

REVISTA DE DERECHO

Organo de Divulgación y Estudios de la Facultad de
Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad
de El Salvador

CONTENIDO

Derecho Constitucional

Dr. Francisco Bertrand Galindo

Derecho Tributario

Dr. Roque García Mullin

Economía

Primera Parte

Dr. Germán Guzmán Olmedo

Segunda Parte,

Dr. José Dimas Hernández

Derecho Laboral

Dr. Marcos Gabriel Villacorta

La Política Laboral del nuevo Código de Trabajo

Dr. Luis Alfonso Méndez

Categorías especiales de trabajadores: altos empleados

Dr. Jorge Eduardo Tenorio

Comentarios al Libro Tercero del Código de Trabajo

Dr. Mario Antonio Solano

La Seguridad Social en El Salvador

Dr. Rubén A. Mejía Peña

La Segunda Instancia Laboral

Dr. Ronoldy Valencia Uribe

La Casación Laboral

Dr. Marcos G. Villacorta

Epoca 3

No. 2

Junio de 1974



REVISTA DE DERECHO

Organo de Divulgación y Estudios de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador

Epoca III	San Salvador, Junio de 1974	No. 2
-----------	-----------------------------	-------

Dirección: MARIO ANTONIO SOLANO • LUIS ALFONSO MENDEZ • ENRIQUE ARGUMEDO

Sumario

	Pág.
Nota introductoria	5
Prólogo	7
Derecho Constitucional	
(Aspecto histórico; clases de constituciones; clases de Estados; elementos del Estado).	
<i>Dr. Francisco Bertrand Galindo</i>	11
Derecho Tributario	
(La actividad financiera; concepto de tributo; relación jurídico- tributaria; ramas del derecho tributario; autonomía del derecho tributario; estructura de la obligación tributaria; aspectos admi- nistrativos, represivos y contenciosos; política tributaria).	
<i>Dr. Roque García Mullin</i>	49

	Pág.
Economía	
Primera Parte	
(Ideas generales; precio; desarrollo histórico de la ciencia económica; leyes económicas; análisis de la demanda; análisis de la oferta; la nueva economía).	
<i>Dr. Germán Guzmán Olmedo</i>	93
Segunda Parte	
(Concepto de mercado; naturaleza y funciones del dinero; monopolio).	
<i>Dr. José Dimas Hernández</i>	112
Derecho Laboral	
Algunas Instituciones del Derecho Individual del Trabajo	
<i>Dr. Marcos Gabriel Villacorta</i>	120
La política laboral del nuevo Código de Trabajo	
<i>Dr. Luis Alfonso Méndez</i>	134
Categorías especiales de trabajadores: altos empleados	
<i>Dr. Jorge Eduardo Tenorio</i>	146
Comentarios al libro tercero del Código de Trabajo	
<i>Dr. Mario Antonio Solano</i>	162
La seguridad social en El Salvador	
<i>Dr. Rubén A. Mejía Peña</i>	176
La Segunda Instancia Laboral	
<i>Dr. Ronoldy Valencia Uribe</i>	188
La Casación Laboral	
<i>Dr. Marcos G. Villacorta</i>	204

Para Canje y toda clase de correspondencia, dirigirse a:

Departamento de Publicaciones
 Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
 Universidad de El Salvador

Apartado Postal 1496

San Salvador, El Salvador, C. A.

Nota Introdutoria

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, pone al servicio de la comunidad universitaria y del pueblo salvadoreño en general, un nuevo número de la REVISTA DE DERECHO, en el que aparecen las versiones corregidas de las conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad, en el Seminario de "DERECHO LABORAL Y CODIGO DE TRABAJO" (del 14 de junio al 27 de julio de 1973) y en el "CURSO PREPARATORIO DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL" (del 27 de agosto al 5 de octubre de 1973). La Revista comprende las siguientes áreas: DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO TRIBUTARIO, ECONOMIA Y DERECHO LABORAL, temas que fueron desarrollados por colegas que gentilmente atendieron la invitación de la Facultad y las versiones magnetofónicas corregidas, son las que constituyen el presente volumen. Se consideró que esta experiencia debe ser aprovechada al máximo, haciendo llegar al mayor número de personas las conferencias medulares de dichos eventos culturales.

Se han desarrollado otros Seminarios, extra-facultad, con el objeto de lograr que la Universidad se proyecte a los distintos sectores y ponga su contribución efectiva, tangible, en el campo jurídico, para la solución de los problemas nacionales. En cuanto al Derecho Laboral, se ha procurado un estudio comparativo entre el presente Código y el anterior; en un tiempo prudencial se hará una investigación de lo que haya sido en la práctica jurídica, el nuevo instrumento legal.

Considera la facultad que las instituciones del Derecho Laboral, pueden considerarse como conquistas de los trabajadores, y deben ser debidamente conocidas por éstos, de manera que con conocimiento de causa puedan exigir la satisfacción de sus derechos y evitar aquella situación de conformismo o de frustración, denunciada ya por Don Mario de la Cueva, y expresada severamente: "Aquél que permite que le irrespeten su derecho, empieza por tener alma de esclavo".

En Seminario aparte, se ofreció un curso preparatorio para el EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL, con el objeto de que los estudiantes egresados, pudieran actualizar sus conocimientos y volver a esa disciplina mental necesaria para la investigación jurídica y social. El curso puede calificarse de altamente satisfactorio, pues, en sesenta conferencias, se desarrollaron seriamente, con altura académica y con honestidad profesional, los principales temas básicos que un estudiante debe tener presentes y saberlos para su vida profesional y lógicamente, para defender un examen de grado. De tales conferencias, ofrecemos las versiones que se dictaron sobre Derecho Constitucional, Derecho Tributario y Economía.

Mención especial, con sentimiento de gratitud, al Catedrático Uruguayo, Dr. ROQUE GARCIA MULLIN, quien de una manera franca participó con sus conferencias sobre DERECHO TRIBUTARIO.

Con la seguridad de que el presente número será de suma importancia para profesionales, estudiantes y trabajadores, lo ponemos en circulación y esperamos continuar con esta labor, que consideramos de la mayor trascendencia.

LA DIRECCION.

Nota Introdutoria

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, pone al servicio de la comunidad universitaria y del pueblo salvadoreño en general, un nuevo número de la REVISTA DE DERECHO, en el que aparecen las versiones corregidas de las conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad, en el Seminario de "DERECHO LABORAL Y CODIGO DE TRABAJO" (del 14 de junio al 27 de julio de 1973) y en el "CURSO PREPARATORIO DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL" (del 27 de agosto al 5 de octubre de 1973). La Revista comprende las siguientes áreas: DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO TRIBUTARIO, ECONOMIA Y DERECHO LABORAL, temas que fueron desarrollados por colegas que gentilmente atendieron la invitación de la Facultad y las versiones magnetofónicas corregidas, son las que constituyen el presente volumen. Se consideró que esta experiencia debe ser aprovechada al máximo, haciendo llegar al mayor número de personas las conferencias medulares de dichos eventos culturales.

Se han desarrollado otros Seminarios, extra-facultad, con el objeto de lograr que la Universidad se proyecte a los distintos sectores y ponga su contribución efectiva, tangible, en el campo jurídico, para la solución de los problemas nacionales. En cuanto al Derecho Laboral, se ha procurado un estudio comparativo entre el presente Código y el anterior; en un tiempo prudencial se hará una investigación de lo que haya sido en la práctica jurídica, el nuevo instrumento legal.

Considera la facultad que las instituciones del Derecho Laboral, pueden considerarse como conquistas de los trabajadores, y deben ser debidamente conocidas por éstos, de manera que con conocimiento de causa puedan exigir la satisfacción de sus derechos y evitar aquella situación de conformismo o de frustración, denunciada ya por Don Mario de la Cueva, y expresada severamente: "Aquél que permite que le irrespeten su derecho, empieza por tener alma de esclavo".

En Seminario aparte, se ofreció un curso preparatorio para el EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL, con el objeto de que los estudiantes egresados, pudieran actualizar sus conocimientos y volver a esa disciplina mental necesaria para la investigación jurídica y social. El curso puede calificarse de altamente satisfactorio, pues, en sesenta conferencias, se desarrollaron seriamente, con altura académica y con honestidad profesional, los principales temas básicos que un estudiante debe tener presentes y saberlos para su vida profesional y lógicamente, para defender un examen de grado. De tales conferencias, ofrecemos las versiones que se dictaron sobre Derecho Constitucional, Derecho Tributario y Economía.

Mención especial, con sentimiento de gratitud, al Catedrático Uruguayo, Dr. ROQUE GARCIA MULLIN, quien de una manera franca participó con sus conferencias sobre DERECHO TRIBUTARIO.

Con la seguridad de que el presente número será de suma importancia para profesionales, estudiantes y trabajadores, lo ponemos en circulación y esperamos continuar con esta labor, que consideramos de la mayor trascendencia.

LA DIRECCION.

Nota Introdutoria

La Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR, pone al servicio de la comunidad universitaria y del pueblo salvadoreño en general, un nuevo número de la REVISTA DE DERECHO, en el que aparecen las versiones corregidas de las conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad, en el Seminario de "DERECHO LABORAL Y CODIGO DE TRABAJO" (del 14 de junio al 27 de julio de 1973) y en el "CURSO PREPARATORIO DEL EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL" (del 27 de agosto al 5 de octubre de 1973). La Revista comprende las siguientes áreas: DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO TRIBUTARIO, ECONOMIA Y DERECHO LABORAL, temas que fueron desarrollados por colegas que gentilmente atendieron la invitación de la Facultad y las versiones magnetofónicas corregidas, son las que constituyen el presente volumen. Se consideró que esta experiencia debe ser aprovechada al máximo, haciendo llegar al mayor número de personas las conferencias medulares de dichos eventos culturales.

Se han desarrollado otros Seminarios, extra-facultad, con el objeto de lograr que la Universidad se proyecte a los distintos sectores y ponga su contribución efectiva, tangible, en el campo jurídico, para la solución de los problemas nacionales. En cuanto al Derecho Laboral, se ha procurado un estudio comparativo entre el presente Código y el anterior; en un tiempo prudencial se hará una investigación de lo que haya sido en la práctica jurídica, el nuevo instrumento legal.

Considera la facultad que las instituciones del Derecho Laboral, pueden considerarse como conquistas de los trabajadores, y deben ser debidamente conocidas por éstos, de manera que con conocimiento de causa puedan exigir la satisfacción de sus derechos y evitar aquella situación de conformismo o de frustración, denunciada ya por Don Mario de la Cueva, y expresada severamente: "Aquél que permite que le irrespeten su derecho, empieza por tener alma de esclavo".

En Seminario aparte, se ofreció un curso preparatorio para el EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL, con el objeto de que los estudiantes egresados, pudieran actualizar sus conocimientos y volver a esa disciplina mental necesaria para la investigación jurídica y social. El curso puede calificarse de altamente satisfactorio, pues, en sesenta conferencias, se desarrollaron seriamente, con altura académica y con honestidad profesional, los principales temas básicos que un estudiante debe tener presentes y saberlos para su vida profesional y lógicamente, para defender un examen de grado. De tales conferencias, ofrecemos las versiones que se dictaran sobre Derecho Constitucional, Derecho Tributario y Economía.

Mención especial, con sentimiento de gratitud, al Catedrático Uruguayo, Dr. ROQUE GARCIA MULLIN, quien de una manera franca participó con sus conferencias sobre DERECHO TRIBUTARIO.

Con la seguridad de que el presente número será de suma importancia para profesionales, estudiantes y trabajadores, lo ponemos en circulación y esperamos continuar con esta labor, que consideramos de la mayor trascendencia.

LA DIRECCION.

PROLOGO:

APUNTES SOBRE EL CODIGO DE TRABAJO

ASPECTOS PRELIMINARES:

Según el Decreto Legislativo del veintitrés de junio de mil novecientos setenta y dos, nace a la vida jurídica nacional, lo que ha dado en llamarse “Nuevo Código de Trabajo”, siendo más bien el Código de Trabajo anterior, con algunas innovaciones explicables por la misma dinámica del Derecho Laboral; es, aceptamos, formalmente un estatuto diferente, pero básicamente se trata del Código anterior con algunas instituciones nuevas, más o menos, bien tipificadas conforme a la doctrina y en base a auténticos principios de justicia social; otras, no son más que espectros de figuras jurídicas, realidad de otros países, pero en el nuestro, sólo meros formalismos jurídicos que conforman un derecho irreal desprovisto de toda eficacia normativa.

Sigue manteniendo este Código, la misma estructura que el anterior, así como instituciones que ya no le corresponden por pertenecer a disciplinas diferentes, tales como la Seguridad Social, que es un derecho autónomo, el trabajo agropecuario, que es parte del Derecho Agrario.

En el “Seminario de Derecho Laboral y Código de Trabajo”, del que ya se hace referencia en la nota introductoria, se plantearon y discutieron las instituciones incluidas en este Código y estimando que algunas conferencias pronunciadas en ese evento no deben ser desconocidas por un público mayoritario, se preparó este volumen de nuestra REVISTA DE DERECHO.

EL CAPITAL Y EL TRABAJO:

El Derecho del Trabajo, es producto del siglo XX; las entidades sociales reguladas por sus normas, surgieron como consecuencia de la revolución industrial; pero como Derecho, solamente se estructura, define y sistematiza en este siglo.

Es evidente que la nueva clase social que surge sobre los despojos del feudalismo, la burguesía, el nuevo sistema económico, el capitalismo y su consecuencia, la nueva sociedad industrial, dieron lugar también al nacimiento de otra clase: El Proletariado, desposeído de bienes y riquezas, con su único patrimonio, la energía de trabajo. Capital y trabajo son dos conceptos antagónicos, que a su vez representan dos grupos diferentes sociológica y culturalmente y esto da lugar a la lucha de clases, que es un fenómeno histórico, repetido en las distintas sociedades y épocas: es la concepción dialéctica de la historia de Marx y Engels. La forma de Estado

tiene decisiva influencia en su fomento o canalización y fatalmente, según Marx: "Sobre los despojos de la clase que sucumbe (la burguesía), surgirá triunfante la nueva clase dominante (el proletariado)".

El Código de Trabajo de El Salvador, define su objeto en el Art. 1º y con él su contenido ideológico, sentando como premisa básica que el objeto del Código es armonizar las relaciones entre el capital y el trabajo. Debemos entender entonces, que se quiere armonizar lo que está en desarmonía o puede llegar a estarlo eventualmente y es que debe admitirse que hay un fenómeno de desigualdad entre los hombres, que tiene su causa en la propiedad privada de los medios de producción. El Código pues, procura la igualdad, trata de crear las condiciones para aproximar lo desigual; no son simples términos contradictorios relacionados en una fórmula legal, pues la palabra "armonización" según el contexto de la ley, tiene significado real en tanto el trabajador reciba toda protección social, económica y profesional, pues como sostiene Marx: "Quien entrega todas sus aptitudes a la comunidad, adquiere el derecho de la satisfacción de todas sus necesidades".

LOS EMPLEADOS DEL ESTADO Y DE LAS INSTITUCIONES AUTONOMAS:

Básicamente, el derecho del trabajo es un derecho industrial, protege inicialmente a los trabajadores de la industria; se levanta sobre las ruinas de una sociedad eminentemente agrícola, siendo el producto del tránsito del taller a la fábrica y en consecuencia, es un instrumento de protección del rendimiento humano. Todos los fenómenos en la nueva sociedad confluyen a un determinado objetivo: el máximo de producción. Esto es causa también de muchos daños, por lo que los trabajadores, la nueva clase, van a presionar, a luchar, a organizarse, **A MORIR HEROICAMENTE** —algunas veces— para encontrar el pago de un salario justo, para evitar el trabajo de los menores y de las mujeres en condiciones inhumanas, para mejorar el ambiente de trabajo y para tener un mínimo de seguridad ante los riesgos de la industria y posteriormente la conquista de prestaciones de tipo económico o de seguridad social.

Sin embargo, lo que nace como un Derecho Industrial, es ahora un derecho de todos los trabajadores por cuenta ajena, es decir, que todo hombre que se dedica al trabajo y hace de él su profesión, tiene su estatuto protector, que es el Derecho del Trabajo; en otras culturas, las relaciones del Estado con sus trabajadores son, también de naturaleza laboral y nosotros, algo de eso hemos tomado en el Código de Trabajo.

El Art. 2 del Código introduce, con falta de técnica, a nuestro juicio, una excepción relativa a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas y del Estado, y establece: "No se aplica este Código cuando la relación que une al Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas o Semi-Autónomas con sus servidores fuere de carácter público".

Esto adolece de dos defectos: Primero, de técnica legislativa, porque si las relaciones de los trabajadores del Estado, de los Municipios y de las Instituciones Oficiales Autónomas, etc., no son relaciones de trabajo, este Código podría haber callado el punto y regular solamente aquellos casos donde sí se establecen relacio-

nes de trabajo. Segundo, al determinar que las relaciones de los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, dados ciertos supuestos de la ley, son de derecho público, es negar a los trabajadores, un derecho que la Constitución Política les ha otorgado a priori, como es el de la formación de asociaciones profesionales o sindicatos; si la Constitución establece el derecho y el Código los excluye de su campo de aplicación, debe concluirse que, con la disposición anterior, el Derecho de asociación profesional se vuelve nugatorio y como no se deja a reserva, que una Ley Especial regulará la materia, puede señalarse que hay violación a la garantía constitucional.

En este orden de ideas, debe de admitirse también que el Código, si bien es cierto excluyó estas categorías de trabajadores en las condiciones ya expresadas arriba, es cierto también que reconoce que pueden haber relaciones de trabajo en determinados casos, aun cuando los trabajadores estén al servicio del Estado; tal es el caso de los trabajadores por planilla o trabajadores por jornal, que según parece, llegan en nuestro país a unos veinte mil trabajadores y siendo que, según la disposición comentada, a estos trabajadores sí les es aplicable en toda su extensión y aunque la Constitución expresamente no les concedió el derecho de asociación profesional, debemos entender que, en un momento dado, estos trabajadores, de conformidad al Código, podrían formar su Asociación de Trabajadores por planilla al servicio del Estado y eventualmente exigir a éste su contratación colectiva.

NOVEDADES DEL CODIGO DE TRABAJO:

Reafirma el Código su fundamentación en la teoría de la relación del trabajo y no del contrato de trabajo como convenio o acuerdo de voluntades (Art. 17); se crea la presunción del contrato de trabajo, aunque se aparente otro tipo de relación jurídica (sociedad, arrendamiento, etc.); la consideración de que los hechos vejatorios, la reducción de salarios, los malos tratamientos, etc., tipifican una forma de despido no expreso o auto-estimación de despido, lo que está conforme a los principios de la dignidad humana.

Aumenta en un cien por ciento el recargo en el pago de las horas extraordinarias trabajadas (Art. 169) extiende el derecho a la remuneración del día de descanso, aun a los trabajadores no sujetos a horario (Art. 172) establece un 30% de recargo en el pago de las vacaciones (Art. 177), así como la posibilidad de concederlas en forma fraccionada y colectivamente (Art. 189) facilita la formación de sindicatos, autorizando la intervención de un notario en el momento de la Constitución (Art. 213) y haciendo a posteriori la investigación de los requisitos necesarios (Art. 215) extiende la garantía sindical a los promotores (Art. 248); incorpora a las asociaciones profesionales agropecuarias (Art. 264 y siguientes), regula adecuadamente la titularidad de la contratación colectiva (Arts. 270 y 271); incrementa las prestaciones en concepto de ayuda en caso de muerte del trabajador (Art. 313), así como en concepto de indemnización por riesgos profesionales (Art. 338), regula en mejor forma algunos medios probatorios como la confesión (Art. 400) y la prueba testimonial (Art. 397); reglamenta con sentido realista el juicio de única instancia, hace una regulación más efectiva del conflicto colectivo de carácter económico, especialmente de la fase de la huelga (Arts. 480 y siguientes) e introduce reformas favorables a los trabajadores en materia de Segunda Instancia (Art. 585) y de Casación (Art. 586).

EL SALARIO Y LAS PRESTACIONES SOCIALES:

Debe reconocerse que sólo la empresa privada con base financiera suficiente y organización empresarial adecuada, responde a sus trabajadores con salarios justos, especialmente cuando la Asociación Profesional ha hecho valer el principio de igualdad de salario mediante la contratación colectiva; pero hay también una empresa pequeña y media, la empresa industrial, comercial incipiente o de artesanía industrial, que muchas veces son organizaciones familiares o explotaciones económicas de tipo familiar, cuyos rendimientos o ganancias sirven lastimosamente para acrecentar el patrimonio de la gran empresa, o cuando mucho significan recursos de subsistencia; esta empresa realmente no puede pagar un salario mínimo adecuado y demás prestaciones económicas necesarias para satisfacer las necesidades del trabajador. Más grave aún, el caso del patrono inhumano, el capataz explotador que por sistema es un burlador de la ley; un defraudador de las instituciones puestas al servicio de los trabajadores; sobre esto, el Seguro Social tiene una amarga experiencia.

Esto se generaliza en los trabajadores agropecuarios, a quienes se les ha fijado ya un salario mínimo, que no perjudica en nada a la explotación agrícola organizada, pero que representa un alto costo para el minifundista. De todas maneras, el problema de salarios bajos es todavía menor frente al terror de una desocupación masiva, producida por un estancamiento de la industria, la no diversificación de la producción agrícola, la inoperancia del Mercado Común Centroamericano; factores que por lo demás, causan un encarecimiento progresivo y permanente del costo de la vida.

Frente a toda esa problemática socio-económica, se encuentra inerme el trabajador, algunos sin prestaciones de tipo social; otros, con salarios sumamente reducidos y los demás, sin un empleo del cual obtener el mínimo para la subsistencia y sin que se advierta una política social orientada a desarrollar los principios constitucionales, por medio de la realización de programas de Seguridad Social; al contrario, el estancamiento ya insultante del Seguro Social, ponen en evidencia los hechos que motivan estos comentarios.

Invitamos a nuestros lectores a penetrar estas páginas y reflexionar sobre los distintos problemas socio-jurídicos estudiados; damos por seguro que este planteamiento actualizado de algunos aspectos de nuestra realidad, será un llamado a la conciencia de muchos amigos para colaborar a la dignificación y humanización de un pueblo digno de mejor suerte.

LA DIRECCION.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Dr. FRANCISCO BERTRAND GALINDO •

I.—ASPECTO HISTORICO

La expresión Derecho Constitucional evoca dos conceptos que a mi juicio están implícitos en el término: el de Derecho como conjunto de normas obligatorias de conducta y el de Constitución. En los aspectos de Constitución, hay dos referencias que saltan a la vista: desde un punto de vista el Derecho Constitucional hace referencia a la organización básica y fundamental del Estado, a los principios que dan las bases para construir la armazón jurídica del Estado; desde otro punto de vista, la expresión Derecho Constitucional evoca un concepto axiológico-valorativo, contenido especialmente en el concepto de libertad; surge entonces el Derecho Constitucional como un conjunto de normas que no se pueden entender si no se tiene en cuenta el concepto de limitación del Poder, el concepto del principio de legalidad y el concepto del Estado de Derecho; por consiguiente, cuando hablamos del aspecto histórico del Derecho Constitucional nos podríamos referir al aspecto básico y organizativo del Derecho Constitucional, porque como decía un autor, Carl Schmidt, todo en la naturaleza tiene una constitución, una forma determinada de estar organizada, por consiguiente no hay Estado, no hay organización social, ni política, ni grupo sociológico que haya existido y que exista actualmente que no tenga una constitución, una forma de estar ordenadas las fuerzas esenciales entre sí; hablar en este sentido de la historia del Derecho Constitucional, sería tanto como pretender la historia de la organización política del universo; nos limitamos a hablar del Derecho Constitucional en cuanto aparece con un contenido axiológico, como una especie de regulación entre dos fuerzas: de la libertad y del poder.

En los primeros tiempos de la historia, a través de muchos siglos de evolución institucional, privó en los pueblos la concepción del Estado-fin y del individuo-medio, o sea que frente al interés o a la conveniencia del Estado el individuo no tenía ningún derecho, que lo que conocemos como derechos del hombre, garantías individuales, derechos humanos, no existían dentro de estos sistemas jurídicos; esto era motivado por una serie de razones de orden sociológico y económico: la economía era sencilla y rural y permitía la dominación de los dueños de las tierras y ganado sobre los esclavos y quienes las trabajaban; por otra parte, era una época mística del hombre en que todas las concepciones estaban impregnadas del sentimiento religioso y de superstición; había un tremendo confusiónismo conceptual entre lo que era la moral, el orden familiar, el Estado, el derecho.

• Abogado. Ex-Profesor Jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Dentro de este contenido difícilmente podemos pensar que exista un Derecho Constitucional como una limitación de los gobernantes frente a los gobernados; en Grecia, algunos han creído ver los primeros derechos constitucionales, y ciertamente que en Grecia habían constituciones de diferente tipo, más liberal la de Atenas que la de Esparta, que era totalmente militarizada, pero no habían derechos civiles, sólo los políticos que se ejercían a través de las asambleas, a través de los tribunales del pueblo y que una vez disueltos prácticamente el ciudadano griego ya no tenía derecho a ejercer; de manera que en Grecia tampoco existe el concepto de la garantía individual.

En Roma, hay una especie de actitud un poco similar, aunque tal vez diferente en sus etapas históricas; el derecho romano se divide, según la forma de gobierno, en el período de reyes, en el período de la república y del imperio. Lógicamente, en el primero no existía ningún tipo de garantía individual, con la República ya se inician algunos esbozos de lo que más tarde habría de ser el Derecho Constitucional; pero debido al gran desarrollo del derecho privado de los romanos y a la poca atención que se dieron al derecho público, realmente no se llegó a desarrollar el Derecho Constitucional como ciencia, pero sí ya se encuentran algunos esbozos en la época de la República de limitaciones al poder; después que adviene el cristianismo, que tiene un fuerte impacto por cuanto establece o pretende establecer la igualdad entre los hombres, supuesto que todos somos hijos de Dios, se revolucionan un tanto los conceptos y se derrumba el imperio romano, pero la etapa siguiente no hace prosperar al hombre en mayor medida.

En el Estado Feudal, lo que existe es una especie de atomización, o sea, que hay una serie de señores que le deben lealtad al rey, pero que le discuten a la vez el poder. Así es que el rey, el soberano, tiene una lucha interna con sus señores feudales con quienes tiene a veces que aliarse y combatir; por otra parte, sostiene una especie de lucha externa con el poder de la Iglesia que pretende sojuzgar a todos los imperios del área controlada por la cristiandad. En estos estados no existe, prácticamente, ningún tipo de derecho individual; algún atisbo de libertad hay en los llamados burgos, en la ciudad existían los únicos hombres que podían llamarse libres en ese tiempo, y que tenían algún tipo de derechos, pero precisamente al no poderse desarrollar las libertades de orden económico, de orden mercantil, es que se va formando una crítica contra el sistema que llega a derrumbarlo y adviene entonces la famosa Revolución Francesa que proclama los derechos del hombre y del ciudadano.

En la Edad Media se da un Estado que se llama estamental: se decía que todo hombre había nacido para ser algo determinado y que no debería moverse de su estado y eso se consideró la felicidad; o sea que el siervo debía estar contento de ser siervo, orar durante toda su vida, porque al morir había cumplido con los preceptos religiosos, Dios lo había de recompensar, darle la vida eterna y la felicidad permanente en el cielo; y lo mismo se decía para cualquier otro, en la clase dentro del clero, y la baja y alta nobleza. Todo esto se trata de romper con las ideas de los enciclopedistas a que nos vamos a referir.

Es importante señalar que, dentro del sistema medieval, hay algunos atisbos de organización y regulación de la libertad; esto se dio en los fueros españoles, siendo el primero de ellos el fuero de León de 1020, el fuero de Jaca de 1064, el de Nájera de 1076, el de Toledo de 1085, el de Calatayud de 1120, Zaragoza de 1115, el de Pue-

bla de Organzón en 1191, y uno muy importante que es el ordenamiento de León de 1188; éste consagra una serie de libertades para los de la ciudad ya que consideran que es un fuero superior al de la carta magna —que se debería de dar en el siglo posterior, en 1215—; después están los fueros de Aragón y las Partidas, que ustedes conocen porque son sumamente célebres; encontramos en 1215 la carta magna que es, a juicio de algunos, el primer antecedente serio del constitucionalismo. La verdad es que si la carta magna fuera un antecedente verdadero del constitucionalismo no sería la carta magna sino que sería el fuero de Aragón que tiene la misma estructura. La carta magna más célebre es la inglesa del 15 de junio de 1215; es, prácticamente, un pacto entre el rey y los señores feudales. Volvemos a plantear la dicotomía que existía entre el poder central del rey y el poder periférico de los señores feudales; para tratar de buscar una especie de armonía entre los poderes feudales y el poder real se llega a un acuerdo, que constituye la carta magna; pero no es un acuerdo entre el pueblo y el rey, sino que entre el rey y sus señores, el pueblo prácticamente estaba ausente de toda esta organización. De manera que no es cierto que sea un verdadero antecedente del constitucionalismo, a menos que lleguemos a la aberración jurídica de considerar que el pueblo, que la plebe, no tenía carácter de persona, como lo fue dentro de la concepción romana y la griega, que también residía en la esclavitud.

Es una falsa idea considerar que Grecia era tierra de hombres libres, era tierra de esclavos con cuyo trabajo se mantenía a unos cuantos hombres libres. La carta magna inglesa del 15 de junio de 1215 constituye, en cierto sentido, un antecedente del constitucionalismo; trae algunos puntos que después se trasladan en forma general para todos los habitantes de los estados, concede el rey perpetuamente, en nombre y en el de sus sucesores, para todos los hombres libres del reino de Inglaterra, todas las libertades que a continuación se expresan transmitirles a sus descendientes. Consagra una de las bases del Derecho Público moderno: “prescribe que no se establecerá en el reino, ningún auxilio ni contribución sin el consentimiento de nuestro común consejo del reino, a no ser que se destinen al rescate de nuestra persona, o para armar caballero a nuestro hijo primogénito o bien para casar una sola vez a nuestra hija primogénita, y aun en estos casos el auxilio o la contribución habría de ser moderado”. También cierto principio en el que se ha querido ver el origen del recurso del “habeas corpus” y del debido proceso legal cuando establece que nadie puede ser arrestado, aprisionado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según la ley del país; promete igualmente el soberano que no venderemos ni rehuseremos a nadie, la administración de justicia; otras disposiciones otorgan la libertad de tránsito y comercio, así como entrada y salida del reino, y contiene provisiones encaminadas a impedir la arbitrariedad y la injusticia. Como ustedes ven, con esta enumeración somera que les hago de algunas de las libertades —con la reserva que ya he hecho de que sólo se refería a los hombres libres, es decir, a los que no eran plebeyos— se está anticipando a los verdaderos documentos constitucionales; y ciertamente hoy que leía un pronunciamiento de un centro de estudios jurídicos, causa sorpresa, ya que pareciera que hay una constante entre las ambiciones de aquellos hombres que querían el debido proceso legal, y nuestros abogados que reclaman también, el debido proceso legal.

Posteriormente aparece como un documento sumamente importante en Inglaterra el acta del pueblo y el instrumento de gobierno. Se gesta una revolución con el fin de establecer la República inglesa, entonces se elabora un instrumento de gobierno; ése es el nombre de un acta, de una ley, una ley fundamental del Estado

Inglés. Están limitadas las facultades del protector, del consejo del estado y del parlamento, y se encuentran determinados los derechos fundamentales del pacto; se señala como cosa notable, que la idea de una Constitución escrita ha nacido en el estado que prácticamente no había tenido ninguna, es decir, nace allí la idea de la constitución escrita.

Los norteamericanos produjeron un documento que es muy importante y que ha sido señalado certeramente como el antecedente verdadero o, mejor dicho, el primer documento de Derecho Constitucional: la Declaración de Derechos de Virginia de 1766, que contiene una parte que ahora sería llamada régimen de garantías individuales o sea el cuerpo de derecho de los ciudadanos de Virginia; después viene la declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1775 que contiene dentro de las proclamas de la Independencia un consagramiento de libertades individuales. Después viene la Constitución de EE.UU. de 1787, que es el documento aún vigente con algunas enmiendas. En Francia el movimiento culmina jurídicamente con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Estos son los dos movimientos más importantes del constitucionalismo a través de la historia, y es de estos movimientos que se difunde prácticamente lo que se llama la etapa del constitucionalismo. Aquí vemos un contenido axiológico en el Derecho Constitucional: de una parte está la organización del Estado, que es lo que llamamos la parte orgánica; de otra, la declaración de los derechos individuales o sea la que fija esferas de libertad para los gobernados frente a los gobernantes. Esto es una parte del contenido axiológico de esta Constitución, pues no se agota aquí el contenido axiológico de estos documentos.

Se diseñan las bases de un sistema económico diferente a los anteriores: el sistema liberal ortodoxo, en el cual se supone que todos los hombres son iguales ante la ley y que el Estado no debe intervenir ante las cuestiones económicas sino únicamente para deshacer aquellos actos que están en contra del sistema; por eso prohíbe los monopolios, por ejemplo. Pero en general el Estado mantiene una tesis de abstención frente a la actividad económica bajo el supuesto de que una especie de mano invisible va a regular los precios, los salarios y todo el movimiento económico en un orden perfecto, el más perfecto posible en las condiciones en que está un país determinado. Este sistema se difunde por una serie de países e influye notablemente en el constitucionalismo español: circulan algunos principios de la teoría liberal y por primera vez los EE.UU. comienza a intervenir en la vida de Latinoamérica y empieza a circular una serie de libros, una serie de propaganda hacia Latinoamérica, en la cual se difunden algunos escritos de los próceres americanos; se pasan también los libros de los franceses y se va formando una conciencia liberal en los que habrían de ser los próceres latinoamericanos; entonces se da el movimiento de la Independencia que tiene además otras justificaciones de orden económico.

En nuestro país el movimiento constitucional surge con el Acta de Independencia; los autores se dividen si es realmente o no el Acta de Independencia el primer acto jurídico de Derecho Constitucional en Centroamérica. Me adhiero a la tesis afirmativa porque considero que en el momento que un Estado consagra su independencia está asentando algo fundamental del Estado: que no depende de otro; y hay en el Acta de Independencia algún tipo de organización, aunque sea

embrionaria, respecto a lo que habría de ser el Estado Federal. Posteriormente empiezan las constituciones federales, la primera en 1824; en esa constitución, en su preámbulo pueden leer claramente cómo se cimenta en la filosofía liberal, y aunque tiene algunos atisbos en cuanto a la organización del Senado, a que la religión católica sigue siendo religión oficial y obligatoria —es decir, tiene algunos resabios de colonia— la verdad es que es una constitución con una marcada tendencia liberal; lo mismo es la de 1835 que no es realmente una constitución sino que una reforma de la de 1824. Por eso digo que son tres constituciones federales y no 4 como señalan algunos.

En la Constitución de 1898 se constituyen los Estados Unidos Centroamericanos, formados por El Salvador, Honduras y Nicaragua, pero esta federación también fracasa. Posteriormente, ya en este siglo, en 1921, se decreta otra constitución Federal que constituye la República Federal de Centroamérica, formada por Honduras, El Salvador y Guatemala. Estos intentos de reuniones parecen ser que han sido una constante dentro de nuestra historia constitucional; siendo todas estas constituciones del tipo liberal.

El Salvador ha tenido una serie de constituciones bastante larga de enumerar, ya que prácticamente andamos como por las 10 ó 12. Algunos autores opinan que las constituciones se deben dividir de la Independencia hasta 1886, en las cuales se considera que son constituciones liberales pero con resabios de colonia; y de 1886 en adelante, en que las constituciones son francamente liberales en su plenitud. Yo personalmente los divido sólo en dos grupos: a mi juicio la historia constitucional nuestra cambia realmente en el año de 1939, cuando nace la primera constitución intervencionista. ¿Cuál es la razón de ser de esta teoría constitucional? Vemos que estas constituciones no tienen ninguna tendencia definida, si no más bien lo que ha sido calificado por algunos comentaristas como hibridez ideológica. Sin embargo, en un afán de lograr determinar cuál es la naturaleza o la orientación filosófica que inspira nuestras constituciones, queremos transcribir o leer algunas reflexiones que hemos hecho antes respecto a cuál es la configuración de nuestra constitución actual. Nuestra constitución, me refiero a la de 1950 y esto vale con las explicaciones que voy a dar después para la de 1962, nace bajo el signo de la post-guerra; después de la Segunda Guerra Mundial se produce un fenómeno: la democracia tradicional de tipo occidental se transforma en democracia social; ya no se consideró suficiente garantizar al hombre su participación en la vida política del país del cual era originario, sino que se pensó que esas garantías de orden político eran estériles, si no estaban acompañadas por un sistema que permitiera al hombre participar de los goces de la civilización; la concepción liberal que asigna al Estado la función de vigilancia, limitada al mantenimiento del orden público, de la seguridad, la defensa, la educación, la salud, quedó relegada a segundo término, y desde entonces sólo voces aisladas la defienden; fue sustituida por la concepción del Estado intervencionista, de tipo neoliberal en algunas regiones, de tipo socialista en otras, de socialismo de estado en un tercer sector que asigna importantes funciones al Estado en el orden de las relaciones económicas y laborales.

El Salvador no se sustrajo a esa corriente que agitaba al mundo occidental y al producirse el movimiento que terminó con el Gobierno del General Castaneda Castro, y que dio nacimiento al Consejo de Gobierno Revolucionario, cuando se convoca una Constituyente, esas ideas se trasladan al cuerpo de normas fundamentales; esto parece desprenderse del discurso de inauguración de ese cónclave pro-

nunciado por su Presidente Reynaldo Galindo Pohl, quien después de expresar que la época de la doctrina liberal había ya pasado, afirma: "precisa mantener los grandes principios, aunque con otro fundamento filosófico, muy lejano del Derecho Natural que garantiza el fuero del individuo dentro del poder absorbente del Estado, para asegurarle la plenitud de su personalidad y la vida digna que le corresponde dentro de la concepción de nuestra cultura de occidente. Por aquí se entra al dilatado campo social, económico y cultural, que dentro de las ideas imperantes, urgen de la superlegalidad que otorgan las constituciones rígidas, para librar las grandes aspiraciones populares de las veleidades del legislador ordinario", y más adelante, afirma: "la instancia del individualismo puro es el anarquismo, la del socialismo entendido como entrega absoluta del individuo al grupo sería una esclavitud, peor que la que nació de la conquista guerrera y se daría en un Estado de totalitarismo desenfrenado".

Afirma que la época reclama cargar el acento en la dimensión del hombre, siempre que ese logro no signifique la pérdida de los atributos que dignifican la persona, la manifestación más excelente de la cultura; en otro párrafo de su interesante discurso, afirma: "en ningún caso y por ningún motivo, debe descuidarse el desarrollo económico del país, pues la técnica y la industria aseguran el éxito inmediato de la reforma social; pero por otro lado el desarrollo económico, a secas, sin justicia, compromete la estabilidad de las instituciones". Este pensamiento, a mi juicio el más connotado de los constitucionalistas del 50, se traslada y forma parte del articulado de la Constitución de 1950.

Encontramos, en primer lugar, una afirmación transpersonalista; el transpersonalismo del Estado consiste en sostener el principio que el interés público prima sobre el interés individual, y que cuando hay conflicto sobre el interés particular priva el interés social; el cuerpo social es más importante que los intereses de un individuo considerado aisladamente. Este principio se traslada de pleno, en gran medida, a la Constitución de 1950, totalmente diferente de las constituciones anteriores, que incluso consideraban a la propiedad privada como una institución sagrada y la cual no podía limitarse en ningún sentido, o sea que la propiedad era entendida en el sentido romano tradicional de la palabra, como el derecho del uso, del fruto y del abuso; es cierto que se decía y lo dice todavía el Código Civil, que la propiedad está limitada al orden público y está limitada por la ley, pero se entendía que la ley como manifestación del legislador, y consiguientemente del Estado, no iba a interferir en el juego económico; por consiguiente, la concepción del Código Civil, no corresponde a la concepción de la propiedad en función social que contiene nuestra constitución actual a partir de 1950.

Por otra parte, muchos derechos individuales reciben un grado menor de protección, ya que no son garantizados en forma definitiva o absoluta, sino que aun cuando estén reconocidos, la regulación de su servicio queda confiada al legislador secundario. En este mismo orden de ideas, los redactores del proyecto que fue aprobado íntegramente, introducen un título de derechos sociales los cuales, a juicio de ellos, forman el grupo de derechos con que se quiso aminorar las injusticias de la libre empresa y el desamparo del individuo; estos derechos garantizan no al individuo como tal, sino como miembro de un grupo o clase social, protegen a la familia y a los económicamente débiles a través de la salud pública, la cultura, la asistencia social y el derecho del trabajo, y constituyen en sí un amplio sector para la intervención del Estado y a la vez una severa restricción para el régimen de auto-

nomía de la voluntad, salvo tal vez en lo referente a la protección familiar en que todavía la patria potestad era bastante amplia.

Aparece también un título referente al régimen económico, cuya fundamentación doctrinaria no aparece en la exposición de motivos, pero que al menos expresa que la base filosófica consiste en que el hombre y su vida constituyen el valor supremo y que las cosas son un valor instrumental. Esto es fundamental para el pensamiento de los constituyentes de 1950, lo fundamental es el hombre y no las cosas, las cosas están al servicio del hombre y no el hombre al servicio de los que tengan la mayoría de las cosas, de manera que es una concepción radicalmente diferente. Sus artículos han sido concebidos en forma general y elástica, que permite una nutrida legislación secundaria sobre materia tan compleja; en este título se advierte una serie de contradicciones entre los diferentes principios contenidos en su articulado, por esto es que califican algunos de hibridez ideológica a la Constitución. Por ejemplo el Art. 135, dice que el régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna de ser humano, y el Art. 137 reconoce la propiedad privada en función social, y afirma que el subsuelo pertenece al Estado; estas dos disposiciones nos podrían llevar a concluir que la constitución tiene una proyección social determinada, pero resulta que el Art. 136, garantiza la libertad económica en lo que no se oponga el interés social, y asigna al Estado la obligación de fomentar y proteger a la iniciativa privada, dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional, y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país. Por otra parte, en el régimen de derechos individuales, al establecer la garantía de audiencia, se hace referencia expresa de la propiedad y a la posesión como algunos de los derechos de los cuales ninguna persona puede ser privada sin el debido proceso legal; otra disposición afirma que todos los habitantes de El Salvador tienen el derecho de ser protegidos en la conservación y defensa de esos mismos bienes, otros establecen la libertad de contratación y la prohibición de las vinculaciones; de manera que vemos cómo hay una gama de instituciones tomadas de una escuela con contenido de socialismo democrático y otras tomadas de la escuela liberal.

La curva de la historia no sólo ha venido del intervencionismo de que hemos hablado, sino que el intervencionismo señala no un derrotero único, sino una especie de disyuntiva frente a una tendencia que nace por el fracaso de la economía liberal, que en lugar de producir la felicidad que los teóricos esperaban, produce miseria; algunos economistas, el principal y más notorio es Carlos Marx, examinan el sistema capitalista de Europa central. Un análisis económico muy serio es el de Marx, quien llega a concluir que el capitalismo es un sistema totalmente injusto; elabora, a través de una serie de principios, un nuevo sistema que es una especie de cosmogonía en el sentido que todo tiene solución dentro de los mecanismos del sistema. Por eso es que los técnicos capitalistas no han podido vencer al marxismo, y es claro que en el mundo va cada día ganando más terreno. Esta teoría provoca la reacción de los que se están beneficiando del sistema liberal. Y cuando comprenden que no pueden contrarrestar una teoría con otra, elaboran esta doctrina del intervencionismo del Estado; entonces va apareciendo una doctrina en que se trata de salvar al Estado liberal; en el fondo trata de salvar al capitalismo, pero haciendo partícipe de los beneficios del sistema a las clases económicamente débiles. Desde luego, hay grados en el intervencionismo del Estado, es una teoría que trata no frontalmente de combatir al marxismo, sino de evitar que los estados se conviertan

a esta doctrina; por consiguiente, en este momento no sólo hay constituciones intervencionistas, sino que hay constituciones de tipo socialista que son la concreción de las teorías de tipo marxista, adaptadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. Aquí también hay una organización del Estado y hay también garantías individuales pero con un concepto diferente; en un estado como el nuestro, las garantías individuales tienen un papel preponderante porque el individuo se considera que es importante, es decir vale como tal, no obstante que se supedita su interés al interés público; en cambio en el estado socialista, más que garantías individuales existen garantías de orden social y económico, en el sentido de que el hombre no se considera que puede ser libre, sino en tanto y cuanto tenga asegurada su existencia económica y su participación en la propiedad de los medios de producción; la orientación es totalmente diferente. No se podría decir que nuestra constitución, por muy avanzada que fuera, es una constitución socialista, porque consagra la existencia del capital aunque regula sus relaciones frente al trabajo; en cambio, las constituciones socialistas, parten de la idea de que los medios de producción son de propiedad de la clase trabajadora. Seguimos dentro del sistema occidental, dentro del sistema capitalista, pero con una creciente y posible intervención de parte del Estado.

II.—CLASES DE CONSTITUCIONES

Vamos a comenzar la segunda charla del cursillo de Derecho Constitucional. En primer lugar, vamos a tratar de determinar qué clase de constitución es la que nos rige. Como una aclaración previa diremos que los autores reconocen dos conceptos principales de constitución: una se llama la constitución real, la cual no tiene un contenido legislativo, sino que un contenido metajurídico, de orden sociológico y económico; el creador de este término es un socialista alemán, Fernando Lasalle, que decía que la constitución en su sentido real está formada por la suma de factores reales y efectivos de poder que rigen en la sociedad, distinta de la constitución escrita. En otras palabras la constitución real no es un documento legislativo, no es tampoco un uso o una costumbre que se vuelva obligatoria por su repetición constante y por la convicción de que es obligatoria, sino que es una forma determinada en que en una sociedad están estructuradas las fuerzas reales de poder o sea que es un concepto sociológico. En El Salvador, si revisamos la Constitución política, vamos a encontrar una serie de disposiciones que no se ajustan a la constitución real; por ejemplo: el Ejército aparece como esencialmente obediente y apolítico, la Iglesia aparece separada del Estado y sólo tiene algún tipo de libertades para ejercer libremente su culto, los sindicatos aparecen también como apolíticos y la Universidad aparece también como un ente apolítico; pero en la práctica, en la constitución real de las fuerzas del poder, encontramos que el Ejército es determinante en la vida política del Estado, incluso me atrevo a decir que en muchos casos —por lo menos desde que yo tengo memoria— el ejército ha sido prácticamente el gran elector; allí es de donde sale la designación de quién ha de ser el que ha de regir los destinos del país, desde el poder ejecutivo el ejército influye indiscutiblemente en la vida política de El Salvador; la Iglesia también tiene una influencia preponderante y decidida, tanto cuando tenía una línea conservadora, como ahora que ha tomado una línea un tanto más liberal o si se quiere de izquierda; los sindicatos también intervienen mucho en la constitución del poder, aunque menos que las dos otras instituciones. Los titulares de la riqueza —que ni siquiera están mencionados en la Constitución Política como organismos de poder, sino únicamente como fuerzas a las cuales se va a regular en relación con el trabajo— tienen también una decidi-

da intervención en la formación de la voluntad política; de manera que al margen de esta constitución, que es el documento escrito que ha seguido determinados trámites, existe otra constitución que es la constitución real o sea la forma determinada en que las fuerzas reales de poder están estructuradas en un país determinado. Entonces, es necesario aclarar que en este curso no nos vamos a referir a este tipo de constitución, aunque de vez en cuando le hagamos referencia; esto es un tema más propio de la Sociología y de la Ciencia Política, posiblemente en Teoría del Estado ustedes examinen este tipo de configuración. Aquí nos vamos a referir a la constitución formal.

La constitución formal hace referencia a cierto tipo de requisitos que es necesario llenar para que la constitución tenga validez, es una ley diferente a las leyes ordinarias, que normalmente requiere ciertos requisitos especiales para su creación y reformas. ¿Cuál es el contenido de esta constitución formal?, son básicamente dos; los autores lo dividen en dos grandes campos, uno que se llama constitución material o propiamente lo que es la constitución, que a su vez se desdobra en dos campos: constitución en el sentido estricto y constitución en sentido amplio. La constitución en sentido estricto será la forma como está organizado el poder o sea la parte que llamamos orgánica de la constitución, allí está determinado qué clase de estado es El Salvador, qué clase de gobierno tiene, cuáles son los poderes, cómo están relacionados entre sí, cuál es su organización básica y fundamental. En un sentido amplio la constitución cubre lo que se llama también la parte dogmática, o sea el delineamiento de los contornos del poder, el poder frente a los individuos o frente a los grupos sociales, hasta dónde los titulares del poder público pueden llegar sin invadir los derechos sociales; se llama también régimen de garantías individuales y de derechos sociales, es la parte dogmática de la constitución. Estas dos partes, estos dos grandes campos son la dogmática de la constitución, son la constitución material o lo que es propiamente la constitución.

Normalmente en todos los documentos constitucionales se suele encontrar una serie de disposiciones que no responden a ninguno de estos dos contenidos, son disposiciones como aquella que dice que el castellano es el idioma obligatorio: no tiene nada que ver cómo está organizado el poder, ni tiene nada que ver con las garantías individuales, sin embargo es una disposición que la encontramos aquí en la constitución; son disposiciones que por razones a veces veleidosas, a veces de fondo, se introducen dentro del campo constitucional, y a veces por razones de política. Por ejemplo: si se quiere introducir una disposición que en algún sentido viene a cambiar el statu-quo, es necesario —consideran los teóricos— ponerla en el documento constitucional para que tenga la misma rigidez constitucional y no sea fácil cambiarla en un momento dado. Esto es normal en países como el nuestro en donde las constituciones surgen generalmente de movimientos políticos que alteran el orden constitucional: se derroca un presidente, surge un movimiento fuerte autoritario, se convoca una constituyente que está cumpliendo con una filosofía política diferente a la del régimen anterior; entonces al romperse el principio anterior se introducen una serie de disposiciones que posiblemente no habrían sido aprobadas en la Asamblea ordinaria y se elevan a la categoría de Derecho Constitucional, para que no las pueda reformar la siguiente Asamblea ordinaria que puede estar controlada, a través de las elecciones, por aquellos poderes que se quieren afectar. Precisamente por esta razón las disposiciones introducidas en esta forma no funcionan, sino que quedan allí dentro del marco constitucional pero no se cumplen, porque no obstante de que son válidas constitucionalmente, son detenidas por las fuerzas

sociales a las cuales van a afectar y que, consiguientemente, se oponen a su cumplimiento y desarrollo.

Por ejemplo, tenemos una disposición que dice que el Estado puede intervenir a aquellas empresas que se nieguen a acatar las disposiciones sobre organización económica y social; esta disposición es de 1950 y hasta hoy sólo hay un caso de intervención de una empresa o de empresas de autobuses por razones de este tipo; es decir, no obstante que el Estado tiene el poder no se ha atrevido a ejercerlo hasta el momento. Hay otra disposición que dice que la cuestión de la Banca Central le corresponde exclusivamente al Estado, sin embargo hasta 1961, no obstante 11 años de vigencia de la Constitución, no se atrevió a tocar al Banco Central que era una sociedad anónima privada; y es hasta ese año, y a raíz precisamente de un movimiento de tipo militar, que se da la ley del Banco Central y toma el Estado el control de la Banca Central.

Hasta hace pocos días se atrevió el Estado a quitar el control y canalización de todo el crédito a través de una ley que crea una junta monetaria que le traslada estos poderes al Presidente de la República, no obstante que ya los tenía el Banco Central, lo cual quiere decir que las entidades privadas representadas en la directiva del Banco eran tan fuertes, que estaban obstaculizando la política monetaria del Gobierno; sin embargo la disposición está desde 1950 y hasta ahora vemos que se va a desarrollar. Tenemos por ejemplo la disposición de la propiedad privada en función social, que está desde 1950 y hasta ahora no hay ninguna disposición secundaria que nos defina qué es la propiedad privada en función social; todo está en el campo de la teoría, en el campo de las apreciaciones de los diferentes expertos o de los teóricos, pero no hay una voluntad estatal que diga: se entiende que una propiedad cumple su función social en los siguientes casos, o al revés: se entiende que no la cumple en tales y tales casos etc. Después de mucho tiempo de estar esta disposición encontramos que todavía no se cumple; tiene 23 años, es decir, tiene más de la mayoría de edad y todavía no ha podido expresarse.

Estas disposiciones constituyen lo que se llama la constitución impropia o sea que no son realmente del orden constitucional, pero tienen el mismo valor que cualquier otra disposición constitucional, como aquella que dice que los poderes son independientes pero que colaboran entre sí, tienen el mismo valor de la que se refiere al contenido legislativo.

Hemos estado hablando de que la constitución nuestra es formal, lo cual me parece que es evidente, pero quizás es necesario hacer un poco de relación de las características técnicas por las cuales decimos que es formal; se dice que una constitución es formal cuando reúne algunas características. Una de ellas es la **demostrabilidad**, que equivale a decir que la constitución debe probarse o puede ser firmemente comprobada en su contenido; lógicamente esto exige que haya un documento en el cual esté contenida la ley constitucional, pero no puede ser un documento de cualquier clase, desde luego, sino un documento que reúna las características de los documentos legislativos que tienen o contienen la ley; pero además que tengan determinados requisitos especiales. O sea que son documentos que son dados según los Estados con diferentes requisitos a los de las leyes ordinarias.

En este caso, no hay ninguna disposición en la que nos podamos basar para decir cuál es la forma de crear una Constitución en El Salvador, porque lógicamente

la Constitución es el primer acto legislativo. Prácticamente no hay una disposición que dijera cómo se iba a hacer la constitución del 50, y cómo la de 1962; sino que simplemente el desarrollo de las fuerzas políticas que las crean es lo que va haciendo la constitución. En 1948 el Presidente de la República era el General Salvador Castañeda Castro; en el último año de su gobierno, cuando estaba por concluir su período presidencial, algunos diputados y algunos políticos le aconsejaron, y él posiblemente tuvo la iniciativa, que interpretase auténticamente la constitución, porque había una disposición que daba lugar a duda para poder decir, de que se podía prolongar en el gobierno por dos períodos más. Con el presidente Arévalo de Guatemala habían estado hablando de hacer una unión entre ese país y El Salvador, entonces él dijo que era un hombre necesario históricamente para realizar y consolidar esa unión, que no se había manifestado más que en una reunión de la Catedral de Santa Ana y en el Casino Santaneco, donde habían hablado que se iban a unir. Así las cosas se elabora un proyecto de interpretación auténtica; —dijo la casualidad que yo era entonces el que redactaba las actas de la Asamblea Legislativa y por eso soy testigo inmediato del suceso— entonces convocaron a Casa Presidencial, ya que los días lunes las sesiones las hacían en la tarde porque los diputados se iban a los pueblos y, como las vías de transporte no eran tan veloces como ahora, se reunían en las tardes los días lunes. En Casa Presidencial se paró uno de los secretarios de la Asamblea y leyó el Decreto a presencia del Presidente y de la plana mayor, que eran precisamente los que el día siguiente lo habrían de sustituir; todos estaban muy serios con lo que estaba pasando. El sistema era que uno de los diputados iba a pedir que se convocara a elecciones y otro diputado se iba a oponer diciendo que no procedía la convocatoria a elecciones porque había que interpretar la Constitución. Un diputado muy hábil propuso la convocatoria a elecciones con lo cual quedaba bien con el pueblo y con el Presidente, pero ellos ya tenían su plan y dijeron quién tenía que ser; entonces el otro diputado, que vio que la cosa se le complicaba, tuvo la idea de pedir que la sesión se hiciera en el Salón Azul pero resulta que había varios militares de golpe, entre ellos el Coronel Osmín Aguirre, que se opusieron a la reforma. Se entabló un duelo tan interesante que sería del caso reproducir, algún día, los documentos de las actas en que dos abogados muy distinguidos entablaron un duelo como pocas veces se ha visto: de gran altura jurídica; lógicamente, el que llevaba la parte verdadera, el que iba contra la reforma, hacía más impacto en cuanto a que tenía mejores argumentos que el otro, aunque era mejor abogado el que abogaba por la reforma y fue tan dura la lucha que ganaron por un voto los que consiguieron que se interpretara la Constitución. Al día siguiente ni siquiera se leyó el acta porque en ese momento vino el cambio de Gobierno y lo raro es que los diputados a favor y en contra fueron detenidos, porque ninguno iba por el grupo que estaba mandando.

Entonces, este nuevo régimen abraza la Constitución y empieza a gobernar por decreto y da una serie de decretos con efectos retroactivos en el campo de la probidad; es decir que no obstante que eran leyes penales, les dieron efectos retroactivos para juzgar a los que habían malversado los bienes en el gobierno anterior. Posteriormente, y después de una serie de luchas internas, el Gobierno convoca la constituyente y nace la Constitución de 1950; en esta época eran básicamente dos partidos los que contendían: el Partido Acción Renovadora (PAR), que entonces tenía una línea netamente liberal; y el Partido Revolucionario de Unificación Democrática (PRUD) que tenía una gran fuerza ideológica, porque prácticamente todos los rebeldes de la Universidad se habían adentrado en el Gobierno; entonces tenía un staff de intelectuales bastante grande, cuyo líder principal era el Dr. Rey-



naldo Galindo Pohl; él fue, precisamente, el Presidente de la Asamblea y el que en el fondo diseñó y estructuró la Constitución de 1950.

Dicho entre líneas, las elecciones fueron bastante libres, es decir, el período eleccionario fue bastante libre, al grado que el partido opositor minoritario de Acción Renovadora, logró ganar 12 curules cuando no había representación proporcional, lograron 12 diputados, pero la verdad es que fue fraudulenta, especialmente en los últimos momentos; ocurrieron una serie de anomalías que no son muy extrañas en nuestro medio. Esta constitución, no obstante sus defectos de creación, representaba en gran medida las aspiraciones políticas de las juventudes de ese tiempo, representaba realmente el pensamiento político de la gente de avanzada del país; tal lo representaba, que no se ha logrado todavía desarrollar ese pensamiento impreso en la Constitución, es decir, que se adelantó quizás demasiado en el tiempo. Esta constitución rige por bastante tiempo y después, cuando estaba de presidente el Coronel Lemus, a mediados de 1960, empieza una serie de alteraciones de la parte dogmática de la Constitución, empieza una serie de movimientos en los cuales las garantías individuales se van cada día volviendo más escasas y empieza una pugna entre los sectores civiles y los sectores gubernamentales; fue tal el caos, que finalmente cae derrocado el Gobierno y se constituye la Junta de Gobierno.

