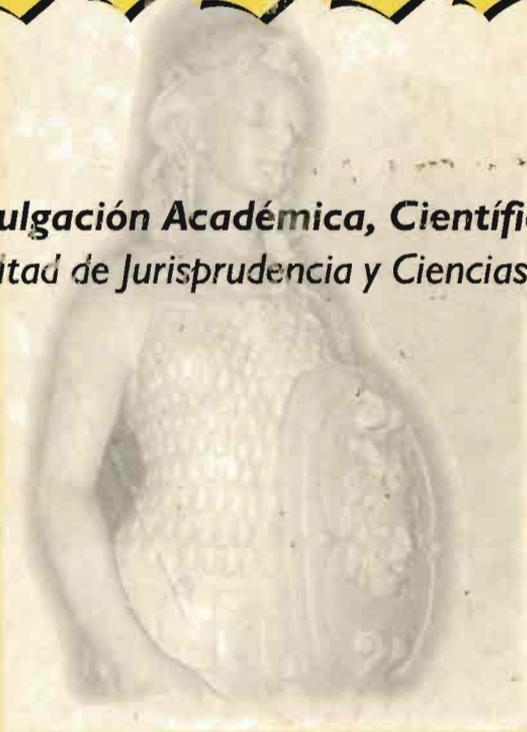


UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

30 de Junio de 2001. Día del Abogado
y del Estudiante de Derecho

Revista **Derecho**

*—ano de divulgación Académica, Científica y Cultural
de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales*



San Salvador, El Salvador, C. A.

Epoca V

Junio 2001

Número 1

Epoca V

Junio 2001

Número 1

Revista Derecho

*Organo de divulgación Académica, Científica y Cultural
de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales*



COMITÉ DE DIRECCIÓN

Dr. Darío Villalta Baldovinos

DIRECTOR

Licda. Nora Alicia Montes

Ing. René Mauricio Mejía

COLABORADORES



San Salvador, El Salvador, C. A.



Autoridades de la
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Dra. María Isabel Rodríguez
Rectora

Ing. José Francisco Marroquín
Vice-Rector Académico

Licda. Hortensia Dueñas de García
Vice-Rectora Administrativa

Lic. Pedro Rosalío Escobar Castaneda
Fiscal

Licda. Margarita Muñoz Vela
Secretaria General



Autoridades de la
FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

Lic. Francisco Alberto Granados Hernández
Decano

Lic. Edgardo Herrera Medrano
Vice-Decano

Lic. Jorge Alonso Beltrán

Encargado Secretario
Lic. RAUL CHATARA

Diseño y Diagramación

Francisco A. Mena
Departamento de Arte Digital

Impresión

Editorial e Imprenta Universitaria
Universidad de El Salvador
Tel. 225-1500 Ext. 5019-5023



Impresión en línea ...
con imagen

Editorial e Imprenta Universitaria

ISBN: 84-5258-340

Impreso y hecho en El Salvador
Printed and made in El Salvador

Índice

pág.

<i>Presentación</i>	5
<i>Editorial</i>	
El Abogado y su proyección como agente de cambio	7
TEORÍA GENERAL DEL PROCESO	
Derecho, Estado y Jurisdicción	11
<i>Por: Dr. Mauricio Alfredo Clara</i>	
FILOSOFÍA DEL DERECHO	
Prólogo a Caos y Derecho	37
<i>Por: Dr. Jose Napoleon Rodríguez Ruiz</i>	
RELACIONES INTERNACIONALES	
Las inmunidades diplomáticas	46
<i>Por: Dr. Antonio Sánchez Benedito</i>	
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES	
Reseña del liberalismo y el neo-liberalismo Inglés.	
Su influencia en el proceso de la globalización económica.	52
<i>Por: Lic. Efraín Jovel Reyes</i>	
DERECHO PENAL	
El imputado en el proceso penal salvadoreño	65
<i>Por: Dr. José María Casado Pérez</i>	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
Teoría de la Reforma Constitucional	82
<i>Por: Dr. Mario Antonio Solano Ramírez</i>	
CIENCIAS POLÍTICAS	
Surgimiento de la política moderna: Maquiavelo y la Ciencia Política (siglo XV – fines y XVI principio).	90
<i>Por: Dr. José Rodolfo Castro</i>	
FILOSOFIA DEL DERECHO	
¿Desaparecerá el Derecho?	97
<i>Por: Dr. Héctor Hernández Turcios</i>	
DERECHO PROCESAL	
Las medidas cautelares en el proceso civil	101
<i>Por: Lic. Gilberto Ramírez Melara</i>	
<i>Arte y Letras</i>	
<i>Poetas y Abogados salvadoreños</i>	109

Presentación



niciamos una nueva etapa de la Revista DERECHO, el órgano de divulgación académico, científico y cultural de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, durante muchos años. Su historia cómodamente cubre el siglo XX y los inicios del XXI, habiendo dejado una huella, por la ruta nunca terminada del claustro docente y del estudiante de Ciencias Jurídicas ~~y de Relaciones Internacionales~~. Han pasado tantos acontecimientos en nuestro país desde que se publicó el primer número, que se siente una extraña sensación del tortuoso trajinar de nuestra sociedad en general, y de la Universidad de El Salvador en especial.

Ahora, en el año 2001, bajo los auspicios de la Universidad de El Salvador, y por resolución de la Junta Directiva de la Facultad, siendo ~~Decano~~ el licenciado Francisco Alberto Granados Hernández, se le da ~~nueva~~ vida a la Revista DERECHO, tratando de llenar las expectativas de los atentos y dilectos lectores de esta publicación, con el objetivo básico de transmitir cultura a través de la Ciencia, la Investigación, la Filosofía y el Arte. Esperamos cumplirlo.

Editorial

El Abogado y su proyección como agente de cambio



ceptemos lo siguiente: Todos somos estudiantes, seamos Abogados o todavía cursemos la carrera . En este sentido el treinta de junio, Día del Abogado y del Estudiante de Derecho, nos une a todos en un gigantesco abrazo de solidaridad, afecto y comprensión gremial. Y somos estudiantes porque nuestro objeto de estudio, especialmente el Derecho positivo, es siempre cambiante, dialéctico, conforme avanza la sociedad, en esa constante lucha llena de anhelos, frustraciones y, porque no decirlo, de triunfos significativos. En el Derecho, como reflejo de la sociedad, lo único que se mantiene es el cambio.

Si nosotros oteamos el pasado, el Derecho esclavista era muy diferente en valores al Derecho capitalista y éste distinto al socialista. En medio de esa evolución, que algunas veces se transforma en revolución, lo jurídico ha ido con paso lento mejorando en sus distintas materias, unas más que otras pero siempre progresando; en el camino hay un reguero de sangre y de violencia, muchos caídos, que han ofrendado su vida por el alcance de cada una de las conquistas jurídicas. Hay un gran sacrificio, víctimas anónimas, para cada pe-

queña victoria, arrebatada al sector dominante de cada época. Por mucho que queramos anclar al Derecho en una definición simplista, al final de cuentas mucha se ha modificado su contenido ético-jurídico.

Ejemplo de ello sería el máximo monumento jurídico del Siglo XX, como son los Derechos Humanos, que dejaron el cenáculo abstracto y filosófico del Derecho Natural, para convertirse en un cuerpo de normas jurídicas coercibles, tanto a nivel interno como internacional en el presente; pero, desgraciadamente, no siempre el Derecho corresponde con la realidad. Tantas veces, sus avances se vuelven líricos, ideales, ante un Estado que se niega a cumplirlos.

Si no vemos el artículo 1 de nuestra Constitución. En el título I, Capítulo Único, La Persona Humana y los Fines del Estado, artículo 1, la Constitución expresa que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, 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.

La Constitución se pronuncia cuando habla de los fines del Estado, ubicándose en

una posición personalista, por la cual el Estado es un medio para que la persona humana alcance la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Con ello se opone a toda idea transpersonalista, como la doctrina fascista o nazista, entre otras, en la que el individuo es un medio para el engrandecimiento del Estado, ámbito dentro del cual, siguiendo la idea de Hegel, el hombre encuentra su propia realización.

Hay una influencia marcada del liberalismo político y económico, base ideológica del neoliberalismo y la globalización que campea a nivel mundial, desde el colapso de la Unión Soviética. Es contraria a las ideas que niegan la justificación del Estado, convirtiéndolo en un mero aparato de dominación y explotación, como el marxismo y el anarquismo; sino que por el contrario, siguiendo a Aristóteles, Santo Tomás y con énfasis en John Locke, el Estado busca en última instancia el bien común, fundamentado en la igualdad jurídica y la libertad económica asentada en la propiedad privada.

El inciso primero finaliza con una lírica búsqueda de la justicia, que encubre uno de los objetivos medulares del sistema, como es el logro de la seguridad jurídica, mediante la Constitución y todo el ordenamiento legal.

El segundo inciso plantea una obligación en la que no existe ninguna coercibilidad. El goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social

no han sido cumplidos por el Estado. Muy por el contrario, los grandes conflictos, como la rebelión de 1932 y la guerra de los Doce Años, que se inicia en 1980, fueron causados, por el craso incumplimiento del Estado a esas legítimas aspiraciones. Es tiempo de comprender que la transformación de El Salvador, pasa por el cumplimiento de estas obligaciones, que hasta ahora han sido una mera declaración de principios éticos.

No obstante, es indudable que plantean un marco sobre lo que deberíamos hacer para que el Estado sea el medio de lograr los grandes fines en una sociedad organizada. Todos ellos constituyen el problema de países como el nuestro. Habría que ver cuales son los logros de la libertad. Adonde hemos llegado en el área de la salud, con pocos hospitales y un bajo porcentaje de médicos, apretujados interesadamente en suburbios más o menos elegantes; con una cultura de subdesarrollo, falta de identidad y alto índice de analfabetismo; el bienestar económico, con los grandes cinturones de miseria, desempleo, y en general, las condiciones acuciantes de la gran mayoría de la población.

Todos los fines específicos desembocan en la justicia social; y que, como conclusión, naufraga por el incumplimiento de esas normas básicas.

¿Será una utopía el encontrar un Estado que reúna estos requisitos? Considero que no. Naturalmente que su total observan-

cia no la hallamos en ningún Estado del mundo; pero, si hay países en donde las áreas relacionadas encuentran, especialmente en Europa, una concreción real. Ahí está la raíz del desarrollo o no.

El ser potencia militar y económica hegemónica no es lo importante, sino el llenar aceptablemente la satisfacción de esos grandes fines del Estado. En El Salvador, se puede lograr, pero habrá que cambiar la estructura productiva, superar nuestras limitaciones tecnológicas, estructurar una democracia real; en fin crear una nueva Nación.

Trasladando lo anterior, ¿para qué vamos a adentrarnos más en nuestra Constitución y demás leyes de la República? Aquí tenemos un reto colegas, todos en el promisorio mundo de la Abogacía. Luchemos desde las Universidades para plantar en el alumnado la semilla del cumplimiento real de los fines del Estado; como decía un jurista español, los Derechos Fundamentales tomados en serio. Llevar la inquietud a nuestro ejercicio profesional, cultivando la ética y atacando la corrupción, como la mayor lacra en nuestro país. Levantar las lanzas del Derecho para pronunciarlos valientemente, en busca de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

El goce de la libertad, la salud, la cultura y el bienestar económico, serán diversas banderas de contienda para que donde haya un Abogado, sea en el gobierno o en la llanura, se escuche su voz, pugnando por

los desposeídos, que son los más afectados por un Estado institucionalmente injusto y corrupto.

Los gremios deben de dejar de ser un lugar de palique y mera reunión social de Abogados, a fin de que defiendan nuestros legítimos intereses profesionales, se olviden de sus privilegios, y estén prontos a denunciar los vicios en la administración de justicia, las arbitrariedades en el Ejecutivo y vigilar los despropósitos partidarios que se hacen sentir en una Asamblea Legislativa que, tomando en cuenta a sus diputados, se ha vuelto maquiavélica, falta de ética, tropical y subdesarrollada, no respondiendo al mandato popular sino estrictamente a sus intereses particulares y de partido.

El Órgano Judicial en su conjunto tiene una enorme responsabilidad en orden a mejorar las condiciones contempladas por el artículo en comento. La corrupción, la retardación de justicia, la custodia de la pureza constitucional y por ende de toda la pirámide jurídica del Estado, deben ser prioridades para levantar la imagen de un organismo severamente cuestionado.

Que el Órgano Ejecutivo y el Ministerio Público, no sigan "olvidándose" de tanto acto reñido con la justicia, como la muerte de más de cien alcohólicos con alcohol metílico, en el cual se deduce que existe un responsable, además de la intervención obvia del Estado, sin que hasta hoy se deduzcan los culpables; el hurto de más de once mil sacos de abono en el Banco de Fomento Agropecuario, donados por el Japón, sin que se vean los autores de cuello blanco; la intervención del Estado y de sociedades constructoras, en los grandes desastres de los pasados terremotos, como las Colinas, en Santa Tecla. Estos son algunos ejemplos, en esta tierra de la impunidad. Lo dicho no omite manifestar que el Ejecutivo es el que tiene la tarea fundamental de velar por el cumplimiento de los fines del Estado.

Pues bien, lo expuesto y mucho más, tiene que estar de alguna manera fiscalizado por la toga vigilante.

Sirvan estas líneas para enviarles a todos los estudiantes de Derecho y Abogados de la República, un solidario y fraterno saludo.

*Dr. Darío Villalta Baldovinos
Director de la Revista Derecho.*



TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Derecho, Estado y Jurisdicción

Por: Dr. Mauricio Alfredo Clará *

1.1 EL DERECHO. Para la comprensión exacta de la relación que se debe observar entre la función jurisdiccional —actividad de los jueces— y el Derecho, creo conveniente, como acto previo para el estudio de la primera, hacer referencia, en términos muy generales, a la **actividad jurídica**, (1) y en particular a la **actividad del Estado**, asunto, que habrá de permitirnos ubicar, por un lado, los acontecimientos de trascendencia jurídica y, su relación con el Derecho, y por otro, situar, en ese marco de referencia, la función que corresponde y, a la razón de ser de la jurisdicción.

Es evidente que la actividad humana en cualesquiera de sus manifestaciones es fuente inagotable de múltiples relaciones y, que muchas de ellas, consciente o inconscientemente, se realizan día a día bajo el imperio del Derecho; así, acontece con el abordaje de los medios de transporte, la adquisición de bienes alimenticios, el

uso de los servicios, etc., etc. En cada uno de estos acontecimientos se realiza en la práctica, una actividad que no es indiferente para el Derecho. Atentos a lo anterior, interesa determinar **qué es o, en que consiste el Derecho** (2). A ese respecto se han planteado varios enfoques entre los que prevalece la concepción normativista. Este planteamiento afirma que el Derecho es una especie de norma de conducta diferenciada frente a las demás, debido a su carácter imperativo-atributivo. El máximo exponente de esta concepción es, sin duda, Hans Kelsen y su expresión más refinada, la Teoría Pura del Derecho (3).

La norma jurídica, en la concepción de Kelsen, es un juicio hipotético, (4) al que se vinculan efectos o consecuencias jurídicas, al realizarse los hechos consignados en la hipótesis normativa. La enunciación normativa puede sintetizarse en la fórmula "Si A es debe ser B"; si B no es, debe ser C". En ese sentido hay que advertir que la norma jurídica en cuanto juicio hipotético, expresa en todo caso el "debe ser" y, que su concreción dependerá de la conducta positiva o

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales graduado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, UES. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

negativa del sujeto al que corresponde su observancia, de tal manera que, ante esa situación se habilitan dos posibilidades antagónicas, el cumplimiento -respeto a la norma- o su violación.

En el primer caso, la norma queda satisfecha de inmediato, asunto que acontece ordinariamente en el tráfico humano, razón por la que su trascendencia jurídica, transcurre por lo general de manera inadvertida. En el segundo caso el Derecho afronta su infracción, o sea el quebranto al "debe ser" previsto en la norma. Ante ese evento, el mismo Derecho -previsoriamente- habilita los mecanismos conducentes para remediar la situación originada por la infracción y, es precisamente en este punto, en que adquiere especial importancia la función jurisdiccional encomendada especialmente a los jueces. En efecto, a la fórmula kelseniana, que expresa la estructura normativa debe agregarse con carácter previo la función de los tribunales como elemento integral del ordenamiento normativo, que no sólo habilita la aplicación práctica de las consecuencias jurídicas previstas en la norma, sino, además, representa indicio inequívoco de otra de las dimensiones que deben considerarse para la concepción plena del Derecho, como expresión, no sólo del "debe ser" jurídico normativo, sino también, del "debe ser" axiológico, presidido de la justicia.

1.2 DIMENSIONES DEL DERECHO. El Derecho en su concepción plenaria le asignan tres dimensiones (5). La normativa, la sociológica y la axiológica. La primera, -como anticipamos- se expresa en el conjunto de nor-

mas que integran el ordenamiento jurídico, está presente en sus diversas fuentes, e incluye toda la gama de preceptos jurídicos, a partir y con fundamento en la Constitución. La segunda se manifiesta en la realidad o vivencia social de la conducta intersubjetiva (6) que de alguna manera hace patente la expresión hipotética plasmada en la normatividad. Y, la tercera, es aquella que traduce los valores -justicia, seguridad, orden, etc.- recogidos por el Derecho, que legitiman su erección y, en su caso, habilitan el juicio de las conductas en su realización práctica.

En el plano teórico, es notable el énfasis tradicional por el estudio del Derecho en su expresión normativa, como hiciera Kelsen. Sin embargo, no menos importante debe considerarse el estudio de la realidad para la comprensión e inteligencia plena del Derecho, porque las normas jurídicas, al limitarse a meros juicios hipotéticos, su estudio queda reducido al mero pensamiento jurídico. El Derecho, obviamente, es mucho más.

1.3 CONCEPTOS JURIDICOS.

Por otra parte para facilitar el manejo de la realidad y su comprensión, en relación al pensamiento jurídico del Derecho, la Ciencia Jurídica utiliza los conceptos jurídicos que funcionan como instrumentos de ese pensamiento, facilitando la comunicación y el estudio sistemático (7). Para esto, la Ciencia Jurídica ha incorporado, con significación propia, los conceptos jurídicos como por ejemplo actividad

jurídica, hecho jurídico, acto jurídico, relación jurídica, situación jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, norma jurídica, etc., etc.

1.3.1 ACTIVIDAD JURIDICA.

Por actividad jurídica debe entenderse aquella actividad que de cierta forma se manifiesta por medio de hechos o de actos jurídicos, incluyendo los negativos al precepto jurídico, como por ejemplo la infracción penal, que no obstante su anti-juridicidad constituye una de las tantas especies del hecho jurídico.

En ese sentido la actividad jurídica se realiza de tantas formas, como el ordenamiento jurídico es capaz de prevenirla, sea de manera positiva o negativa, expresa o implícita. Su contenido aparece, a primera vista, expuesto de manera abstracta en la normatividad jurídica, pero muchas veces, esa misma normatividad permite que se extienda para comprender situaciones real o aparentemente imprevistas, a las que comúnmente se les denomina vacíos o lagunas jurídicas.

1.3.2 NORMA JURIDICA. La norma jurídica, es la expresión de la conducta que debe observarse en la vida práctica. En su estructura incorpora, en forma hipotética o supuesto jurídico a la pre-visión de hechos jurídicos en sentido lato, los que, al realizarse efectivamente, permiten actualizar las consecuencias jurídicas establecidas imperativamente de una manera general y abstracta. En ese sentido, las hipótesis normativas siempre

hacen referencia a hechos jurídicos concebidos en abstracto por la legislación, y que son factibles de realización práctica. La concreción fáctica de las hipótesis normativas objetivada en hechos, viene a constituir la realidad afirmativa o negativa que afecta al precepto normativo (8).

La norma jurídica en cuanto expresión lógica es sólo pensamiento jurídico. La conducta, acoplada a dicho pensamiento o su contradicción, representa la realidad. Pero, social e históricamente, la realidad no pocas veces ha inducido a la concepción de la norma jurídica. Pensamiento y realidad y viceversa, en retroalimentación recíproca y constante, han contribuido y siguen contribuyendo a la concepción de la conducta que debe ser observada, teniendo en cuenta las valoraciones imperantes en lugar y tiempo.

1.3.3 DERECHO SUBJETIVO.

DEBER JURIDICO. Además, toda norma jurídica explícita o implícitamente hace referencia al derecho subjetivo y a su correlato, el deber jurídico, en tanto son consecuencia directa de la realización de la hipótesis normativa (9). De allí la distinción conceptual entre Derecho Objetivo -la norma jurídica- y derecho subjetivo -derivación de la norma- que faculta o potencia al sujeto acreedor, frente al sujeto del deber jurídico -conducta exigible-. En ese sentido, derecho y deber, son conceptos correlativos, y a la vez confirmativos de la bilateralidad característica de la norma jurídica. Esta relación ha sido hábilmente des-

crita por E. García Maynez con el ejemplo siguiente: la norma jurídica postula que "todo padre (o madre) de familia debe dar alimentos al hijo". Si Juan es padre de familia debe dar alimentos a su hijo; si no obstante, Juan no suministra los alimentos (a su hijo), debe ser obligado a darlos (10). Exactamente la misma idea se expresa en la fórmula kelseniana a que hicimos referencia al inicio de este estudio. A la descripción anterior que ejemplifica el funcionamiento de la norma jurídica debe añadirse, como asunto previo de especial pronunciamiento para hacer efectiva la coactividad de la misma, el proceso jurisdiccional. Este viene a ser materia íntimamente vinculada para la efectividad de la norma jurídica, asunto que conduce al estudio de la función jurisdiccional especialmente confiada a los Jueces, que es una de las grandes actividades jurídicas del Estado.

2.1 LA ACTIVIDAD DEL ESTADO. La característica social del ser humano le induce a elevarse desde la más elemental organización, representada en su original comunidad sanguínea -la familia-, hasta la más compleja y pluriforme organización, constituida por el Estado. Si bien es cierto el concepto técnico de la organización política y jurídica de la sociedad, ha sido reconocido a partir de la época moderna -H. Heller (11)- sociológicamente, el mismo concepto ha sido aplicado para designar a toda organización de la sociedad humana con clara dependencia

de poderes de dirección y dominación (12). En ese sentido, desde Aristóteles, se atribuía a la Ciudad-Estado -como actividades fundamentales- hacer la guerra y la paz, celebrar alianzas, legislar, hacer justicia y elegir a los empleados y jueces (13).

La visión del estagirita define claramente actividades de diverso orden, que perfectamente son conciliables en los modernos sistemas de organización estatal, entre éstos los que fueron inspirados por el barón de la Bredé y de Montesquieu, bajo la influencia de circunstancias históricas. En efecto, la teoría de los Poderes concebida por Montesquieu, reflejó la percepción de un sistema que reunía en su tiempo en el monarca todas las potestades de mando y dominación políticas y sociales, al extremo tal que la afirmación formulada por Luis XIV, "el Estado soy yo", no constituía una exageración sino una realidad.

En su origen y, por circunstancias históricas, la idea de los tres poderes planteaba en la tesis montesquiana una separación absoluta entre los mismos, con la tendencia de que cada uno de ellos pudiese representar un freno o contrapeso respecto de los demás, con la finalidad de impedir abusos en su ejercicio (14).

En la actualidad y, a partir de las revoluciones norteamericana y francesa, los sistemas de organización política de esta parte del planeta -identificada como sector occidental- aceptaron de cierta manera las doctrinas de Montesquieu y de Locke con sus adaptaciones. Entre éstas se destaca la concepción de la unidad del poder estatal, sin contravenir la división

orgánica de las funciones, a la que se suma la idea de colaboración en el ejercicio de las atribuciones que a cada una corresponde (15).

2.2 FUNCIONES DEL ESTADO.

En este análisis contribuyen no solo la Ciencia Política sino también, particularmente, la Teoría General del Derecho, La Teoría General del Estado, la Teoría del Derecho Administrativo y en cierta medida, la Teoría General del Proceso, disciplinas, que, partiendo de enfoques diferentes, convergen con mayor o menor influencia en el gran tema de la actividad del Estado, desdoblada en las tres grandes funciones Legislativa, Ejecutiva -denominada también Administrativa- y Jurisdiccional.

Las denominaciones **Legislativo**, **Ejecutivo** y **Judicial**, de cada uno de los órganos superiores del Estado, es francamente determinada por la especialidad de la actividad que les corresponde desempeñar, sin perjuicio, de que en casos excepcionales, y sin ruptura del sistema, se atribuye a otro de los mismos órganos, una actividad que ordinariamente compete por su especialidad a uno de esos tres órganos, con la finalidad singular de establecer el equilibrio y control del mismo Poder. En ese sentido, ordinariamente corresponde al Órgano Legislativo legislar; al Ejecutivo velar por la ejecución o administración de las leyes y al Judicial ejercer la jurisdicción o administración de justicia. Solo excepcionalmente una actividad que naturalmente compete al Órgano Legislativo puede ser atribuida al Órgano Ejecutivo o Jurisdiccional, y así, también puede ocurrir

viceversa con cada uno de los otros Órganos. Por ejemplo, se afirma que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, representa un acto de legislación negativa, -derogación- desde luego que los efectos de la misma se producen "erga omnes" y son vinculantes para el mismo Estado -funcionarios y autoridades- y los particulares. La cuestión amerita cierta atención. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos similares a la derogación, pero dista mucho de ser ésto, exactamente, no sólo por la forma en que se produce la expulsión de la ley, decreto o reglamento, sino por el fundamento del asunto. Si la Ley, decreto o reglamento han surgido con infracción de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad se contrae a reconocer aquella infracción y su consecuencia jurídica no puede ser otra que la invalidación o anulación. (Se plantea la discusión respecto del alcance de esa invalidación o anulación en el tiempo. Si únicamente proyecta sus efectos hacia adelante o si los retrotrae hasta la vigencia del acto impugnado).

Como podrá advertirse, cierta doctrina -la que afirma la derogación- no ha profundizado en las cuestiones que pueden plantearse en relación a la naturaleza de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad o denota falta de acuerdo en tema de tanta importancia. Esta cuestión ha permitido sugerir la identidad entre esta clase de sentencia y el acto legislativo. Es de considerar la duda de esa identidad, y en principio, nos inclinamos por la anulación de la ley declarada inconstitucional. Nulidad de la que se derivan los efectos **nomotéti-**

cos o universales de la declaración. En consecuencia, el acto declarativo de inconstitucionalidad de la ley, en su caso, puede y debe considerarse formal y sustancialmente jurisdiccional, debido a que es producto de la actuación de un Órgano Judicial, en un proceso jurisdiccional, en el que aparecen una parte demandante y otra demandada, en procura de la sentencia, la que ordinariamente solo produce efectos singulares para los casos concretos que resuelve (16).

También se ha planteado que la Asamblea Legislativa, al proceder a decretar el desafuero de uno de sus miembros, ejerce un acto sustancialmente jurisdiccional. La cuestión, al parecer, tampoco ha sido debidamente analizada. En materia jurisdiccional pueden distinguirse diversos actos procesales, entre éstos los preparatorios al proceso, cuya calificación, es variable, de acuerdo a la visión del exponente. También aquí la doctrina aparece inconsistente. Si bien se observa, el fundamento (del procedimiento establecido) para que la Asamblea resuelva y decrete el desafuero en cuestión, es meramente político. Dificilmente esa decisión puede caracterizarse como sustancialmente jurisdiccional, porque el obstáculo, constituido por el fuero y su previa remoción deja intacto el conflicto jurisdiccional. En ese sentido, el ante-juicio, en caso de favorecer el desafuero, únicamente habilita el ejercicio e impulso de la acción penal, sin otro pronunciamiento que el de remover el obstáculo que inicialmente -por el fuero- impedía aquel ejercicio, exactamente por corresponder la materia de juicio en toda su plenitud a los tribunales ordinarios. La remoción del obstáculo generado

por el fuero no pertenece en esencia a la esfera jurisdicente. Antes bien, su observancia, satisface una condición o presupuesto para habilitar el andamiento del proceso jurisdiccional, sin por esto convertir **al trámite de remoción foral** en ejercicio de función jurisdiccional, no obstante la semejanza que en alguna legislación se haya establecido respecto de aquél con el proceso judicial (17). Contra la idea de erigir a la función jurisdiccional por afuera de los tribunales se ha alzado la doctrina de los procesalistas y, con sobrada razón, para aquellos que entienden el significado de la cosa juzgada como elemento sui generis, exclusivo de la función jurisdiccional y de la peculiar función constitucional, -de la jurisdicción- de garantizar el imperio de la ley y de su exacta inteligencia, tanto en su dimensión concesionaria de derechos, como en el de su simple formal acatamiento. Para los celosos amantes de la libertad, solo y únicamente existe Estado de Derecho allí dónde la cosa juzgada puede erigirse como fruto exclusivo de la función jurisdicente de los jueces. Cualquier intento de sustitución, al respecto, debe analizarse como un intento de atentar contra la máxima garantía constitucional nominada o no en el texto de la Constitución **due proces of law** (18).

La cuestión objeto de análisis es mucho más compleja en la esfera de la Organización Administrativa -centralizada o descentralizada- de acuerdo a la legislación de que se trate. En El Salvador existe una considerable cantidad de leyes administrativas reguladoras de procedimientos semejantes al proceso judicial, que incluyen el uso de medios de impugnación, hasta habilitar la demanda conten-

ciosa administrativa, que ha permitido concebir, la idea de una especie de cosa juzgada en sede administrativa cuando en realidad se trata del denominado principio de definitividad.

La Constitución salvadoreña postula -en el Capítulo III, Título VI, de los Organos del Gobierno, Atribuciones y Competencias-, al tratar del Organismo Judicial, como atribución exclusiva del mismo "la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, Agraria y Contencioso-Administrativa, así como en las otras que determine la ley". Esta disposición concede a los Jueces la exclusividad del poder jurisdiccional en las materias allí expresamente determinadas por la Constitución, la que hace extensión del mismo poder a la legislación secundaria, asunto en el que al no distinguir permite a la ley autorizar el ejercicio de actividades jurisdiccionales fuera del ámbito del Organismo Judicial (19).

En la misma Constitución por ejemplo se erige como tribunal con poderes jurisdiccionales a la Corte de Cuentas de la República respecto a la vigilancia, inspección y glosa de las cuentas de los funcionarios y empleados que administren o manejen bienes públicos. Otro tanto sucede con el Tribunal Supremo Electoral. De igual manera la Constitución faculta la solución de conflictos mediante el arbitraje, con las limitaciones legales. Consecuentemente la expresión usada por la Constitución, al referirse a la exclusividad de la función jurisdiccional de los Jueces y Tribunales del Organismo Judicial, debe entenderse limitada a las materias que la misma

ha determinado y a las otras que también determinen las leyes secundarias. Fuera de esos casos, no puede predicarse respecto del Organismo Judicial la reserva absoluta de la función jurisdiccional, por lo que en El Salvador es factible la erección material del ejercicio de la jurisdicción en otros ámbitos de la organización estatal, asunto que como advertimos no favorece la doctrina de los procesalistas.

2.3 CRITERIOS DE DISTINCION. Para resolver la cuestión que puede plantearse, ante la posibilidad de que un determinado Organismo estatal ejercite además de la función que es la propia según su denominación, otras que para este son excepcionales, la doctrina ha formulado criterios o principios de identificación de la naturaleza específica de la actividad desempeñada por el Estado. Tres son los criterios en referencia.

- A) **Criterio Orgánico.** De acuerdo al criterio orgánico, la naturaleza de la actividad del Estado se determina **según el órgano** que la realiza. En ese orden es actividad legislativa la realizada por el Organismo Legislativo, es actividad ejecutiva la realizada por el Organismo Ejecutivo, etc. Como es fácil advertir, este criterio no asegura el conocimiento sobre la naturaleza intrínseca de las actividades estatales, porque su conclusión descansa en el limitado conocimiento del órgano que la realiza, sin otro análisis.
- B) **Criterio Formal.** Según este criterio la naturaleza de las ac-

tividades estatales se determina **por la forma** en que éstas se manifiestan o sea, este criterio recurre al elemento formal que reviste a la actividad. En ese sentido, es actividad legislativa aquella que posee las formas de creación de las leyes, y de igual manera acontece con las otras funciones en las que hay que atenderse a las formas de creación de las sentencias y de los actos administrativos en sus respectivos casos. Pero como acontece con el criterio orgánico, el propósito de este criterio también puede verse insatisfecho al limitar el análisis a los aspectos meramente externos de la actividad del Estado.

- C) **Criterio Material.** De acuerdo con la doctrina, este criterio recurre **a los efectos** jurídicos materiales de la actividad que se trata de identificar, independientemente de la naturaleza del órgano que la produce y de la forma en que se realiza. Desde este punto de vista -se afirma- es posible aproximarse a la verdadera esencia de la función o actividad estatal. Con todo, nos parece aventurado pretender establecer conclusiones con carácter absoluto.

Si bien es cierto los criterios mencionados representan instrumentos utilizables para la averiguación que con ellos se pretende, también es cierto, que aisladamente considerados, no satisfacen en su propósito completamente las exigencias de la razón, por lo que es recomendable la aplicación conjunta de los mismos, o abstenerse de descartar, en su caso, a cualquiera

de ellos. Expuesto lo anterior, consideramos conveniente plantear, rápidamente, la visión de las funciones del Estado y, detenernos, claro está en el estudio de la jurisdicción, como tema principal de este análisis.

2.3.1 ACTIVIDAD LEGISLATIVA. La actividad legislativa dentro de la organización política estatal, es la función mediante la cual el Derecho es formalmente elaborado. En ese sentido Kelsen ha dicho que "por legislación como función es difícil entender otra cosa que no sea la creación de normas jurídicas generales" (20).

Esta función, según se ha indicado, corresponde especialmente al Organismo Legislativo. Las formas de que se reviste la actividad legislativa en la formulación de las leyes, generalmente están determinadas en la Constitución. Esas formas representan prácticamente el método o procedimiento formal de formulación o aprobación de las leyes, sintetizadas en etapas sucesivas que debe experimentar el respectivo proyecto de ley, desde la presentación, -por aquellos que tienen iniciativa de ley- seguida del estudio, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación, vacatio legis y vigencia. Ahora bien, no todo proyecto de decreto que se sujeta al procedimiento formativo de las leyes, dá origen a disposiciones de contenido normativo, como acontece por ejemplo cuando el cuerpo de legisladores procede a elecciones de segundo grado. Asunto que ha permitido la distinción entre leyes formales y leyes materiales, reservando

esta calificación precisamente a las que contienen normas jurídicas (21).

Debe indicarse que para la función legislativa, la cuestión formal adquiere singular importancia. Constitucionalmente, la actividad del Estado solo adquiere carácter legislativo cuando en su génesis y desarrollo, se cumple con exactitud las formas previstas para su producción. En caso contrario, la ley puede ser atacada de inconstitucionalidad.

La natural producción de las leyes ha sido confiada por la Constitución a un cuerpo colegiado, al que se atribuye, además la representación popular, que en los regímenes democráticos es su base o fundamento sustancial. La Constitución salvadoreña en muchos de sus artículos expresamente cita la ley como fuente normativa que debe desarrollar sus postulados, estableciendo, de esa manera una especie de reserva, fuera de la cual, quedan excluidas otras fuentes de la normatividad (22).

En el sentido que se analiza y expone puede afirmarse que el producto ordinario de la función legislativa son las leyes de contenido normativo, a las que debe su denominación. Las leyes formales sin contenido normativo, por tal motivo, quedan limitadas en cuanto a sus efectos, a la situación jurídica singular a que hacen referencias. Esta cuestión, según anticipamos ha dado margen a la distinción entre leyes materiales o normativas y leyes meramente formales sin normatividad alguna.

El objeto de la función legislativa es por todo lo expuesto, la producción de

leyes de contenido normativo. Ellas constituyen dentro de la actividad jurídica del Estado al acto legislativo y, en nuestra percepción, el acto normativo por excelencia, ya que es posible la concepción de otros actos normativos, que sin constituir ley, pueden regular la conducta de una manera general y abstracta. Esto acontece con los reglamentos y ordenanzas administrativas, atribuidas generalmente al Órgano Ejecutivo y a los Concejos Municipales. En ese sentido el acto puramente normativo, de carácter general, admite una variedad de especies, de acuerdo a la fuente de su producción.

