-

---

y de este modo, en lo sucesivo no habría más derechos subjetivos que los políticos y los restantes se calificaban como derechos privados o quedaba dudosa su clasificación como derechos subjetivos. La segunda distorsión se explica por la esencia polémica de los derechos constitucionales que politizó innecesariamente la figura abstracta de los derechos subjetivos; entonces concluye:-- si los derechos constitucionales eran el paradigma de los derechos subjetivos en el campo jurídico público, la negación política de aquellos forzaba a la negación teórica de éstos “ (Op. cit. p. 892).

132 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* cit. p. 173 y stes. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos fundamentales* cit. p. 77 y stes. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* Universidad Nacional Autónoma de México: 1983 (Trad. de R. J. Vernengo) p. 138 y stes.

133 La obra de Prieto Sanchís citada en la nota anterior es un competente análisis de la cuestión.

chos son, en ocasiones, de estructura muy semejante a los derechos subjetivos privados típicos (p. ej., un derecho de crédito al cobro de un suministro de bienes hechos en virtud de contrato a un ente público), mientras que, en otras, carecen de paralelo en el tráfico privado (p. ej., el derecho derivado de una autorización administrativa). Tercera, que los derechos constitucionales o derechos públicos subjetivos no se agotan, como es obvio, la totalidad de los derechos que se ostentan frente a la Administración, de la que no forman sino una subcategoría. Y cuarta, que no todos los derechos constitucionales son encuadrables en la categoría de los derechos subjetivos: hay no pocos de ellos que responden al concepto técnico de libertad, en tanto que otros - la mayoría de los derechos económicos y sociales - son puras normas directivas cuyos destinatarios son los poderes públicos, como vimos más arriba”. (Subrayado en el original)<sup>134</sup>

## VII. ESTADO SOCIAL, DEMOCRÁTICO DE DERECHO DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta sección VII penúltima de este trabajo, es un intento de caracterizar la concepción generalizada actualmente de los derechos constitucionales, en un principio identificados con los derechos individuales de claro origen iusnaturalista, recogidos por las conocidas Declaraciones y posteriormente reconocidos inicialmente en las Constituciones francesa de 1791 y americana de 1776, contenidos propiamente en el caso de esta última, en las diez primeras enmiendas a la Carta Magna de la Unión Americana de ese año. Estos ordenamientos que reconocieron como derechos y garantías los principios fundamentales del pensamiento liberal constituyen posteriormente una de las piedras angulares del Estado de Derecho, y después de su incorporación en las leyes fundamentales mencionadas son recogidos por todas las Constituciones democráticas.

En su desarrollo y evolución histórico los primigenios derechos individuales amplían su horizonte al agregar a las llamadas garantías y libertades públicas originales, los derechos sociales incorporados inicialmente a partir de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, la de Weimar de 1919 y la de 1931 de la II República Española. La segunda posguerra nos trae una rica cosecha de Constituciones modernas de amplia proyección social, cultural y económica cuya extensa cobertura del Derecho económico y social alcanzan su mejor realización en la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Derechos fundamentales es ahora la denominación generalizada que también se incorpora a la gran mayoría de Constituciones iberoamericanas como ocurrió entre nosotros.

En esta sección VII además de tratar de resumir el estado del pensamiento más reciente en relación al concepto actual de los derechos fundamentales, también revi-

---

<sup>134</sup> Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo* cit. pp. 892 - 893.

samos a manera de repaso algunas características de su constitucionalización todavía no considerados en El Salvador a que nos hemos referido antes, como es el caso de algunos aspectos del régimen de los derechos fundamentales especialmente de la Constitución española de 1978 y, particularmente en lo relativo a su eficacia, cuestión relacionada con la obligatoriedad inmediata o sea la vinculación de los poderes públicos como lo establece primeramente la Ley fundamental de Bonn y recientemente la última Constitución colombiana de 1991; de igual o mayor importancia es el problema de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que únicamente puede alcanzarse por medio de un sistema de tutela que asegure su estricto cumplimiento, cuestiones, que mencionamos antes en nuestras referencias al Derecho comparado particularmente el español. Cuando entre las características de los derechos fundamentales en la actualidad, en muchos de ellos, tienen una importancia relevante los aspectos sociales y económicos, debemos reconocer que son determinantes de que no solamente debemos considerar a los derechos fundamentales como elemento imprescindible del Estado de Derecho, sino también como parte importante de lo que ha venido a ser la forma de organización política más generalizada: el Estado social y democrático de Derecho de la segunda posguerra que se incorpora a nuestro ordenamiento constitucional en 1950<sup>135</sup>

Es un lugar común señalar que los derechos fundamentales poseen una doble naturaleza; en primer lugar cumplen una finalidad axiológica pues, como ha dicho una sentencia del Tribunal Constitucional español, “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de Derecho...” Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales constituyen un elemento objetivo que define la estructura política y jurídica. Pero además de la anterior dimensión desde una segunda perspectiva como dijo también el Tribunal Constitucional español: “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad de un ámbito de existencia”. En este contexto debemos tenerlos presentes para entender la realidad político - constitucional característica del Estado social y democrático de Derecho<sup>136</sup>

Ahora bien, respecto al problema de si el reconocimiento de un derecho fundamental en la Constitución o sea, su concreción en determinado precepto constitucional genera un derecho subjetivo a que nos referimos antes, la cuestión que

---

135 Por diversas razones hemos decidido posponer para una fecha que quizás nunca llegue, la publicación de las Partes II y III de este trabajo relativas al Estado democrático y al Estado social respectivamente. Lo cual explica y justifica que en esta sección VII debamos hacer algunos comentarios más amplios sobre el particular que los de las secciones anteriores referidos específicamente sólo al Estado de Derecho.

136 Referencias de Luis López Guerra y otros, Derecho Constitucional cit. Vol. I p. 106.

debe destacarse es el punto de vista de que la garantía considerada en el siglo pasado asegurada por su reconocimiento o incorporación en el texto constitucional, actualmente ha sido superada y en verdad la garantía que asegura su efectivo cumplimiento descansa en el sistema de tutela o protección que generalmente en la gran mayoría de países es jurisdiccional y actualmente comprende el proceso o recurso de inconstitucionalidad, el de amparo y el habeas corpus establecidos actualmente los tres, entre nosotros, desde la Constitución de 1950 que agregó el primero, pues los otros dos venían desde el siglo pasado<sup>137</sup>

Debemos considerar que el solo establecimiento de las tres garantías mencionadas no es suficiente para asegurar el respeto a los derechos fundamentales; como hemos señalado en otras partes de este trabajo y deseamos reiterarlo, el Estado de Derecho es un entramado de distintos requisitos esenciales para su existencia cuya operatividad e influencia recíproca son determinantes de que exista realmente un Estado de Derecho. En este orden de ideas, la división de poderes, el principio de legalidad, la supremacía de la ley y otros, coadyuvan al funcionamiento efectivo de la tutela de los derechos fundamentales.

Pero además es importante considerar que la mayor realización de los derechos fundamentales requiere un régimen democrático que a través de la participación, garantías y oportunidades a los ciudadanos determina que el ordenamiento jurídico atienda sus necesidades y demandas por medio de la regulación de las relaciones sociales que gracias al sistema de derechos y libertades se desenvuelven con mayor facilidad y menos dificultades.

También, acertadamente a nuestro juicio, se ha señalado por un Profesor español: “es el Estado democrático de Derecho el verdadero fundamento y garantía del sistema constitucional de los derechos”. Haciendo una interesante puntualización al afirmar: “En un Estado democrático no es la dignidad humana y los derechos naturales los que sirven de fundamento a la ley sino que es a través de la ley, nunca al margen de ésta, como la dignidad y los derechos adquieren toda su cimentación, toda su eficacia jurídica, toda su posible realización en sociedad”<sup>138</sup>

---

137 El Art. 200 de la Constitución peruana que entró en vigencia el primero de enero de 1994, ubicado en el Título V (“De las Garantías Constitucionales”), establece que son garantías constitucionales: 1) la acción de habeas corpus; 2) la acción de amparo; 3) la acción de Habeas Data; 4) la acción de inconstitucionalidad; 5) la acción popular y 6) la acción de cumplimiento.

138 Antonio Torres del Moral, Principios de Derecho Constitucional Español Átomo Ediciones: Madrid. 1985 Vol. 1 p. 190. Por ello también ha señalado en la misma obra: “Hoy es difícilmente discutible que para que un Estado sea de Derecho ha de serlo en los dos sentidos del término Derecho: a) En su sentido de derecho objetivo, de norma. El Estado de Derecho exige, pues, que rijan el imperio de la ley, que el Ordenamiento jurídico sea límite y causa del poder. b) En su sentido de derecho subjetivo, como derechos y libertades. El Estado de Derecho, por tanto exige también que aquel Derecho objetivo u ordenamiento jurídico incorpore los derechos y libertades de las personas”. Ahora bien, la conclusión más importante sobre la que deseamos insistir es la importancia crucial del sistema democrático

El señalamiento anterior es de la mayor importancia y ayuda a explicarnos la experiencia de la historia reciente y también no muy reciente, en una gran cantidad de países iberoamericanos en los cuales la vigencia efectiva de los derechos fundamentales muestra excepcionalmente, períodos relativamente cortos, en los que ha sido una verdadera realidad, ello incluso después del establecimiento de sistemas jurisdiccionales que supuestamente garantizan su tutela.

Entonces, la única causa explicable de esa experiencia pareciera ser la ausencia de verdaderos sistemas democráticos, pues en éstos, aun cuando en verdad, no hay seguridad de que se incorporen al orden jurídico los derechos y además se respeten, lo que sí es cierto es que en los regímenes no democráticos las posibilidades de que el Derecho limite y controle al poder son mínimas o inexistentes.

De allí que necesariamente debernos concluir que únicamente en una democracia puede realizarse el Estado de Derecho y, de igual modo, también el Estado social de Derecho. Por ello es válida la aguda observación de que, “Los modelos históricos denominados Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho, desprendidos del elemento democrático, sólo son de Derecho de una manera relativa y tendencia(: en cuanto son tipos de Estado constitucional que jalonan el tránsito entre el absolutismo y la democracia”. Eso en verdad, es lo que probablemente ha ocurrido entre nosotros en Iberoamérica<sup>139</sup>

La combinación del sistema económico y el régimen político mencionados en la nota anterior plantea algunas cuestiones importantes que necesitan una pronta definición. En primer lugar si la política ha prevalecido a través de la historia por encima de la economía es por una razón muy simple: el interés del hombre como ser humano que debe de ser siempre el objetivo primordial. Cuando se dice en alguna parte leímos, como se acostumbra recientemente, que han terminado las ideologías, en verdad lo que se pretende es la prevalencia de una que es antigua pero actualmente de moda, es decir, el liberalismo económico que ignora totalmente el problema social. Se olvida que históricamente quienes han tenido la responsabilidad de gobernar

---

para la vigencia de los derechos fundamentales y el mayor respeto de las libertades individuales: a continuación del párrafo transcrito se ha concluido en forma categórica: “y únicamente hay garantía de que el Ordenamiento jurídico incorpore los derechos subjetivos si los sujetos mismos, los ciudadanos, participan en su creación, lo que sólo sucede en la democracia” (Op. cit. p. 31 y 32). Adelante nos referimos a la participación de los ciudadanos en forma directa en el proceso de formación de la ley además de otras formas de participación como el plebiscito.

139 Ibid. p. 32. En este orden de ideas, es interesante, como lo señalamos en otro lugar, que el esquema político-económico que pareciera querer hacerse prevalecer en Latinoamérica formado de un sistema verdaderamente democrático y pluralista en lo político y el llamado modelo neoliberal en lo económico, caracterizado por la limitación del radio de acción de la actividad estatal para lo cual se privatizan empresas públicas y reducen las actividades del Estado y por otra parte, la libre competencia no funciona tan efectivamente como se asegura y, si al mismo tiempo, se adoptan otras medidas obviamente antipopulares es previsible esperar que en un sistema democrático serán rechazadas tarde o temprano como ocurrió en un reciente plebiscito sobre la privatización en Uruguay, o sucederá una alternativa peor: el retorno a los gobiernos autocráticos.

devinieron políticos al encargarse de la conducción de un país o sea que debieron ejercer la política entendida como actitud y vocación de velar por el bienestar de la generalidad. En este orden de ideas, si aceptamos determinado programa económico que signifique por ejemplo una disciplina presupuestal, el combate a la inflación, la apertura comercial o lo que sea, debemos entenderlos como instrumentos para alcanzar objetivos sociales, como luchar contra la pobreza, es decir, en bien de la generalidad, de lo cual parece que al fin se ha tomado conciencia al celebrarse eventos como la cumbre de Copenhagen en Marzo de 1995. Nos cuesta creer que las políticas de ajuste económico no tengan metas de carácter social para el bienestar colectivo y que debernos entenderlas de manera que su único sentido sea la nueva ideología librecambista o lo que es peor, que sólo sea un medio para fortalecer las empresas supranacionales e indirectamente y, también directamente, las minorías privilegiadas en detrimento de las mayorías.

Consideramos de la mayor importancia los conceptos de Schneider cuando se refiere al reconocimiento de que el Estado constitucional democrático no sólo organiza determinadas formas de actuación estatal, sino que garantiza además elementos objetivos y fijación de metas, cuya protección y realización es encomendada al Estado por la vía de conformación del Derecho. Y es que hay áreas propensas a ser intervenidas por el Estado y por ello están más necesitadas de protección como es el caso de la libertad de expresión concretada constitucionalmente como un derecho subjetivo de defensa frente al Estado porque como nos recuerda Schneider, según muestra la experiencia, los poderes dominantes tienden a contrarrestar opiniones contrarias por incómodas sobre todo cuando “amenazan con poner en peligro la propia posición del poder” y ese es también el caso de otros derechos constitucionales.

Es interesante el problema de las funciones de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho. En abstracto han sido considerados fin en sí mismos y expresión de la dignidad humana. En este sentido hay quienes no les reconocen otros fines constitucionales y en consecuencia se oponen a su instrumentación funcional. Pero por otra parte, no puede negarse que los derechos fundamentales como considera Smend tienen un contenido objetivo de integración de la Constitución y participan en la constitución del Estado y por ello las posibilidades de realización de los derechos fundamentales determinan si los principios estructurales de la Constitución tienen realidad y efectividad en el proceso político. O, como señala Schneider, “dicho de otra manera: se puede pensar una protección jurídica de los individuos sin Estado de Derecho, pero no al revés, un Estado de Derecho sin protección jurídica”. Así, la libertad de opinión puede pensarse sin democracia pero no puede imaginarse la democracia sin libertad de opinión; de igual modo la seguridad social puede realizarse sin Estado social de Derecho, pero no puede existir éste sin una red de seguridad social. Por ello podemos afirmar que los derechos fundamentales como señala Schneider “poseen

además de su peso jurídico-individual, una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política”. En suma, siempre con palabras de Schneider: “Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente”. Concluye el Profesor alemán que a estas funciones estructurales de los derechos fundamentales para los principios conformadores de la Constitución se les sigue prestando demasiada poca atención.<sup>140</sup> Las consideraciones anteriores son de la mayor importancia por lo que no puede justificarse de ningún modo que no se haya procurado defender los derechos fundamentales en función de nuestro sistema político constitucional.

El Estado democrático no sólo añade al Estado social la soberanía popular, es decir, la participación ciudadana en la vida política, social y económica de manera que, como dice D. Manuel García Pelayo las prestaciones sociales del Estado satisfagan las demandas de los ciudadanos; es decir, en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro constitucionalmente desde 1950, las políticas sociales y económicas deben orientarse por mandato constitucional en beneficio de la generalidad y no de grupos dominantes que tienen el control y dirección de los partidos políticos por medio de los grupos de presión de las organizaciones gremiales. Esto es particularmente importante en la actualidad cuando los países a los que nos han dado en llamar del tercer mundo, estamos obligados a la adopción de los conocidos programas de ajuste económico cuyos logros son determinantes de las calificaciones y los méritos que habilitan para ser elegibles como sujetos de crédito de los organismos financieros internacionales (particularmente dos, de carácter mundial); ahora bien, el nivel de calificaciones que nos asignan depende del menor número de dígitos o el menor nivel de la inflación, del menor nivel del déficit fiscal, del mayor porcentaje de la devaluación, de la mayor privatización y, respecto a la tributación, de la base más amplia de los gravámenes al consumo, del menor nivel de los impuestos de importación y de las menores tasas de los gravámenes sobre el patrimonio y la renta que antes generalmente eran considerados justos, etc. De tal modo, como necesaria consecuencia de esas realizaciones o logros, pareciera que no es importante, cuando se ignora, el aumento del nivel de la pobreza y/o el número de los pobres como consecuencia de la nula redistribución del ingreso agravado por las bajas prestaciones sociales del Estado neoliberal, prestaciones que son mas bien actos de benevolencia por no llamarlos más propiamente, de caridad.

Algo debe andar mal en algunos sistemas democráticos, o si no anda mal no funciona o no son democráticos, cuando es posible que no tengan ninguna importancia o

---

140 Véase Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 199 l. pp. 127-135. Para las funciones de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho (pp. 137-146), en el régimen democrático (pp. 140-143) y en el Estado social de Derecho (pp. 144-147).

consecuencia los resultados de cumplir ciegamente el propósito de respetar la libertad de mercado aunque ello nos lleve a ver con indiferencia que ocurra un alza desproporcionada de los precios del frijol, la harina y el cemento por ejemplo, para no referirnos al aumento premeditado y también desproporcionadamente fuera de lo normal de los tipos de interés que “determina” supuestamente el mercado libre con todos sus efectos contrarios a la inversión; de igual modo es cuestionable el alto nivel de las tasas aplicables a los gravámenes sobre el consumo, mientras se disminuyen o suprimen aquellos correspondientes a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y otros que consultan la capacidad económica del contribuyente como señalamos antes y abundaremos después. Y es que ante el panorama anterior que nos ha llevado al segundo lugar de Iberoamérica en la liberación de la economía, después de Chile por supuesto, es obligación recordar a quienes “debemos” tal realización, que desde el Preámbulo en la Constitución de 1983 se declaró “el 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 por medio de muchas disposiciones que citamos a continuación, el constituyente de ese año ratificó los principios incorporados en la Constitución de 1950, como por ejemplo, que el Estado “está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común” según manda el Art. 1 y además, que es obligación del Estado “asegurar a los habitantes de la República, el goce de..... el bienestar económico y la justicia social” conforme al mismo precepto. De igual modo el Art. 2 establece que toda persona tiene derecho al trabajo y a ser protegida en su conservación y defensa.

Los derechos a la cultura y a la salud reconocidos en el Capítulo II del Título II de la misma Carta Magna de 1983 imponen sin duda, desde 1950, obligaciones y responsabilidades al Estado que no podrían cumplirse si para eliminar el déficit fiscal no deben apoyarse financieramente los gastos públicos necesarios para esos destinos y constitucionalmente obligatorios y, cuando el esquema que debemos seguir nos obliga a bajar los impuestos justos compensándolos en parte con los injustos y de este modo nos preguntamos ¿es el fin de la redistribución?. También a lo relacionado antes, habría que agregar las disposiciones constitucionales que norman las contribuciones estableciendo una reserva de ley que obliga a observar el principio de legalidad y además que las contribuciones deben establecerse “en relación equitativa” (Art. 131 N° 6° y Art. 231). De igual modo, dentro del propósito de cumplir esos esquemas de reajuste económico, la nueva Ley Orgánica del Banco Central tiene inconstitucionalidades materiales al quitar al Ministerio de Hacienda la dirección de las finanzas públicas como manda el Art. 226 y además, el mismo ordenamiento está viciado de inconstitucionalidad formal cuando la iniciativa de ley y la refrenda correspondiente de la sanción no se hizo por el Ministerio respectivo en cumplimiento del Artículo 133 N° 2° en relación al Art. 163 ambos constitucionales.

Aún más, el Art. 101 manda: “El orden económico debe responder a principios de justicia social que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano”. En su inciso segundo el mismo precepto establece que el Estado “defenderá el interés de los consumidores”. No olvidemos también que “se garantiza la libertad económica en lo que no se oponga al interés social” y de igual modo el derecho de propiedad “en función social” (Arts. 102 y 103 Constitucionales).

Ahora bien, no podemos simplemente ignorar que el Art. 246 constitucional establece que “los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”. Y, que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”. Todavía más, el mismo precepto manda: “El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. Si además recordamos que todo funcionario antes de tomar posesión de su cargo protesta por cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes, o resoluciones que la contraríen (Art. 235 C.S. 1983) y, que de igual modo es obligación de todo ciudadano “Cumplir y velar porque se cumpla la Constitución” (Art. 73 N°2° C.S. 1983). Tampoco olvidemos que también es obligación primera del Presidente de la República “Cumplir y hacer cumplir la Constitución” conforme al numeral 1° del Art. 168 Constitucional.

En cuanto a las leyes contradictorias a los principios y derechos constitucionales no olvidemos que no se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales (Art. 145) y de igual modo no podrán otorgarse concesiones que lesionen o menoscaben los derechos y garantías constitucionales conforme al Art. 146.

Por otra parte, todos los derechos constitucionales tienen un sistema de tutela establecido en la Carta Magna y así, las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos podrá interponerlas cualquier ciudadano y corresponde a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional resolver sobre esas demandas y a los tribunales “declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos contraria a los preceptos constitucionales”.

Recordar toda la relación anterior tiene el propósito de señalar que algunas de las medidas del reajuste económico reciente y en progreso, son fácilmente cuestionables desde el punto de vista constitucional lo que desafortunadamente ni siquiera ha sido planteado o al menos insinuado como una interrogante, menos aún haciendo uso de los medios que la Constitución establece y que hemos mencionado antes.

Esta relación nuestra también se explica, además, porque más de un funcionario de alguna organización financiera mundial, estamos seguros, no alcanzará a comprender que lo antes señalado, es de la propia naturaleza de lo que es materia de este trabajo titulado “Derechos fundamentales y Constitución”, pues como decíamos,

cuando los tributos se establecen en una relación que no sea equitativa son inconstitucionales (Art. 131 N° 6°), cuando el Banco Central dirige las finanzas públicas del Estado es inconstitucional (Art. 226), cuando el Ministerio de Planificación canaliza la iniciativa de Ley Orgánica del Banco Central y refrenda el Decreto respectivo de sanción esa Ley es (Art. 163) cuando una resolución biministerial de el Ministerio de Economía y del Ministerio de Hacienda acuerda bajar los impuestos de importación es inconstitucional (Art. 231) y cuando no se cumplen las obligaciones del Estado respecto a los servicios de educación y salud, ello también es inconstitucional (Arts. 53, 56, 65 y 66) y así, seguramente hay otras situaciones similares que plantean serias dudas respecto a la circunstancia de estar enmarcadas dentro de los límites autorizados por la Constitución.

Sobre este particular el ejemplo de México es altamente ilustrativo cuando se vio obligado a adoptar una serie de importantes reformas constitucionales en materia de reforma agraria, instituciones bancarias y en otras áreas pues esa era la única forma de implementar los cambios deseados, muy parecidos a los nuestros por cierto.

Aquí y ahora, no es nuestro propósito cuestionar el esquema de reformas que sea, sólo nos interesa identificar el grado y medida durante el período que necesariamente debe transcurrir para que se materialicen los resultados de los programas de ajuste, en que se estará incurriendo en el incumplimiento de disposiciones constitucionales que ha sido generado por ordenamientos incuestionablemente viciados de inconstitucionalidad ya sea por su contenido material o en su aspecto formal, que de igual modo hace incurrir en inconstitucionalidades.

En una nota anterior señalábamos las inconsistencias y contradicciones que pueden surgir de la coexistencia de un sistema democrático pluralista y un esquema neoliberal en lo económico. Parece también que un quinquenio después de iniciada esa simbiosis que es hoy moda obligatoria ha comenzado a repararse en la pobreza particularmente por dos organismos relacionados con nuestro hemisferio: el BID y la CEPAL, no sólo en cuanto a su magnitud y consiguiente importancia sino además, lo que es más importante, que los procesos de ajuste adoptados no pareciera que los resuelven o al menos, si ocurre, ello no será en un corto plazo, con todas las consecuencias que esto significa. Otros organismos han presentado peculiares soluciones a este presionante y preocupante problema que será resuelto por la plena operatividad simultánea de los dos sistemas indicados; a esas “peculiares” soluciones nos referimos después en la: nota posterior a la siguiente<sup>141</sup>. Como decíamos, los resultados de las

---

141 Únicamente mencionamos por vía de ejemplo, relativamente recientes informaciones contenidas en un documento marcado “confidencial” de la sección Latinoamericana y el Caribe del Banco Mundial fechado el 14 de junio de 1993 en el que se analiza ampliamente la situación económica de México que nosotros consignamos en este nota de pie de página con base en la fuente que citamos después. Consideramos preocupantes algunas apreciaciones del documento pues son el resultado directo de los programas de ajuste recomendados por el Banco que han sido seguidos

políticas señaladas, parecieran comerizar a observarse con preocupación cuando con inusitada frecuencia repetidamente no sólo la CEPAL y en menor grado y un poco tardíamente, el BID, insisten en la urgencia de tornar en consideración y tratar de resolver el problema de la pobreza sino también lo hacen las propias entidades financieras mundiales que han condicionado sus financiamientos a la adopción de medidas como las mencionadas, para alcanzar metas estadísticas que al lograrse, supuestamente resolverían todos los problemas, para de este modo crear las condiciones ideales para un mayor crecimiento que parece retrasado en algunos casos, demasiado lento en otros y no llegar, también en otros<sup>142</sup>

La reunión a la que asistía el funcionario del Fondo Monetario Internacional citado en la nota 142 anterior, era la Convención de la Asociación de Bancos Argen-

---

al pie de la letra y que guardan un notable parecido por no decir que son idénticos a los seguidos por el gobierno de El Salvador y muchos otros, en los últimos años. "Pareciera según el documento que el Banco se muestra preocupado cuando afirma: "el crecimiento de PNB y de la productividad es débil, el déficit de la cuenta corriente es muy amplio, las exportaciones han crecido de Jirasiado lentamente. Ha habido poca expansión de la inversión. Las tasas de interés son muy altas.... Tomados en su conjunto - concluye el Banco - estos resultados no son lo que se esperaba lo que debería ser hoy una economía en robusto crecimiento... Respecto a la pobreza. el Banco Mundial no puede ser más explícito: "La manera en que el gobierno responda a la pobreza crónica y al problema de la distribución del ingreso inducido por sus políticas, que al parezca es el problema más visible y el más cargado políticamente determinará que haya o no continuidad y viabilidad para su programa económico". Recordemos que la distribución del ingreso en México (similar a la nuestra) es --muy dispareja-- cuando 17 millones de mexicanos o sea 20% de la población subsiste por debajo de la línea de miseria de 320 dólares de ingresos por persona al año. (Proceso: México. N° 875. 9 de agosto de 1993 p. 2 y stes). Para un análisis reciente de lo apuntado en cuanto a las políticas crediticias del FMI y el BM véase H. Brand", "The world Bank the Monetary fund. and poverty" en Dissent Otoño 1993 p. 497.

142 Los pobres resultados del nuevo esquema económico para nuestros países en cuanto a la generación de nuevos empleos son evidentes; así, por ejemplo, se logra generar 40.000 nuevos puestos de trabajo en un país iberoamericano en un año reciente y el incremento en la demanda de empleo de ese mismo año fue del orden de un millón de trabajadores. Tales resultados no podían ser ignorados, aun por los "patrocinadores" de los ajustes y así, en la última reunión del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, celebrada en Madrid dos altos funcionarios de esos organismos (S. Edwards y M. Camdessus). presentaron como única posibilidad para que los niveles de empleo aumenten la que llamaron "Flexibilización laboral" que no es otra cosa que abaratar el costo de la mano de obra o sea bajar salarios y eliminar los derechos y conquistas laborales. Y es que la experiencia de la reactivación económica en las condiciones de la reforma neoliberal puso de relieve que el empleo crece a un ritmo mucho más lento que la producción pero en las fases recesivas cae más rápido que el producto. Es interesante que Clarín de Buenos Aires en su edición del 5 de agosto de 1994 (pag. 18), en una crónica titulada "El FMI pide por los pobres", informa: "será el propio Michel Camdessus el que vendrá de Washington para plantear la necesidad de darle contenido social a la estabilidad económica". La gravedad del problema puede ponderarse al considerarse que fue el tema central del informe sobre desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de 1993. Como se ha dicho, los jóvenes que buscan trabajo por primera vez, los trabajadores cesados por las privatizaciones y la contracción de la inversión pública son los "nuevos pobres" del neoliberalismo. En la reciente Cumbre de Copenhague (Marzo de 1995) son significativos los plantamientos sobre la pobreza y los juicios respecto a las políticas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, así como las resoluciones de esa importante reunión, en su significado, aun cuando con poca proyección práctica. Sobre esa cumbre se informó: "La reunión de Copenhague ha durado nueve jornadas en las que han nacido en el mundo 598.070 nuevos niños en la más absoluta pobreza. El dramático reloj situado a las puertas de la reunión y que iba contabilizando el dato quedó el domingo 12 manualmente parado, el día anterior se había firmado un largo documento de compromisos". El País. (España, 13 de marzo de 1995). James Tobin, Nobel de economía dijo que "Las instituciones de Bretton Woods tienen que adaptarse. Hay que introducir lo social en la política". Las olas de Copenhague, aun simbólicas, llegan hasta Centro América y en la Cumbre de San Salvador el 30 de Marzo de 1995 se suscribe por los presidentes centroamericanos, el de Panamá y el Primer Ministro de Belice el Tratado de la Integración Social Centroamericano.

tinios en la cual significativamente, se trataron temas como: el costo social del ajuste, y la desocupación y los problemas laborales que provoca el desequilibrio comercial y, en la cual, Camdessus hablaría sobre: “Como poter ciar el avance social a partir de un proceso de estabilización”. Clarín comenta: “La aparición del titular del Fondo Monetario Internacional en escena no es casual. Tiene un interés particular: busca en un futuro ser candidato a la presidencia de Francia y por eso debe modificar buena parte de lo que predicó en los últimos años en las naciones subdesarrolladas”. (subrayado el original).

Recientemente leíamos un interesante comentario (El País (España) 17 de Abril 1995), que no podemos menos que transcribir: “Las ciencias sociales habían recorrido un largo camino - sobre todo a partir de 1989 - hasta asimilar de modo casi universal, que democracia y mercado eran conceptos no sólo compatibles, sino que uno no se podía explicar sin el otro. Así, la libertad de mercado había devenido en una libertad más sin matices. Lo ocurrido en la economía mundial desde el pasado 20 de diciembre, cuando México devalúa su moneda, pone en cuarentena la pureza de esa reflexión”; si como dice Eduardo Haro Teeglen en su reciente Diccionario Político: “La democracia supone una continua lucha por ampliar el número de participantes en el Gobierno de todos y por fijar las reglas de participación en el Gobierno”. qué sentido, nos preguntarnos, tiene, discutir un programa de reajuste del que está decidido, lejos de aquí, hasta su calendarización.