La Junta de Gobierno emite un Decreto por el cual reconoce la vigencia de la constitución de 1950. Se ha discutido el contenido y el valor jurídico de este decreto porque, lógicamente, si estaba reconociendo la vigencia de la constitución debía de haber llamado al Vicepresidente, debía haber conservado los magistrados de la Corte Suprema y debía de haber conservado a los diputados de la Asamblea, pero como es obvio, en un momento de éstos nadie se va a oponer. Entonces, con una alteración de la parte orgánica de la Constitución, la Junta reconoce la Constitución de 1950. Faltando un día para que cumpliera los tres meses de estar en el Gobierno la Junta de Gobierno, es derrocada por el movimiento militar que se llama del Directorio Cívico Militar, que se constituye el 25 de enero de 1961; este movimiento da un Decreto bastante singular: La constitución vale en tanto y en cuanto no se oponga a los fines y a los intereses del Gobierno, a los fines del Directorio Cívico Militar; o sea que algunos no sabían en un momento dado si había o no había constitución. Llegan a tal grado que dieron otro Decreto en que le quitaron los derechos de ciudadano a los comunistas y a aquéllos que fueran tildados de tales; no sabía uno en qué momento lo iban a señalar de comunista. Ellos mismos se vieron en el caso de anular el Decreto, tal era el absurdo jurídico que contenía; pero ésa es, digamos, la forma en que este gobierno trabajaba.

Dentro de este clima de represión bastante fuerte, donde hubo una serie de exiliados, donde realmente había un Gobierno totalmente militar, se convoca a la Asamblea Constituyente constituida el 29 de diciembre de 1961, y el 8 de enero de 1962 aparece decretada la Constitución.

Otra de las características que determinan si una Constitución es Constitución formal, es lo que se llama la **sistematización**: una Constitución, cuando es formal, aspira a ser un Código cerrado, un conjunto de normas codificadas y cerradas en las cuales estén contenidas fundamentalmente todas las soluciones para la organización del Poder del Estado. En este sentido, ya lo hemos indicado, nuestra constitución es un Código: tiene primero la parte dogmática muy bien ordenada, tiene la parte orgánica y la parte sistemática; en cuanto a esta ordenación, yo he puesto un poco

al revés la cuestión; en realidad está primero la parte orgánica y después la parte dogmática y esto es importante señalarlo porque tiene algún significado. Las constituciones liberales, fundadas en el derecho liberal, suponían que el hombre tenía, antes que cualquier poder se los reconociera, derechos naturales e inherentes a su persona humana y el Estado estaba obligado a reconocer estos derechos. Por eso era que, inmediatamente que se decía que El Salvador era soberano, venía la declaración de los derechos individuales y luego la parte orgánica; pero el constituyente del 50 cambia la organización y pone primero la parte orgánica como para significar que el Estado es primero y que los derechos individuales son un reconocimiento del Estado. Niega la teoría del Derecho Natural, negación que en cierto sentido no es completa porque en el Art. 1º mismo dice que la soberanía está limitada a lo honesto, justo y conveniente y eso indica reconocimiento del Derecho Natural; el poder no es absoluto y se tienen que reconocer límites de honestidad y de justicia y conveniencia, está reconociendo que hay un orden superior al cual va a recurrir para poder valorar la constitución, hay un paradigma con el cual comparar la ley secundaria y decir: estamos fuera de lo justo, de lo honesto y de lo conveniente. De manera que no es absoluta la negación de Derecho Natural pero sí, incluso los autores del proyecto lo afirman, han abandonado la escuela del Derecho Natural y caen en lo que se llama el transpersonalismo del Estado en el cual el Estado, la sociedad, prima sobre el individuo.

La otra característica por la cual se determina si un documento de organización de un Estado es una Constitución formal es la relativa a la rigidez; todo Estado tiene una cierta forma de modificar y de crear sus leyes, y cuando se habla de rigidez se refiere a que unas constituciones tienen más escollos para ser reformadas. Dentro de este punto de vista las constituciones se dividen en tres clases: las constituciones absolutamente rígidas, las constituciones relativamente rígidas y si ustedes quieren flexibles relativamente y las constituciones flexibles. Las constituciones flexibles, como su nombre lo indica, son aquéllas que se pueden modificar lo mismo que una ley secundaria, sin mayores requisitos que los de las leyes secundarias; las relativamente flexibles o relativamente rígidas, son aquéllas que se pueden modificar, pero con mayor dificultad que las leyes ordinarias; y las absolutamente rígidas son aquéllas que se declaran a sí mismas irreformables. La Constitución Venezolana es un ejemplo de ellas, tiene un artículo, que creo que es el 11 ó el 13, en que dice que la constitución no se puede reformar; esas constituciones se llaman perennes, eternas o graníticas. Lo cierto es que, sociológica y políticamente hablando, es un absurdo pretender que una constitución no se pueda reformar, es prácticamente imposible que haya una constitución que jamás se pueda reformar.

La nuestra es una constitución relativamente rígida; porque permite, de acuerdo con su Artículo 222, su reforma. La reforma de esta Constitución, dice el Art., solamente podrá acordarse por los dos tercios de votos de los representantes electos a la Asamblea Legislativa. En la resolución que se adopte, se puntualizará el Artículo o Artículos que hayan de reformarse y se incluirá el proyecto correspondiente. La resolución y proyecto de reformas se publicarán en el Diario Oficial y volverán a tomarse en consideración en la Asamblea Legislativa siguiente. Si ésta lo ratifica se convocará una Asamblea Constituyente para que si lo tuviere a bien, decrete las reformas; o sea que hay varios pasos a seguir: lo primero es que, haciendo uso de la iniciativa de ley, se presenta un proyecto de reforma, que es aprobado por la Asamblea en funciones; una vez que se aprueba queda archivado en espera de que entre la siguiente Asamblea. Supongamos que la primera tarea de esa Asamblea fuera

conocer el proyecto de reforma, una vez lo aprobara o lo ratificara se podría convocar a una constituyente. Aquí viene el primer problema: ¿Es necesario esperar los dos años de esta Segunda Asamblea para que la tercera, en los dos años siguientes, sea Constituyente? o ¿cesa la Asamblea ordinaria para convocar a la Constituyente que la sustituya? o como tercera alternativa: ¿Se puede convocar a una Asamblea Constituyente que trabaje por separado a la par que trabaja la Asamblea Legislativa ordinaria?

Me parece a mí que la segunda tesis no es factible, es decir, no se debe cortar el período de aquellos diputados que fueron legalmente electos e interrumpirles su período de dos años; ellos tienen que terminar su período como legisladores ordinarios; de manera que no hay más que dos posibilidades: una es dejar transcurrir los dos años y convocar entonces a una Constituyente; la otra sería convocar a una Constituyente para que trabaje por separado —que es a mi juicio, lo más indicado—; un poco más caro, porque habrá de pagar a la vez dos cuerpos legislativos, pero es más funcional porque de esta manera no hay que esperar tanto tiempo para la reforma. Otro argumento para opinar así es que en el momento de votar para la constituyente y sabiendo uno cuáles son los artículos que se van a reformar, se vota por aquellos diputados que se cree van a reformar la Constitución como uno piensa y como ellos lo han prometido en sus campañas electorales; en cambio, cuando se vota para un diputado en general, difícilmente se puede saber cómo va a actuar en un momento dado. De manera que yo, personalmente, me inclino porque: cuando se presente un proyecto de ley y sea ratificado por la segunda asamblea, se convoque inmediatamente la asamblea constituyente.

¿Cuáles son los poderes que tiene la Asamblea Constituyente? No podemos hablar con base en la experiencia, porque nunca en El Salvador se ha reformado la constitución por las vías normales, sino por otro tipo de acciones, que examinaremos después. Esta Constituyente, de acuerdo con el texto, no tiene más potestad que si lo tiene a bien, decreta la reforma. Literalmente pareciera que no tiene más posibilidades que decir: “ratifico” y se reforma, o “no ratifico” y se acabó la reforma. O sea, que el que quiere interpretar la constitución en sentido literal, lo que yo llamo las interpretaciones de mente estrecha, tiene que concluir que no hay más camino que el señalado. De esta manera la constitución tiende a ser inmóvil totalmente, lo cual es contrario a su propia estabilidad, porque si ésta es la consecuencia, no me cabe duda que los golpes de Estado vienen a tener razón; porque para que el país progrese el molde es demasiado estrecho, y no quedará más solución que romperlo. Entonces, lógicamente, estamos yendo al desorden constitucional, que ocasiona problemas de tipo económico y financiero, que no es del caso examinar.

De manera que el golpe de Estado —que a nosotros nos gusta tanto pues cada 6 meses los andamos inventando junto con sus líderes y jefes, y que nos alegra porque va a haber golpe— en la realidad es dañino; cualquiera que examine la historia de todos los golpes de Estado ve que realmente han causado grave daño. Pero también sabemos que de los golpes han salido, precisamente, los avances políticos. Entonces, ¿cuál es la solución? La solución es que en lugar de que haya golpe, se reformen los preceptos constitucionales para que el país pueda progresar y se den los cambios necesarios. Yo, personalmente, me adhiero a la teoría de que la Asamblea constituyente tiene facultades para decretar la reforma como quiera, siempre que no trate de reformar puntos que no estén comprendidos en los dos decretos anteriores; o sea que es un poder limitado. ¿De dónde nace esta opinión? Nace de la

teoría de que el Poder Constituyente está en el pueblo, es él quien tiene el poder de organizarse en Estado, pero como el pueblo no puede ejercer directamente este poder, es necesario el gobierno representativo y nace lo que se llama el primer poder constituido. El Poder Constituyente originario es el pueblo, el primer Poder Constituido es la Asamblea Constituyente originaria, ésta se disuelve en el momento mismo en que termina la constitución; puede continuar el cuerpo como legislador ordinario —depende el sistema que se adopte— pero como Poder Constituyente cesa en el momento mismo en que promulga la constitución; queda otro Poder Constituyente que se llama Poder Constituyente permanente, es el poder que tiene el pueblo de reformar la constitución y que se concreta a través de otro poder constituido, que es esta tercera Asamblea —la constituyente— que se llama para decidir si reforma o no la constitución y cómo la va a reformar. De manera que este poder permanente, en el fondo, no es más que la expresión del pueblo que quiere que se cambie la constitución en un sentido o en otro.

Existen pues, estas dos teorías y cada quien es libre de adoptar la que crea más conveniente. Hay otro problema que plantear sobre esto de la reforma de la constitución: ¿Qué pasaría si la constituyente reforma más artículos que los que dijo la primera asamblea? Allí hay evidente violación de los términos de la constitución, ¿qué pasa? ¿valen o no valen las reformas? ¿están obligados o no los demás poderes públicos y los ciudadanos a cumplir esa reforma que a ojos vistas está dado contra la constitución o no? Este es un problema bastante delicado, porque cuando se trata del problema de la inconstitucionalidad, no se habla de que tenga competencia la Corte para declarar la inconstitucionalidad de una reforma de la constituyente dada en contra de los mismos términos de la constitución; entonces surge la duda de si habrá o no competencia para determinar, a través de un proceso legal, si es o no válida la reforma de la constitución o si únicamente nace el derecho de insurrección. Este quizás es el problema más grave que se puede plantear en este punto; históricamente nunca se ha dado el caso pues nunca ha habido una reforma bien hecha.

Me parece que ha quedado claro que la constitución es formal, que es relativamente rígida y que es un cuerpo sistemático y codificado; éstas son características clásicas. Hay otros términos que ya hemos examinado cuando hablamos de que una constitución puede tener un contenido valorativo o un contenido axiológico. Desde este punto de vista, una constitución puede ser socialista si trata que los medios de producción pertenezcan a una clase determinada —lógicamente será a los trabajadores o a los campesinos o ambos a la vez—; será fascista si trata de integrar en un cuerpo vertical todas las clases sociales a través de una reforma especial que se llama la corporación; o podrá ser una constitución liberal, como la de EE.UU., y la del 86 nuestra, en la cual el Estado se reduce al mínimo a fin de dejarle libre juego a todas las fuerzas económicas y sociales para que se regulen por sí mismas; o puede ser la constitución intervencionista, en la cual se admite la existencia de las clases sociales, se admite la existencia del capital y del trabajo, pero se dan normas que están regulando las relaciones de unos con otros sin llegar a caer en el fascismo ni en la reforma socialista. Nuestra Constitución, dentro de las tantas clasificaciones, se puede clasificar como una Constitución intervencionista.

Hay otra forma de clasificar las constituciones: Constituciones impuestas, Constituciones otorgadas, Constituciones pactadas y Constituciones democráticas. Las Constituciones impuestas, su mismo nombre lo indica, son aquéllas que son impues-

tas por vía autoritaria y son propias de los gobiernos autocráticos; esos decretos de los que hablamos, que dio el Directorio Cívico Militar, son un caso de Constitución impuesta; los que dio la Junta de Gobierno también son un caso de Constitución impuesta pues no le consultaban a nadie, simplemente decían lo que para ellos era la Constitución, aunque fuera o no, aceptado por el pueblo; eso no tiene que ver, lo impuesto puede ser bien o mal visto por la opinión pública, pero la forma es una vía de imposición. Las pactadas, normalmente no son constituciones, más bien son como la carta magna; son acuerdos en los cuales los grupos que detentan el poder deciden ciertas reglas sobre cómo se debe ejercerlo; a veces se dice que cuando hay un pacto entre el pueblo y el gobernante se puede hablar de constitución pactada. Ahora bien, hay otro sentido del pacto que a mi juicio es interesante destacar, porque tiene relación con nuestro tipo de Constitución: Se ha dicho, especialmente por los juristas guatemaltecos, que las constituciones como la de ellos y la nuestra, son en realidad un pacto, un pacto político entre dos fuerzas extremas. Representan el punto de equilibrio entre lo que sería una fuerza que pretende una constitución socialista y una fuerza que querría una constitución liberal; como no puede ninguno de los dos grupos dominar al otro, entonces es una especie de transacción la que se va formando en la conciencia de los que en un momento dado redactan la Constitución. Por eso dicen ellos que las constituciones, no obstante que pueden haber sido no dadas a través de un proceso democrático, vienen a ser respetadas: porque representan el punto mínimo de aceptación de todas las fuerzas en pugna; se considera a la Constitución como un pacto, un pacto político entre las diferentes fuerzas sociales.

Las constituciones democráticas son las que han sido dadas por aquéllos que han sido libremente electos por el pueblo; desde luego, esto no debe llamar a engaño, no es lo mismo una Constitución democrática dada por aquéllos que fueron libremente electos por el pueblo, que una Constitución aparentemente democrática, que es dada por aquéllos que aparentemente fueron electos por el pueblo. En esto no hay que confundirse, lamentablemente en el Derecho Constitucional —más que en ninguna otra Ciencia Jurídica— hay que tener cuidado de no caer en el espejismo de lo que es la realidad y lo que es la apariencia; entonces, para calificar si una constitución es democrática hay que remitirse a la historia, hay que examinar cuál fue el verdadero proceso electoral; sólo cuando se sabe que realmente el proceso electoral fue libre, puede decirse que la constitución originada a través de ese proceso es democrática. No basta la fórmula de haber celebrado elecciones, sino que es necesario que estas elecciones hayan sido real y verdaderamente libres. Desde este punto de vista la Constitución nuestra habrá de clasificarla —con base en los elementos históricos de que en 1950 hubo un mayor clima de libertad— como relativamente democrática; lo demuestra el hecho de que tenía 12 diputados la oposición. No podemos decir lo mismo de su versión de 1962; en ese momento el clima era manifiestamente de presión, de manera que la Constitución pudiera decirse que era inválida, pero resulta que después de todo no es más que la copia de la de 1950; parece como que se hizo una nueva Constitución, pero esto no es cierto, lo que se hizo fue copiar la Constitución de 1950, con algunos pequeños agregados. Uno de ellos se refería a que un funcionario que no hubiera podido ser electo bajo el orden constitucional como Presidente de la Asamblea, lo fuera; así fue como el doctor Córdón fue electo Presidente de la Asamblea Constituyente, lo que no hubiera podido suceder bajo el imperio de la constitución. También se buscaba otra cosa: que uno de los miembros del Directorio Cívico Militar, que estaban ejerciendo el Poder Ejecutivo, pudiera ejercerlo a través de una elección, que fuera candidato a la pre-

sidencia, lo que no podía ser bajo el régimen constitucional vigente; entonces se hizo esa reforma para permitir que el Coronel Rivera fuera electo, como efectivamente lo fue, Presidente de la República.

Estas son pues las reformas que realmente originaron la creación de la constituyente; sin embargo hay dos reformas más, destinadas a satisfacer a dos grupos de presión diferentes pero muy importantes: los sindicatos y el clero. En la constitución de 1950, cuando regulaba el derecho de sindicalización lo limitaba a los trabajadores de las empresas privadas, solamente los trabajadores de patronos privados se podían sindicalizar; como el Directorio Cívico Militar necesitaba ganar las elecciones, a como fuera posible, llegó a transar con algún sector de la parte sindical y a través de un pacto político, que yo no he visto pero que es obvio, les concedió algunas diputaciones a los trabajadores. Esta fue la primera parte de la transacción: que algunos obreros iban a llegar a los escaños legislativos; la otra parte era ampliar el derecho de sindicalización y entonces se incluyó el derecho de sindicalización de los empleados de las instituciones oficiales autónomas. De allí nace un problema que ustedes han de ver en derecho laboral: si realmente estos señores son o no trabajadores, cuál es el efecto de que se puedan sindicalizar, si pueden contratar colectivamente y si pueden ir o no a la huelga y una serie de problemas que nacen, precisamente, de este arreglo político, gracias al cual una serie de trabajadores da su voto por el partido gubernamental. La otra reforma, también con miras meramente políticas, buscaba nada menos que obtener, como lo obtuvo efectivamente, el apoyo del clero; quien siempre ha peleado en sus relaciones con el gobierno, de poder actuar libremente en la educación, de librarse de la tutela estatal. Por otra parte ha impugnado siempre el sistema de la enseñanza laica, bajo la base de que en la enseñanza laica lo que realmente se enseña es una especie de anti-iglesia, se enseña al niño algo contra la iglesia y entonces para ellos la enseñanza laica era algo que se debía abolir.

III.—CLASES DE ESTADOS

Vimos en la charla anterior lo referente a las diferentes clases de constituciones; dentro de ellas clasificamos a la nuestra como una constitución formal, relativamente rígida e intervencionista, que fue impuesta inicialmente y que finalmente ha sido aceptada por las diferentes fuerzas políticas del país. Ahora nos toca ver a qué clase de estado pertenece El Salvador. Cuando hablamos de la clase de Estado nos estamos refiriendo —y hay que tener cuidado de no confundirlo con la clase de Gobierno— a la estructura del Estado, y fundamentalmente, se refiere a un problema que podemos llamar del poder en relación con su centralización y su descentralización, o sea, cómo está estructurado el poder dentro del Estado; entonces tenemos que tocar dos temas: primero qué es el Estado para que después determinemos cuál es la forma del Estado.

El tema es más propio de la Teoría del Estado; someramente vamos a hacer un análisis de lo que es el Estado. Hay diferentes puntos de vista para enfocarlo: para unos, el Estado tiene un aspecto meramente sociológico; desde este punto de vista, el Estado es una asociación de hombres en un territorio determinado y con un poder social co-activo. Desde un punto de vista jurídico, pero sin desatender el contenido social del Estado, el Estado viene a ser una comunidad de hombres en un territorio determinado con un poder de mando originario. Desde un punto de vista metafísico, viene a haber una especie de confusión entre lo que es el Estado

y lo que es el Derecho; ésta es la tesis de Kelsen, para quien el Estado es el centro de imputación de las normas jurídicas o sea que él se desatiende del contenido sociológico y atiende únicamente al sistema de relaciones.

No nos interesa aquí demasiado, profundizar en cuál es realmente el contenido del Estado, pero sí podemos asegurar que el Estado es una comunidad de hombres que tiene una organización jurídica con un poder originario, lo cual quiere decir que no le viene de otra entidad y que pretende ser independiente; en esto es precisamente donde entramos ya en la forma del Estado. No hay que confundir Estado con Gobierno, por consiguiente no es lo mismo la forma de Gobierno que la forma de Estado. Se ha dicho que el Estado es, en el momento actual de la historia, la comunidad humana mejor organizada políticamente. Con esto, en primer lugar, afirmamos que hay otras comunidades humanas: hay una comunidad humana familiar, hay comunidades humanas regionales —como ejemplo las que nacen de los pactos económicos: el pacto andino, el mercado común centroamericano—; todas en el fondo tienen algún tipo de comunidad, pero la más perfeccionada, la más coherente, la más coactiva y la más importante, en este momento, es el Estado.

¿Cuáles son las notas que nos permiten decir que es la comunidad mejor organizada políticamente? En primer lugar, porque la división del trabajo entre los gobernantes tiene el grado más avanzado que existe en relación con las demás comunidades humanas; en segundo lugar, tiene un sistema de sanciones bien organizadas: solamente el Estado tiene un sistema policíaco, no perfecto, pero bastante bien organizado, mejor que el de cualquier otro tipo de organización humana; tiene jueces, tiene lugares donde los delincuentes cumplen su sentencia. Quizás en este sentido, solamente tenga algún paralelo con el Estado la organización de la Iglesia Católica, especialmente en la antigüedad cuando la Iglesia tuvo un sistema de sanciones perfectamente bien organizado, que funcionaba a través de la confesión de parte, a través de la ex-comunión y otra serie de preceptos del Derecho Canónico, que realmente tenían una gran vigencia. En estos días se ha visto, aquí en San Vicente, hacer un desagravio de tipo religioso contra una profanación de un templo; de manera que la Iglesia Católica, aún ahora que ha perdido bastante de su influencia anterior, tiene un sistema de sanciones bien organizado. Desde luego, no solamente el Estado la tiene: en los clubes sociales al que hace un desorden lo sancionan y lo suspenden por un tiempo; antiguamente, creo que esto ha cambiado bastante, los estudiantes que colaboraban con los partidos políticos oficiales sufrían algún tipo de sanción, incluso algunos tenían problemas para doctorarse, porque la AED o la AGEUS tenían que dar un certificado de buena conducta a las autoridades de la Universidad, y aquél que por alguna razón se había opuesto, prácticamente no se podía doctorar; de allí nació el éxodo de muchos a España, y esa rivalidad que existe entre los graduados en España y los graduados en El Salvador en parte se debe a una cuestión de sanciones de orden político. No hay ningún grupo social que tenga el sistema tan eficaz como el del Estado, posiblemente no hay poder sobre la tierra como el de él; ni los poderes económicos son capaces de resistir al Estado —aun cuando esto no es absoluto, desde luego—.

Otro aspecto muy importante es que el Estado tiene a su disposición la mayor fuerza material, de la cual depende —en última instancia— la soberanía del Estado. Citaremos un caso bien obvio: El Salvador ha declarado en su Constitución que su territorio marítimo llega a las doscientas millas marinas; sin embargo los barcos pesqueros de las grandes potencias pasan por el mar salvadoreño y pescan sin licen-

cia de ninguna clase, sin pagar impuesto de ninguna naturaleza y absolutamente nada puede hacer el ejército salvadoreño para impedir este saqueo de la riqueza marina salvadoreña. Para evitarlo se buscan regulaciones a través de negociaciones de tipo internacional para lograr que los EE.UU., Rusia y el resto de grandes potencias, lleguen a firmar acuerdos que permitan a los países pequeños defender su riqueza marina; pero desde luego, en este punto las dos grandes potencias se oponen, como es natural. El mejor negocio que puede haber para ellos, en el campo de la explotación marítima, es obtener la famosa tesis de las tres millas, con lo cual tienen derecho a explotar el resto. Ahora bien, si estas dos grandes potencias sostuvieran la tesis de las 200 millas marinas, ya fuera principio de Derecho universalmente aceptado, porque la marina, tanto soviética como norteamericana, habrían hecho que cualquier otro Estado respetara esta decisión. Vemos pues que en última instancia, la soberanía está muy condicionada al aspecto de la fuerza material con que un Estado cuenta. Esto, en el interior, también tiene que ver: cuando un Estado no tiene suficiente poder interno como para hacer cumplir sus decisiones, es posible que nazca paralelamente una especie de Estado dentro del Estado; esto ha pasado, especialmente, en aquellos países en los que ha habido una especie de penetración neocolonialista, en donde las grandes compañías tienen grandes poderes dentro de un Estado determinado y las decisiones del Estado no son susceptibles de hacerse cumplir cuando afectan a estos grandes poderes. El caso del gobierno de Honduras es típico; cuando decretó su famoso decreto de la Ley de Reforma Agraria todo iba más o menos normal, pero cuando se les ocurrió expropiar a las compañías fruteras todo el sistema de fuerza de tipo internacional se puso en marcha y el gobierno fue derrocado; posiblemente algo de esto haya pasado en el reciente gobierno derrocado en Chile.

Otro aspecto importante relacionado con el Estado es el referente a los intensos lazos de solidaridad existentes entre sus miembros, ocasionados por una serie de elementos comunes que cohesionan a los habitantes de un Estado tales como la raza, la lengua, la religión, el sentido de estar dentro de un mismo territorio, la historia común, los ideales y la idea de que se va a compartir un futuro común. Esto, aparentemente no se advierte, porque no hay quizás una forma de demostrar esta afirmación, sino a través de hechos históricos; es bien citado el ejemplo de que antes de iniciarse la primera guerra mundial, los obreros socialistas de Francia y de Alemania que habían pertenecido a las internacionales comunistas, ponían por encima de la idea de la patria o de la nación, la idea de la clase social; por consiguiente, ellos no se consideraban alemanes ni franceses, sino obreros; y puesto que concebían, como concibe todo marxista, que el Estado capitalista es un instrumento de explotación de la clase proletaria, estaban contra sus propios Estados, puesto que ellos, más que miembros de un Estado, eran sujetos de la explotación de los respectivos Estados. Sin embargo, cuando se declaró la guerra, los mismos diputados socialistas y los mismos diputados comunistas, tanto en Francia como en Alemania, votaron por los presupuestos de guerra para propiciar el armamento de los respectivos países y que fueran a la guerra. De manera que en ciertos momentos prevalece el sentido nacional, incluso sobre el sentido de clase, que es uso de los sentimientos más fuertes que existen. Otro caso similar a éste, sucedió cuando el problema nuestro con Honduras: todas las fracciones políticas se agruparon en una sola y se pusieron al servicio de El Salvador; en esos momentos se olvidaron que pertenecían a uno u otro partido y se unieron bajo el sentido nacional. Desde luego, cuando desapareció el peligro común se volvió a hacer la división y se empezó incluso a enjuiciar la actuación en la guerra, si fue correctamente llevada, si valía la pena o no,

quiénes la provocaron, etc.; pero si hubiera otro momento de peligro es seguro que todas estas fuerzas, que ahora están discutiendo, se unen en un bloque común. Los hondureños, que parecen ser muy diestros en política, conocen bien esto y por eso constantemente han tenido vivos los problemas de límites; para resolver problemas internos siempre acuden al problema externo y esto cohesionaba a la nación hondureña frente a cualquier amenaza, aparente o real, proveniente del exterior.

El Estado, así concebido, tiene una cualidad que se conoce como el poder supremo de mando, que es precisamente expresión de la soberanía; la soberanía no es un concepto permanente ni estático, sino que se ha venido desarrollando a través de la historia, y diríamos que ahora se encuentra sujeto a nuevo examen. En Grecia, por ejemplo, la soberanía era desconocida en el sentido que la entendemos nosotros, porque Platón y Aristóteles mencionan el término de soberanía pero no en el sentido que lo tomamos nosotros, sino en el sentido de autarquía, es decir que la polis, la ciudad griega, debía de abastecerse a sí misma, pero no tenían el problema de relación entre una y otra ciudad. En el imperio romano el problema era prácticamente innecesario, porque los romanos no admitían ningún Estado frente a ellos: o eran enemigos de un Estado o lo sometían; entonces, no tenía ningún sentido el hablar de relación entre Roma y los demás Estados. La doctrina de la soberanía empieza a surgir a principios de la edad media, y es que en ese momento se da una lucha entre lo que posteriormente vino a ser el Estado —los reinos— quienes se enfrentaban contra poderes diferentes: en lo externo tenían que luchar con el imperio romano-germánico, que tenía un sentido religioso porque el emperador era ungido por el Papa; entonces, viniendo del representante de Dios en la tierra, el poder de él se consideraba que lo podía ejercer sobre todos los reyes, y sobre todos los Estados del imperio; es cuando empiezan los reyes a tratar de separarse del imperio.

La otra lucha que tienen los Estados es contra la Iglesia Católica, quien tenía en esa época —y esto ha perdurado por mucho tiempo— la pretensión de tener potestad no sólo de orden espiritual sino también de orden material sobre los reyes, y desde luego sobre los Estados. Entonces, en lo externo, el Estado pelea frente al imperio y frente a la Iglesia Católica; en lo interno, el rey lucha constantemente contra los señores feudales que le disputan su autoridad y además pelea contra las corporaciones que tratan de liberarse y contra las ciudades o burgos que también tratan de lograr su autonomía.

Poco a poco los reyes van consolidando su poder y logrando separarse de la Iglesia o del Imperio hasta que lo logran desmembrar. Entonces surgen y se configuran claramente los Estados: en lo interior consolidan su poder, someten a los señores feudales y controlan totalmente la autonomía de la ciudad. Es cuando nacen los estados autoritarios, cuya consumación máxima fue con Luis XIV en Francia, con su célebre frase: "el Estado, soy yo". El teórico que trata de justificar esta autocracia del poder es el célebre Bodino, que tiene una obra muy famosa en la cual elabora la teoría de la soberanía; en esta teoría se concibe que la soberanía es un poder supremo, que en lo externo —esto todavía es una teoría vigente— equivale a la independencia y en lo interno, a la autonomía. Por encima del poder del Estado no hay ningún otro; ni externo, ni interno. Esto nos lleva, lógicamente, a la autocracia; sin embargo, el mismo Bodino admite algún tipo de limitaciones: decía que la soberanía estaba limitada por el derecho divino, por el derecho natural y por la razón natural. Más adelante, cuando aparecen las tesis de los enciclopedistas que propician la revolución francesa, van haciendo que el poder pase del gobernante al

pueblo, el poder ya no le pertenece originariamente al gobernante si no al pueblo, y a través de una especie de contratos los gobernantes reciben delegación del pueblo. Es así como se entiende y se justifica el poder de los gobernantes.

Cuando los Estados se van relacionando entre sí surge el comercio internacional —puesto que ningún estado produce todo lo que necesita y muchas veces produce algunos artículos más de los que necesita— en virtud del cual un Estado le vende a otro ciertas mercaderías y compra a su vez otro tipo de mercadería. Para que esto se pueda realizar es necesario que los hombres se desplacen de un Estado a otro; empieza una situación de interdependencia entre un Estado y los demás Estados; la soberanía ya no es tan absoluta porque se necesita tener relaciones cordiales con aquéllos con los que se está comerciando; entonces entra una serie de limitaciones que van configurando lo que viene a llamarse el Derecho Internacional. El Derecho Internacional supone, lógicamente, que hay una limitación a la soberanía —en teoría el Derecho Internacional está por encima, incluso, de las Constituciones Políticas—. Esto no siempre es admitido dentro de los Derechos internos y vamos a ver cuál es la posición de nuestra constitución. Siempre se ha discutido qué es lo primordial, si prevalece el poder nacional o si prevalece la corriente internacional; los autores dividen las teorías modernas de la soberanía en teorías nacionalistas y teorías internacionalistas. De acuerdo con las teorías nacionalistas, la soberanía es una potestad del pueblo y nunca puede estar sometida a ningún otro poder; ésta es una tesis que por mucho tiempo ha estado en vigor, —especialmente en los países pequeños, subdesarrollados y sometidos a zonas de influencia de otras grandes potencias— es la tesis que prevalece en el alma y el espíritu de los gobernantes y del pueblo, aunque no en los hechos. El nacionalismo que constantemente se invoca en la política de los pueblos de este tipo, no tendría ningún sentido en Estados Unidos, donde los candidatos no elaboran una campaña política en base al nacionalismo, no necesitan recurrir a eso; pero sí tiene sentido, y se puede ver en todos los documentos de la campaña pasada y las anteriores, que nuestros partidos políticos invoquen constantemente el nacionalismo como uno de los puntos básicos de sus campañas.

La Unión Soviética y los teóricos soviéticos, conscientes de esta situación, en sus textos normalmente abogan por la teoría de la soberanía entendida en este concepto, porque esto les permite mantener una especie de resistencia psicológica dentro de los países subdesarrollados en contra de las grandes potencias que los han estado oprimiendo o explotando, o aprovechándose del estado de subdesarrollo de los países pequeños. Por el contrario, las grandes potencias de tipo occidental son partidarias de propiciar las teorías del internacionalismo, porque a través del control de los grandes organismos pueden ellas controlar, sin tener que usar la fuerza, los mecanismos comerciales de los diferentes Estados. Es así como siempre se les ve presentes en todos estos movimientos de integración y de convenios bilaterales o de federaciones de tipo internacional; siempre está la disputa cuando llegan las dos potencias de las dos órbitas, hay siempre una disputa de poder dentro de los organismos y si está dominado por un solo poder, por ejemplo la OEA, se mira claro el predominio de la potencia dominante dentro de la organización.

¿Cuál es la situación que estas teorías tienen dentro de la Constitución Política nuestra? Cuando redactaron el anteproyecto de Constitución, los autores le agregaron al Artículo 1º una frase que decía: "los principios del Derecho Internacional que garantizan la dignidad humana y la igualdad jurídica de los Estados"; o sea, que en el pensamiento de los constituyentes había conciencia que el Derecho Inter-

nacional privaba sobre el Derecho Constitucional; ahora bien, no consta en las actas las razones por las que fue suprimida esta disposición. De manera que se suprimió el sometimiento de la soberanía a los principios del Derecho Internacional; pero de esto no podemos concluir de que el Estado Salvadoreño desconoce totalmente el Derecho Internacional; en primer lugar, porque hay una serie de artículos que nos demuestran lo contrario: el Artículo 9, por ejemplo, nos habla claramente, hace referencia al Derecho Intenacional, cuando dice que ninguno de los poderes constituidos podrá celebrar o aprobar tratados o convenciones en que de alguna manera se alteran las formas de gobierno establecidas o se menoscaba la integridad del territorio o de la soberanía del Estado. Fijémonos bien que aquí hay dos conceptos: por una parte se admite la existencia del Derecho Internacional y se admite también que el Estado se puede sujetar a reglas y a pactos de Derecho Internacional; pero por otra parte se condiciona que estos pactos estén limitados por algunos principios de orden natural, como es la integridad del territorio y la soberanía del Estado. Un pacto que fuera contra estos dos principios sería viciado de inconstitucionalidad.

En el Artículo 47 hay otras disposiciones que nos confirman más o menos la tesis; la fracción 29 dice: "Corresponde a la Asamblea Legislativa: ratificar los tratados o pactos que celebre el Ejecutivo con otros Estados, o denegar su ratificación. En ningún caso podrá ratificar los tratados o convenciones en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales. Para la ratificación de todo tratado o pacto, por el cual se someta a arbitraje cualquier cuestión relacionada con los límites de la República, será necesario el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los diputados electos". Se confirma la tesis de que para el Estado salvadoreño el Tratado no prevalece sobre la Constitución, que el Derecho Internacional está condicionado a la ratificación del Derecho Constitucional Salvadoreño. Pero el Tratado sí prevalece sobre la ley ordinaria, porque las formas de derogación y de modificación de la ley ordinaria no se aplican al tratado que tiene sus formas propias de Derecho Internacional, que normalmente son la renegociación y la denuncia; de manera que en una ley no se puede legítimamente alterar lo que se ha pactado, siempre que este pacto no haya contrariado los términos de la Constitución.

Vamos viendo cuál es la posición del Estado Salvadoreño, pero no hemos configurado todavía su estructura, para esto necesitamos referirnos a otro fenómeno: el federalismo. El federalismo tiene que ver mucho con la centralización y la descentralización del poder, hay federalismo en lo interno y hay federalismo internacional; el federalismo interno tiene tres manifestaciones: una es la autonomía comunal, la otra es el Estado federal y la tercera, la organización corporativa.

¿En qué consiste la autonomía comunal? Como su nombre lo indica: es posible que las comunidades, vale decir los municipios, tengan un grado tal de autonomía que prácticamente se legislen a sí mismos y sólo estén sujetos a los grandes marcos de la legislación general del Estado. Dentro de nuestra constitución la autonomía comunal está garantizada o sea que, en teoría, nosotros tenemos una especie de federalismo interno en el sentido de que las comunidades tienen autonomía, que los municipios son autónomos. Esto no está bien configurado, pues al examinar la legislación ordinaria observamos que la autonomía municipal está seriamente limitada. En los municipios controlados por el mismo partido de gobierno la fricción no se presenta; se ha presentado allí donde las municipalidades están controladas por los partidos de oposición con los cuales se ha logrado, muchas veces, hacer efectiva la autonomía municipal. En la Ley del Ramo Municipal hay una serie de

disposiciones en virtud de las cuales el Gobernador Político puede modificar algunos actos de las municipalidades —esto, desde luego, es inconstitucional—; la municipalidad capitalina, sin embargo, ha pasado por encima de esta disposición y el Ministerio del Interior ha respetado siempre la decisión de la Alcaldía Municipal. De manera que la autonomía municipal depende de la forma en que los propios municipios encaren el problema, es decir, del deseo que ellos tengan realmente de ser una comunidad autónoma. El problema no se agota allí, hay un problema de orden fiscal o de orden financiero: el sistema de impuestos que tienen las Alcaldías es insuficiente para poder llenar todos los fines que tiene una comunidad, hay municipios en que prácticamente el sueldo del Alcalde no existe; lo que existe más bien es una rivalidad entre familias enemigas, que con el objeto de obtener un tanto de poder una sobre otra van a elecciones. Una familia es de un partido y la otra es del partido contrario, pero no hay nada en el fondo; son municipios un poco etéreos que no tienen consistencia propia. La autonomía municipal sin un adecuado sistema de financiamiento, decae totalmente: ésta es la realidad salvadoreña.

La razón porque los municipios aquí no se pueden desarrollar es porque no tienen algo que es básico para ser autónomo: el autofinanciamiento. Por eso es que la autonomía de la Universidad nunca ha sido plena, ni podrá ser plena mientras no se idee ella misma un sistema propio de autofinanciamiento. Con esto entramos en el tema del federalismo corporativo.

La Universidad es una corporación al igual que otras corporaciones que se establecen por razón de las profesiones, en las cuales se le da poder a un tipo de persona que ejerce una función o profesión determinada, en este caso son los dedicados a la docencia universitaria. En otros países el sistema corporativo es mucho más amplio y hay corporaciones sumamente fuertes cuya fuerza depende —al igual que la de los municipios— de la posibilidad que tengan de auto-financiarse para poder contrarrestar el poder central del Estado. Es, además, el sistema corporativo, un sistema para evitar la lucha de clases, para crear un sistema integrado por todas las fuerzas sociales; entonces han surgido sistemas corporativos en los cuales las diferentes profesiones y las diferentes llamadas fuerzas vivas de la nación se organizan cada una entre sí, y después se busca un sistema correlativo que ordene todas las fuerzas sociales: éste es el sistema fascista, el sistema falangista y el sistema nazi-alemán ya desaparecido.

Algunos han creído ver dentro de este sistema, alguna forma de solucionar los problemas de los Estados modernos sin caer en los extremos en que han caído estos Estados, y han tratado de organizar el sistema republicano tradicional como el sistema corporativo; entonces piensan que es necesario organizar una asamblea de tipo corporativo en donde se resuelven los problemas económicos fundamentales: así por ejemplo, si se va a estudiar la ley del salario mínimo se supone que estarán presentes todas las fuerzas interesadas para discutir sobre cuál es la ley más conveniente; cuando se trata de una cuestión política puramente, entonces se va a una Asamblea de tipo tradicional como la que tenemos nosotros; pero las cuestiones de orden técnico que tratan de solucionar los problemas económicos, consideran los partidarios de estas teorías que no deben de ir a asambleas corrientes porque aquí no están realmente representadas las diferentes fuerzas económicas del país, sino que los diputados se eligen con otro criterio.

Finalmente, en el federalismo interno el más importante caso es el del Estado federal, en donde se encuentra un fenómeno de dualidad de poder: lo que podría llamarse la **soberanía externa** se encuentra confiada a los organismos generales o sea a los organismos federales del Gobierno federal, y lo que se podría llamar la **soberanía interna** está confiada a los gobiernos locales o a los gobiernos de los Estados federados. Pero en total éstos son uno solo, no se trata de Estados diferentes; hay toda una gama de relaciones de poder dentro de los Estados locales y los Estados federales. Normalmente, en las constituciones se toma alguna de estas dos reglas: o se dice claramente cuáles son las potestades de la autoridad federal y el resto —lo no previsto— se le confía a las autoridades locales; o, por el contrario, se enumeran cuáles son las potestades de las autoridades locales y el resto se considera que es potestad del gobierno federal. Desde luego, las autoridades locales están sometidas a las autoridades federales siempre y cuando sea potestad de la autoridad federal la cuestión de que se trate; si no es de competencia del Estado federal, el Estado local puede perfectamente negarse a acatar la disposición de orden federal. El conflicto entre los Estados locales y el gobierno federal lo resuelve, lógicamente, el Supremo Tribunal de Justicia del Estado federal o Corte Federal de Justicia.

Esto del federalismo, aparentemente, no tiene importancia para El Salvador; lo cierto es que sí la tiene. En primer lugar porque como El Salvador ha sido parte de 4 federaciones, es posible que en el futuro participe en alguna otra; de manera que los Abogados, especialmente aquéllos a quienes les tocará participar en puestos importantes dentro de pocos años, deben prepararse en las cuestiones del federalismo, que eventualmente es una de las formas de solución para la reunificación de los pueblos centroamericanos. Es más, hay una disposición constitucional, el Artículo 10, que permite que El Salvador llegue a formar parte de una federación a través de un simple pacto que celebre con otro Estado, sin necesidad de celebrar asamblea constituyente; la asamblea legislativa actual puede ratificar un pacto de federación.

En lo que se refiere al federalismo internacional, existe lo que se llaman las confederaciones, que no forman un Estado nuevo sino que son una federación de Estados que toman acuerdos comunes para diferentes fines. Algunos consideran que las confederaciones son cosas del pasado, pero ésta es una apreciación un poco ligera: la Organización Atlántica del Norte, que es una organización de tipo militar, en el fondo constituye una confederación; el bloque soviético, más bien como una réplica a la OTAN, tiene a su vez otra organización de tipo militar en el mismo sentido; en Centroamérica existe la CONDECA, que es una confederación de tipo militar para una defensa unificada de la región; la OEA es una especie de confederación que tiene aspectos militares, de colaboración técnica, de orden económico y de orden político; se considera también que las Naciones Unidas es un tipo de confederación. De manera que las confederaciones, si bien no en el mismo sentido que en el pasado, todavía subsisten; son una etapa intermedia, o formas nuevas, que se espera que surjan en el mundo del Derecho Internacional, de las Relaciones Internacionales.

Está también, lo que se llama el supranacionalismo, que es una especie, para algunos autores, de federalismo parcial. ¿En qué consiste esto de la supranacionalidad? Hay dos conceptos de supranacionalidad que no hay que confundir, para algunos la supranacionalidad es la reunión de diferentes naciones, en el concepto clásico de la palabra nación (o comunidad de origen, de lengua, de raza, de reli-

gión, de pasado y de destino común); en este sentido la nación será, por ejemplo, la nación centroamericana, aun cuando es una cuestión discutible. Pero digamos que México es una nación, que Venezuela es otra, y todas las naciones de habla hispana descendientes de los españoles y portugueses configuran una supranacionalidad que es la supranacionalidad Hispano-Luso-Americana; en este sentido se considera que hay una supranacionalidad. Desde otro punto de vista, la supranacionalidad consiste en que diversos Estados, para resolver determinados problemas —especialmente de orden económico— forman uniones, en las cuales se constituyen organismos que tienen capacidad para obligar a los gobiernos de los Estados, aun cuando el Estado esté en contra de la decisión del gobierno supranacional. O sea: allí donde el organismo colectivo, llamémosle así, tiene la potestad de resolver por mayoría de votos y no necesariamente por unanimidad, hay supranacionalidad. En este sentido hay supranacionalismo en la ONU, hay supranacionalismo en la OEA, hay supranacionalismo —especialmente de orden económico— en los mercados comunes, en las uniones económicas. En las uniones aduaneras suele haber elementos de supranacionalidad.

Algunos consideran como federaciones globales a grandes organizaciones, tales como la OEA y la ONU; realmente me parece que es una expresión un tanto audaz, por cuanto no se advierte claramente el traslado de la soberanía externa, de parte de los Estados, a esos organismos. El estado de desarrollo del Derecho Internacional no permite llamar federaciones a esas organizaciones, más bien son casos de confederaciones en el sentido que se forman organismos comunes, asambleas, para tomar resoluciones sobre problemas también comunes.

Ya con este marco podemos clasificar a El Salvador como un Estado unitario y soberano, que está dentro del sistema supranacional, que forma parte de confederaciones y que a la vez tiene las posibilidades jurídicas para formar parte de estados federales o federaciones de tipo centroamericano. Todo indica que hay un movimiento creciente de compenetración de las diferentes áreas del mundo, que en el fondo no es sino un fenómeno general de unión de todo el mundo; porque cuando se habla, por ejemplo, que el mundo está dividido entre el área soviética y el área occidental, la verdad es que lo que está sucediendo es que hay un tipo mayor de unión, porque antes habían diferentes bloques y ahora los bloques se van reduciendo y se van haciendo cada vez mayores. Todo permite vislumbrar que a largo plazo habrá un estado de comunidad mayor en el orden internacional; aunque aparentemente los movimientos de integración sufren algún tipo de problemas, lo cierto es que constantemente van avanzando, ahora prácticamente se mira que se vuelven necesarios para el desarrollo mismo de todos los Estados que forman las integraciones, y especialmente para consolidar la soberanía. Para que El Salvador pueda negociar algún día en un plan de igualdad con los EE.UU. de Norte América, necesita formar parte de un área mucho mayor, consolidarse e integrarse con otros Estados; pienso que cuando existan los Estados Unidos de Latino América, la relación de poder en América va a ser diferente, ya no se va a ver el gigante del norte porque posiblemente sea mayor el gigante del sur, en el cual espero que esté integrada Centroamérica. Las relaciones de poder van a cambiar y entonces las pretensiones de darse el gobierno a sí mismo, que es una de las conclusiones a que la soberanía nos lleva, van a ser realmente efectivas; porque, repito, en última instancia la soberanía reside en la capacidad de fuerza que tenga un Estado determinado. Si en El Salvador, en este momento, hubiese una revolución y se instituyese un gobierno comunista, dudo que durara más de 24 horas; estoy se-

guro que en menos de ese tiempo sería desmantelado completamente y sustituido por otro tipo de gobierno, y me remito para ejemplo, a la República Dominicana en donde se dio claramente el caso. De manera que esto de la soberanía, al decir que El Salvador es un Estado soberano, debe entenderse en sentido limitado; soberano a la par de Honduras, de Guatemala, de Panamá, de Venezuela, de Colombia, pero dudó que podamos decir que somos realmente soberanos frente a los EE.UU. de Norte América, dentro de cuya zona de influencia estamos. Lo que se dice de El Salvador puede decirse de países como Checoslovaquia, dentro del área soviética, en relación con Rusia; son fenómenos que se dan tanto en una parte del orbe como en la otra parte del mundo.

IV.—ELEMENTOS DEL ESTADO

1.—EL GOBIERNO

En este capítulo trataremos de determinar cuál es la clase de gobierno del Estado salvadoreño. Diremos, en principio, que no es lo mismo gobierno que Estado. Estado es la comunidad en conjunto, en la cual se incluyen elementos diferentes tales como el territorio, el pueblo, algunos le agregan la organización jurídica, y otros consideran también como tales a los fines. Pues bien, dentro de estos mismos elementos encontramos también incluido el gobierno. Pero, ¿qué es realmente el gobierno? Podemos considerarlo, desde cierto punto de vista, como una función: la **función de administrar un Estado**. Pero hay, sin embargo, otro concepto que se refiere al conjunto de los titulares del poder público, pero como el titular del poder, el pueblo, no puede ejercerlo realmente, necesita trasladarlo a sus representantes que son los gobernantes; el conjunto de los gobernantes y la forma en que están estructurados determinan la forma de gobierno. Por eso decía, cuando definía el Estado, que no es más que una relación entre gobernantes y gobernados y que fuera de eso no hay nada.

¿Cuál es la forma de gobierno de El Salvador? Para determinar la forma de gobierno de El Salvador necesitamos utilizar algunos tipos de formas reconocidas por los autores, pero la verdad es que prácticamente casi todo autor da una clasificación diferente; lo mejor es usar las clasificaciones clásicas y tradicionales: de un lado está la monarquía y de otro, la república. ¿En qué consiste básicamente la monarquía? Consiste fundamentalmente en que el organismo supremo del Estado reside en una sola persona o en un grupo determinado de personas, que no están sometidos al control de ningún otro órgano Estatal esto en un sentido bien estricto de la monarquía, que difícilmente se va a encontrar en la vida real, ya que siempre hay algún tipo de sometimiento que tiene que soportar el monarca, sea de tipo religioso, de nobleza, del ejército e incluso de tipo popular; el caso inglés es manifiesto. ¿Qué es la república? La república es un gobierno en el cual hay diferentes clases de organismos que ejercen el poder estatal en plano de igualdad, o sea que no hay una concentración de poder en un solo organismo, sino que hay diferentes organismos; lógicamente aquí es donde nace, en cierto sentido, la teoría de la separación de los poderes, que suele acompañar a todo tipo de república. Ahora bien, estas repúblicas se subdividen a su vez en otros tipos: república aristocrática o república democrática. ¿Cuándo es aristocrática?, cuando para ejercer el poder, para ser titular de los organismos del Estado, es necesario tener algún tipo de requisito que no puede reunir todo habitante o todo ciudadano del Estado; normalmente estos requisitos pueden

referirse a la fortuna y sobre todo a la nobleza, o sea poseer un título de nobleza que puede ser debido a diferentes factores; normalmente la nobleza ha sido una institución que ha premiado a los hombres mejores en una sociedad determinada; así, inicialmente, la nobleza es en cierto sentido sana, pero lógicamente no es lo mismo el guerrero que combatió y se hizo barón por sus méritos, que el hijo del barón que normalmente ya no le toca combatir y simplemente ha heredado el título; entonces la nobleza a través del tiempo se desgasta y termina por sucumbir. La república democrática es aquella en la cual, cuando se escoge un gobernante, en cualquier escala que sea y en cualquiera de sus organismos, no se toma en cuenta este tipo de exigencias; esto no significa que no haya requisitos para participar en el gobierno de la república democrática. Es claro que no se pondrá al frente del gobierno a personas que no tienen la capacidad o que no tienen competencia para desarrollar las labores gubernamentales, se admite que hay algún tipo de restricción, en virtud de los cuales por ejemplo, los que no saben leer y escribir, los que no tienen algún grado de cultura, algún tipo de honorabilidad, no pueden ejercer las funciones públicas; esto es discutible, porque nadie nos asegura que todos los que pueden leer y escribir en El Salvador, realmente cuando estén legislando van a legislar a favor de todos los que no saben leer y escribir, que son la mayoría; de manera que siempre se ha discutido un poco si no se debiera permitir a todo tipo de persona el acceso al poder.

Dentro de este marco nos resulta fácil decidir cuál es el tipo de gobierno de El Salvador: es, por una parte, un gobierno republicano y por otra, un gobierno democrático; al decir que es republicano estamos eliminando la posibilidad de que sea una monarquía, y al decir que es democrático eliminamos la posibilidad de establecer títulos aristocráticos dentro del Estado Salvadoreño.

Todavía nos queda por definir otro tema: ¿Cómo se va a ejercer este gobierno democrático? ¿directamente o a través de representantes? Hay diferentes fórmulas para resolver el problema, desde luego; la democracia directa, como tal, no existe sino parcialmente en algunos pocos lugares del mundo, como por ejemplo en algunos cantones suizos; en la antigüedad, existió en Grecia la Asamblea directa, pero en los demás puede decirse que el gobierno directo, en su pureza, no existe ni ha existido jamás, porque lo único que se ha ejercido directamente es la legislación y en algunos casos la administración de justicia; pero la administración pública es imposible que se pueda ejercer de una manera directa por el pueblo. Se ha recurrido entonces a dos sistemas diferentes: un sistema es el de la representación, en el cual se traslada todo el poder a los representantes del pueblo, a los gobernantes. El otro sistema es de representación con algunas formas atenuadas de gobierno directo, a través de las cuales, de alguna manera, el pueblo se puede manifestar directamente para incidir en la formación de la voluntad estatal; estas fórmulas normalmente son: el plebiscito, en virtud del cual se pueden consultar algunas decisiones del gobierno, especialmente las leyes, sobre todo las constituciones y sus reformas; el referendium, que en algún sentido se parece al plebiscito pero que no se deben confundir, pues aquél se refiere más que todo a los actos legislativos y puede ser consultivo, que es previo o puede ser posterior para decidir si se ratifica o no una decisión legislativa determinada.

Existen además, algunos tipos de gobierno indirecto, como en los Estados Unidos la llamada revocación, en virtud de la cual los que eligieron a un diputado tienen la facultad de revocarle el mandato, en el momento en que el representante

no actúe de acuerdo a los planteamientos iniciales por los cuales le dieron el voto; los votantes, en un determinado número, pueden reunirse y votar, revocar el poder y nombrar un sustituto.

Estas son en general las formas de gobierno indirecto que subsisten en la actualidad. Con este marco podemos decir que el gobierno salvadoreño destruye toda posibilidad de las formas de gobierno directo, ya que es por esencia un gobierno representativo. Esto algunos lo consideran inconveniente, porque hay algún tipo de decisiones que quizás valdría la pena consultarlas antes de adoptarlas en forma definitiva. Voy a ponerles un caso: la reforma agraria, algunos dicen es inconveniente y otros decimos que es conveniente, ante la duda y ante la posibilidad de violar o no la Constitución Política, quizás cabría la consulta al pueblo y que fuera él quien decidiera sobre la reforma agraria. En el caso, por ejemplo, que El Salvador decidiera un arbitraje para resolver el problema de límites con Honduras, ¿hasta dónde podría el gobierno, sin consultar al pueblo, tomar una decisión de este tipo? Creo que no la podría hacer; si tuviere las vías constitucionales francas entonces funcionaría eficazmente un tipo de consulta al pueblo, pero lo cierto es que nuestra constitución no contiene esta fórmula, y no la contiene por una razón histórica: el plebiscito se usó precisamente para reformar, para prolongar el período constitucional del presidente Hernández Martínez; a través de una fórmula de consulta popular obtuvo un número totalmente abrumador de votos que sostuvieron que había que prorrogar el período presidencial inicial del presidente Martínez y fue por esta vía que logró la reelección. Como los constituyentes del 50 habían sido adversarios del régimen del General Martínez, estaban imbuidos por esta circunstancia histórica que ellos habían presenciado, unos siendo estudiantes y otros ya profesionales, y entonces quisieron cerrar la posibilidad de que, a través de una serie de mecanismos de consultas populares, se pudiera llegar a establecer la reelección presidencial. Al examinar las disposiciones de la constitución encontramos que tienen un sentido bien claro para evitar la reelección presidencial, incluso dicen que el ejército está obligado a la insurrección en el caso de que el presidente se quisiera reelegir, y una de las razones por las cuales se suprimieron las formas de gobierno directo fue precisamente para evitar este tipo de actitudes que fueron calificadas como maniobras. La verdad es que yo no soy testigo de estos hechos y no puedo decir si en realidad fueron libremente emitidos estos votos o fueron obtenidos fraudulentamente.

2.—EL TERRITORIO

Uno de los elementos del Estado que está clasificado entre los elementos materiales, juntamente con la población, es el territorio. Vamos a tratar de estudiarlo no desde el punto de vista de la Teoría del Estado, sino desde el punto de vista del Derecho Constitucional. El territorio, en términos generales, se describe o se podría describir, como el ámbito espacial dentro del cual un Estado ejerce su poder, se hace referencia a una zona determinada de la esfera terrestre. Es famosa la descripción del territorio que lo concibe como una especie de cono de forma irregular cuyo vértice estaría en el centro de la tierra, y que se proyectaría indefinidamente hasta las capas más allá de la atmósfera de la tierra; esto, como vamos a ver más adelante, es un tanto relativo, pero es cierto que tiene la forma de una especie de cono cuyo vértice está en el centro de la tierra.

¿Cuál es la relación entre el Estado y el territorio? Una teoría bastante anterior supone que el territorio es una especie de patrimonio del Estado. Primeramente era un patrimonio del señor, del soberano, entendido éste como la persona que tenía la autoridad más alta dentro del Estado; posteriormente se concibe, al reclamar el pueblo la titularidad de la soberanía y obtenerla o arrebátársela al monarca, que el Estado se vuelve dueño o propietario del territorio, en el sentido civilista de la palabra. Esta teoría tiene algunas manifestaciones actuales cuando se habla, por ejemplo, que el Estado es el propietario eminente del territorio —en virtud de este dominio es que funciona la institución de la expropiación—. Cuando los intereses del Estado vuelven necesario que se ponga en juego el dominio que tiene latente por encima de los dominios privados, rompe la capa de éstos, y, a través del sistema de la expropiación, adquiere contra la voluntad, incluso, de los particulares, aquellas propiedades que necesita para cumplir sus fines. Esta teoría no parece ser muy real, en el sentido de que el Estado sea el propietario del territorio, más bien lo que parece haber es una relación sobre los hombres que lo habitan. Lo que el Estado tiene en relación al territorio no es un dominio, no es un derecho de propiedad, sino que es un imperium, una potestad de mando sobre los hombres que están dentro del territorio; no importa que sean nacionales o extranjeros: por el simple hecho de estar dentro del territorio, las personas están sujetas al dominio o potestad del Estado y, por consiguiente, a sus regulaciones legales. En Filosofía del Derecho se discute si puede haber o no, relación jurídica entre las personas y las cosas; cualquiera que sea la teoría que querramos tomar, lo cierto es que la relación que haya entre las personas y las cosas, también queda sujeta a ese imperium, a esa potestad estatal.