Teniendo en cuenta la noción de acto jurídico, puede afirmarse que la función legislativa culmina con la formulación del acto legislativo, cuyo objeto es crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de ordenamiento general. Ahora bien, el producto de la función legislativa, ordinariamente es la ley o acto regla -en términos de León Duguit-, creador de situaciones jurídicas generales y regulador de la conducta humana (23). Puede atribuirse al acto regla carácter abstracto y genérico, por hacer referencia a hechos o situaciones jurídicas hipotéticas, respecto de un indeterminado e indeterminable número de casos que, eventualmente, pueden llegar a concretarse, de donde resulta que su observancia, mientras esté vigente, es inagotable, en tanto no se introduzca una reforma o derogación que modifique o concluya sus efectos. En ese sentido, el acto normativo es también modificable. Así se explica en sus respectivos casos el estancamiento, la evolución y los avances de la legislación.

2.3.2 ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. La actividad administrativa del Estado constituye otra importante función, especialmente en la trayectoria de la evolución histórica y política de la organización. Algunos llegan a afirmar -para destacar esa importancia- que en la organización estatal podría prescindirse de las demás funciones, pero tratándose de la administración, jamás, por implicar su misma desaparición.

De verdad el estudio de la función administrativa permite al investigador, la percepción de la verdadera razón de la existencia de la organización estatal y de la complejidad de sus atribuciones, a partir de su fundación, a lo largo de toda su historia y evolución, todas ellas -las razones de su existencia- concurrentes y enriquecidas por su finalidad como es la satisfacción de los intereses generales.

La actividad administrativa puede realizarse, indistintamente, por actos jurídicos de diversa clase o especie, cuyas formas no deben constituir obstáculo o impedimento para su ejecución oportuna y efectiva. Los planes ejecutivos de todo gobierno deben admitir -cualquiera sea la orientación política del gobernante- su acoplamiento, al ordenamiento jurídico positivo de esta función que aparece consignado en la Constitución y es desarrollado en la legislación de segundo grado.

En orden a estas ideas la función administrativa puede concebirse como la serie de actos, que en ejecución de las leyes satisfacen o tienden a satisfacer en concreto los intereses gene-

rales (24) y, para los que el Organismo Ejecutivo especialmente dispone, directa e inmediatamente, de los instrumentos jurídicos y materiales para su consecución. Basta revisar la serie de atribuciones que corresponde a cada Ministerio del Ejecutivo para confirmar la razón de ser del mismo Estado y de todo el instrumental jurídico -leyes administrativas, organismos centralizados y descentralizados, etc.- y material para que el Estado pueda realizar su empresa.

3.1 ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. A la actividad jurisdiccional dedicamos especial atención, no sólo por su importancia, sino por representar la materia propia de estas reflexiones. Empezaremos por señalar, que uno de los elementos indicativos del grado de civilización y cultura alcanzado por los pueblos, en su evolución histórica, política y jurídica, es, precisamente, la forma adoptada para resolver los conflictos de intereses que surgen de las relaciones interhumanas.

En el marco histórico de la humanidad, es posible señalar varias etapas que denotan el proceso evolutivo de la actividad jurisdiccional, acorde con el grado de civilización del ser humano sobre la tierra (25).

Al respecto reconocemos que el Derecho constituye un elemento inherente a la vida social humana y, que en su origen, emergió en forma rudimentaria, e igual que aquélla, poco a poco se fue refinando, hasta convertirse en el principal elemento racional de convivencia civilizada.



En la edad primitiva del Derecho —y de la humanidad— los conflictos entre individuos debieron resolverse a tono con la época. La venganza de la sangre se erigió entre algunos como imperativo ineludible para los parientes de la víctima, a grado tal, que la omisión fue considerada como grave quebranto contra su memoria, y como consecuencia el alma de aquella desencadenase grandes calamidades concebidas como castigo de origen divino (26).

Ante eso, la venganza privada constituyó una especie de norma o mandato divino, cuya práctica satisfacía su exigencia y liberaba al grupo familiar de represalias de origen ultraterreno. No es difícil comprender, que esa práctica, pronto habría puesto en peligro la subsistencia humana sobre el planeta, y que al mismo tiempo de la evolución cultural, hayan surgido elementos disuasivos o, al menos limitantes, de la venganza privada, como lo demuestra la Ley del Talión, que aunque repudiable por su severidad, era acorde con la idea de limitar proporcionalmente los perjuicios de la vendetta (27). En efecto, el “ojo por ojo” no sólo limitaría los excesos realizables por la “acción” de los ofendidos, sino introduce la idea de la proporción entre la lesión y su represión. No cabe la menor duda de que la ley del talión marca otra etapa de progreso social, dentro de la escala evolutiva de la civilización.

Más significativa e importante es la institucionalización de la justicia privada en el orden familiar, desarrollada especialmente en la primitiva Roma y, que más tarde, se transformaría en justicia entre particulares, que como se sabe, surgía del acuerdo

contractual -litis contestatio- de las partes interesadas en la solución del conflicto (28).

Las formas adoptadas para hacer justicia han variado no sólo en el tiempo sino en el espacio y, sería aventurado, pretender en este análisis una relación de las mismas, pero lo interesante de estas reflexiones, es recordar, que el germen de la actual administración de justicia, que tiene por marco la actividad jurisdiccional, se remonta al apareamiento del mismo ser humano sobre la tierra y, que sin exagerar, puede decirse que la historia de la justicia y la historia del Derecho, en mucho, siguen la ruta de la historia de la humanidad.

3.2 REGIMEN ESPECIAL DE LA JURISDICCION.

La actividad jurisdiccional —a diferencia de la actividad administrativa del Estado— consiste en una actividad esencialmente jurídica, que pertenece a un ordenamiento especial. Este ordenamiento determina la calidad, la extensión y la importancia con que se garantiza la vigencia del Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. De aquí resulta, que esta actividad, dentro de los esquemas políticos imperantes, adquiere para sí y, dentro de la organización estatal correspondiente, una importancia de extraordinario valor. Es por eso que las Constituciones —en los Estados democráticos—, no sólo reconocen la Jurisdicción sino que la erigen como una de sus bases fundamentales, revistiéndole de principios y de garantías especiales, que no precisan res-





pecto a las otras funciones estatales (29).

No es posible concebir por ahora al Estado como organización política, prescindiendo de la actividad jurisdiccional. Semejante concepción le identificaría con un régimen totalitario o arbitrario, aunque la historia contemporánea puede registrar casos demostrativos de que no ha existido inmunidad al respecto.

Sin llegar a concepciones extremas como la advertida, algunos tratadistas -entre los que se destacan Kelsen y Berthelemy- afirman que en el Estado únicamente se realizan dos actividades: la legislativa, creadora de normas jurídicas y la administrativa, encargada de su ejecución, dentro de la que sitúan la función jurisdiccional.

La opinión de estos expositores se funda en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción, al ejecutarse, aplican al Derecho. Por supuesto, la argumentación es inaceptable. El hecho de que la actividad jurisdiccional al ejecutarse, aplique el Derecho, no significa otra cosa, que dar vigencia al Estado de Derecho. ¿Qué otro significado puede corresponder, en su caso, a la erección de la llamada jurisdicción contencioso administrativa?

La idea de absorber a la actividad jurisdiccional dentro de la administración, en realidad obedece a razones meta-jurídicas, algunas de carácter histórico y político. Con la revolución Francesa, de gran influencia en la cultura política de los países de occidente, se pretendió la sujeción de la actividad jurisdiccional al Poder de la

Administración Pública, con la "política" de controlar eficazmente la ejecución de las transformaciones anunciadas por la revolución frente al recelo motivado por la sumisión de los jueces franceses ante el monarca.

En este punto es más que elocuente la terminología predominante entre los oradores de la Asamblea Constituyente de la República Francesa: **"En toda sociedad política, solamente existen dos poderes, aquel que hace la ley y el que la hace ejecutar"**. "El Poder Judicial, por mucho que de él hayan dicho varios publicistas, sólo es una simple función ya que consiste en la aplicación simple y pura de la ley". "La aplicación de la ley es una pura dependencia del Poder Ejecutivo" (30).

Entre las ideas que denotan la audacia del pensamiento revolucionario se destacan las de **Mirabeau**: "Pronto tendremos ocasión de examinar esta teoría de los tres poderes... y entonces los valerosos campeones de los tres poderes tratarán de hacernos comprender lo que entienden por esta gran frase de los Poderes, por ejemplo cómo conciben al Poder Judicial distinto del Poder Ejecutivo" (31).

No menos interesante es la afirmación de **Mounier**: "En cuanto al Poder Judicial, es tan sólo una emanación del Poder Ejecutivo, que tiene que ponerlo en actividad y vigilarlo constantemente" (32).

Al comparar los planteamientos revolucionarios sobre la tesis de los tres poderes y, las opiniones de Kelsen y Berthelemy, encontramos cierta similitud, salvo que estos autores ya no cuestionan la existencia de tres po-

deres, sino la existencia de tres funciones diferenciadas en el Estado.

En efecto, Kelsen particularmente afirma: "La usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía. La función legislativa suele oponerse a un mismo tiempo a las funciones ejecutiva y judicial, que, de manera obvia, tienen entre sí una relación mucho mayor que la que guardan con la primera. La legislación es la creación de leyes. Si hablamos de ejecución, tenemos que preguntarnos, qué es lo que se ejecuta. La respuesta no puede ser otra sino que lo que se ejecuta son las normas generales, es decir, la Constitución y las leyes creadas por el Poder Legislativo. Sin embargo, la ejecución de las leyes es también función del Poder Judicial. Este último no se distingue del denominado Poder Ejecutivo en el hecho de que solamente los órganos del segundo ejecuten normas. En tal respecto la función de ambos es realmente la misma" (33).

En igual sentido Berthelmy afirma: "Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen, en buena lógica, dos términos entre los cuales, no hay lugar vacío. El acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto forma necesariamente parte del acto general de hacer ejecutar la ley" (34).

Los anteriores planteamientos parecen dejar a descubierto a la actividad jurisdiccional, relegándola a un término secundario, inaceptable, que, tal como anticipamos, obedecen ahora, como en su génesis histórica, más a elementos de carácter político y a circunstancias históricas, que a elementos científicos.

Con todo, dichos elementos, paradójicamente tienden a revertir los planteamientos revolucionarios. En efecto, actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de corte democrático, por mandato del Poder constituyente se atribuye al Órgano Judicial el control constitucional de los actos de los demás Órganos estatales. Ocurre cuando los jueces al sentenciar, declaran la inaplicabilidad de una ley por defecto de inconstitucionalidad y, esta vigilancia adquiere mayor connotación, cuando por proceso establecido en la Ley de Procedimientos Constitucionales, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declara la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

Todo eso significa que las ideas de Mounier yacen entre las colecciones del pensamiento histórico y, que la realidad presente, es la que deja a descubierto la inconsistencia del pensamiento revolucionario francés. El vasallaje al que se ha pretendido someter la actividad jurisdiccional, contradice la especial calidad de la misma y, específicamente, la función de "garantía" que por mandato constitucional le corresponde (35).

Ciertamente, la idea de los tres poderes, hace mucho fue superada por la idea de un sólo poder, pero la idea de las tres funciones sólo podrá citarse como dato histórico, cuando la arbitrariedad, la tiranía y el despotismo totalitario destruyan la República y al sistema basado en la democracia.

La frase de Mounier de que el Poder Judicial es sólo una emanación del Poder Ejecutivo es comprensible, den-

tro de las circunstancias históricas y políticas de su época, pero la evolución de las ideas ha revertido el planteamiento y, a quien de verdad ahora hay que vigilar es al Poder Ejecutivo, precisamente, para garantizar el imperio de la justicia y del Estado de Derecho.

3.3 FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCION. Estos antecedentes orientan el análisis de los fundamentos de la actividad jurisdiccional. Consecuentemente también corresponde determinar los elementos que la caracterizan y destacan como función especial dentro de la actividad del Estado. En ese sentido, conviene insistir, como punto de partida del estudio, cuál es la razón de ser de la jurisdicción. En primer lugar debe darse crédito que la razón fundamental de la actividad jurisdiccional, no puede ser otra que aquella que se afirma respecto del Derecho en general. En efecto, así como no es concebible la existencia de una asociación humana sin leyes, de igual forma no es posible concebirle sin la concurrencia de una especial actividad jurídica por la que se resuelvan los conflictos que eventualmente pueden surgir en el tráfico de los individuos que la conforman.

Se trata de una cuestión elemental. Si por un momento se reflexiona que si para efectuar un simple juego, es necesario prefijar ciertas reglas para su buen desarrollo o ejecución, fácilmente se comprenderá que dentro de la organización social, hay que partir de sus normas y de su relación con los organismos idóneos para resolver

las eventuales diferencias que se susciten en el curso del juego social. Suponer un juego perfecto donde los contendientes acataren las reglas del mismo, es tanto como suponer la irrealdad, de manera que la sola posibilidad de infringir aquellas reglas es suficiente para la erección del árbitro o del órgano que debe procurar el arreglo y la solución que corresponda.

Ahora bien, el Derecho no existe como simple expresión de la reglamentación de las relaciones interhumanas. El Derecho existe por y para la justicia. Esta, difícilmente podría obtenerse sin el Derecho, pero al mismo tiempo, poco serviría el Derecho, sin la actividad de los jueces.

Desde el momento en que la organización política determina al Derecho, surge, simultáneamente, la exigencia de erigir la actividad jurisdiccional. En ese sentido, Derecho y jurisdicción son términos correlativos, con lo que se quiere decir, que no puede hablarse del uno prescindiendo del otro. La historia ha confirmado el dato. Dentro de la evolución histórica de la jurisdicción, esta función ha debido enfrentar el problema de la justicia, de suerte que, en la medida en que la justicia ha sido alcanzada, el Derecho y la actividad jurisdiccional han concretado la función de garantía que les corresponde.

En este orden de ideas estimamos que la actividad jurisdiccional desdobra su función en diferentes proyecciones de las que podemos sintetizar dos grandes aspectos: uno, el aspecto político-sociológico y otro, el aspecto político-jurídico.

En el ámbito sociológico es un hecho que las relaciones interhumanas ori-

ginan ciertas tendencias, que en ocasiones, desencadenan conflictos de intereses. A causa de dichos intereses la reacción natural humana ha sido orientada hacia la defensa o conservación de los mismos y, para conseguir este propósito, dentro del Estado moderno, se ha fortalecido la idea de la administración de justicia, limitándose solo para casos excepcionales la legítima defensa.

De nuevo la realidad confirma, que la ausencia de normas jurídicas y de organismos que acrediten su aplicación, conduce a un régimen de anarquía dentro del cual cada quién ha de defender su "derecho" y proveerse de la "forma" de garantizar su supervivencia, no sin sacrificar a otros en actitudes semejantes, para concluir con la instauración de un estado de agresión permanente que hace imposible la convivencia pacífica (36).

Por otra parte, se tiene el aspecto puramente jurídico, ya que la actividad jurisdiccional representa una extensión del mismo ordenamiento jurídico. En efecto, sin negar la subordinación de los jueces a las leyes, la actividad jurisdiccional, como extensión del ordenamiento jurídico, no sólo contribuye a su consolidación mediante la declaración del Derecho, sino además, completa la función ordenadora de aquél al determinar para situaciones jurídicas concretas, la certeza y seguridad jurídicas sin las que el Derecho Objetivo se derrumbaría. El mismo Kelsen reconoció que las leyes sólo representan un producto "semi-elaborado", cuya conclusión depende de la decisión de los Jueces (37).

En el sentido indicado la actividad jurisdiccional, es una actividad de

primer orden, de igual importancia y jerarquía que las otras funciones estatales. Significa que la actividad jurisdiccional despliega y desempeña un función de grandes proyecciones dentro de la sociedad, tan importante como el que corresponde al mismo Derecho Objetivo y, en ese sentido, la actividad jurisdiccional tiene el mismo contenido axiológico de aquél, o sea, la justicia, la paz, el orden, la seguridad, la libertad, etc., etc., valores todos, de los que no puede aislarse sin menoscabar su sustentación política, social y cultural.

3.4 CARACTERIZACION DE LA JURISDICCION. En fin, la jurisdicción representa la especial garantía sin la cual difícilmente podría propiciarse la supervivencia de la organización política y la vigencia del Estado de Derecho. Es por esa razón que algunos expositores han fundamentado en las ideas de motivo y finalidad de la jurisdicción, su característica esencial, que además permite distinguirla de la actividad administrativa (38).

También se ha visto en la jurisdicción una actividad sustitutiva de la actividad de los particulares y se destaca esta peculiaridad como elemento diferencial de la actividad administrativa, en la que se afirma que el Estado no sustituye a nadie, sino actúa por cuenta propia y en relación directa con sus objetivos (39).

De nuestra parte, consecuente con nuestro planteamiento, si la actividad jurisdiccional sustituye la actividad privada de las partes para hacer prevalecer la voluntad de la ley, ya sea declarándola o ejecutándola, es irre-

dargüible, que la sustitución, aunque motivada por intereses y por relaciones entre particulares, cumple un fin de orden primario como es la eficacia del Derecho Objetivo. Por lo demás, la sustitución no es tanto de la esencia de la jurisdicción, como lo es la prohibición de hacerse justicia por mano propia. En este sentido, la actividad jurisdiccional se constituye en instrumento del mismo ordenamiento jurídico, para garantizar su eficacia y permanencia.

La garantía que en si misma representa la función jurisdiccional, ha sido reconocida particularmente por Couture, con ocasión de diferenciarla de los actos de la administración al afirmar que "Si un acto del Poder Ejecutivo fuera declarado jurisdiccional, los ciudadanos quedarían privados de la garantía de su revisión por los jueces, que en último término son la máxima garantía que el orden jurídico brinda a los individuos frente al poder. No hay revisión jurisdiccional de actos jurisdiccionales ejecutoriados. Sólo hay, y necesariamente debe haber, revisión jurisdiccional de actos administrativos". Y agrega: "La configuración técnica del acto jurisdiccional no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos" (40).

Que la jurisdicción, -representa la garantía del Derecho en el sentido indicado-, dependerá en última instancia, de la forma en que se estructure de acuerdo al Derecho Positivo de cada país. Si la jurisdicción es una extensión del mismo Derecho Objetivo, la configuración y el contenido que éste le dé, determinará su funcionalidad. De allí, que a nadie

debe sorprender ni dar por satisfecha la problemática planteada por Couture, por el solo hecho de percibir esta función dentro de las organizaciones políticas del pasado y del presente. Todavía más, en este sentido a nadie debe sorprender la presencia de la jurisdicción, aún dentro de los regímenes totalitarios. Esa presencia no inhibe a dichos regímenes del calificativo mencionado, en virtud de que la jurisdicción al constituir una prolongación del Derecho Objetivo, no hace otra cosa en semejantes organizaciones, que garantizar la supervivencia de la arbitrariedad por ellas impuestas, tal como sucedió en la Alemania hitleriana, al descubrirse en la post-guerra una serie de sentencias antijurídicas por inhumanas, a que hace referencia Radbruch, como aquella que condenó a un ciudadano alemán por haber escrito "Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra". La condena -relata Radbruch- también se basó en que dicho ciudadano oía emisoras extranjeras, exponiendo que "El que en esos años denunciaba a otro tenía que contar -y de hecho contaba- con que no entregaba a aquel que acusaba a un procedimiento judicial de acuerdo con la ley y con las garantías del Derecho para lograr el esclarecimiento de la verdad y un juicio justo, sino que lo entregaba a la arbitrariedad" (41).

La cuestión señalada por Couture atañe directamente a la conformación del Derecho Objetivo, por ser éste según el caso, la fundamentación o la negación de la garantía, que compete al ordenamiento jurídico. ¿Garantía de qué?. A nuestro entender se trata de aspectos de un mismo problema. Si el Derecho es garantía de la vida, de la libertad, de la paz, de la

justicia, del orden y de la seguridad, consecuentemente, la actividad jurisdiccional debería configurarse de tal manera que su forma y contenido guarden una estrecha relación con aquel objetivo. Es imposible concebir a la jurisdicción siguiendo una ruta diferente de aquella trazada por la marcha del Derecho Objetivo. Por eso la jurisdicción, es también, una función política, en el sentido científico en que se aplica este concepto en el Estado moderno. En tal virtud, la jurisdicción cumple a cabalidad su función de garantía cuando el Derecho Objetivo incorpora y posee entre sus objetos el mismo propósito. La experiencia relatada por Radbruch, no puede ser más concluyente. El antiderecho convertido en Derecho.

La solución de la cuestión dependerá entonces en buen porcentaje del Derecho Positivo y en particular del Derecho Procesal. Por esto, algunas legislaciones incluyen en su Derecho Constitucional disposiciones básicas, erigidas entre las garantías de la persona tales como la garantía de audiencia, la defensa o del debido proceso, la garantía de legalidad previa, extendida a los tribunales y al Derecho Procesal, la garantía de radicar exclusivamente en los jueces la potestad de imponer penas y aquella de que estos funcionarios no podrán juzgar en más de una instancia; la garantía de la motivación y razonamiento de las resoluciones judiciales y la garantía que erige, en todo caso, la interposición de recursos ante tribunales superiores, etc., etc.

Es aquí donde "la forma" de la Función Jurisdiccional adquiere características de extraordinaria importan-

cia como en ninguna otra actividad del Estado. En efecto, el elemento formal que en otros aspectos de la juridicidad ha sido relegado a un plano secundario, tiene, tratándose de la jurisdicción, una singular relevancia en el papel "tutelar" de la misma, que en caso de suplantarse o suprimirse, implica una **capitis deminutio** tanto de esta función como del Derecho.

Si el Derecho y la Jurisdicción no constituyen un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los valores a que hacemos referencia, es necesario para que el esquema formal funcione, una coordinación exacta entre el primero y la segunda, siendo importante señalar, que las posibles fallas del Derecho legislado pueden subsanarse por la segunda, tal como sucede con las lagunas, pero es muy difícil predecir la misma posibilidad cuando la falla recae en la norma procesal, porque entonces la amenaza que tal falla puede representar para obtener la realización de aquellos valores posiblemente sólo pueda enmendarse por acto del legislador, en los sistemas de Derecho escrito, como el salvadoreño. ¿Por qué? Porque los funcionarios del Órgano Judicial, no siempre poseen la capacidad y las agallas para sobrepasar su autoridad ante el eventual conflicto que puede plantear la norma secundaria frente a la Constitución, a pesar del control constitucional que difusamente les compete ejercer.

Dentro de estas ideas, a nuestro juicio, ha sido A. Rocco quién con toda precisión ha señalado las características formales que singularizan la Función Jurisdiccional, al indicar su

conurrencia en los terminos siguientes:

“1º.- un órgano especial (juez) distinto de los órganos que ejercitan las otras dos diversas funciones, la legislación y la administración, y colocado (especialmente frente a los órganos administrativos) en una condición de independencia, que le permite ejercer serena e imparcialmente su misión;

2º.- un juicio contradictorio regular, que permita tanto al que pretende la satisfacción de un interés propio como protegido por el derecho, como aquel contra el cual se invoca la tutela, hacer valer las propias razones, a fin de que la acción del órgano jurisdiccional quede en todo conforme al derecho objetivo;

3º.- un procedimiento preestablecido con formas predeterminadas, encaminado a asegurar que el cumplimiento de los intereses tutelados se realice exactamente en razón y en la medida de la tutela.” (42).

Cada uno de los elementos formales así determinados, representa una **condictio sine qua non** para que la jurisdicción cumpla cabalmente con el fin del Derecho, pues la supresión de cualquiera de ellos anularía el carácter “garante” que representa dicha actividad.

En efecto, la institucionalización del Órgano Jurisdiccional frente al Legislativo y Ejecutivo, no se limita a incorporar al sistema orgánico constitucional del Estado moderno, un or-

ganismo más con identidad particular, sino que constituye la mejor alternativa para lidiar en la complicada tarea de hacer justicia. Aceptar lo contrario, sería claudicar a una de las más preciadas conquistas del ser humano. Este organismo, como bien señala Rocco, debe estar situado ante los otros en condición de independencia para cumplir con su elevada misión, sobre todo, cuando es bien conocida la tentación de torcer el sentido de la ley por las prerrogativas que propicia el poder desde cualquiera de sus esferas.

La supresión o anulación de la independencia del Órgano Judicial y su incorporación o anexión al Órgano Ejecutivo, a pretexto de desarrollar la misma función de aplicación de las leyes equivaldría a identificar como jurisdiccionales los actos de dicho órgano con las nefastas consecuencias advertidas por Couture.

Pero además del elemento orgánico, reviste vital importancia la institucionalización del “juicio contradictorio regular”, con lo que A. Rocco quiere significar “la audiencia” que debe proporcionarse por igual, tanto al que acusa o demanda como contra aquel que se dirige la acusación o la demanda, a fin de que, la decisión del Órgano Jurisdiccional quede plenamente conforme con el Derecho.

No se trata de una “forma” adicional surgida graciosamente del legislador y sujeta a devaluación, tal como algunos se expresan despectivamente de las formas jurídicas. El juicio o proceso regular tiene mucho que ver con la configuración técnica del acto jurisdiccional a que también hace referencia Couture. En tal caso, mucho

se puede obtener y mucho se puede perder, en cuanto a la funcionalidad de la jurisdicción.

Todo depende de la sabiduría del legislador al preestablecer las formas del "procedimiento" -como tercer elemento- que ha de regir aquella "audiencia", a fin de conducir al Organó Jurisdiccional dentro de un verdadero debido proceso para proveer la sentencia mediante la cual se realice a cabalidad el Derecho.

La audiencia a nuestro entender comprende a todo el proceso, y las formas predeterminadas para su desarrollo constituyen al Derecho Procesal. En este sentido el vocablo "formas" no se limita a indicar un mero rito o solemnidad. En realidad es mucho más, porque mediante las formas procesales se hacen valer los derechos, las facultades y las cargas procesales, y de su debida regulación depende el éxito de la jurisdicción para obtener su especial finalidad traducida en los valores del Derecho.

El previo establecimiento de las "formas" de proceder en materia jurisdiccional, es otro requisito para viabilizar la "garantía" que la misma representa, pues, de no ser así, el ejercicio de la jurisdicción podría volverse incierta. En consecuencia, la legislación secundaria de orden procesal tiene una incidencia determinante para el funcionamiento de los tribunales, cuyo conocimiento es indispensable para facilitar a los interesados tanto para el ejercicio de sus derechos como la certeza y seguridad en sus planteamientos, para que la audiencia no se vuelva ilusoria, y no vaya a ocurrir lo mismo que en la antigua Roma, al ocul-

tar el procedimiento y la lista de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley (43).

Confirma la importancia y hasta cierto punto la sustantividad de las formas procesales, el reconocimiento que la Constitución ha erigido en principio rector del Derecho Procesal salvadoreño, al establecer que "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley" (44).

4.1 IMPORTANCIA DE LA LEY PROCESAL EN MATERIA JURISDICCIONAL.

La caracterización de la función jurisdiccional formulada por A. Rocco implica la inherencia de cada uno de los elementos señalados, como indispensables, para el desempeño eficaz de la función, de manera que sería impensable, para la misma, el hecho de prescindir de uno sólo de ellos. Corresponde a la legislatura la responsabilidad de propiciar en la práctica la independencia judicial, mediante una legislación que la garantice indistintamente y en cualquiera circunstancia. De igual manera corresponde al legislador propiciar la regularidad del proceso por el establecimiento de leyes procesales que además de viabilizar el justo desempeño de la función jurisdiccional encomendada a los jueces del Organó Judicial, habiliten y propicien la efectividad de los derechos que las mismas otorgan a los sujetos, que de una u otra forma participan activamente en el proceso.

En este punto la sabiduría legislativa es determinante, como ya se ha advertido en líneas anteriores y, en vista de la patente innegable relación entre las leyes procesales y el ejercicio de la función jurisdiccional, tal como puede advertirse con la caracterización de esta función, formulada por el distinguido jurista italiano, es imperativo recordar la importante contribución que pueden aportar los jueces -en materia de leyes procesales- para el perfeccionamiento de la legislación que regula la función que desempeñan.

En el pasado la Corte Suprema de Justicia, en uso de la iniciativa de ley que la Constitución salvadoreña le concedía -sin restricciones- estaba facultada para concurrir ante la Asamblea Legislativa en los periodos de sesión ordinaria para dar cuenta "de las dudas y dificultades que le hubieran ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que hubiese notado en ellas, proponiendo los correspondientes proyectos de ley", según rezaba el Código Civil entre las primeras disposiciones del Título Preliminar.

En la actualidad el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la Constitución vigente, conserva la iniciativa de ley pero restringida a las materias que la misma determina. El texto de la Constitución en el punto específico declara "Tienen exclusivamente iniciativa de ley: 3º. La Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Órgano Judicial, al ejercicio del Notariado y de la Abogacía, y la jurisdicción y competencia de los Tribunales".

No obstante la claridad de la disposición, la misma ha dado lugar para

plantear varias cuestiones. En primer lugar se cuestiona si la frase inicial de la disposición al hacer referencia a la exclusividad de aquellos a quienes se atribuye iniciativa de ley, significa también la exclusión de los demás, respecto de los casos en que particularmente se les concede. Por ejemplo, si la iniciativa de ley concedida a la Corte Suprema de Justicia, respecto de las materias que aparecen determinadas, excluye la iniciativa de ley en esas mismas materias para los demás que tienen la iniciativa de ley y si sólo se las ha concedido respecto de materias diferentes. La respuesta que se impone a tal cuestión es negativa, ya que la exclusividad se refiere solamente a los sujetos que gozan de la iniciativa de ley.

La otra cuestión concierne precisamente a la materia jurídica de los proyectos legislativos que la Constitución asigna al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto la Constitución con toda claridad determina que la Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa de ley en tres materias: 1º. Las relativas al Órgano Judicial; 2º. Las relativas al ejercicio del Notariado y de la Abogacía y 3º. Las relativas a la Jurisdicción y competencia de los tribunales.

Podría interpretarse que la Constitución en la asignación de las materias anteriormente indicadas, incurrió en la impropiedad de una repetición innecesaria, de acuerdo al argumento de que es suficiente con la enunciación de la materia señalada, en primer término -la materia relativa al Órgano Judicial- en cuyo contexto estaría comprendida la de la jurisdicción y la competencia. Si tal opinión gozare del beneficio del acierto, en

cuestiones jurídicas, las consecuencias de semejante circunstancia lejos de favorecer aquella argumentación, significa para el intérprete, la ocasión de extraer de ella todas las consecuencias jurídicas implicadas en la misma como proclamare G. Radbruch (45). Sin embargo, este no es el caso. La iniciativa de ley en materia relativa al Órgano Judicial solo hace especial referencia a las leyes que regulan la organización de los tribunales, asunto, que, sin excluir algunos aspectos procesales, trata enfáticamente de las cuestiones administrativas de dicho Órgano. En cambio la iniciativa de ley en materias relativas a la jurisdicción y a la competencia de los tribunales, implica hacer amplia referencia a las leyes reguladoras de cada una de esas categorías jurídicas y, tal regulación, corresponde a la legislación procesal.

No es posible dar crédito a la eventual opinión contraria, sin vulnerar el mismo texto de la Constitución y, sin desconocer, una de las características esenciales de la función jurisdiccional, como se ha indicado en el presente análisis. Se impone pues, concluir que la Constitución al conceder la iniciativa de ley al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la materia relacionada con la jurisdicción y la competencia de los tribunales, aquélla ha sido consecuente no sólo con la caracterización de la función que ejercen los jueces, sino también, porque nadie mejor que éstos experimentan en su rutina la vivencia real y efectiva de esa actividad jurídica. Por consiguiente la Corte Suprema de Justicia, tal como da a entender la Constitución, tiene iniciativa de ley para presentar proyectos legislativos para la aprobación de Códigos y de-

más leyes procesales, así como para obtener su derogación o reforma. Legislación, que por su objeto, siempre tiene relación con el ejercicio de la jurisdicción y la competencia de los tribunales (46).

La función jurisdiccional como se ha dejado advertido, entraña una actividad jurídica que al desarrollarse en el proceso judicial, tiene como objetivo apetecido por los sujetos particularmente interesados -las partes procesales-, a la sentencia o decisión de los jueces. Acto que viene a consistir en el acto jurisdiccional por excelencia, porque con la sentencia se da solución legal al conflicto y se obtiene la satisfacción de las pretensiones, así como la vigencia efectiva de las leyes y el Derecho.

Sin pretender el análisis de la sentencia, por corresponder a otra investigación, es pertinente referirnos a algunas de sus importantes características, desde luego que la sentencia es también el acto culminante de la actividad jurisdiccional. Todavía es preciso anticipar la aclaración pocas veces advertida, que el concepto sentencia, en su origen, estaba reservado exactamente para significar la decisión de los jueces para resolver con carácter definitivo la litis. Con posterioridad el mismo concepto fue aplicado para identificar ciertas resoluciones, que sin resolver la litis, y mucho menos, definitivamente, deciden cuestiones puramente procesales, que sólo por su importancia es posible aceptar la extensión de la denominación y, para distinguirlas del acto jurisdiccional propiamente tal, se les denomina sentencias interlocutorias, que por supuesto quedan excluidas de estas consideraciones.

La sentencia -según se anticipó- es el acto que resuelve legalmente la contienda entre las partes, por la que los jueces aplican el Derecho a una situación jurídica particular, determinan en concreto la conducta que deberá observarse o definen la situación incierta o cuestionada que la motiva, todo, con características de definitividad. A este respecto es famosa la metáfora kelseniana de que la sentencia constituye una especie de norma jurídica, con la singularidad de ser individualizada, particular o concreta.

Éstas consideraciones permiten caracterizar a la sentencia como un acto jurídico concreto, particular, creativo y por lo general inmodificable. Efectivamente, en los sistemas de Derecho escrito, como el salvadoreño, la sentencia está lejos de constituir fuente de Derecho en abstracto, tal como acontece en los sistemas anglosajones, en que la costumbre y los precedentes jurisdiccionales -de los que éstos forman parte- constituyen la principal fuente creativa de Derecho Objetivo reguladora de la conducta jurídica en general. La sentencia en nuestro sistema únicamente puede servir de inspiración a otras, ante situaciones idénticas o similares, pero esa inspiración dependerá -por adopción- de la inteligencia del juzgador, y de la libertad para asumirla en atención a su independencia, únicamente sujeta a la observancia de la Constitución y de las leyes, por disposición expresa y directa del Código Máximo. Por lo mismo, la sentencia jurisdiccional nada más produce efectos para los sujetos de la litis que por ella se resuelve.

Ha sido cuestionada la característica creativa o innovadora de la senten-

cia, a propósito de aquella famosa frase que atribuye a los Jueces, apenas, la expresión de las palabras de la ley, muy vinculada a las concepciones de los revolucionarios franceses. Cuestión que por lo demás, no tuvo ninguna posibilidad ante los Jueces británicos y norteamericanos. Reflexión especial -aunque breve- amerita en este estudio la sentencia declarativa, que en verdad hace mérito al origen del mismo concepto de Jurisdicción en sus raíces etimológicas. La sentencia declarativa, en principio, ha sido reconocida por la doctrina como el acto por el que los Jueces se limitan a declarar la existencia o no existencia de una relación jurídica o de un hecho jurídico, sin atribuir -dentro de su contenido- una prestación obligatoria para el sujeto demandado, de suerte que en sí y por sí misma, la sentencia declarativa limita sus efectos a una simple o mera declaración que viene a disipar la duda o incertidumbre que le precede y motiva, y por ende, por su propia estructura y naturaleza, es inejecutable, pues carece de los elementos necesarios para ese efecto (47).