Quizás deberíamos considerar la conveniencia, insistimos, de darle un poco de más pensamiento, aun cuando sólo fuera por interés académico, a las consecuencias imprevisibles respecto a su viabilidad, que podrían resultar de la coexistencia de un sistema político democrático pluralista y un esquema económico neoliberal, que parecen fácilmente identificables como objetivo en buen número de países de América Latina sino en todos; a esta extraña simbiosis de lo que ha sido el modelo de la década de los años ochenta nos referimos brevemente adelante, porque la cuestión, en este trabajo, sólo nos interesa en la medida que incide en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

No olvidemos que los dragones del Pacífico (excepto Honk Kong) y Chile tuvieron éxito con esquemas neoliberales pero con gobiernos autoritarios y con una población que aceptó sacrificar el consumo para elevar sus tasas de ahorro; y además, con una distribución de la riqueza y el ahorro menos acentuada que en América Latina.

Las referencias anteriores aun cuando muy importante son incidentales, pero debíamos hacerlas antes de volver a continuar nuestro estudio porque es preocupante el silencio y la indiferencia ante medidas que no sólo son obviamente perjudiciales a los intereses y el bienestar de la generalidad sino que además vulneran derechos importantes reconocidos en las secciones respectivas del área económica y social de la Constitu-

ción; tal es el caso de la privatización del Instituto Regulador de Abastecimientos (IRA), que contrasta con el aplastante rechazo de la privatización como señalamos antes, en un plebiscito reciente en Uruguay, país que disfruta de un sistema auténticamente democrático. Para retornar la exposición recordemos haber señalado que el régimen jurídico español de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 incorpora algunos aspectos y enfoques particulares cuyas características relacionamos antes y a los que nos referiremos más detalladamente, con la idea - como dijimos antes - que pudiera considerarse como referencia para un estudio futuro orientado a una eventual revisión de nuestro régimen de derechos y garantías constitucionales.

## 1. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En primer lugar consideramos el problema de la clasificación de los derechos constitucionales o sea la forma de agrupación de aquellos recogidos y reconocidos en el texto constitucional. Como lo reiteramos antes, nuestra Constitución vigente de 1983 (y las anteriores), otorga la misma tutela a los diferentes derechos fundamentales que forman las tres categorías del Título II o sea, tanto los incluidos en el Capítulo I, que norma los derechos individuales como los del II relativo a los derechos sociales y también los reconocidos en el Capítulo III correspondiente a los derechos políticos de igual modo, que a otros derechos dispersos en el texto de la Carta Magna. En cambio el criterio de la Constitución española de 1978 para agruparlos en los capítulos y secciones de su Título I, está determinado básicamente por un sistema de garantías regulado en el Art. 53 de dicho ordenamiento el cual, presumiblemente refleja la importancia que a cada una de las distintas categorías otorgó el constituyente español de ese año.

Corno señalarnos antes, y es oportuno recordarlo, el constituyente español de 1978 estableció tres tipos de derechos: 1) aquellos que tienen el mayor nivel de garantías exigibles al Estado para su protección no sólo por su mayor importancia social y política sino por la posibilidad del Estado de realizar una política de prestaciones; estos son los “Derechos fundamentales” y las “libertades públicas” de la Sección Primera del Capítulo II, Título I de la Constitución española de 1978 que están tutelados por: a) el recurso de inconstitucionalidad del Art. 161 a) de la Constitución española; b) el recurso de amparo y, c) puede pedirse también su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad regulado por la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional sobre derechos fundamentales de la persona; 2) en la Sección segunda del mismo capítulo II de la Constitución española están incluidos aquellos derechos que no obstante su importancia el constituyente consideró menos factible, probablemente por su costo económico para su efectividad real, otorgarles el mismo nivel de tutela y el mismo

grado de compromiso estatales que a los anteriores, incluidos en la Sección Primera; están comprendidos en dicha sección segunda los derechos económicos y sociales, nominados “Derechos y deberes de los ciudadanos” que están tutelados únicamente por el recurso de inconstitucionalidad del Art. 161 a) de la Constitución española respecto a la ley que necesariamente debe reglamentar su ejercicio, igual que a todos los del Capítulo II del Título I y, 3) finalmente, los preceptos del Capítulo III regulan los llamados “Principios rectores de la política social y económica” cuya propia denominación indica que no son exigibles de inmediato las prestaciones estatales correspondientes y, en consecuencia no generan derechos subjetivos; en el caso de estos principios debe considerarse cuando el Estado no está en condiciones de asumir compromisos para asegurar su disfrute y ejercicio y, por eso, se ha dicho de ellos que “ni la sociedad ni el Estado dependen perentoriamente para su subsistencia”; respecto a los mismos principios, conforme al Art. 53 3. C.E./78: “Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Es innecesario señalar que como toda clasificación, la española que resumimos está sujeta a imprecisiones e inexactitudes que como indicamos antes, ha sido señalado; así, por ejemplo, fuera de la Sección Primera también hay derechos que pueden considerarse fundamentales y por otra parte, en ella se incluyen derechos de prestación así como derechos ciudadanos que corresponden con mayor propiedad a la Sección Segunda, que a su vez contiene libertades públicas que pertenecen a la Sección Primera. De todas formas, con todas las imperfecciones y limitaciones difíciles de evitar o corregir totalmente, o más bien imposibles de eliminar o mejor dicho, es imposible coincidir cuando hay tantos puntos de vista diferentes; pero, en todo caso, lo cierto es que el constituyente español establece tres grupos de derechos a cada uno de los cuales se asigna determinadas características en cuanto a sus efectos y además señala un sistema de tutela diferente en cada categoría como indicamos<sup>143</sup>

La diferente naturaleza de las distintas categorías de los derechos constitucionales se percibe al contrastar algunos de los denominados derechos prestación del Estado social con los tradicionales derechos individuales que, a diferencia de los primeros se caracterizan porque su efectividad estaba asegurada con la sola abstención del Estado.

El resumen presentado del sistema de la Constitución española de 1978 justifica algunas reflexiones respecto al ordenamiento salvadoreño cuando nosotros no hacemos distinciones entre las características y la normación de algunos aspectos de las diferentes categorías de derechos incluidos en los tres capítulos de nuestro Título II vigente o fuera de ese Título, igual que otras Leyes fundamentales, aun cuando pensamos que de ello podrían resultar consecuencias que probablemente no sean las

---

143 Véase el Cuaderno No. II-1 que presentamos en la sección II anterior relativo al Derecho Comparado así como los comentarios y nuestra relación respecto al sistema español para mayor precisión de lo anterior.

más deseables. El único propósito de los párrafos siguientes es referirnos a un punto de vista distinto del escogido por nuestro legislador constituyente de 1950, a pesar de no tener ninguna duda de que la opción adoptada ese año tenía las mejores intenciones y propósitos cuando determinó en forma amplia los medios de tutela para todos los derechos sin distinción, a fin de que estuviera al alcance del mayor número de salvadoreños una más amplia protección. Independiente de lo anterior, reiterarnos lo señalado en el sentido de que lo realmente determinante de la eficacia del sistema de tutela no sólo es su establecimiento, desde luego que su vigencia efectiva está influenciada significativamente por una división de poderes real así como, por una verdadera y amplia participación de los ciudadanos en el sistema democrático, sobre lo cual podemos hacer algunas consideraciones, que más bien deseamos llamar reflexiones, en relación al propio sistema de tutela adoptado constitucionalmente entre nosotros<sup>144</sup>.

En una sección anterior presentamos algunas opiniones de distintos tratadistas respecto a la cuestión de la clasificación de los derechos no obstante que como se ha señalado “tales clasificaciones suelen presentar una utilidad muy relativa cuando se les confronta con las determinaciones del Derecho positivo...”. En todo caso, para simplificar el problema probablemente la forma más simple es hacer una clasificación conforme a la titularidad de los derechos o, respecto al objeto y finalidad de los mismos o bien, conforme a su modo de ejercicio y contenido de la obligación. La primera clasificación que es una distinción evidente se refiere a la naturaleza individual o colectiva del sujeto titular del derecho. Cuestiones interesantes incluso ya planteadas en la jurisprudencia española como es el caso del problema de la posibilidad de que personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales o el problema del disfrute de algunos derechos por

---

144 Es una verdad reconocida que las Cartas Constitucionales recogen e incorporan a sus textos la normación de institutos, principios, derechos o instituciones algunas veces con un retraso considerable respecto a su aparición o hasta cuando han llegado a tener una importancia significativa en la sociedad o en la organización política. Tal vez el ejemplo que pone en evidencia lo anterior es la referencia a los partidos políticos como medios de expresión en el proceso político y como instrumentos de la representación según establece el Art. 85 constitucional, que se incorpora a nuestro ordenamiento superior hasta en 1983; en otras palabras, es un concepto de las Constituciones de la segunda posguerra, generalizado hasta entonces, y que no aparece en ninguna Carta Constitucional anterior a ese período, no obstante que el máximo protagonismo de los partidos en el proceso político se observa en el período de entre guerras. La consideración anterior nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de una mayor participación de los ciudadanos por otros medios más directos cuando además en muchos países pareciera haber disminuido la confianza inicial en los partidos políticos como instrumentos idóneos para canalizar la voluntad popular; pareciera prevalecer una falta de entusiasmo generalizada cuando un porcentaje significativo de indecisos se traduce en un abstencionismo preocupante. Es interesante que el Art. 107 de la Constitución peruana de 1993 en su inciso segundo refiriéndose al “derecho de iniciativa en la formación de la ley” establece: “Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a la ley”; aclaramos, que al recordar lo anterior únicamente hemos querido referirnos a una modalidad novedosa adoptada muy recientemente que se orienta a ofrecer posibilidades de una mayor participación de la ciudadanía en forma directa en el proceso político. Para un estudio reciente sobre las distintas formas adoptadas en los Estados Unidos para la toma de decisiones directa por parte de los ciudadanos véase Joseph F. Zimmerman. *Democracia Participativa* Limusa. Grupo Noriega editores: México. España. Venezuela. Argentina. Colombia. Puerto Rico. 1992. El crecimiento de los grupos de presión y el incremento en su influencia política ha generado una desconfianza pública acerca de los cuerpos legislativos que justifica explorar los beneficios y costos de la participación ciudadana directa en el sistema democrático, como es el caso de la consulta popular o plebiscito que nosotros lo tenemos únicamente para la unión centroamericana en el Art. 89 inciso último de la Constitución de 1983.

los extranjeros cuando el texto constitucional o las leyes los atribuye expresamente a los salvadoreños o a los ciudadanos; sin embargo, sobre este particular debe reconocerse que nuestros ordenamientos constitucionales han sido amplios en el sentido de reconocer la casi totalidad de los derechos en forma no discriminada.

En cuanto al criterio de clasificación conforme a su objeto que es probablemente el más utilizado por la doctrina; esta clasificación atiende al objeto tutelado, es decir el bien o finalidad humana protegida en cada caso, como las garantías de la integridad física, los derechos que amparan la libertad de acción, los que aseguran la vida familiar, religión, etc. El profesor Prieto Sanchís clasifica los derechos fundamentales atendiendo a su finalidad en Derechos de libertad y Derechos de igualdad, que en el cuadro siguiente presentamos referidos al sistema salvadoreño.

### Cuadro N° VII-1

Derechos de libertad y de igualdad en Constitución de El Salvador de 1983.

| ESPAÑA                                                                             | EL SALVADOR     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| A. DERECHOS DE LIBERTAD                                                            | Artículo        |
| a) Garantías individuales a:                                                       | C.S. 1983, N° 2 |
| - la vida a la integridad física y moral (Art. 15)                                 | inciso 1°       |
| - la nacionalidad (Art. 11)                                                        | 91              |
| - la seguridad personal (comprende garantías contra detención arbitraria) (Art.17) | 11, 12 y 13     |
| - garantías penales y procesales (Arts. 24 y 25)                                   | 11 a 17         |
| - la intimidad, propia imagen y derecho al honor (Arts. 18, 1 y 4)                 | 1 inciso 2°     |
| - la inviolabilidad del domicilio (Art. 18, 2)                                     | 20              |
| - las comunicaciones (Art. 18, 3)                                                  | 24              |
| b) Libertades:                                                                     |                 |
| - ideológica religiosa, de culto (Art. 16, 1)                                      | 25              |
| - de resistencia y circulación (Art. 19)                                           | 5               |
| - de expresión (Art. 20)                                                           | 6               |
| - de reunión y manifestación (Art. 21)                                             | 7               |
| - de asociación en general y formas concretas (Art. 22)                            | 7               |
| como política: partidos. (Art. 6)                                                  | 72 # 20         |
| - sindical (Art. 7)                                                                | 47              |
| - religión (Art. 16)                                                               | 25              |
| - de participación (Art. 23)                                                       | 72              |
| - de enseñanza y de creación de centros docentes (Art. 27)                         | 53 y stes       |
| - Derecho a la huelga (Art. 28,2)                                                  | 48              |
| - Derecho de petición (Art. 29)                                                    | 18              |

|                                                                 |                |
|-----------------------------------------------------------------|----------------|
| - Objeción de conciencia (Art. 30,2)                            | NO             |
| - Derecho a contraer matrimonio (Art. 32)                       | No expreso     |
| - Derecho a la propiedad privada (Art. 33)                      | 2 inc 1° y 103 |
| - Derecho a la herencia (Art. 33)                               | 22 no expreso  |
| - Derecho de fundación (Art. 34)                                | NO             |
| - Derecho a la libre elección de profesión u oficio (Art. 35,1) | NO             |
| - Derecho a la negociación colectiva (Art. 37,1)                | 39             |
| - Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (Art. 37,2)  | 48             |
| - Libertad de empresa (Art. 38)                                 | 102            |

## B. DERECHOS DE IGUALDAD

Derechos al/la:

|                                                                                               |                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
| - Igualdad ante la ley (Art. 14)                                                              | 3                           |
| - trabajo y remuneración suficiente (Art. 3, 1 y 25, 2)                                       | 2,37 y 38 # 2°              |
| - protección social, económica y jurídica de la familia (Art. 39) 3                           | 2                           |
| - derechos de los menores (Art. 39, 2, 3, y 4)                                                | 34 y 35                     |
| - formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, descanso y vacaciones retribuidas | 40,44, 38 #5<br>7°, 8° y 9° |
| - seguridad social (Art. 41)                                                                  | 50                          |
| - protección de la salud (Art. 43)                                                            | 1 i 2°, 35 y 65             |
| - cultura (Art. 44)                                                                           | 53                          |
| - medio ambiente adecuado (Art. 45)                                                           | 117                         |
| - a disfrutar de una vivienda digna (Art. 47)                                                 | 119                         |
| - de los minusválidos (Art. 49)                                                               | 70                          |
| - de los ancianos (Art. 50)                                                                   | 70                          |
| - de los consumidores y usuarios (Art. 51)                                                    | 101                         |

NOTA: El cuadro anterior sigue la clasificación del Profesor Prieto Sanchís en su obra citada Estudios sobre derechos fundamentales pp 126-129. Los números de artículos a continuación de la caracterización de un derecho en particular, corresponden a las disposiciones de la Constitución española de 1978 cuya terminología describe los derechos listados.

Presentarnos la clasificación anterior como un ejemplo de los múltiples criterios que pueden emplearse para agrupar los derechos fundamentales pero en todo caso creemos que la anterior descansa en una división de acuerdo a los grandes valores que sustentan los derechos humanos desde su origen: libertad e igualdad. Lo anterior, aun cuando puede decirse que todos los derechos sirven a la libertad y en último térmi-

no a la dignidad humana; sin embargo, la distinción puede sustentarse en el hecho innegable de que el disfrute de la libertad real o efectivamente disfrutada en algunos casos, precisa la remoción de obstáculos es decir, requiere una acción positiva contra las desigualdades. La distinción se justifica porque en verdad, hay derechos que satisfacen el valor libertad y otros que buscan la consecución de la igualdad o si se prefiere como se ha señalado, unos derechos son de libertad y otros de libertad igualitaria, así, los derechos de libertad tratan de garantizar el desarrollo de la persona humana asegurando un ámbito de autonomía individual que no debe ser perturbado ni por el poder, ni los individuos o grupos; pero esas libertades necesitan un complemento que son los derechos de igualdad que tratan de lograr la plena integración del hombre en la sociedad de forma que los titulares de la libertad la disfruten efectivamente.

En los derechos que el tratadista español Prieto Sanchís denomina de libertad distingue entre los que consisten en el ejercicio efectivo de una libertad y sea, que se concretan en un actuar humano y aquellos que protegen un bien específico como la vida, la integridad física que son presupuestos necesarios de un régimen de libertades que son los que en su clasificación el Profesor Prieto Sanchís denomina garantías individuales. En suma, se trata de distinguir entre una libertad como ámbito protegido de las interferencias ajenas, en particular frente a la actuación del poder y la libertad entendida como capacidad de actuación en el ámbito social. Ahora bien, el problema práctico como toda clasificación es que algunos derechos presentan una doble naturaleza y son menos fácilmente catalogables, tal es también el caso de los llamados derechos de participación, que son nuestros derechos políticos del Capítulo III Título II de la Constitución de 1983 que tienen un carácter mixto de libertad e igualdad. También hay casos de derechos con finalidades que no es fácil asimilar a la libertad o la igualdad como los derechos del medio ambiente que el autor citado incluye entre los derechos de igualdad.

El problema de “derechos de las personas y derechos de los ciudadanos” que mencionarnos, tiene enfoques interesantes en Problemas actuales de los Derechos Fundamentales cit. en los trabajos del Profesor Haberle (pp 94-102) así como del Profesor Guastíni de la U. de Génova (pp 137-138), y la contribución del Profesor de Lucas titulada “Derechos sin fronteras (pp 165-180)

Para los propósitos y alcances de este trabajo no es necesario examinar en detalle los distintos sistemas de tutela de los derechos fundamentales que en el caso del amparo desde 1886 se estableció entre nosotros para protección de todos los derechos constitucionales, sin distinción de ninguna clase es decir, que es igual desde su origen a la última Constitución de 1983 en el sentido de proteger todos los derechos reconocidos a nivel constitucional<sup>145</sup>

---

145 Para un competente estudio sobre el amparo en nuestro país y un excelente resumen de la evolución histórica en su legislación véase Angel Góchez Marín, Apuntes sobre el Amparo en El Salvador San Salvador. 1988 Capítulo II pp. 27 y stes. particularmente el Cuadro sinóptico de las páginas 48 a 51.

En otras palabras, el procedimiento de amparo en nuestro país ha tutelado de igual modo a todos los derechos reconocidos en la Constitución desde su establecimiento es decir: debe proteger en la misma forma tanto los derechos del Capítulo I (derechos individuales) como los sociales del Capítulo II o los políticos del Capítulo III, todos del Título II de la Constitución de 1983. Y, de igual modo, cualquier otro derecho consignado en la Constitución aun cuando no haya sido considerado fundamental al no incluirlo en el Título II mencionado de la Constitución de 1983; a todos los cuales, cuando aludimos a ellos en las referencias siguientes se trata de nuestra Carta Magna vigente, a menos que indiquemos otra cosa.

Al estudiar la cuestión de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna de 1983 nos interesa destacar las características diferentes de los derechos individuales mencionados del Capítulo I y de los derechos sociales del Capítulo II del mismo Título II y de igual modo respecto a aquellos reconocidos en el Título V sobre el Orden Económico. Básicamente el problema de la diferenciación de los derechos constitucionales tiene importancia en cuanto a la exigibilidad del cumplimiento de los derechos incluidos en las distintas categorías que depende en definitiva de la efectividad del sistema de tutela establecido para tales derechos.

La cuestión fundamental consiste en determinar si en verdad se logra la vigencia efectiva de los derechos cuando en todos los casos de los derechos reconocidos constitucionalmente se confieren los mismos recursos jurisdiccionales siendo la verdad y, debemos aceptarla, que los tradicionales derechos individuales tipificaban claramente un derecho subjetivo que genera obligaciones de parte del Estado y los particulares concretado generalmente por medio de abstenciones, impuestas por el ordenamiento jurídico lo cual no es igual en otros derechos fundamentales<sup>146</sup>

En otras palabras, para que exista un derecho subjetivo es necesario el reconocimiento a su titular de la posibilidad de exigir ante un órgano jurisdiccional la satisfacción de la obligación incumplida por el Estado y los demás individuos en beneficio del titular de los derechos.

Pero lo que da sentido a un sistema de derechos fundamentales y, aun el propio concepto de los derechos fundamentales en determinado ordenamiento jurídico depende del sistema y amplitud de las garantías que protegen esos derechos como piensan algunos autores según señalamos antes. En ese contexto es importante la observación siguiente:” lo que distingue histórica y conceptualmente a los derechos del hombre es precisamente la naturaleza de los sujetos obligados, que no son sólo privados, sino también y de modo principal, los de carácter público”.

En este orden de ideas es interesante recordar que el Capítulo IV del Título Primero de la Constitución española de 1978 denominado “Garantías de las libertades y derechos Constitución española de 1978 denominado “Garantías de las libertades y

---

<sup>146</sup> Véase los interesantes conceptos del Profesor Pedro Cruz Villalón en “Conceptos de Derecho fundamental: identidad, estatus, carácter” incluido en Problemas actuales de los derechos fundamentales cit. p. 159 y stes. especialmente p. 160 y p. 161.

derechos fundamentales” (Art. 53), junto a las facultades de acción en favor de los ciudadanos regula la producción normativa o sea la forma de reglamentar los derechos fundamentales imitando en consecuencia la discrecionalidad política del legislador y por supuesto de la Administración y del poder judicial, y es que en verdad no se trata de cuestiones distintas y por ello han sido consideradas como “dos dimensiones de una misma realidad” que puede resumirse en la forma siguiente: “La garantía plena de los derechos fundamentales requiere, de una parte, preservar su contenido constitucionalmente declarado frente al ejercicio de la potestad legislativa y reglamentaria y, de otro lado, poner a disposición del titular del derecho eficaces vías de acción ante eventuales violaciones”<sup>147</sup>.

En verdad, el sistema de garantías del capítulo 4 del Título Primero mencionado del ordenamiento constitucional de España es propiamente lo que nos interesa ahora, específicamente, en cuanto a la normación del Art. 53 español relativa a: 1) vinculación y obligatoriedad de los derechos; 2) su desarrollo legal y, 3) los recursos jurisdiccionales para su tutela y protección, y, además, su interpretación. A continuación nos referimos brevemente a cada uno de los aspectos anteriores de la regulación de los derechos fundamentales para hacer algunos señalamientos sobre la posible conveniencia de introducir modificaciones en la normación de nuestro país. Comenzamos refiriéndonos al carácter vinculante inmediato de los preceptos que regulan los derechos fundamentales en la Constitución.

## 2. VINCULACIÓN Y OBLIGATORIEDAD INMEDIATA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

“Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo.....” afirma el Profesor García de Enterría. Esto que parece obvio e innecesario señalarlo no siempre ha sido reconocido en el pasado, y es que debió superarse en Europa la idea de la Constitución como mero documento político, criterio bastante generalizado el siglo pasado. Era necesario dejar de considerar a los principios Constitución es Derecho y que los principios constitucionales son principios jurídicos<sup>148</sup> Como tales, esos principios jurídicos configuran el marco de la Constitución toda, determinante obligado de la orientación de la legislación secundaria y además, desempeñan un importante papel en el proceso de interpretación del ordenamiento jurídico que no sólo debe hacerse sino que no puede hacerse si no es conforme a la Constitución.

---

<sup>147</sup> Véase el comentario de Luis Prieto Sanchís, al capítulo IV citado en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978 (Dirigidos por Osear Alzaga Villamil). Editorial de Derecho Privado- Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid. Tomo IV (1984) p. 435 y stes.

<sup>148</sup> Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el tribunal constitucional. Civitas: Madrid. 1985 p. 63. Véase también Manuel Aragón, Constitución y Democracia Tecnos: Madrid 1989 p. 16 y stes. y 74 y stes. y del mismo autor, “La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento - Gobierno” incluido en la obra colectiva El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas (Edición de Manuel Ramírez) Editorial Labor S.A.: Barcelona 1978 pp. 297 y stes.

Concretándonos a la cuestión de nuestro interés o sea la obligatoriedad inmediata, es decir, la vinculación de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución que aun cuando no haga falta decirlo algunos ordenamientos constitucionales han optado por hacerlo expresamente, solución que probablemente cabría considerar entre nosotros, cuando algunas veces pareciera cuestionarse todavía la obligatoriedad de un mandato constitucional bien porque no se reconoce fuerza jurídica a los derechos reconocidos en la disposición de la Carta Magna o porque el precepto constitucional no tiene desarrollo legal.

Los conceptos siguientes son elocuentes como caracterización de la problemática de esta cuestión cuando al señalar que los artículos constitucionales relativos a los derechos son textos abiertos, es decir, son textos que hacen afirmaciones cuyo contenido no está definido por el texto mismo o emplean conceptos indeterminados, muchas veces abstractos y generales; de ahí surgen cuestiones como decíamos, que llevan a planteamientos como concluir: "... tiene todo sentido preguntarse, ¿Cuál es la fuerza jurídica de esos derechos? ¿son textos más para estimular la reflexión de los filósofos y los políticos que para atraer la atención de los juristas?". Tales son los términos categóricos en los que se ha planteado durante mucho tiempo esta cuestión. Ahora bien, el autor que transcribimos responde a las interrogantes anteriores categóricamente: "De ninguna manera. Los derechos no son declaraciones sino normas. No son ideales sino poderes en cabeza de cada individuo"<sup>149</sup>

Por lo anterior, no debe sorprendernos los puntos de vista y opiniones originalísimas que se manifiestan en relación a reales o supuestos problemas constitucionales particularmente durante los últimos dos años en nuestro país. Quien adversa algún aspecto de los recientes acuerdos de paz encuentra más cómodo y presume más convincente cuestionar la constitucionalidad de la materia acordada que discutir los méritos o inconvenientes de ésta; de igual modo quienes sustentan la opinión contraria son unos firmes y entusiastas convencidos de la constitucionalidad de lo pactado. Es alentador el interés actual por las cuestiones constitucionales olvidadas tanto tiempo, aun cuando debemos estar atentos a las motivaciones señaladas que explican los planteamientos y las ocurrencias más extrañas que justificarían hacer una recopilación de curiosidades sobre la forma de interpretar los preceptos constitucionales.

En todo caso, lo anterior parece justificar la incorporación en los últimos años de disposiciones constitucionales como el Art. 53 español siguiente:

---

<sup>149</sup> Manuel José Cepeda. "Los derechos y la interpretación de la Constitución de 1991... Ciencia Política (Tierra Firme: Bogotá) N° 25. IV Trimestre 1991. p. 42. El autor señala: "A tal punto habrá llegado la preocupación de la Asamblea Constituyente por enfatizar la naturaleza normativa y la fuerza jurídica de los derechos, que a sugerencia del Gobierno incluyó una disposición que enumera los derechos de aplicación inmediata, es decir que no requieren de desarrollo legal para ser aplicados directamente por los jueces en casos particulares... se refería a la Asamblea Constituyente que aprobó el Art. 38 de la última Constitución de Colombia de 1991 que citamos antes.

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, precepto que completa específicamente el principio general del Art. 9

1. que dispone, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico”.

También recordamos en la nota anterior el caso más reciente de la última Constitución de Colombia de 1991 cuyo Artículo 38 señala específicamente 23 preceptos constitucionales que se refieren a derechos de aplicación inmediata. Corno señalamos en otra parte de este trabajo, fue la Ley fundamental de Bonn de 1949 la primera que normó sobre esta materia en el Art. 1. 3. que específicamente mandaba: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable”.

Respecto a la cuestión de la obligatoriedad que examinamos, la Constitución salvadoreña de 1983 establece la obligación de cumplirla (y hacerla cumplir), para los ciudadanos en el Art. 73, entre los deberes políticos. En los mismos términos está obligado todo funcionario público conforme a la protesta que debe hacer antes de tomar posesión de su cargo (Art. 235); o sea que conforme a esas dos disposiciones los ciudadanos y los funcionarios públicos están sujetos a la Constitución, situación que es equivalente al Art. 9 1. Español citado.

Sin embargo nosotros no tenemos ninguna referencia expresa similar al Art. 53 español o el Art. 38 colombiano que mencionamos o bien, un precepto como el Art. 1.3 de la Ley fundamental de Bonn formulado en el sentido de que expresamente se determine la vinculación respecto a los poderes públicos de determinados derechos fundamentales o bien, en otra manera de formularlo, se determine específicamente la aplicación inmediata de algunos derechos fundamentales. Pensamos es importante para evitar algunas interpretaciones restrictivas de los derechos constitucionales que valdría la pena considerar la incorporación a nuestros textos constitucionales de disposiciones como las que hemos transcrito.

Ello, aun cuando no olvidamos el Art. 249 constitucional que obviamente reafirma la obligatoriedad y vinculación inmediata de los preceptos constitucionales cuando establece “la derogación de todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución”, que en el caso, de la inconstitucionalidad sobrevenida, no es otra cosa.

### 3. EL DESARROLLO LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LIMITES.

El segundo aspecto que deseamos destacar, característico del sistema español es el relativo a la regulación del ejercicio de los “derechos y libertades” del capítulo II del mismo Título Primero que deberá hacerse según dispone el Art. 53.1 de la Constitución de 1978, únicamente por medio de ley, “que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”.

Es decir, el desarrollo legal de los derechos reconocidos en la Constitución es la única forma de regularlos respetando por supuesto su contenido básico<sup>150</sup>.

En el régimen constitucional salvadoreño no tenemos ningún precepto que expresamente señale como regla general la forma de regular determinado grupo o categoría de derechos, en el sentido de que deba por ejemplo, normarse exclusivamente por medio de ley; sin embargo, una revisión del texto de las disposiciones salvadoreñas relativas a los derechos fundamentales muestra que en forma bastante generalizada el constituyente estableció una reserva de ley cuando se remitió a la ley para el señalamiento de limitaciones a ciertos derechos, y en general para su regulación<sup>151</sup>.