Esto no es una simple teoría sino que se comprueba —en el caso de El Salvador e incluso de los Estados socialistas— con las regulaciones legales internas de los diferentes Estados; desde el momento en que se admite la propiedad privada sobre alguna parcela del territorio, se está admitiendo que hay otro tipo de propiedad que no es precisamente la estatal sino la de dominio privado, y que el Estado no tiene ese tipo de relación respecto del territorio; es más, la institución de la propiedad privada está consagrada dentro de nuestro sistema constitucional. Hay también una serie de disposiciones en el capítulo de la Hacienda Pública, que nos señalan que hay bienes que son propiedad del Estado: los bienes inmuebles; consiguientemente está diciendo que la relación del Estado con la tierra o sea con los inmuebles puede ser de propiedad privada, y entonces ese dominio es simplemente de imperium.

Hay, sin embargo, una excepción muy importante a este principio: el subsuelo, de acuerdo con una disposición de la Constitución, pertenece al Estado; esta disposición aparece novedosa dentro de la Constitución de 1950, pero se había dado ya por primera vez en el Código de Minería, que si no me equivoco es de 1923, en el cual se dijo que el subsuelo pertenecía al Estado y que el Estado podía otorgar concesiones para su explotación; como la constitución era liberal, siempre se discutió cuál era el valor jurídico de esa disposición, frente a la definición de la propiedad que la Constitución tenía consagrada como un dominio absoluto. En el Código Civil las capas inferiores de la superficie pertenecen al propietario, de manera que el Código de Minería venía a contrariar el concepto de propiedad en sentido romanista, que extendía las capas inferiores hasta el centro de la tierra y hacia el exterior sobre el aire; por consiguiente, en 1950, lo que se ha hecho más bien es convalidar la disposición del Código de Minería que ya estaba vigente y cuya cons-

titucionalidad era discutible. A partir de 1950 toda discusión cesa, desde luego que la Constitución tiene situación jerárquica.

Ahora, es necesario determinar qué es esto del subsuelo y qué es esto del suelo, ya que es importante para saber qué es propiedad del particular y qué es propiedad del Estado. Por ejemplo podría preguntarse si el sótano del Banco Salvadoreño es de la sociedad llamada Banco Salvadoreño, S. A. o es propiedad del Estado, porque entonces el Estado puede disponer perfectamente de todo. Una definición así, meramente geográfica, ideológica de lo que es suelo y subsuelo, difícilmente la podríamos llegar a elaborar. No podríamos decir que la simple superficie es el suelo, porque la superficie —por razón de la erosión, tanto del viento como del tráfico de personas y de animales o de vehículos— cambia constantemente y las capas superficiales desaparecen, entonces resultaría que hace tiempo ha desaparecido la superficie y ya no habría suelo, sólo subsuelo; por esta manera de razonar tampoco llegamos a una solución. Luego ¿qué es realmente el suelo? Se le ha buscado un contenido o un concepto finalista, se ha llegado a una especie de acuerdo en la doctrina de que el suelo se refiere a la superficie, a las capas utilizables por las urbanizaciones y por la agricultura, de manera que ahí hasta donde sea utilizable por la agricultura y las urbanizaciones, ahí termina el suelo; en adelante o, mejor dicho, para abajo, empieza el subsuelo.

Lógicamente, el subsuelo tiene un contenido económico: el Estado ha nacionalizado el subsuelo para tener la propiedad de todas aquellas materias inorgánicas que estén dentro del subsuelo. Antiguamente se dividían las aguas en públicas y privadas: aquellas reglas del Código Civil de los lagos que son navegables por ciertas naves y aquéllos que no lo son, de los ríos que nacen y mueren en una misma heredad y de los ríos que van al mar y que pasan por diferentes heredades, según eso se determina quién es el propietario de las aguas y si son públicas o son privadas. De acuerdo con la regla de la nacionalización del subsuelo, toda el agua subterránea que está contenida bajo los mantos acuíferos pertenece al Estado. Aquí se llega a una serie de consecuencias bastante importantes: el agua que ustedes toman, que posiblemente sea de esa que una compañía privada perfecciona y purifica, resulta que tiene un elemento que es propiedad estatal; los penalistas nos podrían definir si hay alguna figura penal que se ha tipificado, o si simplemente se trata de algún bien que se ha usado indebidamente y que se debería pagar en alguna forma; sería interesante saber si las tarifas de la Administración de Acueductos y Alcantarillados se aplican a la obtención de este tipo de agua. Esto es sumamente importante en materia agrícola por la cuestión de los pozos, que es agua del Estado; el propietario está usando un bien que es público y, lógicamente, habría que buscar la regulación para determinar si debe o no, pagar el uso del agua; tal vez el sistema sería establecer, como ya lo establece la Ley de Riego y Avenamiento, las concesiones, pero no sólo para cuestiones agrícolas, sino para fines industriales o de consumo humano, y desde luego las tarifas tendrían que variar.

Varias compañías extranjeras han presentado solicitudes en el Ministerio de Economía con el fin de obtener autorización para investigar la existencia de petróleo en El Salvador; desde luego, ésta es una fuente, una riqueza muy importante en estos momentos en que los países del Medio Oriente se han percatado de la riqueza que tienen entre manos, razón por la cual la han vuelto bastante cara y llevan un control muy estricto a las grandes potencias, cuyo desarrollo no se puede obtener sin el uso de la energía derivada del petróleo. Los países pequeños han

puesto una serie de condiciones de tipo económico para poder dar estas concesiones, de manera que El Salvador tiene, eventualmente, un filón de riqueza con la explotación del subsuelo en el campo petrolero.

Es muy importante la disposición de la nacionalización del subsuelo y en el fondo tiene un contenido eminentemente político; sabemos que los problemas que han tenido algunos gobernantes son el haber nacionalizado las minas que estaban explotando las compañías extranjeras; en El Salvador ese problema no se puede dar, porque las minas son propiedad del Estado en virtud del Art. 137 de la Constitución política. En lo que se refiere a la superficie, evidentemente el Estado no puede adquirir los bienes, sino a través de los sistemas normales de adquisición de Derecho Privado o del Derecho Administrativo, que son los sistemas de transferencia; esto implica que el Estado, cuando adquiere un bien inmueble, debe pagarlo, ya sea a título de indemnización o a título de precio si es que celebra una compra-venta voluntaria; cualquier sistema de transferencia de la tenencia de la tierra que se intentara en El Salvador siempre genera un pago.

Se ha discutido hasta dónde llega el espacio aéreo. Antiguamente se consideraba que se perdían las líneas hasta el infinito; esto no pasa de ser una teoría, Kelsen por ejemplo, elaboró una tesis basada en el principio de efectividad; consideraba que hasta donde es efectivo el uso del Estado, hasta allí debe llegar el espacio aéreo. A mi juicio, esta tesis está elaborada en beneficio de las grandes potencias, porque son éstas, precisamente, las que pueden desarrollar una actividad muy grande comparada con la efectividad de los países pequeños, y se rompería un principio de las comunidades internacionales, el principio de la igualdad jurídica de los Estados; no se puede admitir jurídicamente una tesis que le dé más efectividad a un Estado que a otro, debe haber un límite común; en este sentido hay una serie de pactos internacionales que tratan de delimitar el espacio aéreo, pero en términos generales, puede decirse que en relación al espacio aéreo existen casi los mismos principios que rigen la libertad de navegación en el espacio marítimo.

En cuanto al mar, es una vieja disputa entre las potencias. Antiguamente era Holanda la potencia que sostenía libertad de los mares; Kelsen, que era un Abogado vienés, sostiene la tesis contraria y dice que no hay libertad de los mares, se arma entonces una polémica que se zanja cuando Inglaterra se desarrolla social y económicamente y le conviene sostener la misma tesis de los holandeses.

Posteriormente empieza a fundarse la tesis de la defensa presunta del Estado, y se llega a pensar que el mar territorial se extiende hasta tres millas marinas contadas a partir de la línea de más baja marea; estas tres millas era la distancia, se decía, que una bala de cañón alcanzaba. Esta tesis ha prevalecido, y aún en estos tiempos muchos Estados la sostienen. Posteriormente algunos Estados amplían su mar territorial a las 6 millas, y de repente, cuando se presenta la segunda guerra mundial, los EE.UU. convocan a los representantes de los Estados Americanos y elaboran una especie de mapa que encuadra todo el continente americano para efectos de defensa; básicamente estas líneas se trazan a una medida de doscientas millas marinas a partir de todas las costas; esta zona la declaran zona de seguridad internacional. En vista del aprovechamiento que hicieron de su poderío los EE.UU., algunos Estados Americanos decidieron sacar partido de esta sesión que habían hecho en materia de defensa o seguridad de defensa, mejor dicho. Entonces algunos Estados elaboran su propia teoría; el Perú, como iniciador, dice: Si estos señores se

han aprovechado de estas doscientas millas marinas para fines de seguridad, nosotros las vamos a aprovechar para fines de explotación de la riqueza marina y probamos que las doscientas millas marinas son parte del territorio nacional. Este ejemplo del Perú es imitado por otros pocos países, entre ellos Ecuador, Costa Rica dio su decreto pero después lo revocó, Chile por una declaración del Presidente que después el Doctor Allende la contradijo para ponerse de acuerdo con la Unión Soviética, que tenía interés en el mar chileno, y algunos otros países, entre ellos, El Salvador.

El Salvador, en 1950, amplía su mar territorial a las 200 millas marinas; posteriormente se ha venido difundiendo el tema, pues los países del tercer mundo se han dado cuenta de que realmente les favorece esta tesis, porque los recursos son bastante grandes y son muy valiosos para efectos de nutrición, para efectos de investigación o para efectos del desarrollo industrial de su pueblo; entonces se han formado diferentes corrientes, básicamente dos: la una que se llama de Santo Domingo, formada por los países que sostienen que no hay realmente soberanía sobre las doscientas millas, sino que más allá del mar territorial tradicional, que lo fijan en doce millas, hay una razón que se llama de territorio económico, o sea, que hay un espacio en el cual se ejerce una soberanía económica, lo único que puede hacer el estado ribereño, en este espacio, es explotar la riqueza económica que está dentro del mar, del lecho marino, pero no puede ejercer tipos de control sobre las naves extranjeras que estén surcando esa zona, ni puede tampoco impedir que otros Estados realicen actos de investigación inocente sobre esa zona. Hay otro grupo, en el cual está El Salvador, Brasil —que es el más duro en este punto— Uruguay, China, Ecuador, que sostienen que pueden ejercer soberanía sobre las doscientas millas marinas. Brasil es el que ha sacado el mejor partido de esto, porque ha obligado a los Estados Unidos a firmar un tratado, en virtud del cual EE.UU. se ha comprometido a respetar esta zona. Perú es otro de los países que ha tenido una serie de discusiones con los EE.UU. por este punto. Estos dos grupos han estado trabajando con el fin de unirse y han llegado más o menos a elaborar algunas teorías, en las cuales no priva la dureza de algunos países, ni se declara tampoco, que no hay soberanía sobre la faja intermedia, entre las doscientas y cien millas marinas.

El objeto es poder llegar a un acuerdo con el resto de países del tercer mundo, básicamente con los países africanos. Al lograrse un acuerdo entre los países de Latinoamérica con los países africanos, se tiene asegurado el número de votos suficientes para que en una asamblea de las Naciones Unidas, se impongan a las grandes potencias, que en este caso son Rusia y los EE.UU. Los países pequeños, no obstante su poco poder defensivo, poco a poco van ganando terreno al lograr unirse, y a través de las asambleas van imponiendo su criterio sobre las grandes potencias. Desde luego, éstas tienen siempre el recurso del veto, pero la fuerza moral de los países pequeños, que se hace cada día más grande, va haciendo que los otros vayan buscando la fórmula de tratados bilaterales para ir resolviendo los problemas e ir limando las asperezas; la disposición de las doscientas millas marinas, es sumamente importante y tiene un profundo contenido económico.

Mucho más importante es discutir lo del mar territorial, que lo que ahora se llama con tanta pasión el problema de los límites territoriales, lo cual no tiene tanto significado de orden social, ni de desarrollo de los pueblos; en cambio, el discutir las doscientas millas marinas, tiene un profundo impacto sobre el desarrollo y el bienestar de los pueblos; esto no quiere decir que se desatienda la otra cuestión del

orden territorial, no por razones de tipo económico-social, de desarrollo, sino por razones casi emocionales, como son los conceptos de patria, de nación, de orgullo nacional, que influyen a veces mucho más que las cosas económicas; de tal forma que el Gobierno tiene que tomar en cuenta este concepto, esta posición emotiva del pueblo, para discutir estas cuestiones.

Llegamos a algo que es importante señalar, y es lo que se refiere a la superficie. ¿Cuáles son las características del territorio?, teóricamente, se dice que el territorio es impenetrable; esto quiere decir que dentro de un territorio no hay más que una sola soberanía; este principio está implícitamente consagrado en el artículo primero de nuestra Constitución, que dice que el Estado es soberano; al decir que el Estado es soberano, estamos diciendo que dentro de nuestro territorio solamente El Salvador puede ejercer la fuerza. Hay otro concepto que incorporó el constituyente de 1950, que no tiene un respaldo teórico y que sólo existe en nuestra Constitución Política, es el famoso principio de que el territorio es irreductible. Surge aquí un problema sumamente importante, más de tipo jurídico que de orden práctico, porque dudo mucho que algún gobierno se atrevería a llevar el planteamiento al orden práctico, pero si nosotros, como abogados, no debemos dejar de examinarlo desde el punto de vista meramente jurídico. Se refiere al problema de si se podría permitir un arbitraje sobre el territorio salvadoreño; esto es importante, especialmente en estos momentos. Si el territorio es irreductible, lo primero que cabe preguntarse es: ¿CUANDO EL TERRITORIO ES IRREDUCTIBLE?, porque si el territorio no se puede reducir, no tiene sentido hablar de arbitraje, y por otra parte, la misma Constitución dice que se admite el arbitraje sobre materia de límites siempre que sea ratificado por los 3/4 de los diputados electos; entonces hay una contradicción aparente. ¿COMO ES POSIBLE QUE POR UN LADO NO SE PUEDA REDUCIR EL TERRITORIO Y POR OTRO LADO SE PUEDA SOMETER A ARBITRAJE, DONDE EVENTUALMENTE PUEDE HABER UNA REDUCCION? Aquí los autores o expertos de Derecho Constitucional se dividen radicalmente; algunos interpretan la Constitución en este sentido: dicen que lo irreductible se refiere a la posesión material que El Salvador ha ejercido sobre el territorio antes de 1950, que es cuando se introdujo, afirman algunos, esta disposición; la verdad es que esta disposición es de 1945, de manera que el territorio poseído desde antes de 1945 no se puede reducir, de acuerdo con esta teoría y, consiguientemente, ningún arbitraje podría pactarse en sentido de reducir esta línea de posesión; se puede pactar un arbitraje en que El Salvador pretendiera más territorio, pero siempre que en el arbitraje no estuviera sometido a discusión la parte de la cual está en posesión El Salvador. Otra tesis dice que, en materia de territorio, no cabe ningún tipo de arbitraje en cuanto se refiere a fronteras terrestres, sino que se refiere al arbitraje a las posibles disputas que pueden haber sobre definición de límites marítimos, porque aquí hay una discusión: de acuerdo con una teoría, la división de las aguas marítimas se hace prolongando la línea de la frontera, de manera que si por ejemplo, la frontera viniera en un sentido, vamos a suponer entre El Salvador y Guatemala, la línea de división de las aguas marítimas seguiría ese mismo sentido; hay una zona que es importante: desde que comienza la prolongación hasta que llega a las 200 millas marinas. ¿Cuál es la tesis verdadera? No hay manera de decidirla, a veces de común acuerdo podría buscarse una línea intermedia, podría buscarse algunas formas diferentes, entonces, dicen, en este caso se daría el arbitraje sobre cuestiones de límites.

Hay una tercera teoría que dice que los límites no pueden ser negociados solamente cuando están determinados; por ejemplo en el caso de Guatemala y El Salvador, en virtud de un tratado. Este fija puntos y límites entre los cuales la línea media teórica es la frontera, siendo ésta una línea fácil de determinar. En cambio con Honduras, donde ellos fijan el punto hasta donde llega su territorio y nosotros lo situamos en otro, ¿cuál es el territorio? A la luz del derecho internacional no puede prevalecer la Constitución Salvadoreña que dice que el límite de posesión es irreductible, ni puede prevalecer la Hondureña que da sus propias reglas a su favor, porque ellos lo que hicieron fue tomar los documentos de antes de 1821, y esto lo incluyeron como parte de Honduras. Dice la Constitución Hondureña: "los límites de Honduras con El Salvador se determinan de acuerdo con los documentos anteriores a 1821 y las remediones posteriores", que son precisamente las que ellos hicieron; desde este punto de vista, no hay arreglo posible entre las dos partes, porque cada quien tiene en su Constitución una tesis totalmente contradictoria. Por lo antes dicho, sostienen algunos que la única solución es el arbitraje, que sea un Tribunal Internacional el que decida quién tiene la razón. Otros sostienen, entre ellos el señor Galo Plaza, algo que no ha sido muy favorable para nosotros, pero que ahora por alguna razón ha cambiado de opinión, en el sentido de que no puede obligarse a un país que tiene un espacio tan pequeño en relación a su población, a reducir su territorio; asimismo sostiene que ningún conflicto de límites se puede resolver lesionando las fronteras de un país pequeño con una alta densidad poblacional, en beneficio de un país que tiene una gran extensión territorial y una poca densidad poblacional; la tesis no tiene ningún respaldo jurídico, ni es ningún principio de Derecho Internacional, pero sí me parece que tiene una gran base de equidad, y ustedes no deben olvidar que la equidad es fuente del Derecho; de manera que uno de los argumentos que existen a favor de El Salvador, es precisamente que no sería equitativo para un país tan densamente poblado, el obligarlo a reducir su frontera, cuando el otro país tiene dónde extender su población en un territorio mucho mayor; esto, desde luego, está planteado en la tesis jurídica desde el punto de vista sociológico. Me parece a mí, hasta donde logro comprender la mente de los salvadoreños, que no verían con agrado ningún tipo de arbitraje, y pienso que el gobierno difícilmente se podría alejar del pensamiento tan claro que tiene el salvadoreño; de manera que planteo la cuestión desde el punto de vista teórico, pero creo que en la práctica andaría por muy mal camino el gobernante que se metiera en una encrucijada de un arbitraje, porque difícilmente el pueblo puede entender por qué sucede el arbitraje.

Desde otro punto de vista, no importaría nada perder esas fajas de terreno, la verdad es que esas fajas de terreno se podrían comprar con lo que se pierde en el movimiento económico en una semana; de manera que esas fajas de terreno, vistas no ya con sentido de orgullo nacional, sino con sentido meramente crematístico-económico, las hubiéramos comprado por lo menos 300 veces desde que se cerró el mercado común; porque el problema del cierre del mercado común estriba en que las empresas que ya estaban, no han salido perjudicadas, al contrario, se beneficiaron del mercado común y una vez el mercado común se rompe ellas se robustecen y copan el mercado nacional, pero lo que ya no puede haber es inversión nueva porque está totalmente copado el mercado nacional y los inversionistas necesitan un mercado más amplio, un mercado de mayor número de habitantes, entonces ¿qué pasa? que la inversión extranjera está totalmente paralizada e incluso la inversión nacional está detenida; el resultado ha sido que mientras Honduras tiene una tasa regresiva de crecimiento económico de menos dos (-2.0), El Salva-

dor se ha detenido en tres y medio (3.5); en cambio, antes de la guerra, había alcanzado una tasa óptima dentro de un país pequeño pues la tasa de crecimiento era de 7.50, ha bajado la tasa y está totalmente detenida. ¿Cuál es la incidencia de esto? la incidencia es que como no hay inversión, no se crean mayores fuentes de trabajo, no se crean más fábricas y entonces el empleo no crece, el empleo se detiene.

En 1968, un año antes de la guerra, la curva del desempleo llegó en la historia del país a su punto mínimo, sólo habían aproximadamente 5.000 desempleados; en cambio, ahora, en las cifras de CONAPLAN, ustedes lo pueden ver en el diagnóstico del plan de desarrollo económico de El Salvador, arroja un terrible 20% de la población desempleada; de manera que ustedes ya pueden comprender, que este país está a punto de sumirse en una crisis bien seria, precisamente por el desempleo; si uno pondera un criterio y pondera otro, el problema de los límites no tiene ninguna importancia para un hombre cerebral, pero como los salvadoreños somos 3 millones y medio y la gran mayoría no es cerebral sino emotiva, el gobernante tiene que atender más el punto de vista emotivo que el punto cerebral, de manera que yo creo que la solución, necesariamente, se va a apuntar atendiendo el punto de vista emotivo del pueblo y no se va a llegar en ningún momento a un tipo de arbitraje.

3.—LA POBLACION

En primer lugar, vamos a tratar de distinguir entre lo que es población en sentido lato, y lo que es población en sentido estricto. En sentido lato, la población comprende todas aquellas personas que están en un momento determinado dentro del territorio del Estado sin distinción de ninguna clase; en sentido estricto, población es sinónimo de pueblo y consiguientemente es el conjunto de miembros del Estado, todas aquellas personas que son nacionales de un Estado determinado, estén o no estén dentro del territorio, o sea que un salvadoreño que está en EE.UU. sigue siendo nacional de El Salvador, sigue siendo parte del pueblo salvadoreño, no obstante que no está dentro del territorio del Estado. Al hablar de nacionales estamos separando la población en dos grandes grupos: los nacionales, que son los salvadoreños y los que no son nacionales o extranjeros; no significa que éstos no tengan derechos, porque el criterio romano antiguo del *hostess*, (al extranjero se le llamaba *hostess*, es decir enemigo y contra éste no había ninguna piedad, no había ninguna consideración) actualmente es un concepto totalmente superado, pero hay, sin embargo, algún tipo de diferencias. ¿Cuáles son básicamente las diferencias entre los nacionales y los extranjeros? Las diferencias radican en el ejercicio y el goce de los derechos políticos, los extranjeros no tienen goce de los derechos políticos, pero sí tienen el goce de los derechos civiles; los derechos civiles son aquellos derechos que se tienen por la circunstancia de ser personas humanas y que le corresponden tanto a nacionales como a extranjeros, tanto se puede casar un nacional como un extranjero, tanto puede ser propietario un nacional como un extranjero, tanto puede vender un nacional como un extranjero, o sea que todos aquellos derechos de orden familiar y de orden patrimonial, de orden sucesoral, de disposición de bienes, son tanto de los nacionales como de los extranjeros; a estos derechos se les llama derechos civiles. En cambio, los derechos políticos más que derechos de carácter subjetivo son de carácter público y en el fondo si bien se mira, son parte del ejercicio del poder, aunque sea mínimo y reducido; cuando yo voto estoy ejerciendo un derecho político, en el fondo estoy ejerciendo el poder del Estado, porque el

cuerpo electoral como tal, es el que ejerce el poder de elegir a los gobernantes en un primer grado y éste es el ejercicio del poder del Estado.

Hay otros derechos que hay que distinguirlos de los derechos políticos y de los derechos civiles: son los derechos sociales; los derechos sociales no hacen referencia al ejercicio del poder del Estado, ni hacen referencia a la calidad de persona humana, sino que hacen referencia a la pertenencia a un grupo determinado dentro de la sociedad, en el fondo se está hablando casi de clase social, aunque no estrictamente. Derechos sociales son aquéllos que se refieren a la salud, educación, trabajo, seguridad social, etc. Hay otro grupo de derechos que son los que hacen referencia a la calidad de persona humana: son los derechos individuales o régimen de garantías y básicamente son derechos de libertad..

Hecha la diferencia entre lo que es el nacional y lo que es el extranjero, cabe hacer otra diferencia dentro de los nacionales: hay nacionales que lo son por nacimiento, es decir que tienen nacionalidad salvadoreña originaria, se llaman también naturales; cuando se dice "es natural de El Salvador", se quiere decir que es salvadoreño por nacimiento, o que tiene la calidad de salvadoreño originariamente; hay otro tipo de nacionalidad, que es la nacionalidad adquirida o nacionalidad derivada, que es la que llamamos naturalización. ¿Cuál es la diferencia entre unos y otros? La diferencia también hace referencia al ejercicio de los derechos políticos: para ejercer ciertos derechos políticos es necesario ser salvadoreño por nacimiento.

La Constitución dice que para ser Presidente de la República es necesario ser salvadoreño por nacimiento, en cambio, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia basta ser salvadoreño, ahí vemos la diferencia: Se discute hasta dónde una Ley Secundaria puede establecer como exigencia de que alguien sea salvadoreño por nacimiento, cuando la Constitución no lo ha establecido; algunos autores sostienen que ninguna disposición que no sea la Constitución, puede negarle a los salvadoreños naturalizados los mismos derechos que los salvadoreños por nacimiento tienen, o sea que, solamente en la Constitución se puede hacer la diferencia.

¿Cuáles son los criterios para determinar la nacionalidad?, la podemos definir como un vínculo jurídico político, en virtud del cual una persona es miembro de un Estado determinado. Es un vínculo jurídico porque constituye derechos y obligaciones recíprocas: de parte del Estado hay algunos derechos sobre los nacionales, como por ejemplo el derecho de exigir el servicio militar al cumplir cierta edad; el ciudadano a su vez tiene ciertos derechos. Es una relación bilateral entre el súbdito y el Estado. Es de contenido político porque distingue entre el nacional y el extranjero, ya que el primero tiene vinculación política con el Estado, y el segundo no, aun cuando pueda haber vinculación de otro tipo, por ejemplo: un extranjero puede perfectamente estar contratado como técnico del Estado, y ésa es una vinculación jurídica por los servicios técnicos prestados, pero no política.

No debe bastar que haya una vinculación jurídico-política, porque hay algunas personas que tienen vinculación jurídica y política con el Estado y sin embargo no tienen nacionalidad en el sentido estricto de la palabra, por ejemplo: los partidos políticos están vinculados jurídicamente con el Estado y también políticamente, porque la política es esencia de todo partido; pero no vamos a decir que los partidos políticos tienen nacionalidad en el sentido de ser súbditos personales del Estado, por asimilación se entiende que tienen nacionalidad, pero no en un sentido

técnico, entonces es necesario hacer referencia a cuál es el objeto de esta regulación jurídico-política, y es precisamente convertir a la persona en miembro del Estado con el cual está vinculada.

¿Cómo se determina la nacionalidad? Depende de qué clase de nacionalidad se trate. Nos vamos a referir primero a la nacionalidad por nacimiento: los sistemas prácticamente son dos: el jus sanguini y el jus soli, y otro que se conoce como sistema mixto, en el cual se considera que funcionan ambos criterios. En virtud del jus soli se considera que son nacionales de un estado, las personas que nacen dentro del territorio del Estado; y en virtud del jus sanguini, se considera que son nacionales de un Estado, aquéllos que descienden de personas que tienen la nacionalidad del Estado.

¿Cuál es el sistema que adopta El Salvador? El Art. 12 de la Constitución Política en sus numerales 1º y 2º adoptan los sistemas del jus soli y jus sanguini respectivamente; algunos han pensado, y yo mismo he participado algún tiempo de esta teoría, que aquí está establecido un sistema mixto. ¿Por qué el hijo de padre o madre salvadoreños, ya sea que nazca dentro o fuera del territorio nacional, es salvadoreño por nacimiento? Perfectamente pudo haber redactado el constituyente la siguiente expresión: "Son salvadoreños por nacimiento los hijos de padre o madre salvadoreños" y con eso habría considerado los casos considerados en los numerales 1º y 2º; de manera que el sistema prevaleciente entre nosotros es el del jus sanguini, o sea aquél que tiene por ascendiente a un salvadoreño ya sea el padre o la madre.

El numeral 3º del mencionado Art. dice: "Los descendientes de hijos de extranjeros nacidos en El Salvador, que dentro del año siguiente a su mayoría de edad no opten por la nacionalidad de sus padres". Aquí la redacción no es muy feliz, se presta a doble interpretación, cuando dice "los descendientes de hijos de extranjeros nacidos en El Salvador", la frase "nacidos en El Salvador" no aclara si se refiere a los hijos de los extranjeros, si se refiere a los descendientes de los hijos de extranjero o si se refiere a ambos.

En el numeral 4º del mismo Art. encontramos una disposición muy propia de este espíritu centroamericanista de El Salvador, el cual dice: "Los originarios de los demás estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador manifiesten ante la autoridad competente su voluntad de ser salvadoreños". La palabra "originarios" se refiere a ser natural de algún Estado Centroamericano, o sea que tiene que ser, por ejemplo: guatemalteco por nacimiento, no puede ser panameño por nacimiento, ya que éstos nunca formaron parte de la República Federal. Los originarios de alguno de los Estados de la antigua República Federal se pueden venir a domiciliar a El Salvador, y lógicamente tienen que obtener la residencia que les confiere el Ministerio del Interior, y una vez domiciliados tienen que manifestar ante el gobernador político respectivo, su voluntad de ser salvadoreños, y por este solo hecho tienen el derecho de ser declarados salvadoreños por nacimiento. Lógicamente, esta clase de salvadoreños por nacimiento no cabe dentro del concepto que hemos dicho de lo que es salvadoreños por nacimiento, entonces cabe preguntar: ¿Qué es lo que ha pasado aquí jurídicamente? En mi opinión se puede ver desde dos puntos de vista: por una parte hay una naturalización mediante la cual un guatemalteco cambia su nacionalidad por la salvadoreña, o sea que se naturaliza, pero por disposición de la ley el efecto

es diferente, no es un salvadoreño naturalizado, no cae dentro de la categoría de salvadoreños naturalizados, sino que asciende a la de salvadoreño por nacimiento. Opera a la vez que una naturalización, una ficción legal, en virtud de la cual se supone que aquel originario de cualquiera de los otros estados centroamericanos que obtiene domicilio en El Salvador y manifiesta su voluntad de ser salvadoreño, se vuelve salvadoreño por nacimiento, esto no es verdad evidentemente, pero como la ley lo supone como cierto, estamos ante el caso que en técnica jurídica se conoce como ficción legal.

DERECHO TRIBUTARIO

DERECHO TRIBUTARIO

Por ROQUE GARCIA MULLIN *

Explicación

Encontrándonos transitoriamente en San Salvador, fuimos invitados por las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales a dictar una charla sobre algún tema tributario. Al cambiar ideas sobre ello, surgió la posibilidad de dictar un ciclo de seis conferencias, con destino a quienes preparaban en ese momento sus exámenes de Privados.

Aceptamos la invitación, pese a no tener con nosotros nada del material que normalmente utilizamos. Tal circunstancia, más la premura del tiempo disponible, nos permite apelar a la indulgencia del lector. El objeto de esta versión fue, desde un inicio, simplemente el de dispensar a los oyentes de la tarea de tomar apuntes, asegurándoseles su entrega en un tiempo razonable. Por ello, ha debido ser corregida en las mismas condiciones en que las conferencias fueron dictadas.

No por protocolo, sino porque refleja nuestro íntimo pensamiento, debemos agradecer a las autoridades de la Facultad el altísimo honor que para nosotros significó la invitación que se nos hiciera. Y en modo muy especial, debemos agradecer a los participantes del cursillo la colaboración que brindaron en sus interrupciones e intervenciones, e incluso en las conversaciones informales. Todo ello determinó que, para nosotros, ese Cursillo se convirtiera en una memorable experiencia de comunicación humana; un motivo más para nuestro agradecimiento y afecto entrañable hacia este país.

San Salvador, septiembre de 1973.

* Abogado. Profesor Internacional del Centro Interamericano de Estudios Tributarios (CIET).

I.—LA ACTIVIDAD FINANCIERA:

I.—1.—DESCRIPCION:

Si ustedes se aproximan al fenómeno de la actividad financiera sin saber qué es, en una óptica meramente descriptiva van a sacar algunas constataciones: a) que hay un conjunto de órganos del Estado que actúan en esa actividad, específicamente dedicados a ella; b) verán a continuación que mediante esa actividad el Estado obtiene determinados recursos o ingresos y los obtiene por medios que son diferentes a los medios del derecho privado: no arrienda sus servicios, no vende cosas; las obtiene por un sistema especial que en su mayor parte es un sistema tributario que difiere de las pautas del derecho privado; c) verán también que esa actividad asigna los ingresos que obtiene de esa manera para alimentar de fondos a infinidad de servicios que ofrece el Estado; y d) veremos por último que esa actividad, que consiste en extraer ingresos y aplicarlos a determinados servicios, es objeto de una regulación muy especial.

De todo lo anterior tenemos base para decir que: **la actividad financiera es un conjunto de órganos que están haciendo una función consistente en extraer ingresos de la economía y, mediante una regulación y planificación especial, asignarlos y difundirlos en los distintos servicios que cumple el Estado. Es una actividad que en sí misma no tiene finalidad, es decir, es una actividad de tipo instrumental: los fines los tienen los servicios a los cuales los fondos son provistos; pero la actividad en sí misma, es meramente instrumental.**

I.—2.—NATURALEZA:

La ciencia económica ha discutido, desde hace muchos años, la naturaleza que tiene esa actividad financiera, porque en un primer momento primó la impresión de que esa actividad financiera del Estado era ni más ni menos que la misma actividad económica de los particulares, simplemente llevado al terreno nacional; si ustedes leen De Vitti de Marco, les va a decir que lo que hace la actividad financiera es transportar la idea de valor, que es el eje de la economía individual, de la micro-economía a la economía pública; que en definitiva es un fenómeno de producción y consumo de bienes exactamente igual y juzgable por las mismas pautas que se juzga la vida económica de un particular, que también es un fenómeno de producción y consumo de bienes.

Evidentemente, la Ciencia Financiera ha evolucionado bastante, a partir de ese concepto de que la vida económica del Estado es exactamente igual a la vida económica de los particulares. Wilfredo Pareto advierte que el Estado es algo más que la mera suma de los individuos que en él viven, y que, por consiguiente, la economía de la actuación financiera del Estado es una resultante cualitativamente distinta de las economías de las personas individuales que integran la sociedad. Eso explica, entre otras cosas, por qué algunas pautas de conducta que pueden ser excelentes si se aplican en la economía privada, transportadas a la economía pública pueden resultar contraproducentes. Hay cosas que hechas a nivel individual son buenas; pero transportadas esas mismas pautas de conducta a la economía polí-

tica total, pueden resultar negativas. Samuelson tiene un ejemplo que dice: si yo estoy mirando a un desfile militar, tal vez para mí ponerme en punta de pie me sea muy útil, porque me hace obtener una ventaja relativa respecto de los que tengo delante; pero si todos los asistentes al desfile deciden al mismo tiempo ponerse en punta de pie, entonces ninguno consigue ver nada mejor de lo que estaba viendo antes.

Aparentemente, las pautas meramente económicas parecen ser insuficientes para poder juzgar la naturaleza de la actividad financiera; en los últimos cuarenta años, todos los autores han ido señalando el carácter político que tiene la actividad financiera, entendiendo político en el buen sentido de la palabra, como derivado de polis o sea de ciudad, de asunto público; y es de naturaleza esencialmente política, por cuanto por el lado de los ingresos, supone un cierto consentimiento del sector de la economía del cual van a ser retraídos. En los sistemas democráticos, en el Estado de Derecho, ese consentimiento, el puente de conexión se da a través de la ley; los ingresos se recaudan en virtud de ley y es por la ley que obtienen su justificación política; en segundo lugar, es político porque esos ingresos se destinan a satisfacer gastos públicos, cuyas prioridades, si bien involucran problemas técnicos, involucran sustancialmente problemas de tipo político; decidir por ejemplo, si con el millón de colones recaudados se hace un nuevo local para la Universidad, o se construye una carretera, o se hace un hospital, o se compra un barco. La opción de dónde se van a asignar los gastos, también tiene su sentido político.

Por último, esta actividad es de carácter político porque, como han destacado varios autores, los ingresos, especialmente los tributarios, constituyen una manifestación de soberanía, específicamente una expresión de soberanía interior indisolublemente ligada al fenómeno mismo del Estado. En conclusión, podríamos afirmar que estamos en presencia de una actividad de naturaleza política, sin perjuicio de que su contenido sea económico; por eso mismo es una típica área interdisciplinaria, a la que deben confluir los esfuerzos del experto en ciencia política, del economista y también, especialmente, del jurista.

I.-3.-RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA POLITICA FISCAL.

Dijimos antes que un enfoque descriptivo de la actividad financiera nos la presentaba como actividad reglada, es decir, sujeta a normas preestablecidas; en consecuencia, se vuelve especialmente relevante inquirir sobre cuáles son las relaciones que se establecen entre el Derecho y esa actividad, o más concretamente, entre el Derecho y la Política Fiscal, es decir, aquella disciplina encargada de orientar la actividad financiera hacia objetivos dados por la política económica.

En esta materia es frecuente caer en alguno de estos dos extremos: suponer al Derecho, especialmente al Derecho Tributario, como imbuido de una serie de principios de tipo jus-naturalista, que coartarían totalmente su utilización como herramienta idónea al restarle toda flexibilidad; o, en el extremo opuesto, subordinarlo totalmente a los requerimientos de coyuntura de la Política Fiscal.

A nuestro juicio, la relación entre el Derecho y la Política Fiscal es doble en dos aspectos que interactúan entre sí, y en cuyo equilibrio reside la mejor virtua-

lidad del Derecho como norma de *sustractum social*. Por un lado, el Derecho se presenta como límite, como marco infranqueable para el operador financiero, con una intensidad variable de acuerdo al estudio de aplicación de la norma en que nos encontramos. En el momento en que la administración aplica la norma, tiene encima toda la estructura piramidal del orden jurídico: está subordinada al Reglamento, el que a su vez se dictó conforme a la Ley, la cual a su vez tiene como límite la Constitución. Tampoco el legislador es totalmente libre, sino que debe cumplir los preceptos o pautas que le marca el Constituyente; y, para aquéllos que creen en la existencia de un orden supra-constitucional de Derecho Natural, tampoco el constituyente sería totalmente libre, y él también estaría constreñido por un marco de amplitud variable, que señalaría límites a su acción.

Quiere lo antes dicho significar, que la persona que tiene a su cargo delinear la Política Fiscal, no puede pensar que el orden jurídico es una "tábula rasa", donde le es válido imprimir los caracteres que quiera; en alguna medida; para el hombre que estructura la política tributaria, para el hombre que va a hacer la política fiscal, el Derecho se le presenta como un dato preexistente que le limita un cierto campo de acción; más aún, esto a su vez es una de las características más preciosas que tiene el Estado de Derecho como organización de convivencia humana.

Maquiavelo decía que las formas de gobierno podrían ser dos: la República o el Principado, y que la diferencia entre los dos era ésta: el Príncipe dicta la ley pero se mantiene superior a ella; en cambio, en la República, el que dicta la ley también queda sujeto a ella. A partir de esa diferenciación se estructura la teoría del Estado de Derecho; y si algo de definitorio tiene el concepto de Estado de Derecho, es que el que dicta la norma queda también sometido a ella; podrá si quiere, cambiarla, pero mientras la norma exista no puede violarla, y eso rige para cualquier clase de normas; rige para el legislador, que podrá derogar la ley pero no violarla; rige para el administrador; rige para el Poder Ejecutivo que podrá dictar su reglamento, podrá derogarlo, pero mientras no lo haga, él es el primero que se quedó obligado a la norma que dictó.

Desde el punto de vista anterior, el derecho con respecto a la política tributaria, es marco: señala en qué campo puede avanzar, qué instrumentos puede utilizar y cuáles no; pero al mismo tiempo, sin perjuicio de eso, también el Derecho es instrumento, porque en el ámbito que ha dejado la norma superior, el Derecho es válidamente instrumento del cual se sirve el órgano con potestad para ello, para tratar de efectivizar lo que ha sido su decisión de política. Supongamos que el Gobierno decide gravar los consumos del país con una tasa determinada a efecto de tener "x" cantidad de colones; esa mera decisión es inocua, en tanto no se efectivice en norma jurídica; en consecuencia, el hombre que delinea la política tributaria, requiere el auxilio indispensable del instrumento tributario. No es un rol inferiorizante del Derecho el de ser instrumento de decisiones de política, y no lo es porque lo que justifica el Derecho, lo que lo hace indispensable como herramienta de coexistencia humana, es justamente su utilidad, es justamente el hecho de ser el instrumento o el vehículo por el cual se plasman, en mandato de conducta humana positiva, las decisiones del sector que está en condiciones de adoptarlas.

I.-4.-REGULACION JURIDICA: DERECHO FINANCIERO Y DERECHO TRIBUTARIO.

Hablando de finanzas y cuál es la parte del Derecho que dice relación con ella, el Derecho Financiero sería el derecho enfocado a analizar jurídicamente la totalidad de proceso "ingreso-gestión-gasto". El Derecho Tributario sería estrictamente la parte que centra su atención en el aspecto de ingreso de fondos al Estado y específicamente, el aspecto de ingreso de tributos, que no son todos los ingresos.

Si ustedes hacen un recorrido bibliográfico, verán que no hay acuerdo en la doctrina: en Europa, Sainz de Bujanda, Giannini, Inghosso, hablan de Derecho Financiero; igual lo hacen Flores Zavala en México y Giuliani Fonrouge en Sudamérica; en cambio, Blumerstein, Hensel, Jarach, etc., hablan de Derecho Tributario. Los que se niegan a hablar del Derecho Financiero, sostienen que la actividad financiera es demasiado heterogénea como para poder ser regulada por una sola disciplina jurídica; argumentan que para todo ese conjunto no pueden sacarse normas jurídicas de tipo general, pues la actividad financiera supone, en el lado de los egresos, el estudio del presupuesto y las normas de ejecución presupuestaria; y del lado de los ingresos, el estudio de los tributos más el de la deuda pública y el de toda otra forma que lleve a nutrir al Estado.

De todos modos, vamos a intentar dirigir la atención al Derecho Tributario, no tanto por consideraciones de tipo teórico, sino de tipo pragmático, derivado del tiempo disponible. En síntesis, cuando lean un tratadista de Derecho Financiero, estén preparados para encontrar en él temas como Deuda Pública, Ejecución Presupuestaria, Empréstitos Forzosos y Compulsivos; temas que, normalmente, en las obras de Derecho Tributario no van a encontrar, porque en materia de Derecho Tributario los tratadistas van a centrar su atención exclusivamente sobre el proceso de obtención de una especial clase de ingresos públicos, que es la que se denomina "Tributo".

II.-CONCEPTO DE TRIBUTO:

A título provisorio, vamos a analizar este concepto: "Tributo es una prestación pecuniaria que el Estado, ejercitando su poder de imperio, exige para cumplir sus fines".

He dado seis notas características del concepto de tributo:

- 1º) Es una prestación, es decir, es algo que se da al Estado.
- 2º) Es una prestación pecuniaria, o sea que se da en dinero.
- 3º) Es una prestación pecuniaria en la que el estado va a ser el protagonista, uno de los polos necesarios de la ecuación.
- 4º) "Ejercitando su poder de imperio".
- 5º) Es una exigencia, y en ello vemos su carácter coactivo, es una prestación independiente de la voluntad de los particulares que deriva su validez y su fuerza exclusivamente de la exigencia estatal.

¿Cómo es que el Estado hace patente su exigencia? Por una técnica especial el Estado ejercita su poder coactivo a través de la ley, y la ley exige impuestos mediante esta técnica; la ley describe teóricamente una hipótesis y determina que, de producirse esa hipótesis en el mundo de los hechos, de allí derive como consecuencia la obligación legal de pagar una determinada suma de dinero.

6º) “Para cumplir sus fines”.—Esta sexta nota ha sido muy discutida en doctrina, en primer lugar, porque hay quien dice que la finalidad de para qué se exige el tributo, no tendría por qué mencionarse por ser ajena al concepto mismo; y en segundo lugar, porque efectivamente muchas veces se instauran impuestos cuyo cometido no es obtener ingresos. Hay una rama de imposición que se denomina “imposición finalista”, en la cual el impuesto se establece como una forma de evitar que sucedan determinadas cosas y no para lograr ingresos. Por ejemplo, si yo no quiero que se consuman determinados artículos en un país, puedo establecer un impuesto interno tan alto que lo hago prohibitivo; supongamos que yo tuviera algo en contra de las pelucas de las señoras y dijera “no quiero que nadie use peluca en este país”, por supuesto que si establezco un impuesto de un millón de colones, lo más probable es que nadie las use; en ese caso, el impuesto funciona cuando no se recauda, porque lo que yo quiero es que no usen pelucas, y mi objetivo se cumple. Los impuestos aduaneros presentan ejemplos muy claros de impuestos que no tienen como objetivo principal generar ingresos. Creo, sin embargo, que eso no quita que yo pueda referirme al tributo como una prestación que el Estado exige “para cumplir sus fines”, pues no se está diciendo que el fin sea, necesariamente, recaudar ingresos, pues prohibir la importación de determinados productos puede ser un fin. Los fines pueden cumplirse obteniendo ingresos y afectando a los bienes determinados, o pueden cumplirse también introduciendo las modificaciones en la economía que se considere del caso establecer. Incluso, desde otro ángulo de análisis se justificaría la referencia, dentro del concepto de tributo, al hecho de que es recaudado para cumplir fines estatales; para algunos autores esta nota es la que permite diferenciar al atributo de la sanción pecuniaria. En efecto, cuando el Estado recibe dinero a título de pago de multa, ese ingreso no se hace para cumplir fines, porque las multas no se establecen para obtener fondos, sino para actuar como coerción disuasiva de conductas antijurídicas.

Debo destacar sin embargo, que aunque consiguiéramos acuerdo unánime respecto del concepto de tributo que hemos dado hace un momento, no por eso terminarían los problemas del tema; y ello, porque el tributo tiene una delimitación conceptual especialmente difícil en la zona en que linda con el concepto de precio. Teóricamente, la distinción es clara: el tributo (y dentro de él la tasa, que está siempre vinculada a un servicio) es prestación de tipo coactivo; en cambio, los precios serían siempre de origen voluntario. En la práctica la distinción no es tan fácil, por ejemplo: en determinados países se maneja mucho el tipo cambiario —la tasa de cambio con relación al dólar— y suelen establecer recargos en la importación, es decir, si yo quiero importar me venden el dólar más caro de lo que vale, y muchas veces me venden el dólar mucho más caro en función del carácter suntuario o no del artículo. Ese tipo múltiple de cambio ¿constituye tributo o no?, ¿hay poder coactivo, o no? Repito que no hay en esta materia unanimidad de opiniones ni una doctrina indiscutida; por eso, no haremos sino una gruesa aproximación al

tema. A tal título, comenzaremos por marcar la diferencia que existe, dentro de los servicios que presta el Estado, entre los servicios divisibles e indivisibles.

¿Qué es un servicio divisible? Es un servicio que puede ser atribuido y cuantificado en cabeza de personas concretas, por ejemplo, la enseñanza es un servicio divisible; pero en cambio, hay servicio que brinda el ejército nacional defendiendo fronteras; el servicio que brinda la cancillería o relaciones exteriores, los cuales no son servicios que pueda decirse que me están beneficiando especialmente a mí, son servicios para toda la colectividad. ¿De dónde viene la importancia de esa distinción? En los servicios indivisibles no opera lo que en la economía se llama el principio de exclusión, que es una regla de oro de la sociedad capitalista, que dice que determinadas cosas —si usted no paga— no las obtiene. Los servicios indivisibles necesariamente tienen que ser financiados de alguna manera que no tiene vinculación con el servicio que se está dando; en cambio, en materia de servicios divisibles, es perfectamente válida la opción entre darlo gratuitamente o cobrarlo. Sólo en los servicios divisibles se puede elegir, por ejemplo, entre dar la enseñanza gratis o cobrar por ella; lo mismo en la salud pública, pero no se puede pensar en la defensa nacional pagada en cabeza de usuario. Por lo antes expuesto, los servicios indivisibles necesariamente tienen que financiarse con impuestos; pero los servicios divisibles sí se pueden optar entre financiarlos por otros medios y darlos gratis o, por el contrario, poner en marcha el principio de exclusión, y al hacerlo decir: "señor, si usted quiere este servicio, lo paga, y si no lo paga, no tiene servicio".

Dentro de los servicios divisibles, hay una primera categoría que, en principio, son gratuitos; y hay otros, una segunda categoría no definida, con bordes muy imprecisos que, en principio, son pagados. Digo "en principio" por lo siguiente: porque si a los de la primera categoría los quiero cobrar, puedo hacerlo, pero como en principio son gratuitos, para cobrarlos necesito una ley; en cambio, los de la segunda categoría, en principios son onerosos, para cobrarlos no necesito ley de ningún tipo, y la pauta de la ley es lo que les está dando como primera aproximación, una idea de hasta dónde llega el ámbito del tributo y dónde empieza el límite de los precios. El Estado puede acometer las actividades más variadas, el Estado puede poner un servicio de transporte urbano de pasajeros, y es evidente que no va a necesitar de ley para poder cobrar el boleto, porque en principio es un servicio oneroso que lo prestan hoy particulares, mañana cooperativas, pasado mañana puede hacerlo el Estado; pero por supuesto que es servicio divisible —el que no paga no lo dejan subir— opera el principio de exclusión en su más pura y cruda acepción. En principio, no necesito autorización de nadie para cobrar ni para cambiar la tarifa; en cambio, en la primera categoría, sí preciso ley.

Si ustedes me preguntan en qué consiste exactamente esa primera categoría de servicios, allí es donde empieza la confusión, porque la doctrina no ha podido ponerse de acuerdo todavía. Hay autores que dicen que esa primera categoría de servicios que en principio son gratuitos y que para cobrarlos hace falta la ley —lo que les da su carácter tributario— son aquellos servicios esenciales al Estado; aquellos servicios esenciales a la Constitución Política del Estado existente en un determinado momento. Otros autores, en especial Valdeés Costa, dicen que no se trata de un problema de esencialidad, sino que esos servicios son inherentes al concepto mismo del Estado; entonces, por ejemplo, es inherente al concepto mismo de Estado el control de las personas que entran y salen por sus fronteras; por consiguiente, si me cobran por visarme mi pasaporte o por una certificación de que abandono

El Salvador, eso es una tasa por ser un servicio inherente al Estado. Por supuesto que el Estado puede decidir brindarlo gratuitamente, incluso un servicio divisible, cualquiera que sea; simplemente, cuando decida darlo gratuitamente, va a tener que financiarlo de alguna manera y no mediante tasas, irá al fondo común de los impuestos a sacar dinero para mantener los servicios. Me interesa destacar que, mientras el concepto de "servicio inherente al Estado" es inmutable, el de "servicio esencial" es básicamente histórico, depende de lugar y tiempo. Lo que ayer no se entendía como esencial, hoy puede serlo. Más aún: la evolución histórica del Estado indica una progresiva ampliación del ámbito de servicios que presta; de cosas que se van considerando esenciales hoy y en los que hace cincuenta años no se pensaba, y de cosas que hoy se están cobrando y que quizás dentro de 50 años se den gratis, incluso de necesidades y de servicios del Estado, algunos divisibles y otros indivisibles, que están en la problemática de hoy y que no estaban en la problemática de hace veinte años; por ejemplo: ¿quién sabía algo de la contaminación ambiental?, ¿de la famosa polución? Absolutamente nadie; pero de acá a diez años, es muy probable que el Estado considere, como uno de los servicios esenciales, luchar contra la contaminación ambiental; y va a estar prestando un servicio típicamente indivisible, porque no va a poder cuantificarlo en cabeza de cada uno de los integrantes de la ciudad cuyo aire está limpiando; no podrá decirles, su beneficio o su participación es tal o cual.

III.—LA RELACION JURIDICO-TRIBUTARIA.

La relación que se establece entre el Estado y la colectividad a raíz del impuesto, es una relación que tiene aspectos curiosos: cuando uno la mira de lejos, aparentemente es única; yo he oído decir, hablando de la Dirección de Contribuciones, "mi única relación con ella es que soy contribuyente del impuesto a la renta"; sin embargo, a poco que uno empieza a centrar la atención, comienzan a aparecer una serie de subrelaciones cuya naturaleza y contenido exacto, me interesaría intentar despejar en la primera parte de la clase de hoy.

Si analizamos de cerca, veremos que existe una relación N^o 1, por la cual una persona —que vamos a denominar sujeto pasivo— le debe dinero a otra persona —sujeto activo— en este caso el Estado. Esta es básicamente una obligación de dar, yo tengo que pagar en el mes de abril y mayo cierta cantidad de colones, siempre y cuando se haya dado el hecho que la ley previó como generador de la obligación mía de pagar el dinero; pero en realidad, la relación mía con la administración tributaria no se agota en esta primera —que repito: es una obligación de dar, y básicamente una obligación de dar una suma de dinero—. Sucede que además existe otro tipo de obligaciones que vinculan al sujeto pasivo con la administración tributaria, por ejemplo la obligación de presentar declaraciones, que es una relación paralela pero distinta de la anterior. Por una parte lo que yo tengo que hacer no es dar una suma de dinero, sino que el contenido de mi obligación, es un hacer o un no hacer. Ustedes advierten que, por su contenido, se trata de una obligación distinta y diferente a la primera obligación de pagar que mencionamos; y es tan diferente, que es muy probable que la obligación de declarar exista con prescindencia de la obligación de dar. Por ejemplo: la ley de impuesto a la renta establece que en algunos casos, aunque no se tenga capacidad contributiva, se puede estar obligado a presentar declaración; si no lo hacen se sujetan a la multa correspondiente. Interesa destacar que esta segunda relación puede existir independiente-

mente de la primera; más aún, esta obligación —que es de hacer o no hacer o como dice alguna doctrina “de tolerar”— puede existir incluso para terceros; por ejemplo, para dar un caso típico, es probable que la administración pueda obligar a una tercera persona, que no es sujeto pasivo del impuesto, a que declare cuánto le pagó a quien sí es sujeto pasivo; si se le está haciendo un análisis de la situación fiscal de un abogado, y la ley prevé que se puede llamar a interrogar y pedirle declaración a un cliente de ese abogado a ver cuánto se le pagó. Quiere decir que esta segunda relación es diferente no sólo por su contenido, que es hacer o no hacer, sino incluso en cuanto a los elementos subjetivos en torno de los cuales ella se establece.

Es probable además que exista una tercera obligación que también sea de dar dinero, que también sea entre sujeto pasivo y activo y que no sea idéntica a la primera, porque supongamos que este abogado no pagó o no presentó la declaración: la administración está facultada para imponerle una multa, y como vimos ayer, la obligación de pagar una suma a título de sanción puede ser considerada como intrínsecamente diferente de la obligación de pagar una suma a título de tributo. El tributo lo establece el Estado para obtener el cumplimiento de sus fines; en cambio, cuando hablamos de la sanción, el Estado no está buscando ningún fin, simplemente está reforzando y haciendo efectiva la naturaleza coactiva que tienen todas las normas que el Estado dicta. De modo que cuando se violan se da dinero, pero, a diferencia de la número uno, aquí se da como sanción y no a título de tributo.

Con esto no se agota tampoco el cuadro de posibles relaciones: pueden haber relaciones que van del sujeto activo hacia el sujeto pasivo, que es lo que se conoce con el nombre de acción de repetición. Suponiendo que este sujeto en algún momento pagó de más, realizó pagos indebidos, pagó cuando no debía, tiene durante un determinado tiempo acción para reclamar del Estado que le devuelva lo que pagó de más. En este caso se invierten las condiciones relativas de acreedor y deudor; es una relación de dar dinero pero circula entre los polos inversos. Algunos autores se niegan a considerarla dentro del cuadro de la relación tributaria, y dicen que esta relación no es más que un capítulo de la obligación genérica del Estado de pagar lo que debe; sin embargo otros autores, analizando esta relación inversa derivada del cobro en exceso del tributo, le asignan carácter de tipo tributario.

Si ustedes quieren tener una idea global de cuáles pueden ser la totalidad de las relaciones que pueden plantearse a raíz del tributo, deben pensar como 5ª posibilidad, la perspectiva de que exista conflicto entre el sujeto pasivo y el sujeto activo respecto de cualquiera de los elementos que constituye todo este cosmos tributario que estamos analizando. En el caso de existir conflicto, normalmente en alguna etapa, las legislaciones prevén que el sujeto pasivo pueda reclamarle al sujeto activo lo que ustedes llaman “rectificaciones”, que en teoría general se conoce como recurso administrativo. La petición a la propia autoridad o al servicio jerárquico de esa misma autoridad —pero siempre en vía administrativa— para que revea, revoque o cambie por contrario imperio su anterior resolución; e incluso para el caso de que esta resolución se haya mantenido en toda la vía administrativa, contempla la posibilidad de que se acuda a un juez pidiéndole que proceda a revocar, nulificar o dejar sin efecto lo resuelto por la administración.

No sé si este panorama resulta demasiado complicado, pero la verdad es que la relación tributaria así es, sucede con ella lo que sucede con el cable telefónico:

cuando se les mira exteriormente parece una unidad y cuando uno lo corta advierte que en realidad lo que parecía una única unidad es, en efecto, la unión de varias relaciones de tipo diferente entre sí. El objeto de esto es justamente: 1º) marcar énfasis en cuanto a la complejidad de la relación tributaria; 2º) servir un poco de introducción a lo que en el programa han marcado como "Ramas del Derecho Tributario". La doctrina discute mucho respecto de si cada una de las relaciones

RELACION JURIDICA TRIBUTARIA

Nº			Rama del Dcho. Tributario
1	Suj. Act. —————> Oblig. Trib. Stricto sensu Contenido: dar dinero Sujeto: sólo el Suj. Pasivo	Suj. Pas.	Dcho. Tributario Sustantivo
2	Suj. Act. —————> Obligaciones formales Contenido: hacer, no hacer Sujetos: Suj. Pasivo o Terceros	Suj. Pas.	Dcho. Tribut. Administrativo
		-> Terceros	
3	Suj. Act. <————— Acción de repetición Contenido: dar dinero recaudado en exceso	Suj. Pas.	Derecho Tributario Procesal
4	Suj. Act. —————> Obligación emergente de sanción Contenido: dar dinero a título de multa Sujeto: Su. Pasivo o terceros	Suj. Pas.	Dcho. Tributario Represivo
		-> Tercero	
5	Suj. Act. ————— Suj. Pas. Recurso Administrativo	Suj. Pas.	Dcho. Tribut. Administrativo
	<————> Juez Contencioso Tributario		Derecho Tributario Procesal
	Suj. Act. —————	Suj. Pas.	

que indicamos es una relación independiente, o si puede hablarse de una única relación de tipo tributario que fuera compleja, pero que las abarcara a todos, y discute además en cuanto a la terminología y en cuanto al valor de cada una de ellas. Ustedes se encontrarán que algún sector de doctrina sostiene que, más allá de su carácter complejo, todo esto en definitiva configura una única relación unida por su finalidad común; entonces, se habla de “raporto jurídica d’ imposta”, “relación jurídica de impuesto”, como una relación de tipo compleja que engloba cada una de esas relaciones.