La sentencia declarativa, en el plano del Derecho Objetivo, tiene una virtualidad semejante a la creatividad abstracta de la normatividad jurídica. La sentencia declarativa, puede ser, además, constitutiva y no sólo limitarse a la referencia lógica abstracta a que nos tiene habituados la concepción normativa del Derecho. En efecto, por medio de la sentencia declarativa puede no sólo declararse una relación jurídica o hecho jurídico preexistente, sino también declarar una situación que ha perdurado en el tiempo y que en su devenir, puede generar múltiples relaciones inter-

subjetivas y que ante la ausencia o vacío de su regulación, la sentencia puede llegar a constituirse en la base o fundamento de esa regulación inexistente. De allí la enorme importancia de esta sentencia que ha motivado en diversas latitudes del pensamiento jurídico y del Derecho Positivo, diferentes posiciones, hasta concluir con el reconocimiento general de que toda sentencia, indistintamente y con diversos énfasis y supuestos jurídicos, es y será siempre declarativa, aun cuando llegare a incorporar otros elementos constitutivos, de condena o cautelares.

En realidad toda actividad jurídica es esencialmente creativa, si se tiene en cuenta que el Derecho Objetivo por su carácter abstracto, solo representa el basamento o trasfondo de aquella actividad.

Por último, la sentencia generalmente tiene carácter definitivo. Esto significa que la cuestión una vez resuelta no puede plantearse nuevamente ante los Jueces. La sentencia en este sentido adquiere absoluta firmeza e inmutabilidad, en el supuesto de que en su producción fueron agotadas todas las instancias y recursos franqueados por la legislación procesal o se prescindió de su empleo oportuno. Cuando esta eventualidad acontece, la sentencia, según su naturaleza o calidad, puede llevarse a ejecución, inclusive forzada, en virtud de la denominada **res iudicata** o cosa juzgada cuya fundamentación reposa en la seguridad jurídica (48).

5.1 CONCEPTO DE FUNCION JURISDICCIONAL. En el lenguaje procesal y forense ha sido costumbre al referirse a la fun-

ción jurisdiccional emplear simplemente el concepto o vocablo "jurisdicción". Esa costumbre puede ser fuente de equívocos que es menester advertir, como hiciera Couture al exponer los diferentes significados que en Derecho se atribuyen al concepto jurisdicción (49). En este trabajo, y de acuerdo a todo lo que se ha relacionado el referido concepto debe entenderse como sinónimo de Función Jurisdiccional, a la que concebimos como "aquella actividad jurídica especialmente atribuida a los Jueces, a efecto de proceder legalmente a la solución de las controversias o litigios entre partes, con observación de las formas procesales, por un acto de decisión que hace efectiva la norma jurídica para la situación concreta, de modo definitivo y eficaz, cuando por algún motivo se ha visto impedido u obstaculizado su fiel acatamiento".

6.1 LA JURISDICCION VOLUNTARIA. Los textos legales y doctrinarios en materia procesal, incluyen disposiciones y comentarios a la denominada **jurisdicción voluntaria**. No queremos concluir este análisis sin hacer una breve referencia de esa denominación, la que no obstante su arraigo desde remotos tiempos, no traduce fielmente su contenido ni su objeto. A nuestro entender, la Jurisdicción Voluntaria es un procedimiento atribuido originalmente a los Jueces, confiando en la idoneidad de los mismos, para asegurar la declaración jurídica de una determinada situación y

ante la necesidad de establecer **erga omnes** su certeza y eficacia jurídicas. El ejemplo que mejor traduce la idea que antecede es la situación de los herederos presuntos, cuya denominación se debe al hecho de carecer de una declaración jurídica que asegure ante propios y extraños, la certidumbre y seguridad de esa calidad. En efecto, para que los herederos presuntos dejen esta calificación y aparezcan como herederos efectivos o simplemente herederos del causante, es necesario e inevitable proceder a la obtención de la respectiva declaratoria de herederos. Para ese objeto declarativo se instituyeron los procedimientos judiciales denominados genéricamente **trámites de jurisdicción voluntaria**, que según puede advertirse, ni constituyen jurisdicción -porque no hay litis, ni actores ni demandados- ni son voluntarias, desde luego que en caso de omitirse no se consolida la calidad que se obtiene con la declaración, que, además, no puede configurar las características rigurosas de la sentencia ni mucho menos la cosa juzgada.

El contenido de la jurisdicción voluntaria es también variado o diverso. Por regla general esta actividad ha

sido confiada a los Jueces competentes en materia civil, pero nada impide que según la materia de la declaración, incluya a los otros Jueces. En El Salvador en los últimos tiempos algunos de los contenidos declarativos de la jurisdicción voluntaria han sido confiados a los notarios, consecuente con el ministerio de la fe pública que a ellos concede la legislación notarial.

Por último, no debe confundirse a la jurisdicción propiamente tal con una de sus parcelas como es la **competencia**, y mucho menos con las denominaciones de esta, según la materia jurídica, que ha dado lugar a una supuesta clasificación de la jurisdicción. Por tratarse de una función la jurisdicción no admite clasificaciones, como no la admitiría la función legislativa tan sólo por el hecho de producir leyes de diferentes materias. La función jurisdiccional, como las demás, en su caso, es sólo el curso que debe observar la actividad jurídica del Estado para la emisión del respectivo acto jurídico. La sentencia, como producto de la función jurisdiccional o simplemente jurisdicción, si admite clasificaciones, como también en sus respectivos casos pueden clasificarse los actos legislativos y los actos administrativos, pero la función de la que se originan es en todo caso la misma. Por esa razón la jurisdicción técnicamente no admite clasificación alguna (50).

Referencias:

- (1) Empleamos los conceptos de "actividad jurídica" y "actividad del Estado" para dejar establecido que hacemos referencia a un aspecto de la realidad en la vida cotidiana.
- (2) Nuestra opinión sobre "el ser" del Derecho fue objeto de estudio en la tesis "La Integración del Derecho", aprobada previa obtención al grado académico en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

de la Universidad de El Salvador, en septiembre de 1970. En la parte primera confrontamos la teoría de H. Kelsen y C. Cossio. Para el primero el Derecho es norma jurídica y sólo norma (tesis); para el segundo el Derecho es conducta en interferencia inter-subjetiva y sólo éso (análisis), y la norma queda reducida a mero concepto lógico o pensamiento jurídico. Para el suscrito el verdadero Derecho no puede excluir ninguno de ambos elementos, sino, por el contrario, al integrarse le constituyen en su ser auténtico y total (síntesis). En la parte segunda anali-

zamos la problemática que se confronta en la aplicación de la normativa jurídica advertida por F. Carnellutti, problema de selección, problema de interpretación y problema de integración de las normas jurídicas.

- (3) Nos basamos en la versión del Dr. Hans Kelsen editada por Editora Nacional "La Teoría Pura del Derecho". Introducción a la Problemática Científica del Derecho, 2ª Edición, México D. F. También puede consultarse en relación al normativismo jurídico a LEGAZ Y LACAMBRA, L. Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 3ª Edición, pág. 361.
- (4) KELSEN, H., ob. Cit. Pág. 47.
- (5) RECASENS SICHES, L., Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa S. A., México 6ª Edición, pág. 157. REAL E, M., Filosofía del Derecho, Pirámide S. A., Madrid, Prologo.
- (6) En la dimensión sociológica del Derecho por lo general se hace referencia a la realización de la conducta y su relación con la norma jurídica que la postula. La Teoría Ecológica del Derecho particularmente no es sociología jurídica y cuando identifica al ser del Derecho con la conducta, esta es considerada como estructura jurídica en el mismo sentido en que la norma fue considerada por Kelsen.
- (7) Al respecto puede consultarse a Radbruch G., Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México 3ª Edición pág. 11; LEGAZ Y LACAMBRA, L., Ob. Cit. Pág. 54 y 55.
- (8) APTALION, GARCIAOLANO Y VILANOVA, Introducción al Derecho, La Ley S. A., Buenos Aires, 8ª Edición. Pág. 132 y 133 donde explican la conceptualización del comportamiento de la norma. KELSEN, H. Ob. Cit. Pág. 52.
- (9) Sobre el derecho subjetivo véase a PACHECO GOMEZ, M. Teoría del Derecho, E. Jurídica de Chile, 4ª Edición, Cap. VI.
- (10) GARCIA MAYNEZ, E. Lógica del Juicio Jurídico, en Ensayos Filosófico-Jurídicos, Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras, Veracruz, pág. 247.
- (11) HELLER, H., Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México 8ª Edición, pág. 31.
- (12) DILTHEY, W., Introducción a las Ciencias del Espíritu, Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires, pág. 73.
- (13) JELLINEK, G., Teoría General del Estado, Continental S. A., México, 2ª Edición, pág. 486.
- (14) SECONDAT, C. L., barón de la Brede y de Montesquieu, El Espíritu de las Leyes, Libro XI, Porrúa S. A., México, 1ª Edición, pág. 103.
- (15) JELLINEK, G., Ob. Cit. Pág. 409; HELLER, H., Ob. Cit. Pág. 256.
- (16) El artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece "La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica. Si en la sentencia se declara que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarlos, so pretexto de las facultades que conceden los artículos de la Constitución Política".
- (17) El ante-juzicio que debe observarse para proceder a quitar el fuero de los diputados de la Asamblea Legislativa, efectivamente, posee las formas del proceso jurisdiccional en lo referente a la tramitación. El artículo 236 de la Constitución, entre otras disposiciones contiene el texto siguiente "La Asamblea, oyendo a un fiscal de su seno y al indicado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa".
- (18) Al respecto puede verse nuestro ensayo "El Debido Proceso Legal", Revista de Derecho Constitucional número seis, Enero-Marzo 1993, pág. 40 y 41 "Los órganos legislativos, la Asamblea Legislativa, el Ejecutivo, las Alcaldías y Organos descentralizados del Estado en su caso carecen constitucionalmente de toda competencia para privar o menoscabar jurídicamente a persona alguna, de su vida, su libertad, su propiedad o posesión o de cualquiera de sus otros derechos, constitucionalmente compete únicamente a los tribunales de justicia decretar la pérdida o restitución de aquellos derechos, en un proceso previamente regulado, en el que se acredita la vigencia de los principios formativos del proceso".
- (19) Artículo 172 Cn.
- (20) KELSEN, H., Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 2ª Edición, pág. 320.
- (21) Puede ampliarse el estudio de esta cuestión al consultar a CARRE DE MALBERG, R. Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Edición, págs. 272 y ss. También de RUFFIA, P.B., Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, págs. 387 y ss.
- (22) Reiteradamente venimos sosteniendo que la cuestión de las fuentes del Derecho Objetivo debe resolverse con base en la Constitución, la que por ahora ha reconocido únicamente las fuentes de normatividad escrita -leyes, reglamentos, ordenanzas municipales - descartando a la jurisprudencia aun en el caso de la casación, cuya fuerza normativa se limita a franquear el recurso, al ser desatendida por los Jueces de instancia, señal inequívoca de nuestro acierto. La pretensión contraria a nuestro entender es violatoria de la Constitución, cualesquiera sean las justificaciones con que pretende afianzarse la opinión contraria.
- (23) DUGUIT, L., Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, París, pág. 145.
- (24) DIEZ, M.M., Derecho Administrativo, Tomo I, Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª Edición, pág. 106 "La administración, que sería la principal actividad del Organismo Ejecutivo, podría definirse, desde el punto de vista material, como la actividad práctica que el Estado desarrolla para satisfacer de modo inmediato los intereses públicos que asume como propios".
- (25) COUTURE, E. J., Ob. Cit., pág. 9. Hace una relación sintética de la autotutela, autocomposición y heterocomposición, vistas en la actualidad, que

en nuestra opinión cada una de ellas marca la evolución y trayectoria histórica del método de solución experimentado hasta el apareamiento de la jurisdicción. ALCINA, H., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I., EDIAR S.A., Buenos Aires, 2ª. Edición págs. 24 y ss.

- (26) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 19.
- (27) EXODO, La Santa Biblia, antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera Cap. 21, ver. 23 al 25. 2Mas si hubiere muerte pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe". GUIER, J. E. Historia del Derecho, Primera Parte E. Costa Rica, 1ª. Edición, pág. 202 "Dura como puede parecer a primera vista esta ley, sirvió muchísimo en el avance humanitario del derecho, pues ya por un golpe no se arriesgaba a tomar una cruel venganza que pudieran terminar con una vida"
- (28) ALCINA, H., Ob. Cit., Tomo I, pág. 305
- (29) Es notable cómo la Constitución de 1983, por vez primera en El Salvador hace mención expresa de la Función Jurisdiccional y al referirse a su ejercicio por los Magistrados y Jueces, define la independencia de éstos; con sujeción únicamente a la misma Constitución y a las leyes.
- (30) CARRE DE MALBERG, R., Ob. Cit., pág. 629
- (31) Ibidem.
- (32) Ibidem.
- (33) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 303
- (34) FRAGA, G., Derecho Administrativo, Porrúa S. A., México, 15ª. Edición, pág. 45.
- (35) La especial garantía a que se hace referencia aparece confirmada explícita o implícitamente, en el artículo II de la Constitución al prescribir que "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Esta garantía tiene íntima relación con la idea del "debido proceso" desarrollada en América y, con la denominación conceptual, de la "Tutela judicial efectiva", como place exponer a los juristas hispanos, todo, con las respectivas particularidades. La cuestión es que de ningún derecho puede ser privada persona alguna, sin la mediación de los Jueces o de la jurisdicción.
- (36) BODENHEIMER, E., Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires, 3ª. Edición, pág. 18.
- (37) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 159.
- (38) CARRE DE MALBERG, R., Ob. Cit. Pág. 427 y ss.
- (39) CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Cárdenas Editor, México, 1ª. Edición, pág. 9.
- (40) COUTURE, E. J., Ob. Cit. Pág. 31.
- (41) RADBRUCH, G., *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes*, pág. 4. Con el título Derecho Injusto y Derecho Nulo, Aguilar S. A., Madrid, publicó tres trabajos, el primero con la denominación al principio citado, que pertenece al autor antes indicado y los otros dos que corresponden a Eberhard Schmit - La Ley y los Jueces - y Hans Welzel - El Problema de la Validez del Derecho -.
- (42) ROCCO, A., La Sentencia Civil., Editorial Stylo, México, pág. 26 y ss.
- (43) PETIT, E., Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 43.
- (44) El artículo 15 de la Constitución establece "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley". Esta disposición con otras ya citadas cierran el esquema concebido antes por Arturo Rocco y los procesalistas que conciben a la Jurisdicción como la garantía a que se hace referencia.
- (45) RADBRUCH, G., Ob. Cit., Pág. 9 "La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del Derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Esto es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica. La interpretación filológica es siempre un repensar de algo anteriormente pensado (el conocimiento de lo ya conocido, dice August Baeckh). La interpretación jurídica, por el contrario, consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso del pensamiento".
- (46) El que mejor ha comprendido y expuesto la íntima relación entre las normas procesales (Códigos y leyes del procedimiento - y la jurisdicción y competencia, sin duda es Hugo Alsina, quien reiteradamente alude a esa relación al tratar el tema desde el inicio de su Tratado, obra ya citada, y a cuya consulta debemos remitir a quienes interese ampliar el conocimiento de los planteamientos. Damos crédito al razonamiento de que por ningún motivo puede juzgarse como inconstitucional la iniciativa de ley de parte de la Corte Suprema de Justicia cuando tal iniciativa tiene por contenido proyectos de legislación procesal cuya aplicación pertenece a los tribunales del Órgano Judicial.
- (47) CHIOVENDA, G., Ensayos de Derecho Procesal Civil, Acciones y Sentencias de Declaración de Mera Certeza, EJE A - Bosh y Cía., Chile - Buenos Aires, Colección Ciencia del Proceso, págs. 131 y ss.
- (48) Se distinguen dos especies de la cosa juzgada. La cosa juzgada material acompañada de las características de la inmutabilidad, no impugnabilidad y coercibilidad. La cosa juzgada formal es a la que falta la inmutabilidad porque permite, de acuerdo a las circunstancias sobrevinientes, mutar el fallo por otro, tal como puede acontecer con la sentencia dada en materia de alimentos.
- (49) COUTURE, E. J., Ob. Cit., pág. 27 y ss.
- (50) Es impropio hablar de jurisdicción penal o de jurisdicción civil, etc. etc., denominaciones que por arraigo y tradición se siguen empleando.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Prólogo a Caos y Derecho

Por: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz *

Para mejor comprender lo aparentemente absurdo del contenido de este libro, inicio con una cita del nombre "*las siete leyes del caos la ventaja de una vida caótica*"

¿Qué es exactamente el caos? La respuesta tiene muchas facetas y requiere una pequeña explicación. Para empezar el caos resulta ser una realidad bastante más sutil que la idea común de una confusión ocurrida al azar: barajar un mazo de cartas, el rodar de la bola en la ruleta o el estrépito de una piedra desprendida al caer por la ladera rocosa de una montaña. El término científico "caos" se refiere a una interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios. La ciencia del caos se centra en los modelos ocultos, en los matices, en la "sensibilidad" de las cosas y en las "reglas".

Sobre cómo lo impredecible conduce a lo nuevo. Se trata de un intento por

comprender los movimientos que crean las tormentas, las riadas, los huracanes, los acantilados, los litorales escarpados y modelos complejos de todo tipo, desde los deltas de los ríos hasta el sistema nervioso o los vasos sanguíneos de nuestro cuerpo. Empecemos esta aproximación echándole un vistazo al caos según aparece en cuatro imágenes muy diferentes.

En una fotografía, tomada por el telescopio espacial Hubble, muestra una colisión entre dos galaxias. Como una piedra arrojada en un estanque, ese violento encuentro provocó una onda de energía dirigida hacia el espacio, una emanación de polvo y gases expulsados a una velocidad de casi 350.000 kilómetros por hora.

Esto nos recuerda bastante nuestra idea tradicional de caos; sin embargo, dentro de ese anillo exterior de gases calientes, están naciendo miles de millones de nuevas estrellas. De ello se deduce que el caos es, al tiempo, muerte y nacimiento, destrucción y creación. Fuera del caos de los gases primigenios, se desarrollaron mu-

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales graduado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, UES. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

chas clases de órdenes estables, incluyendo probablemente la órbitas, muy predecibles, de sistemas planetarios como el nuestro. Las partículas subatómicas formadas en los primeros instantes del Big Bang, del nacimiento del cosmos, aún se encuentran dentro de nuestros cuerpos en formas ordenadas. Cuando morimos, retornan al flujo de caos que sigue trabajando tanto aquí en la Tierra como esta explosión galáctica. En un sentido profundo, esa fotografía es un retrato del caos de cada uno de nosotros.

Otra fotografía muestra la turbulencia de un arroyo de montaña. Aquí, el aparente desorden enmascara un modelo subyacente. Siéntese junto a esa corriente y comenzará a darse cuenta de que es, simultáneamente, estable y siempre cambiante. La turbulencia del agua genera formas complejas que se renuevan constantemente: de ahí que ese arroyo sea un metáfora de nosotros mismos. Como el arroyo, nuestros cuerpos se renuevan constantemente, en la medida en que la células son remplazadas regularmente. Mientras tanto, ese "yo", que creemos que está en el interior de nuestro cuerpo, en nuestro centro psicológico, está sometido al cambio constante. Todos somos la "misma" persona que éramos diez años atrás y también, sustancialmente, una nueva persona. Pero aún podemos ir más allá.

En el interior de las construcciones matemáticas, ordenadas lógicamente, se esconde un turbulento juego de números que reciben su nombre de Benoit Mandelbrot, el matemático que los descubrió y al que hicieron famoso. Piensen el área representa-

da dentro del marco rectangular de la fotografía como en la nieve densa y microscópica de una pantalla de televisor. Cada punto corresponde a un número y es coloreado en blanco o en negro en función de como ha reaccionado cuando ha sido introducido en una ecuación. Cuando la ecuación es "reiterada" o reformulada como tal una otra vez, el número crece o decrece hasta cero.

La amplia zona blanca de modelo esta compuesta por puntos en los que los números decrecieron hasta cero o permanecieron en él. Pero en la región que se extiende a lo largo del límite del área blanca ocurre algo extraño: en esa parte, los números crean modelos en forma de burbujas o estrias como formas de vida extrañas, y las fronteras se llenan con toda clase de repeticiones impredecibles. Esa conducta extraña, muestra que el caos y su orden paradójico yace oculto incluso dentro de los confines de la pura lógica matemática. A mucha gente le parece increíble bello y atractivo ese objeto matemático. En efecto, una de las características más importantes de nuestra nueva comprensión del caos en su atractivo estético.

La cultura científica que desde hace cien años nos domina cada vez con mayor intensidad -algunos dirían que incluso somos sus prisioneros- ve el mundo en términos de análisis de cuantificación, simetrías y mecanismos. El caos, podemos comenzar a ver al espejo, extraños, sorprendentes y sutiles relaciones, además de la permanente fascinación de lo desconocido. El caos nos permite ver el mundo como lo han visto los artistas durante miles de años.

Deseo recordar el pensamiento de Moshinsky, que cumple ya más de 40 años...

"La manera más efectiva de enseñar a pensar en las Universidades es a través de la investigación y sería más deseable que ésta se iniciara lo más temprano posible en el proceso educativo. En la actualidad generalmente comienza en el ciclo de postgrado que lleva el doctorado y, por ello, no afecta a la gran masa de estudiantes que se limitan a cursos equivalentes a licenciatura. El contacto del investigador con el estudiante, para atacar conjuntamente un problema que nunca se había resuelto antes, constituye el aspecto más íntimo, profundo y eficaz de la enseñanza..."

Evidentemente para comprender algo debemos investigar. Debemos comprender además que el cambio es la esencia de la naturaleza y de la sociedad. Uno es el derecho entre los griegos, otro el de los romanos, otro el que engendra la Revolución Francesa. Vacilo en decirlo por ser demasiado evidente que no debemos confundir derecho con ley. Necesitamos además la necesidad general que ya nos indicaron Hegel y Marx, en el siglo pasado de pasar por la ruta de lo concreto pensado a lo concreto concreto; y para ello es requerido un regreso y una elevación. Así enriqueceremos las nociones abstractas con la múltiples determinaciones de las cuales lo real es portador.

Es en el contenido de la demostración, antes que en su significado general, en el que debemos centrar nuestra atención. Resulta que en el derecho, al igual que en la economía, los juris-

tas arrancaron de la representación caótica de un todo para llegar, por fases sucesivas, a conceptos simples: la ley, el contrato, el interés general, etcetera. Este es el itinerario histórico que la ciencia jurídica continúa proponiendo hoy: mostrar relaciones abstractas entre los sujetos jurídicos que, de esta manera, pueden aparecer como determinantes. Sin embargo, necesitamos recorrer el camino inverso, necesitamos regresar a lo real, o lo concreto.

Por supuesto desde cierto ángulo el positivismo sigue reinando. Sobre todo en nuestro país, El Salvador, proliferan las leyes, se contradicen las unas a las otras, y hasta tenemos artículos inconstitucionales en la propia Constitución. La tarea emprendida por el Dr. Isidro Menéndez en el siglo pasado se repite, multiplicada a la impotencia

Considero necesario referirme a la crítica más seria que se ha hecho a la metodología tradicional en la investigación de la materia.

a) La forma jurídica en el sentido técnico del derecho.

Este es el significado más usual para los juristas, al cual los estudiantes deben referirse irremediamente cuando los cursos hablan de los requisitos formales de un acto jurídico. Es la palabra que resume las formalidades, las prácticas formalistas necesarias para la puesta en marcha de una pretensión jurídica.

Como es sabido, éstas prácticas constituirían la herencia del derecho más arcaico, del derecho cuyas fórmulas eran todavía rituales y en el cual la

corrección de la palabra usada tenía más importancia que las exigencias de la voluntad. Se nos ha enseñado que el derecho moderno habría sustituido, en la medida de lo posible, la expresión del formalismo por la de la voluntad, es decir, de la esencia del sujeto. Pero sabemos también que esta conquista del raciocinio sobre las fórmulas dista mucho de ser completa y que subsisten todavía muchas formalidades en la vida jurídica. Podría incluso afirmarse que para el profano esto constituye el aspecto más evidente del derecho: éste es ante todo un universo kafkiano de ritos oscuros sin los cuales toda la buena fe y todas las pretensiones se quedarían sin efecto.

No es este sentido técnico el que nos permitirá comprender la "forma jurídica" como categoría de análisis, ya que no tendría valor alguno como concepto, sino únicamente una utilidad práctica, ¡tomada directamente de la misma técnica jurídica que supuestamente estamos estudiando! Sería una consecuencia desastrosa de la confusión entre objeto de análisis e instrumento de análisis.

b) La forma jurídica en la escuela formalista.

Sabemos que toda una escuela doctrinal se ha fundamentado en el concepto de forma de derecho, y en particular con Kelsen, en su aceptación normativa. Estos juristas que pretendieron separar las ciencias del hecho de las ciencias del deber, nos enseñan que el sistema jurídico no puede ser aprehendido sino como un conjunto en el cual se combinan normas y actos cuyo contenido importa, finalmente, muy poco: porque lo que es deter-

minante en el derecho no es ni el sistema de causalidad, ni el sistema de valor moral de sus prescripciones; es el principio de imputabilidad, que permite iniciar que A existe, entonces B también "debe" existir.

Es evidente que no puede pasarse por alto tan importante tentativa, debido a su coherencia y a su capacidad sintética para explicar el derecho. Sin embargo, si nosotros no nos adherimos a ella se debe a que tal concepción de la forma jurídica se fundamenta en una separación entre forma y contenido que, nos parece, obedece a criterios metafísicos y empobrece el conocimiento de lo real. Porque si bien el derecho es un sistema hecho de signos y de correspondencias, no resulta irrevelante que asuma aquí tal contenido y allá tal otro. Una teoría del derecho como forma jurídica no puede eludir esta cuestión.

Es verdad, que, de manera general, el concepto de "forma" está tomado de la corriente de la filosofía idealista. No es casual que Marx, se plantee la cuestión de la vida de las formas, de las categorías como existencia independiente tomando él mismo la crítica de Hegel. Para éste como se sabe, la categoría "forma" es extremadamente importante: si el contenido de la Idea es objetivamente existente en sí, su realización requiere necesariamente el paso a una forma que es el para sí, es decir, el paso a la subjetividad. Para tomar un solo ejemplo, el poder de los "estados" (representación de tipo parlamentario) es el momento de la participación del pueblo en el Estado, o sea, la posibilidad de realizar lo universal, a partir de lo empírico, de lo social. Es en este sentido que la Filosofía idealista de Hegel

no está, sin embargo, suspendida en el aire, puesto que lo concreto empírico recibe en ella un estatuto, aunque de cierta manera subordinado, pero importante y necesario de el cumplimiento de la Idea.

Podría entonces pensarse, en el sentido filosófico, que la "forma jurídica" constituiría el momento de la realización de la libertad. Esto es lo que afirman numerosos juristas, en términos apenas menos filosóficos. En este sentido, la forma jurídica aparece, en ciertas fases de la historia, como el surgimiento de una mediación que separa lo social de lo político —gracias a la cual la fuerza no puede ser bruta, ya que es mediada, canalizada por el derecho. Esta corriente altamente idealista experimenta, desde hace algunos años, un resurgimiento más o menos espectacular a propósito del Estado de Derecho; y se alimenta de todas las desilusiones o los temores hacia las experiencias socialistas.

Se entiende que en esas condiciones, resulta muy delicado hablar de lo "forma jurídica" sin incurrir en esta acepción.

No obstante ello, es sobre esta misma base que podemos construir nuestra propia hipótesis de trabajo de la misma manera que Marx parte de las categorías deslindadas por la economía política clásica.

La forma jurídica no puede ser ni la reunión de todos los formalismos técnicos del derecho, ni esa sustancia que atraviesa la historia para realizarla. Para volver a poner las cosas sobre sus pies, no puede ser sino una forma dotada del contenido materia-

lista del cual hablamos: es decir, la expresión de una relación social.

Así, pues, cuando Marx habla de la forma-valor, de la forma-mercancía, o de la forma-dinero, no se refiere en lo absoluto a formas puras, sino tan sólo a la concreción abstracta de una relación social de la que el capital constituye la forma general. Las categorías más abstractas y elementales de la economía sólo tienen sentido en la medida en que permiten, por medio de fases sucesivas, cargar todo el peso de lo concreto y reconstruir el conjunto de las relaciones sociales. En efecto, tal o cual categoría considerada en sí misma (por ejemplo, el valor de cambio) parece eterna: sin embargo, "no puede existir sino bajo la forma de una relación unilateral y abstraída de un todo concreto, vivo y ya dado". En otros términos, la "forma", considerada como categoría simple, es pobre en determinaciones y es muy poco lo que aporta; sólo se convierte en una valiosa herramienta para la comprensión del mundo concreto cuando la cargamos con toda la síntesis de las determinaciones propias de una sociedad dada que tiene una organización social, económica y una producción política determinadas.

En otros términos, ésta "forma" sólo tiene sentido como forma de un contenido particular a tal o cual modo de producción. Este punto es explicado ampliamente por Marx a partir de la categoría "trabajo", que aparece ser una categoría muy simple y extremadamente antigua, al igual que el derecho, que también parece ser una idea universal. Sin embargo, concluye al término de su demostración: *"éste ejemplo del trabajo muestra con toda evidencia que hasta las catego-*

rias más abstractas, si bien son válidas (precisamente a causa de su naturaleza abstracta) para todas las épocas, no dejan de ser, sin embargo, en la forma determinada de esta abstracción misma, el producto de condiciones históricas y sólo resultan plenamente válidas para estas condiciones y en el marco de éstas".

En esta tarea, precisamente, tenemos que empeñarnos para analizar la forma jurídica.

¿Qué es lo que ocurre, en concreto, cuando tratamos de aprehender la forma jurídica como la expresión de una relación social dentro de condiciones históricas determinadas?

Tenemos ahora que referirnos a la Escuela Marxista Francesa, y para ello nos permitimos una cita relativamente larga de Michell Miaille.

"A todas luces, la idea abstracta de forma jurídica parece ser una de esas "categorías" de existencia antediluviana, al igual que el trabajo o el valor de cambio. Este postulado haría de dicha forma jurídica "una categoría de existencia independiente".

Es preciso, antes que nada, denunciar un equívoco que atañe al procedimiento seguido generalmente por los juristas. Estos no sólo se preguntan lo que es el derecho en general, sin relacionarlo jamás con un sistema social determinado, sino que piensan, además, que tal cuestión se resolverá cuando se descubra un no sé qué en la regla jurídica que hace que ésta sea precisamente jurídica.

Toda la indagación de los juristas es; en este sentido, sustancialista, aun cuando ellos mismo tengan pretensio-

nes formalistas: ¿cómo puede la regla jurídica, cualquiera que sea su contenido, entrañar un particularismo que la distinga de toda otra norma social y que podría denominarse "juridicidad"? Sin embargo, es muy probable que tal búsqueda de lo jurídico "en sí" resulte tan decepcionante como la búsqueda de lo económico "en sí".

Sea como fuere, contamos con la visión retrospectiva que nos proporciona la investigación de Marx sobre lo económico. En efecto, ¿en qué consiste su aporte, en particular con relación a los economistas clásicos? Marx demostró que es inútil querer calificar a la economía como una entidad en sí: por ejemplo, como la búsqueda de la riqueza (pero, ¿qué es la riqueza?), como la lucha contra la escasez (pero ¿qué es la escasez?) o la satisfacción de las necesidades (pero ¿qué es una necesidad?). Sabemos ahora que la riqueza, la escasez y las necesidades son nociones muy relativas al sistema social en el cual éstas pueden realizarse.

Resulta, entonces, inútil partir del derecho o de la regla jurídica para definir la "juridicidad" en sí: es necesario partir del sistema social en el que existen ciertas reglas jurídicas y, aprehendiendo el nexo entre éstas y aquel, poner en evidencia la manera como el sistema califica tal prescripción como jurídica y tal otra como no jurídica. De no proceder así nos exponemos a graves desilusiones, pues cierta descripción jurídica en el Antiguo Régimen (el suicidio, es un delito) ya no forma parte del orden jurídico actual; o al contrario, cierta obligación moral (mandar a los hijos a la escuela) se ha convertido hoy día en una obligación jurídica. Nadie logrará encontrar en la obligación este algo que la ha trans-

formado en regla jurídica o la ha reducido al estado civil.

De ahí que, metodológicamente hablando, el único procedimiento correcto sea el que postula como premisa el conocimiento del sistema social que atribuye según su lógica, es decir, según la naturaleza de sus contradicciones, tal o cual lugar a lo jurídico y, más aún, tal o cual característica a este jurídico.

Fuera de ésta perspectiva, no podremos dar de lo jurídico "en general" sino una definición vaga, del tipo: conjunto de prácticas e instituciones que organizan el orden social bajo la forma normativa, a partir de las contradicciones de intereses –del mismo modo que "lo económico"– en general puede definirse como "la apropiación de la naturaleza por parte de la sociedad". Semejante definición no resulta muy útil para conocer determinado sistema jurídico: no constituye sino "una generalidad, una abstracción muy pobre de determinaciones históricas o naturales, anterior a la definición de categorías más concretas". Ahora bien, ante esta problemática, Marx da una respuesta indefinida: "depende". Dicho de otra manera, la categoría como abstracción es universal; pero como categoría realizada en el proceso histórico real no existe más que en condiciones muy peculiares. Esto, precisamente, nos permite vislumbrar el itinerario a seguir para plantear nuestra hipótesis, tanto sobre la forma jurídica burguesa como, por ende, sobre el estatus que puede corresponder a ésta en tal tipo de sociedad.

Para simplificar, demos inmediatamente el sentido de nuestra demostración: la categoría "norma jurídica" puede existir mucho antes que la forma jurídica, del mismo modo que "el

dinero puede existir y ha existido históricamente antes de que existiera el capital" Y para llevar nuestro razonamiento hasta sus últimas consecuencias lógicas hay que afirmar, como hizo Marx a propósito de la economía capitalista, que "la sociedad burguesa es la organización histórica de la producción más desarrollada y mas variada que existe". Dicho de otra manera, si bien existen reglas jurídicas en las sociedades precapitalistas, es sólo en la sociedad burguesa en donde podemos hablar de "forma jurídica", en un sentido que nos corresponde ahora precisar".

Pero ahora resulta que el desarrollo científico y tecnológico ha alcanzado niveles tan altos que escapan cotidianamente a la juridicidad preestablecida. Además la globalización del derecho en todas las áreas, destrozando principios como el de la retroactividad en materia penal, crea otra problemática.

Es difícil caracterizar cualquier época ya que el pasado persiste y el futuro continuamente asombra. Sin embargo nos atrevemos a afirmar que nos encontramos bajo la dictadura de las grandes transnacionales. Es una forma que trasciende el capitalismo clásico y muta hacia estadios indeterminados.

Transcribiremos algunos párrafos que nos contradicen y apoyan: primero, si retomamos lo que plantea Poulantzas, lo económico ocuparía, en el modo de producción capitalista, un lugar no solamente determinante, sino también dominante. ¿No permite la autonomía de lo económico pensar la vida social directamente en términos de mercado, de intercambios, de valor, etcétera? Dicho de otra manera, ¿no sería una ilusión de juristas considerar el derecho como una

forma general? Máxime cuando esto se hace en nombre de una posición crítica, ¡lo cual permitiría dar un nuevo brillo al blasón de los juristas y recuperar un terreno disputado! (Cf. Dezalay y Batailhon, artículo sobre la defensa sospechosa de la norma entre los juristas, *Le Monde*.)

Por otra parte, y siguiendo a la escuela de Foucault, ¿no debería considerarse esta visión jurídica del mundo como una visión rebasada?. Hoy, la disciplina de los cuerpos y de los espíritus sustituye, de manera mucho más sutil, la represión formulada por el derecho de ayer. Precisamente, el tiempo de la "norma" —normalización, normatividad— ya no es el de la "ley".

A esta segunda objeción puede responderse afirmando que no solamente el derecho conserva todavía una importante fusión de organización social en nuestras sociedades, sino también que constituye incluso el marco estatal en el que son moldeadas estas nuevas prescripciones normativas. Corremos el riesgo de perder mucho con la idea de que "el poder está en todas partes", de que "es el nombre dado una estrategia" (Foucault, *La voluntad de saber*, tomo I) si olvidamos que ejerce y se desarrolla unificando prácticas inconexas, no sólo en el seno del aparato estatal, sino también en el seno de la forma Estado. ¿Cómo discurrir para que resalten estas líneas que unen a las diferentes estrategias, que dividen al universo social, sino relacionándolas con el Estado? Porque, en definitiva, es esto lo que distingue la sociedad burguesa de la sociedad feudal: el tener un marco de referencia que se presenta como homogéneo: el marco estatal.