150 Recordemos que los “derechos y libertades” incluidos por el constituyente español en la sección primera del capítulo II citado consisten prácticamente en la misma lista de los derechos individuales de la sección primera del Capítulo I (Título II) de la Constitución salvadoreña de 1983; no comprende el mencionado capítulo II español, nuestros derechos sociales que distribuidos en cuatro secciones forman el capítulo II del Título II de nuestra Ley fundamental de 1983, a la mayoría de los cuales el constituyente español asignó el capítulo III considerándolos “Principios rectores”. Por otra parte, en el mismo capítulo II español, la sección segunda, denominada “de los derechos y deberes de los ciudadanos” incluyó el derecho de propiedad y la libertad de empresa que nosotros no consideramos derechos fundamentales al situarlos fuera del Título II ubicándolos en el Título V relativo al “Orden Económico”: esa Sección Segunda Española también incluye el principio de legalidad tributaria (Art. 31). que nosotros tenemos en el Capítulo II del Título VII de la hacienda Pública” (Art. 231): de igual modo el derecho al trabajo y la contratación colectiva el constituyente español los sitúa en la misma Sección Segunda del Capítulo II, que nosotros incluimos entre los derechos sociales de la Sección Segunda (Trabajo y seguridad social) del Capítulo II. Título I. Como Señalamos, la importancia en España de su ubicación consiste en que de ella depende además de otros efectos, la tutela otorgada, así por ejemplo el amparo solamente protege los derechos de la Sección Primera del capítulo II. Es decir no gozan de esa protección los de la Sección Segunda del capítulo II, ni los Principios del capítulo III. (Véase el Cuadro N° 4 de la Sección II anterior).

151 Así por ejemplo en la Constitución de 1983 hacen referencia expresa a la ley como Señalamos antes, los artículos 5. incisos 1º y 2º, 6 inciso último II inciso 1º, 13 inciso 1º y último: Artículos 22, 23 respecto a los Derechos Sociales en la Sección Primera (“Familia”) Los artículos 33, 34 y 36 incisos 3º y 4º: respecto al Trabajo los Artículos 38 números 5º, 6º incisos 2º, 3º y 4º, 7º, 8º, 9º, 11º y 12º Arts. 39. 40 incisos 2º y 3º. 42 inciso 2º. 43. 44 inciso 1º, 45, 47 inciso 2º 48 incisos 1º y 2º. 50 incisos 1º y 3º. my Art. 51. también en relación a la Educación, la Ciencia y la Cultura la Constitución menciona la ley en los Arts. 59. 60. 61 incisos 1º y 2º 63 y 64. Respecto a los derechos relativos a la salud y Asistencia Social el Art. 68 se remite a la ley y finalmente en el Título V del Orden Económico también encontramos varias referencias a la regulación por medio de leyes. Una cuestión importante sobre este particular es la naturaleza de la reserva de ley que para Mortati según la intensidad del vínculo podía ser absoluta, relativa o reforzada. Respecto a nuestros puntos de vista que sustentamos sobre este particular véase nuestro trabajo “Potestad reglamentaria y Estado de Derecho” citado antes.

La cuestión denominada por la doctrina, cláusula de remisión a la ley es juntamente con otras (cláusula de apertura al Derecho o tratados, cláusula de interpretación de los derechos humanos de conformidad con el Derecho Internacional y otras), lo que permite la caracterización de la Constitución como norma abierta y como se ha señalado, “Toda norma constitucional se presta a ser completada, más o menos, aun cuando no se contenga en ella una expresa habilitación, una recomendación o una orden del constituyente al legislador”<sup>152</sup>.

Ahora bien, el desarrollo legal debe respetar el “contenido esencial” según dispone el Art. 53 español cuyo equivalente en nuestro ordenamiento constitucional es el Art. 246 inciso primero de 1983 (Art. 211 en la Constitución de 1950) cuando manda: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio”, para cuyo cumplimiento se estableció el proceso de inconstitucionalidad desde 1950. Sobre esta cuestión particular nuestro régimen constitucional, desde ese año, al incorporar el Art. 211 citado determinó claramente el campo limitado de la ley por los principios y derechos constitucionales, concretando además, en forma clara la jerarquía de las normas y la supremacía constitucional<sup>153</sup>.

Nos referimos antes ampliamente, al problema de la forma de regular los derechos fundamentales o sea, determinar su contenido, entonces, se confronta como señalamos, la cuestión relativa a decidir respecto a la extensión o amplitud de la normación de los derechos pero siempre, dentro de ciertos límites a fin de preservar lo que es de la esencia del derecho regulado. El problema crucial consiste en determinar hasta donde podremos llegar en la normación referida para no alterar el derecho cuyo ejercicio reglamenta la ley. El problema se complica por la diferente terminología de los distintos preceptos que concretan una remisión o un mandato al legislador de regular el mencionada ejercicio de “los derechos constitucionales, para emplear la terminología del Art. 246 constitucional.

En efecto, una fórmula empleada por ejemplo es la del Art. 5 inciso primero, que recoge la libertad de tránsito cuando dice: “salvo las limitaciones que la ley establezca”, es decir, el precepto autoriza expresamente al legislador secundario para establecer “limitaciones” al derecho reconocido en la Constitución. La misma disposición en su inciso segundo, emplea otra fórmula cuando autoriza obligar al cambio de domicilio o residencia: 1) por mandato judicial; 2) en casos especiales y 3) “mediante los requisitos que la ley señale”, aquí la Constitución señala la limitación y enco-

152 Véase Enrique Linde Paniagua, *Constitución Abierta* Linde Editores S.A.; Madrid 1991 p. 13 y siguientes.

153 Bis/ Véase Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1994

mienda al legislador secundario determinar los requisitos para aplicar esa limitación. El mismo Art. 5 en el inciso tercero concreta una formulación similar a la anterior, cuando al referirse a la prohibición de salida del territorio nacional establece que debe ser por sentencia o resolución de autoridad competente “dictada con arreglo a las leyes”, es decir que la ley deberá determinar el procedimiento a seguir y los casos en que puede pronunciarse la resolución. Otra modalidad distinta es el caso del Art. 7 relativo a los derechos de reunión y asociación así como en otros preceptos similares donde el constituyente no hizo remisión a la ley e incluso ni la menciona.

De la variedad terminológica anterior, señalada por vía ejemplificativa, puede concluirse que las reservas establecidas pueden referirse en primer lugar, al simple ejercicio del derecho esto es, que su regulación no añade ni quita nada al derecho reconocido constitucionalmente; en otros casos, el legislador puede limitar un derecho al regularlo, constituyendo un límite que sin la ley no existiría y finalmente, en otras reservas se encomienda al legislador la propia configuración o delimitación del derecho.

Por otra parte, la misma Constitución señala límites a los derechos es decir, que al positivar un derecho el constituyente establece límites específicos como es el caso del Art. 20 constitucional relativo a la inviolabilidad de la morada en el cual el propio precepto citado señala cinco casos de excepción que son límites al respectivo derecho; de igual modo el Art. 105 en su inciso tercero establece que la extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona no podrá exceder de 245 hectáreas.

El caso de suspensión temporal de ciertos derechos establecidos constitucionalmente es el régimen de excepción normado en los Artículos 29 a 31 constitucionales. Otro caso de suspensión individualizado, de determinado derecho previsto constitucionalmente es el plazo máximo de setenta y dos horas de la detención para inquirir conforme al inciso tercero del Art. 13, que además fija ciertas garantías como la obligación para el tribunal de notificar al detenido “en persona” el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional dentro de dicho término, todo con el propósito de que la suspensión individual sea compatible con los valores de libertad propios del Estado de Derecho. Un caso de suspensión individualizada temporal de ciertos aspectos del ejercicio de un derecho, es el Art. 105 inciso sexto que prohíbe la transferencia de tierras (salvo excepciones señaladas en el mismo inciso), durante un plazo de tres años contados desde la fecha de vigencia de la Constitución de 1983.

Ahora bien, las leyes al regular el ejercicio de los derechos aun cuando no deben alterarlos como indicarnos manda el Art. 246, pueden establecer límites algunas veces autorizados u ordenados por la Constitución y otras como consecuencia de que los derechos no son absolutos y todo derecho constituye un límite a otros derechos con los cuales puede entrar en colisión. Es importante considerar que la cuestión estudiada plantea interrogantes importantes dentro de nuestro sistema constitucional; en

primer lugar la siguiente: ¿es necesario que el legislador secundario esté autorizado expresamente por la Constitución para regular y limitar el ejercicio de los derechos?. No creemos que sea necesario pues en un ordenamiento constitucional como el nuestro, no sólo es una consecuencia de la llamada expansividad ilimitada a la que nos referimos antes en la Sección V anterior sino que los derechos fundamentales no son absolutos y por otra parte recordemos los conceptos relativos a los límites inmanentes. Distinto es el caso de la Ley Fundamental de Bonn que expresamente dispone en su Art. 19.1: “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de la ley”.

Consideramos que la mayor importancia dentro del problema más general del desarrollo por las leyes secundarias que regulan el ejercicio de los derechos constitucionales, la otra cuestión más específica del problema, o sea la relativa a los límites de esas regulaciones por lo que a continuación a manera de resumen trataremos de presentar una relación final sobre el particular que descansa básicamente en los conceptos del Glosario Constitucional Salvadoreño del Doctor Salvador Navarrete Azurdia (que algunas veces abreviamos SNA), respecto a la expresión: “Derechos constitucionales (Límites)”<sup>154</sup>

En primer lugar deseamos establecer expresamente que nuestra Constitución no garantiza derechos absolutos sino relativos dice el Doctor SNA, ésto es, su ejercicio, está sujeto a ciertas limitaciones y además todo derecho constitucional supone la existencia de deberes correspondientes. El constitucionalista salvadoreño establece que las limitaciones de los derechos garantizados por la Constitución pueden dividirse de la siguiente manera: “i) En numerosas ocasiones los límites tienen un carácter genérico y se derivan de la naturaleza misma de los derechos consagrados constitucionalmente. ii) En otras ocasiones las limitaciones se encuentran en el mismo texto constitucional; y, iii) La propia Constitución autoriza al legislador secundario para que éste fije los límites en referencia”.

El Doctor Navarrete Azurdia presenta como ejemplos en nuestro Derecho Constitucional de limitaciones a los derechos constitucionales, los siguientes: “i) Limitaciones de carácter genérico fundamentados en el principio jurídico que el derecho de una persona termina donde empieza el derecho de otra, o derivadas de la naturaleza misma de los derechos consagrados. No se encuentra ninguna disposición constitucional que acoja expresamente el anterior principio, pero va implícito en” todos los derechos que la Constitución establece”.

Y agrega, “La Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, en su Art. 32, expresamente reconoce el principio que analizamos al establecer: Los dere-

---

154 Salvador Navarrete Azurdia, Glosario Constitucional Salvadoreño cit. pp. 115-118.

chos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. También, “El número 2 del Art. 29 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 establece que: en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto a los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

El mismo Profesor salvadoreño formula la lista siguiente, por vía de ejemplo, de algunas limitaciones, tanto de carácter genérico como específico, a los derechos constitucionales mencionados en los preceptos siguientes de la Constitución: 1) el Art. 62 establece que “toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás”; 2) el Art. 7 dispone: “que los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto ilícito”. 3) el Art. 25 “garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límites que el trazado por la moral y el orden público”. 4) el Art. 102 “garantiza la libertad económica en lo que no se oponga al interés social”. 5) el inc. 2° del Art. 105 Cn. manda: que “la extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona natural o jurídica no podrá exceder de doscientas cuarenta y cinco hectáreas”. 6) el Art. 109 establece una limitación en el sentido de que “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 trata de establecimientos industriales”.

Por otra parte el Doctor SNA también presenta algunos ejemplos de artículos constitucionales en los cuales la Constitución establece en los casos siguientes, que serán las leyes secundarias las que podrán establecer dichas limitaciones: 1) el Art. 5, Inc. 1° prescribe: “Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca”. 2) el inc. 2° del mismo Art. 5 estatuye que “nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale”. 3) el Inc. 3° también del Art. 5 establece: “no se podrá expatriar a ningún salvadoreño, ni prohibírsele la entrada en el territorio de la República, ni negársele pasaporte para su regreso u otros documentos de identificación.

Tampoco podrá prohibírsele la salida del territorio sino por resolución o sentencia de autoridad competente dictada con arreglo a las leyes”. 4) el Art. 9 dispone: “nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley”. 5) el Art. 22 estatuye que “toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley”. 6) el mismo Art. 22

Cn. establece: “la propiedad es transmisible en la forma que determinen las leyes”. 7) el Art. 21 Cn. que estatuye la libertad de contratar conforme a las leyes.

Señala asimismo el Doctor Navarrete Azurdía que existe un principio constitucional comúnmente aceptado, de acuerdo al cual ninguna limitación legal debe llegar al extremo de anular el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. Y, de igual modo nos recuerda que “después de la Segunda Guerra Mundial, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y la de los internacionales de derechos humanos ha acogido, proveniente del Derecho Penal y del Administrativo, el principio de proporcionalidad, al cual le ha dado un enorme impulso en su evolución. Entre otras cosas, de acuerdo a este principio se postula con comprobar que el Estado puede limitar un derecho fundamental, sino que también es preciso establecer que la medida restrictiva es proporcionada al fin perseguido, pues, si no lo es, sería inconstitucional. Además, el Estado debe adoptar las medidas menos perjudiciales a los derechos e intereses de las personas, etc”.

Como señalamos y deseamos reiterarlo, la publicación del Glosario nos facilitó en forma significativa nuestro desarrollo de algunos conceptos y expresiones importantes en el contexto de nuestro trabajo como el lector puede apreciar de los párrafos anteriores relativos a los límites de los derechos constitucionales.

No olvidemos sobre el desarrollo por el legislador secundario de los derechos fundamentales lo que señala Bockenforde en sus Escritos sobre Derechos fundamentales citado: “Desde el momento en que los derechos fundamentales ya no están con carácter general a disposición del legislador, la cuestión acerca de la medida y extensión de su limitabilidad por el legislador se convierte en un problema decisivo. Encontrar parámetros y límites para ésto fue el tercer paso en el desarrollo de los derechos fundamentales como derechos individuales de libertad”. (Op. cit. p. 101). Recordemos que el Art. 19.1 de la Ley fundamental de Bonn que transcribimos antes dispone que es ella misma la que establece si un derecho fundamental puede ser restringido por la ley, disposición que nosotros no tenemos.

La calificación de “problema decisivo” del Profesor alemán es totalmente exacta, pues sin lugar a dudas la cuestión más importante, difícil y controversial de la interpretación del legislador secundario del texto constitucional de los derechos fundamentales, es, respecto al establecimiento de límites, cuando configura esos derechos y regula su ejercicio, con la obligación de respetar su contenido básico.

Ahora bien, si es importante la cuestión de la vinculación de los poderes públicos respecto al cumplimiento de su obligatoriedad inmediata y, de igual modo es también importante el problema del desarrollo legal de los derechos fundamentales dentro de los términos del texto constitucional también deseamos llamar la atención sobre el problema de la interpretación constitucional e insistir sobre un aspecto interesante del sistema constitucional español de 1978 en cuanto otorga distintas formas

de tutela según las diferentes categorías en las cuales agrupa los derechos fundamentales y determinados principios constitucionales que, como hemos señalado antes, es diferente de nuestros ordenamientos<sup>155</sup>

#### 4. TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Tal vez la aproximación más simple al sistema de clasificación de los derechos fundamentales determinante de su tutela sea comenzar recordando que el constituyente español de 1978 separó los “derechos y libertades” (Capítulo Título I) de “los principios rectores de la política social y económica” (Capítulo Título I). Estos últimos que norman lo relativo por ejemplo a la protección de la salud (Art. 43), cultura (Art. 44), vivienda (Art. 47), etc. (Véase Cuadro N° II-1 anterior), no tienen para su protección el recurso de inconstitucionalidad, ni el procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad y tampoco, en su caso, la tutela a través del recurso de amparo; entonces, los principios reconocidos en el mencionado Capítulo “Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. (Art. 53.3 C.E. 1978). Nosotros, por el contrario, adoptamos criterios amplios en forma general para la tutela de los derechos constitucionales e incluso el amparo tenía algunos alcances propios de un recurso de inconstitucionalidad desde bastante antes de 1950. Y, cuando se incorpora en ese año el proceso de inconstitucionalidad a nuestro sistema de protección de la Constitución, tiene una amplitud y extensión sólo explicable por el bien intencionado propósito de los constituyentes de ese año, conscientes de la necesidad urgente de asegurar el respeto de las disposiciones constitucionales, que no dudamos seguramente fue el factor determinante en la estructuración del sistema adoptado por el constituyente de 1950. Considérese por ejemplo, que lo puede solicitar “cualquier ciudadano” a diferencia de las limitaciones de otros sistemas como para el caso puede mencionarse el ordenamiento español vigente<sup>156</sup>

155 Es innecesario detallar nuevamente el sistema español como lo hicimos en la sección III anterior relativa al Derecho comparado; sin embargo, recordemos que los tres medios de tutela mencionados solamente se aplican a los derechos de la Sección 1a\_ del capítulo II Título Primero. Los de la Sección II no tienen el amparo y los del capítulo III (“principios”, no “derechos”), ninguno de los medios que se otorgan a los derechos y libertades del capítulo II.

156 En nuestro primer antecedente de 1883 citado por el Doctor Angel Góchez Marín en su trabajo sobre el amparo mencionado antes el Art. 9 de la Constitución de ese año establecía: “Todo salvadoreño está autorizado para entablar reclamaciones ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, y ante cualquier autoridad competente, por infracciones a la Constitución” y el Art. 114 del mismo ordenamiento mandaba: “Producen acción popular contra los Magistrados o Jueces.. 4º El procedimiento ilegal contra las garantías individuales”. El Art. 38 de la nonnata Constitución de 1885 que es el Art. 37 de la Constitución de 1886 establecía: el amparo, que podía solicitar “toda persona cuando cualquier autoridad o individuo le restrinja su libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución” (subrayados nuestros). La Ley constitutiva de Amparo de 1886 establecía en su Art. 2: “La demanda de amparo tendrá lugar contra los actos o providencias de cualquiera autoridad o funcionario que viole las garantías individuales ya sea por sí o en cumplimiento de una orden superior o de una ley”. La Constitución de 1939 mantiene como Art. 57. el Art. 37 de I a Constitución de 1886 (originariamente, el Art. 38 de la

Conforme al Art. 162 de la Constitución española de 1978: “Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”. Es decir, se adoptó un sistema bastante limitado que contrasta con la amplitud del nuestro desde sus orígenes.

El Art. 121 de la Constitución de la II República Española de 1931 estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales que tenía competencia para conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes (literal a), y “el recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiera sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades”. El Art. 123 dé ese ordenamiento, al listar quienes eran competentes para acudir ante el Tribunal incluía en el numeral 5º: “Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada”. Nos referimos al establecimiento del Tribunal mencionado de la II República porque inevitablemente al recordar los preceptos citados que norman uno de los tres casos, en el período de entreguerras de establecimiento del recurso de inconstitucionalidad, pensamos en el interesante Art. 129 citado de la Constitución de 1939<sup>157</sup>

También debemos referirnos a un aspecto importante de la protección de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho relativo a nuestro señalamiento en distintas oportunidades tanto en este como en otros trabajos, en el sentido de que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales está condicionada a la prevalencia de una división e independencia de poderes real que permite evitar las consecuencias de un sistema presidencialista llevado a extremos cuyas consecuencias negativas nadie ignora, tanto en El Salvador como en muchos países latinoamericanos en un pasado reciente que, debemos reconocerlo, ha constituido una limitante seria para el funcionamiento de un sistema efectivo de tutela de los derechos fundamentales.

Son interesantes como señalamos antes, las innovaciones de la recientísima Constitución del Perú vigente desde el año 1994 que trata de lograr - de acuerdo a los autores del proyecto - un mejor equilibrio de poderes fortaleciendo el sistema semipresidencialista peruano cuando se autoriza al Presidente de la República en el proyecto de Constitución para disponer la disolución parcial del Congreso como está establecido en Francia, con algunas limitantes como las siguientes: 1) el 20% del Congreso queda como fiscalizador temporal; 2) el Presidente puede hacerlo por una sola vez durante su gobierno; 3) no podrá disolverse el Congreso en el primero ni en el último año de su mandato. El Art. 134 de la Constitución que norma esta materia fue aprobado así:

---

Constitución de I 885). También la Constitución de I 939 en su Art. 129 dispone que podrá entablarse “el recurso de amparo fundado en la inconstitucionalidad de una ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los tribunales....” el cual podrá entablar “toda persona a quien se perjudique en sus legítimos derechos”. (subrayados nuestros).

157 Véase Fernando de Meer, *La Constitución de la II República*. Eunsa: Pamplona 1978 pp. 293-295.

“El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario.

Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto”.

Como sabemos los dos grandes sistemas de organización política contemporáneos son el presidencialista que funciona en Estados Unidos de América y en América Latina con un Presidente y un Poder Legislativo, Congreso o Asamblea, electos por el pueblo; originalmente no hay Consejo de Ministros, ni presidente del Consejo de ministros y no hay censura por el Poder Legislativo a los ministros. En el sistema prevaleciente en Europa llamado parlamentarista el Presidente del gobierno o del Consejo de Ministros es elegido por el Poder Legislativo. Nuestro sistema presidencialista, igual que otros, ha ido progresivamente incorporando características del parlamentarismo como la censura a los ministros, hasta la recomendación de su destitución desde 1983 (Art. 131 No. 37 constitucional) y, al mismo tiempo ha dado un importante protagonismo al Consejo de Ministros al asignarles mayores y nuevas atribuciones. (Art. 167 constitucional)<sup>158</sup>

Como indicamos, en este trabajo, a diferencia de los publicados antes (Secciones A y 8), mencionados en la nota 1 anterior, que son los capítulos anteriores al presente, ahora extendemos nuestro estudio al problema de los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho y también en el Estado democrático. La relativamente reciente incorporación en las Cartas Constitucionales, en El Salvador desde 1950, de los derechos sociales, culturales y económicos justifican presentar algunas consideraciones del problema que con anterioridad se limitaban a la cuestión de los

---

<sup>158</sup> En relación a esta tendencia debemos dar seria consideración y, en consecuencia también debemos estar atentos a las prácticas legislativas que desnaturalizan sus funciones propias y en consecuencia pueden volver ingobernable un país. En Europa, desde los años veinte se generalizó un desprestigio del poder legislativo que aumentó la importancia del poder ejecutivo; esa es la explicación de su limitado protagonismo en el derecho presupuestario: no tiene iniciativa de ley, no puede aumentar las asignaciones, etc. En América Latina y El Salvador no es excepción, la prevalencia de gobiernos presidencialistas fuertes explica la incorporación de procedimientos propios del sistema parlamentario como las comisiones de investigación, las interpelaciones, los votos de censura a funcionarios del poder ejecutivo, etc. a los que nos referimos en otra parte de este trabajo. Pero como indicamos, debemos proceder con prudencia y no excedernos, pues de lo contrario pudieramos llegar a lo que ocurre en algunos países europeos caracterizados por una inestabilidad política a veces difícil de creer, por un alto grado de ingobernabilidad. Y por favor, a nadie se le ocurra que estoy en favor de nuestro presidencialismo tradicional tan arraigado aun en los que lo soportan. Personalmente, quise hacer un presidencialismo caracterizado por no intervenir en los otros poderes, para no decir más. (Ver Mauricio Duverger, Francia: parlamento o presidencia cuadernos Taurus: Madrid. 1962).

tradicionales derechos individuales en el Estado liberal de Derecho. Recordemos que la concepción clásica de los derechos fundamentales los concibe como derechos subjetivos, es decir derechos de libertad frente al Estado; en otras palabras, el ciudadano tiene esferas en las cuales su actuación no está sometida al poder estatal que garantiza esas esferas excluidas de la acción del Estado. Ahora bien, los derechos sociales son de naturaleza diferente cuando los denominados derechos prestación no son cumplidos es decir, no tienen vigencia con la sola abstención del Estado. Nos referimos antes a los alcances de la obligatoriedad inmediata de esos derechos así como a su tutela, igual que a otros problemas especiales que plantean esos mismos derechos, llamados derechos prestación como dijimos.

La visión de los derechos fundamentales como se ha señalado, “exclusivamente reducida a la clásica versión de los derechos como libertades defensivas, como ámbitos exentos de la acción estatal, a cuyo servicio se ponen a disposición del particular los medios de acción y cuya garantía protege la reserva de ley” podemos considerarla superada. La idea unilateral característica de la concepción clásica de los derechos fundamentales, era considerarlos “como derechos subjetivos, como derechos de libertad ante el Estado”, Es decir, el individuo tiene como indicamos esferas de actuación no sometidas al poder estatal y que éste le garantizaba<sup>159</sup>

No creo que a estas alturas esas características sean cuestionadas. Sin embargo, a lo largo de este trabajo tratamos de dar una visión panorámica de los problemas que plantean los nuevos derechos prestación que son substancialmente distintos en cuanto a sus alcances y consecuencias particularmente los problemas de su vinculación inmediata en relación a su exigibilidad y tutela.

Hemos señalado, y deseamos reiterarlo, que la vigencia real de los derechos fundamentales descansa en su tutela efectiva que a su vez estará determinada por una división de poderes que se concreta como realidad, cuando mediante el juego de contrapesos y controles recíprocos permite la eficaz operatividad de los sistemas de protección de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas son interesantes algunas soluciones que comienzan a recogerse en las Cartas Constitucionales; tal es el caso de una reciente experiencia cuando se argumenta que el propósito de los constituyentes peruanos de 1993 para superar las limitaciones del presidencialismo es precisamente como se ha señalado, “encontrar, en consecuencia un mecanismo de compensación de fuerzas, un sistema estable. Pero una reforma del balance de fuerzas sólo será posible si se concede más fuerza al Gabinete y al propio Congreso y a la vez

---

159 José María Baño León, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución español a” en Revista Española de Derecho Constitucional Año 8 No. 24 Septiembre-Diciembre 1988 p. 155 y stes. Véase también Ignacio de Otto, “La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución” en Lorenzo Martín Retortillo - Ignacio de Otto y Pardo, Derechos Fundamentales y Constitución Editorial Civitas: Madrid. 1988 p.p 95 y stes. Por cierto, cuyo título adoptamos para este estudio.

se logra una adecuada descentralización municipal. En el proyecto de Constitución se impulsa una mayor responsabilidad de gobierno a nivel de gabinete.”<sup>160</sup>.

Por otra parte, si bien es cierto que los esfuerzos para un mayor y mejor balance de poderes vía disminuir los notorios excesos del presidencialismo fortaleciendo el gabinete y estableciendo controles efectivos por el Poder Legislativo, pueden considerarse como esfuerzos bien intencionados de la última Constitución peruana, probablemente el problema principal es el acentuado presidencialismo que más bien debería disminuirse por medio de controles de los otros poderes; de este modo, los probablemente esfuerzos bien intencionados que señalamos se contradicen con el otorgamiento de nuevos poderes al presidente del Ejecutivo como pareciera ocurrió recientemente según señalamos en la nota anterior. Es difícil para nosotros evaluar las causas que explican el resultado del referéndum peruano del 31 de octubre de 1993 que dio un escaso margen de aprobación de la Constitución, pero no nos sorprendería si uno de los factores que pudo haber sido determinante de esos resultados haya sido, el acentuado presidencialismo, aun cuando no puede ignorarse la incidencia de otras causas particulares del caso peruano de igual o parecida importancia, que podrían haber influido en el resultado indicado.

Nosotros siempre hemos creído que las reformas constitucionales son necesarias para incorporar nuevas instituciones, modificar las existentes o ajustarlas a las cambiantes necesidades de una sociedad sometida a los cambios que el progreso u otros factores, obliga adoptar. Sin embargo, no creemos sea conveniente hacerlas al calor de la reacción emocional de circunstancias pasajeras, ni de igual modo, como resultado de compromisos políticos de dudosa justificación, cuando éstos en muchos casos ignoran el interés general y menos aun por otras motivaciones, sino con la serenidad, la ponderación y además, lo que es más importante, con el conocimiento de la materia que algunas veces pareciera estar ausente en muchos planteamientos de reforma. Debemos estar conscientes de los mayores riesgos y de los peligros - que se confrontan

---

160 Carlos Torres y Torres Lara, “Cambios en la nueva Constitución del Perú” en Boletín Extraordinario C C D. Aportes al proyecto constitucional. Oficina de Prensa del Congreso Constituyente Democrático. 17 de agosto de 1993 pp. 10-11. El autor es el presidente de la Comisión de Constitución del C CD. La verdad es que en la misma publicación citada en esta nota se incluyen opiniones disidentes por la ‘ausencia de un auténtico equilibrio de poderes’, Señalando al mismo tiempo que el proyecto de la mayoría fortalece excesivamente al Poder Ejecutivo y debilita al Legislativo”, precisando quienes sustentan esta posición crítica que lo anterior se comprueba,” en una serie de potestades como el veto parcial a las leyes, la capacidad de disolución sin expresión de causa,.....haber recortado las funciones del Parlamento, haber Señalado con poca claridad en que consiste el control parlamentario. “(puntos de vista de la congresista Lourdes Flores Novo en op. cit. p. 12). La posición crítica anterior respecto al proyecto (que fue aprobado con algunos cambios como señalarnos para el caso de disolución del Congreso), también fue expresada así: “El proyecto no refuerza la democracia sino que la debilita... En efecto, en lugar de alimentar nuestro débil sistema democrático, concentra mecanismos de poder en una sola persona: el Presidente de la República. Le otorga el poder de disolver el Congreso sin causa objetiva, dar decretos de urgencia, la posibilidad de ser reelegido; y, a la vez, debilita las competencias del Congreso, particularmente en materia de presupuesto y en su capacidad fiscalizadora “ (Henry Pease García, congresista del MDI, “Razones de nuestra oposición.” en op. cit. p. 14 Subrayado el original).

en esta coyuntura histórica - de los cambios efectuados durante una transición difícil que traerían una frustración más y porque además, tal vez sea más difícil revertir un error o una equivocación que en anteriores oportunidades. Pensamos lo anterior, no obstante creer en la mutabilidad esencial de toda Constitución y no compartir el erróneo punto de vista de pensar que una Constitución es para siempre como pareciera haberse pensado en un tiempo respecto a la por otra parte muy venerable Constitución de 1886<sup>161</sup>

Es importante también distinguir entre las reformas relacionadas con la organización del Estado como las recientes relativas a la Procuraduría de la Defensa de los Derechos Humanos, el Poder Judicial y la Fuerza Armada y, por otra parte aquellas que inciden en lo que tradicionalmente se llamó la parte dogmática de la Constitución como las ahora aprobadas sobre servicios públicos (Art. 110) o reversión de instalaciones del Art. 120. Estas últimas deberían ser objeto de una mayor y más amplia discusión por su impacto que puede afectar en forma grave al país y por otra parte su corrección o enmienda posterior no corregirá los efectos negativos causados y, además, probablemente sean más difíciles en el futuro.