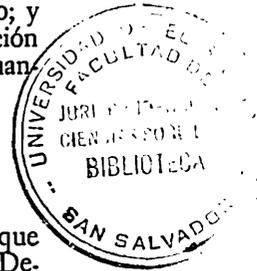
Otros autores por el contrario y tal vez esto sea la doctrina de moda, dicen que lo básico, lo esencial del derecho tributario en esta relación de dar, es la que numeramos con el N° 1. Simplemente para que nos pongamos de acuerdo en la terminología, decimos que vamos a hablar de “relación jurídica tributaria” refiriéndonos a todo esto, a todas las relaciones de dar, hacer, etc., surgidos a raíz del tributo; y reservamos el nombre de “obligación tributaria” para ésta, la N° 1, la obligación de dar de carácter patrimonial, que se establece entre el sujeto pasivo y activo cuando se ha operado el hecho generador.

IV.—RAMAS DEL DERECHO TRIBUTARIO

Consideramos conveniente no entrar a este tema sin haber analizado aunque fuera superficialmente la relación tributaria, porque en definitiva las ramas del Derecho Tributario se estructuran analizando cada una de las mencionadas sub-relaciones que hemos visto.

Así, una primer rama será el Derecho Tributario Sustantivo o material; su objeto será estrictamente el estudio de la obligación tributaria, y va a analizar cuando nace la obligación tributaria, entre quién nace, sobre qué base cuantitativa nace, o sea lo que se llama base imponible a qué alícuota nace, cómo se extingue esa relación, etc., eso es una rama de derecho tributario sustantivo, la parte más sustancial y sustantiva del derecho tributario aunque eso no quiere decir que sea la única. Un autor italiano reaccionando contra quienes tienden un poco a la supervaloración de Derecho sustantivo y estructuran todo el derecho tributario en base a él, establece que pueden haber casos de relación tributaria sin deuda de impuesto; y pone el ejemplo de la “admisión temporaria”, por el cual pueden entrar materias primas con el fin de ser elaboradas y re-exportadas bajo forma industrializada; este tipo de mecánica supone que yo, industrial salvadoreño, importo cueros de res y exporto zapatos y en la importación del cuero no me cobran impuesto. Veán cómo en ese caso yo tengo obligaciones de hacer, tengo obligación de mantener los cueros en una bodega especial o almacén, a ser inspeccionado por la actividad aduanera, tengo obligación de re-exportar dentro de determinado tiempo, tengo gran cantidad de obligaciones de hacer sin que hasta el momento tenga obligación de pagar, porque si la obligación se cumple en su ciclo normal, yo en ningún momento llego a ser deudor de impuesto.

Una segunda rama es la que se denomina con el nombre de derecho tributario administrativo, ¿por qué?, porque este tipo de relación que hemos numerado con el N° 2 son básicamente relaciones de tipo administrativo, son relaciones en las cuales siempre participa la administración, y la administración participa desarrollando en un altísimo porcentaje de veces actividad de tipo reglado, es decir, actividad que



es aplicación y concreción de postulados contenidos en la ley, y sólo en una fracción pequeña, desarrolla actividad discrecional, actividad de la cual aplica con cierta amplitud la ley. No simplemente actúa en base a la operación de tipo silogístico, sino que desarrolla actividad de tipo discrecional, aplicando criterios propios sobre mérito o conveniencia. Esta segunda rama del derecho tributario ocupa por ejemplo de los deberes que tiene el contribuyente, o los terceros, de qué facultades tiene la administración, en qué casos la administración puede hacer inspección en los libros de contribuyentes, qué formalidades puede exigir, cómo es el procedimiento, etc. Incluso hay quienes creen que esta parte de la relación número 5, de discusión de los actos administrativos ante la administración es en realidad una parte del derecho administrativo, considera que la parte de recursos administrativos debe ser estudiada dentro del Derecho Tributario Administrativo.

La relación a lo que hemos dado el Nº 4 da origen, a lo que se denomina Derecho Tributario Penal, o Derecho Tributario Represivo o Represivo Tributario, a mí me interesaría no hacer cuestión de palabra, si tenemos tiempo veremos en alguna charla, más adelante que el empleo de la expresión "penal" parecería que está preformando opinión sobre la naturaleza jurídica misma, de la infracción tributaria, asimilándola a la pena; es un problema que tal vez en El Salvador no se dé porque la Constitución distingue nítidamente entre lo que son penas sometidas a juicio por un lado, y lo que son infracciones sancionadas en vía administrativa por otro, pero en países en los cuales la definición no está tan nítida al nivel constitucional, puede dar lugar a confusión y discusión.

Por último, la parte de contencioso tributario da origen a lo que se denomina Derecho Tributario Procesal; allí se analiza la contienda tributaria, porque todos los regímenes establecen para el contribuyente la posibilidad de plantear su diferendo con administración en un terreno distinto al de la propia administración, sea que le exijan que agote la vía administrativa antes, o que no; pero de todos modos le mantienen siempre, el acceso a una sede, a algún tribunal, sea en la esfera administrativa o sea en la propia justicia ordinaria. Existe polémica en cuanto a saber si existen diferencias sustanciales entre esta situación y la de recursos administrativos. A nuestro juicio, la característica diferencial radica en la estructura de la relación, que es bipolar en la vía administrativa y triangular en el contencioso. Me explico: mientras se está discutiendo a nivel de la administración, soy yo el que le pido al Director de Contribuciones que rectifique su acto administrativo, entonces la relación tiene dos puntas; tan pronto llegamos al terreno de la jurisdicción, la relación que deviene es triangular, es decir ya no le pido directamente al Director sino que se presenta una demanda al Juez para que haga determinada cosa con respecto al demandado. Como dice un tratadista mexicano, la demanda sale del actor y llega al reo, pasando por el ojo de la aguja de la jurisdicción; entonces la relación necesariamente se vuelve triangular. De ese tipo de problemas, más el problema del cobro coactivo de la deuda tributaria, se ocupa el derecho procesal.

Para completar la enumeración de las ramas tendríamos que decir que está apareciendo un Derecho Tributario Internacional, porque estamos asistiendo a una muy importante elaboración de normas de tipo internacional de tributación. En términos económicos, el mundo se viene reduciendo, y cada día se plantean dos tipos de problemas, uno de ellos: ¿qué clase de colaboración puede haber entre las administraciones de los distintos países para prevenir la evasión?, y el segundo:

¿cómo evitar lo que se denomina doble imposición?, es decir cuando un mismo fenómeno económico pasa a ser gravado por dos estados distintos, porque cae de un modo u otro dentro de la órbita jurisdiccional de más de un estado.

Por último, hay quien alega la existencia de un Derecho Tributario Constitucional, pero en realidad eso significaría cambiar el factor de división que hemos venido usando. Hasta ahora, las 5 ramas del Derecho Tributario de que hemos hablado se refieren a su estricta materia; una habla de la obligación tributaria en sí, otra habla de la obligación de sanción, otra habla del proceso, otra habla del aspecto internacional. En la Constitución siempre hay algunas normas de tipo tributario, pero si ustedes se ponen a analizar son ubicables en alguna de esas ramas, cualquiera que sea el texto en que estén insertas.

V.—AUTONOMIA DEL DERECHO TRIBUTARIO:

En doctrina general de derecho, las disciplinas que van naciendo tienen una cierta propensión a reclamar su autonomía. En los primeros momentos, no había más derechos que el derecho civil, posteriormente se fue creando el derecho comercial, en una etapa después el derecho administrativo, tal vez después el derecho tributario, y con el tiempo seguramente habrá un derecho espacial, un derecho atómico inclusive, porque en esa materia no tenemos que pensar que la evolución se detiene en ningún momento especial.

Para entendernos, digamos que se considera que un derecho tiene autonomía, en primer lugar, cuando es posible identificar dentro de él principios e institutos que le son propios y exclusivos, y en segundo, que de todos modos el derecho sigue siendo una gran unidad, es decir, aun los que hablan de autonomía de una determinada rama del derecho, no dejan de desconocer que el orden jurídico de un país es una unidad, es un sistema lógico, es un sistema de normas entre las cuales rige el principio de no contradicción, y que tiene como válvula de seguridad de su integridad lógica, el principio de la jerarquía de las normas y el mecanismo de la derogación.

En un orden jurídico vigente, al mismo tiempo no pueden haber dos normas inconciliables, sin que entren en funcionamiento inmediatamente los mecanismos de emergencia de la derogación tácita y de la jerarquía. Si el decreto contraviene a la ley, el decreto es nulo por eso mismo, porque las normas se estructuran de acuerdo a una pirámide jerárquica, en la cual viene la Constitución, la ley que es su desarrollo, el reglamento que es su desarrollo, y el acto concreto que también es su desarrollo; eso es lo que se llamaba la pirámide de normas, que da en base a jerarquía, cohesión lógica al sistema y a su vez en lo largo del tiempo, el mecanismo de la derogación tácita de normas del mismo nivel, asegura también la unidad lógica del sistema.

Hablar de autonomía no significa olvidar el carácter de unidad lógica que sigue teniendo el derecho; el tema de la autonomía ha dividido a los tributaristas o a los especialistas durante mucho tiempo, y tal vez se le haya dedicado más tiempo del imprescindible, lo cierto es que se han planteado afirmaciones provenientes del derecho administrativo y civil, que negarían al derecho tributario su carácter autónomo.

Históricamente han habido autores que han considerado que el derecho tributario no es sino una parte del derecho administrativo, es la parte que diría cómo es que la administración debe actuar cuando ejecuta la ley de recaudación de impuestos. Directamente hoy puede afirmarse que eso no es cierto, el derecho tributario tiene por objetivo propio el análisis de la relación generada, por el acaecimiento del derecho imponible que es una relación bipolar en la cual pueden existir derechos y obligaciones, incluso de tipo recíproco.

Desde otro ángulo se planteó, y la polémica que ustedes verán en todos los manuales sobre el tema, el proceso de emancipación del derecho tributario con respecto al derecho civil a la luz de una polémica famosa que hubo entre Geny y Trotabas, donde Geny decía que el derecho tributario era sólo un apéndice del derecho común, que la ley expresamente podía darle un cierto "particularismo", agregando que la ley expresamente podía autorizar en casos aislados una solución tributaria distinta del derecho común; pero que básicamente en todo lo no previsto, regía el derecho común, o más específicamente, el derecho civil. Varios autores han señalado que en esa polémica había un trasfondo doble: por un lado, era la época en la cual se hablaba de la supremacía del derecho civil, el cual era el Derecho por esencia, y además había un problema que si lo quieren era hasta político; el derecho civil sobre todo el del código de Napoleón es el himno del individualismo liberal, es decir, es el monumento a la autonomía de la voluntad privada, al peso decisivo del acuerdo de voluntades respecto de la ley; es un derecho de "laissez faire, laissez passes", del Estado que se abstiene de intervenir en la vida económica, en que las regulaciones que dicta son para el caso de ausencia de convención de las partes. En cambio, el Derecho público ya representaba la avanzada de un Estado que empezaba a intervenir en las esferas económicas de los particulares, que empezaba a perderle el respeto a la autonomía de la voluntad, que empezaba a entrar en el diálogo de la economía en los primeros estudios de la que luego se llamaría intervencionismo estatal.

Derivado un poco de eso, Geny decía que el derecho tributario tenía sólo "particularismo", que la ley podía darle algún carácter distinto del derecho civil; pero que si no lo hacía regía el Derecho Civil. Trotabas por su parte señalaba algo muy cierto, decía que en el Código Civil hay cosas que son de derecho civil, pero además por razones históricas, en ese código se hizo la teoría general de derecho en la enorme mayoría de los países; es decir, que en el código civil hay cosas que son del derecho civil; pero hay otras que son de teoría general del derecho, son principios generales de toda la rama jurídica como vigencia de las leyes, retroactividad de la ley en los países que el principio no tiene rango constitucional, etc. En general el primer capítulo del Código Civil es una teoría general del derecho, aplicable al derecho civil, al comercial y a todos los demás, a todo el ordenamiento jurídico del país.

No tengo tiempo de extenderme sobre el tema de autonomía, pero les quiero dejar como preocupación, que el tema de las autonomías discutido en teoría, es un problema sin solución, porque nunca se va a llegar a un acuerdo definitivo, y que además es especialmente relevante solamente en tres puntos. Estos tres puntos serían: 1º) Cuando una norma tributaria no ha previsto un caso especial y es necesario aplicar principios generales de derecho, ¿debe irse siempre y en todo caso a los principios generales del derecho civil? o ¿es válido acudir a otro tipo de principios generales? Les anticipo que por lo menos lo que pienso es que: primero, el De-

recho Tributario tiene principios generales y a ellos hay que ir en ausencia de regulación concreta, y en segundo lugar, si estos principios no dan solución, habrá que ir a los principios de las ramas jurídicas que más se asimilen al problema concreto que estamos teniendo sobre la mesa. Si estamos teniendo un problema de tipo administrativo, habrá que ir a los principios generales de derecho administrativo; si estamos teniendo un problema de derechos tributarios represivo, habrá que ir a los principios generales de derecho represivo, no necesariamente a los principios generales de derecho civil siempre y en todos los casos.

El segundo problema derivado de la autonomía es, ¿qué sucede cuando el legislador tributario utiliza institutos o conceptos que han sido definidos por otra rama jurídica?, concretamente ¿qué sucede cuando el legislador crea un impuesto sobre las “ventas” y dice grávase las ventas de toda mercadería con determinada tasa? Tenemos que resolver si vamos a entender que el legislador usó la expresión “venta” con el sentido estricto del código civil, dentro de los casos y condiciones y requisitos que le marca el código civil, o si vamos a entender en una forma diferente y en caso afirmativo cuál. La autonomía permite afirmar (primera conclusión) que es posible que el derecho tributario dé expresamente una definición de un instituto jurídico que difiera con la definición que de ese instituto esté contenido en el derecho privado; en materia de impuesto (la venta por ejemplo) dice: entiéndese por venta toda transferencia o cualquier tipo de acto que tenga por fin último, la transferencia de la propiedad de un objeto incluso la transferencia de posesión, y dar un concepto que difiera de lo que puedan ser marcos rígidos fijados por el derecho de fondo. Puede también, (segunda posibilidad) remitirse expresamente al derecho común: decir las ventas previstas por el artículo 1440 del código civil quedan gravadas en tal forma; no hay ningún problema y lo hace a veces, cuando la ley fiscal dice: “y se entenderá por domicilio el que el código civil indique” y entonces estamos transplantando del código civil al código tributario un instituto perfectamente definidor. El problema grave se plantea cuando (tercera posibilidad) el Derecho Tributario utiliza una expresión técnica que tiene su definición en otra rama de derecho y no indica nada, nada dice sobre si entiende referirse al mismo instituto connotado por aquella rama o no. Existen autores (y veremos en la charla siguiente que podemos hablar algo de la interpretación económica del hecho generador que está bastante vinculado a esto) que afirma en el caso de que el legislador tributario se refiere a una figura definida por otra rama jurídica, sin apartarse ni remitirse expresamente a ella, el intérprete tributario está facultado para darle el significado que mejor se adapte a la finalidad del tributo. Dicho en otras palabras, que si la ley dijera “crearse un impuesto a las ventas”, aun sin definición ninguna del concepto de ventas, el intérprete estaría autorizado para decir por ejemplo, “estrictamente este contrato que tengo ante mis ojos dice arrendamiento pero es un arrendamiento por 99 años y dice que al término del arrendamiento la propiedad será traspasada, en consecuencia económicamente esto funciona a mi juicio como venta y como lo que el legislador ha tenido en mente para gravar es un fenómeno económico demostrador de capacidad contributiva, considero que este acto está gravado”. Esa es una tesis que tiene en este momento respaldo de casi toda la doctrina, especialmente cuando de lo que hablamos es del uso de palabras de ese tipo en la descripción del hecho generador, descripción de la hipótesis de incidencia. Pero personalmente no me animaría a afirmar que siempre que el legislador tributario use palabras extraídas de otra rama del derecho, puede el intérprete darle el sentido que mejor le parezca a él, y que se acomoda a la realidad tenida en cuenta por el legislador. Por ejem-

plo, personalmente creo que si bien la solución al caso de las “ventas” es razonable porque se está refiriendo al hecho generador, tal vez no sea lo mismo referido a otros institutos de derecho civil; concretamente, si la ley del impuesto sobre la renta me dice que siendo casado puedo deducir X pesos por concepto de mi cónyuge si estoy viviendo en concubinato, aunque el concubinato pueda ser considerado socialmente, en su realidad económica personal, exactamente igual al matrimonio, no estoy autorizado para extenderle la deducción en el caso que planteábamos.

Un tercer aspecto donde se plantean connotaciones prácticas al problema teórico de la autonomía, es el relacionado con la posibilidad de que el Derecho Tributario pueda llegar a asignar personería jurídica tributaria a entidades que, a la luz del Derecho Común, no son personas jurídicas. Es el caso de las sucesiones, de los condominios, e incluso de los conjuntos artísticos, que tengo entendido en el derecho salvadoreño son considerados como una unidad tributaria.

Si ustedes leen legislación extranjera (Perú, Argentina, Costa Rica, el Modelo de Código Tributario para América Latina), verán que esas normas dicen expresamente que la calidad de sujeto tributario puede recaer en entes sin personalidad jurídica de derecho común. Personalmente, siempre me ha costado admitir que un concepto jurídico básico, como el de la personalidad jurídica, sea susceptible de operar en forma distinta según el área jurídica de que se trate. Ser persona jurídica significa la aptitud de ser centro de imputación de derechos y deberes, y no advierto cómo es que un ente puede ser persona a los efectos de ciertos deberes, y no serlo a los efectos de otros, o de otros derechos que el orden jurídico otorgue a las personas morales.

Prefiero creer, con parte de la doctrina contemporánea, que cuando decimos que el Derecho Tributario otorga personalidad a una entidad, el caso es encasillable en una de estas dos posibilidades: a) o está creando una nueva persona jurídica, a todos los efectos, cosa que legítimamente puede hacer; o b) no está creando ninguna nueva entidad, sino que está dando reglas implícitas sobre el modo de aplicar la escala de tasas, asumiendo que esa entidad es una unidad a los efectos de no dividir la base imponible entre sus integrantes y estableciendo tácitamente solidaridad entre ellos. En tal caso, la ley que dijera que los conjuntos artísticos constituyen una “persona tributaria”, en realidad lo que estaría diciendo es que la renta se debe considerar como ganada por una sola entidad (sufriendo por ende la tasa correspondiente al todo, y no a la parte de cada integrante) y que todas las personas jurídicas que integran ese conjunto responden solidariamente a la deuda. De todos modos, pese a que ésa es mi personal opinión, les vuelvo a decir que en la doctrina mayoritaria la posibilidad de esta personalidad restringida, *sui generis*, es admitida generalmente, y marca un tercer carácter que explicita la autonomía del Derecho Tributario.

VI.—ESTRUCTURA DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA:

De acuerdo al programa, hoy nos toca ver la estructura que tiene la obligación tributaria, hablamos de ella en el sentido que le dimos luego de lo expuesto en la charla de ayer, esto es dentro de la relación tributaria, relación compleja, llamábamos obligación tributaria a aquella obligación que habíamos señalado con el número 1, que tenía como contenido dar dinero al Estado por concepto de tributo.

En consecuencia, se trata de analizar esa obligación y descomponerla dentro de lo posible en sus elementos, o sea determinar cuál es la estructura.

Tradicionalmente el estudio de este tema, se hace estableciendo que los elementos de obligación tributaria son: en primer lugar el hecho imponible, o hecho generador; en segundo lugar, la base imponible; en tercer lugar la tasa, alícuota o tipo impositivo; y en cuarto lugar, los sujetos de la obligación. Este esquema que es el tradicional, el clásico, que se ha ido alterando de alguna manera en cuanto algunos autores han ido introduciendo otros elementos; pero básicamente experimenta una reelaboración a través de una corriente que algunos han denominado con cierto sarcasmo de “glorificadores del hecho imponible”, que reduce prácticamente el estudio de la obligación tributaria al estudio del hecho imponible que la genera. En tal concepción no existiría más que: a) un estudio de aspecto material del hecho imponible; b) los sujetos serían simplemente el aspecto subjetivo de ese mismo hecho imponible, y c) la base y la tasa alícuota serían meramente los aspectos cuantitativos de ese mismo hecho imponible.

En este momento, tal vez el énfasis mayor de la última doctrina sea, más que el estudiar la estructura de la obligación como elementos separados, o como facetas o aspectos de un solo elemento, el de analizar la obligación tributaria en su aspecto dinámico. Pero de todos modos, a los solos efectos expositivos, y con la prevención antedicha, vamos a adoptar el esquema clásico, analizando cada uno de los elementos tradicionales.

VI.-1.-EL HECHO IMPONIBLE:

En toda esta materia, las confusiones terminológicas pueden ser infinitas, el mismo concepto, ustedes lo verán referido como “hecho imponible” en la legislación y doctrina argentina y aun española; como “hecho generador” en la legislación y doctrina brasileña, como “fattispecie tributaria” en la italiana; como “hecho gravado” en la legislación uruguaya, etc. Más allá de lo que pueden ser diferencias terminológicas, (porque cada expresión es criticada porque no se adecúa exactamente a lo que se quiere describir), me propongo a usar el término “hecho imponible” simplemente por comodidad del lenguaje, para no enfrascarlos ni hacerles perder tiempo en problemas de mera terminología.

Es necesario decir que si por algo son criticables cualquiera de esas denominaciones, es porque confunden dos cosas que son diferenciables: una, es la descripción hipotética que hace la ley de aquel hecho, que cuando se realice en el mundo exterior, determinará el nacimiento de una obligación tributaria; es decir por un lado hacemos referencia a una hipótesis, a una descripción hipotética que hace la ley, del mismo modo que el derecho penal hace descripciones hipotéticas y les llamamos “tipos penales”, como cuando dice “el que con intención de matar diere muerte a una persona, etc.”, ésa es una hipótesis. También ustedes verán la expresión “hecho imponible” referida, no a la hipótesis legal, sino referida al hecho mismo que en el mundo exterior, en el mundo fenoménico, acaece y al acaecer determina que marca una concreta obligación. Es por eso que la doctrina brasileña más moderna está utilizando por un lado la expresión “hipótesis de incidencia”, para referirse a la descripción contenida en la ley y por otro el nombre de “hecho

generador” para referirse a aquel hecho del mundo real, cuyo acaecimiento genera el nacimiento de la obligación tributaria.

Si ustedes se ponen a reflexionar, verán que en definitiva de lo que estamos hablando es de la técnica en general del derecho. La teoría general del derecho, sobre todo a partir de la escuela formalista y especialmente de Binder, enseña que el derecho, no tiene mandato, no tiene comandos directos dirigidos al individuo, no le dice “no matarás”, “no has de pisar el césped”, el derecho no actúa dando órdenes directas a las personas, sino que se limita a establecer hipótesis y a esa hipótesis conecta una consecuencia. La ley lo que dice es: “si sucede A, entonces por una relación que se denomina relación de imputación jurídica, el derecho quiere que sea B”; y a lo primero generalmente se le denomina condición o hipótesis, y a lo segundo se le llama mandato o sanción; ésta es la estructura general normal de casi todas las normas jurídicas. Con esto lo que quiero enfatizar es que, en su construcción pura, la norma tributaria es una norma común, y ello, porque en algún momento se pensó que el hecho imponible era algo exclusivo del derecho tributario que marcaba su autonomía, porque lo que distinguía al derecho tributario era que trabajaba sobre hechos imponibles. Como vimos en su construcción formal lógica, la norma que prevé que todo aquel que gane ingresos tendrá que pagar un impuesto sobre esa renta, no tiene en su estructura elemental ninguna diferencia con la norma que dispone: que el diera muerte a una persona será condenado a X años de cárcel”; o que “aquel que engendraré hijos estará obligado a servirles pensión en determinadas condiciones”.

Debemos partir de la base de que el legislador para establecer impuestos, debe tomar en cuenta no cualquier hecho de la fenomenología del mundo exterior; tiene que tomar hechos que tengan cierta trascendencia económica, no puede haber impuestos sobre los estados de ánimo, no se pueden establecer impuestos sobre la alegría, sobre la tristeza, no sobre hechos que tengan contenido sociológico, efectivo o espiritual, pero no económico; se trata necesariamente de hechos de profundo contenido económico. ¿Por qué? porque el objeto de esto básicamente es obtener recursos para el Estado, y los recursos sólo pueden obtenerse de modo racional sacándolos de allí de donde las hay, y sólo la vida económica es la que se mueve estructurada en base a recurso.

Algunos autores ven más lejos, y dicen no sólo eso, sino que además, el hecho económico que se aleja tiene que ser indicador de capacidad contributiva, esto es, de aptitud para poder hacer frente a los requerimientos de la ley de impuestos. Esa es una afirmación que sin profundizarla demasiado podemos incluso aceptarla. Históricamente se han conocido impuestos que aparentemente no tenían ninguna vinculación con ninguna capacidad contributiva, por ejemplo la Rusia zarista tuvo impuesto sobre las barbas, resulta que la clase que en ese momento utilizaba barbas era clase terrateniente y económicamente poderosa, en consecuencia podemos pensar que el impuesto sobre las barbas en definitiva era un impuesto que por elevación tendía alcanzar fenómenos de la vida económica indicadores de capacidad contributiva. Lo importante sin embargo, a los efectos de lo que estábamos tratando es que cuando la ley describe el hecho de la vida económica y la vuelve jurídico; es decir, toma un hecho cualquiera de los posibles en la vida económica, que en principio es hecho económico y se vuelve hecho jurídico, hecho relevante, sólo porque es aquél que previó el legislador. Se vuelve jurídico porque es como la tarjeta de la máquina IBM, que salta porque sus perforaciones coinciden con la

hipótesis con la cual programaron la máquina. Dicho de otra manera: el hecho provisto como hipótesis no tiene un carácter jurídico previo; el legislador lo eligió por el contenido de carácter económico que tiene y no por otra cosa, pero sucede que los hechos de la vida económica se dividen en dos categorías: los que son meros hechos, y aquéllos que se conocen con el nombre de actos jurídicos o si se quiere negocios jurídicos; puede haber hechos de la vida económica como el aluvión, que es un hecho económico que posibilitaría el establecimiento de impuesto a su respecto, en el cual la voluntad del hombre no interviene para nada. En cambio hay otros, y son la gran mayoría, que son hechos de la vida económica que además son actos, porque en ellos ha intervenido la voluntad de la persona. Entonces se trata de averiguar qué efecto tiene la voluntad humana sobre la creación de la obligación tributaria; pues bien: la voluntad humana podrá servir para crear el hecho económico pero no la obligación tributaria; la obligación tributaria no nace por la voluntad de las partes, sino que nace porque en el mundo de los hechos, se realizó el hecho económico previsto.

Si el legislador tuvo en cuenta un hecho económico, lo tuvo en cuenta no por el valor que en él tuviera la voluntad de las partes, sino que lo tuvo en cuenta por su contenido económico, por su trascendencia como hecho y no por la voluntariedad que implica como acto; que lo tuvo en cuenta por su trascendencia a los efectos de la economía y no por su trascendencia a los efectos de otra rama jurídica. Esto sirve para establecer por qué la gran mayoría de la doctrina tributaria sostiene que son objeto de imposición, aun los actos ilícitos; porque quien dedica su vida al contrabando evidentemente está realizando actos que, del punto de vista del derecho civil, son nulos por tener causa contraria al orden público y a las buenas costumbres; quiere decir que esos actos que está realizando, marcando y traficando con mercaderías contrabandeadas son desde el punto de vista civil o comercial nulos; sin embargo, a la luz de una hipótesis de incidencia tributaria que diga "aquél que reciba ingresos estará sometido a un impuesto de un 15% de los mismos", más allá de la nulidad que sus actos puedan tener para otra rama jurídica, son los actos económicamente previstos en la hipótesis de incidencia, y en consecuencia debe considerarse que esos actos generan impuestos.

Si analizamos un poco más la forma como opera la voluntad en el negocio jurídico, vamos a ver que en definitiva, la voluntad de las partes si lo quieren ustedes tiene un doble contenido; cuando las partes se ponen de acuerdo con un negocio jurídico, la voluntad de ellas puede analizarse y mirarse de un doble ángulo. Por un lado, las partes quieren obtener determinados resultados económicos y eso es lo que los romanos llamaban "intentio facti", intención de hecho. Si yo quiero quedarme con este grabador, y el dueño de este grabador quiere quedarse con (X) colones, eso es lo que yo le llamo intentio facti, el tránsito patrimonial en el cual los dos estaban de acuerdo. Además, la voluntad interviene en un segundo aspecto: para calificar jurídicamente lo que sustancialmente se desea, y para dar forma y adecuarlo a alguna forma jurídica la cual se denomina "intentio juris". Este es un fenómeno al que los abogados y notarios están acostumbrados, porque todos los días llega a sus oficinas gente que les dice, "mire, sustancialmente lo que quiero hacer con este señor es este tránsito patrimonial; ahora dígame usted cuál es la forma jurídica de esto que quiero hacer yo", por ejemplo le dice: "yo quiero tener este grabador por 30 días y no más, y devolverlo al término, y estoy dispuesto a abonar una cierta suma, y la otra parte está de acuerdo"; el notario le dirá que la forma que corresponde a lo que quiere hacer se llama

arrendamiento, regulado de tal y tal manera, etc. Lo importante es que la doctrina que estoy exponiendo afirma que éstos son dos momentos diferentes de la actuación de la voluntad; que la voluntad interviene por un lado para decidir crear determinados efectos económicos, pero que además la voluntad interviene para elegir la forma jurídica por lo cual se obtenga esos efectos económicos.

Normalmente, cada tránsito patrimonial o negocio económico querido por las partes, tiene su correlato en una forma jurídica que es la que normalmente se le aplica; pero toda la teoría del abuso de la forma, toda la teoría de la simulación, toda la teoría del fraude a la ley parte de la base de que esta concordancia no es ineluctable, que tal vez las partes se pongan de acuerdo al fin económico, pero que no le den la forma jurídica que honestamente le corresponde, sino que le busquen una forma más o menos alambicada. Ustedes se dan cuenta de la importancia que tiene esto desde el punto de vista tributario; la doctrina de la interpretación económica es básicamente una doctrina de interpretación del hecho generador o de la hipótesis generadora, y dice que para saber si en el mundo de la realidad se dio o no la hipótesis prevista en la ley, el aplicador de la ley está autorizado para prescindir de la intentio-juris, para prescindir de la forma dada al negocio jurídico y atender únicamente a las intentio facti, es decir a la trascendencia real y efectiva que en el mundo de los fenómenos económicos tiene este acto.

La doctrina en definitiva a lo que tiende es a posibilitar, no digo al intérprete sino al aplicador de la ley, porque no se trata de interpretar la ley, se trata de interpretar el hecho que tenemos bajo el microscopio, posibilitarle el apartar la forma jurídica que le dieron las partes cuando no es la estrictamente apropiada a la realidad de los hechos ocurridos, y atender en consecuencia a esa realidad. Básicamente reitero, por el carácter económico que tiene el hecho generador, por su carácter de hecho de la vida económica, que el Derecho Tributario no lo acepta con ninguna existencia jurídica previa, sino que el hecho es jurídico tributario, porque la ley tributaria lo previó, dispuso que cuando ocurriera, generara un impuesto. Si el derecho civil también lo previó, y dispuso que cuando ocurriera generara un crédito privado en cabeza de otro, o que cuando ocurriera fuera nulo por nulidad de objeto; si el derecho penal lo previó y dispuso que cuando ocurriera fuera preso el autor, o si otra rama del derecho le asigna alguna otra clase de consecuencias; desde el punto de vista del derecho tributario esas consecuencias son irrelevantes, el derecho tributario lo asume en cuanto hecho económico, atendiendo a la voluntad de las partes en cuanto le dio nacimiento como tal tránsito patrimonial con prescindencia del membrete, el rótulo o la forma jurídica externa dada por las partes.

Vamos ahora a ver la clasificación de los hechos generadores. De una primera clasificación ya hemos hablado, los hechos pueden ser formales o sustanciales; de lo que hablé hasta ahora es de cuando la ley grava un hecho sustancial, y dice "la enajenación de bienes" o "la venta" de bienes estará gravada con un impuesto de tanto; si hay tránsito patrimonial de bienes cualquiera que sea la forma jurídica que se le haya buscado, el derecho tributario lo grava. Algunas veces el legislador, por comodidad, interrumpe la tarea de investigación del aplicador de la ley y le dice: despreocúpese del trasfondo económico, basta con que se suscriba un documento, basta con que se diga debo y pagaré, para que más allá de que la obligación sea nula, aunque no haya substratum económico porque se ha hecho de favor o

responde una verdadera deuda, etc., etc., basta la formalidad para que el impuesto se considere nacido. Hay otra clasificación que se refiere a los actos dividiéndolos en simples y complejos, divide las hipótesis posibles en hipótesis simples y complejas. Simple es por ejemplo, "el poseedor de un bien, paga tanto" se está refiriendo a un solo fenómeno de hecho llamado posesión. Hipótesis más complejas son por ejemplo la del impuesto a la renta, porque el concepto mismo de renta supone el concepto previo de ingreso, el concepto de deducción admisible, el concepto de saldo resultante, es decir, el concepto mismo de renta es un concepto que está integrado a su vez por otro tipo de conceptos.

La tercera clasificación en materia de hechos generadores es la que dice relación con su vinculación en el elemento tiempo, y aquí de paso entramos a cumplir con el programa que hablaba de la dimensión temporal del hecho generador. Desde este punto de vista, el tiempo incide en cuanto al momento en que puede decirse que el hecho generador se cumplió, en cuanto al momento que puede decirse que la obligación no sólo nació, sino que es exigible, y además en cuanto a la ley aplicable, suponiendo que en el interin pueda haberse modificado la ley. Desde este punto de vista los hechos generadores pueden clasificarse en instantáneos y duraderos; la más moderna doctrina brasileña, dice que esa clasificación no es cierta; dice que si la hipótesis prevista tiene tres requisitos, mientras no se cumplió el último no hay nacimiento de obligaciones, pueden haberse dado 99% de las características de la hipótesis que previera la ley, que hasta que no se le dé la número 100, no hay hecho generador, y que cuando se dio la 100, nació en el mismo momento. Es decir, la moderna doctrina discute esa clasificación, afirmando que todos son los hechos generadores instantáneos.

En un plano estrictamente lógico, es posible que les asista razón; pero ello no quita que el tiempo sea relevante. Lo que la aludida doctrina dice del hecho generador tributario, podría decirse también del delito como descripción hipotética; que sin embargo, eso no le quita relevancia a lo que en penal se llama el "iter criminis". Volvemos a efectos didácticos a la clasificación anotada: el hecho instantáneo se desarrolla y se agota en un momento de tiempo, será más grande o más chiquito, pero básicamente lo tomamos como si no ocurriera "en un punto del tiempo". Veamos un ejemplo: una venta, yo no sé cuándo se considera en El Salvador que la venta se perfecciona,¹ pero siempre tiene un momento en el cual se perfecciona, es un típico hecho instantáneo; en cambio un concepto como el de renta, es un concepto que en principio no tiene ningún momento porque la renta es un fluir que se da en el decurso del tiempo. Ahora bien, la ley tiene dos soluciones frente a un hecho que se va desarrollando a lo largo del tiempo: una de ellas es fingir que, a pesar de que se va desarrollando así, el hecho generador se produce en un determinado momento y nada más; el legislador lo vuelve instantáneo. Personalmente creo que eso es lo que ha hecho la ley salvadoreña en el caso de la renta, al decir que "por los efectos de esta ley la renta se considera ganada a la media noche del día, en que termine el ejercicio de imposición correspondiente" (Art. 32). Voy a dar otro ejemplo: si quiero poner un impuesto a los anuncios y avisos que se coloquen en la calle y para no tomar el trabajo de estarlos cobrando periódicamente, considero que el hecho generador se produce cuando se instale el aviso, de allí en adelante me despreocupo, es en ese momento que le cobro el impuesto; para mí el hecho imponible se produjo ahí, no en otro momento.

¹ Se perfecciona cuando hay acuerdo de voluntades, Art. 1605 C.

La otra solución que se puede adoptar frente al hecho que se desarrollen en el tiempo, es fraccionar ese tiempo en períodos, p. ej. la renta es un fenómeno que se va realizando a lo largo del tiempo, pues entonces lo fracciona en períodos, lo analizo en períodos anuales. La renta es un flujir permanente, es una suma algebraica, yo gano dinero pero gasto para obtener ese dinero, y siempre estoy en un equilibrio absolutamente inestable; en algún momento, en algún período tengo que balancear cuentas, decir: "gané 100, gasté 40 en obtenerlos, mi renta líquida fue de 60", ¿desde qué punto de vista esto es especialmente importante? Desde el punto de vista de que si mientras se va realizando el fenómeno en el tiempo, se produce el advenimiento de una nueva ley o la modificación de ella, y toma el hecho generador permanente en un momento en el cual el período todavía no se había consolidado, esta nueva ley puede aplicarse sin implicar retroactividad. Esto es lo que la doctrina llama "falsa retroactividad", si el período es del 1º de enero al 31 de diciembre, hasta ese momento el hecho generador no se completa, y por ende la ley decretada el 15 de diciembre se aplica a ese año, sin involucrar un caso de retroactividad.

El segundo tema que me interesa destacar, es en cuanto al aspecto especial del hecho imponible; porque, no la hipótesis que es una hipótesis jurídica ideal; pero sí el hecho del mundo de los fenómenos se desarrolla, así como tiene su sede temporal, tiene también su sede espacial. Entonces debemos preguntarnos, ¿qué es lo que permite al gobierno de El Salvador cobrar algunos impuestos y otros no?, digamos ¿por qué el gobierno de El Salvador grava la renta de los salvadoreños en el extranjero y no grava la renta que ganan los ciudadanos japoneses domiciliados en Tokio? Sirva este ejemplo para poner de relieve que entre el hecho generador del mundo fenoménico y la pretensión impositiva del Estado tiene que haber lo que la doctrina llama "puntos de conexión"; algún punto de conexión tiene que tener el fenómeno descrito, con el Estado que esté ejerciendo el poder de imposición. Esos puntos de conexión son básicamente: 1º) que el hecho tenga lugar en el territorio del Estado; 2º) que el hecho tenga como sujeto participante a una persona domiciliada en el Estado de que se trate; 3º) que el hecho tenga como sujeto a una persona nacional o ciudadana del Estado cuya posición estamos hablando. En definitiva, los puntos de conexión que tiene que tener el hecho generador, con el Estado que lo está asumiendo como hipótesis de su norma tributaria, son: o un vínculo de carácter político (nacionalidad o ciudadanía), o un vínculo de carácter social (domicilio), o un vínculo de carácter económico (criterio de carácter territorial). Esto me permite aclarar un poco el concepto de doble imposición que di en la charla anterior, cuando me refería a ello quería decir que se produce el fenómeno de doble imposición, cuando un mismo hecho resulta gravado por dos Estados con el mismo impuesto simultáneamente, y ¿por qué puede suceder eso? porque un Estado grave de acuerdo al criterio del territorio y el otro grave de acuerdo al criterio del domicilio; puede ser que un estado tenga un concepto respecto de dónde se desarrolla una actividad y que el otro un concepto distinto; puede ser que un Estado grave de acuerdo a la ciudadanía y el otro grave de acuerdo al territorio; en consecuencia la renta que un ciudadano salvadoreño gane por ejemplo en el Uruguay, estará sometida a doble imposición, ¿por qué? porque Uruguay dirá: de acuerdo al criterio territorial esta renta fue ganada en mi territorio y la gravo, y El Salvador dirá: de acuerdo al criterio político en que baso mi imposición, esta renta es ganada por un ciudadano salvadoreño en el exterior y como está domiciliada normalmente en El Salvador, también la gravo.

VI.-2.-LA BASE IMPONIBLE:

Vimos ayer qué concepto teníamos del hecho imponible; pero eso sólo no basta, porque como la finalidad de todo esto es traducir esa manifestación de capacidad contributiva en un ingreso concreto en arcas del Estado, también el elemento cuantitativo tiene que jugar, es decir, tiene que haber un puente que permita pasar de un puro fenómeno económico, a un fenómeno cuantificable; en consecuencia tiene que buscarse alguna medida, alguna cierta dimensión referida al propio hecho generador que sirve para completar la cuantía de la obligación, aplicando sobre ella el tipo impositivo.

En algunos casos el aspecto cuantitativo del hecho imponible está implícito en sí mismo, por ejemplo si yo estoy gravando renta, ésta ya tiene una dimensión numérica por sí, gané 1000 colones, gané 2000 colones, quiere decir que prácticamente el hecho generador me está diciendo cuál es la faceta, la arista que yo tengo que tomar para concretar en números la obligación emergente, en ese caso yo diré: bueno el tipo impositivo del 5% por ejemplo lo aplico sobre los 1000 ó 2000 colones que gané y tengo el impuesto debido, la cuantía exacta de la obligación. Pero existen además otras manifestaciones de riqueza que la legislación toma como hecho imponible, en la cual el asunto no es tan sencillo; por ejemplo los inmuebles u otro tipo de actividades. En esos casos, desde el punto de vista de la técnica legislativa el problema es doble: por un lado se trata de determinar cuál faceta del hecho vamos a elegir como base imponible, y en segundo lugar cómo vamos a cuantificar y valorar el aspecto que hayamos elegido como base imponible.

Vayamos al primer aspecto, o sea cuál es la faceta o módulo del hecho imponible que puede elegirse para cuantificarlo. A mi entender, la faceta que se elija debe tener una cierta relación racional, una cierta congruencia, con el hecho imponible en sí; pero debo informarles que esta opinión no es unánimemente admitida, y que profesores de la talla del Dr. Dino Jarach han afirmado la libertad del legislador de elegir cualquier base.

El tema es importante, porque por vía de la selección de bases imponibles, puede llegarse a cambiar la función económica misma del tributo, alterando de modo indirecto su hecho generador. Por ejemplo: en la República Argentina existe, a nivel nacional, un impuesto sobre la renta; ahora bien, las entidades territoriales menores crearon un impuesto que aparentemente no era sobre la renta, sino que tomaba como hecho generador el desarrollar actividades lucrativas. Pero en el momento de elegir la faceta o índice de esta actividad lucrativa, para servir sobre base imponible, se estableció que ese impuesto sobre la actividad, tenía como base de medición el ingreso que ella generaba; de tal manera, en los hechos, puede ser considerado más que como un impuesto a la actividad, como un gravamen sobre ingresos, similar ya que no igual, al impuesto de la renta.

Quizá ustedes que constituyen un Estado unitario, no tengan el problema de reparto de competencias tributarias; pero en estados con descentralización tributaria, ése es un real problema; en Brasil, p. ej., para salir de una casi total anarquía en este aspecto, la Constitución repartió las competencias fiscales entre el Estado Nacional y cada entidad estadual, y agregó que no se podía establecer como base imponible de un tributo lo que fuera hecho generador ya previsto para otro tributo.

En cuanto los problemas que presenta el determinar el valor de la base imponible, me llevaría demasiado tiempo hablar de ese aspecto, quiero simplemente dejar constancia de que en toda la tributación sobre los patrimonios y toda la tributación sobre la riqueza, uno de los grandes cuellos de botella que tiene sistemáticamente, es el problema de las valuaciones y específicamente de la valuación de los bienes inmuebles el que a su vez está conectado a un problema catastral bastante complicado pero lamentablemente no dispongo de tiempo para explayarme sobre eso.

VI.—3.—EL TIPO IMPOSITIVO:

Nos estamos refiriendo a aquel elemento que, aplicado sobre la base imponible, permite cuantificar la obligación tributaria. En general se puede hablar de dos tipos impositivos, aquéllos de carácter específico que supone que la ley establece, por ejemplo: el vino pagará cinco colones por botella, etc., o sea que están expresados en moneda sobre cantidades físicas, y los que genéricamente se conocen como advalorem, en los cuales el tipo impositivo es un porcentaje de la base imponible. La base imponible era un aspecto cuantificable del hecho generador, y sobre ese aspecto cuantificable siempre expresable en números, se aplica entonces el impuesto de tipo advalorem.

Los impuestos específicos (5 pesos por quintal, etc.), si bien son bastante más sencillos de aplicación, porque permiten soslayar todos los problemas de evaluación desde el punto de vista de la utilización del impuesto como herramienta de política tributaria, son bastante desaconsejables porque no permiten cuantificar de ninguna manera la incidencia económica que pueda tener el gravamen en sí. Si decimos que el whisky pagará 10 colones de impuesto por botella, pagará lo mismo la botella que vale 2 dólares, la que vale 8 dólares, la de 30 dólares; y resulta que el tipo específico que se aplica en cada botella significa un porcentaje diferente de acuerdo a la calidad de whisky de que esté tratando; en consecuencia, este tipo de impuestos suelen volverse regresivos, porque para la bebida más ordinaria la misma detracción en colones significa un porcentaje de su precio mucho mayor, que para la bebida más fina. Trabajando con impuestos específicos sus efectos económicos son imprevisibles porque como están desconectados del valor, y los efectos económicos se dan justamente en función del valor, uno pierde las riendas de la conducción de los efectos económicos que pueda tener el impuesto que está aplicado.

Respecto de los impuestos porcentuales, digamos simplemente que hay dos formas básicas de imposición de tipo porcentual: los impuestos de características proporcionales, y los impuestos de características progresivas. Cuando aplicamos un impuesto de tipo proporcional la detracción porcentual que efectuamos se mantiene constante no obstante el incremento que pueda tener la base imponible. En los impuestos progresivos la técnica es distinta; la tasa impositiva misma va subiendo a medida que aumenta la base de riqueza sobre la que se está aplicando. Dentro de la progresividad se conocen dos formas técnicas más o menos definidas, una de ellas es la progresividad por escala, y la otra es la progresividad simple. Tiene forma de progresividad por escala por ejemplo, la ley de impuesto a la renta salvadoreña y el impuesto de exportación del café, dice: hasta 10 el impuesto es un 10%, por el excedente de 10 a 20 el impuesto es un 20%, por el excedente de

20 a 30 el impuesto es un 30%. Cuando estoy haciendo una progresividad por escala, la tasa que pago nunca es la nominal que indica la ley, porque esa tasa del 30% está dedicada exclusivamente a aplicarse sobre el incremento, es la tasa marginal y no la efectiva. Este tipo de estructura de tasa tiene ventajas e inconvenientes; tiene la ventaja de que hace la curva de tasa muy suave, es decir que no es nada abrupta, va creciendo muy poquito a medida que va aumentando la materia imponible, la tasa crece pero crece muy despacio, ¿por qué? justamente por eso, porque las bases sucesivas no abarcan el todo, sino que operan dentro de cada escala; los primeros 10 siempre pagan el 10%, la tasa del 20 sólo se aplica sobre el segundo tramo, etc.

La otra forma de aplicar tasas progresivas es la progresividad de tipo directo, en la cual la tasa que indica la ley se aplica sobre toda la base imponible. En el ejemplo anterior, la ley diría que el que gane hasta 10 paga el 10% y el que gana hasta 20 paga el 20% y el que gane hasta 30 paga el 30%, pero la tasa se aplica sobre la totalidad de todo. Este tipo de progresividad de una curva de tasas más inclinadas; la curva se va para arriba muy rápidamente porque la nueva tasa se está aplicando sobre el total, en cambio en la progresividad por escala, la tasa que dice la ley siempre es algo mayor de la que efectivamente se aplica, porque la tasa que indica la ley no es la efectiva sino la marginal, la tasa que está pagando la última fracción de riqueza gravada. También la progresividad simple tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Es un útil instrumento técnico en impuestos con finalidad redistributiva, justamente porque se va haciendo cada vez más fuertemente gravosa a medida que aumenta la base imponible. En cambio, tiene como inconveniente el hecho de formar "escalones", creando un altísimo costo en caso de pasar de una escala a otra. Para seguir con el ejemplo dado: si la tasa es de progresividad simple, y gano 19 pagaré el 20% sobre ello, o sea 3.8. Pero si llego a ganar 21, pago el 30% sobre todo, o sea 6.3. Se da el caso paradójico que sólo dos unidades de aumento en la base imponible (21-19), me provocan 2.5 de incremento el impuesto (6, 3-3, 8). Ello no sólo es injusto, sino también crea problemas en términos de administración tributaria, pues el contribuyente hará todo lo posible para reducir artificiosamente su declaración buscando caer en la tasa inferior. ¿Cuál es el fundamento de esta progresividad?, ¿cuál es el fundamento de este tipo de tasa?, ¿por qué preferir la tasa progresional o progresiva y no la tasa proporcional? Esto tiene dos clases de fundamento: fundamento técnico y político. El fundamento técnico era su vinculación con las llamadas "teorías del sacrificio" a su vez basada en la teoría de la utilidad marginal del valor. En términos marginales tengo que suponer que el valor de la última unidad de dinero ganada por este señor que gana \$30.000 es inferior en término de sacrificio al de la última unidad de dinero de otro señor que sólo gana \$3.000; y esto justifica que esté aplicando tasas mayores al primero, porque en términos marginales le estoy quitando bienes de menor valor económico relativo.

La teoría de la utilidad marginal como fundamento científico de la progresividad choca con una objeción difícil de superar, y es de que no hay posibilidad de comparar las utilidades psicológicamente atribuidas por dos personas a dos bienes distintos. En otras palabras, la teoría de la utilidad marginal puede funcionar si yo fuera el que decide todo; pero no hay manera posible de intercomparar la utilidad que el señor "A" le asigna al colón número 100,000 que él tiene, con la utilidad que yo le asigno al colón número 40,000 que tengo. Los americanos dicen que "no hay puente" para medir qué tanta satisfacción obtenga yo, qué tanta ne-

cesidad tengo yo de mi último peso, mi peso marginal y compararla y trasplantarla a qué tanta satisfacción o necesidad experimenta otro porque no hay comparación intersubjetiva de utilidades. Para una dama, el asistir a la peluquería tendría un valor importantísimo y el colón que dedicara eso tendría un valor entonces no lo puedo comparar con qué tanta satisfacción experimenta otra persona por ir al football o al boxeo con ese mismo colón o con un colón ubicado 10.000 escalones más allá en un volumen de riqueza.

Desde el punto de vista científico y técnico últimamente ha sido sometido a muchísimos embates la teoría de progresividad basada en la teoría de sacrificio; pero de todos modos, desde el punto de vista político las colectividades políticas siguen sintiéndole así, es decir las colectividades políticas siguen encontrando intrínsecamente razonable y justo que el que tenga más pague no proporcionalmente sino sustancialmente más que el que tiene menos, porque evidentemente es uno de los medios que puede contribuir a que el impuesto sea instrumento de redistribución de riqueza; en consecuencia la progresividad y el grado de progresividad se ha vuelto uno de esos temas sobre los cuales en definitiva se vota, es decir, tema de tipo estrictamente político; ¿qué tan empinada se quiere la curva del impuesto a la renta?, es un tema esencialmente político, no hay argumento científico indubitable ni en ningún sentido ni en otro; simplemente se considera que políticamente la colectividad desea que al que gane 2 millones de dólares al año sus últimos 100 mil dólares tengan una tasa del 60%, pero que consideraría irrazonable que le sacaran el 95% de eso, es decir, el fundamento en definitiva se vuelve de tipo estrictamente político.

VI.-4.-LOS SUJETOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA:

En cuanto al tema de los sujetos, ya habíamos visto que son dos: el sujeto activo y el sujeto pasivo. Sujeto activo es estrictamente el que es acreedor de la obligación tributaria. Adviertan que el concepto de acreedor de la obligación tributaria no se identifica necesariamente con el concepto de quién tiene potestad tributaria, con el que impone el tributo. Claro está, que en un impuesto de tipo nacional sancionado por el Congreso, el que impone el tributo es el Estado a través de su Poder Legislativo y el que es acreedor de ese impuesto, es el Estado a través de la administración, en cuyo caso coinciden las calidades; pero pueden diferir esas dos condiciones, si por ejemplo, la Asamblea Legislativa decreta impuesto en beneficio de los municipios; en ese caso el que tiene el poder tributario, la potestad tributaria, es el Estado; pero quien es sujeto activo de ese impuesto es el ente que es acreedor de él, en este caso es el Municipio.

De todos modos, la característica más importante que asume la obligación tributaria desde el punto de vista del sujeto activo, es su carácter de indisponible, es decir, que como se trata de una obligación que no nace de la voluntad ni del deudor ni del acreedor, sino que tiene su origen en la ley, es una obligación *ex lege*. Según lo hemos visto en charlas anteriores, el acreedor se encuentra en la situación de que tiene el derecho, pero además el deber o el "derecho-deber" como dos caras de una misma moneda, de exigir la obligación tributaria; no está en sus manos el poder disponer de ella. Hay un instituto en la legislación salvadoreña, o en la práctica salvadoreña, que podría hacer pensar otra cosa, que es el instituto de la "entrevista", previsto especialmente entre los trámites del impuesto a la renta

para cuando se practique una liquidación de tipo complementario. En algún momento de acuerdo a la ley, se sientan administración y contribuyente y hacen una entrevista de la cual puede surgir algún tipo de acuerdo. Quiero señalar que, en estricta teoría, el acuerdo puede versar sobre cuestiones de hecho, el acuerdo puede tener como consecuencia que se den aclaraciones recíprocas o que se produzcan reconocimientos recíprocos, pero todos ellos referentes a cuáles han sido realmente los hechos, pero no puede revestir, por lo menos en teoría, carácter de transacción, en la cual la administración haga concesiones, no pueden haber concesiones de una parte a la otra, porque desde el punto de vista de la administración ésa es una deuda de la cual no puede disponer, está obligada a cobrarla en la dimensión exacta que nació del hecho generador. No obstante ello, algunos países como Ecuador, tienen institutos como el "concordato tributario", en el que quizás el principio de la indisponibilidad sufre alteraciones pero son casos excepcionales.

Desde el punto de vista del otro polo de la ecuación, sujeto pasivo es el que está obligado a cumplir, o sea el deudor de la obligación. Aquí empieza una distinción que se está abriendo camino en todas las legislaciones, y que es relevante, según lo cual los sujetos pasivos se dividen en dos categorías: aquéllos que se denominan contribuyentes, y aquéllos que se denominan responsables. La diferencia entre la categoría de contribuyentes y la categoría de responsables es la siguiente: el contribuyente debe el impuesto, porque él participó en el hecho generador; el hecho generador, así como tiene su aspecto material y su aspecto cuantitativo, tiene también su aspecto subjetivo, porque todo hecho de la vida económica necesariamente es atribuible o atribuido a alguien, no podría existir sin un sujeto al cual atribuírsele. Si yo gravo como hecho generador la transmisión, alguien es trasmittente; si gravo la "adquisición", alguien es adquirente; si yo gravo la "posesión", alguien es poseedor; es decir, todo hecho de la vida económica como tal tiene implícito en sí su aspecto subjetivo. Cuando hablamos de contribuyente, hablamos justamente de la persona que debe el tributo, porque él estaba, o a él le era referible el hecho previsto en la ley como hipótesis y que se realizó en el mundo de los hechos.

Cuando hablamos de responsable, hablamos de un instituto distinto; hablamos de una persona que en principio no participó del hecho generador; que en principio a él no le es atribuible el hecho generador, pero al cual la ley por razones técnicas, por razones de comodidad, le atribuye el carácter de deudor tributario; por ejemplo un impuesto sobre la renta que grave la renta derivada del trabajo, el que la percibe, el que conjuga el verbo típico, el verbo del hecho generador, es evidentemente el empleado; él recibe el ingreso gravado, él es el contribuyente; pero la ley normalmente establece que el patrono, tiene obligación de retenerle del salario, y de ingresar la suma dentro de un plazo. Ustedes advierten que el patrono no es contribuyente, porque respecto de él no se produce el hecho imponible; la ley lo establece expresamente por razones de comodidad administrativa, exclusivamente por ese tipo de razones. Entonces el patrono pasa a deber, a estar sometido a determinada conducta simple y exclusivamente porque la ley así lo establece.

Toda la terminología que estamos usando es muy convencional, porque en puridad yo no puedo distinguir un "contribuyente" de un "responsable", como si el contribuyente no fuera también responsable. Incluso algunas legislaciones denominan al responsable "responsable por deuda ajena"; en realidad, desde el momento que la ley le dice que tiene que pagar, es responsable por deuda propia, la

expresión da un poco idea de que es responsable porque a la ley se le ocurrió ponerlo, porque si no, estaría totalmente ajeno. Si en un país no tienen instituto de agentes de retención, el patrono paga el salario y no pasa nada y el fenómeno tributario se produce exclusivamente en cabeza del trabajador. Sucede que la nueva técnica tributaria está utilizando impuestos muy masivos, impuestos que abarcan a muchas personas, en un país la masa trabajadora puede ser algo así como de doce millones, manejar esa cantidad de empleados, controlarlos, aun con los mejores métodos, es casi imposible; pero esos doce millones de empleados en definitiva son empleados de una suma infinitamente menor de empresas, son empleados de 100 mil empresas, y entonces, manejar y controlar 100 mil empresas, es mucho más fácil desde el punto de vista de la administración tributaria. Es por eso que se ha ido recurriendo por razones de comodidad administrativa al instituto de los responsables y específicamente a los agentes de retención y a los agentes de percepción, que son dos categorías que está señalando la doctrina. La diferencia básicamente sería que el agente de retención primero "tiene" y después "retiene", es decir el patrón tiene todo el sueldo del empleado antes de pagarlo y en momento de pagarlo le retiene una suma determinada; en cambio el agente de percepción no ha tenido previamente ese dinero, el caso típico puede ser el de los notarios, a los que algunas legislaciones obligan a que cuando delante suyo esté circulando el dinero derivado de la compra-venta de un inmueble, perciban en ese momento la suma correspondiente, o puede ser el caso de algunos impuestos sobre espectáculos públicos en los cuales se establece que el contribuyente es el espectador, pero el propietario de la entidad teatral o cinematográfica es el encargado de percibir conjuntamente con el precio de la localidad la suma correspondiente. También la ley suele establecer responsabilidad directamente en cabeza de sucesores, como cuando establece que cuando compra una empresa mercantil se hace cargo del pasivo fiscal, salvo que obtenga determinada solvencia, y si no la obtiene pasa a ser responsable, o cuando establece que los padres y los representantes legales tienen responsabilidad personal y solidaria con los incapaces, por la forma como cumplen las obligaciones fiscales atribuibles a los incapaces o a las entidades que de ellos dependen o que representan.