En cuanto a la primera objeción, diremos que lo que en ella está en jue-

go es concretamente la utilización de las categorías económicas o de las categorías jurídicas. En efecto, si es evidente que el intercambio, el mercado y el valor son nociones y realidades que estructuran la sociedad burguesa, no es menos evidente que estas nociones y estas realidades son pluridimensionales: el intercambio, al igual que el valor, tienen un significado jurídico. Conceder toda la importancia al aspecto económico "en contra" del aspecto jurídico es una elección puramente arbitraria. Al contrario, la idea de que "el derecho debe ser todo", según la fórmula de Engels, no puede ser considerada como simple "ideología" en el sentido de fantasmagoría. Reconocer "las partes del derecho" como forma dominante no equivale, ciertamente, a atribuir a esta parte una naturaleza superior o indiscutible; es tratar de explicar un modo peculiar de regulación social. Lo importante es proponer una explicación económica. Precizando más: la manera como distintas mediaciones de tipo "jurídico" son indispensables para el funcionamiento de una relación social nos permite iniciar el estudio de todos estos rodeos, gracias a los cuales "lo económico se abre camino entre una masa de azares", según la expresión de Engels.

Los anteriores juristas creían honestamente haber creado una norma jurídica cuasi perfecta.

Como es sabido, éstos no son avaros para demostrar y ostentar los méritos de la racionalidad del derecho burgués —y por lo demás, tales observaciones no carecen de cierto interés: del mismo modo que el catolicismo no era gratuitamente la forma dominante de la sociedad feudal, tampoco es gratuito que el derecho constituya actualmente esta forma dominante. Y hoy,

además, la expansión del derecho burgués, especialmente en su forma occidental, a casi todas las sociedades dominantes del pos y del neocolonialismo, plantea también la cuestión de la especificidad de esta forma, es decir, de su sorprendente adaptabilidad y de su conquista de amplios territorios.

Para avanzar en esta dirección es preciso retomar la manera como los juristas clásicos analizan el derecho burgués: está claro que existe en sus exposiciones, no una explicación real (dado su método) sino el indicio de problemas reales: esto es lo que nos importa. ¿Qué es lo que puede leerse en los manuales sobre el derecho burgués, calificado en la mayoría de los casos como derecho “moderno”? A propósito del código civil francés del 1804 se habla de una “obra de magistrados realista, preocupados por establecer reglas claras prácticas (...) obra de sabiduría y de moderación y no de partidarios (...) el espíritu general es el espíritu individualista liberal”. La apreciación crítica del código permite señalar, entre sus principales cualidades, las de forma (lenguaje simple y claro, fórmulas simples, técnica reducida) y de fondo: “el sello del genio francés, hecho de espíritu de progreso y de sentido de la medida”, por la conciliación de corrientes hasta entonces opuestas, que conservan las conquistas de la revolución y a la vez restaura los valores del antiguo derecho relativos, en particular, a la familia, y las técnicas del derecho romano considerado como un modelo. El análisis de la situación actual, después de haber recordado la extraordinaria fortuna del código francés en el extranjero, permite mostrar la compleja interpretación actual del pensamiento liberal inicial con las necesidades de socialización surgidas de la vida moderna. Como se advierte,

la cualidad de presentación del derecho burgués actual. Sin embargo, a propósito del derecho comparado los autores deben, al mismo tiempo, presentar las diferentes familias de derecho burgués, entre las cuales se hallan la familia romano-germánica y la de los países del common law (se sustraen de esta presentación los derechos socialistas y los sistemas “exóticos” africanos y asiáticos). Dicho en otros términos, la codificación a la francesa no puede ser considerada como la única expresión del derecho burgués –si bien continúa siendo interpretada como la más racional, aquélla hacia la cual tienden hoy día los sistemas del common law.

Esta presentación de los clásicos nos proporciona los elementos del problema planteado: la forma jurídica, bajo categorías variadas en el curso de la historia, se caracteriza por su capacidad de integración y, digamos, su capacidad para ser una mediación de contradicciones. Quizá sea ésta su gran especificidad: integrar y representar las contradicciones, contrariamente a los demás sistemas prescriptivos que se han desarrollado en otras sociedades.

¿Cómo analizar esa capacidad? Con respecto a los trabajos clásicos de Pashukanis, ¿cómo hacer progresar el conocimiento de esta forma jurídica? En este itinerario en dos tiempos el que nos proponemos seguir ahora.

¿Será posible averiguar qué es el derecho? Si lo jurídico es indispensable para que una formación social pueda existir, ¿cómo están difícil descifrarlo?. ¿Es el caos omnipotente quien lo impide?

En este ensayo, y con la inspiración de la Escuela Jurídica Francesa intentaremos aportar a tan espinoso tema.

RELACIONES INTERNACIONALES

Las inmunidades diplomáticas

Por: Dr. Antonio Sanchez Benedito *

SUMARIO

I. Introducción. II.- Fundamento. III. Derechos e inmunidades de la misión diplomática. IV.- Derechos e inmunidades de las personas físicas que integran la misión. a) Agentes diplomáticos. b) Miembros del personal administrativo y técnico. c) Miembros del personal de servicio de la misión. V.- Legislación salvadoreña.

I. INTRODUCCIÓN

Las misiones y los agentes diplomáticos han disfrutado tradicionalmente de una serie de derechos especiales, basados en la necesidad de garantizar un adecuado nivel de protección frente al poder coactivo del país en que ejercen su actividad. Estas defensas, generalmente conocidas con el término de "privilegios e inmunidades", fueron ampliamente reguladas por la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, la cual constituye, por su elevada participación, uno de los tratados Internacionales que más éxito ha tenido en la historia del Derecho Internacional Público. La doctrina entiende que la Convención de 1961 se limitó, en su

totalidad, a codificar normas preexistentes de carácter consuetudinario, que son tan antiguas como el Estado moderno y la diplomacia permanente, fenómenos ambos surgidos en el contexto del Renacimiento europeo. Por ello, bien puede afirmarse que el régimen de las inmunidades diplomáticas tiene aplicación universal y vincula al conjunto de los sujetos del Derecho Internacional, sean o no parte en la Convención.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que la cuestión de los privilegios e inmunidades sea una de las más controvertidas dentro del régimen de las relaciones diplomáticas. Sobre todo, por los posibles abusos a que su aplicación puede dar lugar y que pue-

* Consejero de la Embajada de España en El Salvador.

den conducir, de ipso, a una situación de indefensión del ciudadano nacional frente al agente diplomático extranjero.

II. FUNDAMENTO

La Convención de Viena de 1961 presenta ambigüedades y vaguedades, algunas de ellas deliberadas, que la práctica, la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, y la doctrina se han encargado de ir concretando. De cualquier manera, no cabe duda que el régimen está impregnado de un marcado carácter político, que se pone especialmente de manifiesto en casos controvertidos o en un eventual contexto de tensión en las relaciones bilaterales, dado que, en definitiva, se trata siempre de un asunto que concierne a Estados soberanos, el acreditante y el receptor.

En efecto, el objetivo último perseguido es, y así lo reconoce expresamente la Convención de Viena, la protección del ejercicio de las funciones diplomáticas (por ello, la palabra "privilegios" no parece, a mi juicio, la más acertada, y sería mejor hablar simplemente de "inmunidades", o bien "derechos e inmunidades", de las misiones diplomáticas y consulares y de sus agentes). En último término, nos encontramos ante una limitación, asumida voluntaria y recíprocamente, de la soberanía territorial de los Estados; que se produce, no en beneficio o a favor de unas personas concretas, sino en defensa del buen desempeño de sus funciones por las representaciones diplomáticas (incluidas las de organismos internacionales) y consulares. Es el principio conocido como "ne impediatur legatio", que ha ter-

minado imponiéndose sobre viejas teorías, hoy carentes de predicamento, como la de la representatividad, -según la cual el Embajador representa a su soberano, y al estar éste exento de las leyes del otro Estado la exención no puede sino alcanzar a su alto representante-, o la de la extraterritorialidad, -basada en la ficción de que la misión diplomática constituye un trozo de territorio del Estado acreditante dentro del Estado receptor-.

La Convención distingue entre derechos e inmunidades concedidos a la misión diplomática y los que se otorgan a las personas físicas que la integran. Por otra parte, la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 se complementa con la Convención de 1963 sobre Relaciones Consulares, que contempla un régimen de derechos e inmunidades ligeramente inferior.

III. DERECHOS E INMUNIDADES DE LA MISIÓN DIPLOMÁTICA.

- ◆ **Inviolabilidad de los locales de la misión diplomática.** Es decir, los agentes del Estado receptor no podrán entrar en ellos, si no media el consentimiento expreso del jefe de la misión, en ningún supuesto, ni siquiera en los casos en que sea atacada, ocupada por terceras personas o utilizada para fines manifiestamente contrarios a los permitidos.

Ahora bien, esto no significa que la Convención haya admitido y regulado la figura del asilo diplomático, de antigua raigambre en los países iberoamericanos, ya que ninguna de sus

disposiciones prevé la concesión del salvoconducto, elemento necesario para que pueda haber asilo.

- ◆ Inviolabilidad de los archivos y documentos de la misión, donde quiera que se encuentren.
- ◆ Libertad e inviolabilidad de las comunicaciones. El Estado receptor debe permitir y proteger la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales. A su vez, la misión puede emplear todos los medios adecuados al efecto, aunque solo con el consentimiento del Estado receptor puede instalar y utilizar una emisora de radio. De otra parte, la correspondencia oficial de la Embajada es inviolable (valija diplomática).
- ◆ Derecho a colocar la bandera y el escudo del Estado acreditante en sus locales, incluyendo la residencia del jefe de la misión.
- ◆ El Estado acreditante está exento de todos los impuestos y gravámenes, ya sean nacionales, regionales o municipales, sobre los locales de la misión de que sea propietario o inquilino, con la excepción de aquellos impuestos y gravámenes que correspondan al pago de servicios particulares recibidos.
- ◆ También está exento de toda clase de derechos de aduana en la entrada de los objetos destinados al uso de oficial de la misión.

IV. DERECHOS E INMUNIDADES DE LAS PERSONAS FÍSICAS QUE INTEGRAN LA MISIÓN.

En este apartado, hay que distinguir entre agentes diplomáticos, personal administrativo y técnico y personal de servicio de la misión.

- a) **Agentes diplomáticos.** Conviene advertir que se consideran a estos efectos agentes diplomáticos de la misión, además del Embajador o jefe de la misma, aquellas personas, sean o no miembros de la carrera diplomática, que están incluidas en la lista oficial del Cuerpo Diplomático elaborada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor sobre la base de la relación transmitida por el acreditante. El estatuto diplomático se extiende a la familia directa que conviva con el agente diplomático, siempre y cuando no sea nacional del Estado receptor.

Los derechos e inmunidades de los agentes diplomáticos recogidos en la Convención de Viena son:

- ❖ *Inviolabilidad personal.* La persona que goza de ella no puede ser objeto de ninguna forma de coacción, detención o arresto. La inviolabilidad también tiene un aspecto positivo: el Estado receptor tratará al agente diplomático con el debido respeto y adoptará todas las medidas necesarias para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

El carácter de la inviolabilidad es absoluto, de tal forma que no puede detenerse a un agente diplomático bajo ningún concepto ni motivo. La única posible excepción a esta regla sería que el agente diplomático se encontrase en el acto de cometer un grave delito. En este caso, al menos desde un punto de vista teórico, podría impedírsele continuar su acción, incluso por la fuerza, sin perjuicio de que una vez a salvo el bien jurídico que se hubiese tratado de proteger, se le restituya al diplomático su inviolabilidad.

La inviolabilidad alcanza a los bienes del agente diplomático (cuenta corriente, por ejemplo) y a su residencia particular

- ❖ *Inmunidad de jurisdicción.* La inmunidad es completa en el ámbito penal y tiene en el ámbito civil y administrativo las siguientes excepciones, contempladas en la Convención del 61: acciones reales sobre bienes inmuebles particulares radicados en territorio del Estado receptor; acciones sucesorias en que el agente diplomático figure a título privado y no en nombre del Estado acreditante; y acciones referentes a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor fuera de sus funciones oficiales.

El agente diplomático está exento asimismo de la obligación de testificar en un litigio ante las autoridades del Estado receptor. Pero aunque no puede ser compelido a testificar en cualquier tipo de proceso, ello no implica que deba necesariamente ne-

garse a cooperar con las autoridades judiciales y policiales del país de su residencia.

Evidentemente, la inmunidad de jurisdicción viene acompañada de la correspondiente inmunidad de ejecución, la cual, por otro lado, estaría ya garantizada a través de la inviolabilidad personal del agente y de sus bienes.

Es conveniente puntualizar, en cualquier caso, que el campo de aplicación de la inmunidad de jurisdicción se ciñe a los actos realizados por el agente a título particular. Los actos llevados a cabo con carácter oficial por un agente diplomático en su condición de representante de un Estado extranjero también escapan a la jurisdicción de los jueces y tribunales del país donde aquél reside, pero no en virtud de su inmunidad personal, sino en aplicación del principio de la inmunidad del Estado en cuanto ente soberano (*par in parem non habet imperium*). Del mismo modo, existe una incompetencia de los tribunales locales para conocer de aquellos actos ejecutados por un agente diplomático y que están sometidos a la legislación del Estado acreditante (así, por ejemplo, la sanción impuesta por un Embajador a un miembro del personal expatriado de la misión).

Inviolabilidad e inmunidad, sin embargo, no significan impunidad. Su contrapartida es que el agente diplomático puede ser expulsado en cualquier momento del país donde está acreditado mediante la simple declaración de persona non grata, que no necesita ser motivada. Además, al tratarse en el fondo de derechos cuyo titular es el propio Estado acreditante, siempre cabe la posibilidad de que

éste renuncie a la inmunidad de su agente y permita que sea juzgado y, en su caso, condenado, por los tribunales competentes del Estado del foro. Esta posibilidad se ha dado en el caso de delitos especialmente odiosos, como puede ser el tráfico de drogas, en los que la implicación del agente diplomático, beneficiándose de su condición para delinquir, podía perjudicar la reputación y el prestigio del Estado acreditante.

- ❖ *Inmunidad fiscal.* Alcanza a todos los impuestos y gravámenes, personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con las siguientes excepciones: impuestos indirectos incluidos normalmente en el precio de las mercancías y servicios, impuestos y gravámenes sobre bienes inmuebles que el agente diplomático posea a título privado; e impuestos y gravámenes sobre ingresos por servicios particulares y sobre inversiones efectuadas en empresas comerciales del Estado receptor.
- ❖ *Inmunidad aduanera,* que alcanza a los objetos destinados al uso personal del agente diplomático, aunque siempre dentro de los límites fijados por el Estado receptor.

Íntimamente relacionada con la exención aduanera se encuentra la *exención de inspección de equipajes.* Este derecho, sin embargo, no es absoluto, dado que las autoridades policiales y aduaneras del país del foro podrán inspeccionar el equipaje del agente diplomático siempre que existan motivos fundados para pensar que contiene artículos ilícitos o simplemente no exceptuados del pago de

aduanas (por sobrepasar los límites establecidos o estar destinados a usos comerciales). De cualquier manera, en estos casos, la inspección del equipaje solo podrá ser efectuada en presencia del propio diplomático o de persona por él autorizada.

- ❖ Existen otros derechos y privilegios tales como la no aplicación de las disposiciones del régimen de seguridad social, la exención de las disposiciones vigentes con carácter general para que los extranjeros establezcan su residencia legal en el país o la exención del deber de prestar servicios de carácter público, incluidas cargas militares.
- b) **Miembros del personal administrativo y técnico.** Disfrutan de idéntico régimen que los agentes diplomáticos, con dos salvedades: la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa solo alcanza a los actos realizados en el desempeño de sus funciones y la franquicia aduanera se extiende únicamente a los objetos destinados a la primera instalación.
- c) **Miembro del personal de servicio de la misión.** Siempre y cuando no sean nacionales del Estado receptor ni tengan su residencia permanente en él, gozan de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos por los salarios que perciban por sus servicios y de exención de las disposiciones de la seguridad social, si bien cabe la participación voluntaria.

El régimen de derechos otorgado a las misiones diplomáticas permanentes y sus agentes se aplica en general a las misiones especiales y a las oficinas consulares. En cualquier caso, la inviolabilidad e inmunidad reconocidas a los agentes diplomáticos son recortadas en el caso de los agentes consulares. De acuerdo con lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, los cónsules y funcionarios de carrera asimilados gozan de inviolabilidad personal salvo en los casos de delito grave y de inmunidad de jurisdicción, aunque únicamente por los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones (lo que en puridad no constituye un reconocimiento de inmunidad personal, dado que estaríamos más bien ante un supuesto de inmunidad del propio Estado).

V. LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

El ordenamiento jurídico salvadoreño regula la cuestión de los derechos e inmunidades de los agentes diplomáticos acreditados ante el Estado salvadoreño en el Capítulo XX de la Ley del Ceremonial Diplomático de la República de El Salvador, de 1 de octubre de 1998, que está directamente inspirada en la Convención de Viena de 1961.

El artículo 96 de la Ley del Ceremonial Diplomático contempla el principio de la inviolabilidad en los siguientes términos: "La persona del

Agente Diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. Las autoridades de la República le guardarán el debido respeto y adoptarán todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad". Por su parte, el artículo 97 se refiere a la inmunidad de Jurisdicción: "Cuando en cualquier práctica judicial o administrativa se requiera la declaración, testimonio, presencia o cualesquiera diligencias de algún miembro del Cuerpo Diplomático extranjero residente en el país, el juez de la causa o la autoridad competente en su caso oficiará exhorto al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien a su vez dirigirá nota al Agente Diplomático, a fin de que se sirva declarar mediante certificación jurada. En caso de negarse el Diplomático, no podrá exigírsele que rinda declaración alguna". A continuación, la Ley del Ceremonial Diplomático regula profusamente el régimen de franquicia aduanera, sobre la base del "principio de la más estricta reciprocidad".

Por otro lado, conforme al viejo principio anglosajón "International Law is the Law of the Land", desde el momento en que el Estado salvadoreño ratificó la Convención de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas sus cláusulas pasaron a formar parte integrante del ordenamiento jurídico salvadoreño y, por consiguiente, son directamente invocables y aplicables.

CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Reseña del liberalismo y el neo-liberalismo Inglés.

Su influencia en el proceso de la globalización económica.

Por: Lic. Efraín Jovel Reyes *

1. El liberalismo inglés.

El estado, concebido como la sociedad jurídicamente organizada, con instituciones, prácticas religiosas, económicas, educativas y patrones familiares, está sujeto a influencias ideológicas en su proceso histórico. Una de éstas ha sido el liberalismo. Las raíces de éste, se remontan al siglo XVII, cuando la sociedad, eminentemente agrícola poseía la tierra en forma comunal. La rotación de los cultivos, siembra, recolección y mantenimiento de carreteras, se hacía en forma comunitaria en las aldeas. Quien infringía tal práctica, era sancionando con multa, pagadera en la parroquia local.

Al avance de las fuerzas productivas (tecnología en su etapa rudimentaria) y las relaciones sociales de producción, se iniciaron las contradicciones

al interior de la sociedad. Por un lado, en el campo, un sector aferrado a la tradición del cultivo y por el otro, a la ganadería. En las ciudades, los gremios de comerciantes y artesanos se oponían a la competencia que se establecía fuera de su territorio de influencia.

El individualismo económico se iniciaba. A éste último, las monarquías Estuardo y Tudor (la llamaremos estado, para ese período) se oponían a través de leyes, donde los salarios eran controlados. El estatuto para los aprendices fue reforzado en 1563, fijando salarios y obligando a mantener empleadas a las personas en tiempo de bonanza o escasez. Jaime I legisló para la existencia de un salario mínimo y "contrato" no menor de un año. Para 1621 hubo leyes que determinaron los materiales a usarse en instrumentos mecánicos, especialmente para las industrias de la lana.

* Catedrático del Departamento de Relaciones Internacionales. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. UES.

Se fijó precios para tela, ropa, bebidas, pan y carbón. Los monopolios reales se garantizaron en un amplio rango y que favorecía especialmente a los allegados a la realeza. Esto generó un sentimiento de oposición a la actividad del estado en la sociedad civil.

En lo **religioso**, la Reforma Protestante en Europa, fue un componente importante durante la gestación del liberalismo; en 1517, Lutero se oponía a la venta de indulgencias. Enrique VIII desconoció la autoridad papal en 1534. Sectas religiosas se multiplicaron, buscando autonomía para sus movimientos, aún bajo represión.

En lo **normativo**, en 1640, al gobernar Carlos I sin un parlamento, las tensiones aumentaron, propiciando la guerra civil y terminando con la decapitación del primero. Triunfa el sistema parlamentario, iniciándose el desmantelamiento de algunos poderes reales como eran: el derecho a otorgar monopolios para comerciar algunos productos; la elevación de impuestos sin la aprobación del parlamento; el estado (el rey) no podía disolver el parlamento sin el consentimiento de este último. Oliverio Cromwell, quien posteriormente se orientó hacia una dictadura militar, garantizó libertad religiosa a los Puritanos en 1649. Esto ya era un avance en la libertad de pensamiento. Al restaurarse la monarquía en 1660, Carlos II reinó como monarca constitucional y no absoluto, aprobando durante su reinado el *habeas corpus*. Fue en la llamada "Revolución Gloriosa" que el sistema parlamentario se consolidó frente a la realeza.

En lo referente a la **técnica** y orígenes del maquinismo, maestros y aprendices, provenientes de prácticas medievales, no vieron con buenos ojos el apareamiento de las máquinas ("bomba de fuego" o de vapor), por el consabido temor: los primeros, por pérdida de privilegios, los segundos por verse privados de sus trabajos. La revolución industrial -llamada así por Blanqui en 1845- se dio a pasos lentos, a partir de 1760: sustitución de husos por telares, fundición del acero. Inglaterra, "...patria de las técnicas originales...Así, pues, tenemos que estudiar en Inglaterra y no en otra parte las nuevas formas del trabajo industrial",¹ donde hasta 1825, se prohibió la exportación de los secretos industriales de la época. Tal cambio en las relaciones de producción, genera una nueva concepción (ideológica) de la realidad. Mientras las pirámides de Egipto eran construidas, es imposible el apareamiento de un pensador como C. Marx; obviamente, la realidad y estructura de esa sociedad era muy diferente. De ahí, el "ser social" moldea a la "conciencia social". Conductas y pensamientos, reflejan una época determinada.

Retomando el aspecto religioso y su influencia, la ética calvinista en particular, genera una nueva concepción del trabajo, del sentido del ahorro y el lucro que forman el capital privado y que es invertido en las empresas industriales. Lo técnico, lo religioso, lo normativo, unido a las libertades adquiridas* en el siglo XVIII -ese nuevo ser social- propician el apareamiento de las bases teóricas del capitalismo, formuladas por A. Smith y D. Ricardo, que fundamentan el origen del **pensamiento económico liberal**, basado éste, en un "or-

denamiento natural", no controlado, no controlado por el estado y donde el comercio e iniciativa privada, garantizan la prosperidad económica y el progreso social.²

El pensamiento liberal se basó en la doctrina del contrato social propuesto por Rousseau y en el derecho natural de J. Locke y Montesquieu. Busca libertades* como son las individuales (religión, pensamiento, imprenta); constitucional como la división de poderes (órganos), el sufragio y la libertad económica. Otros pensadores influyentes en el liberalismo son J. Bentham, J. S. Mill (seguidor de las tesis de Smith y Ricardo) y H. Spencer.

Adam Smith (1723-90), al oponerse al mercantilismo de su época, argumentó que el consumo era el objetivo de la producción y el productor debería hacerlo hasta los límites necesarios y no considerar la producción en sí, el objetivo final. El no veía solución inmediata a la violencia e injusticia de los que gobiernan la humanidad. La codicia y el espíritu monopolístico podían ser controlados por el estado, pero no lo veía conveniente... por amor a la libertad. La solución estaba en la competencia. Con el proteccionismo (estatal) sostuvo que, tanto éste, así como el espíritu monopolístico del sector privado son la misma cosa, y era más iluso quien creyera en uno de ambos que lo fomentara. Sólo la competencia era la que disciplinaría la codicia incontrolable de algunos productores.

La propuesta liberal final era, ya en esa época, limitar la actividad estatal y el auténtico respeto a la ley, para evitar el desorden institucional, ya que si un partido político en el poder

no se ciñe a la ley, dicho gobierno se convierte en representante de un sólo sector de la sociedad.

De 1688 a 1832, Gran Bretaña fue gobernada por la aristocracia, hubo corrupción por parte de ricos terratenientes; no obstante, se buscó aplicar la ley. Después de las guerras napoleónicas (1815), los terratenientes utilizaron su monopolio de poder en el gobierno e imponen barreras proteccionistas a productos como el trigo para evitar caída de los precios, dejando solos a los textiles y enfrentar altos costos en la producción; volviéndose éstos, enemigos de la aristocracia terrateniente (¿agricultura vrs. industria?). Los manufactureros para defenderse, abrazan las ideas de la escuela del liberalismo manchesteriano: no intervencionismo estatal, no regulación de horas laborales ni condiciones de trabajo en las fábricas; incompatibilidad del comercio internacional con el uso de la fuerza u orgullo nacional. Las leyes proteccionistas (*Corn Laws*, restricción del trigo de ultramar) fueron eliminadas a partir de 1846 hasta finales del siglo diecinueve. Triunfa el individualismo económico.

En lo interno, la oposición al liberalismo manchesteriano se incrementó, tildándolo como una ideología de la clase rica; el aparato estatal se vió como un objetivo para ser capturado y ponerlo a la disposición del partido vencedor. El estado adquirió un carácter altamente permisivo con su política de "dejar hacer y dejar pasar" (*laissez faire et laissez passer*), el que actualmente, al interior de la globalización económica, si no existe una adecuada normativa y real aplicación de ésta, equivale a una invitación al

caos, aprovechado por las empresas transnacionales, comparable a un zoológico con jaulas abiertas, donde el más fuerte se imponería, en detrimento de empresas medianas pequeñas nacionales.

J. Acton (en 1907), atribuyó al individualismo religioso el origen del liberalismo inglés, nacido por el deseo de libertad religiosa, enseñado a los hombres a ver como propias, las libertades de otros y a defenderlas por amor a la justicia antes que como un "derecho"; agregando que tal deseo, "ha sido el estímulo para el progreso en los últimos doscientos años". Tanto los individualistas religiosos como los económicos, desconfiaban el garantizar al estado demasiado poder.

Para contrarrestar los excesos en los que el liberalismo incurrió en su proceso histórico, el estado posteriormente, se convirtió en el instrumento de la **reforma social**, transformándose en el "protector" de la igualdad de derechos para todas las personas.

Después de haberse impuesto en Europa a mediados del siglo pasado, como la ideología dominante, el liberalismo decae en la Primera Guerra Mundial (en los EUA hasta en la década de 1930). En su proceso, el liberalismo se caracteriza por: anarquía en la producción, crisis cíclicas, inflación, "desaceleración", concentración del poder económico y político, desempleo y degradantes condiciones de trabajo. El individualismo económico fue atacado por profundizar la desigualdad en la sociedad civil. La corriente liberal moderna, después de la Segunda Guerra Mundial, creía que el estado moderno tiene una res-

ponsabilidad social que atender, acercándose de esta manera, a la posición socialista, pero, sin colocar a la sociedad antes que al individuo. Se genera así, la corriente neo-liberal.

Note el lector que las experiencias mencionadas en lo tecnológico, religioso y la adecuación de lo normativo, mantienen alguna similitud con el proceso económico que a nivel mundial, durante el siglo XX e inicio del XXI se practican en diferentes regiones y/o países, al interior del fenómeno de la globalización económica y su marco ideológico liberal y/o neo-liberal.; naturalmente que con diferente entorno en lo tecnológico, educativo, salud, polos de poder político, económico, etc.

2. El neoliberalismo inglés.

Al ser incapaz de disminuir las desigualdades sociales profundizadas en la sociedad civil, el estado mínimo se convierte en el estado paternalista a mitad de siglo pasado ("estado benefactor" o *welfare state*), como requisito o condición para la igualdad de oportunidades dentro de la sociedad; pues si un individuo o grupo en particular está en desventaja general frente a otros, el estado y la sociedad tienen una responsabilidad social compartida para superar tales condiciones. La libertad y los derechos individuales no disminuyen, al contrario, se amplían a toda la base social. Los derechos dentro del estado benefactor son: al trabajo, a la educación, vivienda, una pensión decente para la vejez, invalidez o muerte, salud para toda la familia sin restricción de edad; expresión y reunión. Estos dos últimos no deben ser interferidos por el estado.

Las ideas de T. H. Green (filósofo inglés neo-kantiano del siglo antepasado), fueron la base para que los mismos liberales propusieran una moderada intervención estatal a fines del siglo pasado, afirmando que el estado no podía forzar a la gente a practicar la bondad; pero, junto a la responsabilidad individual, existe una responsabilidad social. Cambió así, la forma en que algunos liberales modernos veían la libertad individual.

El rechazo al pensamiento clásico liberal de un mercado autoregulado y la doctrina del "laissez faire", fue superado por la complejidad de la economía capitalista industrial, la cual era incapaz de garantizar una prosperidad general después del *crash* de Wall Street en 1929 y la Gran Depresión en los años treinta, alcanzando niveles de desempleo nunca vistos en la sociedad capitalista industrializada y en países en vías de desarrollo.

Esta experiencia condujo a la mayoría de países industrializados occidentales a adoptar, posteriormente, la política de intervención estatal en la esfera económica; enmarcándose teóricamente en la obra de J.M. Keynes: "Teoría general del empleo, el interés y el dinero". En las décadas de los '20 y '30 del siglo pasado, Keynes criticaba y "ponía de cabeza" el modelo económico del liberalismo clásico sobre el origen de la inflación y el desempleo, defendiendo a la vez la participación del sector público para paliar los efectos nocivos de los ciclos económicos de altos y bajos, propios del sistema capitalista. Además, veía en el gasto gubernamental, una "inyección" para el aumento de la demanda. Apoyado por los libera-

les de la época, la presión socialista, y algunos conservadores, el keynesianismo, coyunturalmente, se convierte por un lado, en el "salvador" del estado capitalista después de la Segunda Guerra Mundial y por otro, es rechazado por la derecha liberal.

Dados los nuevos retos económicos en la realidad internacional, un nuevo interés en el liberalismo clásico se genera, primero con F. Friedrich Hayek en 1944 ("El Camino a la servidumbre") y Milton Friedman ("El Capitalismo y la libertad" y "Libres a escoger" en 1962 y 1980, respectivamente).

Los primeros, por su parte, aceptan al estado en sí. No afirman que el gobierno "grande" siempre es malo y que el "pequeño" es el mejor; para ellos, el estado tiene cuatro importantes funciones: a) protección de sus ciudadanos de enemigos externos; b) libertad individual, garantizando una relación equilibrada inter-ciudadanos y entre éstos y el propio estado; c) apoyo a la competencia, vigilada ésta por el estado a través de un marco normativo, para evitar abusos y desorden institucional (e.g.: monopolios); d) una "red de seguridad", donde los ciudadanos no vean su bienestar reducido a causa de la práctica "neo-liberal" y donde cada persona tiene libertad de autosuperarse; evitando así, que el estado se transforme de benefactor a dictador. En cuanto a la obtención de fondos por parte del estado, el liberal (no conservador) Hayek, apoyó la proporcionalidad en el pago de impuestos y se opuso al aumento progresivo de éstos, buscando, la "seguridad material de los ciudadanos antes que la igualdad material" (D.G. Green: *The New Right*).

Condicionado por dicha realidad y su permanencia coincidente en el poder, medidas propuestas por los autores mencionados, son llevadas, posteriormente a la práctica por las administraciones de M. Thatcher y R. Reagan.

La recesión mundial de los años '70 hizo resurgir la teoría clásica del liberalismo. La capacidad de adaptación de éste a las nuevas exigencias tecnológicas y sociales en general es lo que se ha conocido como "neo-liberalismo", sin embargo, es muy importante hacer notar que no existe una teoría específica que lo enmarque como tal; ubicándolo más por la *praxis* económica y política en determinada formación social, condicionada ésta, por las tendencias generadas en el centro hacia la periferia. De sociedades altamente desarrolladas hacia zonas en vías de desarrollo. Del Norte al Sur.

Con la inusitada alza de todo tipo de bienes a principio de 1970, especialmente el precio internacional del petróleo, finalizó la estabilidad y el crecimiento bajo de la inflación que el mundo industrializado experimentó desde 1945. Frente a esta nueva realidad, las políticas intervencionistas o keynesianas, ya no funcionaron y nuevas ideas rechazaron la ortodoxia keynesiana, argumentando por un lado que el gobierno no debe interferir para manipular los niveles de demanda (ejemplos simples para un país -centroamericano- en vías de desarrollo: no construcción de viviendas; no compra en el exterior de leche en polvo para ser vendida a precios razonables a grupos más necesitados; pago "simbólico" por consulta en hospitales nacionales, aunque este hospital haya sido producto de la co-

operación internacional) y por otro lado, una inflación baja no es aceptable para mantener los niveles de pleno empleo. Este nuevo "ismo" se conoció como **monetarismo**, orientado por un economista "nuevo" o "neo" clásico": Milton Friedman (*Free to Choose*). Los monetaristas culparon a los sindicatos por su inflexibilidad en las demandas de las décadas de los '60 y '70 del siglo inmediato pasado, como responsables de que el desempleo y la inflación crecieran simultáneamente.

Es (siempre) en Gran Bretaña, donde los gobiernos comenzaron las políticas monetaristas en 1970 con el gobierno de Edward Heath, ahí, el desempleo cobró su mayor record (1972), seguido por el de Callaghan; pero fue durante M. Thatcher que el monetarismo se consolidó, a través de la disminución en el suministro de moneda, reducción de impuestos al ingreso para incentivar la inversión y generar fuentes de trabajo, recortes a los beneficios de la seguridad social (desempleo, salud) en relación al nivel de los salarios, así como su ataque a los sindicatos, acusándolos de abuso del monopolio del poder para mantener los salarios arriba de los que el mercado podía ofrecer. De esta forma, el monetarismo estimulaba una baja en la tasa de desempleo; control de créditos dentro de una sana política fiscal con una justa tasa de impuestos, etc.

El debate académico de Friedman fue acogido por la derecha política (liberal), como medio para atacar el gasto e intervención gubernamental. Efectivamente, la inflación cayó a un más bajo nivel, y tal como lo había dicho Friedman, apoyando a M. Thatcher,

de que las medidas monetaristas tendrían un efecto temporal en el nivel de desempleo. Pero, mientras el desempleo era de 1.3 millones en 1979, para 1985 alcanzó los 3.2 millones; las manufacturas bajó en 10% en 1985 respecto a 1979. Los evidentes efectos del monetarismo lo hacen fracasar con la *stagflation* de los '70 (inflación sin crecimiento, juntos).

Y ¿qué se puede agregar con el *Reaganomics* en EUA, heredero de los efectos de una guerra y donde también se afirmaba practicar el monetarismo? En parte, lo que se hacía era practicar una parte de la política keynesiana con el gasto público en el sector militar, ya que "una de las principales causas de la inflación mundial de los '70 fue la Guerra de Vietnam y el rechazo de los EUA de pagar esa deuda a través del aumento de impuestos." ³

Al respecto, en mayo de 2001 se ha vaticinado para la economía estadounidense un 1.6% de crecimiento frente a un 5% que tuvo el 2000, si es que no se hunde en una recesión de 12 meses, siendo Asia y Latinoamérica las que más serían afectadas, dada su fuerte dependencia en materia de exportaciones hacia los EUA al interior de la economía global (EFE, Londres, mayo 2001); lo anterior, es confirmado el mismo mes, tanto por Lawrence Klein, premio Nóbel de economía, 1980, así como por el alto funcionario de la Reserva Federal de los EUA, A. Greenspan.