Tiene mucha razón Pedro Haberle una de las primeras figuras del Derecho Público europeo actual, cuando dice que el éxito de los textos constitucionales es simultáneamente historia de la práctica del Estado constitucional. Como acertadamente ha precisado el profesor germano: “La Constitución no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino asimismo expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la automanifestación cultural popular, reflejo de su legado histórico y fundamento de sus esperanzas”<sup>162</sup>

Probablemente lo anterior sea una buena razón para que Jellinek dijera en 1906: “Las leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad”, y agregaba: “Se han imaginado modos variadísimos para protegerlas contra modificaciones precipitadas”. Cuando hemos visto nuestras últimas reformas constitucionales recordamos que el maestro de Heidelberg también dijo: “las experiencias que se han hecho con estos medios obstaculizadores de la reforma de la Constitución no han respondido a las esperanzas que atribuyen a su eficacia”<sup>163</sup>. Y, la verdad es que se aprobaron reformas (y no estoy diciendo que eran buenas o

---

161 Sobre este particular véase Francisco González Navarro, *El Estado social y democrático de Derecho* cit. p. 13 y *stes*; allí hace el autor un señalamiento incuestionable al afirmar: “no suele repararse - al menos no lo he visto nunca destacado - en el hecho de que la Constitución - aparte su importancia política, en cuanto instrumento de racionalización del poder político y aparte también su trascendencia jurídica por lo que tiene de norma suprema, justificadora del resto del ordenamiento jurídico - es, ante todo y sobre todo, la expresión de una determinada manera de entender el mundo, la vida y al hombre”. (p. 13)

162 Comentarios de Pedro Haberle al tema “El legislador de los derechos fundamentales”, que es el Capítulo I de Antonio López Pina (Director de la edición), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* cit. p.p. 99-100.

163 George Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991. p. 15. El libro se basó en una Conferencia que pronunció el autor el 18 de marzo de 1906 en la Academia Jurídica de Viena.

malas), que el pueblo prácticamente no conoció. Pero lo más grave fue que los partidos políticos que constitucionalmente “son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo” siguieron las directrices y hasta los detalles, de los términos obligados de una negociación acordados dentro del marco y el trasfondo del final de la guerra fría bastante lejos de aquí y también bastante antes. Es indudable como también pensaba Jellinek cuando denominó el Capítulo IV de su obra citada, “La necesidad política como transformadora de la Constitución”, que la necesidad política justifica cambiar la Carta Magna. Esa necesidad como nos recuerda el Maestro de Heidelberg la llamó Modestino, es una necesaria justificación de la reforma pero la imposición foránea sólo nos confirma lo que también decía Jellinek: “el hecho consumado es un fenómeno histórico con fuerza constituyente”.

Ahora bien, si por necesidades políticas, aun de dudosa justificación, pueda tratarse de explicar a algunas reformas, aquellas relativas a la prestación de los servicios públicos y las concesiones del Estado no pertenecen a esa categoría y, sólo se explican, por la que parece inevitable consecuencia de la necesaria neoliberalización de nuestro sistema económico y sus claros propósitos de disminuir las actividades del Estado para entregarlas a grupos hegemónicos o a las transnacionales o a ambos, olvidando al usuario en quién pensaban los constituyentes de 1983 cuando en el Art. 101 estableció que el Estado “defenderá el interés de los consumidores” y en virtud de otra disposición (Art. 110 desde 1950), “le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas”, que precisamente tiene el propósito de proteger a los usuarios al menos por este medio, aun cuando los intereses sociales parece que ya no exigen que el Estado tenga a su cargo servicios como las telecomunicaciones.

El paréntesis anterior sobre la reforma constitucional, que hacemos en el contexto del problema de los derechos fundamentales se explica cuando consideramos las siguientes palabras: “El hecho de tomar seriamente a una propuesta de reforma constitucional no implica desconocer una lección ineluctable de la experiencia histórica latinoamericana en general y argentina en particular, esto es, que las Constituciones no pueden contribuir por sí mismas a la continuidad democrática y al respeto de los derechos humanos”. Concretando más específicamente que: “No existe una fórmula constitucional capaz de asignar la operatividad de las cláusulas constitucionales, cuyo relativo éxito reposa sobre premisas raramente examinadas por los juristas que se encuentran ligadas a fenómenos estructurales de historia y cultura”. También es digna de consideración la siguiente observación cuando, pareciera para el mismo autor refiriéndose a la continuidad democrática - cuestión tan urgente y crucial para nosotros - que aun cuando será beneficiada por el debate amplio que obligada y necesariamente debe haber al proponerse una reforma constitucional, la solución deberíamos hacerla depender es decir basarla, también y prioritariamente, en un enfoque

y aproximación distintos cuando afirma: “estoy convencido de que la solución del problema transita por la senda del cumplimiento de la Constitución y no por la de su reforma o sustitución”<sup>164</sup>

Más aun, debemos reflexionar que aun cuando todos los sectores de la ciudadanía o al menos su mayoría estuvieran representados en forma “razonablemente” apropiada, en una Asamblea Constituyente, los resultados fácilmente podrían no coincidir con la voluntad de los representados cuando la operancia efectiva de los grupos de presión y los pactos y consensos de los partidos determinan la dirección final de los resultados del proceso de reformas; esto, para no mencionar un aspecto triste y deprimente: la acentuada e insoportable injerencia extranjera imponiendo el neoliberalismo por ejemplo, no nos cansaremos de repetirlo, como credo económico insustituible que obviamente descansa en el efectivo poder persuasivo del condicionamiento de los préstamos de organismos financieros internacionales a los países del Tercer Mundo<sup>165</sup>

Cuestión importante relacionada con su efectividad es la interpretación de los preceptos constitucionales que norman los Derechos fundamentales. No es ni la oportunidad ni disponemos de espacio para ahondar sobre la interpretación constitucional, pero creemos que aun en forma muy sumaria debemos al menos dejar constancia de algunas cuestiones importantes de un problema que tiene trascendencia especial, como es la interpretación de los derechos fundamentales pues no olvidamos lo que el Profesor Pablo Lucas Verdú dijera una vez: “Si, *mutatis mutandis*, la representación política es el asunto clave de una Teoría del Estado, la interpretación es otro decisivo de la Teoría de la Constitución”.

Este aspecto importante, estrechamente relacionado con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales como derecho directamente aplicable que es la interpretación de esos derechos, como señala Bockenforde tiene una “especial trascenden-

---

164 Véase Alejandro M. Garro, “Reforma constitucional en América Latina: la propuesta argentina” cit. pp. 158 - 159.

165 Respecto a los llamados grupos de presión (traducción literal del inglés), véase los interesantes comentarios de Pablo Lucas Verdú, *Principios de Ciencia Política* Tecnos: Madrid 1971 (Tomo III) p.p 135-152. Incluido en *Las Fuerzas Políticas* UCA Editores: San Salvador. 2a. Edición de 1989 pp. 65-78. Es interesante que el modelo “ideal” de organización social de futuro nuevo orden mundial (que ya está siendo llamado “desorden mundial”), pareciera configurarse por sus promotores y patrocinadores por medio de la combinación de un sistema democrático pluralista respecto a la organización política y en cuanto a la organización económica consiste en un regreso a la economía de mercado que seguramente debe llevar a resultados inconvenientes que no pueden ocultarse cuando se trata de matizar intercalando el vocablo “social” en la expresión. Los tropiezos en la implantación del modelo en algunos casos y su escasa viabilidad en otros, parecieran multiplicarse como sucedió con el plebiscito sobre privatización en Uruguay y las experiencias que no pueden menos que calificarse como un perversión contemporánea que consiste en unir la democracia electoral para establecer dictaduras neoliberales de las cuales quizás en Sur América están los ejemplos más notorios y más graves, para no referirnos al caso de México que es todo un caso especial, Probablemente por su aparición y generalización relativamente recientes no se han estudiado en forma suficiente y apropiada las posibilidades reales de éxito de esa combinación de organización política y sistema económico, que hemos comentado antes.

cia e importancia”. Lo anterior se percibe claramente al recordar que el Profesor de Friburgo agudamente señala: “Las disposiciones sobre derechos fundamentales son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además de un único sentido material”.

De allí que concluya el Profesor alemán que “si deben operar como derecho directamente aplicable y ser efectivos, requieren de un modo diverso al de los preceptos legales normales, una interpretación no sólo explicativa sino rellenadora, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización”.

Esa forma de interpretación, descifradora y además concretizadora del contenido, no puede extraerse de la literalidad, del significado de las palabras o el contexto normativo y sólo podemos derivarla de una teoría de los derechos fundamentales, es decir, una concepción determinada por la finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales que configura una concepción sistemática, que sea una teoría de ellos.

Esto significa que la integración de una teoría de los derechos fundamentales descansa en una concepción del Estado, entendiéndose por tal teoría, “una concepción sistemática orientada acerca del carácter general, finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales”.

Una importante puntualización que hace el mismo autor, es que la interpretación de los derechos fundamentales a partir de una teoría de los derechos fundamentales no es conforme a determinado ingrediente “ideológico” del intérprete, lo cual en todo caso es evitable señala, con un correcto empleo de los medios jurídicos de interpretación y, desde luego, cuando la función de la teoría consiste precisamente en evitar la interpretación de un precepto determinado a partir únicamente del texto de una regulación o precepto legal, sino “en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado” o teoría de la Constitución. Y es que, en todo caso, tanto una interpretación teleológica del sentido, como una interpretación sistemática no pueden menos que descansar en una teoría de los derechos fundamentales. Es decir, el contenido concreto de los derechos fundamentales está condicionado según cual sea la teoría de los derechos fundamentales en que descansa la interpretación de un precepto sobre los derechos fundamentales que es distinta si está referida por ejemplo al Estado liberal u otra teoría para el caso. Esto es precisamente la necesaria diferencia con la limitación a una hermenéutica jurídica tradicional<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> Ernst Wolfgang Bockenforde, *Escritos sobre Derechos fundamentales* cit. p. 44 y stes. que presenta como ejemplo la libertad de prensa que en el Estado liberal tiene como contenido la protección de la producción y difusión de documentos impresos, inclusive de la recogida de noticias frente a las intervenciones estatales; desde una interpretación democrática - funcional, en cambio, se sugiere la orientación de la garantía a la prensa formativa de opinión, porque el sentido primario de la libertad de prensa radica sobre todo en el favorecimiento y en la protección del proceso, indispensable para una democracia de formación de una opinión pública. (Op. cit. p. 46). Las principales teorías de los derechos fundamentales desde las que se determina hoy, en forma alternativa o combinadas, la

Aun cuando no sea en la forma señalada en el párrafo anterior, nuestra jurisprudencia constitucional ha precisado algunos criterios en el contexto de la cuestión estudiada como por ejemplo: “que es principio de interpretación constitucional, considerar la Ley Fundamental como un conjunto armónico de normas de tal manera que ninguna de sus disposiciones puede considerarse aisladamente ni mucho menos contraria al resto de sus postulados”. (Caso L. Imp. para defensa de soberanía cit, p. 75). En el proceso de inconstitucionalidad del Incafé en 1985, se indica que la interpretación debe tomar en consideración el sistema constitucional, citando el Informe sobre el Proyecto de Constitución de 1983, es decir el concepto de Estado acogido en el texto constitucional.

La cuestión importante es que cada una de las teorías enumeradas en la nota anterior, en la medida que son reflejo de una determinada concepción de la Constitución y del Estado, pueden proyectarse - y a menudo ocurre - en un contenido y alcance diferentes a un mismo derecho fundamental. De lo anterior surge la necesidad de elaborar una teoría de los derechos fundamentales “constitucionalmente adecuada” como la llama Bockenforde, en el sentido de que la teoría se deriva de la propia Constitución, y, de este modo, en cuanto tal, tendrá un carácter vinculante, por lo cual dejan de estar las decisiones del intérprete a su libre arbitrio respecto al contenido de los derechos fundamentales. Desde 1950 nosotros al mismo tiempo que continuamos la tradición de Constituciones anteriores en el sentido de mantener los clásicos derechos de libertad, esta concepción tradicional a partir de ese año resulta modificada por la incorporación de los principios sociales. Lo anterior significa que se amplía la posibilidad de regulación e intervención del Estado especialmente, como se ha señalado,” para poner medida y límite a las libertades de los socialmente poderosos” a fin de asegurar la realización de la libertad efectiva para todos<sup>167</sup>.

Es decir, que en consecuencia, los cambios introducidos al sistema liberal del siglo XIX han reducido las soluciones extremas de ese sistema que ahora estará limitado y regulado por la modulación a que está obligado el Estado.

Es necesario reconocer- como lo hizo el Tribunal Constitucional alemán - el doble carácter de los Derechos fundamentales, por un lado la vertiente subjetiva que, por ejemplo, al establecer la vinculación inmediata y la garantía del contenido esencial con los cuales, como se ha señalado respecto a la Ley Fundamental, que se trataba de preservar la plena eficacia de los derechos fundamentales en cuando dere-

---

interpretación de los derechos fundamentales son las siguientes: la teoría liberal o del Estado de derecho burgués de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrática funcional de los derechos fundamentales y la teoría del Estado social (Para el desarrollo de las teorías mencionados véase la exce. Jente sumariación de Bockenforde en la obni citada pp. 47-66).

167 Véase el trabajo de Bockenfore, “Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema” en Escritos sobre Derechos fundamentales cit. p. 84 y stes.

chos subjetivos. Recordemos que según la concepción de los derechos fundamentales conforme a la tradición constitucional que arranca de Weirnar eran considerados como garantías subjetivas de libertad frente al Estado, y las intervenciones en los ámbitos de libertad protegidos por los derechos fundamentales sólo eran admisibles mediante una ley y en la medida que estuvieren previstas por ésta, de allí que no había vinculación del legislador a los derechos fundamentales y en consecuencia su único valor era como “líneas orientativas” o “proposiciones programáticas” y aquellos que podían considerarse como mandatos constitucionales operaban únicamente como simples manifestaciones del principio de legalidad. El Art. 53 de la Constitución española de 1978 que el Profesor Cruz Villalón denomina “el derecho fundamental de los derechos fundamentales”, establece que los principios rectores de la política social y económica (Cap. III, Título Primero), “solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Traemos a cuento este tratamiento porque la remisión constitucional a la ley ha sido el criterio que ha prevalecido mucho tiempo (y quizás todavía), respecto a la no obligatoriedad de los derechos haciéndolos depender y conforme al desarrollo legal, cuando en verdad deben cumplirse de inmediato en el sentido determinado por el texto de la Constitución. Lo que además por otra parte, plantea la interpretación de la Constitución conforme a la ley, cuestión en la que no podemos extendernos pero, como lo ha sostenido el Profesor García de Enterría, si bien es indudable que la legalidad influye en la interpretación de la Constitución es contrario a la propia naturaleza de un sistema jurídico que descansa en la normatividad y aplicabilidad directa e inmediata de los preceptos constitucionales, la deducción de los contenidos constitucionales a partir de normas de rango inferior. (T. Freixes Sanjuán, Constitución y Derechos fundamentales cit. p. 77).

En los casos de remisión a la ley, los derechos deben interpretarse siempre conforme a la Constitución, es decir aun en los casos de los llamados “derechos de configuración legal” existen suficientes instrumentos de interpretación constitucional para realizarlo sin recurrir al legislador ordinario como parámetro constitucional. Lo anterior nos lleva a la otra vertiente del doble carácter de los derechos fundamentales que mencionarnos o sea su contenido objetivo. Como bien dice Bockenforde que “Si los derechos fundamentales representan derechos subjetivos de libertad, son, como tales, derecho inmediatamente aplicable y vinculan a las tres funciones del Estado; si son normas objetivas de principio, valen y las vinculan como tales”. Pero agrega, “esta aplicabilidad inmediata y la vinculación del legislador no les confiere un contenido nuevo y distinto” y, así, considera los derechos fundamentales como “normas objetivas de principio/ decisiones axiológicas”, es decir, un desarrollo bajo la Ley Fun-

damental, no un dato previo de la Ley Fundamental<sup>168</sup> El desarrollo de los derechos fundamentales como normas objetivas data de mediados de la década de los cincuenta cuando se comienza a considerarlos como orden objetivo de valores; de este modo “todos los derechos reconocidos en la Constitución son consecuencia, contienen y están sujetos a un orden objetivo de valores”, como consecuencia de la positivación de esos valores. La consecuencia obligada es que los derechos deberán interpretarse conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico que en el caso de nuestra Constitución de 1983 recoge por ejemplo en el Art. 1 inciso primero (la justicia, la seguridad jurídica y el bien común) y, de allí, que no puede ser constitucional una interpretación de los derechos que no respete al mismo tiempo esos valores<sup>169</sup>.

Nuestro propósito al hacer esta incursión - muy superficial, insistimos - sobre la interpretación constitucional ha sido únicamente tratar de trasladar al lector el convencimiento generalizado de que se trata de una interpretación diferente y ello se percibe en mayor grado respecto a la interpretación de los Derechos fundamentales. La cuestión cobra mayor importancia cuando consideramos el tránsito de la Constitución de Weimar a la Ley Fundamental de Bonn en Alemania o de la Carta Magna nuestra de 1886 a las Constituciones de 1950 y 1983.

Ha transcurrido mucho tiempo -más de doscientos años - desde que el Art. 21 de la Constitución francesa de 1793, la llamada Constitución jacobina, marcara el inicio de los derechos fundamentales sociales cuando dispone: “La sociedad (se hace cargo) del sustento de los ciudadanos caídos en desgracia, sea dándoles trabajo o asegurando el medio de subsistencia a aquellos que carecen de trabajo”. Tenían que pasar muchos años - más de un siglo - para que entraran los derechos sociales de participación a las Constituciones de este siglo como la de Weimar, aun cuando como ocurrió entre nosotros en 1950 (y aun persiste), bajo la forma de mandatos legislativos para derechos fundamentales sociales en áreas como el trabajo, la salud, la educación, etc. en preceptos que hemos citado oportunamente. Lo anterior es una necesaria consecuencia de la diferencia de estructura que no podemos ignorar, entre los derechos fundamentales de libertad (DFL) y los derechos fundamentales sociales (DFS). Trataremos de resumir la distinción que hace Bockenforde.

Los DFL establecen límites a la actividad del Estado, de este modo se colocan determinados ámbitos de la actividad humana, como práctica de la religión, expresión de la opinión, información, reunión, bajo la protección del ordenamiento jurídico o bien eliminando por completo la acción limitadora del Estado o autorizando en determinadas y especificadas direcciones (p. ej. exigencias apremiantes de la seguridad

---

<sup>168</sup> Ibid. p.p. 104- 105

<sup>169</sup> Teresa Freixes Sanjuán, Constitución y Derechos fundamentales cit. p. 103 - 104

y el orden públicos). La libertad, dice el Profesor alemán, “es aquí algo antecedente, no viene creado por la regulación legal, sino que es protegida (hecho ejercitable) y/o limitada por ella”. Es distinto el caso de los DFS; como se trata de facilitar bienes materiales no parten de algo ya dado, antecedente que debe ser protegido jurídicamente y asegurado frente a ataques. Ahora se necesita más bien, una acción estatal activa y positiva que se traduzca en medidas del legislador y la Administración para el acceso a los bienes materiales y la participación en ellos<sup>170</sup>

Consecuencia de la distinción anterior es que los DFL y no en cambio los DFS de prestación, son realizables directamente en el nivel de la Constitución por medio de pretensiones jurídicas concretas; ésto es así, porque la libertad de acción en un determinado ámbito, existe y no tiene que ser antes producida y puede ser en consecuencia protegida jurídicamente de forma inmediata y es que si el estado no actúa limitando la esfera de la libertad jurídicamente protegida no hay problema. En el caso de que el Estado actúe, los límites de esa posibilidad de actuación o intervención, provocan pretensiones de defensa propias de derechos fundamentales, porque se trata de delimitaciones que han de determinarse (de forma negativa) puntualmente y no de la realización de mandatos positivos de actuación.

En el caso de los DFS de prestación, la pretensión constitucional en ellos contenida es tan general que no pueden reducirse prestaciones jurídicas concretas por vía de interpretación, tal es el caso por ejemplo de la forma de cumplir el derecho a la vivienda - citado por Bockenforde - que podría hacerse por medio de su construcción y distribución por el Estado, mediante fijación estatal del precio de ellas o dejarlo al libre mercado a través de subsidios y así, hay un número grande de posibilidades alternativas, para no referirnos al problema de los medios financieros de que se puede disponer dentro de la política presupuestaria que determina prioridades, lo que vuelve complicado definir el alcance e intensidad de pretensiones jurídicas concretas. Con mucha razón dice el Profesor alemán que reseñamos que “no requiere mayores explicaciones, el hecho que todo ésto, en un ordenamiento constitucional democrático basado en el principio de la articulación de poderes, son tareas que corresponden en primer lugar al legislador legitimado democráticamente de manera directa y en segundo término a la Administración y no pueden resolverse por la vía de una interpretación del enunciado constitucional que formula el derecho fundamental social” y agrega: “Si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador, se vería en cierto modo empujado a ello”.

---

170 Cita Bockenforde el Informe final de un grupo de trabajo suizo sobre la preparación de la revisión total de la Constitución federal en el que acertadamente, dice, que la peculiaridad característica de los derechos sociales consiste en que presuponen una actividad del legislador, la fijación y conformación a través de la ley ordinaria. Por ejemplo deben disponerse sus condiciones y su dimensión y también la financiación”. (Op. cit. p. 76).

Ese repaso de conceptos de sobra conocidos únicamente tiene el propósito de recordar algunas de las cuestiones que se plantean cuando se considera a los derechos fundamentales sociales como derechos constitucionales. Y es que por mucho, no sólo que estemos de acuerdo, sino además convencidos de la necesidad de que sean realmente efectivos no sólo como contribución a la igualdad sino como ingrediente necesario para la estabilidad social, debemos reconocer que plantean limitaciones en un Estado de Derecho. En una reciente recensión a la obra de Bockenforde que hemos citado abundantemente, se dice que “de libros como ese cabe asegurar inspiración y criterio para profundizar en el resbaladizo terreno de los derechos fundamentales”<sup>171</sup>, pues debemos reconocer que es muy cierto que cuando se encomienda al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales (como se decía en la última cita), la consecuencia es, dice Bockenforde, que en el marco de un ordenamiento constitucional democrático, basado en el principio del Estado de Derecho, que no hace del juez un legislador, los derechos fundamentales sociales, no pueden fundamentar directamente en sí, pretensiones reclamables judicialmente y agrega que es propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador. Por otra parte, y esto es importante, se dirigen con aplicabilidad inmediata, a los órganos estatales en la legislación y administración, a los que obligan a la realización de los mandatos en ellos contenidos. Lo anterior no significa que cuando se han originado pretensiones por obra del legislador o de una práctica administrativa continuada, el ciudadano puede constitucionalmente defenderse de una supresión definitiva que no sea sólo una modificación o reducción compatible con el mandato social de configuración, es decir hay límites elementales a la transformación o a la supresión.<sup>172</sup> Ahora bien, y ésto es de la mayor importancia, aun aceptando lo anterior o sea que si bien en el marco de un ordenamiento constitucional democrático de un Estado de Derecho, que se caracteriza por la clara separación de las esferas legislativas y judicial los DFS pudiera considerarse que no tienen el carácter de Derechos fundamentales en sentido estricto cuando en virtud de ese carácter deberían tener aplicabilidad inmediata y la posibilidad de ser exigibles por los ciudadanos o sea, fundamentar directamente pretensiones reclamables judicialmente, ello no significa en

171 Nos referimos a la excelente recesión del Profesor Manuel Medina Guerrero de la Universidad de Sevilla en la Sección Crítica de Libros de REDC Año 14 No. 41 Mayo-Agosto 1994. p. 323 y stes.

172 Obra este delicado y difícil problema refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán el Profesor de Friburgo hace el interesante señalamiento siguiente: “El TCF reconoce con ello - haciendo de tripas corazón, pero inevitablemente - un problema estructural de los derechos fundamentales sociales que la Constitución turca ha formulado de forma muy clara y concisa”. Dice que la citada Constitución una vez establecidos en numerosos artículos derechos fundamentales sociales y mandatos de actuación, se dice finalmente en el Art. 53: “El Estado sólo llevará a cabo sus tareas para la consecución de los objetivos sociales y económicos expuestos en esta parte en la medida en que lo permitan el desarrollo económico y los recursos financieros”. El Profesor cita además un documento denominado Informe final del grupo de trabajo para la preparación de una revisión total de la Constitución federal publicado en 1973 que hace interesantes observaciones sobre este problema.

modo alguno, afirma Bockenforde, que deban quedar normativamente en simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes y, por ello, para salvar al máximo su eficacia jurídica e integrarlos a la constitución la forma adecuada es considerarlos como mandatos constitucionales, que considera son “deberes jurídico - objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales en la legislación y la administración, deberes de actuar para la realización del fin o del programa formulados en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y las modalidades de la realización” (Op. cit. p. 80) lo cual, como se ha señalado permitiría, según palabras del Profesor Medina Guerrero citado, “mantener una vinculación jurídica proyectada en tres planos: 1) los órganos políticos quedan sujetos al fin o al programa por ellos perseguidos; 2) aun teniendo libertad en la elección de los medios, no es inadmisiblesu actividad o una manifiesta desatención en el cumplimiento de dichos programas, y 3) las decisiones adoptadas en un momento dado para la consecución del fin no pueden ser suprimidas definitivamente o desatendidas de un modo inmediato (Op. cit. p. 325).

Cuestión interesante es la conclusión del Profesor alemán respecto a la decisión de incorporar los DFS como mandatos constitucionales, en el sentido de cuidar que esos mandatos estén separados al máximo y claramente diferenciados de los derechos fundamentales pues dado que no pueden tomar la forma de aseguramiento de los derechos fundamentales no deberían formularse y tampoco presentarse como éstos<sup>173</sup>. Y es que en verdad, no podemos ignorar las diferencias de estructura existentes entre los derechos fundamentales de libertad y los derechos fundamentales sociales de prestación, diferencias que necesariamente deben llevar consecuentemente a otra forma de garantía jurídica y de aseguramiento.

Es significativo lo que hemos resumido sumariamente, pero es aun más significativo sin comentarios, que en una sentencia de amparo nuestra, reciente, se haya establecido en relación a los Artículos 65 y 69 constitucionales que “por tener la categoría de derechos sociales deben al ser reclamados, precisarse e individualizarse, ésto es, señalar en que medida la esfera jurídica propia de cada individuo protegida por la ley fundamental, resulta lesionada con el acto impugnado lo que no aparece en el texto de la demanda”. (Amparo 6 - M-92 en Catálogo de Jurisprudencia cit. p. 123. Finaliza Bockenforde sus conceptos respecto a los derechos fundamentales sociales con la siguiente apreciación: “El intento de codificar un espectro lo más amplio

---

173 El Proyecto de la Comisión de expertos para la revisión total de la Constitución federal suiza llega a esa conclusión cuando el Art. 26 que lleva por título “Derechos sociales” no está localizado en el Capítulo de “Los Derechos fundamentales” sino en el Capítulo “Orden social, política de la propiedad y política económica” y no formula “derechos” sino que dice “El Estado adopta las medidas necesarias “ y, establece cinco mandatos constitucionales sociales: educación, trabajo, participación en la seguridad social, auxilio social y vivienda”, es decir cerca de lo que hizo nuestro constituyente del 50 y cambió el del 83 en cuanto a la nominación de los Títulos o capítulos.

posible de mandatos constitucionales sociales tendría como consecuencia, contrariamente a lo que sucede en la codificación de derechos fundamentales de libertad, el que los mandatos particulares se debilitaran entre sí o incluso se neutralizaran. Sería finalmente sólo un programa de buena política”<sup>174</sup>

Nos hemos extendido más que proporcionalmente en los aportes de la jurisprudencia y la doctrina para caracterizar los DFL y los DFS de prestación o mandatos constitucionales, pues plantean verdaderos problemas de interpretación que aun están en proceso de llegar una definición. Los conceptos presentados nos aportan además elementos de juicio para una clasificación de los Derechos constitucionales que nos ayuda a formular principios para la solución a los problemas fundamentales a que nos hemos referido a lo largo de este trabajo como la vinculación inmediata, los límites de las restricciones, los sistemas de tutela, etc. Hemos tratado de dar únicamente una visión panorámica de la complejidad de la problemática de los derechos fundamentales que cobra relevancia por su especial importancia y trascendencia en el Estado social y democrático de Derecho. Antes de concluir esta Sección VII deseamos referirnos a otras cuestiones más específicas relacionadas con los problemas de la interpretación constitucional que siempre hemos creído es una cuestión de la mayor incidencia en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pero debemos tener presentes siempre los importantes razonamientos y planteamientos del Profesor Bockenforde que nos ayudan a tratar de caracterizar en nuestra interpretación del contenido y alcances de los derechos fundamentales sociales aquella que mejor sirva los propósitos del constituyente al incorporarlos al texto constitucional. Ahora más que nunca es necesario reconocer que el sistema de derechos establecido en determinado ordenamiento constitucional no puede ser rectamente entendido si queremos hacerlo únicamente con base en la estructura jurídica del texto constitucional. Por eso tiene mucha razón el señalamiento siguiente: “Para que un sistema constitucional de derechos pueda ser interpretado conformemente a la Constitución que lo instaure debe abordarse también su estudio desde la perspectiva de la función que la Constitución le otorgue”.<sup>175</sup> Decía Hesse que en realidad sólo puede hablarse de interpretación constitucional ...cuando debe darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara”. Con la cita anterior comienza el planteamiento de los interesantes y penetrantes conceptos del Profesor Enrique Alonso García, al afirmar por ejemplo: “Cuando el Texto Fundamental se aplica por primera vez a un nuevo presupuesto de hecho, lo que en realidad se produce es una actualización de la norma fundamental”.

A continuación precisa que la subsunción de un supuesto de hecho en un precepto constitucional que es de lo que se ocupa la problemática de los métodos clásicos

174 Ernst Wolfgang Bockenforde. Escritos citados p. 83.

175 Teresa Freixes Sanjuán. Constitución y Derechos fundamentales cit. p. 2. La jurisprudencia de nuestra Sala de lo Constitucional muestra en casos recientes una saludable tendencia respecto a la interpretación literal como señalamos adelante.

de interpretación (interpretación objetiva y subjetiva; métodos gramatical, lógico, sistemático, histórico, es decir los cánones de interpretación que estudiamos en el Título preliminar del Código Civil) no implica, en ese sentido limitado, tarea alguna de interpretación en su estricto sentido jurídico<sup>176</sup>

Esto es así - continúa el distinguido Profesor español - “cuando la norma a interpretar es la constitución, sus preceptos contienen conceptos jurídicos tan absolutamente indeterminados, que la operación de subsunción requiere una especificación (no sólo como motivación del acto), que viene a constituirse en sí misma en el equivalente de la Constitución”. “Este fenómeno - agrega a veces designado como concretización llega a suponer una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente ‘doctrina’, que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma subconstitucional es el intérprete auténtico, a la Constitución misma”<sup>177</sup>

La interpretación constitucional se entiende en la actualidad supone un marco constitucional de referencia desde cuando fue superada la idea del siglo XIX y principios del presente de que la Constitución daba al legislador solamente directrices o indicaciones generales. En el período de entreguerras la Constitución adquiere el carácter de norma jurídica y en consecuencia el legislador quedó sometido a limitaciones no sólo formales sino también materiales.