Las situaciones que se pueden dar respecto de estos agentes de retención son muy variadas, pues la sola presencia de un agente de retención genera las relaciones por lo menos en tres hipótesis: primero, hay que determinar qué sucede cuando el agente omite retener y por consiguiente no entera el impuesto retenido porque no lo retuvo; en ese caso normalmente las legislaciones establecen que hay infracción tributaria y la castigan como tal, y establecen además que son solidariamente responsables el contribuyente y el agente de retención omiso. El segundo caso, se da cuando retiene y no ingresa, es decir, yo soy empleado, mi patrón me retiene el impuesto a la renta correspondiente pero omite remitirlo al fisco; el punto crucial es saber cómo puedo yo, si voy a tener que pagar de nuevo por considerar que todavía mi vínculo jurídico con la administración no se extinguió o si por el contrario, como no dependía de mí dejarme retener, debe entenderse que la retención que me han efectuado surte efectos de pago a mis efectos y que mi patrón se entienda con la oficina impositiva respecto a la responsabilidad tributaria e incluso penal que pueda tener. Aparentemente, las últimas legislaciones están reconociendo que cuando el agente de retención retiene, para el retenido, para el empleado se opera pago, y que su relación con el fisco se extingue, porque en definitiva es problema del fisco, elegir bien sus agentes de retención y controlarlos, porque vienen a ser una especie de intermediarios forzosos entre el contribu-

yente y el Estado. La problemática tercera que se plantea, es cuando el agente de retención retiene en exceso, pero excede un poco de lo que podríamos tratar en el tiempo disponible, y por lo que sólo lo enunciamos.

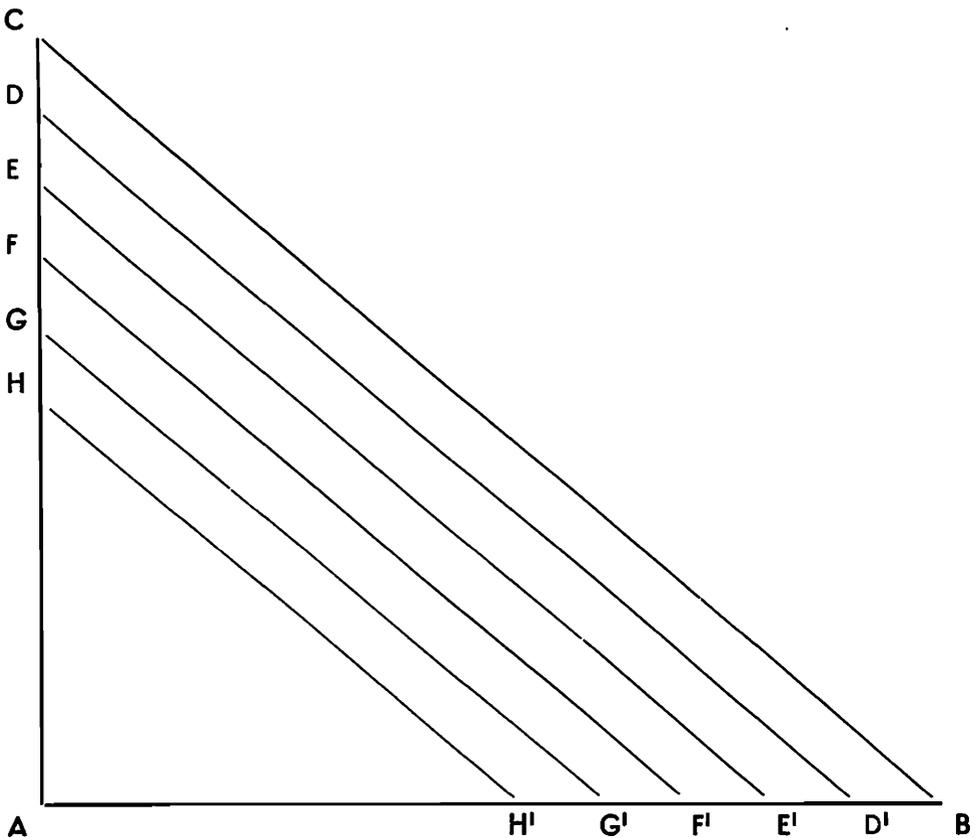
El último punto respecto de los sujetos pasivos, lo que hablábamos un poco a raíz de una pregunta que me habían hecho hace dos o tres charlas, es la posibilidad de que el derecho tributario asigne "personería tributaria" a entidades que no son personas jurídicas desde el punto de vista del derecho general; es el caso de las sucesiones, es el caso de los conjuntos artísticos, es el caso de los condominios, es el caso de los llamados patrimonios de afección en ciertas legislaciones. Yo tengo que reconocer que la gran mayoría de las legislaciones y los códigos tributarios contemporáneos, establecen expresamente que son sujetos pasivos las entidades sin personería jurídica, pero les sigo diciendo que en mi entender personal, lo único que están haciendo es una forma elíptica de referirse a una situación que es distinta, que no es de personería. Cuando me dicen que el conjunto artístico paga impuestos a la renta como una unidad, a lo sumo me podrán estar diciendo que la base imponible la tengo que tomar de modo distinto, y que hay una solidaridad entre todos los integrantes, me pueden estar diciendo que lo tomen como una unidad, a los efectos de que si los que componen el conjunto son tres, si al conjunto le pagan 30 dólares por actuar, yo, como lo asumo con una unidad y no la que correspondería para cada uno de los integrantes. Me podrán estar dando pautas más o menos especiales para la consideración de la base imponible o del tipo o alícuota aplicable en el caso; pero sigo creyendo que en juridad no hay creada una nueva persona jurídica de carácter estrictamente tributario. En esta materia, si seguimos todos creyendo que el Derecho y el orden jurídico es una unidad dominada por el principio de no contradicción, me parece que la alternativa es de hierro: o "eso" es una persona jurídica a todos los efectos que tiene su vida jurídica total y no sólo tributaria, que mediante esa vida jurídica total obtiene fondos que integran su patrimonio y con el cual paga; o de lo contrario no tiene patrimonio, no es centro de imputación de otros derechos económicos y hasta por esa misma razón, si no es centro de imputación de otros derechos económicos, no tiene patrimonio con el cual pagar su impuesto. Me parece que el dilema sigue siendo de hierro: o es una perifrasis o estamos hablando de auténticas personas jurídicas creadas por otra rama del derecho.

VII.—ASPECTOS ADMINISTRATIVOS, REPRESIVOS Y CONTENCIOSOS:

Ya tenemos un día atrasado respecto al calendario que nos habíamos fijado, y, creo que el tema de la charla de mañana sobre Política Fiscal, es lo suficientemente importante como para no sacrificarlo; en consecuencia, vamos a ver si en el lapso de hoy podemos, no digo referirnos al Derecho Tributario Represivo, al Derecho Tributario Administrativo y al Contencioso Tributario porque evidentemente los tres temas exceden el tiempo disponible, y cambiando un poco el enfoque, podemos charlar sobre los principales problemas que puedan tener esas tres ramas. Como ven, de un modo u otro, este ciclo va a venir a quedar centrado en su atención sobre la obligación tributaria sustantiva, siguiendo sin querer una de las corrientes doctrinarias, que dice que el estudio de la obligación sustantiva es lo específicamente tributario, la materia propia del Derecho Tributario. Lo demás del Derecho Tributario sería, para esta tesis, parte de otros derechos con vinculación a lo tributario; así el Represivo Tributario sería solamente Derecho Penal,

aplicado a la tributación; el Derecho Tributario administrativo sería Derecho Administrativo aplicado a la Tributación; el contencioso tributario sería Derecho Procesal aplicado a la Tributación. No por compartir esas tesis, sino para intentar dar en el lapso de la charla de hoy una visión un poco más viva, más comprensible, de lo que encontramos y lo que van a encontrar ustedes al salir a ejercer la profesión, y actuar en el asesoramiento, vamos a ver si podemos cambiar un poco la óptica de todo esto. En consecuencia, sin pretensión de dar esos tres temas, vamos a hablar de una manera u otra respecto a ellos.

Vamos a partir de este enfoque: vamos a suponer que hemos creado un impuesto determinado y que traduciéndolo a gráficas sobre un eje A-C colocamos todos los contribuyentes respecto de los cuales se produce el hecho generador consistente en obtener ingresos o poseer inmuebles, lo que ustedes quieran y sobre el otro, A-B, ponemos la base imponible, la cuantificación de ese hecho generador. Teóricamente el área de ingresos fiscales tenía que ser el área A-B-C; en base a eso, teóricamente, el Estado podría prever su nivel de gastos y efectuar gastos en consecuencia con este ingreso. Sin embargo este campo tan amplio a primera vista



a poco que empecemos a pensar, empieza a tener retaceos, ¿por qué? Porque hay un primer sector de personas (CD) que serían contribuyentes, que de un modo u otro quedan exentos: es decir que hay un primer campo de reducción, que vendría dado por la serie de exenciones que van a estar incidiendo en este aspecto; serán exenciones de tipo subjetivo, en consideración a la persona, como el caso de las entidades no lucrativas, las entidades de beneficencia, que no pagarán impuesto a pesar de que respecto de ellas en teoría se da el hecho generador, o serán exenciones de tipo objetivo, determinados artículos que no se quiere que su tráfico esté gravado, etc. Pero aún así, nos quedaría el campo A-D'-D para aplicar sobre él, la tasa, y seguramente tendríamos un buen ingreso; o si lo quieren a la inversa, trabajando con tasas menores, podríamos obtener el mismo ingreso que buscamos. Sucede sin embargo que enseguida aparece otra área (D-E) que se trata de contribuyentes no identificados: de un modo y otro la Administración resulta impotente para poder visualizar exactamente en cuántas personas físicas o jurídicas se está dando el hecho generador de que se trata, cuántos son en lo que están generando ingresos, cuántos son los que están haciendo transacciones mercantiles, etc.: esta área D-E, corresponde a los que, siendo contribuyentes (porque a su respecto se da el hecho imponible), no se han identificado: éstos son los que están en la clandestinidad.

Hay una tercer área (D-F) de contribuyentes que están identificados, pero no presentan declaraciones. Respecto de ellos lo que sabe la administración es que tienen su número de registro número tal, pero hace tres o cuatro años que no presentan declaraciones: se ignora si no la presentan porque han cesado en los giros o si no la presentan porque están muy cómodos sin pagar impuestos.

Hay una cuarta área (F-G) de contribuyentes que presenta declaraciones, pero que falsean los datos contenidos en la declaración. Es decir que teniendo que declarar 100 de base gravada, declara 70. Por último hay una quinta área (G-H) de personas que declaran en las mismas condiciones, pero que, en la medida de lo posible no paga sus impuestos: es decir que cumple con su obligación de declarar, declarar al 100% el 60%, pero sustancialmente omite pagarlo. Entonces ustedes pueden advertir cómo, un impuesto previsto para un nivel determinado de gastos, estructurado para una determinada tasa partiendo de la base de que su materia gravada era el área A-B-C, en términos de recaudaciones efectiva queda circunscrito al área A-H-H; sustancialmente más chica. Qué tamaño tiene cada una de estas brechas, la brecha entre los que tendrían que ser identificados y que son identificados realmente; la brecha entre los que siendo identificados tendrían que presentar declaraciones y los que la presentan efectivamente; la brecha entre los que presentan declaraciones por montos que ellos estiman y lo que tendrían que declarar realmente, la brecha entre ellos y los que pagan; qué dimensión tiene cada una de estas brechas, es un asunto que depende evidentemente de cada país y de cada administración. Yo diría que lo único que puedo afirmar, es que en estas brechas se juega la vigencia real de la tributación; que en ellas es involucrada por un lado la eficiencia de la administración tributaria y por otro lado la aptitud de los tributos para poder cumplir los efectos económicos que se le han atribuido, y por otro lado también la posibilidad de que el Estado incremente sustancialmente su nivel de gastos acudiendo a fuentes de financiamiento racional.

Esta primera área (C-D) es un área de resorte legal; contra ésta la administración no puede hacer nada, porque es el legislador el que en base a pautas socio-

políticas determina las exenciones. Pero los demás, de un modo u otro, son áreas de evasión tributaria. Esta última área (G-H) que es la de quienes declarando no pagan, es un área de cobranza coactiva, del contencioso tributario del punto de vista de la pretensión insatisfecha. Allí tienen ustedes lo que a mi juicio es el drama de la vivencia práctica del derecho tributario y la explicación de por qué muchas veces se han atribuido a los impuestos efectos sobre el sistema económico que no se han llegado a dar; porque una cosa es hablar de cuáles son los efectos teóricos de un impuesto determinado, calculando que abarca el 100% de la base imponible y otra cosa es trasladar eso a la realidad con índices de evasión del 40, 45, 50% como se registran en los países de Latinoamérica.

VII.-1.-LA EVASION:

Para no discutir sobre palabras, aclaro que estoy denominando “evasión fiscal” cualquier tipo de privación del ingreso debido al fisco. Algunos autores distinguen entre evasión legítima y evasión ilegítima; otros distinguen la evasión de la elusión, etc. En general los autores que hacen estas distinciones se refieren a aquella hipótesis que vimos hace días en que la forma del negocio jurídico es anómala respecto del contenido económico: cuando quiero obtener un efecto económico determinado y busco una forma jurídica alambicada. Si uno acepta la teoría de la interpretación económica, esto es evasión punible, castigable; pero quien no acepte la teoría de la interpretación económica, y sostiene que las palabras del derecho tributario que tengan su connotación en derecho privado deben ser tomadas en el estricto sentido que tienen en derecho privado, el ejemplo en el que estábamos trabajando, del arrendamiento por 100 años para eludir el impuesto a la venta sería un caso de elusión legítima.

Los autores no se han puesto de acuerdo respecto de cuál es la línea divisoria entre la evasión, claramente ilícita, y la elusión, en principio lícita en virtud de que las partes son libres de elegir la forma bajo la cual realizarán sus negocios. Básicamente, hay dos grandes criterios para dividir uno y otro concepto; el criterio temporal o cronológico, preconizado por Gómez de Souza, dice que hay evasión cuando, luego de acaecido el hecho imponible, se le “disfraza” con formas jurídicas anómalas; en el caso de elusión, por el contrario, no se habría realizado nunca el hecho imponible. El otro criterio de distinción es de tipo subjetivo: si adopté la forma anómala con el propósito de disminuir el impuesto resultante, hay evasión; si adopté esa forma por otros motivos, sin estar influido por el propósito de evitar impuesto, habría elusión legítima; éste es un criterio que en algún momento han manejado los tribunales norteamericanos.

¿Por qué se produce la evasión tributaria? ¿Cuáles son las causas? Es un fenómeno que por sí solo daría para conversar en forma de seminario, en mesa redonda, un buen número de horas. Muy sintéticamente me permito decir que en el fenómeno de la evasión primero influyen factores de tipo de moral media; desde ese punto de vista el hombre latino es totalmente diferente del hombre sajón. El hombre sajón tiene un concepto del cumplimiento tributario que el hombre latino no lo tiene, los latinos nos hemos ido formando un poco bajo el influjo de Santo Tomás que decía que el delito fiscal, la evasión fiscal es el crimen del hombre bueno, del hombre justo, es decir todos sabemos que es delito pero en realidad no mucho, y más aún: el evasor fiscal goza de un cierto halo de sim-

patía frente a sus compañeros; es un “vivo”, es un hombre ágil, que busca una buena ubicación en la vida. En cambio en los países de extracción sajona, si veo que mi vecino está eludiendo el pago de impuestos, llego a entender que me está sacando a mí del bolsillo, porque en definitiva lo que él no pone alguien va a tener que poner, salvo que el Estado decida reducir sus gastos; es decir tienen más conciencia de la interdependencia mutua; éstos son problemas de formación en los cuales es muy difícil operar.

Pero no son sólo problemas de moralidad los que influyen en este aspecto; hay también consideraciones de tipo económico: en primer lugar, puede ser rentable evadir los impuestos; puede ser rentable porque el índice de riesgo como veremos es muy poco en la actual estructura de las administraciones y además porque en situaciones de competencia en el mercado, si mi competidor evade de alguna manera yo me veo forzado a evadir, porque si no salgo del mercado, es decir que la evasión no controlada de mi competidor puede colocarme a mí fuera de condiciones de competencia. Existen además causas de tipo técnico: por ejemplo que la legislación fiscal se ha vuelto enormemente complicada, alambicada, árida, difícil de entender, reducto de especialistas, producto de un fenómeno que ha sido llamada con todo graficismo de “inflación legislativa”, son tantas las normas que uno se vuelve evasor.

También hay problemas de estructura administrativa; administraciones pesadas, que rechazan al contribuyente, en que parece que la administración le hiciera un favor, recibéndole, siendo que es un hombre que viene a cumplir con una obligación que no le es grata, porque a nadie le gusta sacar dinero del bolsillo. Por último, no se puede negar que en el fenómeno general de la evasión también puede influir causa de tipo político o sea que el contribuyente tiene una visión global del proceso impuesto-gasto, o en la medida en que no esté de acuerdo con los fines a los cuales se aplica los gastos o los niveles en que se reparten entre los diversos fines, el contribuyente puede tener una cierta renuencia a desprenderse del dinero pensando que va a ir a tipo de gastos suntuarios o prescindibles; esas son cosas que también influyen. Lo cierto es que la consecuencia que tiene todo esto es: por un lado, que la carga se vuelve progresivamente desigual, es decir se vuelve ineludible para algunos que por sus escasos recursos no están en condiciones de montar los aparatos que la evasión fiscal puede requerir, y progresivamente más eludible para otros que pueden dentro de su volumen global de operaciones, asignar cada vez mayores presupuestos para ese tipo de cosas; y por otro lado, los ingresos que son debidos al Estado disminuyen y en consecuencia, o recurre al déficit o sea que emite sin respaldo para mantener el mismo nivel de gastos, con lo cual tiene inflación a la vuelta de la esquina, o de lo contrario acude a otro tipo de ingresos no tributarios, deuda pública, e incluso loterías, etc.

Personalmente sigo creyendo que el tributo es el medio más racional para extraer dinero de una economía: porque en la institución las reglas del juego están establecidas de antemano, y con ella se puede perseguir ciertas pautas de justicia sobre las cuales toda la colectividad esté de acuerdo; en consecuencia desde ese punto de vista me preocupa el fenómeno de evasión impositiva. ¿Qué puede hacer la administración tributaria frente a ese tipo de cosas? La administración tributaria, por un lado, tiene que tratar de educar, combatiendo las causas en la medida que sea posible en sus orígenes; si el problema es un problema de educación se tendrá que hacer difusión respecto del compromiso social que está implícito en

los tributos; si el problema es que la gente no está conforme con el destino de los gastos, será cuestión de hacerle ver el destino útil que tienen los gastos. Si el problema es económico, se tratará de intensificar la lucha contra la evasión de modo tal que el juego sea limpio en todos los niveles de competencia comercial y nadie pueda sacar ventaja sobre un competidor, fundada en su propia conducta. Pero además, y básicamente, el sistema jurídico tiene que tener un buen sistema represivo, porque la evasión desde el punto de vista del contribuyente se explica en último análisis por un lado por falta de conciencia tributaria motivada por todas esas cosas que hemos visto y además por un cálculo de riesgo. En términos generales, el evasor evade porque su cálculo, consciente o inconsciente, le dice que puede evadir. ¿Cuál es el cálculo que se hace? La primera pregunta que se hace el contribuyente es, qué por ciento de posibilidades tiene de ser identificado. Yo dejo que ustedes asignen el por ciento de posibilidades que quieran; si quieren pongo un 60% de posibilidades, o un 70%; esto es riesgo de ser identificado; pero aun siendo identificado ¿qué por ciento tiene de ser inspeccionado? Bueno, esto dependerá del aparato que tenga la administración para fiscalizar; vamos a suponer que tenga otro 70%, pero él puede pensar que aun siendo fiscalizado tiene posibilidades de que el inspector no advierta justamente dónde está la trampa que está realizando; bueno suponiendo una gran sagacidad en los inspectores calculen un 50% de posibilidades. Más aún: suponiendo que el inspector lo descubra ¿qué posibilidades tiene de llegar a un arreglo de tipo personal con el inspector? aun suponiendo que el inspector que le toque sea absolutamente honrado, ¿qué posibilidad tiene de llevar una contienda de tipo judicial y con un buen abogado llegar a ganar el pleito, o si no a ganarlo, por lo menos dilatarlo tanto como para que económicamente le sea rentable? Digo esto porque hasta hace unos años los problemas de inflación eran problemas sólo de Sudamérica, en este momento no se puede afirmar lo mismo, hay un cierto fenómeno de alza de precio también en países centroamericanos tradicionalmente estables; entonces tengo que pensar que si hoy tengo que pagar 1.000 colones de impuestos, y tengo que elegir entre pagar ese impuesto o comprar un refrigerador, tal vez me convenga comprar el refrigerador, porque dentro de un año mi impuesto con recargos estará en 1.120 colones, y en ese mismo momento el refrigerador puede costar 1.200 ó 1.300. De modo entonces, que los fenómenos de alza de precios hacen especialmente importante el inducir al contribuyente a que cumpla en tiempo con su obligación.

Si ustedes despejan la totalidad de esta ecuación, van a dar con lo que es la tasa de riesgo que el contribuyente piensa que está corriendo; y en consecuencia la única manera de disuadirlo es contraponer a esa tasa de riesgo una sanción lo suficientemente alta y rápida como para que se abstenga de evadir.

No tengo tiempo de exponer respecto del régimen sancionatorio del Derecho Tributario, todas las discusiones que existen en cuanto su naturaleza jurídica y si es de carácter penal o no penal; incluso pienso que en el Artículo 167 de la Constitución Política Salvadoreña, que distingue claramente las penas que puede imponer el Poder Judicial, y aquellas sanciones por contravención que puede imponer la autoridad administrativa, creo que el problema en el plano del derecho positivo está resuelto.

Quiero simplemente pasar revista a algunas características que tiene el derecho represivo tributario que no son iguales a las del derecho penal. En primer lugar, en derecho penal el elemento subjetivo, el dolo o la culpa siempre son rele-

vantes; en la infracción tributaria el elemento subjetivo no tiene la misma importancia: la mora se castiga en forma objetiva prescindiendo del animus y también en algún otro tipo de infracciones; en cambio en derecho penal la regla es que la responsabilidad sólo surge a título de dolo o de culpa.

En segundo lugar, la responsabilidad del derecho penal, es de tipo personal: es responsable sólo el que participa en la infracción en materia de derecho tributario, de represivo tributario hay por lo menos un par de casos de responsabilidad sin participación personal en el hecho; por ejemplo el representado responde por las multas generadas por los actos ilícitos de su representante, sea representante convencional o representante legal; las personas jurídicas responden ellas con su patrimonio por los ilícitos fiscales que puedan haber cometido sus directores, jefes, empleados, etc.

En tercer lugar, se diferencia el represivo tributario del represivo penal, por el órgano encargado de aplicar la sanción, salvo el caso de Costa Rica que en su reciente código tributario estableció que las sanciones tributarias las aplican las autoridades judiciales, en todos los demás países que conozco a la administración se le reconoce la facultad de imponer las sanciones por infracciones tributarias. También las soluciones a darse a las hipótesis de concurso de infracciones pueden ser distintas; en el derecho penal en general en los casos de concurso ideal rige la norma de acumulación, si un mismo hecho viola varios órdenes jurídicos, se castiga con la pena mayor aumentada o no de acuerdo a los casos en una suma determinada; en cambio en derecho tributario eso no es verdad absoluta de por sí, depende de lo que la ley diga y si la ley no dice nada en principio debe entenderse que si un mismo hecho significa cometer tres infracciones debe sancionarse las tres, solución que ustedes tienen consagrada en la ley del impuesto sobre la renta.

Demos un ligerísimo vistazo a cuáles pueden ser, básicamente, las infracciones tributarias. En esta materia, se pueden seguir dos sistemas, algunas legislaciones van detallando concretamente cada uno de los posibles actos que pueda constituir una infracción, el caso más típico es México, que describe más de cuarenta conductas ilícitas por ejemplo: el que no lleve libros, el que los lleve y no los lleve en forma, el que omita el pago, el que falsifique, etc. Pero últimamente, las modernas legislaciones a este respecto prefieren moverse en un plano de abstracción conceptual superior y reducir en definitiva toda posibilidad de infracción tributaria a tres hipótesis. En primer lugar, el simple retardo en el pago, lo que se denomina "mora" que tiene un carácter en definitiva mixto, en parte es indemnizatoria y en parte es sancionatoria; la mora es indemnizatoria en la medida que equivale al interés del mercado porque hasta ese punto indemniza al Estado el no haber recibido en el momento debido el ingreso que le correspondía; el Estado no lo recibió del contribuyente, se supone que lo tuvo que ir a buscar al sistema bancario. En la parte que excede el interés medio del mercado, el recargo, interés o multas por mora es de carácter sancionatoria. La segunda infracción que conceptualmente se puede identificar, consiste en la violación de los deberes formales que la administración le puede imponer; ustedes se acuerdan que en las primeras charlas, analizando la relación tributaria, habíamos hablado de obligación sustantiva y también de obligaciones de tipo formal, de declarar, de hacer, de no hacer en ese caso ésa es una infracción ontológicamente distinta de la anterior y tiene la característica de que generalmente se castiga con multas pecuniarias fijas, no porcentuales; y eso es así porque puede haber infracciones a deberes formales sin

adeudarse impuesto; era el caso del tercero por ejemplo citado a declarar sobre la situación de un contribuyente x, y que no va y que por ese solo hecho de incumplir el deber moral de comparecer a prestar declaración es sancionado, no tendría ningún sentido que lo sancionaran con un tanto por ciento de lo que debía el otro, porque no era su impuesto.

La tercera infracción con la que se manejan las legislaciones modernas es la denominada "defraudación" cuando no sólo se omite el ingreso sino que además se realizan ocultaciones o simulaciones con el deliberado propósito de retacear el ingreso del fisco; en consecuencia ésa sí es una infracción que ya está requiriendo, por lo menos malicia, premeditación, dolo, como elemento subjetivo y generalmente se castiga en múltiplos del impuesto adeudado. En algunos sistemas, para evitar la dificultad que enseña el tener que probar el dolo, que es un típico fenómeno psicológico, la ley establece presunciones de dolo, partiendo de elementos exteriores, pero siempre admitiendo prueba en contrario; un ejemplo de ello es el Art. 103 de nuestra Ley de Impuesto sobre la Renta.

VII.—2.—LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION:

¿Cómo juega la administración frente a esto? ¿Cuál es el cometido que la administración tiene específicamente frente a la norma tributaria? El cometido de la administración es cumplir la ley, porque la actividad que desarrolla es actividad reglada. Pero a la luz de este esquema, ustedes advertirán que el "cumplir la ley" no se agota meramente en un simple concepto restrictivo, de que no puede excederla. Cumplir la ley no es sólo no violarla, es básicamente tratar de ir cerrando las brechas que indicamos en el esquema. La administración intenta cumplir la ley cuando trata de que todos los que deben pagar porque declararon, paguen a tiempo y que todos los que declaren, declaren la verdad, sin ocultaciones; que todos los inscritos declaren y que todos los que están inscritos sean los que efectivamente tenían que estar inscritos. A la luz de este esquema espero transmitirles el concepto de que cuando hablamos de actividad reglada de la administración y que la actividad reglada es cumplir la ley, ello no involucra sólo en sentido de límites infranqueables, sino que concreta tarea positiva que cumplir, que el ordenamiento jurídico está dando a la administración tributaria, y probablemente a la administración le da normalmente el ordenamiento tributario por lo menos la posibilidad de desarrollar cinco facultades o poderes, a través de los cuales se supone que la administración puede cumplir con esa tarea que es cerrar las brechas que hemos detectado. Una facultad que le da, es la facultad normática de poder dictar normas de tipo general, llamados instructivos, instructorios o circulares; se trata de una etapa más en la pirámide de normas; un grado más en la especificación del Derecho.

En El Salvador tengo entendido que la ley de timbres faculta justamente a la Dirección de Contribuciones Indirectas para dictar normas. Esa facultad normativa es un resorte importante que la administración pueda poner en juego y lo puede hacer porque ella es la que está muy cerca, la que sabe la forma como se desarrollan realmente las cosas a nivel del comercio, de la industria que está controlando. Una segunda facultad que tiene la administración es la que se llama la de poder determinar el impuesto, en el derecho salvadoreño se habla de "hacer complementarias", es decir, la facultad de poder, con elementos de juicio suficien-

tes, apartar la declaración del contribuyente y tasar ella el impuesto que en los hechos es debido. Una tercera facultad de que ya hemos hablado es la de aplicar sanciones. Una cuarta actividad que desarrolla la administración es la de repensar o rever sus decisiones en ocasión en los recursos administrativos y una quinta facultad que tiene la administración es la de fiscalizar.

En todas ellas, como en general en todas las competencias de derecho público, el ente al que se le dan las facultades, se encuentra en la situación de derecho-deber de ejercerla, es decir no es discrecional de la administración el fiscalizar, o no fiscalizar, la administración está obligada a hacerlo, donde pueda haber margen de discrecionalidad es en cuanto a la forma concreta por llevar adelante esa tarea, pero cada facultad, cada posibilidad que se le da a los entes públicos compromete al mismo tiempo la obligación de ejercerla en forma eficiente.

VII.—3.—EL CONTENCIOSO TRIBUTARIO:

La administración actúa, trata de cerrar las brechas; pero no tiene “la verdad revelada” es decir, que por definición, aun cuando el acto administrativo siempre goza de presunción de legitimidad, aun cuando el derecho público en general le reconoce presunción de legitimidad al acto administrativo, eso no excluye que su legitimidad no pueda ser discutida, es decir, no se puede agotar en el pronunciamiento administrativo toda posibilidad de discutir. Es cierto que tampoco se puede llevar indefinidamente la posibilidad de discutir, todo el derecho, toda la vivencia práctica del derecho es una permanente tensión entre la perspectiva de que en una nueva revisión sea donde se dé la solución justa, y por otra parte la necesidad de seguridad jurídica, de llegar a un momento en el cual no se discuta más. El instituto de la cosa juzgada en la materia procesal en definitiva es una transacción entre las revisiones que se van haciendo en cada instancia y de la necesidad que tiene todo el sistema jurídico de que en algún momento lo resuelto adquiera característica de irrevocable, que no se puede seguir repitiendo indefinidamente la discusión a su respecto. Una cosa parecida sucede en el campo de la administración, simplemente que esta revisión del acto se va a desarrollar normalmente en dos niveles: primero va a tener un nivel ante la propia administración, es lo que en Derecho salvadoreño se llama el recurso de rectificación: y después va a tener un nivel ante otro organismo externo a la propia administración.

En general la tendencia en este momento en materia de contencioso administrativo, y especialmente de contencioso tributario, puede resumirse de la siguiente manera: en primer lugar se estima necesario encomendar la resolución de la contienda administrativa a tribunales que estén fuera de la administración activa y digo fuera de la administración activa sin pronunciarme respecto de donde están concretamente ubicados esos tribunales. Hay países en los cuales es el propio Poder Judicial quien revisa el acto administrativo; hay países en los cuales se ha creado un cuarto poder (un quinto o sexto poder porque ya la tradicional tripartición de poderes está quedando muy maltrecha a la luz de la evolución constitucional en los últimos 25 años); hay países en los cuales el tribunal está dentro del propio ámbito del Poder Ejecutivo, ajeno a la administración activa, porque es la administración activa la que ve empeñado su orgullo en la resolución del asunto; es decir es la administración activa la que tiene tendencia a mantener su propio criterio, la que se siente ofendida cuando se le impugnan sus actos, por ejemplo, en

la Argentina, hay un Tribunal Fiscal que si bien en el organograma general está ubicado en el Poder Ejecutivo, tiene una absoluta independencia con respecto de la administración activa de la Dirección General Impositiva, y que en consecuencia puede actuar con ecuanimidad. Moraleja de esto: más importante que la ubicación de esos tribunales, es su independencia; no importa tanto dónde esté "geográficamente" instalado, lo que importa es la independencia, y la independencia del tribunal normalmente se calibra a la luz de dos elementos: el primero, cómo se designa a esos ministros o miembros del Tribunal, qué tan permeables son al favor político, qué tanto interviene el poder político en su designación; segundo: qué sueldo tienen, bajo qué pautas se fija su remuneración. Como tercera característica que importa además de la independencia tenemos la especialización que se obtiene con el transcurso del tiempo, pero además por la forma como se eligen esos miembros, en muchos tribunales se exige que sean personas vinculadas a la tributación, o profesores, o abogados con muchos años de ejercicio. Es común además que en tribunales de tipo tripartito se siga la fórmula que tienen en El Salvador para el Tribunal de Apelaciones, o sea tres miembros de los cuales necesariamente dos son abogados pero también se le da entrada a alguien con conocimientos de la teoría económica ya que, porque de lo que hemos visto, el fenómeno tributario siempre está permeado con sustractum económico.

Por último, lo que también es nota característica de las modernas tendencias en materia de contenciosos tributarios, es que para estos tribunales se están buscando procedimientos bastante novedosos; en general el proceso civil está dominado por el principio dispositivo, por el cual el interés de la medida de la acción y la acción la gobierna el litigante y por consiguiente tiene instituto como los de la perención de la instancia y la discreción para castigar el desinterés del litigante; a su vez, el proceso penal está dominado por el principio inquisitivo en el cual al juez le compete la tarea de llegar a la verdad, y la busca por sistemas que le parecen adecuados, más allá de las alegaciones de las partes. Podríamos decir que, en materia tributaria se está tratando de ir a una fórmula de equilibrio, en la cual se admiten básicamente los principios del sistema dispositivo pero cada vez con mayor ingerencia de institutos de tipo inquisitivo; por ejemplo la facultad del tribunal de interrogar directamente los testigos, la audiencia obligatoria en la cual el actor y el demandado se sientan en una mesa y determinan cuál es el ámbito de las cosas que deben probarse y qué pruebas se van a hacer, la facultad del tribunal de impulsar de oficio el procedimiento, etc. Eso ha determinado que de 20 años a esta parte, toda América Latina esté asistiendo a un fenómeno realmente interesante en la medida que está permitiendo asegurar por parte de la administración Tributaria, decisiones finales que signifiquen real y auténtico cumplimiento del derecho.

VIII.—LA POLITICA TRIBUTARIA:

El último tema de disertación, es un tema que no es estrictamente jurídico, sino que involucra aspectos de tipo económico, de política fiscal y específicamente de política tributaria. Debo aclarar que no soy economista y que el conocimiento que tengo de esto, previene simplemente de la convicción que tengo y creo que ustedes deben compartir, en cuanto a que en la vida moderna, cada vez hay más áreas que están exigiendo esfuerzos de tipo interdisciplinario, es decir, áreas en las cuales deben necesariamente confluír el trabajo del jurista con el trabajo de economista. Esta materia de la Hacienda Pública y la Política Fiscal, es un área típica-

mente común del enfoque económico y jurídico, los cuales no se excluyen sino que se complementan, porque como vimos, de alguna manera el Derecho toma en cuenta la Economía, y de alguna manera la Economía debe de tomar en cuenta al Derecho, por el rol instrumental que el instrumento jurídico tiene.

En materia de evolución de las ideas respecto de política fiscal, ustedes conocen cuál es el enfoque mental de lo que se llama la economía clásica; el enfoque típico del liberalismo clásico afirma, en primer lugar, que el mecanismo de mercado permite una óptima asignación de recursos, es decir, que es en el juego libre de la economía, como se optimiza la asignación de recursos del sistema económico. En consecuencia, toda actuación del Estado se ve como perturbadora, tanto cuando el Estado actúa por medio del gasto, como cuando extrae recursos tributarios o no tributarios. Por ello, el postulado de la economía clásica es la mínima interferencia estatal; sólo se justifican aquellos gastos públicos asignados a servicios esenciales, que siempre se ha reconocido que los tiene que hacer el Estado, y en las demás áreas, se justifica el gasto del Estado en la medida en que tenga un coeficiente de eficiencia mayor que el sector privado. En el pensamiento clásico pues, se justifica que el Estado saque un peso del bolsillo del particular, a condición de que el uso que haga de ese peso, sea más eficiente de lo que lo haría ese particular, de lo contrario, no.

Eso lleva además, a que en cuanto a método de análisis, se trabaje con un enfoque eminentemente microeconómico, es decir, analizando la perspectiva económica desde el punto de vista de cada uno de los individuos que se supone, que con total libertad están compitiendo en un mercado. Así ustedes verán en numerosos manuales, las gráficas y los estudios económicos hechos exclusivamente con enfoque micro, que dice: "este señor que gana tanto ingreso, qué sucedería con él si el impuesto o la renta sube, etc.", "qué pasa con este importador, etc."; generalmente, todos los análisis que se hacen son a nivel estrictamente individual, microeconómico. Toda esta escuela de economía clásica tiene además un trasfondo de tipo político, es decir, así como hablamos la vez pasada de que en materia de autonomía de derecho tributario se veía al Derecho Tributario como la invasión del Estado; también en esta materia, en Economía, todo esto va a desembocar en el impuesto neutral, en el impuesto que no altera la asignación de los recursos, el impuesto que detrae fondos a la economía y mantiene todo igual, en definitiva, es una defensa del estatu quo; no se quiere que se produzca ninguna clase de efecto que altere las diferencias relativas entre los distintos sectores de la economía.

Como último postulado, la concepción clásica implica un pensamiento económico que está basado sobre el concepto de producción; lo importante es la producción, no se advierte la importancia de la demanda. Recién con la crisis de 1929, la Escuela Económica Keynesiana, una de las cosas más novedosas que trae precisamente, es que cambia la óptica del enfoque económico, que la centra sobre los problemas de la demanda. Uno de los grandes aportes que trae Keynes al pensamiento económico, es que pasa a enfatizar la importancia que tiene la demanda, que hasta ese momento era un fenómeno que se daba por sentado; habiendo producción iba a haber demanda; y sin embargo, la crisis del 29-30 fue básicamente una crisis de insuficiencia de demanda.

A partir de este enfoque, ya con Keynes aparece el concepto de política fiscal, y aparece porque cambia el rol del Estado. De ser meramente prescindente, respe-

tador de las asignaciones de recursos, el Estado pasa a tener un rol sumamente importante en la creación de demanda, en la asignación de recursos a distintos sectores, porque se pasa a tomar el proceso conjunto "detracción de ingresos-aplicación de gastos". En otras palabras, a partir del enfoque Keynesiano, el término "política fiscal", pasa a tener una connotación clara en cuanto a activa intervención del Estado en la economía, sobre la base del uso de su gasto, del empleo incluso del déficit de la política de "cebar la bomba", como sistema de inyectar liquidez forzosamente en una economía deprimida y por la vía también del impuesto.

El análisis de política fiscal, supone además en el plano del Derecho Tributario, la necesidad de una gran flexibilidad en el uso de los instrumentos tributarios; a partir de este momento, es que empiezan los ataques al principio de legalidad encarado en la forma férrea, rígida, de mera garantía de particulares con que ha sido recogido en la mayoría de las Constituciones, especialmente en las Latinoamericanas, y los teóricos de la "fiscal policy" abogan en favor de que se confiara al Poder Ejecutivo y a la autoridad administrativa, suficiente flexibilidad como para poder estar operando en la coyuntura, no sólo con el mecanismo de los gastos, sino con el mecanismo de los impuestos. En esta etapa, se abona también como consecuencia de su base teórica, el análisis microeconómico, y se reemplaza por un enfoque macroeconómico. El análisis fiscal ya no pasa a ser tanto en función de cómo actuará Juan Pérez, productor, sino que la atención se centra sobre las grandes variables de la economía: oferta, demanda, consumo, inversión, etc.

En todo esto existe una limitación muy importante: la política fiscal tiene prácticamente un único objetivo, y ese objetivo es el de la estabilidad, básicamente lo único que preocupa a la política fiscal en este periodo, es evitar nuevas conmociones cíclicas de la economía; se empiezan a estudiar los impuestos en base a su efecto estabilizador, y en gran medida ésta es una de las explicaciones del predicamento de que goza el impuesto a la renta. El impuesto a la renta con progresividad en las tasas, tiene buen efecto estabilizador, porque si la economía entra en fase inflacionaria, los ingresos aumentan en términos monetarios, y el impuesto pasa a operar a tasas más altas trayendo mayor poder de compra de manos de los particulares, comprimiendo la demanda. En cambio, cuando amenaza depresión, bajan los ingresos de los agentes económicos, y entonces, ellos pasan a pagar tasas porcentualmente más bajas que antes, con lo cual les queda libre mayor poder de compra, que reactiva la demanda. Este tipo de análisis demuestra que, a partir de este momento, la política fiscal pasa a ser una política teñida de objetivos, y que el objetivo es específicamente, obtener la estabilidad económica y evitar los desajustes cíclicos.

Hay que centrar la Política Fiscal en forma a la estabilidad, supone una economía ya desarrollada; en general, todo el pensamiento Keynesiano es hecho para países desarrollados, pensando en términos de países desarrollados, para problemas de países desarrollados; en consecuencia, pueden ser soluciones aptas para ese tipo de economías en las cuales los problemas, cuando existen son básicamente de desequilibrio coyuntural, pero que no tienen en general, problemas de tipo estructural, que no padecen de ese cuadro de limitaciones interactuantes que se denomina "subdesarrollo", por eso es que lo que vendría a ser la tercera etapa de esta evolución que tan a grandes rasgos estoy narrando, la constituyen las tentativas de adecuar

las concepciones de Política Fiscal a las condicionantes y a los requerimientos de países sub-desarrollados.

Los últimos veinte años, y especialmente en América Latina, están signados por esa tarea. En 1962 se celebra la II Conferencia Interamericana sobre Tributación en Santiago de Chile, con asistencia y participación de los mejores especialistas, donde ya se avanzan ideas sumamente interesantes. Como apreciación global, los avances que se consiguen no son muy significativos. Inciden en ello, a mi juicio, dos tipos de circunstancias: Por un lado, en algún momento se llega a tener la impresión de que la aptitud del instrumental tributario es casi ilimitada, que mediante los impuestos pueden lograrse cualquier clase de objetivos. En la actualidad, las modernas tendencias parecen un poco más realistas, en cuanto a circunscribir la aptitud de la herramienta fiscal para algunos campos, y no para otros; por ejemplo, en muchos lados ustedes leerán que mediante la tributación, podría incluso realizarse la Reforma Agraria. Actualmente se piensa que la aptitud de la tributación para operar sobre los factores productivos en sí mismo, promoviendo su redistribución, es muy limitada, y que el campo óptimo de actuación de la tributación no es sobre el factor en sí, sino sobre los flujos de y hacia esos factores. Por eso es que un impuesto a la renta potencial de la tierra es recomendable, si el problema del país es el de una baja utilización de ese factor productivo, si lo que se busca es optimizar su rendimiento. Pero si lo que se está buscando es la Reforma agraria, entonces el tributo no sirve, porque tal vez provoque la venta de tierras, pero esas tierras las comprarán quienes ya tienen dinero; la redistribución vertical debe ser buscada, si es objetivo ético social, por otros medios, más directos.

El otro aspecto que ha dilatado los avances en este campo, ha sido la ausencia de un marco conceptual general, aplicable a países en vías de desarrollo, del que surjan adecuadamente identificadas las grandes variables que componen el sistema económico, así como una clara explicitación de cuáles son objetivos finales y cuáles objetivos intermedios en materia de políticas, incluida la tributaria. Ese tipo de consideraciones obligó a repensar un poco el papel y la ubicación de la política fiscal en la década del 70 y las últimas tendencias pueden resumirse así: Primera afirmación: la política fiscal puede tener múltiples objetivos; Segunda Afirmación: esos objetivos normalmente le vienen dados a la política tributaria. Recuerdo que, en la primera charla, alguien habló del Estado como estructura finalista, y señalábamos que hay políticas finales y políticas intermedias, y que en definitiva en un plano piramidal, la política económica es quien da sus objetivos a la política fiscal. Eso es importante, porque en la medida en que sea así, se pueden entrar a barajar temas de la política fiscal y específicamente, de política tributaria, considerándolos y estudiándolos aisladamente de los fines concretos que se esté buscando el Gobierno determinado en un momento determinado.

Lo que estoy afirmando es que puede llegar a considerarse que la política tributaria sea ateleológica, en la medida de que carezca de "telos", en que carezca de finalidades que le sean propias y que tenga exclusivamente validez de tipo instrumental. Dicho de otro modo: que el valor de la política fiscal y específicamente de la política tributaria, se defina no en virtud de la bondad de sus fines (que siempre le serían externos y dados por decisión política anterior de más alto nivel), sino por el grado de racionalidad operativa de sus instrumentos. Si quieren ustedes un ejemplo gráfico, es como cuando yo tengo un taller de herramientas y hay tenazas, pinzas, martillos, etc., etc. ¿Qué voy a hacer con eso?, voy a hacer barcos,



bancos, mesas, sillas, es un problema que vendrá de afuera; pero ya el uso de las herramientas que tengo, ya el saber qué puedo hacer con estos instrumentos y qué no puedo hacer, deja un campo para la investigación científica en la cual por paradójico que parezca (porque ustedes están acostumbrados a usar el término política connotando la idea de fines), podemos afirmar que el objetivo es meramente obtener racionalidad formal en el sistema tributario, independientemente o sin pre-juzgar sobre los fines para los cuales puede ser aplicada. Si eso es normal, podríamos decir que cuando hablamos de política fiscal, estamos hablando de varias cosas, es decir, cuando hoy se habla de política fiscal, se habla de política presupuestaria y de política tributaria.

La política presupuestaria define, en virtud de objetivos que le vienen dados, tanto el nivel de gastos que el país debe hacer para cumplir esos objetivos, y la estructura de ese gasto, como la política de ingreso. A esta última compete establecer —para un nivel dado de gastos a financiar— de dónde se obtendrán los fondos, y específicamente cuánto se aspira a obtener con la tributación, y cuánto con ingresos no tributarios (deuda pública, etc.).

La política tributaria, a su vez, tendrá dos grandes campos de actuación: uno, cual será la estructura del sistema tributario, para alcanzar el nivel de ingreso que le viene pre-determinado. El segundo campo de la política tributaria, será el análisis de los efectos económicos de los tributos.

De lo dicho se desprende una consecuencia importante: si el campo de la política tributaria es la estructura del sistema, y sus efectos económicos, la visión será necesariamente de tipo global, macroeconómica. El énfasis no podrá ponerse en el análisis microeconómico del efecto de un impuesto determinado sobre un agente económico ideal, sino sobre los efectos de todo el sistema, de la suma algebraica de los efectos positivos y negativos de cada uno de los impuestos. Porque —y es hora de que lo digamos de una vez por todas—, todo impuesto tiene dos tipos de efectos: en primer lugar, tiene como efecto el proveer de ingresos al Estado; pero además, también tiene efectos de tipo económico: o retacea ingresos (antes ganaba 100, luego del impuesto ganaré 80), o altera los precios relativos de bienes de uso alternativo (un impuesto sobre la mantequilla presumiblemente hará aumentar el consumo de margarina), porque en términos relativos se aumenta la diferencia de precios entre ambos productos. Efectos de este tipo son conaturales a los impuestos, independientemente de que sean queridos o no, o incluso de que sean conscientes o no por el conductor de la política tributaria.

Los impuestos están allí, son un dato para los agentes económicos, los cuales de un modo u otro se amoldan a ellos. Desde ese punto de vista, se dice que actúan como parámetros; son puntos de referencia para los agentes económicos. Para poner un ejemplo burdo, es como cuando cae un alud sobre el lecho de un río; si la masa de tierra es suficientemente grande, pasa a ser un dato, un parámetro para las aguas, las que en consecuencia alterarán su curso anterior cambiándolo por otro nuevo a través de lo que ha pasado a ser ahora la nueva línea de máxima pendiente.

Bien: todo impuesto produce ese tipo de efectos paramétricos. Las diferencias vienen de que: a) en algunos casos, el efecto es totalmente errático, privado de racionalidad económica, imposible de conocer a priori; es lo que sucede con el im-

puesto de timbres, cuando tiene como hecho generador un simple negocio jurídico, con infinitos posibles contenidos económicos; b) en otros casos, lo que ha existido es error en cuanto a cuáles son esos efectos paramétricos, y por consiguiente el impuesto ha resultado dando efectos totalmente impensados, y contrarios a lo deseado. Un ejemplo de esto último, es la forma como se ha manejado el impuesto de importación, o arancel de aduana. Se pensó que el arancel era buen instrumento para impedir que en el país se consumieran determinados artículos que se consideraban suntuarios; consecuentemente, esos artículos se incluyeron en el arancel con altas tasas. Pero no se advirtió que el impuesto de importación actúa como parámetro desde otro punto de vista: en efecto, el industrial nacional toma al arancel como parámetro en cuanto a la protección que de él deriva: si yo quisiera construir carros en El Salvador, y los carros no pagaran ningún impuesto de aduana, no podría competir con las fábricas extranjeras; pero si los importados pagaran el 100%, o el 200%, ó el mil por ciento, seguramente, por más ineficiente que sea, el margen de protección que me va dando el arancel me permite pasar a producirlos yo, dependiendo de la elasticidad de la demanda.

Consecuente con lo anterior, una errónea apreciación de los efectos paramétricos del impuesto puede llevar a un país a equivocarse el rol del arancel, y usarlo, no para marcar el nivel de protección a la industria local (que es su papel normal), sino para restringir el consumo de un cierto artículo. En este último caso, el resultado será que se le instalen fábricas de aquello cuyo consumo quería justamente restringir. Por consiguiente, una de las primeras tareas de la política tributaria es racionalizar el uso de las herramientas tributarias: no utilizar el martillo, si lo que quiero es sacar un clavo, ni usar tenazas para cortar la madera.

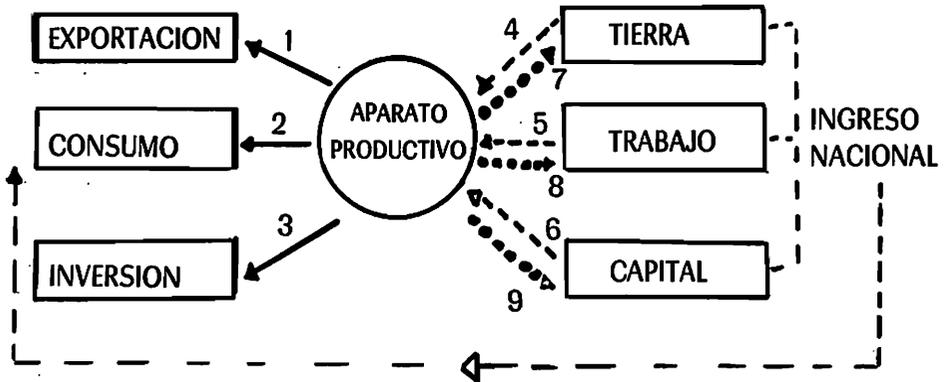
Y fíjense que no hemos hablado para nada del nivel concreto de la carga tributaria; ése es problema ajeno a la política tributaria, que ya le viene dado; de lo que se trata, es de que si puedo obtener 800 millones con cuarenta impuestos cuyo efecto paramétrico no puedo conocer, porque forman una selva impenetrable de interacciones o, como forma alternativa, puedo obtener esos mismos 800 millones con seis u ocho impuestos cuyos efectos conozco, tengo que utilizar lógicamente la segunda posibilidad.

Y, además, debe investigarse de qué modo pueden utilizarse esos efectos paramétricos de los impuestos, para impulsar el desarrollo económico. Asumido en su estricta faceta económica el desarrollo se identifica con el crecimiento y expansión del aparato productivo de una economía.

Dentro del aparato productivo de una economía, está toda la constelación de empresas, es decir de entidades que combinan capital, trabajo y tierra (los llamados factores de producción), y con ellos producen bienes y servicios destinados, sea al consumo interno, sea a la exportación, sea a la inversión; la importación completa el aprovisionamiento necesario al consumo interno y a la inversión.

Este esquema no es estático, sino dinámico; en su seno se producen flujos, de bienes y servicios (que se consumen, o exporta, etc.), de servicios de factores (utilización por el empresario de tierra, capital, trabajo), y flujo de ingresos, constituidos por las remuneraciones que las empresas pagan a los propietarios de los factores de producción, y que éstos a su vez emplean, sea en consumo, sea en inversión.

FACTORES DE PRODUCCION



Flujos de bienes y servicios: 1, 2, 3.

Flujos de servicios de factores: 4, 5, 6.

Flujos de ingresos: 7, 8, 9.

NOTA: A efectos de simplificar, se ha omitido del cuadro a la importación, que provee de bienes tanto a la inversión (bienes de capital), como al aparato productivo (insumos), como al consumo (bienes finales).

Por ende, las construcciones científicas más recientes en la materia, expuestas en la III Conferencia de Tributación en México, 1972, hacen hincapié en que con no más de seis u ocho impuestos, de efectos paramétricos conocidos, es posible, operando sobre los flujos, reduciendo ingresos o alterando precios relativos (de la tierra, del trabajo, del capital), obtener los objetivos intermedios de una política de desarrollo. Y ello, porque cada uno de esos flujos tiene una función básica sobre el crecimiento y expansión del aparato productivo; por consiguiente, afectando esos flujos, es posible afectar y orientar el desarrollo de la economía de acuerdo a las decisiones de política económica.

ECONOMIA

- 0 -

DERECHO LABORAL

(Pág. 120 y Sigtes.)

ECONOMIA

PARTE PRIMERA

Dr. GERMAN GUZMAN OLMEDO *

I.—IDEAS GENERALES

“La economía es más bien un método que una doctrina, un mecanismo de la mente, una técnica del pensamiento que ayuda a quien la posee a sacar conclusiones correctas”, John Maynard Keynes.

Antes de entrar en materia quisiera referirme a cuestiones muy generales de la ciencia económica. Actualmente la ciencia económica se divide en tres grandes partes: La economía descriptiva, el análisis o teoría económica y la economía aplicada.

La economía descriptiva reúne todos los factores relacionados sobre un asunto concreto, haciendo una referencia más amplia sobre la economía descriptiva podemos decir que es la economía de todos los días, la que aparece en los periódicos, la de los estudios descriptivos de determinados fenómenos, normalmente se apunta los aspectos sobresalientes diríamos sin mucho análisis, sin explicar sus causas. La teoría económica o análisis económico, estudia en forma simplificada el funcionamiento y los rasgos sobresalientes de un sistema económico; la economía aplicada trata de explicar las causas y el significado de los hechos presentados por los economistas descriptivos.

El microanálisis trata de problemas económicos del individuo, la empresa y la industria, y se esfuerza en descubrir los motivos que inducen a las personas a gastar o a ahorrar.

La macroeconomía se ocupa de las sumas globales de la economía en su conjunto tales como la producción total, el empleo total, el nivel general de precios, la política fiscal y monetaria. En el pasado la ciencia económica preferentemente estudiaba la microeconomía y trataba de estudiar problemas más amplios con el instrumental de la microeconomía, hoy estudiamos las dos partes: microeconomía y macroeconomía, aunque hay diferencias en los instrumentos de análisis.

* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Economista del Instituto Salvadoreño de Fomento Industrial (INSAFI).

Es importante antes de entrar a una definición de economía, hablar un poco de los métodos de análisis. La ciencia económica como una ciencia social indudablemente no puede diferir mucho en la metodología que utilizan las ciencias sociales; se discuten aquí ampliamente los dos métodos, el inductivo y el deductivo, pudiéramos decir se trata de una mezcla de los dos, lo que normalmente se aplica en las ciencias económicas, pero siguiendo los lineamientos de un economista brillante, Alfred Marshall, quisiera mencionar un método, el método del experimento intelectual o el método de la abstracción aisladora.

I.-1.-METODO DEL EXPERIMENTO INTELECTUAL

Este método sirve de guía para estudiar las partes que hemos reseñado, y consiste en abstraer de la realidad los elementos eminentemente económicos y trabajar con ellos y los elementos o factores más importantes, tres o cuatro elementos serían necesarios para estudiar la oferta y demanda, sustraeremos los elementos de la demanda y los elementos de la oferta y trabajaremos con ellos en forma simplificada y luego aplicaremos estos conceptos a la realidad.

I.-2.-DEFINICIONES DE ECONOMIA

Economía de acuerdo a un economista de primera línea, es el estudio de la humanidad en las tareas ordinarias de la vida; siguiendo otros autores, economía, es el estudio de aquella parte de la actividad de los hombres que puede medirse en dinero; otro autor, apunta que es el estudio de la riqueza; un texto reciente de Tomas J. Hailstones la define como la ciencia que se ocupa de la producción, consumo, utilización, distribución y cambio de bienes y servicio. Independientemente de los problemas de definir una ciencia tan amplia, estas definiciones unas son muy estrechas como las dos primeras o muy amplias como esta última; si yo preguntara cuál de las definiciones podría haber justamente en el desarrollo actual de la ciencia económica, las primeras son muy amplias, por ejemplo, el estudio de las humanidades, las tareas ordinarias de la vida, o muy estrecha por ejemplo decir, que es el estudio de la riqueza quizás. Con Hailstones podríamos decir que la economía se ocupa de la producción, consumo, utilización, distribución y cambio de bienes y servicios. La economía se interesa por lo que se produce, se consume, se utiliza, se distribuya, y esencialmente en el hecho del cambio; quizás el 90% de las actividades que estudia las ciencias económicas es el cambio, no es la conceptualización un poco pasada en el sentido del cambio, sino considerada como el cambio de mercaderías y servicios o la adquisición, compra y venta de bienes y servicios.