Por lo anterior, es posible que para recuperar en parte, a la economía estadounidense ¿no será necesario efectuar gastos gubernamentales para lograr la recuperación económica es-

tadounidense? Por su parte, el gobierno de G. W. Bush ha programado una carrera armamentista antibalística -medida keynesiana ejecutada al interior del proceso de la globalización económica, con su marco ideológico neoliberal- y a la cual, no han mostrado ningún interés los países integrantes de la OTAN, pero sí, la firme oposición de Rusia y China Popular, quienes además consideran dicha programa antibalístico, una provocación, ya que no consideran necesario, alterar los acuerdos que al respecto se alcanzaron en 1972.

Del presidente Bush, se podría afirmar cualquier cosa, aduciendo el popular consejo maquiavélico: "el fin justifica los medios". Lo anterior, puede presentarse con otra retórica, más suave: él (Bush), con sus últimas medidas económicas en lo interno (baja muy significativa en la tasa impositiva por ingresos) y de política exterior (relativo a China Popular y Taiwan), es consecuente con el pragmatismo, al poner en práctica una doctrina muy estadounidense (con máximos exponentes como J. Dewey) donde lo que más importa son los resultados, antes que la simple teoría o lo meramente especulativo. Esto es: pragmatismo, independiente de las consecuencias que en lo social produzcan colateralmente tales medidas a partir de la segunda mitad del año 2001.

Retomando el ambiente inglés, en lo que se refiere al **origen y práctica** de la política privatizadora más significativa y que indirectamente impulsa lo que conocemos como la globalización económica (íntimamente ligada al neoliberalismo), puede interpretarse como la "venta de bienes públicos, especialmente capital

industrial e inversionistas privados”⁴ en la década de los ochenta, reduciendo la burocracia en el sector público, ampliando el rango de accionistas en las empresas vendidas e incremento de la competitividad en beneficio de los consumidores. También se podría afirmar que es un modelo basado en el capital, mercados, comercio y consumismo.

Cabe mencionar, la incidencia política y social que dicha práctica tuvo en los sindicatos como fue el debilitamiento de los mismos, especialmente en Europa, donde éstos, crean más barreras, tanto para emplear como para despedir trabajadores. EUA en cambio, tiene un mercado laboral más flexible.

Las primeras industrias inglesas nacionalizadas fueron, el gas, acero, agua electricidad, telecomunicaciones y aeropuertos. Otros países: Francia, con St. Gobain, Paribas y Suez; Japón, los ferrocarriles.

El gobierno de M. Thatcher, inició la privatización en 1979 con la venta de British Petroleum (BP), quedándose el gobierno con menos de 50% de las acciones. En 1981 se vendió British Aerospace; en 1982 Amersham International, National Freight Co.; en 1983 Britoil, British Ports y en 1984 Jaguar Cars y British Telecom, ésta última, atrajo a 2.3 millones de accionistas, muchos de ellos -incluyendo sindicalistas- nunca habían tenido tal calidad, lo que “democratizaba” la propiedad y cuyo número, no igualaría a los sindicalizados. El sistema de ferrocarriles fue vendido en 1994.

Algo muy significativo en lo político y que no puede pasar desapercibido

para los países en vías de desarrollo, es que en esta experiencia, el Partido Laborista, en la oposición, se opuso a cada privatización que los conservadores hacían, presionando por revertir el proceso (!) de cada una de las privatizaciones. Con la llegada de los Laboristas con T. Blair en mayo del 1997 al poder, el proceso de privatizaciones y consecuentemente la globalización económica no se detuvo, fortaleciéndose en otras regiones. La socialdemocracia “robaba” la bandera privatizadora a la derecha inglesa. ¿Acaso no pudiera darse el mismo fenómeno en países en vías de desarrollo con partidos de izquierda que arriban al poder?

Con la experiencia inglesa, para 1981, los países que iniciaron las privatizaciones, por orden de importancia en las ventas (millones de US\$) fueron, después de los 19,348 del Reino Unido: México 9,400; Alemania 8,075; Canadá 2902, Brasil 2,189; Australia 1,620; y Argentina 1,022.⁵

Por lo expuesto anteriormente puede sostenerse que, el fenómeno de la privatización inglesa fue un ejemplo “no sólo en las técnicas a ser utilizadas, si no en el relativo éxito al cual se había anticipado”⁶

Diez años después, la necesaria **competencia** -como justificación, para la venta de los bienes estatales, a causa de la “deficiente” administración de las empresas estatales-, no se incrementó, pues en la práctica, en muchos casos, los previos monopolios estatales se convirtieron en monopolios privados;⁷ este hecho es similar al experimentado en países en vía de desarrollo.

Ante el avance de la práctica de privatizaciones en distintas áreas y es-

timulados por el uso de prisiones con mantenimiento y seguridad privadas en algunos estados de EUA, teóricos como Murray Rothbard y David Friedman, con mentalidad anarcocapitalista (o anarco-liberal), proponen la eliminación del gobierno en la esfera individual y reemplazarlo por un mercado totalmente desregulado; privatizar hasta el ejercicio de la justicia en el país. Esto último, indudablemente influye en los gobiernos en países en vías de desarrollo con partidos de derecha y corte neoliberal en el gobierno.

Existen períodos en los que la sociedad industrializada se vuelve más compleja, por lo que gobiernos y estados son incapaces de administrar y regular el todo de la misma e ir al paso de los cambios necesarios y arriesgarse al estancamiento de todo tipo. Peor, al no poder ocultar las desigualdades sociales extremas generadas en su marcha o práctica, al liberalismo se le dificulta auto-promocionarse como el modelo de prosperidad general. No obstante, el capitalismo, con su marco ideológico liberal, ha demostrado ser flexible a la oportuna reacomodación para sobrevivir. Lo anterior, no significa que haya un "retorno triunfal" de algún ideólogo o modelo económico en particular. Es una reacomodación global, liderada por las potencias más industrializadas del sistema, tras las políticas de "ajuste" desde los años '70 junto al problema de la deuda.

Cabe interrogarse si a la actual globalización económica, con algunos de sus componentes ejecutores: privatización y reducción de la burocracia gubernamental, experimentara un

crash al producirse el "efecto nocivo de los ciclos económicos" ¿O es que, tras la caída de la URSS, el liberalismo "triumfante" y la globalización económica han propiciado "El Fin de la Historia", como en su libro lo sostiene Francis Fukuyama en 1989? ¡De ninguna manera! Al respecto, se está de acuerdo con Scott Burchill, catedrático en relaciones internacionales (Universidad de Deakin, Australia) quien en su libro: "Teoría de las relaciones internacionales" (MacMillan, 1996) afirma que: "El colapso del comunismo no fue, después de todo, el fin de la historia, si no, el nacimiento de nuevas incertidumbres".

En esta reseña, referida a la experiencia británica y a la problemática creada por el intervencionismo estatal en la esfera privada (verticalismo) y crítica al keynesianismo, se encuentra la tendencia actual por parte de otros actores sociales, los cuales se caracterizan por tratar de contrarrestar el papel, que paulatinamente va abandonando el estado frente a ciertas responsabilidades sociales tradicionales, que por normativa constitucional le corresponden como son: salud, educación, etc.

Es así como simultáneamente, se genera en la década de los noventa, lo que Dirk Messner en 1998, influenciado por previos autores, entre ellos Sharpf y Feliciani, llamó: "sociedad de redes" y en la cual, los actores sociales presionan por pertenecer a una democracia más **participativa**, antes que formalmente **representativa**, y donde el gobierno, dentro de las tesis y prácticas neo-liberales -al interior del proceso de globalización impuesto desde fuera- deba conver-

tirse primeramente en el “coordinador” entre las distintas actividades de los diferentes actores (comunidades locales, empresas, ONG’s y todo tipo de asociaciones lícitas), transformándose así, en el garante del orden normativo hacia la sociedad, solamente, pero sin dejar de ver por un lado, el interés ciudadano y por el otro, el interés privado. Una práctica horizontalista, frente a la previa.

Dentro del marco ideológico neoliberal, se puede aproximar a una conclusión como es la tendencia entre los distintos actores de las sociedades al entrar al siglo XXI en constituir una especie de “soberanía compartida” al interior de la globalización económica, haciendo la diferencia con el concepto de soberanía tradicional y supranacionalidad.

Sin embargo, el Estado debería retener una muy selectiva y discreta “intervención” en el aspecto normativo para administrar o mediar los intereses entre estos dos últimos, excluyendo en esta administración a las empresas transnacionales, dado su poder incontrolable sobre el Estado y la incapacidad de un país con débil economía y estructura jurídica, debiendo distanciarse prudentemente, del clásico *laissez faire et laissez passer* liberal y el cual, durante el proceso de la globalización económica, como se dijo previamente, equivale a una invitación al caos. ,

Recalcando, las primeras prácticas de privatización hechas en Gran Bretaña durante el gobierno de la señora M. Thatcher, dio origen a una práctica con un marco ideológico liberal para algunos, neoliberal para otros y donde se recuerda que no existe una

teoría específica que lo enmarque (al neoliberalismo) como tal; ubicándolo más bien, por la *praxis* económica y política en determinada formación social, condicionada ésta, por las tendencias generadas en los países industrializados y quiérase o no, se extienden hacia la periferia o países en vías de desarrollo, generando al mismo tiempo de su implantación en éstos, las secuelas económico-sociales muy conocidas como son: concentración de mercados y capitales, fácil transferencia de capitales, relativo estancamiento en el crecimiento económico, destrucción de la mediana empresa nacional, carácter tal por lo que algunos críticos a esta situación la califican de “fracaso neoliberal”, cifrando sus esperanzas en una “tercera vía”.

¿Acaso no estará gestándose esta nueva vía en el mismo país que inició las privatizaciones, hoy, con el Partido Laborista bajo el liderazgo de Tony Blair?

Es de reconocer la capacidad de la izquierda laborista inglesa, en adaptarse muy adecuadamente a los tiempos, logrando así, haber desplazado a los conservadores del poder, y colocar en desventaja, tanto a la derecha interna en Inglaterra, como al resto de sectores de la derecha internacional, sin embargo, hay desencanto en otros sectores, dados los costos que Gran Bretaña ha tenido que pagar en esta experiencia.

3. Algunos costos para Gran Bretaña.

1979 fue el año en que el gobierno británico aceleró el proceso de privatización de las empresas estatales,

buscando la eficiencia y la competitividad de la empresa privada, frente a la "deficiente" administración pública. No obstante, después de la venta de ferrocarril en 1994, dicha "eficiencia" del sector privado quedó palpablemente demostrada con el saldo de 56 muertos y 730 heridos en accidentes. Los medios de comunicación -no comprometidos- acusan al sector, de sacrificar la seguridad humana frente a la codicia de los accionistas. "

Bajo el gobierno del Partido Laborista, -de tendencia social demócrata- el gasto público del gobierno se ha reducido y ha sido el más bajo en los últimos 40 años."

La educación estatal está siendo lentamente privatizada; en el caso de las universidades, las cuotas más altas.

En salud, la OMS coloca al país, de toda la Unión Europea, como el que tiene las más largas listas de espera a tratamiento en los hospitales. Cinco millones de ingleses son calificados como pobres, casi la mitad de las mujeres trabajan a medio tiempo y un cuarto de todos los niños viven abajo del nivel de pobreza.¹⁰

El caso más significativo que puede relacionarse con la eficiencia, disminución de gastos en la empresa y la competitividad en busca de la mayor ganancia, está en el recorte que el gobierno de M. Thatcher hizo en la década de los ochenta a los servicios veterinarios de la red en la respectiva cartera. En 1991, en afán de ahorrar un billón de euros, otra decisión equívoca se hizo en la Unión Europea, junto al gobierno británico: no se continuó la vacunación masiva en los hatos ganaderos; así, cualquier

epidemia resultante es ambas cosas: causa y consecuencia simultáneas de un preciso momento histórico o circunstancias. Los británicos en 1981, para ahorrar costos en energía, (*Le Monde*, 13 de marzo, 2001) redujeron la temperatura en frigoríficos y dejaron de usar otros solventes para la conservación de la carne vacuna. Estos factores facilitaron la expansión del virus (*foot and mouth disease*) que produjo la enfermedad en el hato ganadero inglés y en parte de países de la UE. El virus, al igual que el flujo de capitales en la globalización, desconoce las fronteras, irónicamente, económicas con su marco ideológico liberal.¹¹

Al ser Gran Bretaña el laboratorio para el ultraliberalismo durante los pasados veinte años (*Daily Mail*, Londres, 1 de marzo, 2001), ha atestigüado escenas de tipo medieval con hogueras quemando ganado vacuno enfermo, lo cual no puede ser una maldición de la Providencia; más bien es producto de las decisiones tomadas -y que llevaron a ese drama- conscientemente basadas en los dogmas diseñados por los diferentes autores y textos del neoliberalismo¹² y de cuyas consecuencias "nadie" es responsable.

En una aproximación a conclusiones, puede sumarse a la problemática de la globalización económica y su marco ideológico liberal, otros componentes gestados al interior de la misma.

En lo socioeconómico y dentro del marco neoliberal, a la globalización le es inherente la siguiente **contradicción**: tiende, después de la relativa consolidación de la Unión Europea, a fomentarse la creación de merca-

dos y foros regionales en otras áreas como el MERCOSUR, ALCA, APEC, para la competitividad y defensa frente al peso de las economías más fuertes; al mismo tiempo, se presenta el fenómeno de la proliferación estatal. Es decir, concentración de capitales más proliferación estatal. Una desintegración "de Québec a Sri Lanka, de China al Reino Unido".¹⁴

Uno de éstos es el **económico**, la negativa de las potencias industrializadas, especialmente EUA (abril 2001) a comprometerse a reducir la cantidad de la emisión de gases a la atmósfera causada por las industrias, con el consecuente deterioro de la capa de ozono y el desprecio a lo concertado en el Tratado de Kyoto, encontrándose en la disyuntiva ¿crecimiento económico vrs. deterioro ambiental: en la superficie terrestre y en la atmósfera simultáneamente: contaminación ambiental.

En el **político**, a causa de los sentimientos nacionalistas, existe una proliferación estatal, propiciando la consecuente atomización regional, sumado a enfrentamientos nacionalistas, previos a la globalización económica. Esto se ejemplifica con. China Popular, respecto a China Nacionalista (Taiwán) y el Tibet. India con los sijs en Jalistán, los Gurja al pie del Himalaya y Cachemira. Nueva Guinea y la separatista Bouganvilla. Indonesia con Timor Oriental. Rusia en su Federación enfrentada militarmente con Chechenia; por su parte Tuva, Tatarstán, Bankorchtostán y Georgia con políticas exteriores muy independientes.¹⁴

Además, este mismo componente, se equipara al económico, pues la Liga

Lombarda en el Norte de Italia, está incómoda por el atraso del Sur y la carga sobre el primero para mantener la unión. Sentimientos nacionalistas separatistas en Cataluña y el país Vasco -más industrializados- frente a regiones más pobres como Andalucía, Extremadura y Asturias en España. Los checos más prósperos se separaron de Eslovaquia. El Sur de Brasil, subvención al Norte, pobre. El sur de México con Chiapas, pobre y "olvidado" frente al Norte más desarrollado. A lo anterior se suma los casos de violencia política y étnica en Senegal, Angola, Congo, Liberia y Djibuti en África.¹⁵ Se tiene así, un mundo en el cual al principio del siglo pasado, de un cuarentena de estados se pasa a cerca de 200. Pero, curioso... el mundo sigue dominado por los mismos estados -que no alcanzan a diez- desde la segunda mitad del siglo XIX. Y el resto, sumido en un subdesarrollo crónico.

Frente a esta realidad cada vez más compleja e inestable en lo económico, la manifiestan los diferentes actores sociales, los "globalifóbicos" anti-neoliberales, inconformes, en la cada vez más insistente necesidad de buscar una práctica de un capitalismo alternativo al interior de sus sociedades, con un rostro "más humano", lo cual lo atestiguan las últimas manifestaciones violentas en Seattle 1999, en Québec 2001, etc. Un mundo donde la "riqueza de las naciones" la constituyen el conocimiento, la investigación, la innovación y no las materias primas y las ventajas comparativas. En lo político, después de la Guerra Fría, ha habido unos 20 millones de refugiados y decenas de conflictos armados. En momentos caóticos y críticos del Estado-nación, se ha rene-

gado por luchar por la independencia nacional y se ha propuesto hasta el regreso de la potencia colonial para ser absorbidos por la metrópoli (Puerto Rico, islas Comores).

En la etapa neoliberal, se tiene un mundo en el cual, la supremacía militar no se traduce por conquistas territoriales y donde los medios de comunicación se vuelven cada vez más poderosos y eficientes para la manipulación a favor de los más poderosos; un mundo neoliberal "donde la cadena CNN se convierte en la décimo sexta miembro del Consejo de

seguridad" durante la Guerra del Golfo.¹⁶ Un mundo caracterizado por la desigualdades estructurales: donde algunos individuos son más ricos que cualquier Estado de la sociedad internacional.

Para tratar de contrarrestar los efectos negativos que sobre grandes sectores de la sociedad internacional se generan al interior de la globalización económica -en la segunda revolución capitalista- se hace necesario una "tercera vía. ¿Realidad o utopía de ésta? ...el debate continúa.

Referencias:

- (1) C. Fohlen y F. Bedarida, *Historia General del Trabajo*, Grijalbo, España, 1965.
- (2) H. Kinder W. Hilgemann, *Atlas Histórico Mundial*, Istmo, España, 1971.
- (3) *Keynes for Beginners*, Allen & Unwin, Australia 1993.
- (4) D. Rutherford, *Dictionary of Economics*, Gran Bretaña, 1992.
- (5) Madsen Pirie: *Privatization*. Pirie es ex-presidente del Adam Smith Institute en Londres, participa en la privatización británica y en otros países, ex-asesor del ex-Primer Ministro J. Major.
- (6) *Ibid.*
- (7) Gayle & Goodrich; Swann, D. y Thompson, Kay & Mayer, citados por Rutherford, op. cit.
- (8) Ignacio Ramonet, Britain: a rolling crisis, *Le Monde Diplomatique*, abril, 2001.
- (9) *Ibid.*
- (10) *Ibid.*
- (11) *Ibid.*
- (12) *Ibid.*
- (13) Pascal Boniface, *Le Monde Diplomatique*, enero, 1999.
- (14) *Ibid.*
- (15) *Ibid.*
- (16) Ignacio Ramonet, *Nuevo Siglo. Le Monde Diplomatique*, enero, 1999.

DERECHO PENAL

El imputado en el proceso penal salvadoreño

Por: Dr. José María Casado Pérez *

SUMARIO

I. Introducción. II. La Reforma Penal Salvadoreña. III. La figura del imputado como reflejo del nuevo proceso penal: a) Concepto, naturaleza y función de la imputación procesal. b) Nacimiento de la condición de imputado. c) Capacidad y legitimación. d) Los imputados menores de edad. e) Los imputados afectados de incapacidad. f) Los imputados con privilegios procesales. g) Derechos y facultades. h) Deberes del imputado.

I. INTRODUCCION

Por Decreto Legislativo de 20 de enero de 1997 se aprobó el nuevo Código Procesal Penal, cuya entrada en vigor se demoró hasta el 20 de abril de 1998. Desde ese momento se produjo un cambio trascendental en el modelo salvadoreño de la justicia penal, pasándose, en esencia, de un sistema con fuertes resabios inquisitivos y fundamentalmente escrito, en el que, en muchos casos, la instrucción y el enjuiciamiento del delito estaban atri-

buidos al mismo órgano jurisdiccional, a un sistema acusatorio de carácter eminentemente oral, en el que se produce una separación clara entre las funciones de investigación e instrucción, que se otorgan a la Fiscalía General de la República, bajo el control del juez de paz y de instrucción, y la de enjuiciamiento, que se atribuye a los tribunales de sentencia y al tribunal de jurado, según la clase de delito de que se trate.

* Magistrado español en servicios especiales para la cooperación internacional de España en El Salvador. ATP del Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Instrucción y Tribunales de Sentencia (AECI/CSJ).

Junto a ese cambio sustancial, que pone fin a la anterior confusión entre las funciones de investigación, acusación, instrucción y enjuiciamiento,

y da plena efectividad al principio de publicidad en la administración de la justicia penal (juicio oral y público), se produce un nuevo enfoque en relación con la figura del imputado, es decir, respecto de la persona acusada de la comisión de un hecho delictivo ante los órganos encargados de la persecución penal: el imputado se convierte en el protagonista del proceso, en verdadera parte procesal, con amplias facultades en el ejercicio de su inviolable derecho de defensa, cuya expresión máxima se manifiesta en la garantía constitucional del derecho a la presunción de inocencia y, como consecuencia del mismo, en el principio *in dubio pro reo*. Asimismo, se establece un mecanismo de protección de los derechos fundamentales del mismo a lo largo de todo el proceso, otorgándose al Órgano Judicial la esencial función de controlar la aplicación de las medidas restrictivas de aquellos derechos requeridas por la investigación del delito o la ejecución de la pena o medida de seguridad que, en su caso, se impongan.

Como señala el profesor Víctor Moreno Catena en su introducción a la obra *Derecho Procesal Penal Salvadoreño* (CS.J-AECI), “este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tenía como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las inquisiciones generales”. En este contexto, el tratamiento del imputado, dice Moreno Catena, “presenta en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal un cambio radical, trasladándose a las leyes procesales el respeto y la salvaguarda de los derechos básicos de la per-

sona en el tratamiento que los órganos oficiales han de dispensar al imputado. Pero también el ordenamiento jurídico consagra algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso”.

Dicho lo anterior, no puede ocultarse el hecho de que la implementación de la nueva normativa penal ha dado lugar, en ambientes influyentes de la vida nacional, a una fuerte y no matizada descalificación de la reforma, a la que se le atribuye injustamente, a mi criterio, ser la causante de la impunidad reinante y del consiguiente aumento de la delincuencia en El Salvador.

Afortunadamente, esa opinión simplista está siendo modificada poco a poco, encontrándonos últimamente en una nueva fase, mucho más razonable que la mera descalificación obsecada, en la que la opinión pública se está dando cuenta de que la eficacia en la lucha contra la delincuencia depende, más que de las leyes, del correcto funcionamiento de un sistema complejo, del que forman parte la Policía, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y el Órgano Judicial. Se trata de que dichas instituciones, en el papel particularísimo que tienen atribuido, actúen con la debida eficacia procesal en el marco de la legalidad constitucional. Los jueces están para proteger al inocente y para condenar al culpable, pero quien tiene que aportar, respecto de este último, pruebas suficientes de su culpabilidad, es la Fiscalía General de la República, con la dirección funcional de

la Policía Nacional Civil para esos menesteres. Se trata de lograr niveles razonables de *eficacia en los aparatos dedicados a la investigación criminal dentro del marco de la legalidad*, siendo absurdo pensar que la solución de los problemas que nos afligen dependen sin más de sucesivas modificaciones a "los Códigos", y no de mejoras en la organización institucional, en la capacitación profesional y en la disponibilidad de pruebas científicas (huellas dactilares, ADN, balística, documentoscopia...), cuyo valor determinante para la investigación criminal está fuera de toda duda.

A partir de las anteriores reflexiones, he considerado oportuno, en este número de la revista "Derecho" de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, exponer las razones jurídicas que hicieron inevitable la promulgación de la nueva normativa procesal penal, y a continuación, analizar la figura del imputado en el nuevo modelo procesal, por estar simbolizado en su persona el cambio de paradigma procesal al que antes aludimos.

II. LA REFORMA PENAL SALVADOREÑA

Con la nueva normativa penal salvadoreña, se pretende simplemente, como decíamos en el número inaugural de la Revista Justicia de Paz (septiembre de 1998), adecuar la legislación penal salvadoreña al sistema de derechos y garantías previsto en la Constitución de la República y en los tratados internacionales suscritos por El Salvador, sin cuyo respeto cualquier sistema procesal se deslegitima

socialmente y se hace sospechoso de arbitrariedad.

Existe, en efecto, por una parte, un determinado modelo constitucional de justicia penal del que deriva, en términos jurídicos, el mandato implícito o explícito de que el proceso penal goce de las características de la sencillez, contradicción, celeridad, inmediación, oralidad, publicidad, concentración, libertad en la apreciación de la prueba y, sobre todo, de jueces y fiscales dotados de verdadera independencia e imparcialidad, que actúen con rigor, profesionalidad y uniformidad en las tareas procesales que tienen encomendadas, que no son otras que las de la realización de la justicia, valor supremo del ordenamiento jurídico y garantía de la paz social.

Por otra parte, el Estado Salvadoreño se ha comprometido, por ejemplo, a que nadie pueda ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; a que toda persona detenida o retenida sea puesta, sin demora, a disposición judicial; a que tenga el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, estando condicionada aquella a la imposición por el juez de garantías eficaces que aseguren su comparecencia en el juicio; en fin, a que al inculgado de un delito se le presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, asumiendo la acusación la carga de probar los hechos, debiendo gozar durante la tramitación del proceso de determinados derechos de defensa (Arts. 7 y 8 del Pacto de San José de Costa Rica).

A pesar de tan explícitos mandatos de la Constitución y de los tratados, la realidad procesal salvadoreña anterior a la vigencia del nuevo Código Procesal Penal se caracterizaba por la existencia generalizada de procesos escritos y secretos, la ausencia de un derecho de defensa digno de tal nombre, la pervivencia de presunciones de culpabilidad, el uso de la confesión extrajudicial como principal o exclusivo elemento de prueba para la condena, las dilaciones indebidas, la frecuente corrupción y, en fin, por el abuso en la delegación de funciones por parte del juez o tribunal en los resolutores y secretarios judiciales, olvidándose del principio de la exclusividad jurisdiccional en la impartición de justicia y de la inmediación que de aquella deriva.

Por consiguiente, dado que, por una parte, existía un sistema penal absolutamente ineficiente e inconstitucional, en cierta medida, y, por la otra, una Constitución y unos tratados internacionales de obligado cumplimiento que establecen unas bases o principios insoslayables para el enjuiciamiento penal, no es posible negar la legitimidad y necesidad, en su esencia y al margen de detalles, de la nueva legislación penal.

El operador jurídico y los creadores de opinión que digan lo contrario simplemente desconocen o fingen desconocer, por mejor decir, la regla esencial de que los tratados internacionales se firman para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*) y la regla de oro del constitucionalismo contemporáneo que establece el valor normativo inmediato y directo de toda Constitución, a la que están sujetos los ciudadanos y los poderes públicos, entre los

que se encuentran los jueces y tribunales llamados a tutelar los derechos y libertades de los ciudadanos. Sobre esta última cuestión recomiendo la lectura de los excelentes artículos del Dr. Alvaro Magaña y del Profesor español Eduardo García de Enterría que se publican en el No. 9 (mayo-agosto 2001) de la Revista Justicia de Paz (CSJ-AECI).

La concepción de unos derechos fundamentales que aseguren el libre desenvolvimiento de la personalidad, entre los que destacan los relativos al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, se ha convertido hoy en un dogma universal. El contenido esencial o mínimo de esos derechos constituye, como bien expresa el ilustre profesor español antes mencionado, la verdadera ética universal de nuestro tiempo, tal como viene avalado por documentos solemnes internacionales (Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y Pactos y Convenios aplicativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...etc.), por Encíclicas de la Iglesia Católica (Pacem in terris de 1963; Redemptor Hominis de 1979; Gaudium et Spes del Concilio Vaticano II y declaraciones similares de otras Iglesias) y por innumerables manifestaciones culturales de distinta índole.

Por todo ello, pretender negar la oportunidad histórica de la nueva legislación penal salvadoreña es pretender negar simple y llanamente el valor de la propia Constitución nacional como "instrumento específico al servicio de determinados valores éticos sustantivos" (G. Enterría), el carácter de aquella como verdadera norma jurídica directamente aplicable por los

tribunales de justicia y la fuerza imperativa de aquellos tratados internacionales a cuyo cumplimiento se ha comprometido solemnemente la República de El Salvador.

También se está negando el que, podríamos llamar, "espíritu de los tiempos", que se concreta, sintéticamente, en la siguiente cláusula democrática aprobada en abril de 2001 en la III Cumbre de Mandatarios de las Américas, celebrada en Quebec:

Reconocemos, dicen los países asistentes a la reunión, entre ellos la República de El Salvador, "que los valores y prácticas de la democracia son fundamentales para avanzar en el logro de todos nuestros objetivos. El mantenimiento y fortalecimiento del Estado de Derecho y el respeto estricto al sistema democrático son, al mismo tiempo, un propósito y un compromiso compartido, así como una condición esencial de nuestra presencia en ésta y en futuras cumbres. En consecuencia, cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas. Tomando debidamente en cuenta los mecanismos hemisféricos, regionales y subregionales existentes, acordamos llevar a cabo consultas en el caso de una ruptura del sistema democrático de un país que participa en el proceso de cumbres".

III. LA FIGURA DEL IMPUTADO COMO REFLEJO DEL NUEVO PROCESO PENAL

Expresadas, pues, las ideas anteriores acerca de la inevitabilidad, en tér-

minos jurídicos e incluso políticos, del nuevo sistema de justicia penal, pasaremos a examinar, con un enfoque estrictamente técnico, algunas cuestiones fundamentales sobre la persona del imputado en el proceso penal, acabando con una simple relación, con precisas referencias normativas, de los derechos y facultades que le asisten, que espero sea de utilidad práctica para los estudiantes de Derecho y los abogados en ejercicio, y en particular para quienes sean especialistas en Derecho Penal y Procesal Penal. Manifiesto también, que las líneas que siguen son un avance o primicia de una importante obra de próxima aparición que llevará por título CODIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR COMENTADO, y que pretende ser un aporte esencial al mejoramiento de la administración de justicia de El Salvador por parte del Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Instrucción y Tribunales de Sentencia, que está ejecutando la honorable Corte Suprema de Justicia, con el apoyo institucional de la Agencia Española de Cooperación Internacional y del Consejo General del Poder Judicial de España.

Como es natural, el presente trabajo no agota la materia, solo pretende ser una guía introductoria para el ejercicio de la defensa técnica en el proceso penal.

a) *Concepto, naturaleza y función de la imputación procesal*

Imputado es la persona física "contra quien se dirige el proceso penal; el sujeto de la relación procesal contra quien se procede" (G. Orbaneja), el cual, como consecuencia inmediata del acto de imputación, adquiere la

condición de parte pasiva y necesaria del proceso y, con ella, un conjunto de derechos y garantías procesales que configuran el más extenso derecho al justo y debido proceso (*due process of law*), en el que destaca el derecho de defensa, material y técnica, que lleva implícito la contradicción dialéctica, sustancia del proceso.

Como se infiere del inciso segundo del art. 8 CPP, el imputado ha de ser siempre una persona física, porque las personas jurídicas no delinquen (*societas delinquere non potest*), respondiendo personalmente sus directivos o administradores, aunque no concurren en ellos las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obraren (art. 38, Código Penal). La persona física objeto de la imputación ha de existir, porque no cabe un proceso penal contra un muerto ni contra sus herederos, razón por la cual el fallecimiento del imputado extingue la acción penal (art. 31.1 CPP).

Por otra parte, en la imputación se produce una estricta delimitación, que actúa de freno para los excesos de poder, del objeto y destinatario de la investigación, ya que la misma ha de centrarse exclusivamente en unos concretos hechos con caracteres de infracción penal y respecto a una determinada(s) persona física expresamente señalada como probable autor o partícipe de los mismos. Este sujeto o imputado será a partir de ese momento, como señala Moreno Catena, "parte del proceso, porque actúa en el mismo en defensa del pro-

prio derecho a la libertad; parte pasiva, porque ocupa la posición contraria a quienes ejercitan la acción penal, y parte necesaria, porque de no existir no es posible la continuación del proceso", aunque si su iniciación hasta acreditarse que no es posible la averiguación del autor del hecho ni la celebración del juicio oral (art. 246).

La atribución al imputado de la condición de parte procesal y la plenitud real de su derecho de defensa constituyen hitos esenciales en la historia del proceso penal, que ha pasado a lo largo del tiempo de ser un proceso estrictamente inquisitivo a ser un proceso puramente acusatorio. En palabras textuales del Tribunal Constitucional español, "mientras que en el viejo proceso penal inquisitivo regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal, y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa" (SSTC 197/95 Y 161/97)..

b) *Nacimiento de la condición del imputado*

Existe un imputado desde que una persona es señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible (art. 8 CPP).

Son autores (directos o mediatos), instigadores y cómplices, los que vienen definidos como tales en los arts. 32 a 38 CP.

Normalmente, el nacimiento de la imputación provendrá de la detención de una persona (art. 13 Cn) o del acto de notificación de una denuncia o solicitud de querrela que identifiquen a su destinatario como presunto autor o partícipe de un hecho delictivo (arts. 230, 246 y 96 CPP). La mera detención, la intimación judicial para la audiencia inicial (art. 254) o la presentación voluntaria de quien tuviere conocimiento de que se le imputa la comisión de un hecho delictivo (art. 236) son, entre otras, formas de exteriorización de la imputación. Se es, por tanto, imputado antes de que se produzca la decisión judicial de imputación contra una determinada persona, aunque a la postre ello sea indispensable para el enjuiciamiento definitivo. Basta, por último, para la imputación, que exista un cierto grado de probabilidad de la participación de una persona individualizada (aunque se desconozca el nombre de la misma) en el hecho delictivo.

La atribución formal de la calidad de imputado requiere como es lógico que la imputación llegue a su conocimiento, debiendo en consecuencia la autoridad policial, fiscal o judicial cumplir con la obligación de informar al mismo cuanto antes del hecho que se le atribuye, sin que en principio pueda demorarse la atribución, por no existir en el Código Salvadoreño la posibilidad de declarar el secreto del sumario, en cuya virtud los actos de éste se sustraen al conocimiento del imputado durante el tiempo que se considere necesario por el juez instructor.

Dicha situación suscita determinadas reflexiones acerca de la oportunidad de la imputación cuando el señalamiento en que ella consiste se produce por denuncia o querrela, en la declaración de un testigo o como consecuencia de la actividad policial o fiscal de la que deriva una sospecha incriminatoria respecto de una determinada persona. En efecto, si el acto de señalamiento se expresa con una detención, el detenido tendrá el derecho a ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de la misma y de la autoridad a cuya orden quedará detenida (art. 87.1) (CPP), quedando facultado desde ese momento para ejercer los derechos que la ley le otorga (art. 87). Pero si el señalamiento se produce por denuncia o querrela, debería ser preceptiva una previa calificación jurídica de la misma y una ponderación provisional de su veracidad (ver STC 186/90). Sin esa previa actividad judicial calificatoria no parece razonable hacer la imputación mediante la citación del denunciado o querrelado a la audiencia inicial, ya que toda imputación conlleva un cierto perjuicio moral, cuanto menos, sin que exista razón alguna para causarlo si, por ejemplo, el hecho denunciado u objeto de la querrela es manifiestamente falso, no reviste caracteres de delito o se dan evidentes circunstancias impositivas o extintivas de la acción penal (conciliación, prescripción, etc.).

El trámite de admisión, explícita o implícita, de una denuncia y querrela existe en casi todas las legislaciones, como, por ejemplo, en la española, donde se condiciona la adquisición de la condición de imputado a la admisión a trámite de aquellas, siendo equivalente a la admisión la resolu-

ción judicial que ordena la comprobación de la denuncia (art. 118, núm.2), en relación con los arts. 269 y 312, LECRM). Sin embargo, el Código Procesal Penal salvadoreño obliga en todo caso a que se formule requerimiento fiscal, aunque sea con petición de desestimación (art. 248.2), y a que el juez de paz convoque al imputado a una audiencia inicial, donde se le tomará declaración indagatoria (art. 254), pudiendo después desestimar la denuncia o querrela, por falta de fundamento, o inadmitirlas, por carencia de imprescindibles requisitos de legalidad (art.96, inciso penúltimo).

Por otra parte, antes del acto de señalamiento de una persona como imputada puede surgir, con fundamento objetivo más o menos serio, una situación de sospecha respecto de la misma, debiendo preguntarnos si el surgimiento de la sospecha debe provocar de manera inmediata la imputación y si, de no hacerlo, quedaría afectado el derecho de defensa de quien debería con antelación haber sido imputado.