D. Francisco Rubio Llorente lo concreta en forma elocuente y categórica en el Prólogo a la fuente citada en la nota anterior cuando refiriéndose al cambio hacia la plena juridicidad de las normas constitucionales, dice: “Esta nueva estructura relacional entre Constitución y Ley que se pretende poner de relieve con la expresión de ‘la Constitución como norma jurídica’ está llena de implicaciones tanto para la teoría del Derecho, como para la del Estado e incluso para la Teoría de la Democracia.....”<sup>178</sup>. El cambio fundamental en la propia estructura de la Constitución al superarse el viejo esquema

---

176 Enrique Alonso García. La interpretación de la Constitución (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1984) pag. 1 y stcs. (Subrayado el original).

177 Ibíd. p. 1 y 2 (Subrayado el original). La cita anterior aparece en la Sentencia de inconstitucionalidad de 1992 respecto a disposiciones del IVA.

178 En la pag. XVIII del Prólogo a la fuente citada dice el Profesor Rubio Llorente: “El cambio a que aludo es el que resulta de (o se expresa en la transformación operada en la idea de Constitución y en razón de la cual, el legislador (orgánicamente el Parlamento”) es, en cierto sentido, destronado, al ver sometida su actuación a unas limitaciones cuya transgresión puede ser sancionada, no ya políticamente por el electorado, como teóricamente sucedía hasta el momento, sino jurídicamente, con la invalidación de las normas producidas, por ser éstas, o consecuencia de la vulneración de los preceptos constitucionales que disciplina el modo de producción del Derecho (inconstitucionalidad formal), o causa en sí mismas de una violación de los preceptos sustantivos de la Constitución que garantiza ámbitos de libertad exentos frente al legislador, o imponen a éste la preservación de determinados valores (v. gr. igualdad), o de cualquier otra forma establecen condiciones o fronteras al contenido posible de la ley (inconstitucionalidad material)”. Respecto al marco constitucional de referencia que mencionamos, véase José Ramón Cossío Díaz, Estado social y derechos de prestación cit. p. 98 y stcs.

de la parte dogmática y la parte orgánica y la clara división entre derechos subjetivos y normas de organización de poderes desaparece al introducir derechos prestaciones, objetivos sociales, políticos y económicos, valores distintos, mandatos al legislador, etc. Esto plantea una serie de cuestiones nuevas respecto a la interpretación constitucional como por ejemplo: armonizar elementos contrapuestos, jerarquizar valores, etc. El elemento diferente que vuelve necesaria una interpretación en el caso de la Constitución caracterizada por determinados requerimientos particulares es la manifiesta indeterminación de una gran parte de los preceptos constitucionales. Esto es lo que ha llevado a la formulación de las llamadas “subnormas constitucionales”, que mencionamos antes y que son “concreciones que permiten actuar a las expresiones genéricas como solución en casos particulares”<sup>179</sup> Y es que como decía el segundo autor citado en la nota anterior las disposiciones constitucionales no son susceptibles de aplicarse sin más a la resolución de un caso por lo que requieren delimitarse previamente, de allí que la interpretación sea una actividad cognoscitiva y decisoria. En una primera etapa es necesario un entendimiento del precepto o preceptos, pues a pesar de la amplitud de su formulación como se ha dicho; “algo dicen por sí mismos”; esta es la actividad “cognoscitiva” en la que tienen indudable eficacia los métodos interpretativos tradicionales. Este, que podríamos llamar acercamiento primario, permite relacionar preceptos entre sí para conformar una solución inicial<sup>180</sup>. El propósito de este recorrido muy superficial, a vuelo de pájaro, respecto a la interpretación no ha pretendido en ningún momento ahondar sobre el tema y menos dar una visión comprensiva de la problemática de una de las cuestiones más importantes del Derecho Constitucional más reciente y es que debe reconocerse que ha despertado un interés generalizado, o más bien una actitud colectiva para decirlo con palabras del Profesor Rubio Llorente y que obviamente incide significativamente en el problema de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; es, decíamos únicamente justificado traerlo a cuentas, en la forma que lo hicimos,

---

179 Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución* cit. p. 1 y stes. quien señala: “El procedimiento por el que se dota de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados y a los principios constitucionales no puede explicarse como un mero fenómeno de aplicación de la norma” (p. 2); por ello son necesarias esas concreciones que facilitan a los operadores jurídicos la realización de acciones cercanas a la subsunción, así como la obtención de un entendimiento más acabado de la Constitución” (J. R. Cossío Díaz, *Estado social y derechos prestación* cit. p. 102).

180 Con interesantes los conceptos siguientes del desaparecido Profesor Ignacio de Otto sobre el particular: “Frente a la vieja doctrina interpretativa, a la que responde el conocido método de Savigny, la moderna hermenéutica pone de manifiesto que los diversos métodos no ayudan a buscar y encontrar una única solución preexistente, sino a crear la solución dentro del campo cuyos límites semánticos describe la norma a aplicar-. (“La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en *El Tribunal Constitucional*. Instituto de Estudios Fiscales: Madrid. 1981 Volumen III p. 1942). En otras palabras el intérprete, como dice el Profesor De Otto no utiliza un modelo de raciocinio que le conduzca a la solución preexistente sino que le conduce a la adopción de una decisión, no se limita a penetrar en el texto para saber lo que éste decide sino que el método de interpretación lo conduce a adoptar una solución concreta entre las múltiples que el texto permitiría. Lo que caracteriza a la moderna doctrina de la interpretación frente a la clásica es que en ella se reconoce que el jurista adopta, como dice Martín Kriele (citado por De Otto), una “decisión responsable” y por el contrario en la teoría clásica que consideraba que el lugar de la decisión lo ocupa la “correcta deducción” a partir de la ley.

porque no podemos dejar de mencionarlo. No es posible en las postrimetrías del siglo que termina, continuar interpretando los preceptos que norman los derechos fundamentales como si fueran parte de la Constitución de 1886 o de cualquier otra del siglo pasado y tampoco es posible que sigamos aferrados a los cánones de la interpretación que para las leyes secundarias estableció el Código Civil cuando el desarrollo posterior del Derecho Público nos obliga a buscar otros caminos para llegar al verdadero sentido de una disposición constitucional y para ello no podemos ignorar ni los valores, ni los principios que configuran y caracterizan una Ley Fundamental, y en consecuencia determinan su interpretación adecuada. Bien dice Rubio Llorente en el Prólogo citado, refiriéndose a ese cambio que “.....esta traslación del tema de la interpretación desde el ámbito del Derecho Privado al campo del Derecho Público es mucho más que una moda. Es la proyección en la doctrina científica de un cambio profundo en la realidad”. (p. XVII)<sup>181</sup>.

Respecto a este planteamiento de la interpretación constitucional se ha cuestionado duramente por Forsthoff que lo llama método de las “ciencias del espíritu”, contraponiendo las reglas tradicionales de la interpretación tal como fueron expuestas por Savigny y concluye que el derecho y en especial el derecho constitucional entrará en un proceso de disolución y ésto, porque según resume el Profesor Aragón, el autor alemán indica:” mientras que, según el Estado de Derecho, el juez está debajo de la Constitución, si ese juez la interpreta de acuerdo con los valores se convierte en todo lo contrario”, y con palabras de Forsthoff, “En el señor de la Constitución”. El Profesor Aragón en agudo comentario que compartimos, señala: “Parece claro que la concepción de Forsthoff sobre el Estado de Derecho tiene más que ver con el Estado de Derecho del siglo XIX que con el de hoy (que es un Estado de Derecho) vinculado a determi-

---

181 Sobre uno de los problemas señalados, el Profesor Manuel Aragón nos recuerda que Larenz se plantea la duda acerca de si los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los del juez ordinario y “para disipar esa duda manifiesta (no sin grandes precauciones) que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no, está planteando una cuestión absolutamente capital para la teoría de la interpretación en nuestro tiempo”. A continuación el Profesor Aragón nos aclara su planteamiento cuando precisa:”... lo que resulta ‘peculiar’ es la interpretación de la Constitución, no el que la efectúe un determinado tribunal, ya que las singularidades jurídicas no pueden descansar en la existencia o no de recursos y en su voluntaria interposición o no por las partes. Además de que el carácter ‘peculiar’ de su interpretación no obedece, en la Constitución, sólo a la importancia política de los problemas que, a su amparo, pueden suscitarse, sino también, y sobre todo a la propia condición específica de la norma Constitucional”. Señalando específicamente: “La gran cuestión reside en que, por un lado, los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la Constitución (ya lo había dicho hace tiempo Smend), y por otro (y no es una paradoja), en que una Constitución democrática es inevitablemente una Constitución que contiene cláusulas materiales de valor y, en consecuencia, la interpretación valorativa de la ley (y del derecho en su totalidad) sólo a través de la interpretación constitucional puede encontrar su tratamiento adecuado”. Los conceptos anteriores no obstante conforman una tesis bastante compartida en los últimos años como fue por ejemplo el caso de la reunión de los profesores alemanes de Derecho público en la cual dice Aragón: “ la inmensa mayoría de los participantes se mostró de acuerdo a la singularidad de la interpretación constitucional que, entre otras cosas viene derivada de la necesaria apelación a principios pautas y valores”. (Véase Manuel Aragón, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional” en Revista Española de Derecho Constitucional Año 6, N° 17 Mayo Agosto 1986 p. 119 y stes.)

nados valores materiales”. Me parece que no hay discusión sobre la incapacidad de los métodos tradicionales de interpretación pero debemos estar conscientes de los peligros de subjetivización y de arbitrariedad e incluso politización de la justicia<sup>182</sup>

No podemos extendernos ahondando los múltiples métodos de interpretación; sólo queremos destacar la necesidad de que la interpretación constitucional debemos considerarla como una decisión del intérprete entre un número cada vez mayor de posibilidades de elección y por otra parte, que los métodos tradicionales no son suficientes para lograr la interpretación constitucional que los textos constitucionales recientes requieren. Ahora bien, el problema como dice Ignacio de Otto con su habitual claridad” es tanto más agudo cuanto que buena parte de las doctrinas de la interpretación son por su propia índole, disolventes de la sumisión del juez al texto legal”<sup>183</sup>

En el contexto del presente estudio nos interesa insistir que la interpretación constitucional es factor determinante de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente; por eso nos hemos atrevido a plantear algunas cuestiones que deben resolverse para desentrañar el sentido propio de los preceptos constitucionales que los norman. El problema de la interpretación es bastante más amplio y así por ejemplo, hemos hecho únicamente una referencia incidental a la importante y crucial cuestión de la argumentación jurídica y la argumentación política en la interpretación constitucional.

<sup>182</sup> *Ibíd.* p. 121.

<sup>183</sup> Ignacio de Otto, *La posición del Tribunal constitucional..... cit.* p. 1943. La doctrina sobre la interpretación constitucional es abundante y rica en matices y enfoques que nos ayudan a penetrar un problema respecto al cual prevalece una idea muy generalizada como nos recuerda D. Francisco Rubio Llorente que la Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución. Algunos de los estudios y obras más conocidos los hemos citado en notas a los párrafos inmediatamente anteriores. Particularmente, de obligada consulta es la obra del Profesor Enrique Alonso García. *La interpretación de la Constitución cit.* de igual modo los capítulos respectivos del estudio del Profesor José Ramón Cossío Díaz sobre los derechos prestación. Véase también, Jerzy Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas: Madrid. 1985; el artículo del Profesor Aragón que citamos, publicado en el N° 17 de la REDC, *Relevancia especial* tienen los trabajos de Bockenforde incluidos en *Escritos sobre Derechos Fundamentales cit.* particularmente los dos primeros pp. 13-71. De igual modo la obra de Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1988; Christoffer Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional* Editorial Civitas: Madrid 1991, que es un examen de las distintas formas de la interpretación en los Estados Unidos, de igual modo que la obra del Profesor García citada antes. El estudio de la Profesora Teresa Freixes Sanjuán sobre la estructura jurídica y la función de la interpretación de los derechos es buena parte de su obra *Constitución y derechos fundamentales cit.* Véase también los excelentes trabajos del Profesor Ignacio de Otto citados en *Derechos Fundamentales y Constitución* del que es coautor con Lorenzo Martín - Retortillo y su trabajo sobre la posición del tribunal constitucional incluido en el Volumen III de *El Tribunal constitucional cit.* y, en el volumen I de esta obra el estudio del Profesor Eduardo García de Enterría. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas (p. 21 y stes). Necesaria lectura son Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* Ariel Derecho: Barcelona. 1989; H.L.A. Hart. *El concepto de Derecho* Abeledo-Perrot: Buenos Aires. 1990 y de igual modo. Luis Prieto Sanchís. *Sobre principios y normas CEC*: Madrid 1992 para sólo citar algunas de las obras más conocidas en castellano. En italiano de Gustavo Zagrebelsky. *La giustizia costituzionale*. 11 Mu lino: Bologna. 1977. También con el mismo título la obra de Mario Angelici. Dott. A. Giuffrè :Milano 1974; *La interpretazione sistematica de la Costituzione* Padova: CEDAM. 1978; Antonio Pensoveccio Li Bassi. *L'interpretazione delle norme costituzionali* Milano: Cuiuffrè. 1972.

Debemos mencionar que nuestra jurisprudencia constitucional muestra en los últimos años una tendencia evidente a emplear nuevos métodos y procedimientos de interpretación de la Constitución de acuerdo a las tendencias generalmente aceptadas que incorporan soluciones novedosas y diferentes sustentadas en desarrollos recientes del Derecho Público; además de algunas sentencias citadas antes, a continuación presentamos algunos ejemplos que confirman nuestras apreciaciones. Así por ejemplo se ha establecido que los preceptos constitucionales al interpretarse, “deben armonizarse dentro del espíritu general que lo generó o bien que han de interpretarse armónicamente dentro del espíritu general que tuvo el Poder constituyente”. (Revista Judicial de 1974, p. 422 y Revista Judicial de 1975 p. 235). En la sentencia de 1992 en dos procesos de inconstitucionalidad (acumulados), contra disposiciones de la “Ley de Impuesto a la transferencia de bienes y prestación de servicios” (conocidos como hay planteamientos interesantes sobre los derechos fundamentales en cuanto al concepto, a su fundamentación iusfilosófica, a su regulación constitucional, etc. En una sentencia de amparo de 1992 (Véase Justicia Constitucional cit. p. 709) se indica una cuestión de la mayor importancia cuando se dice que la Constitución es “una norma cuantitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento Jurídico”. Esa “naturaleza singular” de la Ley Fundamental como la califica la sentencia”, se traduce en una incidencia muy intensa sobre las restantes normas del sistema”, continúa, “produciéndose una pluralidad de efectos, entre los cuales despunta la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución”.

Los casos anteriores que hemos mencionado se refieren a la naturaleza de la interpretación constitucional en general; respecto a la cuestión de nuestro interés principal en este trabajo o sea los derechos fundamentales, antes mencionamos dos o tres sentencias y ahora sobre este importante aspecto de lo que es de la propia esencia de nuestro estudio recordemos que una sentencia de amparo estableció que “Los derechos que la Constitución garantiza están sujetos a limitaciones legales: no son absolutos” (Revista Judicial de 1986. pag. 358); otra más reciente, de 1986, que me parece citamos antes, consagra la reglamentación de los derechos fundamentales siempre que “se respete la esencia del derecho garantizado constitucional”. (Revista Judicial de 1983. pag. 358) En la sentencia de inconstitucionalidad de Incafé se establece como “Consecuencia de que los derechos del hombre o garantías individuales gozan de naturaleza y jerarquía constitucional, es que a éstos, sólo puede establecer excepciones la misma Constitución, ya sea en el mismo artículo en que se reconocen o en otro u otros de su texto”. Y a continuación la misma sentencia de 1987 reafirma su posición cuando establece: “El legislador secundario sólo puede hacerlo cuando está expresamente facultado para ello, también en la Constitución y dentro de lo estrictamente permitido expresamente por el la y que resulte compatible con la inter-

pretación armónica de sus disposiciones”. Posición que contradice lo expresado por nosotros en este trabajo.

Finalmente queremos mencionar como ha considerado nuestro tribunal constitucional el problema de la interpretación. En la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley del IVA se dijo: “En relación al primer razonamiento expuesto por la Fiscalía esta Sala lo estima una interpretación literalista del texto constitucional; y por ello insuficiente”. En una sentencia de inconstitucionalidad de 1991 se afirma claramente que “en materia de interpretación de la Constitución no tiene cabida el literalismo”, remitiéndose como referencia a la forma como el Profesor Enrique Alonso García entiende esa tendencia o corriente de interpretación en el sentido de que “el lenguaje es lo único que hay que entender”. En la misma sentencia hacen suyos los siguientes conceptos” que los métodos o reglas de interpretación tradicionales, comúnmente consignados en la legislación civil, resultan inadecuados o insuficientes cuando se trata de la interpretación de las reglas constitucionales.....” También en la sentencia del caso de Incafé citada se dijo: “En el desarrollo de esta sentencia, la Sala ha tenido presente como fundamental norma de interpretación constitucional la señalada por el Fiscal General en su traslado: “La interpretación constitucional debe tener en cuenta el Régimen o sistema político adoptado por la Constitución”. En ese sentido continúa la Sentencia conviene recordar algunos principios que aparecen en la Exposición de Motivos.....” Dejamos, como dijimos antes, nuestras apreciaciones sobre esta sentencia y otras para un futuro que esperamos sea próximo.

Cerramos nuestra breve incursión en este importante problema, crucial para la efectividad de los derechos fundamentales recordando, que el Profesor Aragón en el artículo citado, decía que las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la Constitución son: la interpretación constitucionalmente adecuada de la Constitución, argumentación y fundamentación jurídica, resolución justa y no sustitución del legislador.

## VIII. CONSIDERACIONES FINALES

A la conclusión del presente estudio sobre los derechos fundamentales recordemos lo que señalábamos al principio o sea, que es parte de otro trabajo más amplio sobre el Estado de Derecho, aun cuando, esta tercera y última parte de ese trabajo a diferencia de los dos anteriores ha extendido su cobertura hasta el Estado social. En esta sección VIII recapitulamos algunas cuestiones cubiertas particularmente en la sección VII y también en otras anteriores, con el único propósito de destacar algunos aspectos de la problemática de los derechos fundamentales tal vez por la creencia, probablemente injustificada, que alguien se interese en ahondar sobre esos aspectos desde el punto de vista constitucional, que nosotros pensamos podrían contribuir

en forma efectiva a la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, aun cuando no tengan el atractivo internacional de las actividades relacionadas con los derechos humanos.

La tutela de los derechos fundamentales en los últimos años ha sido instrumentalizada a través particularmente de un organismo internacional de carácter mundial que ha centrado su interés y esfuerzos - por otra parte encomiables - en aquellos derechos considerados con mayor prestigio semántico identificados como derechos humanos, respecto a los cuales se decide cuales son los más importantes o que debe considerarse tienen prioridad, procurando su vigencia efectiva por medio de algunas veces cuestionables sistemas de vigilancia y control desde el punto de vista de ese concepto que tuvo tanta importancia en el pasado y que fue bautizado como soberanía y, que ahora pareciera obsoleto o desfasado, y quizás, en vías de desaparecer. El cumplimiento del respeto a los derechos humanos se refuerza por las calificaciones y evaluaciones periódicas que de resultar desfavorables a los países del tercer mundo como el nuestro, se traducen en restricciones, limitaciones y condiciones de la ayuda económica para que no podamos olvidar que el nuevo desorden internacional descansa básicamente en el poder económico pues como decía certeramente Alain Joxe de la Universidad de París en un coloquio sobre la violencia celebrado en Montevideo del 8 al 11 de diciembre anterior, “ la tortura internacional está organizada en el nivel económico y financiero mientras el bienestar mundial está organizado solamente en el nivel médico y humanitario “.

Pues bien, nosotros hemos querido llamar la atención sobre aquellos campos todavía poco explorados entre nosotros, de la normación por el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales particularmente el constitucional, que abre perspectivas prometedoras que podrían coadyuvar en forma efectiva con un adecuado sistema de tutela jurisdiccional a facilitar que se alcance la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Todavía tenemos la suerte de poderlo hacer nosotros; en el campo económico ya es muy tarde y la normación constitucional así como la legislación secundaria relativa a los servicios públicos, la privatización, la regulación de concesiones y la reversión de instalaciones quedaron fuera de nuestra propia decisión y será un ‘asesor’ foráneo quien deba decirnos como deberán redactarse los nuevos preceptos constitucionales y los ordenamientos legales como ha sucedido en este último caso con los impuestos, que sustituirán en un futuro cercano, a los que con toda nuestra ignorancia pero también independencia y dignidad formulamos en 1950. Guardando las proporciones lo mismo puede decirse de otras leyes nuestras. Examinamos en las páginas anteriores soluciones del Derecho constitucional comparado para determinar en que medida esas experiencias podrían sernos de alguna utilidad, pero no hemos tratado de presentar favorablemente algunas soluciones; nos hemos limitado a ser relatores o presentadores objetivos de esas experiencias para que si alguna vez se decidiera revisar conceptos y formulaciones se disponga de un mayor número de alternativas que seguramente nos ayudarán a encontrar una solución mejor.

En ese orden de ideas tratamos de analizar el problema crucial de las limitaciones a los derechos fundamentales por la ley secundaria que en ningún caso debe vulnerar lo que es substancial y de la esencia de cada derecho, es decir el contenido mínimo que tampoco necesita desarrollo por la ley secundaria y que, en modo alguno puede ser condicionante de la obligatoriedad inmediata de los derechos constitucionales como regla general. Estudiamos de igual modo, la cuestión de la clasificación de los derechos fundamentales íntimamente relacionada con el problema de la fundamentalidad o sea la identificación de aquellos elementos que podríamos considerar determinantes para diferenciar unos derechos de otros y, en consecuencia, de allí, decidir sobre un diferente tratamiento no solamente en cuanto a su normación sino también respecto al sistema de tutela aplicable. Es nuestra creencia, reiteramos, que si bien las garantías reales del cumplimiento de los derechos fundamentales descansan básicamente en un sistema efectivo de tutela jurisdiccional, en verdad, como indicamos viene a ser el resultado de todo un entramado que determina el juego de fuerzas, equilibrios y contrapesos característicos del Estado democrático de Derecho. En consecuencia, por ejemplo, una división de poderes real es un factor decisivo para la efectiva vigencia de un sistema de controles que es en definitiva la única forma de asegurar el cumplimiento y evitar la vulneración de los derechos fundamentales.

También hemos insistido reiteradamente que los derechos individuales tradicionales con su fundamento iusnaturalista que lograban su plena realización con el solo abstencionismo del Estado se han modificado significativamente o más bien, han visto ampliado su radio de acción con el advenimiento del Estado social en forma generalizada después de la segunda guerra mundial como ocurrió entre nosotros en 1950 al aprobarse una Constitución moderna a la altura de los tiempos, cuyos aspectos fundamentales de su enfoque y estructura se han mantenido en las siguientes Leyes Fundamentales de 1962 y 19-83. La evolución del mismo concepto y naturaleza de la Constitución que de un documento político pasa a ser un documento jurídico con las obligadas consecuencias del establecimiento de la supremacía constitucional y la jerarquía de las normas que deberían tener como obligada consecuencia la aparición del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes que vuelve una realidad el sometimiento del Poder Legislativo a la Constitución que de todas formas, no es más que el cumplimiento de ese sometimiento formalizado expresamente en virtud del Art. 83 constitucional que dispone: “La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”, cuyo antecedente es probablemente el Art. 1 inciso segundo de la Constitución italiana de 1948, que tiene un curioso parecido a nuestro artículo 1 de la Constitución de 1880.

Todos estos desarrollos han incidido en forma importante en elementos característicos del marco constitucional de los derechos fundamentales. La incorporación a los textos constitucionales de los denominados derechos prestación en el campo eco-

nómico y social y la ampliación y afinamiento de los derechos de participación han modificado significativamente el panorama constitucional de los derechos constitucionales. Probablemente lo más significativo haya sido que la incorporación de los nuevos derechos modificó la obligación de un no hacer a la de hacer, estableciendo obligaciones al Estado que todavía a algunas personas y sectores les cuesta entender, pero que básicamente significaron, ese era su propósito, convertir en responsabilidad del Estado velar por el bienestar de los ciudadanos por medio de servicios públicos en las áreas de salud y educación particularmente, además de señalar valores, principios y objetivos que obligan a configurar las actividades del Estado para su debido cumplimiento como lo ordenan disposiciones de la Constitución de 1983 que volvemos a recordar a continuación.

Y es que cuando un precepto como el Art. 2 de la Constitución de 1950 (que es el inciso 2º del Art. 1 vigente), estableció: “Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”, ello significaba un cambio fundamental respecto a las responsabilidades del Estado y en consecuencia respecto a la amplitud de las actividades que el Estado debe desarrollar y las responsabilidades que debe asumir por mandato constitucional. Lo anterior reforzado y ratificado concretamente por disposiciones también constitucionales como el Art. 2 inciso 1º por el cual toda persona tiene derecho al trabajo y a ser protegida en su conservación y defensa; el Art. 37 que obliga al Estado a emplear “todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, y para asegurar a él y su familia las condiciones económicas de una existencia digna”; el Art. 50 en virtud del cual, “La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio”; el Art. 53 cuando establece que “El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana; en consecuencia es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación fomento y difusión”; el Art. 65 por el cual “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público” y además “El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento” y, de igual modo, el Art. 66 dispone que el Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos.

Por otra parte, “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”, conforme al Art. 101; el Art. 102 garantiza la libertad económica pero, y es un pero bien importante, “en lo que no se oponga al interés social” y de igual modo se reconoce la propiedad, pero en función social. El Art. 246 inciso segundo es categórico en caracterizar el espíritu que viene desde la Constitución de 1950 cuando manda que “el interés público tiene primacía sobre el interés privado”.

Debemos agregar que la supremacía y la jerarquía de las normas constitucionales están claramente consagradas y determinadas en el mismo Art. 246 inciso primero cuando establece: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta

Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio” y, también el inciso segundo que además manda: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”. Los controles respectivos para el cumplimiento de los dos principios citados se recogen en el Art. 247 que establece el amparo que puede pedir toda persona “por violación de los derechos que otorga la presente Constitución” y también en los Artículos 174 y 183 relativos a la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, así como, en el Art. 185 sobre “la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

Todo lo anterior con el trasfondo de un orden constitucional sustentado en un sistema de valores como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, presupuestos necesarios del respeto de la dignidad humana que El Salvador según reconoce el Art. I constitucional como “el origen y el fin de la actividad del Estado”. En este marco fundamental se insertan en nuestro país los programas económicos conocidos como de ajuste económico que dos organismos financieros internacionales “ayudan” a adoptar a los países del tercer mundo o del Sur o, como quiera llamárselos, que para el caso da lo mismo.

Es en ese marco constitucional característico del Estado social y democrático de Derecho configurado por los mandatos de los preceptos constitucionales transcritos, donde deberá encuadrarse necesariamente toda nuestra política económica desde 1950. No es la oportunidad - lo dijimos antes- de considerar los méritos en cuanto a sus efectos económicos y repercusiones sociales que resulten de los programas recientes y en proceso, llamados de reajuste económico. Ahora y aquí, únicamente nos interesan las consecuencias de naturaleza jurídica de las medidas adoptadas dentro de esos programas particularmente en su aspecto constitucional. En todo caso, como dijimos en otra oportunidad, cuando señalamos que era innecesario pronunciarnos sobre la alternativa entre el Estado liberal y el Estado social porque independiente de lo que pensamos nosotros y los asesores extranjeros, decíamos “el texto constitucional contiene un conjunto de preceptos que configuran un sistema coherente destinado a cumplir los objetivos señalados en la misma Carta Constitucional, norma superior en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico salvadoreño e irrefragablemente obligatoria” y, la decisión respecto al sistema constitucional que marca la dirección obligada de todo el ordenamiento jurídico se hizo en 1950 y para adoptar legítimamente algunas medidas de esos programas de ajuste deberían reformar la Constitución lo que, en todo caso es lo propio de una democracia pluralista<sup>184</sup>.

Consecuencia de lo antes relacionado es que el sistema económico salvadoreño desde la Constitución de 1950, de igual modo que otros ordenamientos constitucio-

---

184 Véase el prólogo de nuestro Derecho Constitucional tributario: el principio de legalidad Tomo V de Diez Años de la Constitución de El Salvador. Órgano Judicial y otros: San Salvador. 1993 pag. 19 y stes. En el mismo sentido también nuestro trabajo Derecho Constitucional Financiero Salvadoreño Publicaciones Especiales de la Suprema Corte de Justicia: San Salvador. N° 4 Abril 1989. p. 37 y stes.

nales, no sólo tiene el propósito de regular el funcionamiento del sistema sino que además, el Estado, toma a su cargo importantes sectores de la producción con el propósito de alcanzar determinadas metas y objetivos como el desarrollo económico, el bienestar social, etc. Todavía más importante es que se asigna al Estado una función social de redistribución de la renta y de la riqueza y, aun cuando el constituyente de 1950 no denominó expresamente al Estado salvadoreño como Estado social y democrático de Derecho, nosotros hemos sostenido que esas son las características del Estado en El Salvador desde ese año, cuando el texto constitucional incorpora valores y principios en los preceptos constitucionales como los que citamos antes, que se orientan a esas características del Estado.

Como bien dice el distinguido presidente del Tribunal Constitucional Español que citamos en la nota siguiente, “el contenido mínimo del principio del Estado social y democrático de Derecho queda determinado fundamentalmente por la comprensión de los valores de la libertad, la igualdad y la justicia y de participación democrática en la formación del orden social y económico, entendidos no en su sentido meramente formal, sino por sus contenidos materiales.....”<sup>185</sup>. Solamente mediante la satisfacción de esos contenidos mínimos, señala el Profesor Rodríguez Bereijo, podrá encontrar la Constitución el consenso democrático que legitimo la organización política que da forma al nuevo orden social, agregando: “Y el cumplimiento de esos contenidos mínimos pasa necesaria (aunque no suficientemente) por una función redistribuida de bienes y rentas que la Hacienda lleva a cabo por medio de un programa justo de ingresos y de gastos públicos”<sup>186</sup>

Establecido lo anterior reiteramos lo que hemos dicho en otras oportunidades: los tributos como otros institutos jurídicos deben entenderse como parte del programa constitucional que concreta determinada Carta Magna.