I.-3.-HECHOS O FENOMENOS ECONOMICOS

Normalmente pensamos en el cambio de mercancías o en la adquisición de mercancías pero no, existe una amplia gama de aplicaciones de la teoría del cambio o de la teoría de los precios: se aplica a una gran diversidad de campos de la ciencia económica, partiendo de esos cuatro tipos de actividad humana que interesan a la ciencia económica, producción-consumo, utilización, distribución, cambio;

a la economía le interesa particularmente todos esos hechos que están en relación con esas categorías; es decir, fenómeno económico es toda actividad económica que está en relación con lo que se produce, con lo que se consume, con lo que se utiliza, con lo que se distribuye, con lo que se cambia. Es necesario trasladar 400 mil toneladas de un producto de un lugar, es economía, cuando el precio de la mantequilla está muy alto o muy bajo, es economía, cuando la tasa de interés sube o baja es indudablemente economía. No es economía los 31 días del calendario porque no está en relación con la producción, utilización o cambio.

I.-4.-CANTIDADES ECONOMICAS

Cantidades económicas son magnitudes o medidas de lo que se produce, de lo que se consume, de lo que se utiliza, distribuye y se cambia, cantidad económica es la medida o magnitud de lo que se produce, utiliza, distribuye y cambia; por eso es que el economista está interesado en todo lo que se produce, distribuye y cambia.

I.-5.-ORGANISMOS ECONOMICOS

La economía estudia los organismos económicos, trabajando con nuestra conceptualización básica podemos decir que los organismos económicos son los entes que producen, consumen, utilizan, distribuyen y cambian; para simplificar más podemos hablar de tres entes básicos u organismos económicos: el productor original u ofertante originario, el intermediario o empresa y el consumidor final o demandante final. Por ejemplo yo preguntaría si usted cambiara su folleto verde por un cuaderno, ¿qué tipo de relación podría ser?, ¿entre productores originarios, entre empresas o entre consumidores finales? hay un hecho de cambio, es un fenómeno independientemente de lo que se cambie un cuaderno por algo, es un fenómeno económico pero quién realiza ese fenómeno económico; en general podemos considerar se trata de un fenómeno de cambio entre dos consumidores finales, la utilización de su cuaderno y libro es para su consumo, no hay precio en dinero, el precio es la relación de cambio de dos cantidades, dos transferencias de propiedad, avanzando más en nuestro análisis pasamos al precio.

II.-PRECIO

Precio es la relación de cambio de cantidades económicas, alguien diría que precio es la cantidad en dinero que se paga por cualquier cosa, la verdad es que es el cambio o transferencia de propiedad, en economía hay que estar claro en el concepto de precio, precio no es específicamente la cantidad en dinero, es una relación de transferencia de propiedades, más bien es una relación de cantidades, de bienes o servicios.

II.-1.- PRECIO DE EQUILIBRIO

Pasamos al precio de equilibrio. Un autor de economía hace la siguiente referencia, ayer doña María se acercó a la tienda de don Juan y con la intención de comprar alguna mercancía entró a la tienda: en este hecho el numismático estaría interesado en la efigie de las monedas que da la señora, el moralista estaría inte-

resado en la forma con que explica algunos conceptos, el inspector de sanidad estaría interesado en la composición bacteriológica de la mantequilla y es posible que no estaría muy contento, el pintor estaría interesado en la figura de doña María y de don Juan y finalmente el gato de la tienda estaría más interesado en el rico olor a pescado que se desprende de la cesta de la señora. Todos estos hechos realmente, son verdaderamente interesantes pero no económicos podemos explicar esta relación más ampliamente, y llenaríamos libros enteros, ¿pero qué interesa a la economía?

Un brillante economista del grupo de la segunda generación de neoclásicos Carlos Menger, plantea un ejemplo similar y dice: un señor tiene 10 caballos y otro tiene 10 bueyes, el que tiene 10 caballos quisiera tener un buey y el que tiene bueyes quisiera tener por lo menos un caballo, pero antes de hacer el cambio estos dos señores razonan y colocan en escala de importancia, que en economía le llamamos escala de preferencias, sus bienes, el mejor caballo jamás lo daría yo por conseguir un buey, eso no, quizás daría el caballo más viejo, y el señor de los bueyes por lógica actuaría de la misma manera, ambos pusieron en escala sus bienes, dieron lo peor no lo mejor, esta posición de los bienes es un principio ampliamente aplicado en la economía y el peor caballo o el peor buey en economía se llama el bien cuya utilidad es marginal, de ese hecho simple podemos plantear una tesis fundamental en la ciencia económica de hoy: los bienes que se intercambian, sólo se intercambian cuando sus utilidades marginales son iguales, el precio es sólo un accidente de la medida de esas utilidades marginales, el precio de los bienes a intercambiar tiene que ser igual a las utilidades de los bienes marginales que se intercambian. En los dos gráficos presentados, el primer gráfico que le llamaremos gráfico del conflicto económico o precio de equilibrio, doña María presiona hacia cero es decir le gustaría que le obsequiaran la mantequilla, don Juan por el contrario plantea que no puede darla menos de 75 centavos, así que su discusión se limitará a 75 centavos para arriba, si puede darla más magnífico; ése pudiera ser un conflicto horizontal entre 0.75 y un colón habría el campo de posibles precios, dependiendo del forcejeo de ambos y del grado de convencimiento de los dos, finalmente después de la discusión llegan al precio de equilibrio de 0.90 centavos la libra. En el primer gráfico la zona de posibles precios está entre 75 centavos y un colón, se llega después de la discusión a 90 centavos, en el segundo gráfico un poco más depurado el fenómeno, representa el mismo conflicto a la curva descendente le llamamos curva de la demanda y a la curva ascendente y positiva curva de la oferta y a los 90 centavos, el precio de equilibrio, o sea al punto que después de la discusión llegaron.

Un precio superior a noventa centavos originaría una presión de parte de doña María para bajar el precio a un precio inferior a 90 centavos, originaría una presión de parte de don Juan para subir el precio, ambos están ejerciendo presiones opuestas; la parte sombreada arriba de 90, la parte rayada diremos, simboliza la presión de la compradora para bajar el precio y la parte rayada después de 90, simboliza la presión del vendedor para elevar el precio, una vez las presiones se equilibran se llega al precio de equilibrio.

III.—DESARROLLO HISTORICO DE LA CIENCIA ECONOMICA

III.—1.—FILOSOFIA ECONOMICA

Se caracteriza esencialmente por los estudios de Filosofía Económica, pero más bien se trata de explicar los fines últimos de toda actuación humana, utilizando cierta realización científica, en la edad media y renacimiento por medio de la revelación cristiana se puede llegar a esa realidad, interesa por ejemplo los precios justos, el salario justo, la armonía de los participantes; posteriormente y más recientemente la tasa de intereses no tiene la característica moral de ser un precio justo, más bien es la remuneración a un factor productivo que interviene en el proceso de producción; el dinero tiene un precio y ésa es la tasa de interés, sea justo o injusto, moral o amoral. Recientes estudios consideran que ha habido un tratamiento un poco superficial de la etapa Filosofía Económica mas sin embargo podemos decir que, se trataba de problemas de la economía política como ética, como moral, se trataba de los aspectos de pura Filosofía Económica.

III.—2.—POLITICA ECONOMICA

Se caracteriza por política económica como técnica; normalmente a esta etapa se le llama la etapa del sistema mercantilista, los actuantes de esta etapa no eran economistas teóricos. Era una economía descriptiva, se preocupan por los problemas de enriquecer a la nación y si en esa época por ejemplo preguntan a un madrileño ¿qué es lo que la economía trata y qué es lo que interesa?, lo que interesan en estos momentos diría es poseer oro y plata, el fin último es la riqueza nacional; poseer bienes materiales y esto es el desarrollo para nosotros, es importante esta etapa de política económica porque se discuten los grandes móviles que dirigen el desarrollo de los países y más bien pudiéramos decir es la etapa que trata acerca del desarrollo económico en forma incipiente. Francia considera que por no tener sus colonias ni minas de oro y plata lo estratégico es desarrollar su industria y se hace énfasis en desarrollar la industria, de tal manera que se hacen referencias un poco novelescas en el sentido de que Colbrt tenía sus propios detectives que estaban indagándose de que cuáles eran los descubrimientos industriales de los otros países, en una ocasión habían unos alemanes que tenían un nuevo proceso textil: él mandó referencias particulares en cartas diciéndoles que si su descubrimiento se trasladaba a Francia, él les daría 20 años de concesiones para que explotaran su industria en Francia, les daría una serie de beneficios, salarios, prestaciones, etc., en fin, todo lo que quisieran, pero si trasladaban su fábrica, y podrían tener financiamiento del estado francés, los alemanes por nacionalismo le contestaron que aunque les ofrecieran todo lo que quisieran no podrían trasladarla, mandó un grupo de sus detectives y secuestraron a los alemanes y obligatoriamente desarrollaron la industria en Francia, puede decirse, que él es el padre de la industrialización francesa.

Un sentido diferente adquiere la economía en Inglaterra más bien la actividad comercial es el énfasis y por eso a esta etapa en Inglaterra se le llama mercantilismo comercial inglés, porque ellos consideran que en la marina mercante está la riqueza nacional, nada mejor que comprar mercancías baratas y venderlas a los

otros países a precios altos, claro les queda la ganancia y el comercio es la forma más rápida de enriquecerse y hacerse grande y la marina mercante que dominaba el mundo en su época produjo un desarrollo considerable en Inglaterra. Por el contrario los países un poco menos desarrollados como Alemania e Italia estaban más interesados en unificar su país y estaban más interesados en un fisco grande, en recursos fiscales grandes, lo característico de esta etapa es el bullonismo español. España consideraba la abundancia de oro y plata el medio circulante más fácil para poder adquirir todos los bienes y servicios y la abundancia que se tenía podía permitir el desarrollo, para que industrias y otras actividades si tenemos la riqueza oro y plata, posteriormente hubo refinamiento y se planteaba que es más difícil establecer una industria en España que en Francia por el hecho que los precios en España eran mucho más altos que en Francia y por lo tanto la rentabilidad de la industria en Francia era más alta que en España, por tener precios altos.

III.—3.—ECONOMIA POLITICA

Podemos caracterizar ese período por la etapa clásica. Tres obras fundamentales marcan esta etapa: El Ensayo, de Ricardo Cantilón escrita en 1934. El Cuadro Económico de François Quesnay elaborado y presentado en 1774 y la obra fundamental que todo economista tiene en la memoria, La Riqueza de las Naciones de Adam Smith, escrita en 1776. La ciencia Económica de esta etapa se llama precisamente economía política, porque conlleva elementos teóricos en pequeña proporción, elementos de economía aplicada o de economía como técnica y elementos de filosofía económica, más bien; los elementos teóricos son relativamente escasos, sin embargo se plantean los soportes fundamentales de la ciencia económica, en primer lugar, la teoría del precio montada sobre la teoría del valor objetivo, una metodología que es la metodología deductiva y basa toda su armazón en la economía liberal, la intervención del estado altera el precio económico normal pues la actividad económica tiende a su propio desarrollo. Se caracteriza esta etapa por la teoría del valor objetivo, por la metodología deductiva y por la economía liberal. Los aportes esenciales son: la teoría de los precios y otros muchos elementos de la ciencia económica.

Mil ochocientos cuarenta y ocho para los marxistas es una etapa verdaderamente interesante, aparece el Manifiesto Comunista, así, podemos decir se inicia la desintegración teórica del sistema clásico y por el contrario la escuela marxista plantea la teoría objetiva del valor, pero un método distinto, el método inductivo histórico, el materialismo histórico y además allí está la gran diferencia, se basa en una economía dirigida, alguien plantea que las diferencias de la escuela liberal, de la escuela solidarista y de la escuela colectivista es que la concepción del mundo de la escuela individual es individualista, la de la solidarista, solidarista también, y la escuela colectivista individualista, pero donde hay cambios es en el orden económico, para la escuela liberal, la economía se monta sobre el orden económico libre, para la escuela solidarista dirigida y para la colectivista también, y en relación a la propiedad para el sistema liberal la propiedad privada, para la escuela solidarista la propiedad privada también pero para la escuela colectivista integrada por el fuerte grupo de Marx, la propiedad colectiva. Los desarrollos posteriores de la escuela marxistas marcan algunas etapas interesantes, todos los demás que se apartaron de ese camino en forma despectiva se les llama revisionistas aun cuando hay aportes importantes de estos autores.

III.-4.-ETAPA DE LA CIENCIA ECONOMICA

De mil ochocientos setenta a nuestros días, las figuras relevantes en las primeras etapas son: William Stanley Fenons con su obra *La Teoría de la Economía Política*, Wilfredo Pareto con: *Los Principios de la Economía Política*, León Walras con *Los Elementos de la Economía Política Pura*. En esta etapa se hace necesaria la elaboración teórica de los elementos de la Ciencia Económica, se dividen las tareas, por una parte un grupo de economistas los tres a los que hago referencia, se dedican a profundizar sobre los elementos de análisis y teoría económica, se olvidan un poco de la economía descriptiva y de la economía aplicada y tratan de profundizar más en la teoría de los precios, en la teoría del valor subjetivo, que así se llama la teoría de la utilidad marginal, profundizan mucho más para crear las bases del sistema económico que pudiéramos decir capitalista y otro economista toma las tareas de la Economía Aplicada, los primeros economistas profundizan sobre la Teoría Económica Pura y Keynes un poco más después, trata de desarrollar la Economía Aplicada, pudiéramos llamar el período de 1870 a 1930, el período Valrasiano o etapa de la Economía Política Pura, y de 1930 a 1936 época en que aparece la Teoría General de Keynes a nuestros días, época que podríamos llamarla: Período de Economía Política Aplicada. Aquellos teóricos plantearon la teoría del valor y del precio montada sobre la teoría subjetiva del valor, los bienes valen no por el trabajo más bien por su utilidad y escasez, se profundiza más sobre la teoría del valor sobre la utilidad marginal decreciente, otros economistas teóricos, la segunda generación de neoclásicos profundizan más sobre la Teoría Económica Pura.

La proporción de teoría económica es mucho más grande, casi constituye el 70 u 80%, lo de política económica como técnica una pequeña proporción y lo de filosofía económica es más pequeña, pero con una conceptualización distinta, la filosofía económica de hoy trata y discute sobre los conceptos espacio y tiempo, aplicados a la economía, la política económica de hoy es más bien una teoría de la política económica, qué principios debe tomar el Estado para poder valorar los proyectos para poder desarrollar mejor un país, qué conviene más, desarrollar la agricultura, la industria o una mezcla de los dos o el comercio, en qué proporciones, en qué sectores la industria nos conviene desarrollar los sectores estratégicos, las industrias mecánicas básicas, las intermedias, la química básica, qué sectores, por qué estos sectores? En general en esta etapa se plantea estos elementos. Finalmente la ciencia económica en nuestros días crece en tres campos importantes: desde el punto de vista sustancial o contenido, se agregan nuevos sistemas económicos, se trabaja con nuevos mercados, se amplía la caja de herramientas del economista, se incluye el análisis del ingreso nacional, del ahorro, del consumo y de la inversión, se agregan nuevas teorías, la teoría de los juegos, la programación lineal, la teoría de las colas. Los claros dejados por la teoría anterior son cubiertos ahora por el cuadro de relaciones interindustriales, estos nuevos aportes amplían la ciencia económica a una depuración en cierto modo matemática, pero por otro lado hay también aspectos sociales, importantes y amplios, se discute también desde el punto de vista temporal los aspectos de corto plazo y largo plazo; en corto plazo se estudian las crisis económicas breves, las crisis comerciales cómo debemos sortear esas crisis, evitar que se profundicen invirtiendo en mano de obra, en trabajos, se hace un mejor análisis de corto plazo de la actividad económica y lo que es bueno para estos días no será bueno para todo el año y no para 20 años. Hay un análisis

distinto plantea los problemas de largo plazo de desarrollo económico, se discute la renta nacional en períodos largos de 5 años a más y se trata los problemas de desarrollo económico. Los aspectos temporales de corto plazo tratan las crisis económicas y los aspectos de largo plazo estudian el desarrollo económico y finalmente se incluyen los aspectos espaciales, se creía que la ciencia económica podía aplicarse indistintamente a todos los países, realmente el actuante de la teoría económica que nosotros tenemos es el típico empresario europeo o norteamericano pero no el de los subdesarrollados, es posible que la propensión al ahorro y al consumo sean variables de tendencias desconocidas para ellos o increíbles. La Ciencia Económica se vivifica y crece en un triple aspecto: sustancial de contenido, temporal o sea el análisis de largo y corto plazo y espacial o sea el análisis de regiones deprimidas o regiones subdesarrolladas y regiones desarrolladas. La ciencia económica está en pleno proceso de sedimentación y fundamentación todavía se discuten ampliamente las tesis fundamentales, la teoría del valor subjetivo o la objetiva, y algunas partes importantes de la ciencia económica son en estos momentos experimentales.

IV.—LAS LEYES ECONOMICAS

Las leyes económicas, son las relaciones o nexos que se repiten constantemente entre los diferentes elementos del proceso económico. El fin de toda ciencia es la formulación de leyes o principios generales que permitan la regulación de los fenómenos, por medio de la predicción, eso es lo que caracteriza una ciencia; toda ley debe ser sometida a tres pruebas: la primera es la prueba de consistencia lógica interna, que hace referencia al hecho de la relación existente lógica coherente, entre las conclusiones y la premisa; la segunda prueba de consistencia lógica externa o sea, si está de acuerdo con la realidad, y la tercera prueba es la que hace referencia a la relación de esa ley con otras leyes, un ejemplo muy breve, en economía, hay una cantidad de leyes y entre ellas hemos simplificado cuatro importantes, pero existen otras muchas dependiendo del campo de análisis de la ciencia económica. Sometamos a prueba una ley para establecer estas pruebas, por ejemplo la ley de la utilidad marginal o de la utilidad decreciente, a medida que satisfacemos la necesidad de un bien la utilidad de ese bien es siempre decreciente, ésa es la premisa mayor, la menor o secundaria, el agua satisface la necesidad de beber; la conclusión puede ser que la utilidad del agua para el sediento disminuye a medida que bebemos más agua, este ejemplo explica la ley de la utilidad marginal decreciente; ésta tiene relación con la curva de la demanda. En economía se consideran factores constantes, un factor que se considera fijo y otro variable o factores que se consideran igualmente variables, se dice que la densidad normal de la población de El Salvador es 174 habitantes por kilómetro cuadrado, relacionamos la tierra que es un factor fijo 20 mil kilómetros cuadrados con un factor variable, el crecimiento de la población, estamos relacionando un factor fijo con un variable y de allí deducimos la depauperación de la población a medida que en ese factor fijo: tierra, hay más población, pues lógicamente crece más la población; quizás la consideración no es muy justa y aquí una tesis al margen de esta consideración; la capacidad de sostenimiento de la población, no específicamente nace de la tierra, si ustedes consideran que la capacidad de sostenimiento de la población del país, no sólo depende de la agricultura, depende de la industria en alta proporción, del comercio y los servicios; muchos profesionales no dependen de la tierra o industria sino que de sus servicios profesionales, entonces podemos decir que la capacidad

de sostenimiento de una población depende de la diversidad de actividades económicas y servicios. De manera tal que nuestro país tiene 4 millones de habitantes, Holanda tiene 8 millones en una extensión territorial similar a la nuestra, ¿por qué esa gran capacidad de sostenimiento?, porque ellos tienen una mayor diversidad de actividades económicas, realmente en Holanda no podrían vivir sino unos 26 habitantes por kilómetro cuadrado, es decir, esa es la capacidad de sostenimiento de las tierras de Holanda pues son muy escasas, sin embargo el standard de vida de los holandeses es tan alto, que se considera como uno de los primeros del mundo. La tesis de un factor fijo y un variable simplemente sirve para análisis teóricos en cierto modo y a veces no es real y hay mucha discusión acerca de la validez de este principio; sin embargo es posible para fines de análisis, en la parte económica para fines teóricos que nos pueda aclarar cierta relación de los costos y otros aspectos aplicados a la economía. En el gráfico B que le he llamado la curva de la madurez de la industria, evidentemente la productividad de la inversión en las primeras etapas es una etapa de crecimiento, es decir, usted hace una inversión y como no tiene experiencia paga todos los servicios, pero a medida que va conociendo la actividad va teniendo una mayor rentabilidad, obtiene mayor productividad, entonces hay una juventud de la producción, hay una productividad alta de la inversión; pero hay un punto en que esa inversión comienza a estancarse, pudiéramos llamarle la etapa de madurez, su productividad es menor, va creciendo en proporciones pequeñas; y hay un punto en el que después del cual esa productividad se torna negativa, dentro de la actividad económica industrial hay una serie de actividades económicas o de industrias que están en su etapa marginal, imposible inyectarles inversión de capital que mejore toda su administración, imposible, está en su etapa final, luego de la madurez y crecimiento y esa etapa marca el colapso de esa industria. En muchos países donde la productividad alta de la inversión es un acicate permanente del desarrollo, hace que las actividades de las industrias marginales no pueden continuar desarrollándose, sino que tienen que salir de esos países, como ejemplo, en estos momentos Alemania exige una alta productividad para las industrias existentes exigencia natural, para poder competir con los demás países; necesitan elevar su productividad; aquellas empresas que no pueden adoptar nuevas tecnologías se rezagan y entran a la etapa de estancamiento; hay una serie de actividades que muchos industriales quieren hacer renacer, pero están en su etapa de marginalidad, es la competencia tan grande y la productividad introducida por los pioneros de ese sector que imposibilita que esta industria pueda desarrollarse prácticamente, es una industria que nace muerta hay una gran cantidad de actividades, no sólo industriales, comerciales y otras cuya etapa es ya de costos decrecientes o cuya productividad es decreciente. Pequeños cambios que nacen de la curva de los costos crecientes o en otro sentido del decrecimiento de la productividad.

V.—ANÁLISIS DE LA DEMANDA

Hoy veremos todas las condiciones objetivas y subjetivas que están tras de la demanda o mejor dicho lo que hay detrás de la actitud del comprador.

Demanda es una lista de cantidades de un producto que los consumidores estarían dispuestos a comprar a los posibles precios del mercado.

Ley fundamental de la demanda. Esta ley hace referencia a la relación inversa entre cantidades demandadas y el precio del producto, es decir que las cantidades demandadas del producto, que los consumidores están dispuestos a comprar, varían inversamente con el precio; en ciencias económicas normalmente se utiliza una forma de simbología, y es el gráfico; el gráfico ha permitido simplificar muchos aspectos que de otra manera serían un tanto ininteligibles, una tabla de la demanda indica, que a precios más altos las cantidades demandadas son siempre menores, un gráfico o una curva describe ese mismo hecho, tanto que a precios más bajos las cantidades demandadas son mayores.

La curva de demanda trazada, simboliza la relación existente entre precios y cantidades, una relación inversa a medida que el precio baja las cantidades demandadas aumentan o al contrario a medida que el precio sube las cantidades demandadas disminuyen y esto, luego de soportar esta ley la consistencia lógica interna y externa en el sentido que evidentemente, un consumidor a medida que el precio de los bienes baja y el precio de cualquier otro bien probablemente el consumidor adquiera más; a medida que suba adquiera menos y esto es normal en una gran cantidad de bienes y servicios; se ha tratado de considerar las causas de que por qué la curva de la demanda tiene tendencia negativa, es decir decreciente de izquierda a derecha, en descenso, esto tiene gran relación con la teoría de la utilidad; lógicamente podemos decir se puede aumentar la demanda de un bien si su precio baja, pero también puede aumentar la demanda si se consigue unos colones más trabajando; se puede adquirir más si el precio de otros bienes baja y lo que le sobra con la baja del precio de los otros bienes puede destinarlo a la adquisición del que usted prefiera, supongamos que el precio de los libros bajara, pues probablemente lo que nos sobre de eso, podríamos utilizarlo para comprar una bebida o algún bien de consumo, es decir hay un efecto de sustitución provocado por una diferencia o una baja en el precio de uno de los bienes.

Graficaremos los cambios en las cantidades demandadas y las fluctuaciones de la demanda; o sea aumento y disminución de la demanda, uno se explica por la variación de precios y otro se explica por las variaciones del precio de otros bienes, del aumento de la renta o de la preferencia por ese bien. Refiriéndonos a los dos gráficos aquí dibujados en el primero hablamos de cambios en las cantidades demandadas: si observan hay un cambio en los precios de B a B1 las cantidades demandadas disminuyen, es decir hay dos precios B y B1, significa que el precio ha bajado la cantidad demandada sube, un aumento a la definición de la curva en la figura dos, diseñó o simboliza el hecho de aumentos o disminuciones de la demanda de D prima a B sub 2 hay un aumento de la demanda de D prima a D hay una disminución de la demanda y hay un solo precio significa que los cambios experimentados en la demanda no son provocados por variaciones específicas en el precio del producto, el precio es uno sólo, significa eso que ha habido cambios de factores, la renta del consumidor la llamamos así el precio bajo o alto de otros productos, el crecimiento de la población, el cambio o preferencia del consumidor, cambios en las costumbres de consumo, en general proviene de incrementos en la renta y de hechos de sustitución de un bien por otro.

V.-1.-LA DEMANDA INDIVIDUAL Y LA TEORIA DE LA UTILIDAD

Un economista con conocimientos bastante amplios sobre psicología, German Gassen, había notado que hay una gran cantidad de bienes, que a medida que satisfacen una necesidad van teniendo una utilidad o un efecto de satisfacción en la persona cada vez menor, un sediento en un desierto valora un vaso de agua, un segundo vaso de agua tiene valor también pero menos que el primer vaso un tercero menos que el segundo, y así sucesivamente hasta que un décimo vaso probablemente le causaría hastío y un décimo cuarto probablemente le produciría algún trastorno; hay desutilidad después de un punto, a medida que se satisface una necesidad los grados de utilidad van siendo cada vez menores, los grados de satisfacción que produce el consumo de un bien, va siendo cada vez menor; necesariamente se refiere a aspectos puramente económicos y a bienes que satisfacen necesidades materiales y no a necesidades espirituales porque éstas no tienen fin, alguien puede pasar toda la vida oyendo música; es muy difícil establecer escalas de necesidades no materiales, en cierto modo aquellas necesidades podríamos calificarlas como económicas; pero evidentemente las necesidades económicas tienen esa tendencia. Las cantidades que satisfacen una necesidad son altamente deseables primero, hay un decrecimiento después y un aburrimiento y finalmente un rechazo, esto es con casi todos los bienes de consumo, esta tendencia podemos graficarla.

Ese gráfico indica el decrecimiento de la utilidad, llamada utilidad marginal decreciente, el primer vaso, el segundo, el tercero, el cuarto al bajar al quinto no produce ninguna satisfacción el sexto vaso produce una desutilidad, una desatisfacción el séptimo mucho más de desatisfacción y el octavo mucho más, es decir que los bienes de consumo tienen esa propensión negativa después de cierto punto.

Ustedes habrán notado en la gráfica de la curva de demanda la relación en la tendencia de la similitud de la demanda con la curva de utilidad marginal decreciente, de derecha a izquierda es decreciente, negativa, una curva de demanda de una libra de mantequilla indica que la compra de doña María de la primera libra lo hace con mucho entusiasmo, dos, tres las puede ocupar en la semana, cuatro también; pero cuatrocientas libras creo que no produce ninguna satisfacción y quinientas libras mucho menos y 600 le trastomarían su consumo completamente, no tendría donde guardarlas, en fin hay una desutilidad, la tendencia de la curva de demanda sigue la sinuosidad de la curva de utilidad marginal decreciente.

V.-2.-DEMANDA DE MERCADO, COLECTIVA O AGREGADA

Aun cuando en principio el cálculo es sencillo así, la demanda de un consumidor A, más la demanda de un consumidor B, más la demanda del consumidor C, nos da la demanda del mercado colectiva o agregada, es posible que así sea, normalmente así es, pero puede ser que la demanda de la señora A, sea con aumento, pero que la demanda de la B, sea con disminución; que la demanda del señor C, sea igual que la demanda del señor Z, y la demanda del señor L, sea un aumento o disminución muy grande; pero sumados los aumentos y las disminuciones en promedio la demanda de mercado, o sea la sumatoria de las diferencias nos dará la demanda del mercado, la demanda agregada, demanda colectiva. Normalmente y en forma sencilla sumando las curvas de demanda individual, sumamos los espacios y can-

tidades en el gráfico, la suma como se simboliza en el gráfico de las demandas individuales es igual a las demandas colectivas, de mercado, o agregada; la demanda de los consumidores iguales da igual a la demanda de mercado, normalmente se considera que la demanda de mercado debe tener tendencia negativa, aun cuando puede haber otra forma de la curva; sumadas todas las demandas individuales.

V.-3.—FLUCTUACIONES DE LA DEMANDA

Hay diferencias entre las cantidades demandadas motivadas por las variaciones en el precio y cambios en los aumentos y disminuciones de la demanda producidas por variaciones de la renta, u originadas por variaciones en el precio de otros productos sustituyendo los productos más caros por los más baratos o en caso contrario, por el incremento en la renta o el ingreso del dinero que lleva el consumidor para gastar, el incremento también en el número de consumidores. Un análisis bastante refinado diríamos así, es el del equilibrio del consumidor individual, en este sentido se trata de graficar el punto de equilibrio del consumidor individual, LITERAL D, cambios en el precio, efecto ingreso y efecto sustitución. Siguiendo nuestra metodología utilizaremos otro gráfico, en el que hemos representado, que una variación en el precio produce dos efectos, en primer lugar si un bien baja de precios, esa baja de precios significa, un incremento en la renta o cantidad de dinero que lleva el consumidor para gastar, ése es el primer efecto, por ejemplo si el precio del pan baja a 5 centavos, esa baja de 5 centavos, en la baja del pan, es el incremento en su dinero para gastar en pan, es decir los 5 centavos de rebaja en el pan son un incremento a lo que destina gastar en pan hay pues en efecto renta, pero hay otro efecto más, con esos 5 centavos usted puede comprar más pan, o puede comprar otro bien, si el precio del pan baja, el consumidor comprará más se trasladará de D a B sub 1. Hay tres soluciones ésta es la primera, un segundo camino: con la rebaja en el precio del pan me gustaría comprar queso, y sigo comprando lo mismo de pan, pero hay otra tercera opción, con la rebaja del precio del pan, tengo una tercera solución, puedo comprar un poquito de más pan y un poquito de más queso; son tres opciones que en la baja del precio o en el cambio del precio en un bien le permite a usted tres opciones, uno, comprar las del bien abaratado o comprar más de los otros bienes que desea usted consumir o bien comprar más de los dos bienes que desea comprar, es decir una variación en el precio produce un doble efecto, un efecto de incremento en la renta, efecto renta, más un efecto sustitución, esto tiene la mayor importancia en el análisis económico.

V.-4.—ELASTICIDAD DE LA DEMANDA

Podemos decir, es la proporción de cambio que experimenta la cantidad de un bien, como consecuencia en la modificación en su precio correspondiente, considerando constantes las condiciones objetivas o subjetivas del consumidor.

Existen varias clases de elasticidad, si la variación en la cantidad es relativamente pequeña en relación al precio, es decir que el precio fluctúa bastante, y la cantidad cambia muy poco, por ejem. con la sal, ¿usted cree que si la sal baja 4 centavos cambiaría la proporción en forma considerable de consumo de sal? No, porque se trata de un bien fundamental que se utiliza en pequeñas cantidades y una va-

riación en el precio prácticamente no altera en gran medida la demanda del producto, normalmente se califica como una cantidad inelástica, hay otra cantidad muy grande de bienes que tiene esa cantidad inelástica, existen otros bienes cuya variación en la cantidad es proporcional al precio, o sea si varía 10% el precio la cantidad varía 10% también, es decir se le llama a eso elasticidad unitaria, al caso de la sal se le llama demanda inelástica, o sea cuando la proporción de cambio en las cantidades es muy pequeña y la proporción de cambio en las cantidades es muy pequeña y la proporción de cambio en los precios mucho más grande. Finalmente la elasticidad de la demanda se determina, cuando la proporción de cambio en las cantidades es mucho más que proporcionalmente a la variación de cambio en el precio, se trata de bienes de consumo suntuario, perfumes, por ejemplo, si el precio de éstos baja la cantidad aumenta en forma sensible, los conceptos inelástica, unitaria y elástica no sólo son aplicables a la curva de demanda, también a la curva de oferta, y son aplicables también a la variación de precios, renta y la variación sumatoria del efecto renta y efecto sustitución en otras palabras. Este concepto de la elasticidad de la demanda es aplicable a otros muchos aspectos de la actividad económica, finalmente hay dos casos extremos, una demanda perfectamente inelástica y otra perfectamente elástica o sea los casos extremos, por ejemplo perfectamente inelástica cuando no hay variaciones en la cantidad y hay grandes variaciones en el precio, ésta es una curva perfectamente inelástica y perfectamente elástica cuando hay mucha variación en la cantidad y no hay variación en el precio, finalmente en relación a ese punto, estamos no en la parte de la economía descriptiva sino en la parte de análisis o teoría económica, tampoco nos estamos refiriendo a la economía aplicada.

VI.—ANÁLISIS DE LA OFERTA

VI.—1.—MACRO ECONOMIA: LA NUEVA ECONOMIA

Igual que hay una relación entre la demanda y entre la teoría de la utilidad, la oferta plantea esa misma co-relación entre la oferta del productor y la teoría de la escasez, aunque aquí los problemas a discutir son bastante diferentes en el sentido de que es bien difícil definir la escasez si no es frente a la demanda de determinado producto, fuera de eso, el concepto escasez está en relación directa con la demanda, más bien pudiéramos decir que tiene su ancestro en la calificación de un bien económico; todo bien económico para ser calificado de económico, como condición indispensable tiene que ser escaso o bien la escasez de origen al estudio del problema que origina la escasez que es el objeto de la economía. Pues bien dentro de este orden de ideas quisiera apuntar en primer lugar el concepto de oferta luego veremos algunas de las causas que están en directa relación con el concepto escasez, la oferta se refiere al hecho de las cantidades de un producto que los productores están dispuestos a ofrecer o producir a los precios prevalecientes del mercado.

Un segundo concepto que hemos analizado al estudiar la demanda es la ley de la oferta, la ley de la oferta puede conceptualizarse como las cantidades de un producto que los productores están dispuestos a poner en el mercado y que varían en relación directa con el precio, esta ley hace referencia al hecho de una relación directa entre el precio y la cantidad, es decir a medida que el precio sube la canti-

tividad ofrecida es mayor, al hablar de oferta quizás es más claramente visible si establecemos una tabla y una curva que simbolice esa tabla.

Esta curva grafica el hecho que a medida que los precios suben las cantidades aumentan, hay una relación directa entre precios y cantidad, ¿por qué sucede esta situación?, en primer lugar la curva de demanda individual es sólo un artificio para llegar a la curva de demanda de mercado o demandaa colectiva, quizás se vea mejor por qué razón a precios bajos se ofrece menos y a precios altos se ofrece más, ésta sería una relación directa con la curva de demanda de mercado, que veremos es igual a la suma de demandas individuales igual que sucede con el análisis de demanda y la curva de demanda; la curva de oferta de mercado colectiva es el mismo concepto.

Para hacer una rápida referencia a este hecho, en general quienes ofrecen esas cantidades no será necesariamente un mismo productor o un mismo ofertante, pueden ser aquellas personas que tengan una gran necesidad de ofrecer sus productos aun a bajo precio, ese ofrecimiento bajo a un precio bajo representa la intensidad que tiene el ofertante de vender esa mercancía; una misma persona puede acontecerle esta situación, es posible que este ofertante en el punto primero cuando ofrece a un colón es posible que tenga una grave necesidad de recursos y entonces a ese precio ofrece esta pequeña cantidad, pero normalmente la curva tiene la tendencia positiva de ofrecer mayores cantidades cuando el precio sube, quizás se ve mejor cuando lo analizamos desde el punto de vista colectivo o de mercado, igual que en caso de la demanda, la oferta colectiva o de mercado es la suma de las ofertas individuales. Igual que con el análisis de la demanda, es probable que las ofertas individuales tengan sentido diverso, es posible que una oferta individual sea una disminución, otra sea un aumento pero en promedio sumadas las ofertas individuales, nos da la oferta del mercado. En términos más sencillos, ustedes quieren saber cuánto se está produciendo de un determinado artículo, pues lo más fácil es ir a las empresas productoras y sumar las producciones individuales de las empresas y tiene la oferta total de mercado, esto es el concepto de oferta colectiva agregada o de mercado.

¿Por qué en la oferta colectiva agregada de mercado la tendencia de la curva es ascendente positiva, es decir que a precios más altos ofrece más cantidad el mismo gráfico para la oferta colectiva que para la oferta individual, ascendente y positiva?, indudablemente los productores primeros son productores muy ansiosos de ofrecer su producto a precios bajos, pero lo lógico es que la mayor parte de los productores estén esperando mejor precio para vender, así que es indudable que la mayor oferta se establezca en los niveles de precios más altos por el hecho lógico de que la mayor parte de los productores desea ganar más y ganan más con un precio más alto, este caso de este señor que está ofreciendo 20 unidades a un colón indica la urgente necesidad que tiene, que es el caso relativamente excepcional de ese productor que está vendiendo 20 unidades porque necesita para un gasto urgente.

VI.-2.-FACTORES TERMINANTES

Quisiera reseñar primero el número de firmas que constituyen la curva de oferta y sus fluctuaciones. En cuanto a las causas de fluctuaciones presenta igual que la demanda, aumentos y disminuciones. En el punto U tenemos una oferta a

un precio dado, pero puede haber un incremento o un decremento, la oferta puede aumentar o disminuir.

La oferta puede aumentar o disminuir en primer lugar por el número de productores, si aumenta el número de productores probablemente el volumen de la producción aumente, si disminuye el volumen de la producción disminuye, otra causa que podemos reseñar es la capacidad productiva de las firmas existentes, por ejemplo si se introduce una innovación tecnológica es probable que aumente la producción; toda innovación tecnológica tiene esa tendencia, a producir más probablemente a costos iguales o más bajos, entonces significa que la producción se incrementa o por el contrario hay una baja en el proceso tecnológico por alguna razón, algún estancamiento en el proceso tecnológico o una baja o una reducción de ese proceso, de equipos de maquinarias; entonces hay una reducción en la oferta, es decir una innovación tecnológica puede incrementar la oferta, una tercera causa son los costos de los factores de producción por ejemplo la oferta puede disminuir y el costo de la mano de obra sube, la producción de una mercancía puede disminuirla si el costo de la tierra, o del dinero que es la tasa de interés aumenta, si el costo de los factores productivos intervienen el proceso aumentan, si los salarios suben probablemente un productor considera más conveniente reducir la producción, por el hecho de que con los recursos destinados a un costo mayor en sus factores no puede él aumentar la producción, puede suceder este caso, es decir, hay relación entre los costos de producción, el aumento y disminución de la oferta, es posible que costos bajos permitan al productor aumentar su producción, es posible que costos altos reduzcan la producción, por el contrario los efectos no necesariamente tienen que ser directos pero de todas maneras los costos de producción influyen en el aumento o disminución de la oferta, las técnicas de producción influyen también en los aumentos o disminuciones de la oferta, la oferta en un período corto podía tener unas fluctuaciones o no tener fluctuaciones. En período más largo puede presentar mayores fluctuaciones, por el hecho de que la conducta de los productores en cuanto a cambios en los precios, es un poco más retardada que la conducta de los consumidores, por ejemplo si el precio de una mercancía aumenta los productores no van a incrementar su producción adquiriendo nuevas maquinarias, nuevo equipo, nuevo edificio la conducta del productor es más racional, que la conducta del consumidor por el hecho de que el consumidor a veces no tuvo acuerdos con otros simplemente vive su propio consumo no lo comparte y el productor normalmente comparte sus ideas.

VI.-3.-LA ELASTICIDAD DE LA OFERTA

Igual que con la demanda existen los distintos casos de la elasticidad de la oferta, la elasticidad de oferta refleja los cambios en las cantidades del producto que los vendedores están dispuestos a poner en el mercado como reacción a cambios en el precio del producto ofrecido, igual que para el caso de la demanda existe oferta inelástica, cuando a una pequeña variación en la cantidad ofrecida responde una variación más que proporcional en el precio. Oferta unitaria cuando a una variación en la cantidad ofrecida responde en igual proporción, una variación en el precio de oferta. La oferta es elástica cuando a una variación relativamente mayor en la cantidad ofrecida responde una variación relativamente menor en el precio, es igual en los casos extremos de oferta perfectamente inelástica que son los casos excepcionales.

VII.—LA NUEVA ECONOMIA

El método que hemos seguido, primero, las exposiciones relativas a aspectos microanalíticos o de microeconomía, la empresa, el productor, el consumidor individual; hoy trataremos aspectos macroeconómicos, nos interesa la demanda global, la oferta global, la producción, el ingreso, el ahorro, el consumo y hablaremos también de otros elementos de análisis como el multiplicador y el acelerador; siguiendo nuestro esquema propuesto iniciamos con Keynes, más bien haciendo referencia en principio a su biografía rápidamente. Quizás pocos grandes economistas como él han tenido la fortuna de ser teóricos y prácticos; un hombre exitoso en sus actos comerciales como en su vida profesional como economista, la gran mayoría de textos que estudian la historia de las teorías económicas, en general, algunos arguyen el poco espacio que merecen sus ideas porque están tan cerca de nuestra época que quizás no podríamos tener un análisis completo, esperamos dicen estos autores respuestas a nuestras ideas; por el contrario hay otras que apuntan que realmente Keynes debe ser estudiado con más detenimiento; porque sus ideas llevadas a la práctica han, realmente vivificado el sistema capitalista; hay quienes consideran que las ideas de Keynes prácticamente evitaron que el sistema capitalista sucumbiera y la reincidencia de las crisis económicas, John M. Keynes nació en Cambridge el 5 de junio de 1883, el padre de él también fue economista y profesor y también fue profesor de Alfred Marshall, otro gran economista y la madre era también graduada universitaria; en aquella época en que las mujeres tenían muy escasas oportunidades de ingresar a la U, y mucho más difícil graduarse como licenciada, fuera de eso tenía cierto abolengo y cierta distinción y recursos económicos; inicialmente comenzó estudiando matemáticas y fue un brillante estudiante, pasó luego a la filosofía fue también un éxito y luego a la ciencia política, finalmente llegó a la economía donde en las primeras clases Alfred Marshall, consideró que tenía condiciones pero lo reprobó en algunos de sus exámenes y consideró que había posibilidades en el joven estudiante pero sabía muy poca economía. Como funcionario fue a trabajar a la India donde desarrolló ejecutorias como funcionario después, como periodista en el Economic Journal en donde tuvo muy grande éxito, en que muy pocas veces participó como autor, fue participante de la real sociedad económica; uno de los hechos que caracteriza la vida política de él fue cuando se discutían los términos de la rendición de Alemania después de la primera guerra mundial, en la que los aliados proponían y Keynes como asesor, que Alemania pagara indemnizaciones por los daños de guerra y que se le sometiera a esas indemnizaciones por el contrario Keynes argumenta que la indemnización de un país prácticamente destruido era absurda, si no tenía recursos como poderla pagar y planteaba la tesis que en vez de cargarles con indemnización habría que hacerle inversiones para que posteriormente pagaran esas indemnizaciones y a la larga quizá eso habría sido lo mejor; por este hecho él fue calificado como amigo de los alemanes, era inglés y lógicamente fue mal visto por los ingleses esta posición. Este economista posteriormente pasa de los conocimientos esencialmente monetarios a los conocimientos teóricos y esa formación tan diversa matemática, filosófica, política monetaria y económica pura, le permitió plantear un esquema nuevo de análisis económico. En primer lugar y pasando al punto dos el esquema Keynesiano, trata el de cantidades globales, considera que es muy deficiente el método aportado por los economistas anteriores de analizar problemas de la economía nacional con instrumentos aplicados a la empresa o sea con el análisis microeconómico no podría trabajar para analizar problemas de la economía en

su conjunto, de tal manera que muchos de los aportes se utilizan hoy tanto para países capitalistas como socialistas. Es indudable que para el sistema económico los aportes Keynesianos han sido altamente valiosos, aun cuando alguien dice que si comparamos a Keynes con Marx, prácticamente ambos partieron de premisas similares, y plantearon modelo equivalente. Keynes habla de eficiencia o eficacia marginal de capital, Marx habla de tasa media de la ganancia, Keynes plantea un modelo global de la economía, Marx plantea un modelo de reproducción empleada, Keynes plantea que las causas esenciales son el deficiente poder adquisitivo o el subconsumo de una sociedad y las causas de las crisis económicas y Marx arguye que las causas del sistema capitalista es el poco poder adquisitivo de las masas trabajadoras y las clases mayoritarias y los remedios si son diferentes, uno: la expropiación de los factores productivos y otro es por el contrario quizás en cierto modo, la intervención estatal pero en puntos estratégicos de la actividad económica, por ejemplo por el gasto público incrementando el consumo, o en caso la inversión en este sentido permite la tesis Keynesiana trabajar con el mismo status quo, nada más que con una participación financiera de parte del estado, y esto induce a ideas más avanzadas como es el estrechamiento del beneficio de los empresarios si la captación de esos recursos es en base a las utilidades, depreciaciones, y el destino de estos recursos es en beneficencia del desempleo, seguridad social, etc., los remedios son diferentes, quizás la base de análisis o premisas sean similares. Uno de los autores que trata a Keynes considera que si Keynes no dice esas ideas probablemente otro economista las habría planteado, realmente considerando la teoría económica antes de 1936, época en que se presenta su obra a conocimiento del público antes de esta etapa se sucedían crisis considerables, y en 1929-30 realmente la crisis más grave del mundo entero, desde el punto de vista económico y real esta crisis creó inquietudes acerca de la teoría tradicional económica si era realmente eficaz para resolver los problemas prácticos, si Keynes no lo hubiera dicho otro economista lo habría dicho también, la verdad es que sí plantearon algunas ideas como los economistas suecos plantearon ideas similares a la tesis keynesiana pero no tuvieron el éxito que tuvo él, al presentar su teoría general, en su obra la más importante, la teoría general de Keynes así en forma sintética escrita en 1936, tiene un estilo enérgico para dar importancia a sus determinadas tesis y establece en principio entre la teoría económica clásica y la que él propone, una gran diferencia era necesario insistir en que había diferencia en las dos teorías aun cuando realmente no había diferencias sustanciales sino que incrementos o variaciones en el planteamiento clásico.

Los puntos que más inquietaron a Keynes fue el hecho del subempleo o de la gran cantidad de personas que no tenían trabajo, desempleo y subempleo muy grandes después de la crisis. Esta circunstancia vista por los clásicos tenía otra característica para ellos no era un problema agudo el empleo luego veremos la tesis con más detalles más bien los desempleados para el esquema clásico eran desempleados voluntarios que no querían trabajar porque no querían ver reducidos sus ingresos, en otras palabras el esquema clásico trabaja con el modelo de pleno empleo y una oferta grande de mano de obra, ésta sólo puede ser ocupada si los trabajadores están de acuerdo en recibir un salario menor, con un salario menor los industriales sí pueden absorber toda la mano de obra disponible, entonces con un salario menor complementada la tesis con la tesis de Maltus probablemente los trabajadores no tendrán recursos para curarse de sus enfermedades, probablemente no se casarán muchos y porque no pueden con un ingreso tan reducido y probablemente las enfermedades y las condiciones materiales en que se van a de-

sarrollar con un salario bajo, para que esta oferta de trabajo se reduzca y nuevamente habrá un equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, habrá un punto en que la cantidad de trabajadores que se ofrecen sea muy reducida y la demanda de trabajadores por parte de las fábricas sea grande y entonces el salario tenderá a subir, y si sube el salario esto inducirá que los trabajadores tengan mejores condiciones de vida, puedan casarse, puedan tener más hijos y estas condiciones de vida permitirán que la clase trabajadora ofreciera más allá de la capacidad de absorción de las empresas y de los patronos y nuevamente se produce el ciclo. En otras palabras la ley de bronce llamada así por David Ricardo indica que los salarios reales de los trabajadores fluctuarán bajo el nivel de subsistencia, si el salario real es mucho más alto que el nivel de subsistencia, el número de trabajadores tenderá a reducirse, si el salario es menor que el de subsistencia el número de trabajadores tenderá a reducirse y si es mayor el nivel de subsistencia el número de trabajadores tenderá a crecer.

La tesis tiene ciertas impropiedades como el hecho de que estos efectos del crecimiento de la población trabajadora no es inmediato, hay otras cuestiones también inherentes a ese tema, y es el hecho de que por el contrario que con salarios bajos se reproduce más, es decir el hecho de la población no tiene ninguna relación con los salarios, por el contrario en países desarrollados donde el ingreso es más alto hay siempre una menor incidencia menor coeficiente en las tasas del crecimiento de la población es un poco al revés de lo que los clásicos pensaban.

VII.—1.—ANÁLISIS DEL INGRESO GASTO Y EL CICLO ECONOMICO

Ha habido muchas tesis acerca de la explicación de las crisis económicas, hay tesis por ejemplo la de William Stanley Jevons, que consideraba que había una relación entre la actividad económica en las manchas solares y cada 11 años las manchas solares intervienen en la agricultura, como repercusión intervienen en la economía, así que encontramos una relación entre manchas solares y la fluctuación de la economía, otros consideraban que las crisis eran de carácter psicológico y hacían énfasis en eso, Keynes y Marx plantean que las causas de la crisis son el sub-consumo de las masas esencialmente, es decir que frente a grandes lotes de producción no hay el poder adquisitivo necesario para adquirir esa producción, si se incrementara ese poder adquisitivo de las masas dándole más trabajo o aun incrementando su salario o su consumo, incrementando inversiones para que trabajen, esto podría absorber esa cantidad excesiva de producción, y si la empresa es incapaz de hacerlo, el gobierno toma la decisión de hacerlo, para Keynes en última instancia la causa de la fluctuación es la actividad económica aunque estructuralmente es el sub-consumo de las masas, pero evidentemente es la fluctuación de la eficiencia marginal del capital en otras palabras, si los industriales para Keynes prevén que los negocios no van a estar bien de aquí a cierto tiempo, no invierten y esa no inversión, produce trastornos en el poder adquisitivo de las masas y en la adquisición de la producción de bienes y servicios pero si por el contrario los industriales creen que va a haber un crecimiento de la economía en que vale la pena invertir, y todos tienen ese mismo criterio, prevén una eficacia marginal de capital, o sea una tasa previsible de beneficios alta y esto hace que todos inviertan, que todos se entusiasmen y este mismo efecto diríamos así un tanto psicológico porque la tesis Keynesiana de sub-consumo es además psicológica y monetaria también plantea la posibilidad de que todos se entusiasmen y consideren que los ingresos van a aumentar

y que vale la pena invertir, este entusiasmo por las inversiones incrementa el consumo y se incrementa el ciclo productivo en el sentido de que incrementado el consumo, incrementan los ingresos, incrementados los ingresos incrementa la absorción de esa producción y así en un círculo sin fin, hasta conseguir que todo lo que se produzca se demande o sea que la oferta total se iguale a la demanda total, puede ser este nivel un poco inferior al del pleno empleo éste es el punto estratégico a lo que llega Keynes. Para concluir en el ciclo del análisis del ingreso gasto y el ciclo económico, consideramos que la tesis keynesiana, en última instancia considera que el ciclo económico producido esencialmente por la previsión de beneficios de los inversionistas si ellos creen que las cosas andarán mal no invierten eso produce una caída del ciclo, si ellos creen que las cosas andarán bien invierten.

VII.—2.—LA DEMANDA EFECTIVA

Es el punto de intersección de la curva de demanda total con la de oferta total, o demanda global con la curva de oferta global, la economía tiene que incrementar su inversión en cada etapa porque la tasa de la ganancia, la eficiencia marginal del capital es decreciente y para sustituir ese decrecimiento en los rendimientos es necesario que la inversión sea cada vez mayor.

El monto de la renta nacional depende de dos variables, de la propensión a consumir, y de la incitación a invertir, la incitación a invertir depende, de la eficacia marginal del capital y del tipo de interés, el tipo de interés depende de la preferencia de liquidez y de la cantidad de dinero, la preferencia de liquidez está motivada por tres razones: motivo transacción, motivo previsión, motivo especulación. El motivo más fluctuante es el motivo especulación, el motivo transacción y previsión es predecible, o calculable.

Este modelo hace referencia al hecho de que quizás los trastornos de la actividad económica fluctuante provienen por sobre todo de la previsión de ganancias de los inversionistas que quizás está motivada por tres razones: motivo transacción que es más o menos calculable, motivo especulación y motivo previsión, pero el motivo especulación es el motivo más serio, considera que la tasa de la ganancia futura no es rentable para invertir ahora, entonces este motivo que se le llama especulación por el contrario considera que si retiran de la actividad económica la mayor parte de recursos y no invierten harán y producirán una baja en los costos y esto permitirá que cuando ellos inyecten en las primeras etapas de esa inversión consigan recursos más baratos aun cuando después suban es decir este tipo de acciones o en caso la acción financiera en la bolsa de valores en el mundo financiero es un típico modelo de fluctuación de actividad económica, el motivo especulación es allí claramente visto por ejemplo los que trabajan en la bolsa de valores prevén una baja, retiran recursos y esperan mejores precios, esta retirada de adquisición de acciones de una serie de compañías hace que no haya demanda de los productos por un período dado o que la demanda se resuelva pero a precios no halagadores en otras palabras la retirada de recursos financieros por los mercados de valores, esa especulación constante, este motivo especulación es el que produce fluctuaciones en la actividad y esto no deja de ser una incertidumbre para la eficacia marginal del capital.

y que vale la pena invertir, este entusiasmo por las inversiones incrementa el consumo y se incrementa el ciclo productivo en el sentido de que incrementado el consumo, incrementan los ingresos, incrementados los ingresos incrementa la absorción de esa producción y así en un círculo sin fin, hasta conseguir que todo lo que se produzca se demande o sea que la oferta total se iguale a la demanda total, puede ser este nivel un poco inferior al del pleno empleo éste es el punto estratégico a lo que llega Keynes. Para concluir en el ciclo del análisis del ingreso gasto y el ciclo económico, consideramos que la tesis keynesiana, en última instancia considera que el ciclo económico producido esencialmente por la previsión de beneficios de los inversionistas si ellos creen que las cosas andarán mal no invierten eso produce una caída del ciclo, si ellos creen que las cosas andarán bien invierten.

VII.-2.-LA DEMANDA EFECTIVA

Es el punto de intersección de la curva de demanda total con la de oferta total, o demanda global con la curva de oferta global, la economía tiene que incrementar su inversión en cada etapa porque la tasa de la ganancia, la eficiencia marginal del capital es decreciente y para sustituir ese decrecimiento en los rendimientos es necesario que la inversión sea cada vez mayor.

El monto de la renta nacional depende de dos variables, de la propensión a consumir, y de la incitación a invertir, la incitación a invertir depende, de la eficacia marginal del capital y del tipo de interés, el tipo de interés depende de la preferencia de liquidez y de la cantidad de dinero, la preferencia de liquidez está motivada por tres razones: motivo transacción, motivo previsión, motivo especulación. El motivo más fluctuante es el motivo especulación, el motivo transacción y previsión es predecible, o calculable.

Este modelo hace referencia al hecho de que quizás los trastornos de la actividad económica fluctuante provienen por sobre todo de la previsión de ganancias de los inversionistas que quizás está motivada por tres razones: motivo transacción que es más o menos calculable, motivo especulación y motivo previsión, pero el motivo especulación es el motivo más serio, considera que la tasa de la ganancia futura no es rentable para invertir ahora, entonces este motivo que se le llama especulación por el contrario considera que si retiran de la actividad económica la mayor parte de recursos y no invierten harán y producirán una baja en los costos y esto permitirá que cuando ellos inyecten en las primeras etapas de esa inversión consigan recursos más baratos aun cuando después suban es decir este tipo de acciones o en caso la acción financiera en la bolsa de valores en el mundo financiero es un típico modelo de fluctuación de actividad económica, el motivo especulación es allí claramente visto por ejemplo los que trabajan en la bolsa de valores prevén una baja, retiran recursos y esperan mejores precios, esta retirada de adquisición de acciones de una serie de compañías hace que no haya demanda de los productos por un período dado o que la demanda se resuelva pero a precios no halagadores en otras palabras la retirada de recursos financieros por los mercados de valores, esa especulación constante, este motivo especulación es el que produce fluctuaciones en la actividad y esto no deja de ser una incertidumbre para la eficacia marginal del capital.

ECONOMIA

SEGUNDA PARTE

Dr. JOSE DIMAS HERNANDEZ *

I.—CONCEPTO DE MERCADO

El concepto **MERCADO**, tiene dos acepciones: una de orden geográfico y el otro como sistema. El de orden geográfico, se refiere al lugar donde concurren tanto los compradores como los vendedores para efectuar transacciones comerciales; el mercado puede ser local, regional, continental o mundial. Se llama local al que está situado en la vecindad; regional al que tiene como ámbito una determinada área conformada por varios países; y el mercado internacional o mundial, es el concepto geográfico que tiene como ámbito cualquier continente o el mundo.

El mercado como organización o sistema, consiste en la estructuración administrativa que permite la venta y compra de bienes y servicios en forma sistematizada; un ejemplo de ese tipo de mercado es la bolsa de valores de New York, Londres, París; por analogía podría mencionarse la organización del mercado de San Miguelito, que está geográficamente ubicado en la ciudad de San Salvador, pero su funcionamiento contempla una administración, pues hay una distribución de ventas por artículos. En el caso de las operaciones bursátiles, para poder vender un valor, presupone una organización, contar con teletipo y otros medios de comunicación rápidos para saber las cotizaciones de los valores, corredores o bolsistas, etc.; es una organización tan compleja que utiliza computadoras para tabular la información de valores, así como poder suministrar toda la información que requiera el que desea adquirir un valor. Entonces el mercado no es sólo el lugar donde se efectúan las operaciones de compra y venta, sino la organización donde se realizan las mismas; el mercado es donde en realidad concurren las fuerzas que conforman los niveles de precio en las economías de libre empresa, donde, naturalmente, existe la libre competencia. Un productor para poder establecer los niveles de precios, toma en consideración la demanda potencial y la demanda real, con el propósito de diseñar su producción de acuerdo con la demanda; además trata de indagar cuáles son los niveles de precios a que podría colocar ese producto; a través de una campaña de publicidad hace conocer el producto y comunica su precio. Es a través de esa explicación que podemos encontrar los elementos que influyen a la oferta.