El Código Procesal Penal, sobre el particular, parece admitir una cierta situación de provisionalidad anterior al acto de imputación, como lo pone de manifiesto el contenido de los artículos 8 y 191 del mismo. El art. 8, en efecto, no exige que indefectiblemente el acto de imputación tenga lugar cuando exista cualquier estado de sospecha, siendo jurídicamente factible la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales de manera sorpresiva respecto de una persona sospechosa, aún no formalmente imputada, durante las diligencias iniciales de investigación

(arts. 238 a 246), que tienen carácter reservado (art. 272) y anteceden al requerimiento fiscal. El art. 191, final del primer inciso, permite, por otra parte, tomar declaración como testigo a quienes "en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo", aunque sin prestación de juramento o promesa de decir verdad. Este último precepto pone de manifiesto la conveniencia de configurar más nitidamente la figura del sospechoso, distinta a la del imputado, aunque podría sostenerse la nulidad absoluta de la declaración como testigo de una persona sobre la que recaigan sospechas de ser el autor del hecho delictivo, salvo que se le advierta expresamente de su derecho a no declarar.

La figura del sospechoso, en definitiva, siempre que no se produzca indefensión material, lo que ocurriría, por ejemplo, si el retraso en hacer la imputación impidiese la práctica de una prueba anticipada exculpatoria, deriva de la necesidad, por una parte, de evitar imputaciones precipitadas y, por otra, de no frustrar el éxito de complejas o delicadas investigaciones criminales. Sería, en efecto, absurdo señalar como imputado a quien acto seguido va a ser objeto, por orden judicial, de un allanamiento y registro de su morada, cuando el acto requiera, por la eficacia de la función investigadora, la lógica sorpresa y reserva en su realización. Lo mismo cabría decir, en idénticas circunstancias, de una conversación telefónica grabada por la policía entre un sospechoso y la víctima de una extorsión que ha consentido la intervención de sus propias comunicaciones telefónicas. La

utilización de la figura del agente encubierto (art. 15 CPP) devendría, asimismo, imposible con una concepción extremada del momento en que procede dar a conocer la imputación. La situación de expectativa procesal que así crea la sospecha, en suma, es una exigencia del interés público en la persecución del delito y, con independencia de dicho interés, en ocasiones, de la protección del ciudadano contra imputaciones patentemente infundadas, teniendo la misma función que el deseable acto judicial de previa valoración de la denuncia o querrela con anterioridad a su admisión a trámite.

c) Capacidad y legitimación

El imputado, como hemos dicho, es parte en el proceso penal acusatorio y, como tal, es titular de derechos y posee algunas obligaciones procesales, como luego veremos. Su condición de parte procesal amerita considerar las cuestiones relativas a su capacidad para ser parte, su capacidad de actuar por sí mismo o capacidad procesal y su legitimación procesal.

En cuanto a su capacidad para ser parte, y de actuar por sí mismo, se ha de tener en cuenta lo establecido en la Ley del Menor Infractor (arts. 2 y 26), las prescripciones del Código sobre los inimputables por razón de enfermedad mental (art. 397) y los casos de incapacidad sobreviniente, situaciones todas ellas que vamos a analizar más adelante.

La legitimación procesal “implica un nexo del sujeto con el objeto del proceso, con arreglo al cual pueda decirse que tal persona, capaz para ser parte y para actuar válidamente, es

justamente aquella a quien la ley atribuye el derecho de ejercitar la acción -penal o civil- por un determinado hecho, o, en general, de ser sujeto de este concreto proceso” (Gómez Orbaneja).

En el caso del imputado, su legitimación procesal exige la individualización del mismo mediante diversos medios (arts. 211 a 215, 260... etc.) y la comprobación que el imputado individualizado es la misma persona contra la que se dirige la acusación fiscal o particular.

Por esa razón, procede el archivo cuando no se ha podido individualizar al imputado (art. 246) y la casación de la sentencia cuando el imputado no esté suficientemente identificado (art. 362.1).

d) Los imputados menores de edad

El art. 17 CP establece un régimen especial para aquellas personas que en el momento del hecho delictivo tengan menos de dieciocho años. A tales personas se les aplicará lo dispuesto en la Ley del Menor Infractor (LMI) de 6 de mayo de 1994, así como en otras leyes secundarias que la complementan: Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor y Reglamento General de los Centros de Internamiento para Menores Infractores.

La LMI distingue tres situaciones en función de la edad de los menores: a) Menores infractores cuyas edades estén comprendidas entre los dieciséis y los dieciocho años; b) Menores con conducta antisocial cuyas edades se encuentren comprendidas entre los

doce y los dieciséis años, c) Menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial.

A los primeros (16-18 años) se les aplicará el proceso de menores y las medidas establecidas en la LMI; a los segundos (12-16 años), en caso de conducta antisocial, se les aplicará el proceso de menores previsto en la LMI y las medidas establecidas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor. En cuanto a los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presenten una conducta antisocial, se les excluye del régimen procesal de la LMI, y se les declara exentos de responsabilidad, pero deberá darse aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

La edad del menor se comprobará con la certificación de la partida de nacimiento, pero a falta de ésta, se estimará con base en el dictamen pericial, efectuado por un médico forense del Instituto de Medicina Legal, o por dos médicos en ejercicio de su profesión.

Si en el transcurso del procedimiento se comprobare que la persona a quien se atribuyere la infracción penal era mayor de dieciocho años al momento de su comisión, el juez de menores se declarará incompetente y remitirá los autos al juez penal correspondiente. Si fuere menor de doce años, cesará el procedimiento y en su caso, deberá informarse al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para que investigue si se le amenaza o vulnera algún derecho. *A sensu contrario*, si la comprobación de que la edad del imputado es menor de dieciocho años la efectúa el juez de paz o

de instrucción, también se declarará incompetente y remitirá los autos al juez de menores correspondiente.

e) Los imputados afectados de incapacidad

A los que presumiblemente, a juicio del fiscal o el querellante, sean inimputable por razón de enfermedad mental en el momento de cometer el hecho delictivo, se les aplicará, a petición de aquellos, el procedimiento especial para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad, regulado en los arts. 397 a 399 CPP, salvo que el fiscal y el querellante pidan el sobreseimiento definitivo y el juez lo acuerde por considerar que está suficientemente probada cualquiera de las causas que excluyen la responsabilidad penal (art. 27 CP), entre las que se encuentran las derivadas de la enfermedad mental del imputado (art. 27.4).

Ahora bien, si durante el procedimiento sobreviene una enfermedad mental, que excluya la capacidad de entender o de querer del imputado, el juez o tribunal, previo dictamen pericial, ordenará la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esta suspensión impedirá la declaración indagatoria y el juicio, pero no que se investigue el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados. El juez o tribunal solicitará un informe semestral sobre la salud mental del imputado. Si concurren los requisitos de la internación provisional se dispondrá el internamiento del incapaz en un establecimiento adecuado. En este caso el enfermo será examinado trimestralmente por el perito que el juez o tribunal designe (art. 90 CPP).

El precepto pone de manifiesto que para la continuación del procedimiento común —y de otros: p. abreviado, faltas, antejuicio— hace falta que en el imputado exista “la capacidad mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones” (G. Orbaneja). Por consiguiente, si la incapacidad de imputado, tanto psíquica como física, es posterior a la comisión del hecho, no cabe imponer pena ni medida de seguridad stricto sensu, y si la medida cautelar de internación provisional regulada en los arts. 302 y 303 CPP, por el tiempo que se establece para la detención provisional en el art. 297 CPP, que entiendo de aplicación por analogía.

Tanto en el caso de inimputabilidad preexistente al hecho como de incapacidad sobrevenida, se verá afectada la capacidad procesal del imputado, razón por la cual el Código establece que “cuando se presuma la enfermedad mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un tutor, sin perjuicio de la intervención de sus defensores” (art. 89 y 398.1); previsión legal que también ha de cumplirse para los menores de edad, independientemente de las garantías que les reconoce la LMI, cuando se trate de imponerle una sanción penal o cualquier medida restrictiva de su libertad (art. 18).

f) Los imputados con privilegios procesales

El art. 17 CP, tras establecer el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal, establece que no se aplicará la ley penal salvadoreña “cuando la persona goce de privilegios según la Constitución de la República

y el Derecho Internacional y cuando goce de inviolabilidades en determinadas materias, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución”.

Por consiguiente, cuando el imputado alegue un privilegio procesal, la policía, el fiscal y el juez deberá tenerlo en cuenta, a efectos de su acreditación y de la paralización definitiva (diplomáticos y asimilados) o temporal (antejuicio) de las diligencias iniciales de investigación y de los actos judiciales de instrucción.

A tal efecto, será de aplicación lo establecido en los arts. 236 a 239 Cn, respecto a los funcionarios públicos salvadoreños con privilegios procesales, y los tratados y convenios internacionales, respecto a los diplomáticos y otros funcionarios internacionales.

Los tratados internacionales reguladores del régimen de inmunidad diplomáticas son la Convención de Viena sobre relaciones privilegios e inmunidades diplomáticas, de 18 de abril de 1961, y el Convenio de Viena sobre relaciones, privilegios e inmunidades consulares, de 24 de abril de 1963, ambos ratificados por El Salvador.

Asimismo, han de tenerse en cuenta, entre otros posibles tratados, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 13 de febrero de 1946 (D.O. de 12 de mayo de 1947), en cuyo art. V, secciones 17, 18 y 19, y art. VI, secciones 22 y 23, se regulan las inmunidades y privilegios de los funcionarios internacionales; el Acuerdo Sede del SICA (Secretaría de Integración Centro Americana) publicado en el D.O. de 23 de agosto de 1994; el Acuerdo entre el Gobierno de El Salvador y el

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (D.O. de 11 de mayo de 1976) y el Convenio entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Banco Interamericano de Desarrollo (D.O. de 29 de agosto de 1972).

En fecha 31 de marzo de 2000 se firmó el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República de El Salvador y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo al acceso y al uso de las instalaciones del Aeropuerto Internacional El Salvador por los Estados Unidos para el control de la narcoactividad. Dicho acuerdo, que ha sido ratificado por la Asamblea Legislativa y contra el que se ha anunciado un recurso de inconstitucionalidad, otorga, en su art. VI, al personal de los Estados Unidos y a sus familiares que estén en El Salvador, la condición jurídica equivalente a la provista al personal administrativo y técnico de la Embajada de los Estados Unidos, de acuerdo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961. Asimismo, establece que en el caso de que las autoridades salvadoreñas detengan temporalmente algún miembro del personal de los Estados Unidos o de sus familiares, las referidas autoridades lo notificarán inmediatamente a las autoridades de los Estados Unidos encargadas de las operaciones en El Salvador de conformidad con el presente Acuerdo, y coordinarán su pronta devolución al control de los Estados Unidos.

g) Derechos y facultades

El precepto establece en su primer inciso que el imputado, por el mero hecho de serlo, puede ejercer, desde

el primer acto de señalamiento hasta su finalización (sobreseimiento definitivo, absolución o condena), todas las facultades establecidas en la Constitución de la República, en el Código Procesal Penal y en las demás leyes que sean de aplicación, categoría en la que han de incluirse una serie de tratados (ver concordancias) celebrados por El Salvador con otros estados y con organismos internacionales, que constituyen leyes de la República en los términos establecidos en los arts. 144 a 149 Cn.

Los referidos derechos y facultades obedecen, a su vez, a dos tipos de razones: unos son consecuencia del principio humanitario y del respecto a la dignidad humana que inspiran el derecho penal moderno; otros lo son del derecho constitucional al justo y debido proceso (*due process of law*), que parte de la exigencia constitucional de que “toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 12 Cn, inciso 1º).

Tales derechos y garantías constitucionales, con expresión de la disposición que los establece, son los siguientes:

- 1) El derecho a no ser detenido arbitrariamente, porque dicha detención implicaría un ataque frontal al derecho de todo individuo a la libertad y a la seguridad (art. 11 Cn y art. 9º. del Pacto Int. D.D. Civiles y Políticos).
- 2) El derecho a ser informado de forma continuada de los actos procesales esenciales para la defen-

sa (práctica de prueba anticipada, emplazamientos...) y de todos aquellos que van configurando la definitiva pretensión punitiva. tales como el requerimiento fiscal (art. 248), el auto de instrucción (art. 266), el escrito de acusación del fiscal (arts. 314 y 315), el auto de apertura del juicio oral (art. 322) y la eventual ampliación de la acusación durante la vista pública (art. 343) o modificación, a iniciativa del tribunal, de la calificación jurídica del hecho y de la pena susceptible de ser impuesta cuando sea más grave que la solicitada (art. 359).

La información de derechos resulta esencial en el momento de la detención, estableciendo al respecto el art. 87, en relación, entre otros, con los arts. 242 y 243.6 CPP, el contenido de la que deberá ser suministrada al imputado por parte de los fiscales, jueces o policías: razones de su detención, autoridad a cuya orden quedará como detenido, persona o entidad a la que debe comunicarse la captura; derecho a ser asistido por el abogado que designe o por un defensor público, derecho de ser llevado sin demora dentro del plazo legal ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, derecho a abstenerse de declarar, a que no se empleen contra él medios contrarios a su dignidad y, en especial, técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad; derecho a ser asistido por un intérprete, cuando no comprende el español, y derecho a que se le facilite el movimiento indispensable de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal (ver comentario al art. 87).

- 3) El derecho a no declararse culpable, a abstenerse de declarar y a no ser obligado a declarar contra sí mismo (arts. 12, inc. 3º Cn.; art. 87, núm. 5, CPP; 14.1 g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El mencionado precepto constitucional dispone rotundamente que las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor, incurriendo en responsabilidad penal quienes así las obtuvieron y emplearen. Como consecuencia de lo anterior, el art. 262 CPP, en desarrollo del art. 12 Cn, establece que "en ningún caso se le requerirá al imputado juramento o promesa, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza, o se utilizará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarle a declarar contra su voluntad, ni se harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión". Y que "toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos será prohibida, tales como los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes, el engaño, la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis".
- 4) El derecho al respeto a la dignidad humana (art. 1 Cn), de la que deriva la regla de conducta básica que ha de presidir la actuación policial, fiscal y judicial en relación con las personas objeto de imputación de un hecho delictivo. Se respeta la dignidad humana de

un detenido cuando se protegen y hacen efectivos los derechos que le otorgan la Constitución de la República y el Código Procesal Penal (arts. 11, 12, y 13 Cn y 87 CPP). Esa función de protección se atribuye a las autoridades administrativas y judiciales encargadas del ejercicio del *ius puniendi* estatal, estableciendo al respecto el art. 243 CPP, en relación con la Policía Nacional Civil, entre otros principios básicos de su actuación, los siguientes:

- a) No infringir, instigar o tolerar ningún acto de tortura o tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, tanto en el momento de la captura como durante el tiempo de la detención,
 - b) No presentar públicamente a los detenidos, en condiciones que menoscaben sus derechos fundamentales;
 - c) Informar a la persona en el momento de la detención de todos los derechos del imputado; y
 - d) Comunicar al momento de efectuarse la detención, a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado, el establecimiento a donde será conducido;
- 5) El derecho de defensa, en su doble vertiente material y técnica, del que es presupuesto ineludible la plena efectividad del derecho a la información al imputado, y cuyo núcleo esencial está configurado por el ejercicio de la *contradicción* y el respeto al *principio de igualdad de armas*, en el mar-

co todo ello de un proceso de carácter acusatorio en el que la *car-ga de probar* corresponde a la *acusacion*

La defensa material comprende el *derecho del imputado de ser oído*, sin interrupción, por el juez o tribunal competente durante la instrucción de la causa (arts. 261 y 269) y durante el juicio oral, en el que podrá ejercer *el derecho a la última palabra* (arts. 11 Cn, 14.1 PIDCP, 8.1 CADH, 342 y 353 CPP). Asimismo, el imputado – ver comentario al art. 9, letra B – podrá intervenir en todos los actos procesales que le afecten, proponer diligencias en cualquier momento durante el desarrollo de la instrucción, requerir la práctica de medios de prueba, efectuar descargos, hacer alegaciones, formular impugnaciones... (arts. 9; 259, último inciso y 273 CPP).

En cuanto a la defensa técnica, no podrá hacerse ningún interrogatorio al imputado sin que esté presente su abogado defensor, con quien deberá entrevistarse previamente antes de contestar cualquier pregunta (art. 242, respecto a la policía; 259, inciso 2º, en la declaración indagatoria, y 342 durante las audiencias). Por otra parte, la intervención de abogado, estando identificado el imputado, resulta preceptiva para la realización de cualquier acto procesal del que puedan derivar perjuicios o desventajas para el imputado.

- 6) El derecho a ser procesado conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo y por un juez o tribunal predeterminado por la ley, es decir, instituido por la legislación orgánica procesal con anterioridad al inicio del proceso, quedando ga-

rantizado de esta forma aspectos esenciales del principio de legalidad del proceso, al que aluden los arts. 2 CPP, 1 del Código Penal y 15 de la Cn., a cuyo tenor “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley”.

- 7) El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, así como a ser tratado imparcialmente por fiscales y policía. El reflejo normativo más importante de tales derechos lo encontramos en los art. 16 de la Constitución y en los arts. 3 y 72 CPP.
- 8) El derecho a un juicio oral y público, en el que se verifique el cumplimiento del conjunto de derechos y garantías que estamos comentando (arts.11 Cn y 1 CPP).
- 9) El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable (arts. 14.3 c) PIDCP y 8.1 CADH), del que deriva: la fijación de un plazo máximo para la duración de la instrucción (arts. 274 y 275 CPP); el establecimiento de límites a la duración de la detención provisional (arts. 6 y 297.3 CPP); la existencia de una regla beneficiosa para el condenado de abono de los días de detención provisional a la duración de la pena privativa de libertad (art. 441A CPP), y el derecho a recibir una indemnización en el supuesto de retardación de justicia (art. 17 Cn).
- 10) El derecho a no ser enjuiciado dos veces por la misma causa (*nom bis in idem*), reconociendo en el art.

8.4 CADH, produciendo efecto de cosa juzgada la sentencia absoluta firme dictada en el extranjero sobre hechos que puedan ser conocidos por los tribunales nacionales (art. 13, final inciso 1º., Cn, y art. 7 CPP).

- 11) El derecho a la presunción de inocencia y al *in dubio pro reo* (arts. 12 Cn, 4 y 5 CPP), indisolublemente conectada, aquella, con el principio acusatorio, que sitúa en la acusación la carga de la prueba, teniendo todo ello su máxima virtualidad en el momento de la apreciación de la prueba por el tribunal sentenciador y en la sentencia, que ha de ser congruente con la pretensión punitiva.

La presunción de inocencia adquiere también relevancia como norma de tratamiento previo del imputado y criterio para la decisión jurisdiccional sobre las medidas cautelares (art. 285 y sgs. CPP).

- 12) El derecho a la legalidad de la prueba, que ha de practicarse, como regla general, de manera concentrada y bajo la inmediación del juez o tribunal sentenciador, en un juicio oral y público, salvo, excepcionalmente, que ello no sea posible (prueba anticipada o preconstituída). En la práctica de la prueba, se pone especial énfasis por la Constitución (arts. 11 y 12) y el Código (arts.15, 162, 262) en la prohibición de toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas (prueba ilícita).

13) El derecho a una sentencia de fondo, en caso de que se llegue a la celebración de la vista pública, en la que se fundamenten, en su caso, las razones de la condena. La obligación legal de fundamentar las resoluciones judiciales y, muy en particular, las sentencias y autos recurribles en casación (art. 422 CP: autos que pongan fin a la acción o a la pena, etc.) obedece, independientemente de otras razones, a las exigencias del *derecho de igualdad*, pues la fundamentación "ex: bne razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán, en cierta medida, al tribunal a la hora de dictar nuevas sentencias" (López Barja de Quiroga), y a la necesidad de *control de la actividad jurisdiccional* por parte de los tribunales superiores *por la vía de los recursos*, ya que malamente podrá revisarse una decisión de la que no se conocen los criterios lógicos, de experiencia y de legalidad en que se fundó.

14) El derecho a los recursos, en la forma establecida en el libro cuarto del Código Procesal Penal (arts. 406 a 440), es decir, a que un tribunal superior revise la decisión de fondo recaída en una causa penal, con independencia de los recursos interlocutorios contra autos o providencias; estando también previsto, como garantías de cierre del sistema de protección jurisdiccional, el recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales, cuya competencia exclusiva corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (art. 174 Cn), y el proce-

so de hábeas-corporis o de exhibición personal (art. 11 Cn), regulado en los arts. 38 a 46 de la LPRC.

Asimismo, han de tenerse en mente los medios de protección de los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22.11. 1969), que establece (arts. 33 a 73) como organismos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

15) Existen, durante la sustanciación del proceso, otros derechos o facultades del imputado, que podríamos considerar de menor trascendencia, como son el derecho a la movilidad del mismo durante las audiencias (art. 326) y el de poder hablar durante la celebración de las mismas con su abogado, a cuyo efecto se ubicará a su lado (art. 342, inciso 2º.).

Establece también el art. 32.5, 2º. inciso, que el imputado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública.

16) El derecho a que, en el caso de dictarse una sentencia condenatoria, su ejecución se lleve a cabo conforme a los principios de legalidad, humanidad, no discriminación, judicialización, participación comunitaria y afectación mínima, que garantiza y desarrolla la Ley Penitenciaria.

17) Derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial (art. 10 CADH).

h) Deberes del imputado

Para finalizar, el imputado tiene el deber de comparecer ante la PNC, la FGR, y el juez y tribunal que conozcan del proceso. El incumplimiento del deber de comparecencia está sancionado con la detención, como lo reflejan los arts. 85 (poder coercitivo de los fiscales), 91 (rebeldía), 126 (poder coercitivo general del juez o tribunal), 239 (función de la policía de investigación), 286 (citación o detención del imputado), 289 (detención administrativa FGR) 325 y 326, inciso 2º (movilidad del imputado durante las audiencias).

De todos esos preceptos, el art. 286 (inciso 1º.) establece que "cuando sea necesario la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presen-

tación o detención mediante orden escrita que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye".

En cuanto a las obligaciones del imputado en la vista pública y demás audiencias, el art. 325, inciso 2º., establece que el mismo no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del tribunal. Si después de su declaración rehusa permanecer, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos podrá ser representado por su defensor; sólo en caso de que la acusación sea ampliada, el presidente del tribunal lo hará comparecer para los fines de la intimación que corresponda. Si su presencia es necesaria para la práctica de algún acto o reconocimiento, podrá ser compelido a comparecer en la audiencia por la seguridad pública.

Por su parte, el inciso 2º. del art. 326, dispone que "si el imputado se halla en libertad, aún caucionada, el tribunal podrá ordenar, para asegurar la realización de a audiencia o de un acto particular que lo integre, su conducción por la seguridad pública y hasta su detención, determinando en este caso el lugar en que ella se cumplirá; podrá, incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas en este Código".

Teoría de la Reforma Constitucional

Por: Dr. Mario Antonio Solano Ramírez¹

1. LA NECESIDAD DEL PODER JURÍDICO.

La clave de todo poder en el marco de la sociedad democrática es el de caracterizarse y prestigiarse como poder jurídico; lejos va quedando el autocratismo como sistema y el totalitarismo como variante deplorable de aquél, aun cuando algunos resabios y secuelas, todavía se manifiestan en las sociedades actuales. Lowenstein dice que los gobiernos, según su calidad política se clasifican así:

- 1) Autocracia, en sus dos formas, Autoritario y Totalitario;
- 2) Democracia, que se subdivide en Presidencialista, Asamblea, Parlamentario y Cesarismo.

Tradicionalmente la conformación jurídica del poder se ha conocido como

Estado de Derecho. Ahora se conoce como Estado Constitucional.

A partir de la Revolución Francesa, de la gloriosa Revolución Inglesa y la Independencia de los E.E.U.U., el mundo exige la conversión del Estado absolutista, en un Estado protector de la libertad y de los derechos individuales, para lo cual es necesario fijar los límites a los detentadores, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas, (la constitución) destinadas a limitar el ejercicio del poder político. "La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder". (Karl Lowenstein).

¹ Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, graduado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. UES. Actualmente, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

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

2. ESTÁTICA Y DINÁMICA CONSTITUCIONAL.

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

“Desde un punto de vista puramente teórico -y con ello entramos en el tema propiamente dicho- una constitución ideal sería aquel orden normativo conformador del proceso político, según el cual todos los desarrollos futuros de la comunidad, tanto de orden político como social, económico y cultural, pudiesen ser previstos de tal manera que no fuese necesario un cambio de normas conformadoras”.

3. LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Volviendo ahora al problema propiamente dicho de la reforma constitucional, que solamente surge en las constituciones escritas, lo primero que habría que preguntar es bajo qué circunstancias es necesaria o es motivada dicha reforma. En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas, son las respon-

sables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna manera a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político.

4. LAGUNAS CONSTITUCIONALES.

En segundo lugar, “Una reforma constitucional, que aquí surge en la forma de complemento constitucional, se puede producir cuando la constitución contiene lagunas que deben ser cubiertas con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político. Estas lagunas pueden ser descubiertas u ocultas. Una laguna constitucional descubierta existe cuando el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”. Un ejemplo de esta es el caso del Art. 248 que solamente ha regulado el procedimiento de reforma parcial, pero no ha previsto sobre reforma total que incluya reformas intangibles, y al no hacerlo, hace suponer que la omisión obligaría en su caso a convocar al Poder Constituyente.

“Por otro lado, una laguna constitucional oculta se produce cuando, en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”.

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

me deficiente de los ministros de gobierno, conforme a los Arts. 131/18 y 168/6.

5. ASPECTOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Cuando nos referimos a la reforma constitucional queremos destacar fundamentalmente dos aspectos:

1. La necesidad de reformar, y
2. La Técnica que debe emplearse.

Desde luego no significa que el estudio unicamente se limite a esos aspectos, sino que éstos son los que más interesan en este análisis de carácter jurídico-político.

Según Pedro de Vega, en su "REFORMA CONSTITUCIONAL"....

5.1 La necesidad de considerar la posibilidad de la reforma constitucional se da por tres razones fundamentales:

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

a) Como Instrumento de Adecuación de la Realidad Política.

Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo

normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan, en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que en su dimensión y práctica son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional.

"No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencia de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por eso, con razón, ha podido afirmarse que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa".

b) Como Mecanismo de articulación:

"Ahora bien, en segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica

ca. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un poder constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el poder constituyente, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el poder constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario. Por la misma razón, y a la inversa, cabe igualmente afirmar que el poder de revisión, que tiene competencia para efectuar la reforma, para lo que en ningún caso, puede tenerla es para hacer la revolución. Esto quiere decir, como demostraremos en su momento, que la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino, simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.”

c) *Como institución básica de garantía.*

“Por último, habría que indicar que si, frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía. Al establecerse un

procedimiento más agravado y difícil para reformar la constitución que el que sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es, pues, a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en *lex superior*.”

5.2 La Técnica de la Reforma.

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

En segundo lugar, y desde un punto de vista político, al establecerse claramente la distinción entre el poder de reforma y el poder legislativo ordinario, por la naturaleza más compleja de las formas y procedimientos del primero, lo que se pretende es evitar que los poderes constituidos (concretamente el Parlamento) se transformen en efectivos poderes

constituyentes: de tal suerte que, en lugar de estar las Asambleas sometidas a la Constitución, sería la Constitución quien se vería a merced de los avatares parlamentarios, de los vaivenes electorales y de los caprichos de mayorías más o menos coyunturales. Con lo cual, la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde, en definitiva, y al margen de su significado etiológico original, reside, como dice Sartori, la esencia de la democracia moderna.

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

5.3 La Participación Popular.

¿Cómo el pueblo se hace presente para el ejercicio del poder? Sobre este delicado asunto se conocen dos tesis: *Primera:* los colonos puritanos de Norteamérica, aplicaron los criterios de los pactos religiosos, a los pactos políticos que precedieron a la Constitución de los EEUU; considerando que el poder soberano, no puede ser representado, exigían cuando menos que los pactos celebrados fueran ratificados por el pueblo. *Segunda:* es una idea del constitucionalismo francés por el cual la soberanía no reside en el pueblo, sino en la nación y siendo ésta un ente abstracto, no puede actuar por sí misma y debe actuar por

medio de sus representantes; y en tal caso es necesario convocar a una Asamblea constituyente. No obstante debe recordarse que Rousseau, pensaba en la soberanía popular, por la cual cada uno de los ciudadanos lleva una fracción de la soberanía del pueblo.

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

Formulada la Constitución, el poder constituyente desaparece cediendo el lugar a la propia norma creada y todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, inclusive el poder de reforma que se introduce en las Constituciones. Ni los poderes constituidos, deben tener funciones constituyentes ni éstos, funciones de poder constituido, tal es el caso de las recientes acciones de la Asamblea Constituyente de Venezuela. En el sistema salvadoreño es un poder de reforma limitado en los términos del Art. 248. Se trata de reformas puntuales y en ningún caso pueden hacerse, en relación a la forma y al sistema de gobierno; si el gobierno es la personificación del poder del Estado, significa que la parte orgánica de la Constitución, no puede ser reformada por esta vía.

Además debe considerarse, en razón del proceso de democratización y de paz en El Salvador, que este método de reforma ya cumplió parte de los fines para los cuales ha sido creado y las reformas que esta Constitución requiere exigen convocar de nuevo el poder constituyente que impulse la

reforma integral de la misma; tal convocatoria procede conforme los poderes implícitos que la Asamblea tiene. Reconozco en este punto, que existe lo que se denomina laguna constitucional en el sentido de que tanto la reforma total y la reforma de las normas intangibles, no están reguladas expresamente, por lo que debe recurrirse a las soluciones del Derecho Constitucional comparado y a la doctrina general del poder constituyente que nos indica que únicamente el pueblo soberano puede cambiar su Constitución. Jellinek, nos recuerda que las "leyes fundamentales se establecen, como las demás, en cuanto necesidad inevitable, reconózcase o no, en el curso de los acontecimientos históricos. Por eso, es muy interesante plantearse el problema acerca de las vías seguidas para reformar nuestras constituciones escritas". "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir (necesariamente) acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación."

¿Hasta dónde se puede extender esta reforma? "La teoría atribuye al Estado soberano un poder de decisión ilimitado. Por consiguiente, también puede modificar a discreción su Constitución, abrogarla o sustituirla. Y no sólo ajustándola al Derecho. La Constitución de un Estado puede sufrir mediante el poder una subversión total. Toda revolución abre el camino a una reforma de la Constitución. En efecto, no hay ningún poder alguno por encima del Estado que pueda

impedir lo hecho por tales revoluciones, vengan de arriba o de abajo, así cada revolución triunfante crea un derecho nuevo"

5.4 Reforma Total.

Este importante asunto merece mucha atención. ¿No sería posible hacer una consulta nacional suficientemente representativa para conocer si la Constitución tiene que reformarse totalmente?

¿Es posible superar la presión de los Acuerdos de Paz, e impulsar una reforma a partir de nuestra inteligencia? Desde luego una decisión como ésta debe rodearse de más garantías que las contempladas ahora, en consecuencia, la figura del "referéndum" (consulta) tendría que ser incluida y su análisis formaría parte de la temática a discutirse en un foro nacional que debe ser convocado. La paz debe preservarse, sin embargo, la sociedad está sometida a una serie de presiones y cambios, algunos de ellos pueden impactarle negativamente, por lo que el pluralismo y la participación deben convertirse en una realidad en el cambio constitucional, que necesariamente tendría que darse. El referéndum previsto como agregado al Art. 248, en todo caso dirá si hay reforma total. Si se aprueba, la demoracia se habría realizado; si no se aprueba, también. La teoría del referéndum merecerá mucha discusión. Se trata de no tener procedimientos excesivamente fáciles o difíciles; sin embargo, cualesquiera que sea el procedimiento es necesario que la Constitución expresamente defina este punto.

¿Es razonable y práctica la distinción hecha por algunas constituciones en-

tre revisión total -conformación absolutamente nueva de la constitución- y revisión parcial- y la renovación de ciertas disposiciones? En la legislación comparada, es ejemplar el caso de Suiza, que contiene la Revisión total, una acción que comprensiblemente encierra siempre gran importancia, está rodeada de todas las cautelas imaginables (artículos 118, 119 y 123).

La iniciativa puede partir del Consejo Federal, de una de ambas cámaras del Parlamento o de los cantones (artículo 93, párrafo 2). Si ambas cámaras están de acuerdo, el proyecto elaborado por ellas es sometido a una votación popular, como en el caso de revisión parcial, exigiéndose la aprobación por las mayorías de los electorados de los cantones (artículos 118 y 123). Pero si una de las dos cámaras de la Asamblea Federal expresa su oposición, o el procedimiento fue puesto en marcha por la iniciativa de, por lo menos, 50,000 ciudadanos, el proceso se complica considerablemente.

Por lo pronto, tendrá que ser aprobada por votación popular la cuestión preliminar de si una revisión total es verdaderamente deseable. Es de señalar que en esta fase no intervienen los cantones. Si se aprueba la propuesta de reforma, ambas cámaras serán disueltas y la nueva Asamblea Federal toma entonces en sus manos la tarea de elaborar una nueva constitución. El producto final tendrá que ser sometido a su vez a una votación popular (artículo 123). La Constitución actual de la Confederación Suiza es ella misma el producto de una revisión

total de la Constitución de 1848. Desde entonces han sido presentadas tan sólo dos propuestas de revisión total; la primera en el año 1880 a causa de una cuestión que en realidad concernía a una revisión parcial, pero que por razones técnicas tuvo que ser revestida de revisión total. La segunda propuesta fue hecha en el año 1935 por los nacionalsocialistas en la Federación con ayuda de los cantones reaccionarios católicos.

En ambos casos la revisión total fue rechazada en votación popular por una abrumadora mayoría.

6. NATURALEZA DEL ART. 248.

Este artículo consagra el poder de reforma, que se ejerce por medio de dos asambleas legislativas, es un poder constituido, derivado del Poder Constituyente originario que reside en el pueblo. Téngase presente que el poder reformador, debe respetar el marco (supremacía) de la Constitución, los principios, valores y derechos constitucionales y no intentar la reforma de las cláusulas intangibles (disposiciones intocables); o sea que es un Poder Soberano, delegado, pero que se ejerce en un marco de legalidad y legitimidad: Es la soberanía de la Ley y del Derecho.

En esta fórmula encontramos un principio de solución de un problema de soberanía, ya que siendo el pueblo soberano puede modificar en cualquier momento su Constitución: Sin embargo, el pueblo concede el poder de reforma a sus representantes y se crea la figura de la soberanía constitucional, o sea el

establecimiento de una norma que pueda modificar la misma constitución, pero siguiendo un orden establecido; o sea garantizar al pueblo la supremacía de su Constitución inclusive, contra el mismo, contra la irresistible tendencia de la naturaleza humana de cambiar en busca de la quimera de lo mejor.

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

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

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

LIMITANTES DE LA REFORMA.

El poder constituido (Art. 248) no es un poder soberano, no es un poder constituyente, éste, corresponde al pueblo quien lo ejerce cuando lo ejerce de un modo ilimitado e impredecible; es un modo de ser político, no jurídico; y por más que los Arts. 83 y 87, pretendan ponerle un marco de contención, éste podría ser arrasado, sin que nada ni nadie pueda detenerlo; excepto el pueblo mismo: por tal motivo la doctrina francesa, ha sostenido que el pueblo tiene el derecho inalienable de cambiar la Constitución; el constitucionalismo moderno, privilegia el poder de reforma, que lo ejercen los representantes, pero tienen límites en su ejercicio; algunos de estos se encuentran en la Constitución misma, son los límites autónomos, tal es el caso de los comprendidos en el mismo Art. 248, los del 246, el Art. 83; son límites heterónomos, el derecho natural, los tratados internacionales, las declaraciones de derechos, etc.; de tal manera que el poder de reforma está por debajo de la Constitución, es decir, se mantiene la supremacía constitucional y las operaciones de reforma (decreto de aprobación y ratificación) son operaciones jurídicas sometidas al marco de la Constitución. Los límites autónomos a veces son explícitos (Art. 248), otras son implícitos (derechos irrenunciables, fines del Estado).