Es decir, no podemos comprender el sentido del sistema tributario salvadoreño si ignoramos que debe necesariamente de estar no sólo al servicio de sus fines y objetivos específicos sino también el de los objetivos y principios constitucionales establecidos en 1950 y ratificados en 1962 y 1983.

Motivaciones probablemente explicables por nuestro interés particular por bastante tiempo en las cuestiones tributarias, explican que deseamos concluir este trabajo haciendo nuestras consideraciones personales, limitadas únicamente a las modificaciones del sistema tributario salvadoreño introducidas por las reformas que

---

185 Alvaro Rodríguez Bereijo. “El sistema tributario en la Constitución (los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)” en “Revista Española de Derecho Constitucional. CEC: Madrid Nº 36 Septiembre-Diciembre 1992 p. 14. En los párrafos que siguen descansamos nuestros planteamientos en ese excelente estudio.

186 Ibid. p. 14

arrancan en 1990, a la luz de lo que es el tema central de nuestro estudio: los Derechos fundamentales y la Constitución.

Es necesaria una breve introducción general para examinar nuestro caso particular. En las disposiciones constitucionales que transcribimos y en los preceptos relativos al principio de legalidad tributaria así como en otras disposiciones del Capítulo II del Título VII constitucional, el constituyente definió el marco político e institucional respecto a cual debe ser la función de la Hacienda Pública en El Salvador. De ese marco institucional se deducen principios tributarios, presupuestarios y financieros en general que establecen directrices que constituyen deberes y límites jurídicos perfectamente definidos, vinculantes para los órganos a los que corresponde constitucionalmente establecer los tributos. En consecuencia, “los tributos - como dijimos en otro trabajo nuestro- igual que los gastos, son instrumentos importantes para la consecución de los objetivos establecidos en las disposiciones constitucionales salvadoreñas” a que hicimos referencia. En ese orden de ideas, precisamos en esa misma oportunidad, que una derivación necesaria es enfocar el estudio de los tributos desde el punto de vista de su carácter redistributivo “ que, juntamente con la política del gasto público, “conforme a nuestro sistema constitucional, tienen que ser necesariamente orientados a buscar un orden igualitario más justo como lo consagra la Constitución”<sup>187</sup>

Debemos concluir que la función de los tributos en nuestro régimen constitucional no obstante el anacrónico y obsoleto objetivo de “para el servicio público” del Art. 231 inciso primero constitucional, no es únicamente financiar el aparato estatal sino también distribuir la riqueza así como lograr otros propósitos, o sea, objetivos extrafiscales, y, de allí su interna conexión con los gastos públicos. “Es precisamente esta interconexión o interdependencia - señala Alvaro Rodríguez Bereijo en su estudio citado - lo que confiere al Derecho Financiero y tributario su carácter de Derecho redistributivo, es decir, un derecho en el cual la rama del Derecho tributario debe concebirse como un derecho contra los que tienen más, y la rama del Derecho de los gastos públicos debe ser un derecho en favor de los que menos tienen, de las clases sociales desposeídas. Sólo de esta manera a través de una función redistributiva de la Hacienda Pública..... puede cumplirse la exigencia constitucional de un orden igualitario y más justo”<sup>188</sup>

Es oportuno recordar que “la Constitución incorpora o recibe instituciones y conceptos elaborados por el Derecho financiero elevándolos a la categoría de prin-

---

187 Alvaro Magaña. Prólogo de Derecho Constitucional Tributario cit. p. 20.

188 Alvaro Rodríguez Bereijo... El sistema tributario en la Constitución cit. p. 17. Esta concepción del Derecho financiero es lo que el Profesor Norberto Bobbio ha denominado función distributiva y función promocional del Derecho, según cita del Profesor Rodríguez Bereijo (p. 17). Subrayados en el original.

cipios o normas constitucionales como máxima garantía jurídica de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado” como ha precisado el Profesor Rodríguez Bereijo. De allí, la importante consecuencia señalada por el mismo profesor respecto a la incorporación de los principios tributarios a la Constitución, que por el rango de las normas y “la regulación por el texto constitucional de la atribución de potestades y competencias en materia tributaria constituye la más alta expresión del sometimiento del poder financiero al imperio de la ley, característico del Estado de Derecho e instrumento de garantía y de control, tanto jurídico como político, por los ciudadanos del manejo de la Hacienda Pública”.

Aun cuando nosotros en las últimas Constituciones eliminamos el deber de contribuir para el sostenimiento de los gastos públicos en forma expresa, todavía persiste la configuración constitucional de un mandato a los ciudadanos que deben hacerlo conforme a su capacidad económica que es lo que se quiso, al mencionar la ‘relación equitativa’ en el Art. 131 N° 6°. Ahora bien, el carácter normativo de la Constitución y el carácter vinculante de todas las normas en ella contenidas, al mismo tiempo que establecen la obligación de pago para los ciudadanos, tiene vinculaciones específicas para el legislador y los órganos de la Administración tributaria en el sentido de quedar sujetos a límites materiales y formales que tienen el propósito de otorgar la debida protección y garantía de los derechos fundamentales conforme a los principios constitucionales.

Nuestros preceptos constitucionales que norman el principio de legalidad tributaria se limitan a ordenar que la determinación de los tributos sea en “relación equitativa” a diferencia de otros ordenamientos constitucionales que regulan en forma expresa, de manera más amplia y específica los principios materiales o de justicia de la imposición como es el caso de España y otros que establecen específicamente la progresividad, por ejemplo. Por otra parte, la función extrafiscal del sistema tributario no aparece explícitamente reconocida en la Constitución porque los preceptos correspondientes nuestros vienen desde el siglo pasado pues los cambios de 1950 al principio de legalidad tributaria, al leer las actas de la Comisión respectiva, se percibe que no se profundizó en los aspectos importantes, pero lo cierto es que pueden derivarse directamente de preceptos constitucionales, esos fines que tratan de instrumentar los propósitos de “un Estado que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y el bien común”, como manda el Art. 101, el Art. 102 y el Art. 246 para citar sólo tres ejemplos claros y evidentes.

Nosotros entendemos “la relación equitativa” del numeral 6° del Art. 131 constitucional como el reconocimiento del principio de capacidad contributiva que por una parte, es el fundamento mismo de la obligación de contribuir por lo que es el elemento indisoluble de la tipificación legal que legitima constitucionalmente el tributo; es decir, éste debe pagarse porque se tiene capacidad económica para soportar el gravamen tributario.

En este sentido como bien dice el Profesor Rodríguez Bereijo, la capacidad económica es la aptitud para contribuir. Siguiendo al mismo autor español decimos, que por otra parte, la capacidad económica es la medida, razón o proporción de cada contribución individual. Es decir, se debe, según la capacidad que se tiene, que se refleja en el hecho imponible y en la cuantificación del tributo. Sólo así tendremos un sistema tributario justo como manda la Constitución.

Nuestra “relación equitativa” que es el presupuesto de un sistema tributario justo no puede separarse de dos principios fundamentales en materia tributaria: la progresividad y la igualdad, entendiendo esta última en su sentido propio o sea, tratamiento igual de los iguales, que significa una cierta desigualdad cualitativa, porque debemos entender la igualdad no en sentido meramente formal sino material<sup>189</sup>.

Considerarnos innecesario abundar más sobre el requisito necesario de un sistema tributario justo ordenado por la Constitución que únicamente puede lograrse como una derivación del principio de capacidad de pago que se traduce concretamente por medio de la progresividad en la redistribución de la carga tributaria. De este modo, como lo dijo Wicksell hace bastante tiempo: “La justicia tributaria presupone siempre implícitamente la justicia distributiva de los patrimonios y de las rentas”.

Es con el trasfondo de esos conceptos fundamentales del Derecho tributario constitucional que examinamos a continuación las principales características de algunos aspectos de la reforma tributaria iniciada en 1990. Antes, queremos recordar que es rasgo característico del Estado constitucional de hoy, la constitucionalización de los derechos fundamentales juntamente con la ampliación de sus contenidos, así como los sistemas de tutela que procuran su plena vigencia.

En el campo tributario los derechos fundamentales tienen una particular relevancia en cuanto son límites constitucionales al ejercicio del poder tributario que junto con otros derechos y garantías configuran un sistema de protección del contribuyente.

Es por ello que podemos afirmar con toda propiedad que la cuestión de la determinación de los tributos o sea de las contribuciones, para emplear la añeja denominación de nuestras Constituciones del siglo XIX, todavía en uso, es esencialmente, un problema de derechos fundamentales, en la medida que el legislador secundario al decretar los tributos debe respetar el texto constitucional y no exceder los límites que caracterizan el contenido esencial del derecho fundamental, que en el caso de los tributos se trata simplemente de que sean justos por lo que deben ser establecidos necesariamente en relación equitativa.

---

189 Esto es, dice una referencia que agrega el Profesor Rodríguez Bereijo en su trabajo citado: “íntimamente enlazada con el concepto de capacidad económica, la progresividad global del sistema tributario y la redistribución de la renta” aclarando, en cuanto principios expresivos de la justicia predicables “del sistema tributario en su conjunto”. (Op. cit. p. 40).

Y, es que los términos del mandato constitucional que atribuye la potestad de establecer los tributos o sea, autoriza a la Asamblea Legislativa para decretar impuestos, tasas y otras contribuciones (Art. 131 N° 6°), no habilita para establecer cualquier sistema tributario y ésto, porque el régimen jurídico aplicable a los tributos es una cuestión jurídico - constitucional que ha reforzado y fortalecido las garantías de la posición jurídica que los ciudadanos tienen frente a la potestad de imposición del Estado. En esa perspectiva deseamos concluir nuestro estudio sobre los derechos fundamentales refiriéndonos específicamente en seguida, a los límites de la facultad de imposición vulnerados por las recientes experiencias reformistas en nuestro país.

Antes, debemos incursionar en nuestra jurisprudencia constitucional respecto a la calificación de relación equitativa del Art. 131 N° 6 a que nos referimos. En los dos procesos de inconstitucionalidad contra la “Ley de impuesto para la defensa de la soberanía nacional” se menciona la expresión y, en uno de ellos se dice: “ la equidad debe ser norma de obligatorio cumplimiento en todos los casos en que la Asamblea decreta impuesto.....”. En el otro proceso se dijo: “Equidad en materia tributaria se refiere a la justicia impositiva, es decir aquella basada en la igualdad y la proporcionalidad que consulta la capacidad de pago del contribuyente”.

La Sala de lo Constitucional no sólo aceptó los conceptos anteriores literalmente sino que los refuerza al decir: “En su sentido moderno el principio de equidad o justicia de los impuestos consiste en síntesis en que deben de ser decretados en relación o proporción de la capacidad contributiva de los obligados, o sea fundamentalmente en relación a sus rentas o patrimonio,.....”. Con luyendo a continuación: “Por lo expuesto es indudable que una ley que dé un impuesto sin tomar en cuenta tales principios sería inconstitucional por no cumplir con lo exigido por el citado Art. 131 ordinal 6 de nuestra Ley Fundamental”. La resolución fue declarando inconstitucional la ley cuestionada, fallo con el que nunca estuvimos de acuerdo igual como el caso de Incafé los que esperamos comentar alguna vez<sup>190</sup>

Uno de los aspectos probablemente más interesantes en el esquema neoliberal de reajuste de nuestras economías ahora prevaleciente, es sin duda el campo tributario, sobre el cual presentamos algunas reflexiones muy personales en el caso de El Salvador. Un artículo recientemente publicado nos ha facilitado nuestras observaciones pues nos quedó la impresión de que su autor participó en las reformas y en

---

190 Publicada en Sentencias separata de la Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia: San Salvador. Mayo 1989. p. 55 y stes. y en D.O. N° 44 T. 294 de 5 de marzo de 1987. La sentencia citada tiene cosas interesantes como una referencia a la jurisprudencia mexicana que sostiene: “La Ley Fiscal es de aplicación Restrictiva.....” Esas reglas específicas de interpretación (“indubio contra Fiscum”) son resabios de cuando el impuesto se consideraba una institución “odiosa” en la antigua Grecia y en la Roma de Modestino cuyo famoso pasaje inspiró el principio transcrito. Sólo recordamos que en 1933 Vanoni en su clásica *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie* cuestionaba esa interpretación. Y es que como dice D. Fernando Pérez Royo “la caracterización del tributo como una institución ‘odiosa’ o restrictiva se encuentra absolutamente desacreditada “ (“Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-Leyes en materia tributaria” en REDC N° 13 Enero-Abril. 1985 p. 41 y stes.

consecuencia, es probablemente algo así como una historia fidedigna de las justificaciones del establecimiento de algunas reformas recientes. La reforma tributaria de los últimos años básicamente se refirió: 1) al impuesto sobre la renta disminuyendo substancialmente sus alícuotas; 2) a los gravámenes sobre el patrimonio, las sucesiones y las donaciones que fueron suprimidos; 3) a los impuestos a la importación, en el artículo llamado “impuestos comerciales” (?), que han venido siendo reducidos significativamente en los últimos cuatro años y a la fecha, la tasa máxima de 20% será disminuida aun más, parece que al 7% y después, desaparecerá totalmente para “modernizarnos” y entrar de lleno a la globalización y de este modo supuestamente “mejorar” el balance comercial negativo actual con el riesgo, si las cosas siguen igual como en los últimos cuatro años, de alcanzar la meta de pasar los mil millones de dólares que no tiene importancia gracias al “hermano lejano”; además, es previsible un aumento en el consumismo que explica en parte las bajas tasas de ahorro, y 4) establecer un “moderno” gravamen sobre el consumo o sea, el impuesto al valor agregado copia del chileno para dar un poco de una “saludable” y, además estar a la moda, regresividad del sistema, en armonía con las otras reformas, por ejemplo, la reducción del gasto público y los aumentos de tarifas consecuencia obligada de la privatización<sup>191</sup>

Lo que nos interesa destacar es que en ese artículo que citamos se hacen afirmaciones realmente difíciles de creer, explicables únicamente por los conocimientos de su autor o porque se piense que los salvadoreños creemos todo lo que nos dicen o por lo que sea, pero en todo caso tenemos serias dudas respecto a la veracidad de la afirmación de que las medidas adoptadas en 1990 “con el objeto de mejorar la equidad en la incidencia tributaria”, hayan en realidad tenido ese propósito a menos que nosotros, seguramente desfasados, desconocemos las modernas definiciones de equidad en las cuales probablemente bajar las tasas marginales más altas del impuesto sobre la renta aplicable a los contribuyentes de más altos ingresos, suprimir todos los impuestos a la importación, sobre el patrimonio, las sucesiones y las donaciones, es “equitativo”, vocablo que nosotros todavía creemos es equivalente a “justo” pues todavía no nos parece justo que paguen más los que menos tienen o no tienen. Podría pensarse que la relación todavía sea equitativa (al menos para los asesores y los diputados parece que así es), pero lo que en modo alguno puede decirse es que la reforma sea “con el objeto de mejorar la incidencia (?) tributaria”, (el signo de interrogación es nuestro)<sup>192</sup>

---

191 El artículo a que nos referimos titulado “Reforma tributaria amplia en El Salvador” cuyo autor es un funcionario de una Agencia del Gobierno de Estados Unidos, fue publicado en Realidad económico-social. UCA: San Salvador N° 36 Nov.Dic. 1993 p. 711 y stes. Respecto a la versación del autor en materia tributaria no creo debamos considerarla en atención a su empleo de los vocablos y denominaciones técnicas en castellano (“el tramo de impuestos por cero”, por ejemplo), más bien esa curiosa terminología es probablemente explicable, queremos creer, por su conocimiento del castellano que se percibe fácilmente, sin mucho esfuerzo, al leer dicha publicación.

192 Respecto a algunos de nuestros puntos de vista sobre el IVA importado “from Chile”, véase nuestro trabajo “El Estado como sujeto pasivo de obligaciones tributarias” en Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador N° 14. Septiembre 1993.

Inevitablemente, la interrogante obligada sería preguntarnos si las reformas “amplias” del neoliberalismo que estamos presenciando (algo que parece necesario debe ocurrir inexorablemente porque así ha sido decidido en otra parte), significa, nos preguntamos, y ahora es lo único que nos interesa, si es el fin del principio de la redistribución en el campo tributario, que como con abundantes razones señalamos es función de nuestro sistema financiero, constitucionalmente. Es necesario considerar esa posibilidad que comenzó a ocurrir en El Salvador desde hace cuatro años, cuando todavía era, y aun es, obligación de la Asamblea Legislativa decretar las contribuciones “en relación equitativa” conforme al Art. 131 N° 6° constitucional y, además, es necesario reiterar que “los principios, derechos y obligaciones” establecidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio” según manda el Art. 246 de la Constitución de 1983 (Art. 221 de 1950), y, también dispone que la Constitución prevalece sobre todas las leyes y reglamentos y, probablemente, sólo al autor del artículo citado en la nota anterior y probablemente sus compañeros que le hicieron “valiosas aportaciones”, se les puede ocurrir que con las “enmiendas” (término empleado por el mismo autor) a la Ley de Impuesto sobre la Renta, el gravamen mejoró el cumplimiento del mandato de quedar establecido “en relación equitativa”.

La justificación técnica de la tributación progresiva en general y sobre la renta en particular, es que la determinación del monto del Impuesto se hace de acuerdo a la capacidad de pago como indicamos antes, que ha sido un principio característico de la tendencia predominante generalmente aceptada desde la primera guerra mundial cuando se introdujo la progresividad en la tributación sobre la renta en muchos países, incluso el nuestro que establece el impuesto sobre la renta con una progresividad muy moderada en 1915, que como vimos reconoce y acepta nuestra Sala de lo Constitucional. En Estados Unidos esa progresividad llega en 1944 a establecer un 94% como la tasa marginal más alta, y en Gran Bretaña a su vez, en 1941, alcanza el 97.5%.

Este período, de la segunda guerra mundial y la posguerra coincide con una mayor intervención estatal y, son los años de mayor aceptación del Keynesianismo, (aun cuando la progresividad venía desde antes como señalamos), que culmina en la época de la segunda posguerra cuando se recoge en la gran mayoría de las Constituciones la idea del Estado social y democrático de Derecho como ocurrió en 1950 en El Salvador. Entre nosotros (en Iberoamérica), las reformas toman impulso en materia tributaria con los vientos frescos y promisorios de la Alianza para el Progreso al comienzo de la década de los 60 que terminan en Dallas un 22 de noviembre. Después, los efectos redistributivos se diluyen con la concesión generalizada de beneficios y exenciones fiscales para estimular la producción, que contrarrestan los efectos redis-

tributivos anteriores, de los sistemas impositivos.<sup>193</sup> La tercera etapa que comienza en los ochentas y culmina al aceptarse bastante obligadamente en forma general, al menos para los que pertenecemos al tercer mundo, está determinada básicamente, por la creencia de que la idea de justicia social estaba abrumadoramente siendo sustituida por el propósito de desarrollo económico. En buena medida determinado lo anterior, cuando el crecimiento se convierte en una cuestión fundamental de la competitividad internacional derivada de la creciente interpretación entre sí de las diferentes economías en las actividades industriales así como por el aumento en los movimientos internacionales de capital.

Es importante precisar que en realidad, la redistribución del ingreso y la riqueza se consideraba posible alcanzar por medio de la combinación de los efectos de un sistema tributario progresivo y un presupuesto de gastos públicos con una acentuada orientación favorable a los gastos sociales.

Cuando el gasto público salvadoreño no reúne esa condición y además, ello agravado, por la disminución de los recursos públicos como consecuencia de supresión de impuestos, la disminución de las tasas y la permanente evasión de quienes más deben de pagar, a lo cual habría que agregar el objetivo, por otra parte bien intencionado de eliminar el déficit fiscal, todo lo cual, llevará a lo más que puede esperarse en tales condiciones o sea a mantener los niveles de los gastos sociales cuando el valor adquisitivo de la moneda ha disminuido significativamente y las necesidades básicas de la población que satisfacen los gastos sociales han aumentado considerablemente. En estas condiciones desconocemos, los que por suerte somos de otra generación, como puede justificarse aumentar la regresividad del sistema impositivo y desconocer o ignorar, que ello podría generar problemas sociales graves.

Las consideraciones anteriores sobre el objetivo de la redistribución de un sistema tributario para lograr una mayor equidad en la asignación de las cargas tributarias y, en consecuencia, tratar de alcanzar una distribución más justa de los ingresos y la riqueza, complementada por las políticas del gasto público con el mismo propósito, constituye un problema íntimamente relacionado con las cuestiones que plantea el sistema constitucional de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho, que es el tema central de este trabajo.

La “relación equitativa” del Art. 131 N° 6° mencionado, necesariamente debe interpretarse en el contexto de los valores y principios orientadores de nuestro régimen constitucional como la justicia y el bien común del Art. 1. que además obliga al

---

193 Un interesante trabajo reciente que explora las implicaciones respecto a los aspectos redistributivos del sistema tributario haciendo una interesante relación de su evolución histórica y las causas de las tendencias actuales es Sven Steinmo, *The end of redistribution* “Internacional pressures and domestic policy choices” en *Challenge* November-Dicember 1994 p. 9 y stes.

Estado a asegurar la “justicia social” y, que está muy lejos de ser una realidad con un aumento de la regresividad del sistema tributario y menos con otras derivaciones del sistema neoliberal como las altas tasas de interés que contradicen el mandato del Art. 101 de que “el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social.” o que la libertad económica está garantizada en lo que no se oponga al interés social” conforme al Art. 101 también constitucional o que “el interés público tiene primacía sobre el interés privado” conforme al Art. 246 (C.S. 1983)<sup>194</sup>.

En relación a lo anterior, no debemos olvidar que entre los objetivos fundamentales del estudio del Derecho Constitucional probablemente el más importante consiste en la identificación de los principios (materiales e interpretativos) que caracterizan la norma fundamental, ya que en la medida que se acepte, como nosotros creemos, que de la norma fundamental depende la comprensión apropiada del ordenamiento jurídico en su totalidad, es una consecuencia obligada a la trascendencia e importancia de las normas, valores y principios constitucionales.

En suma, la globalización de la economía, la urgencia de la eficiencia para el crecimiento explican ese movimiento de reforma tributaria internacional que relega a un plano secundario la cuestión de la redistribución como lo prueba la “reforma amplia” descrita propagandísticamente en el artículo de Realidad económico-social citado antes. Pareciera que el panorama en un futuro inmediato no permite creer en la posibilidad de una saludable reorientación y sólo nos queda esperar las consecuencias del agravamiento del problema de la pobreza y lo que señalamos en otras oportunidades, la previsible consecuencia de lo que ocurre en una democracia verdadera y pluralista es, que inevitablemente el pueblo, rechazará, tarde o temprano, lo que sea en su perjuicio y en el de la generalidad. Sólo hay un pero, pues como se ha dicho: “..... el movimiento internacional de reforma tributaria sugiere una consecuencia más general de la globalización de la economía mundial - la declinación de la autonomía de los estados democráticos” y además: “Por el temor a la fuga de capital de sus países (y al mismo tiempo deseando atraer capital a sus países), los gobiernos se han visto forzados a rediseñar sus sistemas tributarios - ignorando significativamente las preferencias y los deseos de la mayoría de los ciudadanos”<sup>195</sup>

En un trabajo nuestro en preparación consignamos una cita que mueve a reflexionar sobre las implicaciones de las recientes políticas económicas en relación al orden constitucional; deseamos concretar, que independientemente de su trascendencia jurídica por tratarse de la norma suprema que justifica el resto del ordenamiento jurídico, la Constitución decíamos en esa cita, “es ante todo y sobre todo, la expresión de una manera de entender al mundo, la vida y el hombre”. En este orden de ideas, la orientación de la Constitución de 1950 es todavía el núcleo fundamental

---

194 Estamos conscientes que esos preceptos ya los citamos (dos veces), pero tal vez así los asesores foráneos descubren que hay disposiciones constitucionales que deberían conocer. Mis disculpas a los salvadoreños que las conocen

195 Sven Steinmo, “The end of redistribution” cit. p. 10 (Traducción nuestra. El último subrayado es mío).

de la Constitución de 1983 y sus reformas, excepto que cambiará en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y a la reversión de instalaciones de los artículos 110 y 120 constitucionales; pues bien, consecuencia de esa orientación que allí está todavía, es que algunas reformas recientes son una clara contradicción a la Constitución, al vulnerar el principio de redistribución haciendo regresivo el sistema tributario con las reformas que “desmejoran” la equidad y, que como señalamos, se ha hecho ante la indiferencia de todos en los últimos cuatro años, incluso hasta de los que se alzaron en armas diciendo que lo hacían por algo parecido.

Como lo hemos precisado en otras oportunidades, el problema de si se ajustan a la Constitución las leyes que de algún modo comportan procesos regresivos ha sido objeto de estudio y particular atención por un jurista destacado como es el ex-presidente del Tribunal Constitucional italiano y también ex-ministro de Justicia, que plantea la interrogante siguiente: ¿Puede ser constitucionalmente correcto obstaculizar la intervención pública del Estado, y, en su caso, obstaculizar cuales de entre las formas de intervención pública?”. Si bien es cierto que la compleja materia de la limitación de los recursos financieros disponibles por el Estado plantea problemas difíciles de resolver pero que obviamente entran en el campo de la discrecionalidad del legislador por lo que bien poco cabe esperar del Tribunal Constitucional como dice un distinguido iuspublicista italiano, sin embargo concluye señalando, que si cabría “someter a enjuiciamiento o revisión una decisión legislativa que no se ajustara a una graduación racional de las necesidades enseñarles de la colectividad”<sup>196</sup>

Finalmente, dos últimas reflexiones. El control jurisdiccional es un instrumento valioso que asegura la vigencia efectiva de la Constitución y garantiza la supremacía de ésta como es propio en la gran mayoría de los Estados de Derecho contemporáneos. Los derechos fundamentales o constitucionales en general, constituyen otro elemento imprescindible del Estado de Derecho y su efectivo cumplimiento está confiado a la justicia constitucional que es el genial invento de Kelsen recogido en la Constitución austriaca de 1920, cuya característica principal es que se trata de un control jurídico opuesto a un control político como quería Schmitt<sup>197</sup> La garantía jurisdiccional de la Constitución arranca al considerar a ésta como la norma que regula la elaboración de las leyes y, como base indispensable de todo el ordenamiento jurídico, es necesi-

---

196 Francisco P. Bonifacio, “constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica” en Antonio López Pina, editor. División de poderes e interpretación Tecnos: Madrid. 1987 pp. 80-81.

197 Para la posición de este último véase su Teoría de la Constitución cit. y respecto a Kelsen su Teoría General del Estado cit. y su excelente estudio de 1928 en que se refiere a planteamientos de Schmitt, titulado “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” incluido en Escritos sobre la democracia y el socialismo Colección Universitaria. Editorial Debate: Madrid 1988 pp 109-155. Respecto a las características de la justicia constitucional en distintos países véase Justicia Constitucional Comparada Universidad Nacional Autónoma de México: México. 1993. que incluye el trabajo “Jurisdicción constitucional en El Salvador” del Doctor José Enrique Silva. (pp. 157-166) y también Contribuciones (CIEDLA. B. Aires) 2/1994.

rio asegurarle estabilidad por su misma diferencia con la forma legal ordinaria. La Constitución en su sentido amplio no olvidemos, que no sólo contiene reglas sobre los órganos del Estado y el procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos. En otras palabras como dice Kelsen “la Constitución traza principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras”. Esto significa que las leyes, no solamente deberán ser elaboradas en la forma que la Constitución prescribe, sino también no podrán contener ninguna disposición contraria a los derechos fundamentales.

Cuando Kelsen planteaba la justicia constitucional la objeción principal consistía que el órgano responsable de ese control constitucional era incompatible con la soberanía del Parlamento; independiente que no puede hablarse, se viene abajo, decía el Maestro vienes, cuando la Constitución regula el procedimiento legislativo de la misma forma que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y de las autoridades administrativas, que la legislación está subordinada a la constitución exactamente igual que la justicia y la administración lo están a la legislación y que, por consiguiente, el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, tanto teórica como técnicamente, absolutamente idéntico al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración”..

De allí concluye categóricamente: “Si, frente a estas consideraciones, se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, ello se hace simplemente para disimular el deseo del poder político que se expresa en el órgano legislativo de no dejarse limitar - en contradicción patente con el Derecho positivo - por las normas de la Constitución”<sup>198</sup>

Las consideraciones anteriores y otras que haremos respecto a la justicia constitucional hemos creído necesario hacerlas cuando recordamos lo que decía ese distinguido representante del Derecho Público contemporáneo el Profesor Eduardo García de Enterría, cuando caracteriza la importancia del control jurisdiccional, que es un factor determinante de la vigencia efectiva de las normas constitucionales y específicamente para este trabajo, de los derechos fundamentales. Decía el Profesor García de Enterría en su conocido estudio *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* refiriéndose a dicho control: “Su introducción supone una innovación profunda y radical en nuestro sistema jurídico, una innovación como pocas ha conocido tan importantes nuestra historia del Derecho simplemente dicho, como todo cambio de ese carácter y de esa intensidad, va a generar, indudablemente, riesgos

---

198 Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional.....* cit. p. 129. La verdad es que la contribución de Kelsen reside en la limitación del soberano por una potestad superior y, lo que es más importante por una autoridad distinta del legislador democráticamente legitimado. Dicho de otro modo: “Si todos los poderes del Estado emanan del pueblo éste es soberano... Cuando quiera que se establece un control constitucional del legislador, sufre transformación la condición soberana del pueblo. Pero en el supuesto de que se apoye en la Constitución el control constitucional del legislador no está la soberanía del legislador sometida a la reserva del Tribunal Constitucional sino a la propia Constitución”. Ernesto G. Maherenholz. “Constitución y Ley. Acerca de la relación entre poder judicial y poder político” en Antonio López Pina. *División de Poderes e Interpretación* cit. p. 69.

y riesgos considerables”, y agregando que es lo que nos interesa respecto a los Tribunales Constitucionales: “La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero”. Nos recuerda el Profesor español que toda la polémica sobre la justicia constitucional es sobre dos cuestiones: “la tensión entre política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial”. Respecto a la segunda cuestión se plantea la interrogante siguiente: ¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión.....? Estos problemas sobre los que el mismo Profesor dice acertadamente que “constituyen desaños dialécticos nada vulgares”, es lo que a nosotros nos preocupa al resolver procesos constitucionales sobre los derechos fundamentales, cuestión a que nos referimos adelante. Sólo pensamos en los casos de Incafé y el impuesto para la defensa de la soberanía.