Cuando un empresario diseña un proyecto para lanzar al mercado un producto, establece lo que se llama un **consenso de los consumidores**; al hacer ese consenso de los consumidores estudia los estratos económicos. Si quiere tener una venta masiva, si quiere incorporar al sistema de producción las ventajas de las economías de

* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Economista del Banco Central de Reserva de El Salvador.

escala o sea obtener una producción masiva, necesitará de un amplio mercado; para poder contar con un amplio mercado, presupone que los estratos a que se pretende hacer llegar ese producto tienen una rentabilidad que les permitirá adquirir el producto que les es ofrecido; además el productor estudia lo que se da en llamar **escala de demanda** (cada persona tiene una tabla de demanda); por ejemplo, cada persona demanda zapatos, corbata, camisa, calcetines, etc.; y además se trata de cuantificar qué proporción de su presupuesto destina a la adquisición de determinados artículos; es allí donde tal vez podríamos considerar de alguna validez la fuerza de la demanda, pues entra a jugar un papel importante en cuanto a la fijación de los precios. Como ustedes saben al precio de venta se le incorpora el de la publicidad, esa publicidad que ven por T.V. y oyen por radio la paga el consumidor. En los países que tienen una estructura preponderantemente agrícola, sus productos están sujetos a grandes fluctuaciones de precios en el mercado internacional. ¿Por qué? Porque los mercados están controlados por especuladores; en cambio las manufacturas de los países desarrollados imponen sus precios, asimismo tienen el atributo de imponernos el precio que nos pagan por nuestros productos de origen agrícola.

A un producto se le puede subir y bajar el precio; pero lo importante es establecer cómo reacciona la demanda, particularmente en el caso de la mayoría de productos agrícolas cuya naturaleza los hace perecederos; esta desventaja los coloca en una situación forzada de comercializar al precio que les paguen por ellos. Existe otro elemento importante por el cual están sujetos a las fluctuaciones de precio del mercado: los productores agrícolas, generalmente, no están organizados y la formación de precios se distorsiona por las mecánicas de compra y venta, particularmente los especuladores que tratan de comprar el producto para retirarlo del mercado y colocarlo cuando se escasea, están en condiciones de poder fijar el precio. Un mecanismo que permite contrarrestar esas fluctuaciones de los precios en los países agrícolas, generalmente los países en vías de desarrollo, consiste en el establecimiento de instituciones estabilizadoras de precios, destinados a la compra de productos para luego colocarlos en el mercado de consumo en determinado momento; este mecanismo es efectivo o inefectivo en la medida en que participe en el volumen de oferta y demanda en el mercado. Por ejemplo, si el país tuviera una demanda de un millón de quintales de maíz, y la oferta en manos de los especuladores es del 95%, y la del ente Estatal representa el 5% no logrará influir en el precio de oferta de ese producto, por el pequeño significado de su participación.

II.—LA NATURALEZA Y FUNCIONES DEL DINERO

Dinero es todo artículo que tiene el atributo de servir de medio de pago, con él se puede comprar cualquier cosa; tiene otra característica: la de servir de unidad de cuenta —cuando se adquiere un producto, se mide en términos de la unidad monetaria, se dice “vale 10 colones”—; y la otra característica es la de ser acumulador del valor, ya que sirve para pagos diferidos. Los partidarios de la teoría cuantitativa sostienen que el nivel general de los precios varía en razón directa de la cantidad de dinero y de su velocidad de circulación, y en razón inversa del volumen de mercancías y de servicios que pueden ser compradas mediante el dinero, y el origen de las variaciones del nivel de precios se puede encontrar en cualquiera de estos fenómenos. Cuando el dinero se emite en un volumen considerable, hay disponibilidades de medio de pago y las personas estarán con una predisposición psicológica a dar más dinero por el mismo producto.

Velocidad del dinero quiere decir que se manifiesta cuando con un colón en un día se pueden realizar 5 compras o sea una velocidad de 5, es decir si el colón fuera retenido por su tenedor y no circulara, consecuentemente la velocidad se anularía, por lo que se requeriría 5 unidades monetarias para efectuar las cinco operaciones; dicho fenómeno está determinado por una serie de elementos, como son modalidades de pago, los hábitos de consumo, etc. Si a una persona le pagan semanalmente, semanalmente gasta, ese dinero circula; esa circulación y ese mismo dinero, en la medida misma que sirva para comprar o efectuar varias transacciones, es lo que da la medida de la velocidad del dinero; la velocidad del dinero en países en vías de desarrollo es relativamente baja, el crédito no es muy ágil, influye el crédito, formas de pago, hábitos de gastos; la cantidad de dinero, la velocidad y el volumen de producción, influyen en los niveles de precio.

II.-1.—DETERMINANTE DE LA OFERTA DE DINERO

I.—El tamaño de la base monetaria; es decir, la oferta de fondos que se pueden utilizar como efectivo o como reservas para respaldar cuentas de cheques:

1.—El volumen de reservas monetarias de oro: a) la cantidad de oro acumulado en períodos anteriores; b) las adiciones que hace la producción de oro en la actualidad a la existencia monetaria de oro; c) las importaciones y exportaciones de oro.

2.—La cantidad de otras clases de dinero emitidas por el gobierno: a) metálico, excepto oro; b) papel moneda, excepto certificados oro.

3.—Volumen de crédito otorgado por el Banco Central.

II.—La elección de la comunidad respecto a las cantidades relativas de efectivo y de depósito contra cheques que desee mantener.

III.—La proporción entre las reservas bancarias y los depósitos en cuentas de cheques:

1.—Requisitos acostumbrados o legales de reservas.

2.—Política que sigan los bancos de permitir las reservas que sean inferiores o superiores relativamente a las necesidades.

II.-2.—FACTORES DETERMINANTES DE LA VELOCIDAD DE LA CIRCULACION DEL DINERO

I.—Estado de desarrollo del sistema financiero y de crédito y el grado en que lo utiliza la comunidad:

1.—Las facilidades de préstamo y de inversiones;

2.—La facilidad de obtener dinero prestado.

II.—Las costumbres de la comunidad respecto al ahorro y al consumo.

III.—Los sistemas de pagos de la comunidad:

- 1.—Según la frecuencia con que se llevan a cabo los ingresos y los desembolsos de dinero.
- 2.—Según la regularidad de los ingresos y de los desembolsos.
- 3.—Según la relación que existe en los diferentes períodos que cobren y paguen.

IV.—La rapidez del transporte del dinero.

V.—El estado de previsión de la comunidad:

- 1.—Respecto de los futuros volúmenes de ingreso y de los futuros precios de mercancías y servicios.
- 2.—Respecto de los movimientos de precios y de los bienes que producen ingresos.

II.—3.—CREACION Y CONTROL DEL DINERO Y EL SISTEMA BANCARIO

En un país existen bancos comerciales y del Estado. El conjunto de instituciones de crédito forma lo que se le da en llamar **sistema bancario**; el sistema financiero está constituido por los bancos y otras instituciones financieras, que no sólo generan créditos sino que captan recursos del público, como son los Bancos, instituciones de ahorro, compañías de seguros. El sistema financiero no funciona en una forma anárquica, está sujeto a directrices, orientaciones y líneas de política definidas por el Banco Central. Los objetivos fundamentales de una Banca Central son: promover y mantener las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables para el desarrollo ordenado de la economía nacional; mantener la estabilidad monetaria del país, preservar el valor del colón y su convertibilidad y coordinar la política monetaria del Banco con la política económica del país. El criterio que sigue el Banco Central para emitir determinada cantidad de dinero descansa en una evaluación de las actividades económicas actuales y las que se proyectan emprender, en base a lo cual establece los requerimientos monetarios.

Se toma en cuenta la velocidad del dinero, establecido mediante un análisis histórico de series monetarias, para poder determinar en un momento dado la emisión del dinero. Otra función del Banco Central es: realizar servicios de Banca General, agencias y de consejeros del Gobierno. Como Banco del Gobierno, maneja sus depósitos, o sea recibe recursos y efectúa sus pagos; se llama Banco del Estado porque le otorga crédito al Gobierno. Como consejero, asesora al Gobierno en la obtención de financiamiento. El Banco Central establece lo que se llama **encajes legales**; es el custodio de todas las reservas del país —las que están constituidas por oro y divisas—. Las divisas están representadas por todas las monedas extranjeras; refuerza la tenencia de oro y divisas con la compra de divisas en los mercados internacionales, es el encargado de venderlas. Otra función consiste en conceder créditos mediante redescuento, anticipo a los bancos comerciales y a instituciones financieras; la operación de redescuento es el mecanismo a través del cual un Banco al

escriturar un préstamo, este documento lo manda al Banco Central para su elegibilidad, la elegibilidad depende del tipo de crédito, que ampara el documento que haya sido concedido de acuerdo a las normas de canalización de créditos establecidas por el Banco Central; al ser considerado elegible, es redescotado, significando el reintegro el valor que fue dado, a un tipo de interés preferencial; el redescuento es la operación que consiste en el redescuento de aceptaciones negociables de créditos otorgados por comerciantes, los cuales son descontados en los Bancos Comerciales y éstos a su vez son descontados por el Banco Central. El Banco Central tiene una política de crédito que se orienta poniendo énfasis en las actividades productivas; dándole menos importancia a las actividades dadas en llamárseles improductivas. Otra función es la de liquidar saldos entre los Bancos del sistema, o sea que realiza la función de compensación del sistema bancario.

III.—MONOPOLIO

Vamos a desarrollar el tema dando ideas de tipo general sobre cómo se forman los precios en una economía donde funcionan los monopolios.

Como ustedes saben monopolio presupone el control unipersonal, uniempresarial en el mercado; significa la existencia de un único vendedor de un determinado producto.

Naturalmente, en esta idea de control de mercado no entra en juego la Ley de la oferta y la demanda, la situación de controlar el mercado; el monopolista tiene a su disposición las condiciones de establecer el precio a su libre discreción y su absoluta voluntad; sin embargo, esto no es tan cierto por cuanto el monopolista, para determinar los precios, hace un análisis de la capacidad económica de los estratos y busca la forma de poder lograr un mayor volumen de venta de su producto. Técnicamente el monopolista tiene un límite que orienta sus niveles de producción, como lo es la capacidad de absorción del mercado; otra limitación está dada en aquel punto donde los ingresos marginales sean iguales al costo marginal.

Los monopolios tienen el atributo de imponer sus productos, en la medida que no existan productos sustitutos o sucedáneos; pero si existen esos productos, no tienen tanta libertad de imponer el precio; sin embargo los monopolios utilizan otras estrategias para lograr mantener ciertos niveles de precio. Los monopolios en general persiguen absorber un mercado con el propósito de tener grandes ganancias, condición que les permite aplicar las economías de escala. Sin embargo, para lograr ciertos precios, de conveniencia para ellos, mantienen niveles de producción compatibles con su política de precio.

También existen quasi-monopolios, caracterizando aquellas empresas que logran absorber un mercado por su tamaño o por acuerdos con otras empresas; también a través del mecanismo como podrían ser las barreras arancelarias u otra clase de protecciones; los monopolios tienen limitaciones de tipo legal, es decir, hay leyes que prohíben ese tipo de organización. Sin embargo, en Centroamérica, en el campo de la Integración Económica, existe un protocolo de Industrias de Integración que le confiere a una empresa el carácter de monopolio, como es el caso de la GINSA de Guatemala; al ser declarada Industria de Integración se supone debe de

tener un nivel de producción capaz de satisfacer la demanda del mercado centroamericano, le da la exclusividad de producir llantas y no se autoriza en ningún país de Centroamérica el establecimiento de otra planta de producción de llantas; a través de ese mecanismo jurídico, se está instituyendo un monopolio. Claro está, ese monopolio está protegido por una serie de ventajas arancelarias, es decir, niveles de aforos proteccionistas, que representan barreras arancelarias para la importación. Los monopolios también se caracterizan por monopolizar la compra de productos primarios, condición que los convierte en monopsonio; un ejemplo de este tipo de empresas sería la Cigarrería Morazán, S. A., porque es el único consumidor de un determinado producto: es el único que puede comprar o adquirir tabaco, quedando sujeta la producción al mercado local, pues la incidencia de los costos de transporte imposibilitan desplazar este producto a otro mercado, si el diferencial de precios no es lo suficientemente amplio para compensar el transporte. Es un monopolio porque es la única productora de cigarrillos y además controla la venta de la materia prima que se produce en el país. Asumiendo la hipótesis que existiese la posibilidad de establecer otra empresa similar, ésta confrontaría dificultades iniciales, ya que la Cigarrería Morazán tiene contratos celebrados con anticipación, de comprarles la producción de tabaco a los que lo cultivan; hay otro elemento limitante para el establecimiento de otras empresas, consiste en las dificultades de la nueva empresa en el acceso al crédito bancario, pues tiene que lograr una solidez que le permita gozar de las facilidades crediticias, ventaja de la cual goza un monopolio establecido; el control del mercado le confiere una situación económica-financiera capaz de tener una capacidad de pago suficiente como para ser aceptada por cualquier institución bancaria financiera, es decir el acceso que tiene al crédito es ágil y fácil; naturalmente una empresa nueva que comienza presupone riesgos de pérdidas en los primeros años de operación, lo cual resulta evidente ya que las puertas del campo financiero no las tiene tan expeditas como pudiera suponerse.

Otro de los limitantes, y que coadyuva al establecimiento y a la persistencia de los monopolios, es la necesidad de la producción de escala, es decir una empresa pequeña difícilmente puede competir; contemporáneamente existen sistemas de producción con ventajas técnicas, cuya incorporación a procesos de pequeñas empresas resultaría demasiado costoso, particularmente si relacionamos el ámbito del mercado. Los mercados limitados o pequeños no posibilitan el aprovechamiento de las ventajas de las economías de escala, viéndose reducido, en algunos casos, a la aplicación de técnicas de producción obsoletas o sistemas atrasados, haciéndolos menos competitivos y los coloca en situación de desventaja frente a los monopolios. Por ejemplo, la Cigarrería Morazán por su misma condición monopolística tiene la posibilidad de incorporar en sus procesos de producción la maquinaria más moderna que hasta hoy en día se utiliza, coyuntura que no podría aprovechar otra empresa. Para concluir, podemos decir que las posibilidades de aprovechar las ventajas de las economías de escala sólo existen para las empresas grandes, no para las pequeñas. Como ustedes han de observar, también existe otro tipo de monopolio, además de los privados y los públicos. ¿Cuáles son los públicos? No necesito definirlos porque su mismo nombre lo indica, son aquéllos cuya propiedad corresponde al Estado; tenemos para el caso la generación de energía eléctrica, está monopolizada por una institución autónoma de carácter estatal, sin embargo la distribución de dicha energía eléctrica está monopolizada por una compañía privada; también tenemos monopolios en las actividades de servicios, como es el aseo que está centralizado por la municipalidad. Existen monopolios incondicionales a largo plazo, éstos son aquéllos que por su estructura de producción, el mercado les asegura a

un tiempo infinito su permanencia monopolística, tal es el caso de la empresa generadora de energía; los requerimientos de una elevada inversión, la hacen menos atractiva para la inversión privada, pues no es fácil reunir una cantidad masiva de capital, y la recuperación de la inversión es a largo plazo. Al constituirse el instituto autónomo CEL las ventajas son tan óptimas que difícilmente una empresa privada podría competir en ese campo, situación que le asegura su condición monopolizadora a largo plazo. También existen los monopolios condicionados a largo plazo, que son aquéllos que por razones circunstanciales de mercado, se les da la concesión de que se establezcan con características de monopolio, tal es la GINSA de Guatemala, condición que le fuera conferida al acogerse al régimen de industrias de integración, mediante un protocolo; situación que le permite que sus productos gocen de la exclusividad del mercado centroamericano. Es obvio que esa condición presupone llenar ciertos requisitos, siendo uno de ellos el de satisfacer la demanda de Centroamérica. Como la población crece y la demanda y el transporte se van desarrollando intensamente, consecuentemente la demanda de ese producto tiene que llegar a un punto, donde la capacidad instalada de esta fábrica no sea capaz de satisfacer la demanda regional; estas circunstancias condicionan a esta organización monopolística, controlando su funcionamiento de tal manera que satisfaga el mercado a largo plazo; por eso se dice condicionada a largo plazo, ya que esta empresa para llegar al límite máximo de su producción debe implantar tres turnos, pues si la demanda del mercado es superior y no amplía sus instalaciones, los gobiernos tendrán que permitir el establecimiento de otra planta. Existe asimismo el tipo de monopolio a corto plazo incondicionado. Para poder ejemplificar esta característica tomaremos el ejemplo de aquellas empresas que se acogen al régimen de incentivos fiscales, gozando de beneficios no sólo de orden fiscal, sino municipales, barreras arancelarias y no arancelarias lo que les permite funcionar a corto plazo como un monopolio; es decir, las ventajas y efectos de esos beneficios se reflejan incidiendo en sus costos, situación que les permite desplazar cualquier producto importado, por cuanto éste, dada la incidencia del impuesto de importación, podría resultar prohibitivo; el monopolio a corto plazo estimulado por dicho mecanismo, tiene el riesgo de que otra compañía se pueda establecer en el mismo mercado.

Existen otras formas de organización que adquieren el carácter de monopolios, mediante la estructura organizativa que adoptan; ejemplo lo tenemos en la convención naviera que es la que se reúne en un lugar determinado del mundo, para establecer precios y redistribuir líneas de navegación entre sus miembros. Funciona en forma monopolística y se llama monopolio desde el punto de vista de la convención naviera; sin embargo, en base a sus elementos constitutivos o componentes, podríamos llamarlos oligopolios. Otra forma de monopolio es la IATA (International Air Transport Association o Asociación Internacional de Transportes Aéreos) que es la convención de líneas aéreas, organizada para fijar las nuevas tarifas de pasajes aéreos y ninguna compañía puede rebajar o aumentar su tarifa. La Asociación Salvadoreña de Industriales, es una organización que se ha integrado con el propósito de fijar políticas que beneficien sus productos, unificar esfuerzos para defender intereses empresariales y evitar prácticas que contribuyan a una competencia ruinosa; ésta es una de las modalidades de organización monopolista.

También existen asociaciones para regular la producción; tenemos una en nuestro medio: la Cooperativa Algodonera, que agrupa a todos los productores para constituirse el único vendedor para regular los precios, la producción y presentarse en el mercado como solo oferente; situación que le da el carácter de monopolio, y la

condición de receptor de algodón lo tipifica como un monopsonio. Sin embargo esta forma de monopolio es beneficiosa para los productores, ya que representa un mecanismo de comercialización y de defensa de precios. También existen consorcios que establecen su fondo común con el fin de otorgar financiamiento para las operaciones de sus asociados; es otra de las modalidades de monopolio. Existe otra forma de monopolio que en nuestro país está en vías de desarrollo, es la formación de asociaciones de profesionales, tipo de organización que permite distribuir los contratos o los servicios, por ejemplo en el campo de la ingeniería que es donde más se dan.

Existen también formas transitorias de monopolio, como son las agencias de ventas en algunos países desarrollados: varios productores se asocian y establecen una sola agencia de venta concentrando en esta forma la oferta de sus productos; evitando que un empresario, individualmente, lance su producto al mercado y a través de una publicidad masiva haga que la demanda o la preferencia de los consumidores se inclinen por su producto; al concurrir todos los productores se informan de los precios y se establecen los límites en relación a las calidades; es una forma de monopolio.

Existe otra forma de monopolio conocido como cartel. Tuvo su origen en Alemania en 1879; la característica principal consiste en la formulación de acuerdos para fijar precios por una convención de productores para poder limitar a la producción o fijar los precios. No siempre se formalizan estos acuerdos ante un abogado, pero algunas veces sí se legaliza, por eso necesitan estudiar estos aspectos, ya que los abogados tienen que asesorar a los empresarios sobre la mejor forma de organizarse. También se establece mediante pacto de caballero.

Otra forma de monopolio en países desarrollados es el "Voting Trust" o sea "el fideicomiso de votos"; consiste en que los empresarios se reúnen y cada uno da sus acciones a un fideicomisario, recibiendo a cambio de ellas certificados de fideicomisos por el mismo valor. Así, los fideicomisos quedaban capacitados para controlar completamente la dirección de todos los negocios del grupo de empresas.

También existe el tipo de monopolio "Intercambio de Acciones". Dos o más Compañías entrelazan su suerte mediante un intercambio de acciones. El efecto previo depende de la magnitud relativa de las empresas y del número y proporción de acciones cambiadas. Para ejemplificar podríamos suponer que una empresa adquiere acciones de otra compañía y viceversa; esta práctica se ha utilizado con el propósito de compartir riesgos o compartir beneficios, ya que la producción de un producto podría tener mayor rentabilidad, y menos rentabilidad el producto de la otra empresa; es decir que las acciones de la empresa que rinde más beneficios son compartidos por las dos y las acciones de menor rentabilidad por igual.

Otra forma de monopolio la constituyen las Compañías Tenedoras (Holding Companies); la cual se caracteriza por el método de unificar un grupo de compañías; en el que cada una de ellas vende sus acciones a otra compañía que se establece para ese fin; los accionistas de cada empresa reciben a cambio acciones de la compañía tenedora. Se conserva la existencia individual de cada empresa, disfrutando cada una de mayor o menor grado de autonomía, pero la política general la controla la compañía tenedora en beneficio del grupo.

condición de receptor de algodón lo tipifica como un monopsonio. Sin embargo esta forma de monopolio es beneficiosa para los productores, ya que representa un mecanismo de comercialización y de defensa de precios. También existen consorcios que establecen su fondo común con el fin de otorgar financiamiento para las operaciones de sus asociados; es otra de las modalidades de monopolio. Existe otra forma de monopolio que en nuestro país está en vías de desarrollo, es la formación de asociaciones de profesionales, tipo de organización que permite distribuir los contratos o los servicios, por ejemplo en el campo de la ingeniería que es donde más se dan.

Existen también formas transitorias de monopolio, como son las agencias de ventas en algunos países desarrollados: varios productores se asocian y establecen una sola agencia de venta concentrando en esta forma la oferta de sus productos; evitando que un empresario, individualmente, lance su producto al mercado y a través de una publicidad masiva haga que la demanda o la preferencia de los consumidores se inclinen por su producto; al concurrir todos los productores se informan de los precios y se establecen los límites en relación a las calidades; es una forma de monopolio.

Existe otra forma de monopolio conocido como cartel. Tuvo su origen en Alemania en 1879; la característica principal consiste en la formulación de acuerdos para fijar precios por una convención de productores para poder limitar a la producción o fijar los precios. No siempre se formalizan estos acuerdos ante un abogado, pero algunas veces sí se legaliza, por eso necesitan estudiar estos aspectos, ya que los abogados tienen que asesorar a los empresarios sobre la mejor forma de organizarse. También se establece mediante pacto de caballero.

Otra forma de monopolio en países desarrollados es el "Voting Trust" o sea "el fideicomiso de votos"; consiste en que los empresarios se reúnen y cada uno da sus acciones a un fideicomisario, recibiendo a cambio de ellas certificados de fideicomisos por el mismo valor. Así, los fideicomisos quedaban capacitados para controlar completamente la dirección de todos los negocios del grupo de empresas.

También existe el tipo de monopolio "Intercambio de Acciones". Dos o más Compañías entrelazan su suerte mediante un intercambio de acciones. El efecto previo depende de la magnitud relativa de las empresas y del número y proporción de acciones cambiadas. Para ejemplificar podríamos suponer que una empresa adquiere acciones de otra compañía y viceversa; esta práctica se ha utilizado con el propósito de compartir riesgos o compartir beneficios, ya que la producción de un producto podría tener mayor rentabilidad, y menor rentabilidad el producto de la otra empresa; es decir que las acciones de la empresa que rinde más beneficios son compartidos por las dos y las acciones de menor rentabilidad por igual.

Otra forma de monopolio la constituyen las Compañías Tenedoras (Holding Companies); la cual se caracteriza por el método de unificar un grupo de compañías; en el que cada una de ellas vende sus acciones a otra compañía que se establece para ese fin; los accionistas de cada empresa reciben a cambio acciones de la compañía tenedora. Se conserva la existencia individual de cada empresa, disfrutando cada una de mayor o menor grado de autonomía, pero la política general la controla la compañía tenedora en beneficio del grupo.

ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO (*)

Por el Dr. MARCOS GABRIEL VILLACORTA •

Antes de comenzar a abordar el tema meramente jurídico, quisiera tener el gusto de expresarles a ustedes, en primer lugar, mis agradecimientos. En realidad, ese entusiasmo que se nota en ustedes, ese deseo de venir a la Facultad, es algo encomiable. A mí me toca ser el primero que va a participar en esta charla seguida de diálogo. Esto tengo que agradecerlo bastante, porque en verdad es una honra que no se puede negar. Agradezco también a la Subcomisión de la Facultad de Derecho, la distinción de que me ha hecho objeto el ponerme en la nómina de abogados que van a tomar parte, exponiendo sus puntos de vista en materia jurídica laboral, abogados, los demás, muy distinguidos. También es algo digno de elogios la Subcomisión de la Facultad, porque se nota asimismo en ella, el ferviente deseo de comenzar de alguna manera esta marcha intelectual, que ojalá no sufra ningún tropiezo en el futuro. Permítaseme expresar finalmente mis agradecimientos al Dr. Domínguez Parada, por haberse referido a mí en forma un tanto exagerada. Si se tratara de ver en el Dr. Domínguez Parada, a algún pintor, yo les diría: no deja de ser un pintor defectuoso porque no copia del natural; sin embargo, mi mayor esfuerzo será en el período de corresponder en algo a los elogios que el Dr. Domínguez Parada ha hecho de mí. Yo le agradezco mucho particularmente.

En los días que precedieron a la elaboración del proyecto del Código de Trabajo, lo mismo que con posterioridad a su aprobación, tuvimos la oportunidad de estar con algunos de los elementos que tenían que opinar en relación con tal Cuerpo legal y opinar en una forma seria, ya que no era una plática informal. Los oímos muy atentamente y hubo uno entre ellos, abogado muy distinguido por cierto, que se expresó en forma muy sincera, diciendo que a él no le parecía mucho el Código de Trabajo nuevo, porque notaba que en ese Código se habían trastocado los conceptos clásicos de tipo laboral. Así más o menos, dijo él. Cuando esa expresión fue proferida nosotros no tuvimos oportunidad de entablar alguna conversación explicativa sobre el punto, pero ahora, en presencia de ustedes, mis estimados colegas, nos podemos desahogar, ya que estamos comenzando cabalmente a hacer las confrontaciones de ideas, a que da lugar un seminario como éste. Ahora puedo decir a ustedes que, a mi juicio, en materia laboral, en materia de derecho de trabajo, no hay conceptos clásicos, y, por lo tanto, si no hay conceptos clásicos, no se ha trastocado ninguna parte de ese clasismo que nuestro colega distinguido cree que existe

* Conferencia pronunciada el día 20 de julio de 1973 en el Seminario sobre Código de Trabajo celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

• Abogado. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Exprofesor de Derecho Laboral en la Misma Facultad.

en materia de Derecho de Trabajo. Todos ustedes saben mejor que yo, que el derecho laboral está todavía en formación; esto es lo que se mira en uno y otro libro de derecho de trabajo; es un derecho que está en formación, luego entonces no hay ninguna ortodoxia en esta materia, no hay ningunos moldes intocables que puedan perfilar un clasismo como el de que habló nuestro colega. Tal vez su afirmación fue hecha a la ligera, tal vez ha sido un medio de desahogo, algún cierto descontento que podría revelarse en una forma más constructiva si se expusieran desde puntos de vista que permitieran formar de mejor manera las instituciones de derecho laboral. Y aunque hubiera clasismo dentro del Derecho de Trabajo precisamente para aquéllos que somos aficionados a ver en materia científica nuevos horizontes, encontramos en la Rebelión de las Masas de Ortega y Gasset que me parece venir como anillo al dedo: "nos encontramos, dice, por primera vez con una época que hace tabla rasa de todo clasismo, que no reconocí en nada pretérito, posible modelo o norma, y que sobrevinida al cabo de tantos años, sin discontinuidad de evolución, parece, no obstante, un comienzo, una alborada, una iniciación, una niñez". En realidad la época que estamos viviendo se nos aparece semejante a la pensada por el gran Ortega; en ella se presiente el comienzo de algo grandioso. Y, desde luego, nosotros, si estamos encaminando nuestro pensamiento dentro del cauce jurídico, pues también debemos pensar en que algunas transformaciones tienen que haber, y que si algo clásico existe, hay que trastocarlo, como decía nuestro distinguido colega, para que salgamos adelante a tono con la época.

El ponernos a tono con la época, el actualizarnos, también nos mueve a pensar en la doctrina social que inspira al derecho de trabajo. Hemos visto en los libros conocidos por todos ustedes, que allá por los últimos 25 años del siglo pasado, la legislación laboral surgió con motivo del apareamiento de las ideas propias del socialismo de estado. Entonces pues, la legislación laboral no es un producto del socialismo marxista como algunos creen, la legislación laboral es producto de algo que es, si vamos a decirlo en términos un tanto expresivos o gráficos, un producto del antídoto del marxismo. A veces, como ustedes también lo saben, hay algo que suena a marxismo en estas cosas, pero eso no es más que aquello que no se puede negar, como son las lacras humanas y la situación precaria en que se hallan los trabajadores. Pero no podemos llegar al desenfreno de nuestro entusiasmo, pensando en que si nos vamos a actualizar debemos irnos a echar mano de una doctrina que no es la que ha creado el derecho de trabajo. El derecho de trabajo es socialismo de estado; por eso es que yo, particularmente, hasta creo que cuando en la cátedra, aquí en la Universidad, se tenga que explicar derecho de trabajo, para que resulte de mejor manera interpretado, es necesario que quien explique esté también imbuido de la idea ésa de que la doctrina que lo inspira es la del socialismo de estado y no la del socialismo marxista.

Si yo soy marxista y me pongo a explicar derecho de trabajo, soy alguien que tiene que tratar de interpretarlo con el lente marxista, cosa que es inadecuada, no es el lente que conviene; y esta conclusión no es porque nosotros lo querramos así, sino porque es la que impone la misma naturaleza de la disciplina jurídica que se trata de explicar.

El Código de Trabajo actual, contiene en su mayor parte, lo que contenía el anterior, es decir, no es una gran novedad sino que es una pequeña novedad. Hay conceptos que se han arreglado. Algunos se han aclarado. La intención ha sido afinar algunas cosas y salir de algunas dificultades que se presentaban cuando se

trataba de aplicar el anterior Código de Trabajo. Hay muchas cosas, que uno mismo que ha estado interviniendo en esto, admite que no se lograron, precisamente, por la deficiencia que aflora siempre cuando se trata de hacer algo bueno. Hay otras circunstancias que siempre se dan cuando se está elaborando un cuerpo de leyes; me refiero a las que son ajenas a la voluntad de quienes están trabajando en el proyecto. De ahí que hay disposiciones aquí, que con toda facilidad puede uno decir: esta disposición está mal concebida; esta disposición ha quedado mal redactada; esta disposición va a dar dificultades; esta disposición está de más. Nosotros mismos nos dimos cuenta de eso; tratamos de hacer la enmienda con posterioridad, pero llegamos tarde. Mas ese deseo de afinar, ese deseo de mejorar, no debe de ser confundido con las pretensiones relacionadas con los paquetes que dicen que vienen del extranjero, porque, en realidad, lo que se ha tratado de hacer, lo que en el Ministerio de Trabajo se trató de hacer, fue una cosa que se adaptara más a la realidad nacional. Claro que no podemos crear algo original. Nadie puede decir que aquí, en nuestro país, haya una ley que sea original. Siempre tenemos necesidad de ver a otros países que van adelante de nosotros, para poder hacer algo adecuado.

En el tiempo que se estaba plasmando esta serie de disposiciones del Código de Trabajo, se estaba dando la Ley Federal de Trabajo en México, y veíamos que allá los mexicanos también estaban en la misma actividad, tratando de afinar sus leyes. Encontramos en la exposición de motivos de esa Ley, la explicación de que hay que hacer a un lado ciertos conceptos o ciertas palabras. En esto coincidimos con los mexicanos. Aquí tenemos el ejemplo en uno de los primeros artículos del código salvadoreño, en el Artículo 2, en la parte final. Veán ustedes que aquí dice que el vocablo genérico "trabajador" comprende los de empleado y obrero. En la Ley Federal también se ha hecho lo mismo, el término trabajador comprende el de empleado y el de obrero porque han creído inconveniente que haya esa diferencia entre el empleado y el obrero. No es otra cosa la que se extrae del Art. 5 de dicha ley. Todos sabemos que es empleado, todos sabemos que es obrero; pero en materia de trabajo vamos a hablar en forma genérica de trabajadores, eso dicen los mexicanos. Ellos han pulido también las cosas en lo que se refiere a la palabra patrono. Nosotros no nos hemos detenido a pulir esa parte. La palabra patrono, dicen ellos, hay que abolirla, en la nueva ley federal; ¿por qué?, porque patrono es algo distinto de patrón. Si hablamos de patrono nos referimos al que auspicia o patrocina algo. No es la persona bajo cuya dependencia está trabajando el trabajador. Ellos han hecho a un lado la palabra, no obstante que en casi todos los libros de Derecho de Trabajo, ustedes han visto, el término patrono es bastante usado. También han entrado a dar dentro de su ley, el concepto de empresa y el concepto de establecimiento. Ellos conciben la empresa como una unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y establecimiento como una unidad técnica desprendida de la empresa que puede funcionar con autonomía técnica. Entonces, decimos nosotros, si a un concepto que ha dado la Ley Federal Mexicana, ya tenemos un auxilio, un medio para poder precisar nuestras ideas. Dice la exposición de motivos de la Ley Federal: "El Proyecto recogió esta idea en el Art. 16: la empresa es la unidad económica de producción de bienes o servicios, la organización total del trabajo y del capital, bajo una sola dirección y para la realización de un fin, en tanto el establecimiento es una unidad técnica, que como sucursal, agencia u otra semejante, disfruta de autonomía técnica, no obstante lo cual forma parte y contribuye a la realización de los fines de la empresa, considerada como la unidad superior". Aquí tenemos algo que nos puede servir

para la aplicación y entendimiento de la ley laboral nuestra, porque, en realidad, cuando antes hemos hablado de esto, cuando antes hemos dialogado con colegas respecto de los conceptos de empresa, nos hemos encontrado que, si echamos mano del Derecho Mercantil, éste nos da una idea de la empresa, que es distinta de la idea que dan algunos laboristas; si buscamos en la ciencia económica hallamos una idea de la empresa que es un tanto diferente de la del Derecho Laboral y de la del Derecho Mercantil. Ahora una concepción más ajustada, de la empresa dentro del Derecho del Trabajo la podemos encontrar ahora en la nueva Ley Federal de Trabajo de México.

Un profesor español decía que la empresa es la colectividad de personas organizadas para producir bienes o servicios para un mercado. Eso es sugestivo, es algo que uno quisiera quedarse con ello; pero, en realidad, cuando revisamos nuestro Artículo 189 de la Constitución, en donde nos habla de empresa industrial, de empresa comercial, de empresa social, y de otras, hallamos que nuestro legislador constituyente como que tuvo un concepto amplísimo, y tan amplísimo que nos dejó en la dificultad de no encontrarle ubicación a la denominación "empresa social". Una verdadera dificultad, decimos, porque hemos estado buscando qué puede ser dentro de nuestra Constitución Política la empresa social, y no hemos hallado algo que nos pueda satisfacer. Hemos visto que no es la empresa de una sociedad, es decir, la empresa en que es titular una sociedad. Tampoco es la empresa que se pudiera ver en un centro social. No es la empresa que se pudiera ver dentro de una asociación, como una asociación cooperativa de producción. Hasta hurgábamos en la constitución rusa y encontrábamos allí un artículo donde habla cabalmente de empresas sociales, pero refiriéndose a los "Koljoses" y las organizaciones cooperativas. A la palabra "Koljos" ni siquiera le han encontrado equivalente en español. Sin embargo, si vemos en otras informaciones, encontramos que ese "Koljos" no es más que aquello que nos dicen que es la cooperativa del estilo ruso, en donde el grupo de familias, la colectividad, se ubica por concesión del estado, con permiso del estado, en una determinada parcela para explotarla, para trabajarla, y el producto se reparte en proporción al trabajo que cada uno hace. La tierra no es de ellos; los instrumentos de producción, en parte, son proporcionados por el Estado. Es, pues, una asociación, una comunidad que es denominada en la Constitución Rusa empresa social. Pero, nos preguntamos, ¿es la empresa social a la que se ha referido el Artículo 189 de la Constitución Política de El Salvador? No, en esos tiempos, en el año de 1950, ni siquiera había información suficiente sobre la existencia de esos "Koljoses". No puede ser ésa la empresa social nuestra. Sin embargo, continuamos con ello y nos preguntamos que de dónde sacarían esa idea de la empresa social, esa expresión de la empresa social. Recurriendo a la historia de la constitución de 1950, hallamos que el modelo que sirvió para esta parte de Trabajo y Seguridad Social de la constitución nuestra, fue la Carta de Bogotá. En la Carta de Bogotá está la expresión empresa social. Le seguimos el rastro a la denominación. Encontramos que el propio don Mario de la Cueva estuvo en la reunión en que se hizo esa Carta de Bogotá. Buscamos la razón de ser de la expresión y no se la encontramos tampoco en tal documento, no obstante que hasta examinamos la versión taquigráfica de la reunión de la cual resultó la Carta de Bogotá. Así que, hasta hoy, no podemos asegurar qué es la empresa social en El Salvador. Pero menos mal que la empresa social, por seguir más de cerca la Constitución, sólo se halla mencionada en algunos artículos del nuevo Código de Trabajo. No entramos en el compromiso de definirla, de enseñarla, de decir aquí está la empresa social a la que se refiere la Constitución. Basta con las otras

clases de empresas: la empresa industrial, la comercial, la de servicios. Si esto lo complementamos, si esto lo tratamos de aclarar con el concepto de empresa y de establecimiento que da la ley mexicana nueva, como jueces o como litigantes podemos salir adelante en esta materia.

Ustedes podrán notar que también se hizo alguna innovación en lo que se refiere a aquella presunción de derecho relativa a quiénes son representantes del patrono en su relación con los trabajadores. Precisamente, el artículo 3 dice que se presume de derecho que son representantes del patrono en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores, caporales y, en general, las personas que ejercen funciones de dirección o de administración en la empresa, establecimiento o centro de trabajo. Los representantes patronales en sus relaciones con el patrono, están ligados por un contrato de trabajo. Si comparamos con el artículo del Código de Trabajo anterior que dice: se presume de derecho que son representantes del patrono en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores y, en general, las personas que ejercen funciones de dirección o de administración en la empresa, notamos con facilidad la innovación. Se ha incluido, como ven ustedes, a los caporales; pero eso no tiene mayor importancia. Lo que sí tiene importancia es la parte final de la disposición, en cuanto considera a los representantes patronales en sus relaciones con el patrón, ligados por un contrato de trabajo. Aquí, lo que se pretendió fue acabar con ese problema que se venía notando a través de las sentencias desde los tiempos primeros del Ministerio de Trabajo, aquella idea que deja traslucir don Mario de la Cueva en su libro, de que los representantes patronales son altos empleados y como tales no son identificados con los trabajadores sino que son identificados con los patronos y que ellos, como consecuencia, tienen que estar al margen del Derecho del Trabajo.

Esa idea que se nota, que flota, que no está dicha en forma muy categórica por el profesor de la Cueva, esa idea ha dado lugar a que, en muchas ocasiones, cuando se ha tratado de aplicar la ley laboral, los jueces, unos de ellos hayan considerado que ese derecho no se aplica al representante patronal y otros que sí, se aplica. Para acabar con esas dudas, repetimos, nos hemos definido. Desde ahora en adelante es contrato de trabajo el que hay entre los representantes patronales y el patrono. Sobre esto, en algunas reuniones, a manera de crítica, oíamos la opinión de un colega; decía él: pero con este agregado se llega al absurdo de que, si se trata de una compañía anónima, los miembros de la directiva, que sólo llegan 2 ó 3 veces al año, están unidos a la sociedad anónima por medio de un contrato de trabajo. Aparentemente la crítica era fundada; pero en cuanto entramos en explicaciones, el propio abogado que estaba haciendo la observación, se dio por satisfecho. Y es que, tal vez el uso de los términos es el que nos ha puesto en el camino del equívoco; aquí, así como en otras legislaciones, hablamos de que una sociedad anónima tiene una directiva; hablamos de directiva, si se trata de una asociación como, por ejemplo, la asociación de abogados; hablamos de directiva, si

se trata de una asociación como la del Círculo Deportivo; hablamos indistintamente de directores y directivos. Cuando nos referimos a la sociedad anónima no aludimos al consejo de administración, no mencionamos consejales sino directores. En el uso de esos términos es donde está el error, la posibilidad de equivocación. Los directores de que se habla en el Derecho del Trabajo, los directores de la empresa, son aquéllos que están cabalmente dando la dirección a los trabajadores, son los que están trabajando a la cabeza de los trabajadores, son los que están dirigiendo el trabajo. Esos directores de los que se habla en el Derecho del Trabajo, como representantes patronales, no son necesariamente del consejo de administración de la sociedad anónima. Puede suceder que, dentro de esos miembros del consejo de administración de la anónima, hayan algunos técnicos que van a trabajar en la fábrica, dirigiendo a los trabajadores. En este caso, no obstante ser miembros del consejo, serán considerados como trabajadores; tendrán doble calidad. Pero si son directores de los que no están dirigiendo el trabajo, si son meramente miembros del consejo de administración, la suprema autoridad de la anónima, o una de las supremas autoridades de la anónima, entonces no son los directores a que se refiere este artículo.

De modo que esa dificultad que señalaba el colega, no existe. Notamos también en esta disposición del Artículo 3, que se hace referencia a la empresa, a establecimiento y a centro de trabajo. El deseo es abarcar en realidad todos los centros de trabajo, y ese deseo ha sido cabalmente por la imprecisión que ha habido del concepto de la empresa y del establecimiento dentro de nosotros. Y ahora agregó lo del establecimiento. Hemos buscado en aquella obra de derecho mercantil de don Joaquín Rodríguez Rodríguez y hemos encontrado allí la alusión a la empresa y al establecimiento; pero no nos ha dado satisfacción. Con el objeto de salir de esa imprecisión del concepto de empresa y de establecimiento, se ha llegado hasta la denominación de centro de trabajo. Si hablamos de un casino, no nos atrevemos a decir que hay en él una empresa; no nos atrevemos a decir que hay un establecimiento en el sentido del derecho de trabajo; pero sí, nos atrevemos a decir que hay un centro de trabajo; y donde hay un centro de trabajo hay trabajo subordinado, allí puede haber un representante patronal, hay un patrono. Entonces esta presunción del representante patronal tiene lugar en cualquier centro de trabajo, sea empresa, establecimiento o meramente centro de trabajo. En el Artículo 4, referente al intermediario, también ha habido alguna innovación. Dice que es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra para que preste servicios a un patrono. Este quedará obligado por la gestión de aquél, siempre que lo hubiere autorizado para ello o recibiere la obra o servicios ejecutados. La diferencia la encontramos en la expresión "o interviene en la contratación". Así acabamos con el problema aquél, de que si el intermediario no era propiamente el que contrataba sino que sólo intervenía en la contratación, podía ocurrir un fraude en perjuicio de los trabajadores. Ahora no; la cosa está más extensa; ese problema ya no se puede dar, la solución está dada. Desde luego, la obligación se limita; está obligado el patrono por la gestión del intermediario, siempre que lo hubiere autorizado para contratar trabajadores o, si no lo ha autorizado, siempre que recibiere la obra o los servicios ejecutados. Al fin y al cabo, esto último sería una aceptación tácita de los servicios del intermediario. Asimismo en el Artículo 5 se habla de los contratistas a quienes se considera patronos. Dice: son contratistas y por consiguiente patronos los que ejecutan por contrato o cuasi contrato de agencia oficiosa, trabajos para otros con capitales propios o con adelantos que haga el dueño de la obra o un tercero. Si nos quedamos sólo con la expresión que había

antes, consistente en que “ejecutan por contrato o por cuasi contrato de agencia oficiosa”, entonces dejamos incompleta la idea. Es necesario decir como se expresa, que esos trabajos sean ejecutados para otros con capitales propios o con adelantos que haga el dueño de la obra o un tercero. Se introduce también en la disposición el concepto del subcontratista. Esa introducción tiene por finalidad crear responsabilidad, tanto para el contratista como para el subcontratista, en forma solidaria, por las obligaciones resultantes de la prestación de los servicios de los trabajadores de éste, empleado en los trabajos requeridos por el contratista. Antes no existía esa disposición, precisamente, por allá veíamos que un amigo estaba construyendo su casa; la estaba construyendo el contratista, el ingeniero contratista. Los trabajadores de la empresa de ese ingeniero eran los que estaban desempeñando todas las labores. Al llegar a aquella parte en que hay que hacer los baños, como en esa labor no son especialistas dichos trabajadores, contrató la empresa del ingeniero a otra empresa que es la especialista en baños. Entonces, esta empresa trajo sus grupos de trabajadores, a hacer nada más que los baños. Estos hombres estuvieron trabajando mezclados, formando grupo con los de la empresa constructora. Esos trabajadores, ¿a quién le van a reclamar en caso de un despido?, ¿en caso de una tardanza en el pago de salarios?, etc., etc. No se puede negar que podría presentarse en perjuicio de los trabajadores, una situación en que no hallaran a quién dirigirse. Pero con la previsión del Código actual la dificultad está resuelta: tanto el contratista como el subcontratista, responden solidariamente. Es una buena previsión porque bien puede suceder que el contratista sea un insolvente o bien puede suceder que el subcontratista sea el insolvente. Lo que se necesita es proteger de mejor manera a los trabajadores, contra las posibilidades de fraude o de mala intención. En el Artículo 9 encontramos también una novedad, en cuanto dice: Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se refiere a los porcentajes de trabajadores y porcentajes de salarios no tendrá aplicación en los casos de personas que presten sus servicios profesionales, técnicos, o administrativos a empresas extranjeras o de carácter internacional que tengan por objeto realizar actividades de dirección y administración de negocios establecidos en distintos países.

La finalidad es de tipo económico de conveniencia para el país nuestro. Se hizo ver que hay muchos funcionarios extranjeros de empresas extranjeras que andan, cabalmente, supervisando, controlando el desempeño de algunas agencias y compañías extranjeras. Sobre todo en los negocios de gasolina, de combustibles. Si, como sucede, estos funcionarios andan gastando dólares ¿por qué no hacer lo conveniente para hacer llegar al país esas divisas? Algunos países tienen restricciones como el nuestro las tenía antes, en lo relativo a la posibilidad de trabajar dichos funcionarios con alguna libertad. Las divisas se iban del país, se iban por otro lado, la intención, pues, ha sido de que, si estas compañías que están dedicadas a la venta y producción de combustible, quieren mandar a esos funcionarios altos a controlar sus negocios encuentren un país como el nuestro en donde pueden, en donde les convenga estar trabajando con libertad. Unos vienen en forma pasajera otros se tardan algún tiempo. De un modo o de otro, aquí en El Salvador se pueden quedar; aquí no se les aplica, en su caso, la restricción del 90% de trabajadores salvadoreños en la empresa, a lo cual alude el Art. 7, ni tampoco la restricción del 85% de la cantidad dedicada a salarios, a lo cual se refiere el Art. 8. En el Ministerio de Trabajo se hizo ver por parte de quienes conocen estos asuntos la conveniencia de que se pusiera la disposición para dejar la posibilidad de hacer más divisas para El Salvador. Del mismo modo, en el artículo 11 contamos con una innovación. Los ex-

tranjeros, dice, gozarán de la misma libertad de trabajo de que disfrutaban los salvadoreños, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Sin embargo el Poder Ejecutivo en los Ramos de Trabajo y Previsión Social y del Interior, para mantener el equilibrio en la movilidad de mano de obra en el área centroamericana, podrá tomar las medidas que estime convenientes, salvo que sobre esta materia existan convenios o tratados vigentes con efectiva observancia. Esto está impregnado de espíritu centroamericanista; pero, a la vez, contiene la precaución o la previsión de que no se haga mal uso de ese espíritu. Han de recordar ustedes, que hubo un tiempo en que, cabalmente, en materia de movilidad de mano de obra salvadoreña tuvimos con Honduras dificultades, a pesar de haber convenio entre El Salvador y Honduras. Dicho convenio era violado por Honduras. Nosotros estamos dispuestos a respetar esos convenios; pero a condición de que sean de efectiva observancia entre las partes. Por eso es que se les ha dado facultades aquí, a los poderes públicos, para que tomen sus medidas con el objeto de lograr el equilibrio de la movilidad de mano de obra, en el sector o en el área Centroamericana. La experiencia que se ha tenido en el país, es la que ha aconsejado la disposición, como ustedes pueden notar.

Hay también alguna innovación en el Art. 14, en donde dice que "en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador". La norma que se adopte, dice, debe aplicarse en su integridad. Anteriormente decía el artículo 13: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas legales de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; entendiéndose por tal, aquélla que considerada en su totalidad le otorgue mayores beneficios". En primer lugar, la norma anterior hablaba de las normas legales, cuando en materia de trabajo no sólo se tienen las normas legales, sino que también las normas paccionadas, o sea concordadas, acordadas por las partes, como las del contrato colectivo, que aunque adquieren la categoría de aquéllas, son diferentes.

Hubo que extender a todas las normas de trabajo el caso de conflicto o duda sobre su aplicación. Simplemente, sin distingo alguno, prevalece la más favorable al trabajador.

Allá, en el Art. 13 del Código anterior, decía una cosa parecida; pero agregaba: "entendiéndose por tal, aquélla que considerada en su totalidad le otorgue mayores beneficios". Esta parte de ese artículo, jamás se pudo entender completamente en el Ministerio de Trabajo. Era una cosa oscura. Pero ahora se ha tratado de aclarar. Si lo que se quiere es establecer el principio induvio pro-operario, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. Ese conflicto a que alude la disposición, aunque ustedes no necesitan que se aclare, debemos decir cuál es, para evitar el equívoco.

Ese conflicto, como aquí en el Código de Trabajo se habla de conflictos colectivos, de conflictos individuales, etc., etc., ese conflicto, repetimos, a que se refiere este artículo, tiene la característica de no ser un conflicto de trabajo sino que es un conflicto entre dos normas. Cuando hay conflicto entre normas, se prefiere la más favorable al trabajador. Cuando hay dudas sobre la interpretación de las normas, se resuelve en favor del trabajador; induvio pro-operario. Este artículo me trae a la memoria una expresión que hace muchos años le oí a un magistrado de

Guatemala. Cuando se refería al Derecho de Trabajo, con motivo de que abordaron ese tema los magistrados nuestros en ese tiempo, dijo él que la casación no era adecuada para el Derecho de Trabajo, o dentro del Derecho de Trabajo, y que el Derecho de Trabajo es un derecho tutelar como cualquier otro, que todos los derechos son tutelares. No hay por qué aceptar esa afirmación que algunos hacen, de que porque es derecho tutelar debe darse posibilidades de cierto tipo, medidas más favorables que a otras personas, a los trabajadores. Pero qué derecho, repitió él, qué derecho no es tutelar. Decimos que recordamos esto, porque por allí también leíamos con intenciones de descansar un estudio que se refería al Derecho Penal. Y dice el autor, el del estudio, que el Derecho Penal, y eso creo que ustedes también lo saben mejor que yo, nació a raíz del iluminismo en Europa, y nació precisamente empujado por la angustia en que la sociedad estaba frente a la arbitrariedad de los gobernantes, al ejercitar lo que se llamaba el *ius puniendi*. Desde luego, allí señalan, y a mí me parece, señalan el *ius puniendi* que ejercían los gobernantes, como algo distinto del Derecho Penal, el cual, cabalmente, estaba en vísperas de nacer, los gobernantes en el uso del *ius puniendi*, en el uso de ese poder de castigar que se adjudicaban ellos, cometían una serie de arbitrariedades. Siendo que la sociedad estaba angustiada, se justifica que haya nacido el Derecho Penal, por el afinamiento de los sentimientos frente a las arbitrariedades del Poder, ese derecho nació con el objeto de rescatar a los delincuentes de las garras de los gobernantes arbitrarios, protegerlos. Por eso es que no extraña que haya aparecido la obra de Dorado Montero ni la denominación que le dio de Derecho Protector de los Criminales. Y así, si se trataba de proteger, pues también logra uno explicarse que cuando se trataba de la aplicación de ese derecho protector, había que disipar cualquier duda en favor del delincuente. El *induvio pro-reo* se mira bien legitimado en esa forma como resultado de la naturaleza propia del Derecho Penal. Pues así, pasando al tema del Derecho de Trabajo, encontramos el clamor también del siglo pasado, motivado por el sufrimiento de los trabajadores en las fábricas, que estaban siendo víctimas de las arbitrariedades de los empresarios, de los patronos. Entonces en ese siglo el Derecho de Trabajo nació, la legislación laboral nació, para rescatar o para redimir a la clase trabajadora. No es igual, pero es semejante a la posición que decimos del Derecho Penal: se trataba de beneficiar, de proteger, de tutelar a la clase trabajadora. Se justifica, como consecuencia, este principio: el del *induvio pro-operario*. Así como allá hablamos del derecho protector de los trabajadores, en ese sentido es que esa calificación de tutelar para el Derecho de Trabajo se justifica en forma especial. No es como el magistrado guatemalteco decía en ese tiempo, como que quería confundir las cosas. No todos los derechos, no todas las ramas del derecho son tutelares en el sentido de la tutela que se ejerce en el Derecho Penal o el Derecho de Trabajo, como ven la solución de la duda en favor del reo o del trabajador, se justifica del modo que queda dicho. Pero, nos preguntamos nosotros, ¿cuál es la razón de ser de ese mismo principio en nuestro Código de Procedimientos Civiles? Decíamos que las innovaciones son pocas; tal vez las innovaciones que acabamos de señalar, no tengan mucha importancia dentro del contexto de la legislación laboral; pero si dirigimos nuestra vista al artículo 17, sí encontramos ya una innovación de mucha importancia. El artículo respectivo del Código anterior, el artículo 17 también, decía: "contrato individual de trabajo es el convenio verbal o escrito, en virtud del cual una persona natural se obliga a prestar sus servicios a otra natural o jurídica, bajo la dependencia de ésta y mediante un salario".

“El convenio verbal o escrito”. En primer lugar estaba esta dificultad: ¿y cuando no hay convenio verbal o escrito, como en el caso del enganche en las fábricas, ¿cómo resulta la definición del contrato de trabajo? Resulta mal; no alcanza a satisfacer. Si hablamos de que se trata de una persona natural, que se obliga a prestar sus servicios a otra natural o jurídica, nos encontramos también con esta otra dificultad; ¿y cuando se trata del conjunto de mariachis que queremos llevar para que nos sirva para amenizar las actuaciones en el night club que tenemos? ¿Qué contrato celebramos? Entre los músicos que decimos no hay sociedad. Son varios y todos hablan y convenimos en que van a prestar servicios en una forma subordinada. Esta situación no está comprendida en esta definición del Código. Si se trata del patrono se va a prestar servicios a una persona natural o jurídica. Si es una persona natural, es Pedro Pérez el que recibe los servicios del trabajador; pero así como encontramos a Pedro Pérez, que es dueño de la tienda en donde trabaja ese vendedor, así también podemos encontrar a Juan y a Pablo con Pedro Pérez, juntos, como dueños, o como arrendatarios de la tienda. Entonces, a ese trabajador ellos le dan trabajo, ellos son los patronos, ellos disponen, ellos le dan órdenes, ellos le dan instrucciones. Este grupo patronal, como ya lo habrán notado, no alcanza a verse, no alcanza a ser abarcado en esta definición que daba antes el Código. Y si ampliamos las observaciones, podemos preguntarnos: ¿y si el patrono tiene que ser una persona natural o jurídica, y Pedro Pérez, dueño de la tienda, muere, se abre la sucesión, no han aceptado los herederos, pero los empleados de la tienda siguen trabajando, quién es el patrono? Aparentemente, con esta definición podíamos decir que es la sucesión. Y hasta se han visto en los tribunales de trabajo, algunos juicios en donde ha tenido cabida un juego de ideas con relación a ese caso de la sucesión. La sucesión, como sabemos, y esto creo que lo confirman todos ustedes, no es persona jurídica dentro de nosotros; pero lo cierto es que allí, en el caso hipotético que formulamos, hay una relación de trabajo. Si nos referimos a aquellos casos de comunidades llegamos asimismo a la conclusión de que tampoco tienen cabida porque la norma habla de persona natural o jurídica y la comunidad no es persona jurídica.

Buscando una definición que pudiera dar lugar a que se zanjaran esos problemas, se dispuso poner ésta del Art. 17 actual: “contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, es aquél en virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, a uno o varios patronos, institución, entidad o comunidad de cualquier clase, bajo la dependencia de éstos y mediante un salario”. Esta definición no fue adoptada antojadizamente, sino que, como decíamos antes, teníamos que buscar una definición de alguna legislación extranjera, que pudiera satisfacer más; y de ese modo encontramos la definición de la Ley de Contrato de Trabajo, de España, de 1931, que en su Art. 1º decía: “Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra, o a prestar un servicio a uno o varios patronos, o a una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de éstos, por remuneración, sea la que fuere, la clase o forma de ella.

Esta es la definición de la Ley Española de contrato de trabajo de noviembre de 1931. Esa definición fue reformada en 1944; pero la redacción de 1931 es la que se ha visto que cuenta con más partidarios; ha sido acreedora a elogios de parte de autores tan respetables, como el profesor de la Cueva, que es el más conocido entre nosotros, como Colotti y Feito que, no sólo la admiran, sino que la adoptan así como la hemos adoptado nosotros en nuestro Código. Quien ha sido tal vez más

explícito, refiriéndose a esa definición, ha sido Ramírez Gronda, que dice que se trata de la más completa de cuantas contiene la legislación positiva y que es capaz de comprender todas las modalidades posibles en que se concretan las relaciones del trabajo subordinado. Este, pues, ha sido muy expresivo. Tenemos también una afirmación de Ballart Folch, refiriéndose a la misma definición española, que la califica de buena y dice, “no porque sea un modelo de síntesis en la formulación del contenido de esta figura jurídica, sino porque plantea, con toda claridad, el problema jurídico que la ley intenta resolver, al trazar, con más o menos perfección técnica, pero con plena claridad, la silueta de la realidad social que va a regular por normas de Derecho”. Se mira que en realidad el autor estaba enfocando, todas esas dificultades que nosotros también en los tribunales enfocamos.