Surgimiento de la política moderna: Maquiavelo y la Ciencia Política

(siglo XV – fines y XVI principio)

Por: Dr. José Rodolfo Castro *

1. CONTEXTO DE SURGIMIENTO.

El periodo moderno opuesto al medieval y al antiguo, dio inicio en la península itálica, conformada por un caótico grupo de micro-estados, con la primera fase del movimiento renacentista, en el siglo XV. Lo específico de aquella alborada cultural es un aprovechamiento a fondo de la civilización greco-latina. El renacimiento es en parte resurgimiento de muchos aspectos de la cultura antigua, después de más de un milenio de olvido.

Los conflictos, guerras, revoluciones, breves alianzas, treguas, tratados de paz inservibles, rivalidades económicas, pugnas sociales, asaltos, saqueos, conjuras, aventuras de condotieros y la aparición fugaz de micro-estados

así como su desaparición, son el telón de fondo del agotamiento del viejo mundo medieval y el llanto de una criatura que lucha por abrirse paso hacia la modernidad: “se termina un mundo y da comienzo a otro”.

El carácter flexible e híbrido de la vieja sociedad en Italia, presenta condiciones favorables para que sociedades mercantilistas, pre-capitalistas o casi capitalistas, produzcan actividades sociales y económicas en anuncio y precezo adelante de la generalización del desarrollo capitalista en Europa.¹

El período moderno en Italia está marcado por dos procesos que le impactan directamente:

- 1o. La formación de los Estados nacionales en Europa, principalmente los de Francia y España,

* Profesor de Ciencias Políticas en la Licenciatura en CC. JJ.

e Inglaterra que ocupan de campo de batalla a los micro-estados italianos para dirimir sus diferencias y ambiciones políticas. Precisamente Maquiavelo señala como el principal problema político de Italia, la fragmentación medieval obra del feudalismo; y la necesidad de abrirle paso a la formación del Estado nacional italiano, como unidad política fuerte.

20. El debilitamiento y descenso de la autoridad de la Iglesia Católica romana, en cuanto a su poder temporal, expandiéndose esta decadencia a otros campos. Precisamente el renacimiento es parte de un proceso de secularización de la vida cultural, que la convierte en laica pasando paulatinamente a manos del emergente estado, en su regulación.

Pareja a estos procesos tenemos la creciente autoridad de la Ciencia que supone el reemplazo y desplazamiento de la autoridad eclesiástica; se inicia así la desintegración del sistema teológico-filosófico dominante en la edad media, el escolasticismo, en la cual dominan los preceptos de Aristóteles y que es sinónimo de conocimiento formal, rígido, cerrado y mecanicista.

Todos estos aspectos son muy ambivalentes, pues mientras la construcción del Estado nacional se apoya en formas absolutistas y despóticas de centralización del poder, la lucha por abrirle espacio al espíritu científico se hace en un "mar de ignorancia", en donde la mayoría de los humanistas eran supersticiosos y se apoyaban en la autoridad de los antiguos, como

Platón, los estoicos y sofistas. No obstante, la concentración de poder en los Reyes y Príncipes parecía mejor que la fragmentación feudal, y, en todo caso, el "espíritu" de los antiguos era el método de discusión, preferible a la aceptación dogmática de la autoridad revelada, del papado.

La aceptación de la autoridad científica es un fenómeno de desarrollo posterior al referido de la autoridad de las iglesias, pero que significa pequeños pasos hacia la emancipación de las mentes y corazones, expresado en el surgimiento de una disposición de ánimo distinto al del dogma medieval. Esta emancipación conduce al desenvolvimiento del individualismo, al extremo de la anarquía moral y política en la Italia del siglo XV, que se convierte en campo abonado para las doctrinas de Maquiavelo presentadas en un estilo cínico y realista en el Príncipe frente a un ambiente político-cultural corrompido y corruptor.²

La sociedad italiana, como se dijo, era un conjunto fragmentado de micro-estados, que de hecho se encontraban en un equilibrio político inestable y desestabilizador. Los cinco más importantes eran a la vez polos de fuerza políticas que sometían a los menores a vaivenes sin fin, que siempre terminaban en conflictos bélicos.³ De allí que el juego del poder político fuera muy complicado y al decir de B. Russell "había mucha habilidad política, pero ninguna orientación prudente".

Florenia que era una especie de República señorial, en donde desde el siglo XIII, se había desplazado del poder a la aristocracia feudal, fue el lugar donde dio luz sus escritos Ma-

quiavelo. Ya en el siglo XV, esta ciudad pasa por su fase de oro con la familia de los Médicis, cuya poderosa banca prestaba dinero a Papas, Reyes y Emperadores; y a la vez daban protección y favorecían las artes, lo que se denominó el *mecenazgo*.

Es indudable que la liberación de los dogmas condujo a un antes no conocido despliegue de la creatividad científica, cultural, artística y literaria, aunque ésta siempre fue elitista, pues este espectacular fenómeno se dio como un islote en un océano de ignorancia y superstición.⁴ Parecida al fenómeno del humanismo que emprendió el estudio y rescate anti-escolástico de las obras filosóficas y literarias, griegas y latinas, en sus idiomas originales, pese a la diversidad de sus enfoques e interpretaciones no siempre coincidentes o contradictorias. Sus afirmaciones se hacen a modo de ensayo, y muy subjetivas y sobre bases de probabilidad, sujetas a modificaciones, lo cual crea una atmósfera antidogmática.

2. PRINCIPALES CONCEPTOS Y LA AUTONOMIA DE LA POLÍTICA.

Como muy bien lo sostiene un autor "Nicolás Maquiavelo durante el ejercicio de sus funciones de secretario del gobierno republicano de Florencia, desempeñó distintas legaciones ante los gobiernos extranjeros, acumulando una valiosa experiencia política que le permitió comprender, como pocos, la naturaleza del poder y la realidad social humana. Auténtico hombre de estado, escudriñó hasta sus últimos pliegues el mecanismo del comportamiento político de gober-

nantes y gobernados, en un mundo en el que el poder y la riqueza se habían convertido en móviles directos de la actividad política. Con él la política adquiere categoría de un fin en sí... En efecto Maquiavelo marca el fin del sometimiento de la política a la religión y a la moral, e inaugura la ciencia política moderna, autónoma, reducida a sus propios principios."⁵

Es sabido que Maquiavelo no presenta, en sus obras, un orden sistematizado de conceptos, ni criterios o parámetros para crear un sistema general categorial que concrete en forma coherente sus nociones básicas o elementales. Para ello seguiremos libremente al profesor Formoso en su ya citado prólogo al Príncipe.⁶

LA HISTORIA: El primer concepto general, en su peculiar estilo, es el de Historia que no es cronología, ni devenir y cambio. En su concepción y la práctica de la política los hechos son repetitivos y por tanto existe un permanente retorno a ellos; para él los mismos deseos y las mismas pasiones orientan la psiquis de los gobernantes; ayer como hoy hay una maldad intrínseca en los hechos de los grandes líderes, antiguos y modernos, "De suerte que examinando con atención los sucesos de la antigüedad, cualquier gobierno prevee lo que ha de ocurrir..."⁷

Esta "maldad intemporal" que no se deja amansar por el tiempo, si se quiere, es producto del ejercicio del poder entre los hombres, y se desdobra en situaciones como la codicia, las angustias, y los temores humanos de gobernantes y gobernados.

Ciertamente que Maquiavelo hace una utilización muy flexible de la historia basado en la opinión que tiene de los hombres; y posiblemente el uso de hechos tan distantes uno del otro, es a ratos un tanto excesivo, sin embargo el Florentino esta poniendo las bases del método científico, en la investigación histórica de la política, aunque lo hace aun en forma parcial: si estamos de acuerdo que el método experimental (o científico, que esta en sus albores, consiste en repetir una y otra vez hechos, aunque aquí no sea en forma totalmente controlada, pero si mediante observación (en este caso parcial), recopilación de información y arribando a conclusiones o generalizando, entonces estamos ante el uso pionero, muy imperfecto aún, de dicho método en un ámbito de la realidad histórica, muy delicado como es el político, en donde 5 siglos después los métodos han avanzado muy poco. “Experiencia y Conocimiento que adquirí gracias a mi dilatada practica en las horrendas vicisitudes políticas de nuestra época (observación directa R. C.) y merced también a la constante lectura de la historia, (“Investigación en documentos antiguos R. C.) “(Así) os resultará fácil comprender en pocas horas lo que a mi me ha costado muchos años, grandes fatigas y serios peligros”. Maquiavelo. El Príncipe, dedicatoria P. 6.

El prever lo que ha de ocurrir, supone ver con anticipación aproximada, por señales, indicios o elementos de repetición en situaciones idénticas o semejantes, lo que ha de suceder a fortiori. El prever de esa forma nos lleva a pronosticar, como en el caso de un médico sobre el curso de un fenómeno (enfermedad) y así aplicar los remedios necesarios para detener el

proceso del fenómeno o enfermedad. Lo mismo en el terreno de la historia política, “examinando con atención los sucesos de la antigüedad”, Maquiavelo, afirma que es posible y probable (diríamos) para la política y los políticos prever los acontecimientos futuros, (y así) “aplicar los mismos remedios que usaron los antiguos (o) imaginar nuevos por la semejanza de los acontecimientos.”⁴

LA EFICACIA POLÍTICA. El segundo concepto central, que se desglosa o desarrolla en tres términos o nociones principales que son coadyuvantes entre si, es el llamado de eficacia política en la conducta de los gobernantes. Este aspecto se fundamentaba en la realidad italiana, de atomización del poder político que exigía el tránsito a la monarquía absoluta que rompería con el desorden feudal. Las nuevas alianzas de poder, como la de comerciantes, artesanos, industriales y banqueros en Florencia que desplazaron a la aristocracia nobiliaria, exigían un gobierno fuerte; de allí la defensa de Maquiavelo de un gobierno absoluto, que no vacilará ni ante Reyes, Cardenales, Príncipes o Papas.

Para lograr ese objetivo de unidad nacional fuerte, había que olvidar las anacrónicas creencias de la “buena fe, la palabra empeñada y el cumplimiento de las normas morales corrientes”, por que con ellos no se alcanza el éxito político en las empresas seguidas.

La primer noción explicativa del concepto de eficacia política es la **virtud**, pero no en sentido tradicional cristiano, sino como la facultad o capacidad ferviente para lograr cualquier pro-

posito para salir adelante en las dificultades. En fin, para conseguir éxito en las acciones políticas se requiere fuerza, impulso de voluntad y despliegue de habilidad, pero principalmente inteligencia. Esta última en su connotación de conocimiento político expuesto por medio de la razón mediante argumentos lógicos.

Esta noción hay que conectarla en el amplio movimiento de autonomía del pensamiento que significó el renacimiento; " el cual puede afirmarse que es un momento de la historia en que se van a conquistar los campos que le habían sido enajenados o vedados al hombre en el mundo medieval: en la ciencia, en el arte, en la historia, etc., lo cual amplía su campo de acción y de conocimiento. En política esto se traduce en el surgimiento de la reivindicación de un conocimiento racional-autónomo de la realidad correspondiente.

La segunda noción comprensiva del gran concepto de eficacia política es el de fortuna. Un político puede conseguir el poder de la mano de la habilidad y la excelencia en su desempeño en el campo de la acción política, por su voluntad eficaz, o, por el contrario, por la fortuna, o sea por el encadenamiento de sucesos considerados como fortuitos, o imprevistos o por una combinación de ambos elementos.

En el ámbito de lo social político, la fortuna es reconocer que la política es una actividad muy compleja, un conjunto de acciones muy entrelazadas, encadenadas, cuyo desencadenamiento es difícil de preverlo. Es "la fuerza del destino o los ocultos designios de Dios..., es el azar, es una fuer-

za colosal, mas poderosa que la del los humanos..."¹⁰ son precisamente los límites o líneas que separan a lo racional de lo irracional, a la capacidad de prever, de la facultad de improvisación en política.

No basta el cálculo racional en política, pues siempre subsisten espacios, áreas y márgenes en donde la razón no penetra. Por eso aconseja Maquiavelo que en política debe tomarse como árbitro de las contiendas a la fortuna en un 50% o sea la mitad de nuestras acciones: la otra mitad, o buena parte de ella por lo menos se domina mediante la voluntad eficaz. Una frase célebre del Florentino resume su concepción: "Es, pues, mucha verdad que los hombres pueden dar auxilio a la fortuna; pueden dirigir, pero no cortar el hilo de sus operaciones".¹¹

La tercera noción para entender en qué consiste la eficacia de la conducta del político, es la de necesidad. Este concepto entra al campo de la existencia de una especie de legalidad social o de hechos ya dados a los cuales es imposible sustraerse como en una Ley natural, es la comprobación, de un estado de cosas que enmarcan la acción política. Aquí el símil del médico es válido: examina a una persona, para de acuerdo a los síntomas que presenta, diagnosticar una presunta enfermedad.

El realismo en política se enmarca en este principio: Los políticos deben adecuar su accionar "a lo que autorizan los tiempos", o sea no soslayar u olvidar las circunstancias políticas del momento histórico. "La política ha de ser ciencia de lo posible, no de nuestros sueños o deseos".¹²

RELACIONES POLÍTICA-MO-

RAL: Finalmente, por lo fundamental del tema, nos referimos aparte a lo que fue “piedra de escándalo” en la obra de Maquiavelo, en primer término, es en este delicado tema donde radica la originalidad de pensamiento del Florentino: todos los pensadores antiguos y del medioevo afirman sin vacilar que la política está sujeta a la moral (o a la religión). Nuestro pensador se “aparta radicalmente” de dicho convencionalismo, y no es porque pretendidamente el “maquiavelismo” sea una técnica acerca del uso de la astucia y la violencia del fraude y la infidelidad política; es simplemente el reconocimiento de la práctica política de la época, y de que una política para ser eficaz debe estar libre de ataduras morales, que le restringen su autonomía.

El Florentino recomienda no apartarse del bien mientras no haya necesidad, pero no ha de vacilar en entrar en el mal si peligran la integridad de su gobierno. Así los resultados obtenidos serán la justificación de su proceder; la lectura de estos principios políticos nos llevan al aserto de que Maquiavelo está emprendiendo el examen del quehacer político como un área autónoma, independiente de otras normas y valores morales y religiosos que impiden o traban su libre desenvolvimiento para los propósitos del poder.

Hay que recordar que el fenómeno más importante que está acaeciendo

en su época, es el nacimiento de una nueva persona moral: El Estado Nacional absolutista. Este nuevo ser político tiene su propia realidad y no debe de ser sometido por reglas exteriores a él, sino construir las propias normas que lo regulan, su propia legalidad jurídica y moral, que fortalezca la unidad política de ese ser independiente.

De aquí, maquiavelo hace una distinción que ha desatado mucha polémica: la existencia de una moral privada que regula la conducta de los ciudadanos corrientes, y una moral superior o política que regule la conducta de los gobernantes y cuyo fin es la conservación del poder político, frente a peligros y amenazas internos y externos. Es lo que desde el siglo XVIII, se denomina la razón de Estado para la salvación y preservación de la existencia de ese nuevo ente de poder político.

Este es un doble patrón moral que por un lado reconoce y legaliza una realidad política que está emergiendo en ese momento, y que va a adquirir su plenitud en los próximos años, pero, por otro lado, el admitir la legitimidad de dos sistemas morales ha significado abrir la puerta a cualquier acción arbitraria de los gobernantes que echan mano de los peores expedientes del crimen, el engaño y el encierro y el aislamiento de las personas, con el fin pretendidamente de “salvar a la patria o a la nación”.

Referencias:

- (1) "Este proceso... se inicia en las ciudades italianas antes que en el resto de Europa, muy posiblemente por las características que tuvo el feudalismo en Italia, en donde nunca desapareció la vida urbana, así como por el rico comercio de sus ciudades con oriente, permitió que se diera un florecimiento en las artes, la literatura y la ciencia..." Formoso H., Manuel. Prologo al Príncipe de Maquiavelo, Educa, Costa Rica, 1996, Pp. 10 y 11"
- (2) Un boton de muestra: "Aquí se presenta la cuestion de saber si es preferible ser temido que amado, o convendria ser ambas cosas a la vez... lo mas seguro es ser temido antes que amado..." "Maquiavelo" El Principe, Edit. Vosgus, España, 1975, Pg. 108
- (3) "En primer termino, los Estados Pontificios, El Papa, despues de haber fracasado en su intento de ejercer una autoridad universal..., se fue convirtiendo en tan solo un principe italiano, no eran lo suficientemente grandes como para unir a Italia, pero si lo suficientemente fuerte para mantenerla dividida. Al noroeste, la Republica de Venecia. Su dominio del mar fue indiscutible, sus problemas comenzaron cuando empezo a intervenir en tierra..., tuvieron que servirse de tropas de mercenarios. En el norte, el Ducado de Milán, un condotiero, con mana y habilidad política, se apodero de el. Reino de Nápoles, los espanoles y franceses lo coltaban porque sabían de su posicion estratégica) Republica de Florencia..., se le puede considerar como la capital financiera de Europa en estos anos..." y de las bellas artes. Formoso H., Manuel, OB Cit. pp. 12-15.
- (4) De esa epoca destacan los nombres de Dante, Petrarca, Boccaccio, Miguel Angel Rafael Sanzio, Leonardo Davinci, cartista y precursor de la ciencias naturales moderna); Tiziano, Tintoretto y Cellini; y en ciencias naturales aunque ya habia entrado el siglo XVI, las cimeras figuras de Giordano Bruno y Galileo Galilei
- (5) Fayt, Carlos. Historia del Pensamiento Político. Renacimiento. Argentina, Omeba. 1966, p. 23.
- (6) Formoso, M. OB. Cit. pp. 23-31
- (7) Maquiavelo, N. Discursos sobre las decadas de Tito Livio, Libro I, capitulo 39. Argentina, Omeba 1975.
- (8) HHD-IDEM "si bien las instituciones políticas se han transformado..., desde inicio del siglo XVI..., la sicologia de los gobernantes no lo parece tanto." M. Formoso, OB. cit. P. 25.
- (9) "El humanismo signífico una concepción de la vida y del universo en función humana, una vision optimista e individualista de la existencia. Esta concepción del Renacimiento que excede los limites de lo estrictamente artístico e intelectual, lo relaciona con la revolucion científica... del siglo XV... y los de orden religioso, comercial e intelectual que se iniciaron en el siglo XVI..." Fayt, Carlos OB cit. pag. 12.
- (10) Formoso, M. OB. Cit. pag. 29.
- (11) N. Maquiavelo. Discursos, libro II, cap. 29.
- (12) M. Formoso, OB. Cit. Pág. 30-31.

FILOSOFIA DEL DERECHO

¿Desaparecerá el Derecho?

Por: Dr. Héctor Hernández Turcios *

I. Estado Liberal.

A Montesquieu se le atribuye la idea de la división de poderes ante el poder absoluto de las Monarquías.

La cuestión era quitarle o dividirle el poder a los reyes absolutistas; a esta también se le denominó la teoría de los pesos y contrapesos, es decir, ponerle al poder otro poder enfrente.

Ahora la división de poderes, real entre los siglos XVIII y XIX se considera una obra de la ingeniería POLÍTICA BURGUESA-LIBERAL (Época del liberalismo económico). Para hacer un análisis como el pretendido hay que considerar, comprender y entender, que el proceso de cambio histórico de Constituciones, Leyes y demás ha estado y está siempre determinado para darle respuestas económico-financieras a la realidad en sus necesidades materiales, o sea que el derecho va reglamentando lo que

las economías con sus éxitos esperados, o sus necesidades exige.

Originalmente se hizo la división de poderes para darle iniciativa de la Ley a las Asambleas o Parlamentos y ponerle límites a los abusos del Ejecutivo y que sólo el Sector Judicial pudiera arbitrar y juzgar conflictos; para que esto se pudiera dar, se plasmó todo en La Constitución y así introducir lo que era la democracia: La regla de la mayoría, la soberanía popular, el poder de mando que da el pueblo al Estado; y la certeza jurídica. Con toda esta complejidad se enfrentaron los problemas socioeconómicos del siglo XIX, o sea lo que las fuerzas económico-liberales querían y aceptaban.

II. Estado Benefactor.

Pero luego, con el proceso del mundo, surgen otras necesidades y otros problemas que hay que regular y reglamentar. Se da la revolución industrial o inglesa (1688), la independen-

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. UES. Egresado de esta Facultad. Ex Decano de este centro de estudios. Actualmente Profesor de Filosofía del Derecho.

cia de Estados Unidos (1776), la Francesa (1789), y el patrón histórico que se tenía, empieza a tener problemas porque cambian las tendencias, los negocios, las ideas, los principios etc. Ya que con las nuevas ideas aparecen problemas operativos con la expansión del sindicalismo, la llegada de los bolcheviques marxistas-leninistas a Rusia (1917), las 2 guerras mundiales, así va entrando en colapso el sistema financiero del capitalismo y nuevamente hay que dar respuesta rápida a las también nuevas interrogantes económicas, administrativas, comerciales y financieras no previstas hasta entonces en el tipo de Constituciones de esa época y ante esa necesidad imperiosa deben accionar el Legislativo y Judicial. También en esta época el Ejecutivo nota que no es cierto que el mercado tenga capacidad de autorregularse y así mismo el Ejecutivo asume en esta área un papel de director, coordinador y planificador. En otras palabras: de sólo dedicarse a los servicios públicos o básicos pasa a productor de bienes y servicios (cuestión que ejercía la sociedad civil, o la empresa privada liberal.

Es este el momento cuando el Estado liberal clásico se convierte en Estado-benefactor y su función en ese instante es promover el crecimiento económico y proteger a la ciudadanía más desfavorecida, o sea viene a ser vector de justicia social.

O sea, se deja aquel Estado de Derecho clásico venido del primer liberalismo económico y pasa a ser un Estado-benefactor, un Estado Social de Derecho o una especie de Capitalismo de Estado Social Demócrata. Este tipo de Estado llega a su apogeo en

los años 1950 y 1960 y también empieza a declinar por motivo igualmente económico-financiero en la década de 1970.

III. Estado Neo-Liberal Contemporáneo.

Nuevamente condiciones de carácter económico-financiero provocan cambios en las Constituciones, en la legalidad y en el papel con que deberán actuar los Estados y Gobiernos.

Las dos crisis petroleras, en Asia (Medio Oriente), la de 1973 y 1979 hacen temblar todo el sistema financiero mundial y se desordenan los modelos económicos existentes, se inicia una recesión económica en todo el planeta; pero para reducir este impacto eran necesarias dos cosas urgentes: Primero una revolución tecnológica y por otra parte una revolución político-jurídica donde sustentarla. Por la primera se bajaría el costo de la energía y del trabajo en el precio final de los bienes y servicios y por la segunda había que responder rápidamente, minando por siempre lo del equilibrio de poderes y del constitucionalismo clásico que quedaba y también lo que estorbaba del sistema político-jurídico del Estado Benefactor.

¿Qué se hace?

El estado por medio del Ejecutivo en los países desarrollados le urge salir de la crisis y empieza a lanzar y ordenar leyes pragmáticas (lo útil sobre lo bueno) tanto de comportamiento como de organización- jurídico-político y así se producen innumerables microsistemas legales y distintas cadenas normativas. (Aquí y así terminó todo lo clásico liberal, lo benefactor.

tor; y se origina el neo-liberalismo o globalización económica).

IV. Derecho actual.

Por causa de los trastornos económicos del mundo moderno la concepción del Derecho que teníamos como sistema de normas cerrado; jerarquizado y axiomático, típico del constitucionalismo clásico ha terminado; igualmente terminó la concepción que también teníamos de épocas pasadas que el derecho gozaba de coherencia formal y lógica interna.

V. ¿Cómo existe el Derecho actual? Así:

- No existiendo coherencia ni jerarquía entre las nuevas Leyes.
- Ya no existe un "Sistema" sino una organización en forma de "Red" dadas tantas Leyes normativas con interrelaciones sólo aptas para atrapar la realidad de forma pragmática en lo socio-económico que interesa a una minoría.
- Las normas actuales son parciales, mutables y contingentes.
- Se terminó aquello que el interés público está sobre el interés privado y esto ya casi ni se oculta.
- Cuesta entender cuál es la función de las Leyes.
- No sólo existe inflación económica, sino que tenemos un sistema jurídico inflado con "leyes de circunstancias" y "Reglamentos de necesidad" todas para resolver coyunturas y transitoriedades específicas.

- Se ha perdido la dimensión exacta del valor jurídico tanto en el Estado como en los ciudadanos.
- Hoy no se busca la legalidad es más importante la eficacia y todo por el resultado económico.

VI. ¿Hacia dónde vamos?

Estamos anulando el Sistema jurídico. Es el Sistema Neoliberal y sus necesidades económicas quienes han trastornado los poderes del Estado y al Derecho lo hace pesado, ineficaz e impotente, destruyendo el constitucionalismo, corriendo a gran velocidad la muerte del Derecho y necesariamente esto conlleva otras muertes.

Las grandes transnacionales, los polos económicos (TLC-Europa-Asia), las Empresas Internacionales y los Estados Poderosos sólo dirán qué quieren y nosotros lo haremos no importando llevar más leyes a la red, qué destruyamos, qué hagamos desaparecer o a quiénes atropellar. Lo que pida el Comercio Internacional estará en la Constitución y sus Leyes y nosotros eufemísticamente le llamaremos: "*Lo Nuestro*".

Así está la autoridad del Estado Contemporáneo.

Los peligros de la inseguridad jurídica son tan inmensos como la promesa infundada de prosperidad de la persistente globalización y el Neo-Liberalismo con su vana suspicacia.

Habría quizás que imaginarse lo que dice Novoa Monreal; que el Derecho sirve más de obstáculo que para el desarrollo y quizás por ello se ha decidido apartarlo, o simularlo de los

camino del desarrollo conforme la nueva tendencia económica.

Y con más imaginación habría que preguntarse —el por qué— y con qué fines se le está quitando al Derecho sus atributos históricos, ya que con la llamada Solución Alternativa de CONFLICTOS, son otros y no el Órgano Judicial, quienes van a juzgar y dirimir conflictos de interés jurídico (es la desjudicialización). Y por otra parte los tratados Internacionales que nadie conoce, ni cómo los suscribe, ni su para qué, se sitúan más fuertes que la Ley. Aún así todavía subsiste soberanamente la Constitución; pero hoy aparece amenazándonos otra inventiva más: el Derecho Comu-

nitario (copia o imposición de Europa a Centroamérica) para doblegar toda soberanía política, toda Constitución y toda Ley.

¿Cuál derecho existirá? Muchos y Ninguno.

Así, de esta forma habrá un nuevo orden desordenado, en el que buscamos algo sin dirección. Para qué y para quiénes; es lo que luego se sabrá con la rapidez del mundo actual.

El venerado Derecho ha pasado por los intereses económicos que avasallan el presente a su propicia transformación para ser convenientemente cercenado de este mundo sin control.

DERECHO PROCESAL

Las medidas cautelares en el proceso civil

Por: Lic. Gilberto Ramirez Melara ^{1*}

Respecto a su origen es importante destacar que el derecho a la propiedad y a un debido proceso forman parte precisamente de los llamados Derechos Humanos de primera generación, que empezaron a ser reconocidos en los movimientos revolucionarios de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, de los siglos XVII y XVIII, época en la que se inicia una etapa de reconocimientos y declaraciones que suponen dos afirmaciones fundamentales:

- 1- La que el individuo es dueño de una esfera de libertad personal en la que el poder estatal no debe intervenir, y
- 2- La de que toda actividad del Estado debe estar sometida a normas jurídicas precisas, de suerte que el ejercicio del poder esté debidamente limitado y garantizar así la vigencia plena de los derechos del ser humano.

La Procesalista María Pía Calderón Cuadra, invocando al también Procesalista Lalinde Abadía, manifiesta que el origen de las Medidas Cautelares seguramente se remontan al comienzo del proceso, ubicándolas en Las Partidas, antecedente inmediato de muchas de nuestras leyes actuales, en las que encontramos dos figuras fundamentales que, procedentes del derecho romano, pretendían garantizar las resultas del juicio, siendo esta: El arraigo y el secuestro.

El actor cuando se dirigía al órgano jurisdiccional para hacer valer su pretensión tropezaba, a la hora de obtener una resolución favorable, con un doble inconveniente. Por un lado que su deudor careciera de arraigo suficiente; por otro que aun cuando fuese "raygado", existiese la fuerte sospecha que intentaría enajenar o esconder los bienes cuya reclamación era objeto del litigio. La solución a la primera situación aparecía regulada en la Tercera Partida, Título Segundo, Ley XLI y consistía en una petición del demandante al juez para que

* Abogado, Docente del Departamento de Derecho Privado y Procesal de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, Juez de Instrucción y ex Fiscal.

su deudor (demandado) no "raygado en tierra" presentara fiador asegurando que a pesar de ello iba a esta a derecho. La segunda, por su parte, era resuelta en la Tercera Partida, Título IX, mediante la institución del secuestro, pretendiendo solucionar con éste el conflicto producido entre una desposesión anterior a la sentencia y una posible frustración del derecho del actor reconocido al final del litigio.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

Víctor De Santo, en su diccionario de Derecho Procesal las define así "Son las que se adoptan en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores", concepto que no se encuentra alejado de otros tratadistas como José Almagro Nosete, quien dice que las Medidas Cautelares son las que se adoptan judicialmente, antes o en el curso del proceso declarativo, para evitar que el estado de cosas, coetáneo al inicio de la pendencia, se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que haya de recaer o para subvenir a la regulación contra la situación provisional originada por aquélla. Manuel Osorio, por su parte, quien las denomina Medidas Conservativas, dice que es el conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro.

En cuanto a la denominación que tienen (IMPUESTAS POR Ramiro Podetti en su tratado de las Medidas Cautelares, en el año de 1969), debo

destacar que es la más acertada, pues nos da la idea de su objeto y de su resultado. No obstante que Podetti, le da el significado de "decisión", su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque nos indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, la que no implica solamente algo sino ponerlo en ejecución.

Como podemos apreciar, en el transcurso del proceso hasta la sentencia definitiva pueden surgir una serie de circunstancias que pueden tornar imposible o dificultar la ejecución forzada, o que se diluyan los efectos de la decisión final, por ejemplo la desaparición de los bienes del deudor; o que se altere el estado en un hecho existente al promoverse la demanda. Situaciones que hacen imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión, por lo que se vuelve imperiosa la necesidad de invocar diversas medidas, cuyo único objeto será asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que judicialmente deba adoptarse por el funcionario correspondiente.

En cuanto a su Naturaleza, debo mencionar que la doctrina, la ha estudiado desde un triple punto de vista: 1) Como acción; 2) Como proceso; 3) Como sentencia o providencia. Todo esto ha hecho que se hable indistintamente de acción cautelar, proceso cautelar y sentencia o providencia cautelar. Sin embargo, debe atenderse al moderno concepto de Acción, en el que debemos tomar en cuenta que la acción es una sola, es decir, desde una noción unitaria que impide su fraccionamiento se puede excluir el concepto de acción cautelar, esto pese a la divergencia doctrinal existente.

En cuanto al llamado "proceso cautelar", este nos remite al trámite autónomo o accesorio de estas medidas. Por último, respecto al concepto de Sentencia Cautelar, éste debe excluirse, pues la Sentencia como acto procesal no es más que una parte de un todo, siendo ese todo el que debe estudiarse y calificarse. El contenido de Las Medidas Cautelares integran la justicia preventiva o cautelar, en este sentido el derecho a la justicia cautelar forma parte del más amplio derecho a la jurisdicción o derecho a una tutela judicial efectiva, por lo que son actos procesales que deben adoptarse antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de que se dicte una sentencia favorable. La garantía cautelar aparece como puesta al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional y que debe restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho, y está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra, como consecuencia, las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar el resultado de juicio, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible el cumplimiento de la sentencia.

II. FUNDAMENTO

Debemos destacar que para una mejor eficacia del proceso civil, las Medidas Cautelares deben ser reguladas en una forma adecuada, por cuanto suponen una garantía en la Administración de Justicia y tutela de los derechos de los justiciables. La diversidad de las posibles medidas, en correlación con la multiplicidad de objetos litigiosos, hace sumamente variable el origen, concre-

to alcance y contenido de las mismas.

Una medida cautelar no puede adoptarse sobre la base de la petición pura y simple del solicitante, para ello es necesario que concurran una serie de requisitos que justifiquen una probable injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo, por tal razón para la adopción de una medida cautelar es exigible la presencia de un *fumus boni iuris* y de un *periculum in mora*, cuyas definiciones son tradicionales para los ya clásicos apariencia del buen derecho y peligro en la demora.

III. EL FUMUS BONI IURIS.

A efecto de ser adoptada cualquier tipo de Medida Cautelar, debe exigirse, por el juzgador, que el solicitante acredite el derecho o las razones que puedan servir de base para fundar su pretensión, o como dice el Procesalista Raúl Martínez Botos, que el derecho invocado sea verosímil; Esto tiene razón de ser, pues iniciar un proceso sencillo, bastando afirmar la presencia de un presunto derecho; sin embargo, obtener una sentencia favorable exige la convicción judicial de la existencia cierta mismo, Es el desarrollo del proceso el que permitirá la transformación de la simple afirmación en certeza.

Así, también, cuando se solicita la aplicación de una Medida Cautelar, debe afirmarse la presencia de una situación jurídica cautelable; sin embargo, la resolución sobre dicha pretensión va a tomar su basamento, no en la certeza sino en la apariencia, en la verosimilitud del derecho que se alega, entendido como la posibilidad de que éste existe.

El *fumus boni iuris*, se constituye como una vía intermedia, pues se sitúa "entre la certeza que establecerá la resolución final del proceso principal, y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso"; Así las cosas, solo se puede adoptar la Medida Cautelar, cuando la posición del que la solicita sea jurídicamente aceptable, cuando la situación jurídica cautelable se presente como "probable con una probabilidad cualificada".

La apariencia de certeza o credibilidad del derecho invocado por quien pretende la traba de una medida precautoria es un requisito que no se puede obviar para fundar su admisibilidad por cuanto esta importa un gravamen que no debe ser impuesto a la contraparte si no lo justifican motivos serios.

El peticionario de una medida cautelar no puede quedar relevado en forma absoluta del deber de comprobación del principio de bondad del derecho que invoca, para lo cual deberá arrimar los elementos idóneos para producir convicción en el ánimo del tribunal sobre la apariencia de certeza o credibilidad.

IV. EL PERICULUM IN MORA.

Este se constituye como requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar -junto con la verosimilitud del derecho- el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a dictarse en el proceso principal no puede, en los hechos, hacerse efectiva (*periculum in mora*).

Esto en otro sentido, no significa más que en razón del transcurso del tiempo,

los efectos de la decisión final resulten estériles.

Se ha dicho que el presupuesto de toda medida precautoria, además de la verosimilitud del derecho, es el peligro en la demora. La primera debe, entonces, entenderse, como la posibilidad de que el derecho exista y el segundo como la posible frustración de los derechos del pretendiente, que pueda darse como consecuencia del dictado de pronunciamientos inoficiosos o de imposible cumplimiento.

En ese mismo sentido, se ha dicho, que uno de los requisitos generales, en que se funda la procedencia de las medidas cautelares es la existencia del peligro en la demora, o sea, de un temor fundado en la configuración de un daño a un derecho cuya protección se persigue y que, de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo de que el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, ésta no sea cumplida.

La Ley, a veces exige explícitamente la justificación del peligro en la demora, empleando literalmente esta expresión u otras de similar significado (como, "perjuicio inminente o irreparable"; "urgencia o circunstancias graves").

En resumen el peligro en la demora (*periculum in mora*) es, en definitiva, el presupuesto que da su razón de ser a la institución de las medidas cautelares. En efecto, si estas tienden a impedir que el transcurso del tiempo pueda incidir negativamente en la factibilidad del cumplimiento de la sentencia, es obvio que si tal peligro no existe, no se justifica la adopción de una medida cautelar.