La argumentación Kelseniana que era revolucionaria en la década de los veinte ahora se acepta pacíficamente con mayor razón cuando la soberanía y las atribuciones así como las competencias están normadas generalmente en los términos de nuestros Artículos 73 y 76 constitucionales. El otro argumento en contra que señalaba Kelsen partía del principio de la separación de poderes y la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del órgano legislativo. Kelsen rebate esta argumentación con su habitual claridad dentro del sistema que él formuló para Austria pero lo esencial de su argumentación consiste en distinguir la anulación de una ley que es esencialmente aplicación de las normas de la Constitución. Dice Kelsen: “Está ausente casi por completo aquí la libre creación que caracteriza a la legislación”. Agregando a continuación: “Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar - y tan solo por medio de principios o directrices generales -, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución”<sup>199</sup>

La relación anterior tiene únicamente el propósito de recordar o más bien destacar que desde sus orígenes el control de la constitucionalidad es control jurisdiccional, es control jurídico, distinto del control político. De allí el carácter “subjetivo” de este último y el carácter “objetivado” del control jurídico lo cual consiste, que “este carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio el carácter ‘subjetivo’ del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible”<sup>200</sup>

199 Ibid p. 131. Recordemos que Kelsen escribía en 1928 cuando habla de “forma excepcional”.

200 Manuel Aragón, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional” cit. p. 101 y stes.

Consecuencia de lo anterior, dice el Profesor Aragón, es que “el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de oportunidad)”. Otra diferencia señalada por el mismo profesor es el carácter “necesario” del control jurídico frente al “voluntario” del control político. Es “necesario” no sólo en cuanto debe ejercerse cuando sea solicitado, sino también si el resultado del control es negativo deberá emitirse la necesaria sanción, es decir, la consecuencia jurídica de anulación o inaplicación del acto o la norma controlada. En cambio el control político es voluntario porque el órgano controlante es libre para ejercer o no el control y, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica el establecimiento de una sanción. El control jurídico es realizado por “órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender cuestiones de

Derecho”, como dice el Profesor Aragón: “en esencia los órganos judiciales”<sup>201</sup>.

Los planteamientos anteriores que nos ayudan a caracterizar la naturaleza propia de la justicia constitucional como un control jurídico, consideramos, es de la mayor importancia y además un importante factor, determinante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en los términos que la Constitución los ha reconocido. Lo que nos preocupa y es la primera reflexión a la que queríamos referirnos, es que la interpretación constitucional de los derechos fundamentales para los propósitos de verificar la constitucionalidad de las leyes, deberá ser en todo caso un control jurídico totalmente ajeno a consideración de otra naturaleza como sucede en el caso del control político, cuyas características contaminarían la justicia constitucional en forma peligrosa que fácilmente puede malograr o distorsionar las elevadas funciones que le fueron asignadas con su creación. En la medida que esto último ocurra corremos el riesgo de que la voluntad del constituyente al formular un derecho fundamental no será respetada<sup>202</sup>

Por otra parte, el Profesor Rodríguez Bereijo nos recuerda que se está poniendo a prueba la capacidad de la Constitución y del Derecho constitucional y, como observa Konrad Hesse, con el riesgo de que se rebase su capacidad por la “inflación de

---

201 Ibid. pp. 101 y 102.

202 Esto es más importante entre nosotros, en la época actual, desde dos puntos de vista opuestos: Uno positivo, es el empleo más generalizado de la justicia constitucional en la última década, atribuible a una mayor operatividad del sistema democrático pluralista, así como una mejoría en la efectividad del principio de separación de poderes, a lo que debe agregarse los amplios términos de la normación de los procesos constitucionales, por ejemplo, en lo referente a la legitimación del demandante cuando puede iniciarlo cualquier persona y además por tiempo indefinido etc. Por otra parte, la experiencia de los acuerdos de paz introdujo en nuestro sistema la negociación y el consenso como procedimientos generalizados que pueden llevar por urgencias políticas a negociar cuestiones fundamentales de nuestra Carta Magna, o pueden ser determinantes de que la interpretación constitucional en el caso de los procesos deje de ser un verdadero control jurídico y se desnaturalice al verse afectado por compromisos y negociaciones políticas. Estrechamente vinculado a estos riesgos son los procedimientos de elección de los funcionarios a quienes corresponde la jurisdicción constitucional que en un período como el actual podrían ser electos como resultado de negociaciones y compromisos partidarios con el riesgo eventual de que sus actuaciones y decisiones futuras resulten afectadas por esos compromisos.

los derechos fundamentales” como la llama el Profesor alemán, cuando dice que “no es admisible que cada problema jurídico se convierta en un problema de derechos fundamentales, con independencia ya de que por esta vía no habrá nada sobre lo que el Tribunal Constitucional no estuviere llamado a decidir”<sup>203</sup>

Continúa el Profesor A. Rodríguez Bereijo que: “Parafraseando a Konrad Hesse, podría decirse que el Derecho constitucional no puede ayudar a resolver mejor los problemas del Derecho (y en nuestro caso, del Derecho Tributario), ‘a base de incorporarle por las buenas los derechos fundamentales’ o de ampliar sin límites su contenido por la vía expansiva que se ha dado al recurso de amparo”.

Aun cuando estamos muy lejos de una “inflación de los derechos fundamentales” nuestra segunda reflexión es que en un período que parece haber aumentado o haberse ganado confianza en la justicia constitucional, como puede inferirse del aumento en el número de procesos y al parecer más que todo, además, por referirse a nuevas áreas en el campo social o los derechos fundamentales, en este período pensamos, debemos estar atentos al previsible conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos, singularmente el deber de contribuir y los derechos fundamentales lo cual, como sugiere A. Rodríguez Bereijo, “ha de resolverse mediante una adecuada ponderación, sin que, en cada caso, la prevalencia de uno vacía de contenido al otro”. Nos encontramos en consecuencia, ante un problema típico de interpretación que debe favorecer la efectiva vigencia de los derechos fundamentales cuando no están en juego otros valores protegidos constitucionalmente, lo que nos lleva al problema a que nos hemos referido antes respecto a lo esencial de los derechos fundamentales o sea, básicamente el problema de sus límites que en el caso de la capacidad económica que es el principio tributario en que estamos interesados ahora y sus alcances que son determinantes de los límites mencionados, lo cual se percibe claramente en una sentencia del Tribunal Constitucional español cuando establece: “Capacidad económica, a efectos de justicia en materia de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una existencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra” (STC 27/1981, F.J. 4º). El Profesor Rodríguez Bereijo penetra claramente el significado de la expresión cuando dice: “La función del principio de capacidad contributiva como medida o proporción de la realización por cada uno del deber de contribuir a los gastos públicos (y, por ende, como límite para el legislador en la configuración de los tributos) obliga al establecimiento de los tributos tomando como presupuesto de hecho del mismo circunstancias que sean indicativas o reveladoras, directa o indirectamente, de capacidad económica”<sup>204</sup>.

---

203 La observación del Profesor de Friburgo la hizo en una conversación con el Profesor Pedro Cruz Villalón que aparece en el Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia. A. Rodríguez Bereijo, Op. cit. pag. 63, quien señala que en parecido sentido se orientan las reflexiones de Lorenzo Martín Retortillo en su trabajo sobre la “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales” publicado en Estudios sobre la Constitución en homenaje al Profesor García de Enterría.

204 Alvaro Rodríguez Bereijo, El sistema tributario cit. p. 44. En el artículo que citamos antes se afirma que la reforma amplia tuvo como consecuencia que, --rara 1991. el sistema tributario salvadoreño había mejorado conside-

Sobre el sistema constitucional español ha dicho el Profesor J.L. Pérez de Ayala que “el principio de capacidad económica no integra o da contenido a un principio autónomo, sino que es la base común o el presupuesto lógico conceptual necesario sobre el que se han de apoyar todos los principios de justicia fiscal propiamente dichos: el de progresividad, el de igualdad y el de no confiscatoriedad impositivas, que a su vez articulan un sistema fiscal justo”<sup>205</sup> En nuestro texto constitucional la “relación equitativa” es la fórmula empleada para calificar la forma como deben obtenerse los recursos públicos por medio de los tributos o contribuciones a diferencia del Art. 31 de la Constitución española que señala como principios tributarios específicos la capacidad económica, la igualdad y la progresividad, lo que no hizo el constituyente alemán de 1949 por lo que la jurisprudencia y la doctrina tuvieron que deducirlos. Ahora bien, la “relación equitativa” de nuestro Art. 131 N° 6° debemos entenderla, lo señalamos antes, como inseparable de los principios de progresividad y de igualdad, siendo, que éstos, dan el verdadero sentido a los principios de capacidad económica, habilidad de pago o relación equitativa o sea, como dice Rodríguez Bereijo: “Los principios de igualdad y progresividad constituyen el núcleo duro que ‘inspira’ todo el sistema tributario justo” que el constituyente español estableció expresamente empleando esa expresión y que el nuestro engloba en la expresión “la relación equitativa” que comentamos<sup>206</sup>

---

blemente, tanto desde la perspectiva de reducción de ciertos aspectos regresivos del impuesto sobre la renta “ (ti. tente cit. p. 715). Nosotros nos preguntamos ¿se daba cumplimiento al mandato constitucional que determinó como justicia de la imposición la capacidad de contribuir cuando en 1989 la tasa marginal más alta del 60% aplicable a una renta imponible superior a 250.000 (doscientos cincuenta mil colones) se disminuiría al 50% y, en diciembre de 1991 la nueva ley la disminuye hasta el 30% pero nunca puede exceder la tasa efectiva del 25%? ¿será equitativo que muchos bienes suntuarios que pagaban impuestos de importación de hasta 200% ad valorem se disminuyan a un 20% y en un futuro será de 0%? No diremos que eso sea injusto o inequitativo, solamente que no se cumple el mandato constitucional y punto.

205 J.L. Pérez de Ayala, “Las cargas públicas: principios constitucionales para su distribución” en Hacienda Pública Española N° 59 (1979) pp. 87 y stes.

206 Hacemos una pequeña digresión sobre el principio de igualdad porque pareciera haber un malentendido al interpretarlo, lo cual pensamos por algunos procesos constitucionales recientes. Lo esencial es, y lo debemos tener claro, que difícilmente podrá realizarse la igualdad en el reparto de la carga tributaria si la ley al determinar los elementos esenciales de la obligación tributaria trata de manera desigual a los sujetos en relación con presupuestos de hecho (indicativos de capacidad económica) sustancialmente idénticos. Una sentencia del Tribunal Constitucional español resume los alcances del principio de igualdad en los siguientes puntos “a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción al Art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”. El Art. 14 citado agregamos nosotros dice: “Los españoles son iguales ante la ley” es decir, básicamente nuestro Art. 3 que dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley....”. Continúa la sentencia así: b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional: c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.. (STC 76/1990. FJ 9º A v también STC 209/1\_988 FJ 6º) Rodríguez Bereijo nos aclara: “Pero

La verdad es, que en una revisión seria de nuestro principio de legalidad tributaria el texto constitucional debió reformarse hace tiempo incorporando expresamente el concepto de progresividad y haciendo referencia al establecimiento de un sistema tributario justo vinculado con una distribución del gasto público orientado en el mismo sentido y no empleando el anacrónico vocablo contribución.

Para retomar la cuestión de nuestro interés, dejamos constancia de que esta larga relación sobre los alcances de la expresión “en relación equitativa”, la hicimos con el propósito de sustentar nuestra creencia de que las reformas recientes al sistema tributario salvadoreño no se ajustan a los mandatos constitucionales que han pretendido orientar la configuración de nuestro sistema tributario como un régimen justo que necesariamente debe descansar en el principio de capacidad o habilidad de pago que no puede separarse de un bien entendido sentido de la igualdad y del principio de progresividad. En todo caso, lo que no se puede decir es que mejoran la equidad.

Y es que no puede mejorar el tratamiento impositivo o sea no puede ser más equitativo, cuando los pocos que tienen más y, que tendrán aún más, pagarán menos y los muchos que tienen menos, y que tendrán aún menos, deban pagar más una cuestión pendiente que es necesario aclarar. El principio de progresividad a que nos hemos referido, debemos entenderlo alternativamente sólo referido a aquellos gravámenes en particular como el de renta (ya no podemos pensar en los impuestos sobre el patrimonio, o de sucesiones o donaciones después de las reformas), o bien en relación a todo el sistema tributario en su conjunto. Nosotros pensamos, que habiéndose reducido las posibilidades a través de distintos impuestos específicos en particular, debernos concentrar nuestra atención tanto en la estructura del de renta en especial, como al sistema tributario en su totalidad para verificar la observación de la dirección determinada por la expresión “relación equitativa” constitucional, cuando además, el Impuesto al Valor Agregado no puede dar un aporte en la dirección indicada. Pareciera que la ley referida a solo un impuesto, sería inconstitucional según la opinión de nuestra Sala de lo Constitucional en la sentencia que citamos antes. Pareciera que la “reforma como la llamaron sus patrocinadores tal vez podrá, posiblemente, ser muy positiva para lograr la eficiencia económica pero contradice un principio básico de nuestro esquema de derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: el reparto equitativo de las cargas tributarias. Las reformas tal como se adoptaron definitivamente, hacen menos equitativo y menos justo, el sistema, o sea más inequitativo.

---

una vez satisfechas las exigencias de igualdad formal y no discriminación que impone el Artículo 14 CE (nuestro Art. 3), la propia norma constitucional obliga a atender los requerimientos de la igualdad real. Requerimientos que en el ámbito tributario, en que entra en juego de modo preferente la justicia distributiva en el reparto de las cargas públicas, obliga a un trato desigual ante la ley para realizar la igualdad material real y efectiva.. (Op. cit. pp 46-47). Es decir, como dijimos antes, contiene un mandato de desigualdad o de diferenciación (tratar de manera desigual a lo que realmente es desigual) para lograr precisamente la igualdad.

De propósito hemos querido ejemplificar nuestro desarrollo anterior sobre los Derechos fundamentales y la Constitución refiriéndonos a situaciones siempre de permanente actualidad como el derecho de propiedad privada y su característica fundamental limitativa, de la función social. De igual modo nos referimos a las reformas de los programas recientes de reajuste económico, en particular y más detalladamente, al campo tributario, en cuanto a su colisión con derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. Como lo hemos dicho antes, las limitaciones a los derechos fundamentales, son tan solo admisibles en la medida que otros derechos fundamentales lo demanden, y aun en este caso no podemos ignorar lo esencial concretado en la expresión de nuestra Ley de Leyes: “relación equitativa” y tampoco debemos olvidar que aun si hubiera conflicto con otros valores o principios constitucionales - y ese *no* es el caso - debemos tomar en consideración la relevancia del principio de la proporcionalidad como “límite de los límites”. Y es que definitivamente, esa posibilidad de conflicto *no* es precisamente el de las reformas recientes cuando no encontramos en ningún precepto constitucional la sustentación de principios neoliberales sino más bien lo contrario. Lo que más lamentamos de esas recientes reformas es que pareciera no quería verse algunos efectos y consecuencias cuando la trascendencia de sus importantes características desafortunadamente no percibidas o ignoradas de propósito, vulneran significativamente nuestro ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales, y a nadie parece interesarle<sup>207</sup>

---

207 Otro subproducto de los programas de ajuste, condicionante de los financiamientos de organismos internacionales, es el propósito de que las empresas públicas que proporcionan servicios de agua o comunicaciones por ejemplo, sean autofinanciables y, para ello, la solución es el aumento repetido y considerable de las tarifas de esos servicios. Ahora bien, el Art. 110 constitucional, en el caso de servicios públicos prestados por empresas privadas, establece que corresponde al Estado aprobar sus tarifas. Supongo que esa determinación de las tarifas debe tener el propósito de proteger los intereses sociales por el interés y utilidad públicos del servicio mismo. Ese propósito posiblemente en muchos casos sólo puede lograrse y seguramente en mayor grado, fijando tarifas inferiores a los precios privados pues de lo contrario el constituyente hubiera empleado el vocablo “precio” y si por otra parte, hubiera querido que el precio privado fuera el pago de los servicios no hacía falta encomendar al Estado su aprobación. Dadas las condiciones de monopolio en las que generalmente se proporcionan esos servicios la tarifa fijada es la única oportunidad de obtener el servicio pues la única otra alternativa es no tener el servicio; entonces, el pago de la tarifa pierde su carácter de voluntariedad y se convierte en una prestación obligatoria cuya naturaleza podría ser tributaria con lo que caería dentro de los alcances del principio de legalidad tributaria que como reserva de ley, su determinación es facultad privativa de la Asamblea Legislativa. (Véase nuestro trabajo sobre El principio de legalidad tributaria cit.).

En suma, en ese orden de ideas, cuando el ejercicio de la potestad tarifaria por las autoridades de las instituciones oficiales autónomas que prestan los servicios, tiene como consecuencia la fijación del monto de los pagos por dichos servicios en forma contraria a los intereses sociales que obviamente por ejemplo en el caso del objetivo de fomentar y facilitar el consumo de un servicio como del agua para su mayor generalización, la consecuencia necesaria es que se contradice ese objetivo o sea, no se da cumplimiento al mandato constitucional que aparece claramente en el Art. 110 aun después de la reforma reciente que por cierto, no se nos ocurre como calificar, sin emplear expresiones impropias. Respecto al señalamiento que recién hicimos en el sentido de que “las limitaciones a los derechos fundamentales, son tan solo admisibles en la medida que otros derechos fundamentales lo demanden” sin lugar a dudas, será materia de discusión las regulaciones del reciente Decreto N°252 (O.O. 3 de febrero de 1995) que establece disposiciones que limitan los derechos de los artículos 6 y 7 constitucionales por cierto interesantes, por no decir curiosas, como el Art. 1 que prohíbe cubrirse el rostro total o parcialmente, “con el objeto de no ser identificado” en las manifestaciones o concentraciones o el Art. 3 -cuando estalজেce que los participantes en manifestaciones o concentraciones “no podrán acercarse a los agentes de la Policía Nacional Civil hasta una distancia de tres metros”. Pero el primer precepto sólo se refiere a las manifestaciones “de carácter político o gremial” y la infracción al Art. 3 no tiene pena.

No se discute en nuestros planteamientos la relevancia política de las decisiones adoptadas desde 1990, no nos interesa el fondo político y tampoco hemos pretendido señalar que haya conflictos jurídicos sobre materias políticas. Nosotros tenemos bien claro el proceso de juridificación que el Estado de Derecho significa y sería motivo de satisfacción nuestra si llegara a pensarse que nuestro propósito, es un intento de someter la acción política de los órganos del Estado a la disciplina constitucional. Nada más.

Finalmente, no obstante toda la naturaleza jurídico-constitucional que ha sido nuestro propósito dar a este trabajo, queremos recordar al concluirlo, que probablemente tenía mucha razón Gunter Grass cuando en agosto del año pasado decía en la Complutense de Madrid, que las ideologías no han muerto y que mientras exista miseria habrá motivos para estar a la izquierda.

San Salvador, dos de mayo de 1995.

ANEXO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
DE LAS CONSTITUCIONES DE IBEROAMERICA

|    |            |                                      |                                      |              |
|----|------------|--------------------------------------|--------------------------------------|--------------|
| I  | ARGENTINA  | "PARTE PRIMERA"                      | DERECHO DE:                          |              |
|    |            | "Capítulo único"                     | Trabajar                             | Art. 14      |
|    |            | "Declaraciones, Derechos Garantías"  | Transitar                            |              |
|    |            | Arts. 14-20                          | Petición                             |              |
|    |            |                                      | publicar sus ideas de asociaciones   |              |
|    | BOLIVIA    | Arts. 14-20                          | Derechos laborales                   | Art. 14 bis  |
|    |            |                                      | Prohibición esclavitud               | Art. 15      |
|    |            |                                      | Derecho de propiedad                 | Art. 17      |
|    |            |                                      | Proceso debido(garantías procesales) | Art. 18      |
|    |            |                                      | DERECHO A:                           |              |
| II | 2 feb.1967 | "PARTE PRIMERA"                      | DIGNIDAD Y LIBERTAD                  | Art. 6 y 2o. |
|    |            | "La persona como miembro del Estado" | la vida, la salud, la seguridad      | Art. 7 a)    |
|    |            | "Título Primero"                     | emitir sus ideas                     | Art. 7 b)    |

\* Constitución original y años de sus reformas.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                               |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| reunirse y asociarse<br>trabajar y dedicarse al<br>comercio, industria y<br>cualquier actividad<br>recibir instrucción y ad-<br>quirir cultura<br>enseñar<br>ingresar, transitar, per-<br>manecer<br>formular peticiones<br>la propiedad<br>una remuneración justa<br>la seguridad social | Art. 7 c)<br><br>Art. 7 d)<br><br>Art. 7 e)<br>Art. 7 f)<br><br>Art. 7 g)<br>Art. 7 h)<br>Art. 7 i)<br>Art. 7 j)<br>Art. 7 k) |
| Proceso debido y garantías<br>procesales<br>Prohibición de tortura<br>Presunción inocencia y de-<br>recho de defensa<br>inviolabilidad de la corres-<br>pondencia<br>Inviolabilidad domicilio<br>Derecho de propiedad<br>Prohibición de confisca-<br>ción<br>legalidad tributaria         | Art. 9 y stes.<br>Art. 12<br><br>Art. 16<br><br>Art. 20<br>Art. 21<br>Art. 22<br><br>Art. 23<br>Art. 26                       |

"Título Segundo. Garantías de la Persona"

|        |                                                        |  |                          |
|--------|--------------------------------------------------------|--|--------------------------|
| III    | <u>"PARTE TERCERA, RÉGIMENES ESPECIALES"</u>           |  |                          |
|        | "Título Primero, Régimen Económico y Financiero"       |  |                          |
|        | "Título Segundo, Régimen Social"                       |  |                          |
|        | "Título Tercero, Régimen Agrario y Campesino"          |  |                          |
|        | "Título Cuarto, Régimen Cultural"                      |  |                          |
|        | "Título Quinto, Régimen Familiar"                      |  |                          |
|        | <u>TÍTULO II "DECLARACION DE DERECHOS"</u>             |  |                          |
|        | Capítulo II "Los Derechos Políticos"                   |  |                          |
|        | Capítulo IV "De los Derechos y garantías individuales" |  |                          |
|        | Título III "Orden Económico y Social"                  |  |                          |
| BRASIL | Título IV "La familia, la educación y la cultura"      |  |                          |
|        | Título II "Derechos y Garantías fundamentales"         |  |                          |
|        | Capítulo I "Los Derechos" (individuales y colectivos)  |  |                          |
|        | Capítulo II "Los derechos sociales"                    |  |                          |
|        | Capítulo IV "Los derechos políticos"                   |  |                          |
|        | 1 oct. 1969                                            |  |                          |
|        | 2 feb. 1972                                            |  |                          |
|        | 22 1982                                                |  |                          |
|        | Proyecto de 1986                                       |  |                          |
|        |                                                        |  |                          |
|        |                                                        |  | Arts. 132 a 155          |
|        |                                                        |  | Arts. 156 a 184          |
|        |                                                        |  | Arts. 185 a 176          |
|        |                                                        |  | Arts. 177 a 192          |
|        |                                                        |  | Arts. 193 a 199          |
|        |                                                        |  |                          |
|        |                                                        |  | Arts. 147 a 151          |
|        |                                                        |  |                          |
|        |                                                        |  | Arts. 152 (36 numerales) |
|        |                                                        |  | Arts. 160 a 174          |
|        |                                                        |  | Arts. 175 a 180          |
|        |                                                        |  |                          |
|        |                                                        |  | Arts. 60(60 numerales)   |
|        |                                                        |  | Art. 7 -13               |

IV

COLOMBIA:

1991

"Título VII ORDENAMIENTO ECONOMICO Y FINANCIERO"

"Capítulo I Interpretación del Estado en el  
régimen de propiedad del y de las  
actividades económicas"

Arts. 199 a 213

"Capítulo II Política Urbana"

Arts. 214 a 217

"Capítulo III Política Agrícola y  
Reforma Agraria"

Arts. 218 a 227

"TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTÍAS Y LOS  
DEBERES"

"Capítulo I. De los Derechos fundamentales"

DERECHO A/DE:

(Art. 11 al Art. 41)

la vida

Art. 11

Prohibición de torturas  
o desaparición forzada

Art. 12

Principio de igualdad

Art. 13

Libertad de conciencia

Art. 18

Libertad de cultos

Art. 19

La libre expresión del  
pensamiento

Art. 20

La honra

Art. 21

La paz

Art. 22

Petición

Art. 23

La libertad de circular  
y permanecer

Art. 24

Al trabajo

Art. 25

Libertad de enseñanza

Art. 27

|                                                                                   |                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------|
| el debido proceso                                                                 | Art. 29 y stes. |
| reunión                                                                           | Art. 27         |
| Asociación                                                                        | Art. 38         |
| participación política                                                            | Art. 40         |
| <u>DERECHO A/DE.</u>                                                              |                 |
| Protección familiar                                                               | Art. 42         |
| igualdad de la mujer                                                              | Art. 43         |
| fundamentales de los niños, adolescentes y personas de la tercera edad            | Arts. 44 a 46   |
| la seguridad social                                                               | Art. 48         |
| la salud                                                                          | Art. 49         |
| una vivienda digna                                                                | Art. 51         |
| estatuto del trabajo, formación profesional y de negociación colectiva, de huelga | Art. 53 y stes. |
| Propiedad                                                                         | Arts. 58 a 61   |
| la educación                                                                      | Art. 67         |
| la libertad de enseñanza                                                          | Art. 68         |
| autonomía universitaria                                                           | Art. 69         |
| actividad periodística                                                            | Art. 73         |

"Capítulo 2 De los Derechos Sociales, económicos y culturales"  
(Art. 42 al Art. 77)

|                                                                                               |                                                                    |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|----------|
| <u>"Capítulo 3 De los derechos colectivos y del ambiente"</u><br>(Art. 78 al Art. 82)         |                                                                    |          |
| <u>"Capítulo 4 De la protección y aplicación de los Derechos"</u><br>(Art. 83 al Art. 94)     | Control de calidad                                                 | Art. 78  |
|                                                                                               | Ambiente sano                                                      | Art. 79  |
|                                                                                               | Recursos naturales                                                 | Art. 80  |
|                                                                                               | Tienen aplicación inmediata: los Arts. 11 a 21, 23 a 34 y 37 a 40. | Art. 85  |
|                                                                                               | acción de tutela ante jueces (procedimiento preferente y sumario)  | Art. 86  |
|                                                                                               | Otros recursos                                                     | Art. 89  |
|                                                                                               | responsabilidad patrimonial del Estado                             | Art. 90  |
|                                                                                               | legalidad tributaria                                               | Art. 338 |
| <u>TITULO XII. "DEL REGIMEN ECONOMICO Y DE LA HACIENDA PUBLICA"</u><br>(Art. 332 al Art. 373) |                                                                    |          |
| <u>"Capítulo 1. De las disposiciones generales"</u>                                           | Art. 332 a 338                                                     |          |
|                                                                                               | Art. 339 a 344                                                     |          |
| <u>"Capítulo 2. De los planes de Desarrollo"</u>                                              |                                                                    |          |
| <u>"Capítulo 5. De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos"</u>            | Art. 365 a 370                                                     |          |
|                                                                                               | Art. 365 a 370                                                     |          |
| <u>"Capítulo 6. De la Banca Central"</u>                                                      |                                                                    |          |
|                                                                                               | Art. 317 a 373                                                     |          |

|   |                           |                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                          |
|---|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| V | COSTA RICA<br>7 nov. 1949 | La Constitución anterior de Colombia (de 1886 con reformas de 1947, otras modificaciones y reformas de 1981 y 1986) dedicaba el título III, "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales", Art. 16 al Art. 52. |                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                          |
|   |                           | "TITULO IV DERECHOS Y GARANTIAS INDIVIDUALES"<br>Capítulo Unico (Art. 20 a Art. 49)                                                                                                                             | DERECHO A/DE:<br>libertad<br>la vida<br>transito<br>la inviolabilidad domicilio<br>la inviolabilidad corres-<br>pondencia<br>asociación<br>reunión<br>petición<br>libertad de difusión<br>la igualdad<br>la protección judicial<br>la propiedad | Art. 20<br>Art. 21<br>Art. 22<br>Art.23<br><br>Art. 24<br>Art. 25<br>Art. 26<br>Art. 27<br>Art. 29<br>Art. 33<br>Art. 35 a 43<br>Art. 45 |
|   |                           | "TITULO V DERECHOS Y GARANTIAS SOCIALES"<br>Capítulo Unico (Art. 50 a Art. 74)                                                                                                                                  | Protección de la familia<br>al trabajo y derechos<br>laborales                                                                                                                                                                                  | Art. 51 a 55<br>Art. 56 a 73                                                                                                             |

|    |                       |                                                                                |           |                      |
|----|-----------------------|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|----------------------|
| VI | CUBA:<br>24 feb. 1976 | "TITULO VII. LA EDUCACION Y LA CULTURA"<br>Capítulo Único (Art. 76 a Art. 899) | Educación | Arts. 77, 78 y stes. |
|    |                       | "TITULO VIII. DERECHOS Y DEBERES POLITICOS"<br>(Art. 90 a Art. 98)             |           |                      |
|    |                       | "Capítulo III. Familia". Art. 34-37                                            |           |                      |
|    |                       | "Capítulo IV. Educación y Cultura". Art. 38-Art. 39 (1)                        |           |                      |
|    |                       | "Capítulo V. Igualdad". Art. 40 - Art. 43                                      |           |                      |
|    |                       | "Capítulo VI. Derechos, deberes y Garantías Fundamentales". Art. 44 - Art. 65  |           |                      |
|    |                       | DERECHO A/DE.                                                                  |           |                      |
|    |                       | el trabajo                                                                     |           | Art. 44 a 48         |
|    |                       | la salud                                                                       |           | Art. 49              |
|    |                       | la educación                                                                   |           | Art. 50 y 51         |
|    |                       | la libertad de palabra y prensa                                                |           | Art. 52 (29)         |
|    |                       | reunión y asociación                                                           |           | Art. 53              |
|    |                       | Inviolabilidad del domicilio                                                   |           | Art. 55              |
|    |                       | Inviolabilidad de la correspondencia                                           |           | Art. 56              |

El Art. 61 concreta los alcances de los Capítulos mencionados así: "Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible".

## VII

CHILE:

1980

"Capítulo III.  
De los derechos y deberes constitucionales"  
(Art. 19 con 26 numerates)DERECHO A/DE. PRINCI-  
PIO DE. LIBERTAD DE:

Art. 19

- |                                       |                 |
|---------------------------------------|-----------------|
| la vida e integridad física           | # 10.           |
| de igualdad                           | # 20.           |
| las garantías judiciales              | # 30.           |
| la inviolabilidad del hogar           | # 50.           |
| la libertad de conciencia             | # 60.           |
| la libertad y seguridad individual    | # 70. a)-i) (1) |
| medio ambiente libre de contaminación | # 80.           |
| la salud                              | # 90.           |

(1) Son interesantes algunos literales del Art. 38 que establece: "Art. 38... En su política educativa y cultural se atiene a los postulados siguientes: a) fundamenta su política educacional y cultural en la concepción científica del mundo, establecida y desarrollada por el marxismo-leninismo;...c) promover la formación comunista de las nuevas generaciones...;d) es libre la creación artística siempre que su contenido no sea contrario a la Revolución (Op. cit. Tomo I p. 371).