V. CARACTERÍSTICAS.

De acuerdo a lo antes visto, las medidas cautelares, revisten de las siguientes características:

- └ Son instrumentales por cuanto no tienen un fin en si misma sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Las medidas cautelares, están destinadas a transformarse en actos de ejecución o en medidas definitivas dimanantes de la sentencia que recaiga, o bien a levantarse o alzarse o modificarse en caso de que la sentencia sea absoluta o desaparezcan, también, las circunstancias fácticas que la justifican.
- └ Son provisionales y aún revocables, siendo los motivos por los cuales se revocan los siguientes:
 - a) Por vía de recurso, ante cuya procedencia el superior revoca la medida;
 - b) Por extinción del proceso con anterioridad a la sentencia definitiva, ya sea por caducidad de la instancia, conciliación, desistimiento, etc.;
 - c) Por caducidad de la instancia, conciliación, desistimiento, etc.;
 - d) Por caducidad como ocurre, por ejemplo, cuando no se interpusiere la demanda dentro del plazo establecido al de su traba (caso del acto previo).
- e) Por sentencia definitiva que rechaza la demanda.
- └ Son modificables; es decir, que pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas, siempre y cuando se justifique que las ya existentes no cumplen en forma adecuada la función de garantía a la cual estaban destinadas.
- └ Son discrecionales, esta característica está representada por la facultad que la ley le da al juez para que pueda disponer una medida distinta de la pedida o bien limitarla a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al afectado por dicha medida, esto es precisamente porque el juez en su actuación debe evitar que una medida cautelar sea usada para causar un daño o lograr un elemento de presión inadmisibles en la contienda judicial, por ser de carácter inconstitucional.
- └ Son adoptadas mediante resolución judicial, cuya exigencia previa es precisamente que la parte interesada la solicite, y una vez acreditadas las circunstancias de hecho, algunas son resueltas sin que sea necesario oír a la contraparte (medidas cautelares **inaudita parte**); Aunque en otras se exige la audiencia de la contraria.

Las medidas cautelares pueden darse previamente o simultáneamente al comienzo del proceso, o bien pueden darse en el curso del mismo cuando surgen o se conocen los riesgos o peligros que justifican su adopción. Respecto de las medidas adoptadas an-

tes de iniciarse el proceso, en cuanto dependientes y subordinadas al resultado de éste, como todas las medidas cautelares, deben someterse a plazo de caducidad en cuanto a su validez, esto por supuesto si el proceso principal no se deduce o plantea dentro del plazo que se ha señalado para así hacerlo.

A este respecto, **EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA** establece, entre otras cosas, que el tribunal debe apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada; si se estima suficiente, debe establecerse el alcance, determinarse el tiempo durante el cual estará vigente; se puede además resolver de oficio a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

VI. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares se clasifican:

- ◆ En razón del alcance más o menos concreto de su regulación, pueden ser:

Específicas o determinadas, que son las que reciben el nombre propio y una regulación legislativa detallada y de acuerdo con los supuestos concretos que autorizan su adopción (ejemplo embargo preventivo);

Generales o innominadas o indeterminadas, las que de acuerdo con las líneas amplias señaladas por el legislador, pueden tener un contenido variado en relación con las finalidades normativas.

- ◆ En atención a la vinculación o sujeción que establecen, según recaiga sobre personas o cosas, pueden distinguirse:

Medidas personales (como las que se adoptan respecto de cónyuges e hijos en los asuntos matrimoniales);

Medidas reales (como el embargo, las anotaciones preventivas, etc.)

También es posible, seguir una clasificación de las medidas cautelares en función de la naturaleza del objeto litigioso (como el aseguramiento de obligaciones de entregar una suma de dinero, de entregar cosas determinadas, de obligaciones de hacer o no hacer)

VII. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.

En nuestra actual normativa procesal civil, encontramos un procedimiento de carácter especial, como lo son los actos previos a la demanda, los que de acuerdo a mi opinión particular son mal llamados procedimientos cautelares por la doctrina, esto es precisamente porque al analizar cada uno de los casos que se plantean, el único que reviste la característica de ser medidas cautelar es el secuestro preventivo de bienes (que en caso de aplicarse sobre inmuebles, trae como consecuencia la anotación preventiva a efecto de inmovilizar el bien), así mismo dentro del juicio ejecutivo al decretarse embargo en bienes del deudor, se está adoptando una medida cautelar, que como fue dicho anteriormente, se

adopta "inaudita parte", (sin oír a la parte contraria), y que tal como lo dicen los procesalistas, No es más que para asegurar un buen resultado en el juicio. Como las anteriores podemos mencionar una serie de medidas cautelares que pueden ser adoptadas dentro del proceso (o antes inclusive). El procedimiento, sin embargo, debe regularse en forma adecuada, tal como fue establecido en los fundamentos, a efecto de permitir que un resultado satisfactorio en el proceso.

Así las cosas, e invocando lo dispuesto en EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA, las medidas cautelares deben adoptarse en cualquier proceso tanto contencioso como administrativo, Estableciéndose en el mismo que se pueden invocar tanto antes del proceso como en el transcurso del mismo.

Resulta obvio que la petición para que se aplique una medida cautelar debe fundamentarse en las razones necesarias para su adopción, así como la determinación precisa de la medida solicitada y el alcance que debe tener; La fundamentación de hecho de la medida, debe ser el resultado de la información que ofrezca sumariamente o de los elementos que ya existen en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad de los hechos o de la naturaleza de los mismos.

Ante la petición, el tribunal debe decretar de inmediato el diligenciamiento de la información, pudiendo dispo-

ner de los trámites necesarios o convenientes para tal efecto.

Una vez que se ha realizado el trámite ya antes mencionado el tribunal decretará, sin conocimiento ni intervención de la contraparte -inaudita parte-, la admisión o el rechazo de la medida, expresando el alcance de las mismas.

En la toma de decisión sobre la medida cautelar, el efecto o cumplimiento que produce la misma, no puede ser detenido por ningún incidente o petición planteado por el destinatario.

En razón de que el afectado por la medida cautelar no haya tenido conocimiento de las medidas adoptadas, debe entonces notificársele dentro de tercero día de cumplida, esta notificación es importante pues la resolución que decreta la aplicación de una medida cautelar es apelable solamente en el efecto devolutivo, así como también es apelable, bajo el mismo efecto, cualquiera otra resolución que modifique la medida.

Asimismo en caso que el tribunal estime necesario evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar en forma provisional los efectos de la decisión sobre el fondo, puede perfectamente adoptar medidas provisionales y anticipativas (medidas cautelares). Con lo cual se confirma el hecho que las medidas cautelares pueden ser adoptadas a petición de parte o de oficio.

Bibliografía:

- Martínez Botos, Raúl. MEDIDAS CAUTELARES. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, primera edición.
- Calderón Cuadrado, María Pía. LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS EN EL PROCESO CIVIL. Editorial Civitas, primera edición 1992.
- Novellino, Norberto José. EMBARGO Y DESEMBARGO Y DEMAS MEDIDAS CAUTELARES, Editorial Abeledo-Perrot, tercera edición actualizada, 1991-1992.
- Almagro Nosete, José. DERECHO PROCESAL. Tomo I, PROCESO CIVIL. Volumen segundo, Editorial Trivium, 1996.
- Hoyos Henrichson, Francisco. TEMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO PROCESAL, Editorial Jurídica de Chile, primera edición 1987.
- V. Acosta, José. EL PROCESO DE REVOCACION CAUTELAR. Editorial Rubinzal-Culzoni, 1986.
- Arias Ramos, J. DERECHO ROMANO, volumen 1. Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- De Hinojosa, Eduardo. BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES ESPAÑOLES, volumen 16, HISTORIA DEL DERECHO ROMANO, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1885.
- De Santo, Víctor. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- Vescovi, Enrique. CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA. Fundación de Cultura Universitaria. Segunda edición.

Arte y Letras

Poetas y Abogados salvadoreños

Hemos querido incluir esta sección, que ya pedía a gritos ser incorporada a la Revista DERECHO, por la calidad de los cultores de las letras, especialmente la poesía, que han aunado la irresistible vocación por la literatura con el estudio de las Ciencias Jurídicas.

En El Salvador, hay muchos ejemplos de lo anterior, hasta el punto que la mayoría de los juristas poetas, constituyen exponentes de la mejor poesía cultivada en el siglo XX y los albores del siglo que iniciamos.

Sería trabajo del sociólogo, del psicólogo y demás especialidades, el calificar la razón de las inquietudes poéticas de los abogados; pero las poesías ahí están, como fiel testimonio de la extraordinaria sensibilidad de los juristas, que se entregan al rigor de la poesía, sabiendo muchas veces, que la incompreensión marginada acompañaran sus apasionados pasos, a través del parnaso salvadoreño.

Algunos son abogados de prestigio como el Dr. Sarbelio Navarrete, otros prácticamente no fueron reconocidos como tales, pero su calidad y talento los elevó en el mundo de las letras, como el Dr. Alfredo Espino, que murió poco después de su graduación de abogado. Mas consideramos injusto solo introducir aquellos que finalizaron la carrera, también algunos iniciaron los estudios de Derecho, pero no los culminaron, como Roque Dalton.

Vamos a incluir las producciones poéticas de los poetas abogados, sabiendo que será incompleta, pidiendo anticipadas disculpas para aquellos que, por el momento, no serán insertados, en esta apretada sección.

Sarbelio Navarrete

Nació en San Vicente, en 1879; murió en San Salvador, en 1952. Abogado, Juez y Magistrado. Una persona con una amplia preparación humanística, cubriendo los campos de la literatura, la historia y la filosofía. Es una de las figuras más importantes y ejemplares de la cultura salvadoreña. Rector de la Universidad de El Salvador. Su inspiración poética es finamente romántica, hija de sus inquietudes juveniles.

Fantasia Nocturna

*Tocó a mi pecho y respondi: ¡-Quién eres?
-Soy el buitre feral de su desdén...
Sobrecogido de pavor extremo,
-¡Retira!, le grité,*

*-¡Insensato!-de afuera replicóme-
¡Recházame, cobarde, sin saber
que entre mis garras traigo de tus males
el suspirado bien?*

*De tu sensible corazón doliente
escarbando en la herida, ¿no podré
arrancarte por fin la dura flecha
de tu pasión cruel?*

*Convencido en mi orgullo, despechado,
-¡Entra, le dije, y adelante, pues!
¡Desclava de un amor tan imposible
la saeta cruel!*

*Y pasó los umbrales de mi pecho
el buitre sin piedad de su desdén,
y al principio nomás de su tarea,
-¡Retira!, le grité.*

Alfredo Espino

Nació en Ahuachapán, en 1900; murió en San Salvador, en 1928. Estudió Jurisprudencia, carrera que coronó un año antes de su muerte con una tesis sobre sociología estética. Una vida breve, signada por la bohemia en sus últimos días. El libro, el cual es ampliamente conocido y admirado por la generalidad de los salvadoreños, "Jicaras Tristes", fue recopilado con poemas sueltos del poeta, por su padre, Alfonso Espino. El Doctor Alfredo Espino, vivió y amó el paisaje salvadoreño, trasladándose a sus compatriotas, con una sensibilidad especial, llena de profunda emoción.

Vientos de Octubre

*¿Quizás ya no venga! ¿No s'ha dado cuenta
de que están soplando los vientos de octubre
y que el barrilete vuela, y ya no cubre
como antes el cerro, nube de tormenta?
Hoy s'ajusta el año y él me dijo: "Anita,
entre algunos días regreso por vos";
pero no lo quiso tata Dios.*

*¿Verdá, madrecita?
Cuando veyo el rancho de paja, el ranchito
q'el estaba haciendo pegado a la güerta,
y veyo tan sola y cerrada la puerta
y yeno de montes aquel caminito,
siento que me muerde, aquí dentro, un dolor,
y que l'alegría también se me ha ido,
y me siento agora, lo mesmo que un nido
que no tiene pájaros, ni tiene calor..*

*Nadie me lo ha dicho, pero es la verdá.
En la madrugada tuve un mal agüero;
se estaba apagando, mamita, el lucero,
detrás de aquel cerro que se mira allá,
y asina s'iapaga también lo que quiero...*

*No tengo ni ganas de mirar p'ajuera.
¿Qué l'hiace que vengan, que vengan los vientos
si a mis sufrimientos
nada güeno traen de lo que quisiera?
Ciérreme la puerta. Siento que me cubre
un frío las manos, Dios sabe qué tienen...
¿Qué no s'ha fijado la triste que vienen
agora los vientos,*

los vientos de octubre?



PICASSO

GUERNICA

Esta obra maestra del tiempo de la guerra de España (1936-1939), en blanco y negro fue creada en dos meses por el pintor, que hizo antes un centenar de bocetos.

Hugo Linde

Nació en el puerto de La Unión, en 1917; murió en 1985. Abogado. Tesis doctoral, "El Divorcio en El Salvador", San Salvador, 1948. Poeta, novelista, cuentista, diplomático, internacionalista. Su poesía está excelentemente estructurada y tiene un contenido muy denso. Subyace en su poética, inquietudes metafísicas.

Ausencia del Mañana

*Hermanos míos: compartid conmigo
este trozo de afán y levadura,
este alimento de zozobra oscura
en cuyo triste corazón, el trigo
solo es promesa de piedad futura.*

*El instante se va de nuestras manos
a las volubles manos de la prisa;
apenas una ráfaga indecisa,
algo menos que ráfaga, ¡oh, hermanos!,
¡Y el vaso del presente se nos triza!*

*Vuestros ojos, mis ojos, están ciegos
ante la luz que bañará el futuro:
ellos quisieran transponer el muro
y avizorar sus intocables fuegos
para cantarlos en el hoy maduro.*

*Inútil es, hermanos, toda urgencia.
Inútil todo afán de profecía:
nuestra fortuna es sólo la agonía
del instante, ya ausente en la presencia:
lo demás no ha llegado todavía...*

*Hermanos míos: elevemos juntas
estas copas de verbos y adjetivos,
y en sus bordes de filos intuitivos,
bebamos nuestro vino de preguntas
hasta la hez de sus tormentos vivos.*

Oswaldo Escobar Velado

Nació en Santa Ana, en 1919; y murió en San Salvador en 1961. Abogado. El Doctor Oswaldo Escobar Velado, está adscrito a una corriente de poesía social. Como dice Matilde Elena López, Oswaldo Escobar Velado tuvo la exacta sensibilidad para el canto social y la imaginación creadora para convertirlo en poesía.

Cristoamérica

*Venid a ver conmigo
este mapa de mi tierra sulfurosa y volcánica.
Venid a este dolor que estalla
aprisionado entre sus dos océanos.*

*El mapa aquí lo tengo.
Fijaos bien en esta mano simple que señala.
En esta mano de hombre sin anillos papales.
Voy a tocar a Cristo.
Sí, sí, aquí está.
Su cabeza herida en la llanura de México,
su corona de espinas formada
con los niños héroes
de la bandera tricolor
del águila, la tuna y la serpiente.*

*Venid a ver mi mapa desgarrado.
Ved el cuerpo del Cristo y sus venas azules
El Suchiate le ofrece una esponja con agua
y una mano le quita la bondad de ese gesto
tan fluvial y tan alto.*

*Para tu sed, Belice.
Ved el cuerpo del Cristo y sus venas azules.
En el Petén hay llagas con olor a madera.
Ved su brazo derecho clavado en Tiquisate.
Mirad el otro brazo moribundo en Honduras
sobre la Costa Norte.*

*Venid a ver, que Nicaragua entera
es un lanzazo abierto
en el desnudo pecho
del Cristo que os indico.*

*Veel cómo el Cristo al firmamento mira,
Y oíd cómo sus labios marchitados balbucen:
"No los perdones, Sandino,
porque Ellos,
si saben lo que hacen".*

*Mirad los cardenos golpes en su cuerpo;
aquí está en Venezuela
donde el petróleo es una vasta sombra;
la carne magullada tiembla debajo de los Andes.
Sangran los minas de Perú y Colombia.
El Amazonas llora su lágrima selvática
y cae en medio de la noche de América.*

*Grita Cuba con voz azucarada:
su miel es sangre de vegetal campana
que golpea el anillo del mar en que reposa.*

*El cocodrilo suelta su magnolia en el río
y el violín de los peces se desnuda en el agua,
y una rosa silvestre de las costas de Chile
llora junto al estambre salado del nitrato.*

*¡Desgarrado está el cuerpo!
¡Desgarrado en Colombia!
En Paraguay las llagas iluminan la noche.
En Puerto Rico un hombre medita en una cárcel
y en Brasil otro hombre regala su ceniza.
¡Desgarrado está el cuerpo!*

*¡Mirad sus pies helados
clavados en la Antártida!
En Perú los sonámbulos metales resuenan
como huesos quebrados
y en la pampa argentina hay temblor de caballos
por el Cristo del mapa.*

*Este Cristo sangrante que mi mano señala
se llama Cristoamérica.
La piedra de su Iglesia se levanta en Bolívar.
Morazán sostiene su bandera de siglos
y un coro de niños su mineral estatua
nos abre su esperanza.*

*Cristoamérica que está en el pueblo,
que estás en el niño, en el pan y en la uva,
esperamos que tu resucites
el día tercero.*

Roque Dalton

Nació en San Salvador, en 1935, y murió en 1975, producto de una celada de parte de algunos miembros de su grupo clandestino, en la época preparatoria de la Guerra de los Doce Años. Una muerte que el pueblo salvadoreño no olvida. Estudió abogacía entre los años 1959 y 1961, en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, con estudios previos de Derecho en Chile. En los años cincuenta se integra a la vida literaria y luego entra a la política militante, es perseguido por los regímenes militares de la época y sufre cárcel y un prolongado exilio. Vive en México, Checoslovaquia, Cuba; vuelve a su país solo para encontrar la muerte violenta e injusta. Como dice Escobar Galindo su poesía está nutrida por una constante vena surrealista, y oscila entre el hermetismo y la denuncia. Es uno de los poetas más importantes de América, actualmente. Ha sido traducido a todas las lenguas más importantes del mundo. Su obra es respaldada por la crítica, lo que le da una aceptación internacional. Cultiva también el ensayo y la narrativa experimental.

Poema de Amor

*Los que ampliaron el Canal de Panamá
(y fueron clasificados como "silver roll" y no como
"gold roll")
los que repararon la flota del pacífico
en las bases de California,
los que se pudrieron en las cárceles de Guatemala,
México, Honduras, Nicaragua,
por ladrones, por contrabandistas, por estafadores,
por hambrientos,
los siempre sospechosos de todo
("me permito remitirle al interfecto
por esquinero sospechoso
y con el agravante de ser salvadoreño"),
las que llenaron los bares y los burdeles
de todos los puertos y las capitales de la zona
("La Gruta Azul", "El Calzoncito", "Happyland"),*

*los sembradores de maíz en plena selva extranjera,
los reyes de la página roja,
los que nunca sabe nadie de dónde son,
los mejores artesanos del mundo,
los que fueron cosidos a balazos al cruzar la frontera,
los que murieron de paludismo
o de las picadas del escorpión o la barba amarilla
los que lloraron borrachos por el himno nacional
bajo el ciclón del Pacífico y la nieve del norte,
los arrimados, los mendigos, los marihuaneros,
los guanacos hijos de la gran puta,
los que apenas pudieron regresar,
los que tuvieron un poco más de suerte,
los eternos indocumentados,
los hacelotodo, los vendelotodo, los comelotodo,
los primeros en sacar el cuchillo,
los tristes más tristes del mundo,
mis compatriotas,
mis hermanos.*



J. C. OROZCO

LA TRINCHERA

El horror y el sacrificio de la guerra (en este caso concreto, la Revolución Mexicana) son el tema de este cuadro mural de su serie efectuada en la Escuela Nacional Preparatoria de la capital. Es obra de su primera época y de los albores del movimiento muralista de México.

Mantle Arqueta

Nació en San Miguel, en 1935. Sus inicios fueron una entrega a la poesía, pero después varía su carrera literaria hacia la narrativa, especialmente la novela, con la cual recibe el reconocimiento internacional. Perteneció al "Círculo Literario Universitario", fundado en 1956 por un grupo de estudiantes de la Universidad de El Salvador, en la cual Arqueta, cursaba sus estudios de Derecho, que fueron interrumpidos. En 1972 se traslada a Costa Rica, donde se radica durante varios años. Al terminar la guerra vuelve a El Salvador, siendo en la época en que se escribe esta sección, Director de la Biblioteca Nacional.

Post Card

Mi país, tierra de lagos, montañas y volcanes.

Pero no vengas a él

mejor quedas en casa.

Nada de mi país te gustará. Los lirios no flotan sobre el agua.

Las muchachas no se parecen a las muchachas de los calendarios.

El hotel de montaña se cuele como una regadera.

Y el sol ¡Ah, el sol! Si te descuidas te comemos en fritanga.

Los niños y los perros orinan en las puertas de las casas.

Los mendigos roban el pan de los hoteles;

puedes morirte de hambre,

puedes morirte de cólera,

nunca de muerte muerte.

Luego los francotiradores, las bombas de los automóviles, los

puentes dinamitados.

Cierra la puerta a las tres de la tarde.

Con dinero no salgas a la calle, no te pongas el reloj:

puede salirte un ladrón

y timarte con el premio de la lotería.

¡Ah! Y cuida de decir que mi país es una mierda,

te amarraríamos a un poste de la esquina y te violaríamos,

después te sacaríamos las tripas de una cuchillada.

*Cuida que no te coja un cambio de gobierno,
¡válgame Dios! Mejor quedas en casa.
Pero mi país es tierra de lagos, montañas y volcanes.
Si sales dos kilómetros fuera de la ciudad
te encontrarás con tigres y culebras,
con avispas ahorcadoras, escorpiones y arañas.
Es preferible estar en la ciudad
y respirar el humo de los autobuses,
escuchar el claxon de los automóviles
o el pregón de los vendedores ambulantes.
Mi país, tierra de lagos, montañas y volcanes.
Pero no vengas a él si deseas conservar la vida.
Puede morderte una culebra.
Puede comerte un tigre.
Mejor quedas en casa y no gastas en hotel ni en avión.
Te sacaríamos los ojos y te los comeríamos.
O una bomba, una bala perdida, una flor con dinamita.
Y tus huesos comidos por las hormigas...
Y tus huesos comidos....
Y tus huesos...Y tus...Y...*

Darío Villalta Baldovinos

Nació en Jayaque, en 1938. Poeta, Periodista y Ensayista. Abogado. Estudia en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, donde se graduó, siendo su tesis doctoral "La Justificación del Estado" (1976). Catedrático universitario. Presidente de la Asamblea General Universitaria. en el lapso crucial de los ochentas. Ha escrito los poemarios "Hombre, Amor y Testimonio" (1988), "Raíces sin Tiempo" (1996), y "Poemas de Amor y Guerra" (1998). En su poesía une lo lírico, con el poema social, de denuncia, y el verso filosófico, reflexivo. Matilde Elena López dice de él: "El poeta canta al amor y la esperanza, la paz, la libertad y la justicia. Siente el sufrimiento del pueblo y lo plasma en el poema. Muchos poetas tienen voluntad de denuncia que sólo se queda en el manifiesto, no alcanzan a plasmar en la forma" Manlio Argueta por su parte expresa: "En Villalta Baldovinos encontramos poesía de amor, sangre y huesos. Poesía que quiere ser para todos desde la voz personal del poeta, que va desde cierta ira estética que denuncia lo injusto y clama por el bien, hasta el sosiego del poema familiar."

A un muchacho que se fue

*Todavía lo miro con cara de recién nacido,
vernoso con sus dulces ojitos de inocencia,
pataleando con esa bella torpeza infantil,
ante la mirada cariñosa de sus padres.*

*Todavía lo mira ya de ocho años
en el patio de la casa llena de afectos,
con rueda, barrilete y pelota,
cantándole a la vida con alas de infancia.*

*Todavía lo miro de doce años
queriendo ya ser hombre,
buscando un alero entre los varones de la casa,
con sus cuentos pícaros y sus chistes malos.*

*Todavía lo miro llegando a los dieciocho,
con una luz de ilusión en sus ojos negros,
una aspiración de victoria dentro del pecho
y el sueño de una patria mejor allá muy hondo.*

*Todavía lo miro esperando el mañana,
para que con las armas se destruya al tirano,
mientras la iniquidad pasaba por el camino de su casa,
y la muerte husmeaba a través de los balcones.*

*Todavía lo miro poniéndose vestido guerrero,
con coraza de camisa humilde
casco de cabello suelto
y una ametralladora auténtica en sus manos.*

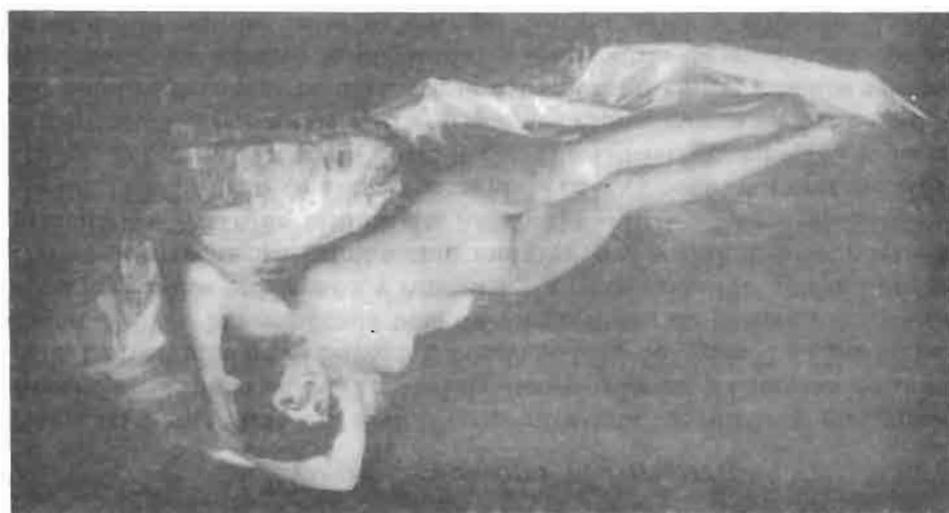
*Todavía lo miro, cuando ya no lo pude ver,
manos asesinas tomaron su cuerpo nuevo
repleto de arcilla generosa,
y como cualquier cosa lo mataron.*

(Del año 1980, inicio de la guerra civil salvadoreña)



LA MAJA DESNUDA Y LA MAJA VESTIDA

GOYA



David Escobar Galindo

Nació en Santa Ana, en 1943. Poeta, cuentista, novelista y ensayista. Abogado graduado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, siendo su tesis de grado "La Causalidad Penal" (1977). Ha publicado más de veinte libros de poesía, algunos de ellos premiados en España y América. Su poesía ha sido ubicada por la crítica dentro de un humanismo metafísico y social. Libros poéticos principales: "Extraño Mundo del Amanecer" (1970); "Discurso Secreto" (1975); "El Corazón de Cuatro Espejos" (1977); "Sonetos Penitenciales" (1979). Sobre él ha escrito Fermín Estrella Gutiérrez, maestro y poeta argentino: "Un poeta que siente lo que nos rodea, que canta las hazañas del hombre de nuestros días, y que sabe dar, en claros y bellos versos, testimonio de cuanto lo circunda, y testimonio de sí mismo, de su insondable mundo interior". Angel García Aller y Alfonso García Rodríguez, españoles, definen su poesía: "Humanismo social, con fuerza poética y cauces externos flexibles". Y Hugo Lindo, al frente de la "Primera Antología": "Afirmo sin temor a los peligros que entraña la profecía, que, andando los siglos, cuando, históricamente, no quede ni el eco de las vocinglerías de ahora, la voz de Escobar Galindo se escuchará como hoy, diáfana o tenebrosa, plácida o terrible, intimista o derramada en amor de humanidad. Se escuchará."

Un hombre ha muerto

I

*Un hombre ha muerto. ¿Quién? No importa. Ha muerto.
Ha muerto....¿en qué lugar? Tampoco importa.
¡Tan solo importa, pues, eso que corta
la vida con su tajo amargo cierto!*

*Lo cierto es que ha muerto. Está desierto
por un instante el mundo. Un ala absorta
cruza el azul. El infinito aborta.
¡Importa que un sepulcro se haya abierto!
No importa quién. La identidad. La historia.
La bala atroz o la agonía vaga.
¿Murió de indignidad, murió de gloria?*

*No importa. Un hombre ha muerto. Ahí la llaga.
¡Y aunque la vida es nube transitoria,
sola la vida importa, que se apaga!*

II

*Un hombre ha muerto, sí. Tu, yo, cualquiera
pero la vida sigue, sin remedio.
Sigue sembrando su animado predio
con la misma semilla que no espera.*

*Aunque la cicatriz de aquella hoguera
-un hombre es una hoguera- busque el medio
de arder un poco más, con ese asedio
que se pierde en la humana tolvanera.*

*Ha muerto un hombre. Se acabó, sin duda.
Se fue a la eternidad, si es que ha podido;
si es que la eternidad sirve de ayuda...*

*Se fue, no más. Ha muerto malherido,
como todos los hombres. Y desnuda
vuela su sombra apenas al olvido.*

III

*¡Y Dios, diréis? -Con la mejilla vuelta,
nos escucha acezar. El ya lo sabe,
porque es su aliento el que empujó la nave...
la nave audaz sobre la mar revuelta.*

*Diréis: ¿Y Dios? -Atisba el delta
de su criatura, con vigilia ingrave...
Ha muerto un hombre, y Dios le dio la clave
para emerger de su pasión disuelta.*

*Pero él ha muerto. Un hombre. Y no hay remedio.
Se acabó su esplendor, su menudencia.
Su hastío. Su milagro. Su ojo abierto.*

*Dios lo sabe, lo sabe. Está en el medio,
con la mejilla vuelta hacia la ausencia,
y cargando en su espalda otro hombre muerto.*



MICHELANGELO
FRAGMENTO DEL LECHO DE LA CAPILLA SIRTINO

Fragmento del lecho de la capilla sirtino

Julio Olivo Granadino

Julio Olivo Granadino, nace en Sonsonate en 1967. Abogado graduado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Un intelectual inquieto por la Filosofía y la poesía. A ambas las ama con fervor. Catedrático universitario. Su poesía es intimista y lírica. Ha publicado los poemarios: "También de Soledad se Muere" (1983), "Antipreludio" (1996) y "Naceres" (1999). Matilde Elena López dice de su producción poética: "Su poesía es fina, breve y condensada, casi madrigal". Ovidio Villafuerte, manifiesta: "La poesía de Julio Olivo Granadino es un arroyo de agua fresca y transparente que no cesa de correr". Para Dolores Chopin, puede abordar cualquier tema, "con todas las posibilidades que el lenguaje figurado permite, sin caer en artificios grandilocuentes o imágenes burdas estereotipadas".

Del odio y sus desahües

*Odio la quietud de un Cementerio
la pobreza en las alas de un Milagro
odio las madrugadas sin ti
el frío adiós de un barco sumergido.*

*Odio las mariposas de la muerte
el aire seco que acampó el verano
odio el noveno mandamiento
y la risa alborotada de Cecilia.*

*Odio la Agonía de una espera
el adiós sin encontrar regreso
odio tu manera de odiar
con ese amor profundo.*

*Odio las letanías de un velorio
el abrazo olvidado en un mes de enero
odio el sabor a sal de la distancia
y el ala rota que tiene tu alegría.*

*Odio los días amargos del Obrero
la mejilla que besa el asesino
los héroes cuando esconden el cariño
y los ojos apagados de los muertos.*

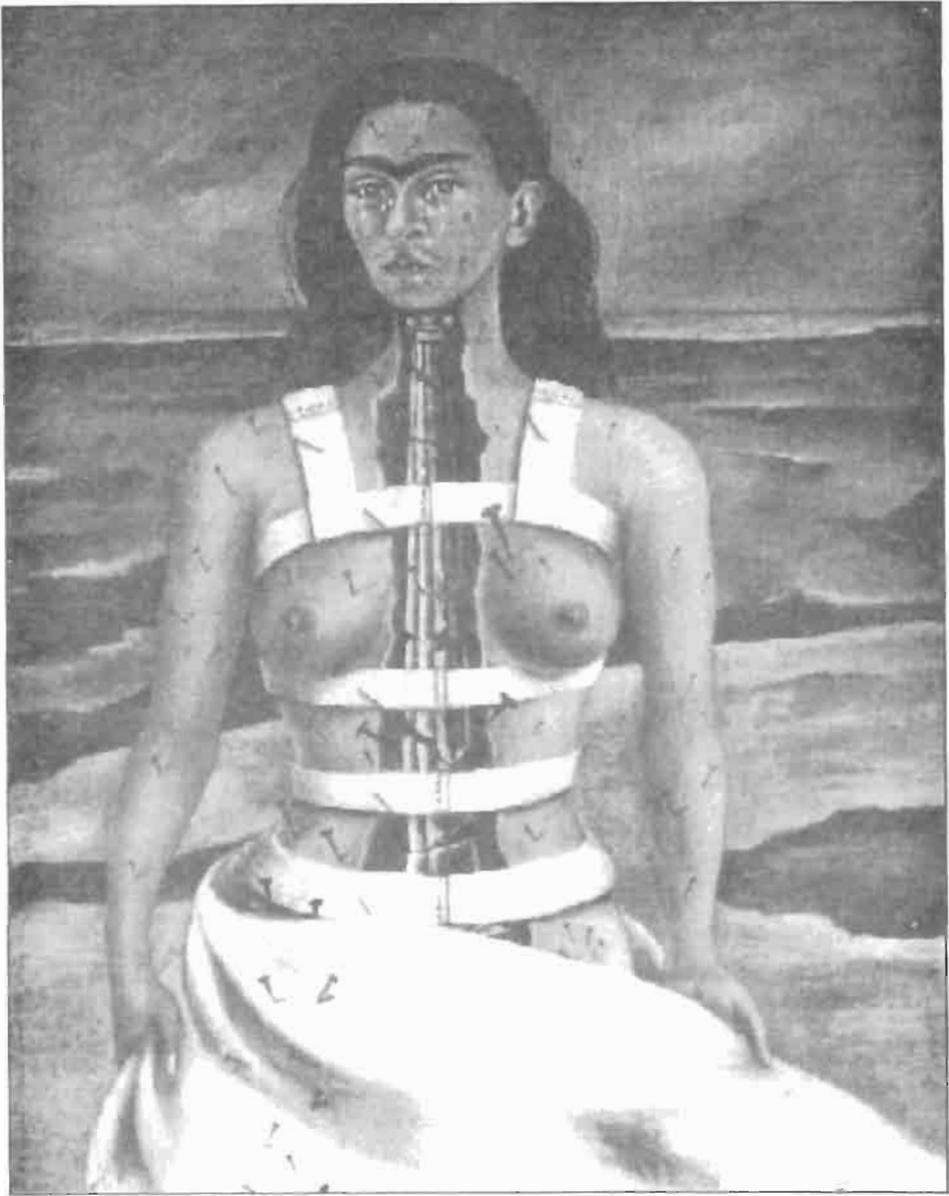
*Odio la mujer que nunca extraña
los Santos equivocados de Milagro
la mirada de Dios que tiene un rey
y el olor a pecado de los templos.*

*Odio los acertijos de la suerte
los espacios donde no cabes tú
y los imperios de la muerte
con el odio de todos.*

*Odio el azar y todas sus diabluras
los seres diminutos de la ausencia
odio no verte pasar una vez más
por esta esquina....*

*Odio el amor y todas sus diabluras
la noche cuando apaga sus estrellas
el Odio con todos sus diluvios
odio, esta palabra: ODIO.*

***Antólogo y Recopilador de datos,
Doctor Darío Villalta Baldovinos***



FRIDA KAHLO

Nació y murió en Coyocacán, Distrito Federal (1907-1954). Su verdadero nombre era Magdalena Carmen Frida Kahlo Calderón. Empezó a pintar durante una larga convalecencia copiando su rostro de un espejo montado en el dosel de la cama. Primero fue realista -retratos de amigos y familiares, flores-; después, a causa de la intensidad de sus sentimientos y un cuerpo destrozado, pintó más y más su propia imagen combinada con expresiones oníricas a veces brutales. Parte de su obra incluso se ha asociado a tendencias surrealistas.

Esta revista se terminó de imprimir en la
Editorial e Imprenta de la Universidad de
El Salvador, en junio de dos mil uno.
San Salvador, El Salvador, C. A.

Cantidad: 500 ejemplares.



EL CENTAURO DE LA CONQUISTA

David Alfaro Siqueiros (mexicano)