(2) "Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista" (Art. 52).

(3) Art. 19 La Constitución asegura a todas las personas...70. El Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual y a continuación vienen 9 literales (de a) a i) que garantizan a) el derecho a residir en cualquier lugar de la República; "c) nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la LBY...."etc. etc.

|      |                                                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                              |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VIII | REPÚBLICA<br>DOMINICANA<br>28 Nov. 1966                                                                                                                                                                                                                       | Título II sección II<br>"De los derechos individuales y sociales"<br>Art. 8 con 17 numerales | DERECHO A/DE, LIBERTAD<br>DE:<br>la vida<br>la seguridad individual<br>la inviolabilidad del do-<br>micilio<br>libertad de tránsito<br>emisión del pensamiento<br>asociación y reunión<br>conciencia y cultos<br>la inviolabilidad corres-<br>pondencia<br>trabajos y derechos labo-<br>rales<br>empresa, comercio e industria<br>propiedad<br>protección de la familia<br>enseñanza<br>a la seguridad social<br>a los literales | ART. 8<br># 1<br># 2 (1)<br># 3<br># 4<br># 6<br># 7<br># 8<br># 9<br># 11, a-d<br># 12<br># 13 y 14<br># 15<br># 16<br># 17 |
| (1)  | El Art. 8 # 2 establece para la seguridad individual las prohibiciones de los literales<br>a) al j) tales como: a) respecto al apremio; privación de libertad sin orden judicial;<br>h) ser juzgado 2 veces por una misma causa; i) declarar contra sí mismo. |                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                              |
| (2)  | "No. 130. El derecho a reunirse sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las pla-<br>zas, calles y demás lugares públicos se regirán por las disposiciones generales de polli-<br>cias"; (Op. cit. Tratado Internacional p. 407).                     |                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                              |

"TITULO III DERECHOS POLITICOS"  
ART. 11 AL ART. 15

IX ECUADOR

"TITULO II DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS"  
"SECCION I DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA"  
ART. 19- ART. 21

DERECHO A/DE. LA LIBERTAD  
DE PROHIBICIONES DE,  
PRINCIPIO DE:  
la vida e integredad per-  
sonal # 1  
la honra # 3  
opinión y expresión # 4  
igualdad # 5  
conciencia yreligión # 6  
invioabilidad del domi-  
cilio # 7  
inviolabilidad de la co-  
rrespondencia # 8  
tránsito y de residencia # 9  
petición # 10  
al trabajo, industria,  
comercio # 11  
Art. 19

|                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                    |
|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
|                                                                         | Libertad contratación<br>asociación y de reunión<br>un determinado nivel de<br>vida<br>la libertad y seguridad<br>personales<br>de prisión por deudas,<br>impuestos, multas<br>las garantías procesales<br>a indemnizaciones del Es-<br>tado | # 12<br># 13<br># 14<br># 17<br># 17 b)<br># 17, c) -j)<br>Art. 20 |
| "Sección II De la Familia"<br>Art. 22 - Art. 25                         | Familia y matrimonio<br>Sociedad de bienes<br>Paternidad responsable<br>Patrimonio familia inembar-<br>gable                                                                                                                                 | Art. 22<br>Art. 23<br>Art. 24<br>Art. 24 i. 2o                     |
| "Sección III De la Educación y la<br>Cultural" Art. 26 - Art. 28        | Promoción de cultura<br>Educación es deber del<br>Estado<br>Autonomía universitaria                                                                                                                                                          | Art. 26<br>Art. 27<br>Art. 28                                      |
| "Sección IV Seguridad Social y la<br>promoción popular" Art.29 - Art.30 | Seguridad Social<br>Vivienda de interés so-<br>cial                                                                                                                                                                                          | Art. 29<br>Art. 30                                                 |

|                                                                                                   |                                                              |                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|----------------------------|
| "Sección V Del Trabajo"<br>Art. 31 literales a) - l)                                              | Derecho al trabajo<br>Prestaciones laborales                 | Art. 31<br>Art. 31 a) a l) |
| "Sección VI De los Derechos Políticos"<br>Art. 32 - Art. 43                                       |                                                              |                            |
| "Sección VII Regla General"<br>Art. 44                                                            |                                                              |                            |
| "TITULO III DE LA ECONOMÍA"<br>"Sección II Dde los sectores de la Economía":<br>Art. 46 - Art. 47 |                                                              |                            |
| "Sección III De la Propiedad": Art. 48 - Art. 51                                                  |                                                              |                            |
| "Sección IV Del Sistema Tributario": Arts. 52 y 53                                                | Principio Legalidad<br>Tributaria                            | Art. 53                    |
| "Sección V Del Sistema Monetario": Arts. 54 y 55                                                  |                                                              |                            |
| X EL SALVADOR                                                                                     | DERECHO A/DE, LIBERTAD<br>DE, PROHIBIDO DE,<br>PRINCIPIO DE: |                            |
| Capítulo I                                                                                        |                                                              |                            |
| "Derechos individuales y su régimen de excepción"<br>Art. 2 - Art. 28                             | la vida, el honor, la<br>intimidad                           | Art. 2                     |

|                                      |                   |
|--------------------------------------|-------------------|
| igualdad                             | Art. 3            |
| la libertad                          | Art. 4            |
| el tránsito                          | Art. 5            |
| pensamiento de                       | Art. 6            |
| asociación y de reunión              | Art. 7            |
| proceso debido                       | Art. 11 - Art. 17 |
| petición                             | Art. 18           |
| de registro o pesquisa               | Art. 19           |
| inviolabilidad de la morada          | Art. 20           |
| irretroactividad de las leyes        | Art. 21           |
| libre disponibilidad de los bienes   | Art. 22           |
| contratación                         | Art. 23           |
| inviolabilidad de la correspondencia | Art. 24           |
| cultos                               | Art. 25           |
| Pena de muerte                       | Art. 27           |
| asilo y extradición                  | Art. 28           |
|                                      |                   |
| Familia                              | Art. 32           |
| cónyuges e hijos                     | Art. 33           |

|                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                      |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Menores<br>hijos fuera de matrimonio                                                 | Arts. 34 y 35<br>Art. 36                                                                                                                                                                                                                             |
| Sección Segunda: "Trabajo y Seguridad Social"<br>Art. 37 - Art. 52                   |                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Sección Tercera: "Educación, ciencia y cultura"<br>Art. 53 - Art. 64                 |                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Sección Cuarta: "Salud y Asistencia Social"<br>Art. 65 - Art. 70                     |                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Capítulo III "Los ciudadanos, sus derechos y deberes políticos"<br>Art. 71 - Art. 82 |                                                                                                                                                                                                                                                      |
| "TÍTULO V ORDEN ECONOMICO"<br>Art. 101 - Art. 120                                    | Art. 101<br>Art. 102<br>Art. 101<br>Arts. 104, 105<br>Art. 110<br>Art. 110<br>Art. 111<br>Art. 114<br>Art. 116<br>Art. 118<br>Art. 119<br>Art. 120                                                                                                   |
|                                                                                      | Justicia Social<br>Libertad económica<br>Propiedad privada<br>Reforma Agraria<br>Monopolios<br>Correos y Telecomunicaciones<br>Regimen Monetario<br>Cooperativas<br>Pequeña propiedad<br>Politica de población<br>Vivienda<br>Concesiones del Estado |

XI GUATEMALA: "TITULO II DERECHOS HUMANOS"  
14 Enero 1986 "Capítulo I Derechos individuales"  
Art. 30. a Art. 46

PRINCIPIO DE LIBERTAD  
DE PROHIBICION DE,  
DERECHO A/DE:

la vida  
la libertad e igualdad  
al proceso debido  
Pena de muerte  
Sistema penitenciario  
Inviolabilidad de la vi-  
vienda  
Inviolabilidad de la co-  
respondencia  
locomoción  
asilo  
petición  
reunión y de manifesta-  
ción  
asociación  
emisión del pensamiento  
religión  
propiedad  
industria y comercio  
Preeminencia del Derecho  
Internacional

Art. 3  
Art. 4  
Art. 6 al Art. 17  
Art. 18  
Art. 19  
Art. 23  
Art. 24  
Art. 26  
Art. 27  
Art. 28  
Art. 33  
Art. 34  
Art. 35  
Art. 36  
Art. 39  
Art. 43  
Art. 46

|                                                    |              |
|----------------------------------------------------|--------------|
| "Capítulo II Derechos Sociales".                   |              |
| "Sección Primera: Familia"                         |              |
| Art. 47 a Art. 56                                  | Art. 47      |
|                                                    | Art. 48      |
|                                                    | Art. 49      |
|                                                    | Art. 50      |
|                                                    | Art. 51      |
|                                                    | Art. 52      |
|                                                    | Art. 53      |
|                                                    | Art. 54      |
|                                                    | Art. 55      |
|                                                    | Art. 56      |
|                                                    |              |
| "Sección Segunda: Cultura"                         |              |
| Art. 57 a Art. 65                                  |              |
| "Sección Tercera: Comunidades Indígenas"           |              |
| Art. 66 a Art. 69                                  | Art. 66      |
|                                                    | Arts. 67, 68 |
|                                                    |              |
| "Sección Cuarta: Cultura"                          |              |
| Art. 71 a Art. 81                                  |              |
|                                                    |              |
| "Sección Quinta: Universidades", Art. 82 a Art. 90 |              |
| "Sección Sexta: Deporte", Art. 91                  |              |

|     |               |                                                                                  |
|-----|---------------|----------------------------------------------------------------------------------|
|     |               | "Sección Séptima: Salud, Seguridad y Asistencia Social". Art. 93 a Art. 101.     |
|     |               | "Sección Octava: Trabajo". Art. 101 a Art. 102, literal a) - c) Arts. 103 a 106. |
|     |               | "Sección Novena: Trabajadores del Estado". Art. 107 a Art. 117.                  |
|     |               | "Sección Décima: Régimen económico y social". Art. 118 a Art. 134.               |
|     |               | "Capítulo III Deberes y Derechos cívicos y políticos" Art. 135 a Art. 137.       |
| XII | HAITI:        | "TÍTULO III DEL CIUDADANO. DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES"              |
|     | 10 Marzo 1987 | Capítulo II "De los Derechos fundamentales"                                      |
|     |               | Sección A "Derecho a la vida y a la salud" Art. 19 - Art. 23                     |
|     |               | Sección B "De la libertad individual" Art. 24 - Art. 27-1                        |
|     |               | Sección C "De la libertad de expresión" Art. 28 - Art. 29-1                      |
|     |               | Sección D "De la libertad de conciencia" Art. 30 - Art. 30-2                     |
|     |               | Sección E "De la libertad de Reunión y Asociación" Art. 31 - Art. 31-3           |
|     |               | Sección F "De la Educación y de la Enseñanza" Art. 3 - Art. 34-1                 |
|     |               | Sección G "De la libertad de Trabajo" Art. 35 - Art. 35-6                        |
|     |               | Sección H "De la Propiedad" Art. 36 - Art. 39                                    |
|     |               | Sección I "Derecho a la información" Art. 40                                     |
|     |               | Sección J "Derecho a la Seguridad" Art. 41 - Art. 51                             |

|                                       |                                                         |                                |                        |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------|--------------------------------|------------------------|
| "TITULO VII DE LAS FINANZAS PUBLICAS" | Art. 217 - Art. 233                                     |                                |                        |
| "TITULO IX DE LA ECONOMIA"            |                                                         |                                |                        |
| Capítulo I "De la Agricultura"        | Art. 245 - Art. 252                                     |                                |                        |
| Capítulo II "Del ambiente"            | Art. 253 - Art. 258                                     |                                |                        |
| "TITULO X. DE LA FAMILIA"             | Art. 259 - Art. 262                                     |                                |                        |
| XIII HONDURAS                         | "TITULO III DE LAS DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTIAS" | DE. PROHIBICIONES DE,          | PRINCIPIO DE, LIBERTAD |
|                                       | "Capítulo I De las declaraciones"                       | DERECHOS A/DE:                 |                        |
|                                       | 64.                                                     |                                |                        |
|                                       | "Capítulo II De los derechos Individuales"              | Art. 65                        | Art. 65                |
|                                       | 65 a Art. 110.                                          | pena de muerte                 | Art. 66                |
|                                       |                                                         | la integridad física           | Art. 68                |
|                                       |                                                         | la libertad personal           | Art. 69                |
|                                       |                                                         | Detección                      | Art. 71                |
|                                       |                                                         | la emisión del pensamiento     | Art. 72 - 75           |
|                                       |                                                         | al honor                       | Art. 76                |
|                                       |                                                         | Libre ejercicio de la religión | Art. 77                |
|                                       |                                                         | asociación y de reunión        | Art. 78                |
|                                       |                                                         | petición                       | Art. 80                |
|                                       |                                                         | circular libremente            | Art. 81                |

|                              |                 |
|------------------------------|-----------------|
| Proceso debido               | Arts. 82 - 98   |
| Inviolabilidad del domicilio | Art. 99         |
| Asilo                        | Art. 101        |
| propiedad                    | Arts. 103 - 106 |
| legalidad tributaria         | Art. 109        |

"Capítulo III De los Derechos Sociales". Art. 111 a Art. 118 (familia, matrimonio, divorcio, hijos, investigación paternidad, adopción).

"Capítulo IV De los derechos del Niño". Art. 119 a Art. 126.

"Capítulo V Del trabajo". Art. 127 a Art. 141

"Capítulo VI De la seguridad social". Art. 142 a Art. 144

"Capítulo VII De la salud". Art. 145 a 150

"Capítulo VIII De la educación y la cultura". Art. 151 a Art. 177.

"Capítulo IX De la vivienda". Art. 178 a Art. 181.

"TÍTULO IV DE LAS GARANTIAS CONSTRUCCIONALES"

"Capítulo I Del Habeas Corpus y el amparo". Art. 182 a Art. 183

"Capítulo II De la inconstitucionalidad y la revisión". Art. 184 a Art. 186.

|                                                            |         |                                                            |
|------------------------------------------------------------|---------|------------------------------------------------------------|
| "TITULO VI DEL REGIMEN ECONOMICO"                          |         |                                                            |
| "Capítulo I Del sistema económico" Art. 328 a Art. 341     |         |                                                            |
| "Capítulo II De la moneda y la banca". Art. 342 y Art. 343 |         |                                                            |
| "Capítulo III De la Reforma Agraria". Art. 344 a Art. 350  |         |                                                            |
| "Capítulo IV "Del régimen financiero" Art. 351             |         |                                                            |
| "Capítulo V De la hacienda Pública" Art. 353 a Art. 360    |         |                                                            |
| "Capítulo VI Del presupuesto" Art. 361 a Art. 372          |         |                                                            |
| XIV                                                        | MEXICO: | "TITULO PRIMERO, CAPITULO I DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES" |
|                                                            |         | Art. 10. a Art. 29                                         |
|                                                            |         | Esclavitud                                                 |
|                                                            |         | Educación                                                  |
|                                                            |         | Familia                                                    |
|                                                            |         | Libertad de profesión                                      |
|                                                            |         | comercio, industria, tra-                                  |
|                                                            |         | bajo                                                       |
|                                                            |         | manifestación de las                                       |
|                                                            |         | ideas                                                      |
|                                                            |         | escribir y publicar                                        |
|                                                            |         | petición                                                   |
|                                                            |         | asociación y de reunión                                    |
|                                                            |         | Art. 20.                                                   |
|                                                            |         | Art. 30., I-IX                                             |
|                                                            |         | Art. 40.                                                   |
|                                                            |         | Art. 50.                                                   |
|                                                            |         | Art. 60.                                                   |
|                                                            |         | Art. 70.                                                   |
|                                                            |         | Art. 80.                                                   |
|                                                            |         | Art. 90.                                                   |
|                                                            |         | PRINCIPIO DE, LIBERTAD                                     |
|                                                            |         | DE, PROHIBICION DE,                                        |
|                                                            |         | DERECHO A/DE:                                              |

Libre tránsito Art. 11o.  
Debido proceso Arts. 13o., 16o. - 23o.  
libertad religiosa Art. 24o.  
planeación Art. 26o.  
propiedad Art. 27o., I-XX  
Monopolios 28o.

"TITULO SEXTO DEL TRABAJO Y DE LA PREVISION SOCIAL"  
Art. 123, A, I- XXX; XXXI, a) 1-21, b) 1-3; B,  
I- X, XI a) - f), XII - XIV.

Suspensión de Garantías Art. 29

|    |           |                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| XV | NICARAGUA | "TITULO IV DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS DEL PUEBLO<br>NICARAGUENSE"<br><br>Capítulo I Derecho Individuales"<br>Art. 23 Art. 46. | PRINCIPIO DE, LIBERTAD<br>DE, PROHINBICION DE,<br>DERECHO A/DE:<br><br>la vida Art. 23<br>la libertad, la seguri-<br>dad Art. 25<br>inviolabilidad de su do-<br>micilio Art. 26<br>su vida privada y a la<br>de su familia<br>Igualdad Art. 27<br>conciencia Art. 29 |
|----|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|                          |                 |
|--------------------------|-----------------|
| expresión                | Art. 30         |
| circular, jifar su resi- | dencia          |
| Art. 31                  |                 |
| Proceso debido y garan-  | tías procesales |
| Arts. 33, 34-            | 10, 35 - 38     |
| Art. 41                  |                 |
| Art. 42                  |                 |
| Art. 44                  |                 |
| de propiedad             |                 |

- "Capítulo II Derechos Políticos". Art. 47 a Arts. 55.
- "Capítulo III Derechos sociales". Art. 56 a Art. 69.
- (Derecho al trabajo (57); educación y cultura (58); Salud (59); Ambiente (60); Seguridad Social (61); Dis-capacitados (62); Protección contra el hambre (63); Vivienda digna (64); Derecho al deporte (65); Derecho a la información veraz (66); a manifestar sus creen-cias religiosas (69)).
- "Capítulo IV derechos de la familia". Art. 70 a Art. 79
- "Capítulo V Derechos laborales". Art. 80 a Art. 88.
- " TÍTULO VI ECONOMIA NACIONAL, REFORMA AGRARIA Y FI-NANZAS PUBLICAS"
- "Capítulo I Economía Nacional". Art. 98 a Art. 105.
- "Capítulo II Reforma Agraria". Art. 106 a Art. 111.
- "Capítulo III De las finanzas públicas". Art. 112 a Art. 115
- "TÍTULO VII EDUCACION Y CULTURA" Art. 116 a Art. 128.

|     |         |                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                          |
|-----|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| XIV | PANAMA: | "TÍTULO III DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES"<br>"Capítulo I Garantías Fundamentales"<br>Art. 17 a Art. 51 | PRINCIPIO DE, LIBERTAD DE, PROHIBICION DE, DERECHO A/DE:<br>igualdad<br>la libertad<br>Extradición<br>Inviolabilidad del domicilio<br>tránsito y cambio de domicilio<br>Inviolabilidad de la correspondencia<br>Inviolabilidad de las comunicaciones<br>Pena de muerte<br>religion<br>pensamiento<br>reunión<br>asociación<br>petición<br>propiedad<br>legalidad tributaria | Art. 20<br>Art. 21<br>Art. 24<br>Art. 26<br>Art. 27<br>Art. 29<br>Art. 29 i. 2o.<br>Art. 30<br>Art. 35<br>Art. 37<br>Art. 38<br>Art. 39<br>Art. 41<br>Art. 44<br>Art. 48 |
|     |         | "Capítulo II Familia"<br>Art. 52 a Art. 59 (matrimonio, maternidad, patria potestad, hijos)                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                          |
|     |         | "Capítulo III El Trabajo" Art. 60 a Art. 75                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                          |
|     |         | "Capítulo IV Cultura Nacional". Art. 76 a Art. 86                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                          |

"Capítulo V Educación". Art. 87 a Art. 104

"Capítulo VI Salud, Seguridad Social y asistencia social". Art. 105 a Art. 113

"Capítulo VII Régimen Ecológico". Art. 114 a Art. 117

"Capítulo VIII Régimen Agrario". Art. 118 a Art. 124

"TITULO IV DERECHOS POLITICOS". Art. 125 a Art. 139

"TITULO IX LA HACIENDA PUBLICA". Art. 254 a Art. 276

"TITULO X LA ECONOMIA NACIONAL". Art. 277 a Art. 293

|      |                                                                           |                                            |
|------|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------|
| XVII | PARAGUAY): "Capítulo V Derechos, garantías y obligaciones". Arts. 48 a 80 | DERECHO A/DE, LIBERTAD DE, PROHIBICION DE, |
|      | 25 Agosto 1967                                                            | 1. "Derechos Individuales".                |
|      |                                                                           | PRINCIPIO DE:                              |
|      | la vida, la integridad                                                    | Art. 50                                    |
|      | igualdad (hombre y mujer)                                                 | Art. 51                                    |
|      | indemnización                                                             | Art. 53                                    |
|      | igualdad                                                                  | Art. 54                                    |
|      | participación y servicio público                                          | Art. 55                                    |
|      | tránsito y cambio domicilio                                               | Art. 56                                    |
|      | legalidad tributaria                                                      | Art. 57                                    |
|      | Detención y proceso                                                       | Art. 59 - 67                               |
|      | inviolabilidad del domicilio                                              | Art. 68                                    |

inviolabilidad de la co-  
rrespondencia Art. 69  
conciencia y profesar  
cualquier culto Art. 70  
pensamiento Art. 71  
expresión Art. 72

"2. Derechos sociales".

"a) familia" Arts. 81 a 88  
familia (81), hogar (83), hijos (84), materni-  
dad (85), menores (87), seguridad social (88).

"b) educación y cultura". Arts 89 a 92.

"c) Salud". Art. 93

"3. Derechos económicos". Arts. 94 a 103

Desarrollo económico (94), iniciativa privada  
(95), de propiedad (96), integración latinoame-  
ricana (103).

"4. Derechos de los Trabajadores". Arts. 104 a 110

"5. Derechos políticos". Arts. 111 a 121.

"Capítulo VI De la Reforma Agraria". Arts. 128  
a 132.

|       |                        |                                                                   |                                                          |
|-------|------------------------|-------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|
| XVIII | PERU:<br>12 Julio 1979 | "TITULO I DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA"         | PRINCIPIO DE, LIBERTAD DE, PROHIBICION DE, DERECHO DE/A: |
|       |                        | "Capítulo I De la persona"                                        | Art. 2                                                   |
|       | Arts. 1 - 20 a) - 11)  |                                                                   |                                                          |
|       |                        | la vida/integridad                                                | # 1                                                      |
|       |                        | la igualdad                                                       | # 2                                                      |
|       |                        | conciencia                                                        | # 3                                                      |
|       |                        | la difusión del pensamiento                                       | # 4                                                      |
|       |                        | al honor                                                          | # 5                                                      |
|       |                        | creación                                                          | # 6                                                      |
|       |                        | inviolabilidad del domicilio                                      | # 7                                                      |
|       |                        | inviolabilidad de la correspondencia/comunicaciones               | # 8                                                      |
|       |                        | tránsito y de residencia                                          | # 9                                                      |
|       |                        | reunión                                                           | # 10                                                     |
|       |                        | asociación                                                        | # 11                                                     |
|       |                        | contratación                                                      | # 12                                                     |
|       |                        | trabajo                                                           | # 13                                                     |
|       |                        | propiedad                                                         | # 14                                                     |
|       |                        | alcanzar un nivel de vida                                         | # 15                                                     |
|       |                        | participación en la vida política económica y social de la Nación | # 16                                                     |

Petición # 18  
la libertad y la seguridad  
personales # 20  
No hay prisión por deudas # 20 c)  
Proceso debido # 20 f) - 1)

"Capítulo II De la Familia": Arts. 5 a 11  
"Capítulo III De la Seguridad social, salud y bienestar". Arts. 12 a 20  
"Capítulo IV De la educación, la ciencia y la cultura". Arts. 21 a 41  
"Capítulo V Del Trabajo". Arts. 42 a 57  
"Capítulo VII de los derechos políticos". Arts. 64 a 71.  
"TÍTULO III DEL REGIMEN ECONOMICO"  
"Capítulo I Principios Generales". Arts. 110 a 117  
"Capítulo II De los recursos naturales". Arts. 118 a 123.  
"Capítulo III De la propiedad". Arts. 124 a 129  
"Capítulo IV De la Empresa". Arts. 130 a 137  
"Capítulo V De la Hacienda Pública". Arts. 138 a 147  
"Capítulo VI De la moneda y la banca". Arts. 148 a 155  
"Capítulo VII Del régimen agrario". Arts. 156 a 160  
"Capítulo VIII De las comunidades campesinas y nativas". Arts. 161 a 163  
"TÍTULO V DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES"  
Art. 295 a Art. 305.

|       |                                              |                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                            |                                                     |
|-------|----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| XVIII | PERU:                                        | "TITULO I DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD"                                                                                                                                          | PRINCIPIO DE, LIBERTAD<br>DE, PROHIBICION DE, DERECHO DE/A:                                                                                                                                |                                                     |
|       | 21 Dic. 1993<br>(Vigencia lo.<br>Enero 1994) | "Capítulo I Derechos Fundamentales de la Persona"<br>"Art. 1 La defensa de la persona humana y el res-<br>peto de su dignidad son el fin supremo de la so-<br>ciedad y el Estado". |                                                                                                                                                                                            |                                                     |
|       |                                              | Art. 2 # 5 1 a 24 A - H                                                                                                                                                            | Art. 2                                                                                                                                                                                     |                                                     |
|       |                                              |                                                                                                                                                                                    | la vida la integridad<br>la igualdad<br>de conciencia<br>de información o                                                                                                                  | # 1<br># 2<br># 3                                   |
|       |                                              |                                                                                                                                                                                    | solicitar información a<br>entidades públicas<br>servicios informativos pú-<br>blicos o privados no<br>al honor integridad<br>de creación intelectual<br>inviolabilidad del domi-<br>cilio | # 5<br># 6<br># 7<br># 8                            |
|       |                                              |                                                                                                                                                                                    | al secreto e inviolabili-<br>dad de comunicaciones y<br>correspondencia<br>tránsito y residencia<br>Reunión<br>Asociación<br>Contratación<br>Trabajo                                       | # 9<br># 10<br># 11<br># 12<br># 13<br># 14<br># 15 |

|                                                                                                    |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| propiedad y herencia<br>participación en la vida<br>política, económica y so-<br>cial de la nación | # 16    |
|                                                                                                    | # 17    |
| mantener reserva sobre<br>convicción política y<br>guardar secreto profesio-<br>nal                | # 18    |
| identidad étnica y cultu-<br>ral                                                                   | # 19    |
| Petición                                                                                           | # 20    |
|                                                                                                    | # 21    |
| Paz y tranquilidad                                                                                 | # 22    |
| Legítima defensa a la li-<br>bertad y seguridad perso-<br>nal                                      | # 24    |
| (Proceso debido)                                                                                   | (a - h) |

"Capítulo II De los Derechos Sociales y económicos"  
Art. 4 a 29

"Capítulo III De los Derechos Políticos y de los  
deberes"  
Arts. 30 a 38

"TÍTULO III DEL REGIMEN ECONOMICO"

"Capítulo I Principios Generales" Art. 58 a 65

"Capítulo II Del Ambiente y los recursos naturales"  
Arts. 66 a 69

"Capítulo III De la propiedad" Art. 79 a 73

"Capítulo IV Del régimen tributario y  
Art. 74 a 82

"Capítulo V De la Moneda y la Banca" Art. 83 a 87

"Capítulo VI Del régimen agrario y de las comunida-  
des campesinas y nativas" Art. 88 y 89

|     |                |                                                                   |                                         |
|-----|----------------|-------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| XIX | URUGUAY:       | "Sección II Derechos, deberes y Garantías"<br>DE, PROHIBICION DE, | PRINCIPIO DE, LIBERTAD<br>DERECHO A/DE: |
|     | 24 Agosto 1966 | "Capítulo I. Art. 70. al Art. 71                                  |                                         |
|     |                | Igualdad                                                          | Art. 80.                                |
|     |                | Hogar                                                             | Art. 11                                 |
|     |                | Proceso debido                                                    | Arts. 12 a 27                           |
|     |                | la correspondencia                                                |                                         |
|     |                | de comunicación                                                   | Art. 28                                 |
|     |                | petición                                                          | Art. 29                                 |
|     |                | seguridad individual                                              | Art. 30                                 |
|     |                | de propiedad                                                      | Art. 31                                 |
|     |                | protección del trabajo                                            | Art. 32                                 |
|     |                | entrada al país                                                   | Arts. 33, 36                            |
|     |                |                                                                   | Art. 37                                 |

reunión Art. 38  
asociación Art. 39  
familia Art. 40  
vivienda decorosa Art. 45  
sucesión Art. 48  
Bien de familia Art. 49  
Usura y privación de li-  
bertad por deudas Art. 52  
Protección de trabajo Art. 53 a 57  
Servicio Civil Art. 58 - 65  
enseñanza Arts. 68 a 71

"Sección III De la Ciudadanía y del sufragio"  
Arts. 73 a 80

"Sección XIV de la hacienda Pública". Arts. 214  
a 232.

XX VENEZUELA: "TÍTULO III DE LOS DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS" PRINCIPIO DE, LIBERTAD  
Arts. 43 a 50 DE PROHIBICION DE,  
DERECHO A/DE:  
23 de Enero "Capítulo III Derechos Individuales" Art. 58 a  
de 1961 Art. 71 la vida Art. 58  
el honor Art. 59  
la libertad y la  
seguridad Art. 60  
Debido proceso Art. 60 # 1o. a  
# 8o.

|                                           |         |
|-------------------------------------------|---------|
| discriminaciones                          | Art. 61 |
| inviolabilidad del hogar                  | Art. 62 |
| inviolabilidad de la co-<br>rrespondencia | Art. 63 |
| tránsito                                  | Art. 64 |
| religiosa y ejercicio de<br>culto         | Art. 65 |
| expresar su pensamiento                   | Art. 66 |
| dirigir peticiones                        | Art. 67 |
| asociación                                | Art. 70 |
| reunión                                   | Art. 71 |

"Capítulo IV Derechos Sociales#. Art. 72 a Art. 94  
(familia (73), maternidad (74), niño (75), salud  
(76), campesino (77), educación (78 - 82), cultura  
(83), Trabajo (84 - 93), seguridad social (94).

"Capítulo V Derechos económicos". Art. 95 a Art.  
109. (libertad de actividades (96), monopolios (97),  
iniciativa privada (98), propiedad (99) latifundios  
(105), recursos naturales (106).

"Capítulo VI Derechos Políticos". Art. 110 a Art.  
116

"Título VIII De la Hacienda Pública". Art. 223 a  
Art. 233





***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.*