Y hasta el profesor Cabanellas, en la última edición de su obra, dice que esta definición contiene los elementos necesarios para calificar en sus notas esenciales este contrato, permite cierta amplitud en la interpretación de su contenido, sin límites, que no coinciden con la forma imperativa de la leyes, y que impiden el progreso en la interpretación y congelan, en un molde cerrado, toda posibilidad de ampliar el área de su aplicación”. Los elogios, repetimos, son abundantes; por esa razón es que se tomó como modelo esa definición española. Digo que se tomó como modelo, no que se copió entera. Tal vez el arreglo que se hizo quedó defectuoso; pero eso se ha notado hasta muy posteriormente. Se hizo el agregado del tercer inciso que dice: “no pierde su naturaleza el contrato de trabajo, aunque se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, como los de sociedad, arrendamiento de talleres, vehículos, secciones o dependencias de una empresa, u otros contratos innominados y, en consecuencia, les son aplicables a todos ellos las normas de este Código, siempre que una de las partes tenga las características de trabajador. En tales casos, la participación pecuniaria que éste reciba es salario; y si esa participación no se pudiera determinar, se aplicarán las reglas del artículo 415”. Vemos que en esta definición se habla de los varios patronos, de los varios trabajadores, se habla de que el patrono puede ser una institución, una entidad, una comunidad de cualquier clase. Se ha querido abarcar todo aquello que pudiera significar solución a las dificultades que antes se han mencionado. La intención ha sido ésa; y, precisamente, si se es juez y se sabe esa intención, lo más recomendable es interpretar en ese sentido la norma al haber quedado algún caso por fuera de toda esa expresión del art. 17.

Cabalmente aquí cabe recordar algo que hemos visto en la exposición de motivos de la Ley Federal de Trabajo de México, en donde dicen que en la Ley han puesto una disposición relativa a la manera de interpretar las leyes laborales, cosa que se quedó en el tintero cuando se redactó el Código de nosotros. Yo creo que debieron establecerse normas especiales de interpretaciones del Código de Trabajo, para salir de esas reglas que se están quedando muy atrás, del Código Civil. Dentro de la ley mexicana la regla de interpretación es de carácter teleológico; va atendiendo más que todo al fin que se persigue con la legislación laboral, ese afán tutelar de la legislación laboral, ese afán de protección hasta lo último para el trabajador. Así se explica la existencia del derecho jurisprudencial que emana de los tribunales mexicanos. Yo creo que van a llegar muy lejos, puesto que ellos son bastante dispuestos a actualizar el contenido de la ley. Aquí, en El Salvador, se han tomado algunas medidas, como para el caso de que se trate del contrato de trabajo con va-

rios patronos. Para no dejar al trabajador en la dificultad, porque al fin y al cabo tiene que ser una dificultad eso de estar demandando a todos los patronos con quien él tiene el contrato de trabajo, se ha consignado la disposición del artículo 459, en donde se dice que cuando el trabajo se realice para dos o más patronos interesados en la misma empresa o establecimiento, como con dueños, socios o copartícipes serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador. Entonces, tiene la facilidad el trabajador, de poder demandar a cualquiera de los patronos o a todos ellos en conjunto. Dice que "contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación es aquél, etc., etc.". En esto de "cualquiera que sea su denominación", es donde se encuentra la razón para expresar que el inciso 3º, quién sabe hasta dónde resulte armonizado con la definición que se ha dado del contrato.

Porque el contrato de trabajo bien puede ser simulado, es decir el contrato de trabajo bien puede ser objeto de simulación, pero en el sentido que se recubra o que se cubra con un contrato distinto, por ejemplo, con un contrato civil abajo del cual existe, un contrato de trabajo. Eso es lo que ha querido prever la legislación española. También eso se ha previsto en el Código del Ecuador, y en el proyecto de Panamá que, hasta hoy, no sabemos si ha sido aprobado. En el Código del Ecuador hay un artículo con un contenido semejante al del tercer inciso del Art. 17, que dice que no pierde su naturaleza el contrato de trabajo, aunque, se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, como los de sociedad, arrendamiento de talleres, vehículos, secciones o dependencias de una empresa, u otros contratos innominados y, en consecuencia, les son aplicables a todos ellos las normas de este Código, siempre que una de las partes tenga las características de trabajador. Cabalmente el Art. del Código del Ecuador prevé las situaciones que se pueden dar en esos casos de simulaciones de contrato de trabajo. Si se buscara una mejor redacción, podríamos decir: suprimámosle al primer inciso la parte que dice: "cualquiera que sea su denominación", y dejemos con plenos efectos el tercer inciso del artículo. Indudablemente hubo una repetición, en el contenido de las normas. Ya que hablamos de la simulación del contrato, ustedes ya habrán visto en uno de los tomos de la última edición de la obra de Cabanellas, el capitulito que cabalmente habla de la simulación del contrato de trabajo. También en la obra del profesor Caldera hay una referencia a eso; y hasta se encuentran unos ejemplos y casos que son los que se tratan de solucionar, exactamente iguales a los que tenía señalados el Ministerio de Trabajo nuestro, como resultado de la observación que viene haciendo de la forma en que opera la empresa salvadoreña. En el Ministerio de Trabajo tenían la información de que hay algunas barberías, en donde el dueño le da al operario en arrendamiento, el sillón. Si son 5 sillones y 5 los operarios, ha dado en arrendamiento un sillón a cada uno de los barberos, de ese modo si se mira el contrato civil, los operarios no tienen derecho a vacaciones, no pueden reclamar indemnización por despido, no pueden reclamar pago de horas extras, no pueden reclamar aguinaldo. ¿Por qué? —porque no son trabajadores sino arrendatarios de sillones. Si a uno de ellos se le ocurre un día demandar, porque lo han despedido, entonces, así como teníamos la legislación, era muy dudoso que nuestros jueces se animaran a dictar una sentencia que pudiera solucionar el punto planteado, considerándolo como contrato laboral. El contrato es de arrendamiento, se decía. La rendencia era la de respetar ese contrato de arrendamiento. Si es de arrendamiento el contrato el demandante no es trabajador y no se le aplica, por consiguiente el derecho de trabajo sino que

el derecho civil. También tenían registrados en el Ministerio de Trabajo, el caso de unas fábricas de paletas, en donde al paletero le dan en venta las paletas para que él vaya a venderlas, y, además, le dan el carretón, sin embargo, al paletero lo obligan a llegar a determinada hora, a dar cuenta a determinada hora, a llegar nuevamente a determinada hora. Aunque tal vez mínima, hay una subordinación, no obstante la operación es de venta de las paletas. Le dan al paletero el artículo a cierto precio, de manera que puede realizar ganancia; pero este paletero no tiene derecho a vacaciones, aguinaldo, etc., etc., a ninguna prestación como trabajador. Por lo menos ésa era la finalidad de la simulación. Simulación del contrato de trabajo. Tal vez la expresión del maestro Cabanellas no sea muy adecuada, porque, en realidad, lo que se está haciendo no es propiamente simular el contrato de trabajo, sino encubriéndolo con otro contrato. Pero para efectos de entendimiento podemos seguir con tal denominación. En la actualidad, pues, con esta definición del tercer inciso de este artículo 17, esos casos pueden perfectamente resolverse por medio del Derecho de Trabajo, por medio del Código de Trabajo.

Ya no hay lugar a que se consideren como civiles estos contratos. Pero con una condición, o con una exigencia, con un requisito, con algo que no se puede olvidar: que no simplemente se trate de ese paletero que va a comprar, que no simplemente se trate de ese barbero que está arrendando el sillón. Es necesario que se ponga de manifiesto la dependencia, la subordinación, porque, si no hay subordinación, no hay contrato de trabajo. Asimismo tienen registrado en el Ministerio de Trabajo el caso de algunas empresas de taxis, en donde le dan en arrendamiento el taxi al taxista, y en donde a veces hay alguna subordinación. En otras ocasiones no hay subordinación. En esas ocasiones en que no hay subordinación el contrato no puede ser considerado de trabajo, a pesar de lo dispuesto en este 3er. inciso del artículo 17. En el segundo inciso, vemos que dice que quien presta el servicio o ejecuta la obra se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono. A algunos no les ha gustado que no se haya definido al patrono y al trabajador, como lo hacía el Código anterior, pero, en realidad, si se tiene ya establecido el contrato de trabajo, si se tiene ya establecida la existencia de la subordinación, entonces el que presta el servicio es el trabajador. Para qué vamos a estar definiendo, si las definiciones que tenía de patrono y de trabajador el Código anterior no dejaban de prestarse a una mala interpretación. Decía el Código: "trabajador es toda persona natural que presta sus servicios a otra, natural o jurídica, en virtud de un contrato de trabajo"; "patrono es toda persona natural o jurídica que emplea los servicios de una o más personas naturales en virtud de un contrato de trabajo". Siempre les encontramos a estas definiciones las mismas dificultades, las mismas deficiencias que a la definición del contrato de trabajo del Código anterior. Hoy no; hoy, simplemente, el que presta el servicio es el trabajador; el que lo recibe y lo remunera es el patrono. Esto no ha sido creación nuestra; figura en una legislación extranjera. La dificultad que presentó uno que criticaba la redacción de este 2º inciso, es una excepción o una de varias excepciones. Cuando se legisla, no se legisla para las excepciones eso lo sabemos todos. El caso que mencionaba quien señalaba la dificultad, era el de algunos o todos los despachadores de buses. Decía que en las terminales o en ciertas zonas de la ciudad, hay unos despachadores de buses; que estos despachadores tienen la característica de que trabajan para la empresa, prestan sus servicios a la empresa o empresas de buses, pero que quien les paga es el Estado. ¿En este caso, quién es el patrón, a quién le van a reclamar? Aquí en el Código se dice que quien recibe el servicio y lo paga es el patrón. En el caso supuesto recibe el servicio la empresa, pero no lo paga ella, el que

paga es otro. Naturalmente, admitimos la observación, es un caso muy excepcional. Pero ese caso excepcional se puede resolver, creo yo, pensando en esa manera de interpretar la ley laboral, que ha sido recogida en la ley laboral de México. Si es por excepción que se mira que éste no paga él, sino otro; no debe olvidarse que aquél es el que está recibiendo el servicio subordinado y que la característica especial, la que le da la naturaleza laboral a la relación jurídica establecida, es la de la subordinación. De este modo se puede concluir que aquél a quien está subordinado el que trabaja, ése es el patrono. Toda esa falta de afinamiento, esa deficiencia a que da lugar la idea del patrono que da ese segundo inciso, se puede suplir con la interpretación que estamos sugiriendo de la ley. Dice el artículo 20: "se presume la existencia del contrato individual de trabajo, por el hecho de que una persona preste sus servicios a otra por más de dos días consecutivos. Probada la subordinación también se presume el contrato, aunque fueren por menor tiempo los servicios prestados". Se mantiene la presunción, pero se agrega que probada la subordinación también se presume el contrato aunque fueren por menor tiempo los servicios prestados. Antes poníamos esta dificultad, que es la que se ha tratado de salvar. Consistía en el caso del despido del trabajador que fue contratado verbalmente unos minutos antes de iniciarse en la empresa la jornada del día lunes, comenzaba su trabajo, lo realizaba durante día y medio, y, de repente, sin motivo alguno, lo despedían. Con la primera presunción, o sea, con la que estaba basada en la prestación de servicios por más de dos días consecutivos, el trabajador estaba destinado a fracasar en el reclamo que quisiera hacer de su indemnización por despido sin causa justa, pues, tropezaba con la imposibilidad de beneficiarse con la presunción de existencia del contrato. La gran dificultad de probar por otros medios el dicho contrato daba lugar a pensar que en casos como ése no había manera de que al trabajador se le reconociera su derecho. Ahora, el nuevo Código da al trabajador la facilidad de la segunda presunción que se ha agregado. En el caso previsto, de acuerdo con el nuevo artículo, le basta al trabajador probar los servicios prestados durante el día y medio mencionados y la subordinación en que los prestó, y para que se tenga por presumida la existencia del contrato de trabajo, base del reclamo de indemnización por el despido injusto de que lo hicieron objeto.

LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO (*)

Por Dr. LUIS ALFONSO MENDEZ •

Queridos colegas: es para mí un gran honor estar ocupando esta tribuna y aun cuando estoy plenamente consciente que no soy la persona más indicada para abordar un tema tan importante, tan complejo y de tanta trascendencia como es LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO. Aceptada la participación y la responsabilidad que conlleva estar frente a una concurrencia tan selecta como ustedes, voy a tratar de exponer algunas ideas, muchas de ellas controvertibles, con la esperanza que puedan contribuir a hacer luz sobre los nuevos derroteros que debe seguir nuestro Derecho del Trabajo.

Como ustedes saben perfectamente, estamos frente a una realidad cambiante, frente a una realidad que se modifica todos los días, y no podemos permanecer fieles a los cánones tradicionales; tenemos que crear un derecho que se adapte a esa realidad cambiante.

Creo y estoy convencido que los nuevos abogados debemos orientar nuestro pensamiento ya no por un sendero estrictamente jurídico, olvidando la problemática social y económica, sino que tenemos que tratar de integrar a nuestro pensamiento todas esas disciplinas, que son las que mantienen a todo el mundo en una inquietud constante y una permanente expectativa.

El tema que me tiene acá esta tarde, es LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO; pero indudablemente, antes de entrar a hablar de LA POLITICA LABORAL DEL NUEVO CODIGO DE TRABAJO, es necesario hacer algunas consideraciones de tipo conceptual, porque si cada uno de nosotros tiene una concepción distinta de lo que es POLITICA LABORAL, lo más normal será que la POLITICA LABORAL del nuevo Código sea totalmente diferente en cada uno. Tenemos que ir poco a poco buscando, no digamos un concepto totalmente preciso, pero sí tratando de ir sentando las bases sobre las cuales vamos a trabajar y solamente cuando esas bases estén creadas, estaremos en capacidad de introducirnos en el tema que nos ocupa.

Si echamos una mirada retrospectiva, nos daremos cuenta que este tema de Política Laboral no había sido abordado antes en nuestra Facultad, pese a la gran

* Conferencia pronunciada el día 20 de junio de 1973 en el Seminario sobre Código de Trabajo celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

• Abogado. Profesor del Departamento de Derecho Público de la misma Facultad.

importancia que reviste. Estamos acostumbrados a escuchar conferencias sobre las materias tradicionales como son: DERECHO DEL TRABAJO, SOCIOLOGIA, ECONOMIA Y FILOSOFIA DEL DERECHO. Si ustedes reflexionan un poco, se darán cuenta que cuando se ha querido trascender al Derecho, es decir cuando se ha querido ir más allá del campo jurídico, inmediatamente se ha caído en la Filosofía del Derecho y especialmente en la Axiología o Estimativa Jurídica.

A cada momento se cuestiona en nuestra Facultad acerca de las consecuencias últimas hacia las cuales se orienta el Derecho; a cada momento se discute sobre los valores que el Derecho trata de realizar, así como también sobre la jerarquía de esos valores; se ha repetido que el Derecho se orienta hacia los valores: Justicia, Seguridad y Bien Común y se ha preguntado acerca de cuál valor es el superior: ¿Es la justicia más importante que la seguridad? o ¿Es la seguridad más importante que la justicia? o ¿Es el bien común más importante que la justicia y la seguridad? Estamos completamente acostumbrados a discutir sobre estas categorías abstractas, las cuales, a mi manera de ver, son relativas, porque, indudablemente, lo que para nosotros puede ser justo, para otras generaciones ya pasadas, pudo haber sido injusto, y lo que para otros pudo haber sido justo, es muy probable que para nosotros no lo sea; entonces, resulta que más importante que el estudio de las consecuencias últimas hacia las cuales se orienta el Derecho; más importante que el estudio de los valores, que son categorías abstractas y relativas, es examinar: ¿Qué se puede hacer con el Derecho? ¿Qué puede hacer el Derecho para mejorar el nivel social y económico de todos los salvadoreños? ¿Qué directrices puede usar el Derecho para introducir a la sociedad salvadoreña en un proceso de cambio, en un proceso de desarrollo social y económico?

Tomando como base estas interrogantes, se vislumbra que el Derecho puede ser un medio, un instrumento para la superación económica y social del país, o sea que en un momento determinado el Derecho puede ser un programa, un programa que el Estado se propone desarrollar para cumplir sus objetivos sociales y económicos. Considerado el Derecho desde este punto de vista, podría decirse que el Derecho viene siendo un instrumento de la Política, porque en virtud de la Política, el Estado propone sus fines, fines que puede cumplir haciendo uso del Derecho.

Para poder llegar a establecer qué vamos a entender por Política Laboral, es necesario hacer primero un enfoque de lo que vamos a entender por Política; no vamos a entrar a discutir los distintos conceptos que se han dado de Política, no vamos a entrar a hacer un estudio demasiado exhaustivo de lo que debe entenderse por Política, porque lo más seguro es que no nos pongamos de acuerdo.

Para abreviar diré que se puede enfocar la Política desde dos puntos de vista: desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico. La Política desde un punto de vista estático es el estudio de la organización de las comunidades humanas, es el estudio de la estructura y el funcionamiento del Estado; cuando nosotros estudiamos los organismos del Estado, las relaciones que existen entre esos organismos y las funciones que cada uno de esos organismos desempeña, entonces estamos enfocando la Política desde un punto de vista estático. Ahora bien, la Política desde un punto de vista dinámico consiste en la acción desplegada por el gobierno, es decir es el modo como desde los puntos de mando los que gobiernan pueden alcanzar determinados fines; la Política dinámica viene a ser en cierto sentido acción, es la acción desplegada por el gobierno para conseguir los fines del Estado. Este

concepto dinámico de Política es el que va a servir en el transcurso de esta plática para ir tratando de elaborar el concepto de Política Laboral.

Abandonemos, pues, el concepto de Política en el sentido estático porque no nos sirve para nuestros objetivos. Quedémonos con el concepto de Política en el sentido dinámico. Como una especie dentro del término genérico de Política, tenemos la Política Social, que consiste en la actividad que desarrolla el Gobierno del Estado tendiente a conseguir el bienestar general de la comunidad y como una subespecie dentro de la especie, nos encontramos con la Política Laboral, la cual no pretende conseguir el bienestar general de toda la comunidad, sino que pretende alcanzar el bienestar social y económico de una clase determinada, que es la clase trabajadora. Llegamos entonces al concepto que nos preocupaba, al concepto de Política Laboral y la definimos como la acción del Gobierno tendiente a mejorar social y económicamente a la clase trabajadora.

Esta cuestión de Política Laboral, así llamada por su nombre, puede decirse que es algo relativamente nuevo; se han ocupado indudablemente de ella, autores de Sociología, Economía y Derecho del Trabajo e incluso de Filosofía del Derecho, pero sin llamarla por su nombre y sobre todo en una forma incidental; pero ya como un sistema, como un estudio bien elaborado, es difícil encontrar obras que traten de Política Laboral. Quizás el primer intento de sistematización, lo podemos encontrar en la obra escrita por Don Guillermo Cabanellas y Don Luis Alcalá Zamora: esa obra salió publicada el año próximo pasado y su nombre es "Tratado de Política Laboral y Social"; consta de tres tomos y tiene muchas consideraciones acerca de Política Laboral, pero también conserva bastantes aspectos relativos al Derecho del Trabajo; se refiere, como he dicho, a la Política Laboral, pero también se detiene a examinar cuestiones del Derecho del Trabajo que no reflejan una actividad del Estado, para conseguir sus fines en beneficio de los trabajadores.

Don Luis Alcalá Zamora y don Guillermo Cabanellas, en su obra dan un concepto de lo que ellos entienden por Política Laboral; manifiestan: "Dentro de esta actitud y reconociendo también a la Política Laboral un aspecto práctico o de arte y doctrinal o científico, cabe referirse a ella en el primero de aquellos sentidos, como la concepción de planes y la aplicación de medidas por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyen a la eliminación o alivio de los antagonismos y conflictos derivados de las relaciones de trabajo, dignifican su prestación, cooperan a la mejor remuneración de los trabajadores, se preocupan de su seguridad y eventual rehabilitación y tienden a asegurarle al que trabaja y a los suyos, la continuidad de subsistencia ante adversidades imprevistas, o las normales en el desarrollo de la existencia humana y de la vida social".¹

Ustedes ven que el concepto es bastante largo y complicado, pero sin embargo, podríamos sintetizarlo de esta manera: es la concepción de planes y aplicación de medidas por el Estado y otros organismos de eficacia pública, que contribuyen a la superación material y moral de los trabajadores.

Como la política Laboral procura establecer lineamientos para conseguir la satisfacción en el orden moral, social y económico de las aspiraciones de los traba-

¹ Tratado de Política Laboral y Social, Luis Alcalá Zamora y Castillo y Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta, S. R. L. Tomo I, Pág. 423.

jadores, esa política necesariamente debe de estar planificada, es decir tiene que estar orientada hacia fines concretos. Modernamente los países ya no aceptan las cosas como buenamente se van presentando, sino que cada uno redacta lo que se ha dado en llamar planes de desarrollo económico-social y donde aparecen las metas que se pretende alcanzar. El país nuestro acaba de redactar su plan de desarrollo económico y social para los años 1973 a 1977, y si nosotros analizamos estos planes de desarrollo económico y social nos daremos cuenta que en los mismos se trata sobre Política Social, en el sentido de que existen algunos lineamientos para alcanzar determinados objetivos en materia de vivienda, salud, educación, etc., pero si buscamos un poco mejor nos daremos cuenta que en esos planes de desarrollo económico y social no aparece en forma definida y concreta la Política Laboral del país; incluso existen en esos planes algunas ideas un tanto equivocadas.

Podemos hacer una comparación entre lo que es el Derecho del Trabajo y la Política Laboral: al Derecho del Trabajo por ejemplo le interesa saber: ¿Qué es el salario?, ¿Cuáles son las distintas clases de salarios?, ¿Cómo se pacta el salario?, ¿Cuáles son las medidas de protección del salario? En cambio, a la Política Laboral no le interesa todo esto, esto es una cuestión que se da por sabida; a la Política Laboral le interesan los lineamientos que se deben seguir para que los trabajadores puedan disfrutar de un salario que les satisfaga a ellos y a sus familias sus respectivas necesidades. Asimismo, el Derecho del Trabajo se interesa por saber: ¿Qué es sindicato?, ¿Cuáles son las distintas clases de sindicato?, ¿Cómo se organiza un sindicato?, ¿Cómo se liquida? En cambio, la Política Laboral se interesa por encauzar la acción sindical a efecto de que esta acción sindical pueda servir en el desarrollo económico del país. Al Derecho del Trabajo le interesa saber: Qué es un trabajador, las distintas clases de trabajadores y los derechos de éstos. En cambio a la Política Laboral le interesa la superación material y moral de los trabajadores, así como también que estos trabajadores disfruten de las comodidades y ventajas que presenta la vida moderna. Al Derecho Procesal del Trabajo, le interesa saber: Qué es una demanda, qué es la contestación de la demanda y la conciliación, qué es la sentencia y los recursos. En cambio, a la Política Laboral le interesa que la administración de justicia en materia laboral sea lo suficiente pronta y eficaz para no perjudicar a los trabajadores.

Vemos cómo se encuentra delimitado el campo de lo que podemos llamar el Derecho del Trabajo y la Política Laboral.

Establecido el concepto de Política Laboral como la acción del Estado tendiente a la superación económica y social de los trabajadores, podemos entrar al análisis de la Política Laboral del Nuevo Código de Trabajo.

Es necesario hacer, en primer lugar, algunas aclaraciones: la Política Laboral del país no se encuentra contenida únicamente en el Código de Trabajo. La política Laboral se encuentra contenida además, en la Constitución Política, en el Capítulo que trata de Trabajo y Seguridad Social, en la Ley del Seguro Social, y en otros ordenamientos de carácter jurídico como son los Decretos de Salario Mínimo y el Plan de Desarrollo Económico y Social.

El tema de esta conferencia se circunscribe a la Política Laboral del nuevo Código de Trabajo, pero aún así, este tema es excesivamente amplio, por cuanto el Código de Trabajo contiene la mayor parte de la Política Laboral del Estado.

Tendríamos que buscar Políticas Laborales en las distintas materias de que trata el Código: en materia de aguinaldo, en materia de vacaciones, en materia de prestaciones, abocándonos así a un trabajo demasiado agotador.

El Código de Trabajo vigente repite en una gran cantidad de cosas al Código de Trabajo derogado, entonces nos vamos a circunscribir en esta plática a examinar la Política Laboral del nuevo Código de Trabajo, pero en aquellas materias que se pueden considerar innovadas, es decir, en aquellas materias en que no repite al Código de Trabajo derogado.

Aclarado lo anterior podemos entrar a examinar cuáles son esas tendencias que tiene el nuevo Código en beneficio de la clase trabajadora. La primera tendencia, es el incremento de beneficios a favor de los trabajadores y de sus beneficiarios; podemos hacer notar una cuestión bastante importante: el Código establece incremento de beneficios a favor de los trabajadores y sus beneficiarios, lo cual es lógico pues no se puede concebir un nuevo Código de Trabajo, que no conlleve un incremento de beneficios a favor de la clase hacia la cual va dirigido, que es la clase trabajadora; necesariamente ésta tenía que ser una política del nuevo Código de Trabajo. Lo que tenemos que examinar es: ¿Dónde está esa mejora que conlleva el Código de Trabajo en beneficio de los trabajadores? El Código de Trabajo pudo mejorar a los trabajadores estableciendo incrementos en el salario o en las prestaciones sociales; si revisamos acerca de si el Código ha dado lineamientos más concretos en lo que respecta al salario, llegaremos a la conclusión de que el Código en materia de salario, no ha mejorado a los trabajadores; la mejora ha estado únicamente en cuanto se refiere a las prestaciones sociales.

Haciendo un breve estudio comparativo, entre el capítulo del salario del Código vigente y el capítulo del salario del Código anterior, únicamente encontramos unas pequeñas diferencias, que no tienen mayor trascendencia.

La primera diferencia que podemos notar es en cuanto a la conceptualización del salario; mientras que el Código anterior, en el Art. 101, definía el salario como la retribución en dinero que el patrono está obligado a pagar al trabajador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo; el Código actual en el Art. 119, tiene un concepto más amplio, dice el Art. 119: "Salario es la retribución en dinero que el patrono está obligado a pagar al trabajador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo".

"Considérase integrante del salario, todo lo que recibe el trabajador en dinero y que implique retribución de servicios, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte, como los sobre-sueldos y bonificaciones habituales; remuneración del trabajo extraordinario, remuneración del trabajo en días de descanso semanal o de asueto, participación de utilidades". Entonces, en cuanto al concepto de salario, el Código lo amplía un poco más, pero con esto no establece en el fondo ningún beneficio económico para los trabajadores.

El otro cambio que podemos notar se encuentra en el Art. 125 del Código vigente; dice: "Cuando no se hubiere determinado en el contrato el servicio que deba prestar el trabajador, y el patrono lo destinare a un cargo que ordinariamente se remunere en la empresa con mayor salario que el estipulado, el trabajador deven-

gará el salario correspondiente a dicho cargo, por todo el tiempo que lo estuviere desempeñando; pero si fuere menor que el estipulado devengará este último”.

La pequeña variante que existe es que ahora, cualquiera que sea el número de días que el patrono destine al trabajador a un nuevo cargo, el trabajador devenga el salario establecido para ese nuevo cargo, siempre por supuesto que sea mayor; en cambio, de acuerdo con el Código anterior, era necesario que lo destinara por más de quince días para que pudiera devengar el salario establecido para el nuevo cargo.

La otra diferencia que se encuentra en materia de salario está en el Artículo 143 del Código vigente, que dice: “Deberá remunerarse con salario básico de un día aquél en que sólo se laboren las horas necesarias para completar la semana laboral”. Realmente este artículo ni siquiera podría considerarse una innovación porque si ya con anterioridad se había rebajado la semana laboral a 44 horas, tenía que entenderse que el día en que el trabajador laborara las 4 horas necesarias para completar la semana laboral, esas 4 horas deberían de ser remuneradas con ocho horas de salario; sin embargo vino una práctica ilegal que entendió que al pactar el salario por hora, el día sábado, se debían pagar únicamente las horas laboradas o sea las 4 horas; este artículo lo que ha venido a hacer es a extirpar una práctica viciada.

La otra modificación se refiere a la reducción del período para que entren en vigencia los Decretos de Salario Mínimo, o sea la reducción de la *vocatio legis*; de acuerdo con el Art. 156 del Código vigente, el Decreto entra en vigencia 8 días después de su publicación en el Diario Oficial y de acuerdo con el Art. 134 del Código de Trabajo derogado, ese Decreto entraba en vigencia 30 días después de publicado en el Diario Oficial; esto, a pesar de que parece que no tiene importancia, si la tiene en cuanto se refiere a los Decretos de Salario Mínimo para los trabajadores de temporada; el decreto se promulga exclusivamente para una temporada; se dice decreto de salario mínimo para la temporada 1973-1974; o sea que ese decreto de Salario Mínimo ya no se va a aplicar en la recolección de la cosecha 1974-1975; entonces, si cuando empieza la cosecha no se encuentra todavía en vigencia el Decreto de Salario Mínimo que fija las tarifas de salarios para esa cosecha, los que se aplican son los salarios generales para los trabajadores del campo, los cuales son inferiores; en ese sentido salían perjudicados los trabajadores de temporada al tener que esperar 30 días para que el Decreto entrara en vigencia; el perjuicio que se causaba era grande por ser las labores de temporada pasajeras y por esa razón el legislador rebajó este período a 8 días.

Entremos ahora a examinar la Política Laboral que se ha seguido en materia de prestaciones. Concluimos que en materia de salario realmente no se les ha dado mayor beneficio a los trabajadores, por lo menos beneficios de carácter económico; pero en materia de prestaciones sociales sí existen algunos beneficios. Empecemos por examinar el Art. 172 del actual Código de Trabajo, dice: “Los trabajadores no sujetos a horario tendrán derecho a la remuneración del día de descanso siempre que hubieren laborado 6 días de la semana y trabajado la jornada ordinaria en cada uno de ellos”. Establece el nuevo Código el derecho de que los trabajadores no sujetos a horario puedan disfrutar de la remuneración del día de descanso semanal, mientras que el anterior Código de Trabajo únicamente concedía el derecho a la remuneración del día de descanso a los trabajadores que estaban sujetos a horario; así lo decía el Artículo 154 en relación con el Artículo 147; Art. 154: “Lo estable-

cido en este Capítulo se aplicará a los trabajadores a que se refiere el Art. 147” y el Art. 147: “Lo establecido en este Capítulo se aplicará a los trabajadores cuyo salario se haya estipulado por tiempo, sistema mixto, y en general, a quienes estén sometidos a horarios de trabajo”. Entonces, la prestación del pago del día de descanso semanal se ha extendido a todos los trabajadores, aun a aquéllos que no están sujetos a horarios, con tal de que cumplan la condición que se establece en el Artículo 172 antes citado.

Otro Artículo que establece mejores prestaciones económicas para los trabajadores es el 177 del actual Código de Trabajo; dice: “Después de un año de trabajo continuo en la misma empresa o establecimiento o bajo la dependencia de un mismo patrono, los trabajadores tendrán derecho a un período de vacaciones cuya duración será de 15 días, los cuales serán remunerados con una prestación equivalente al salario ordinario correspondiente a dicho lapso más un 30% del mismo”. Ese 30% de recargo que se paga actualmente en la prestación de vacaciones, no aparecía en el Código de Trabajo derogado, de manera que esta prestación sí es un nuevo beneficio a favor de los trabajadores.

También se encuentran mejores prestaciones en el Art. 190 del actual Código de Trabajo, que incorpora como nuevo día de asueto para todos los trabajadores el día sábado de la Semana Santa y además amplía el 3 de agosto para todos y no únicamente para los de la industria y el comercio, como lo establecía el anterior Código.

También hay mejores prestaciones en el Art. 197; el inciso segundo, dice: “Los trabajadores que el día 12 de diciembre no tuvieron un año de servir a un mismo patrono, tendrán derecho a que se les pague la parte proporcional al tiempo laborado de la cantidad que les habría correspondido si hubieren completado un año de servicio a la fecha indicada”, según esté artículo, cualquiera que fuere el tiempo que el trabajador tuviere de estar laborando para un patrono el día 12 de diciembre, se le va a pagar el aguinaldo proporcional, mientras que de acuerdo al Código derogado, para poder gozar del aguinaldo proporcional, era necesario que el trabajador hubiese estado laborando por lo menos 6 meses consecutivos con el patrono.

El Art. 313, que se refiere a la ayuda en caso de muerte del trabajador, establece una mejor prestación para los beneficiarios; el Art. 313 expresa: “En caso de muerte del trabajador el patrono queda obligado a entregar inmediatamente a las personas que dependían económicamente de aquél, prefiriéndolas por el orden en que las hubiere enumerado en su contrato o, en su defecto, en cualquier registro de la empresa y para que se invierta especialmente en el sepelio del trabajador, una cantidad equivalente a 60 días de salario básico; pero en ningún caso la prestación aludida podrá ser inferior a ₡ 250.00”. El Art. 264 del Código derogado únicamente concedía la prestación equivalente a 30 días de salario básico; decía así: “En caso de muerte del trabajador, el patrono quedará obligado a entregar a las personas que dependían económicamente de aquél, prefiriéndolas por el orden en que las hubiere enumerado en su contrato y para que se invierta especialmente en el sepelio del trabajador, una cantidad equivalente a 30 días de salario básico”.

Otro Artículo que ha mejorado las prestaciones a favor de los beneficiarios es el 337, que dice: “Las indemnizaciones por muerte del trabajador se pagarán en forma de pensiones, así: “A los hijos, hasta que cumplan 18 años”; mientras que el

Art. 286 del Código de Trabajo derogado, únicamente daba esta prestación a los hijos hasta que cumplieran 16 años; de tal manera que hay allí una modificación.

Por último tenemos el Art. 338 que mejora sustancialmente las prestaciones a favor de los beneficiarios; dice: "El patrono estará obligado a pagar en concepto de indemnización una cantidad que se calculará con base en el salario básico que devenga la víctima y cuya cuantía será: a) De un 40% si sólo hubiere un beneficiario; b) De un 60% si hubieren 2 beneficiarios; c) De un 80% si hubieren 3 beneficiarios; y ch) De un 100% si hubieren 4 ó más beneficiarios".

Mientras que el Artículo 287 fijaba esas prestaciones muy por debajo de esos porcentajes; decía: "El patrono está obligado a pagar en concepto de indemnización una cantidad que se calculará en base con el salario básico que devengaba la víctima y cuya cuantía será: a) De un 24%, si sólo hubiere un beneficiario; b) De un 36%, si hubieren 2 beneficiarios; c) De un 48% si hubieren 3 beneficiarios; y d) de un 60%, si hubieren 4 ó más beneficiarios".

Decía que el primer lineamiento político importante que se encuentra en el nuevo Código de Trabajo es el incremento de los beneficios a favor de los trabajadores y de sus beneficiarios; ahora bien, según el análisis anterior, ese incremento se ha hecho vía prestaciones sociales y no vía salario; los salarios prácticamente han quedado lo mismo. Tomando en consideración la coordinación que debe haber entre la Política Laboral y la Política Económica del Estado, preguntamos si la actitud tomada por el legislador es correcta o no es correcta; ocurre el fenómeno que las prestaciones sociales sólo se obtienen de vez en cuando, ya sea cuando ocurre algún infortunio o cuando llega alguna fecha determinada, mientras que el salario es algo que se gana todos los días y que llega permanentemente a manos de todos los trabajadores. Desde un punto de vista de expansión económica, podríamos decir que esta política del legislador no es adecuada, porque si necesitamos entrar en un proceso de desarrollo económico, es necesario que la masa trabajadora disponga de un mayor poder de consumo, puesto que si la masa trabajadora no dispone de poder de consumo las empresas no podrán vender los bienes que producen y la economía se estanca.

Ustedes conocen perfectamente cómo opera el efecto multiplicador de la renta: entré mayor sea la propensión marginal al consumo de la persona que recibe un ingreso, mayor será el efecto multiplicador de la renta y en cuanto mayor sea la propensión marginal al ahorro menor será el efecto multiplicador. Hubiera sido conveniente que el Código estableciera normas más favorables en materia de salarios para que los trabajadores dispusieran de mayor ingreso y por lo tanto de mayor capacidad de consumo; y es que, como ustedes bien comprenden, la clase trabajadora debido a su bajo ingreso tiene una propensión marginal al consumo casi del 100% y es esto lo que ayuda a la expansión económica.

El Plan de Desarrollo Económico y Social expresa: "La Política Laboral, es uno de los instrumentos a utilizarse para influir directamente en la distribución del ingreso; el nuevo Código de Trabajo, contiene normas de mayor contenido social sobre política salarial, sobre prestaciones sociales compatibles con una existencia digna". Esto no es cierto, el nuevo Código contempla normas de mayor contenido social, en cuanto se refiere a prestaciones sociales, pero no contempla normas de mayor contenido social, en lo que se refiere a política salarial.

La segunda política importante que encontramos en el Código de Trabajo trata de la disminución de la tasa de desempleo; por medio del Código de Trabajo vigente, el Gobierno ha tratado de disminuir la tasa de desempleo que en este país es grande; esta política se encuentra reflejada en los Artículos 169 y 170. Dice el Art. 169: "Todo trabajo verificado en exceso de la jornada ordinaria, será remunerado con un recargo consistente en el ciento por ciento del salario básico por hora, hasta el límite legal. Los trabajos que por fuerza mayor como en caso de incendio, terremoto y otros semejantes tuvieren que realizarse excediendo a la jornada ordinaria, se remunerarán solamente con salario básico". El Art. 170 dice: "El trabajo en horas extraordinarias sólo podrá pactarse en forma ocasional, cuando circunstancias imprevistas, especiales o necesarias así lo exijan.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en las empresas en que se trabaja las 24 horas del día, podrá estipularse el trabajo de una hora extraordinaria en forma permanente, para ser prestado en la jornada nocturna.

También podrá pactarse el trabajo de una hora extra diaria, para el solo efecto de reponer las 4 horas del sexto día laboral, con el objeto de que los trabajadores puedan descansar en forma consecutiva los días sábados y domingos de cada semana.

En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, para que el acuerdo sea válido, será necesaria la aprobación del Director General de Trabajo". De acuerdo con el Código derogado para trabajar horas extras, únicamente era necesario que trabajadores y patronos se pusieran de acuerdo; mientras que el Código de Trabajo vigente prohíbe el trabajo en horas extras; esa prohibición no podía ser absoluta porque en un momento determinado y por circunstancias especiales las empresas necesitan trabajar tiempo extra. De acuerdo con los artículos que se han leído, puede decirse que el nuevo Código, únicamente permite el trabajo en horas extras, en los casos siguientes: 1º—Ocasionalmente, cuando circunstancias imprevistas, especiales o necesarias lo exijan; 2º—Permanentemente, para completar la octava hora del turno nocturno, y 3º—Permanentemente, cuando la semana laboral ordinaria, se reduce a 5 días. Pero aun en estos dos últimos casos, para que ese trabajo en horas extras sea posible, es necesario que el acuerdo entre patronos y trabajadores lo apruebe el Director General del Trabajo. Esto nos indica que el Código no quiere que se trabaje en tiempo extraordinario y es por una razón bien clara, porque el legislador ha preferido que en lugar de que los trabajadores que ya están disfrutando de un empleo, puedan aumentar su salario, trabajando en tiempo extraordinario, es mejor que los trabajadores que no disfrutaban de un empleo puedan llegar a disfrutarlo; o sea, que con esto lo que se trata es de aliviar aunque sea en parte la situación de los que constituyen el ejército de desocupados. La política que sigue el Código en este sentido es bien clara; no le interesa al Estado que unos pocos que son los que ya tienen su trabajo ganen más, sino que le interesa que muchos puedan ganar aunque sea un poco.

Además de prohibir el trabajo en tiempo extraordinario, el legislador aumentó el pago del recargo por tiempo extra; conforme el Código anterior, ese recargo era del 50%, pero de acuerdo con el Código vigente, el recargo del tiempo extra es del cien por ciento; la intención es que el patrono, al hacer que los trabajadores laboren tiempo extra, se sienta bastante lastimado en sus intereses económicos al tener que pagar un recargo del cien por ciento. El aumento del recargo no persigue mejorar económicamente al trabajador, sino que pretende evitar que el patrono haga

laborar a los trabajadores en tiempo extra; la cuestión no va orientada en beneficio de los trabajadores que ya se encuentran laborando, sino que más bien va orientada en contra del patrono; parece ser que este incremento del cien por ciento, es un castigo o sanción que se impone a los patronos que hacen trabajar tiempo extra a los trabajadores, a fin de que en lugar de pagar ese recargo por tiempo extraordinario mejor decidan incorporar trabajadores nuevos.

La tercera gran política que encontramos en el Código de trabajo, se refiere a la aproximación de las distintas categorías de trabajadores; se trata de una aproximación y no de una equiparación, es decir, todavía existen diferencias en las categorías de trabajadores, pero se ha tratado de hacerlas menos notorias. El Art. 58 del Código de trabajo vigente, que se refiere a la indemnización por despido, establece una indemnización equivalente al salario básico de 30 días por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción de año; esta prestación de la indemnización, de acuerdo con el nuevo Código, es común para todos los trabajadores; si observamos el Artículo equivalente en el Código derogado (Art. 52), nos daremos cuenta que allí existía una discriminación que era bastante injusta; decía el inciso tercero: "Si se tratare de trabajadores de servicio doméstico la indemnización será equivalente al salario básico de 10 días por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones al año". De manera que en el Código anterior, cuando se trataba de trabajadores domésticos, la indemnización por despido se reducía únicamente al equivalente de 10 días de salario por año. El nuevo Código ha equiparado los trabajadores domésticos al resto de trabajadores.

Según el Art. 80 del Código de Trabajo vigente, los trabajadores domésticos tienen derecho a un día de descanso remunerado cada semana laboral; de acuerdo con el Art. 63 del Código derogado, únicamente tenían derecho, los trabajadores domésticos, a medio día de descanso cada semana o sea un día de descanso cada 15 días; en esto también ha habido una equiparación.

Aun cuando no hay una equiparación en cuanto a lo que se refiere a la jornada laboral de los trabajadores del servicio doméstico, sí se puede decir que ha habido un alivio; el mismo Art. 80 que se ha citado, dice: "El trabajador del servicio doméstico no está sujeto a horario, pero gozará de un descanso mínimo de 12 horas diarias"; o sea que la jornada de trabajo de los domésticos ha quedado reducida a 12 horas; de acuerdo con el Art. 73 del anterior Código de Trabajo, el descanso era de 10 horas únicamente o sea que su jornada diaria laboral estaba fijada en 14 horas.

También ha habido equiparación en cuanto a la jornada de los trabajadores agropecuarios. El Art. 89 del Código vigente, dice: "La iniciación, duración y terminación de la jornada ordinaria de trabajo podrá variar según la índole de las labores, necesidades o urgencias del trabajo, la época del año o cualquiera otra causa justa; pero en ningún caso podrá exceder de 8 horas diarias ni la semana laboral de 44 horas"; el Art. 78 del Código derogado, decía: "pero en ningún caso podrá exceder de 8 horas ni la semana laboral de 48 horas"; o sea que la semana laboral de los trabajadores agropecuarios era mayor que la semana laboral de los trabajadores de la industria y el comercio y este nuevo Código los ha venido a equiparar.

En cuanto a las vacaciones anuales, el Art. 177 establece un lapso de 15 días para todos los trabajadores, mientras que el Art. 155 del Código derogado descri-

minaba, y a los trabajadores agropecuarios y de servicio doméstico les fijaba únicamente un período de 6 días.

En cuanto al derecho de formar sindicatos existe una diferencia pero también existe una aproximación; si bien es cierto que a los trabajadores agropecuarios no se les ha concedido plenamente el derecho de formar sindicatos, si se les concede, de acuerdo con el nuevo Código, el derecho de formar asociaciones profesionales agropecuarias, las cuales son la misma cosa que un sindicato; por de pronto se le ha dejado al Poder Ejecutivo la facultad de dictar las normas relativas a la constitución, organización, clase, funcionamiento y demás requisitos de tales asociaciones.

En conclusión, se puede afirmar que el Código vigente no ha equiparado a las distintas categorías de trabajadores pero ha reducido enormemente la grieta injusta que los separaba.

Y como última gran política del Código de Trabajo, se encuentra la que se refiere a evitar las huelgas de hecho; pretende el estado entrar a un período en que se respete totalmente el ordenamiento jurídico; ustedes recuerdan que en tiempos atrás estuvieron de moda las huelgas de hecho y para evitar esto el nuevo Código de Trabajo concede facilidades para llegar a una huelga de derecho; de acuerdo con el Art. 397 del Código de Trabajo derogado, la huelga o el paro, según el caso, debían tener por objeto la celebración o revisión de los contratos o convenciones colectivas de trabajo; en cambio, de acuerdo con el Art. 528 del Código vigente, ese derecho se ha extendido un poco más; al efecto, dice: "Las huelgas que reconoce este Código, para efectos laborales, únicamente serán aquellas que tengan cualquiera de las siguientes finalidades: 1) La celebración o revisión del contrato colectivo; 2) La celebración o revisión de la convención colectiva de trabajo; y 3) La defensa de los intereses profesionales comunes de los trabajadores"; es decir, la huelga ya no se da únicamente para el caso de que el patrono se niegue a la celebración de un contrato o una convención colectiva de trabajo, sino también en aquellos casos en que esté violando intereses profesionales comunes de los trabajadores.

El problema que se daba anteriormente era que muchas veces los trabajadores veían amenazados sus intereses comunes, incluso podían ver amenazada la vida del propio sindicato y sin embargo no podían hacer nada, no podían plantear una huelga debido a que no se estaba en presencia de la celebración o revisión de un contrato o convención colectivos de trabajo; en cambio, ahora, cuando se está en presencia de la celebración o revisión del contrato o de la convención colectiva o de una interferencia de los intereses profesionales comunes de los trabajadores sí se puede hacer perfectamente un planteamiento de huelga.

Estos cuatro lineamientos de Política que he señalado, como antes decía, no son los únicos que pueden encontrarse dentro del Código de Trabajo, pero a mi manera de ver son los más importantes e indudablemente, tienden a mejorar la situación social y económica de los trabajadores. Ahora bien, podría ser que en un momento determinado se logre cumplir con las políticas que se han fijado en el Código de Trabajo, podría ser que en base a las políticas de este nuevo Código se llegue a mejorar económicamente a los trabajadores mediante el estricto cumplimiento de los incrementos de prestaciones que establece; que se llegue a disminuir la tasa de desocupación, tal como lo plantea el Código; que lleguen a equipararse las distintas categorías de trabajadores y que se entre en una etapa propia de juri-

dicidad, al no estallar huelgas de hecho. Al cumplirse todo esto en un momento determinado, no quiere decir que se hayan satisfecho totalmente los intereses sociales y económicos de los trabajadores; podría ser, que a pesar de que estas políticas que se reflejan en el Código de Trabajo, se llevan totalmente a la práctica, no se logren satisfacer plenamente las aspiraciones de los trabajadores en el orden material, moral y espiritual.

Podría suceder que a pesar de que se ha desarrollado todo este programa (un Código de Trabajo, es un programa en este sentido de política laboral) no se hayan satisfecho plenamente las aspiraciones de los trabajadores, entonces ¿qué tendría que hacer el Estado en este caso? Lo que tendría que hacer es redactar un nuevo programa, un nuevo Código de Trabajo, indudablemente con otra inspiración, que satisfaga en todos los órdenes los intereses sociales y económicos de los trabajadores y de su familia.

MUCHAS GRACIAS.

CATEGORIAS ESPECIALES DE TRABAJADORES: ALTOS EMPLEADOS (*)

Por Dr. JORGE E. TENORIO •

El tema de este día trata de las categorías especiales de los trabajadores; dentro de éstas los altos empleados vienen a ser una de esas categorías o clases especiales de trabajadores; para iniciarlo he creído conveniente hacer un recordatorio breve de la característica fundamental, de acuerdo a la doctrina del Derecho de Trabajo y a la legislación laboral nuestra, de la relación laboral, característica fundamental que es la dependencia, la que nos permite y ha venido permitiendo incluir dentro de la legislación laboral, dentro de las normas del Derecho de Trabajo, a nuevos contingentes, a nuevas categorías de trabajadores, siempre que la misma concurra en la relación que vincula a éstos con sus empleadores.

En primer lugar, me gustaría hablar en términos generales de los sujetos del Derecho del Trabajo, para después ir entrando en las distintas categorías, no en todas, desde luego, sino en las que me han parecido más interesantes o de mayor trascendencia, como son por ejemplo: los agentes de comercio, los trabajadores a domicilio, que tienen, sobre todo en situaciones concretas, una naturaleza jurídica controvertible en cuanto a si el estatuto laboral se les aplica, o si la relación que los vincula es una relación jurídica laboral, mercantil, civil o de otra naturaleza. En cuanto a los sujetos del Derecho del Trabajo hay gran variedad de criterios: en el Derecho Individual el sujeto típico, el núcleo en el Derecho Individual del Trabajo, incluso es el que ha motivado la aparición de esta rama del derecho, es el trabajador dependiente. El calificativo de dependiente se puede excluir del léxico laboral, pero sin embargo algunos autores como el doctor Krotoschin de Argentina, lo menciona siempre para diferenciarlo de los trabajadores libres, o sea los no sujetos a relaciones laborales. En el Derecho Individual del Trabajo, los sujetos son indiscutiblemente los trabajadores y el patrono; el patrono, desde luego, es un sujeto porque si no, no tendríamos una relación jurídica. En el Derecho Colectivo son las asociaciones profesionales, las de trabajadores y las de patronos; en cuanto a otras personas que intervienen más bien en la aplicación de las normas laborales o en el control de esa aplicación o en la fiscalización, no se les estima sujetos del Derecho del Trabajo, tal es el caso de los funcionarios públicos, tanto del orden administrativo como del orden judicial, que no forman parte de ninguna relación laboral; a ellos los vincula

* Conferencia pronunciada el día 26 de junio de 1973, en el Seminario sobre Código de Trabajo celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

• Abogado. Profesor de Derecho Mercantil de la misma Facultad.

con su empleador, que vendría a ser el Estado, una relación de Derecho Público; no hay una relación contractual que dé origen a una relación laboral, lo que hay es una relación de Derecho Público, de subordinación, en la que el funcionario y el empleado tanto administrativo como judicial, vienen a ser la parte más débil que se une al servicio público en virtud de una relación distinta a la del contrato individual de trabajo; sin embargo, son los encargados de la aplicación, de la vigilancia de las leyes laborales y en ese sentido, aun cuando pertenecen al campo administrativo del derecho, tienen importancia y relevancia para el Derecho del Trabajo.

En cuanto a las características fundamentales de las relaciones de trabajo, a las notas que deben concurrir para que a una persona se le estime sujeto de una relación de trabajo y estoy hablando nada más del Derecho Individual, la doctrina coincide en que la característica fundamental y nuestra ley también la considera así en algunas disposiciones, es la dependencia o la subordinación, hay otros criterios para distinguir al trabajador como sería la circunstancia de pertenecer a una cierta clase social, a la clase "trabajadora" que de hecho es también un criterio sociológico, extrajurídico, muy difícil de precisar en nuestros días; por ejemplo, los altos empleados no podrían ser sujetos de la relación laboral de acuerdo a ese criterio, si a priori dijéramos que la pertenencia a esa clase es una característica fundamental. Sin embargo, puede en algunos casos, la circunstancia de que alguien pertenezca a esa clase económica determinada, como es la clase trabajadora, ayudarnos a esclarecer situaciones; por ejemplo, el caso de los trabajadores a domicilio, el caso de algunos agentes de comercio en que el hecho de que pertenecen a esa clase social es un elemento más que nos lleva a concluir que la relación que los vincula con la empresa o con el patrono, es una relación sujeta al estatuto laboral.

En cuanto a la dependencia como característica fundamental, los autores a estas alturas, tienen sus dificultades para definirla o precizarla, la conciben más bien como una dependencia de carácter jurídico; cuando decimos dependencia de carácter jurídico, de inmediato se nos viene a la mente que también en relaciones de índole civil provenientes del derecho de las obligaciones hay una dependencia de carácter jurídico, el arrendatario con relación a su arrendador y viceversa tiene, cierta dependencia jurídica y así en todos los contratos hay cierta dependencia jurídica, pero no es esa dependencia jurídica a la que se viene a referir el Derecho del Trabajo; el Derecho del Trabajo alude más concretamente a ese poder de mando o a esa posibilidad de ejercer el poder de mando del patrono con relación a su trabajador, ése es el punto fundamental; ahora bien, la dependencia económica es otra faceta, otro aspecto de la dependencia.

La dependencia económica como elemento característico y fundamental de las relaciones de trabajo, también tiene importancia, pero esto de la dependencia económica se ha concebido con la otra idea, la de "clases", de clase económica, elemento, de clase trabajadora, que precisamente por su carencia de elementos de capital, se les ubica dentro de esa clase, por el hecho de depender esencialmente para vivir de su trabajo, de su energía de trabajo, de su propia actividad.

La dependencia económica puede, en ciertos casos, ayudarnos a decidir o concluir si una persona es o no trabajadora, la dependencia técnica sería otro aspecto, otra faceta de la característica, pero se la considera como un factor casi nunca determinante, porque hay muchos trabajadores, por ejemplo los profesionales sujetos a un contrato de trabajo o los técnicos o los obreros altamente calificados, que deben

tener una gran autonomía técnica; principiando por esto: porque por la especialización de sus conocimientos científicos, tienden, en realidad, a saber más que su propio empleador de la materia concreta objeto de sus actividades; sería ilógico entonces pretender que el patrono, el empleador, el empresario, sujeten en cuanto a lo técnico a esta categoría de trabajadores; sólo nos queda entonces la dependencia jurídica como la fundamental, y la económica que en ciertos casos nos ayuda, coadyuva, a determinar si una persona es o no trabajadora.

La dependencia jurídica se manifiesta principalmente en esa posibilidad de poder mandar, ordenar, dirigir, coordinar la actividad del sujeto trabajador, radica principalmente en eso, incluso existen autores que la conceptúan más o menos en estos términos: la dependencia es una limitación a la voluntad del trabajador dispuesta por su propio criterio, con miras al mejor rendimiento y al beneficio de la empresa.

La dependencia, como dependencia jurídica, es el factor fundamental o la característica fundamental para conceptuar el sujeto trabajador y para definir a la relación laboral. Podemos ya entrar, a analizar, ciertas categorías de trabajadores par ver si encajan en ella, para ver si en realidad estas personas o estas categorías, están en situación de verdadera dependencia con relación a sus empleadores. En primer término, voy a hacer un pequeño análisis y voy a procurar relacionar en eso a nuestro nuevo Código de Comercio, especialmente en lo que toca a los agentes de comercio o más bien, a los auxiliares de los comerciantes que regula ese Código, ese cuerpo de leyes.

En cuanto a los agentes de comercio ha habido gran discusión en la doctrina y por eso mucha timidez en la legislación para incluirlos como sujetos en una relación laboral; sin embargo, aquí en El Salvador y en algunos otros países con mayor frecuencia, ha ocurrido que ciertos patronos, ciertos empleadores, ciertos empresarios, han estado recurriendo a esas figuras del agente, del auxiliar de comercio, para poder evadir los beneficios, los beneficios de la legislación laboral, o negarle a esa categoría de trabajadores los beneficios de la legislación laboral y en consecuencia, eliminar para las empresas esas cargas económicas que representan los beneficios previstos por la legislación laboral y por la previsión y seguridad social; incluso en el nuevo Código de Trabajo, en el Artículo 17, en su inciso tercero, para precisar, regula el caso de "simulación" para eliminar todos los subterfugios que venían ocurriendo; no sólo aquí, sino con mayor frecuencia en México y en ciertos países de Sudamérica y Europa, se han utilizado subterfugios, simulaciones, para excluir a estas categorías de trabajadores de la aplicación del estatuto laboral, de las reglamentaciones propias de la legislación laboral y de la seguridad social.

El Artículo 17 inciso tercero del Código de Trabajo, nos habla de ciertas formas de contratación que se han venido utilizando precisamente para destruir la figura del trabajador o para hacer aparecer ciertos trabajadores como que no son tales sino contratantes del orden civil con relación al empresario; dice así la disposición: "No pierde su naturaleza el contrato de trabajo aunque se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, como los de sociedad, arrendamiento de talleres, vehículos, secciones o dependencias de una empresa, u otros contratos innominados y, en consecuencia, les son aplicables a todos ellos las normas de este Código, siempre que una de las partes tenga la característica de trabajador. En tales casos la participación pecuniaria que éste reciba es salario; y si esa participación no se pudiere

determinar se aplicarán las reglas del Artículo 415". En cuanto a estas simulaciones es propio del Derecho del Trabajo atender más a la realidad, a la objetividad, que al aspecto formal-jurídico, es decir, el valor de las palabras, el valor de lo escrito, cede completamente en el Derecho del Trabajo ante el valor de la realidad y en eso es donde entra en juego la dependencia jurídica sin desestimar a la dependencia económica, sobre todo en estos casos de simulación la dependencia económica tiene o puede tener incluso más importancia; vamos a ver algunos de ellos que los relacionaremos principalmente dentro de los auxiliares de comercio, vamos a recordar, más bien les voy a exponer algunos casos de mi propia experiencia que he tenido oportunidad de observar, de la forma a que recurren ciertos patronos para evitar o excluir la posibilidad de la aplicación de estos estatutos imperativos por naturaleza. Nuestro Código de Comercio divide a los auxiliares de comercio en tres clases: factores, dependientes y los agentes de comercio; dentro de los agentes de comercio hay otra sub-división: a) los agentes dependientes, los cuales de acuerdo al Artículo 384 de dicho Código están sujetos a relación laboral; b) los agentes representantes o distribuidores y, c) los agentes intermediarios.

A priori podemos eliminar dos categorías de estas cinco en las que no hay relación laboral por disposición expresa de la ley y porque la realidad los suele eliminar, lo cual no quiere decir que si en un caso concreto a alguien se le hiciera aparecer como representante por ejemplo, que es un auxiliar del comercio autónomo, y la verdad es que se trata de un dependiente en el sentido del Derecho Laboral, podría en un caso concreto aplicársele el estatuto laboral y desestimar, con base en lo prescrito por el Artículo 17 del Código de Trabajo, el subterfugio o artificio a que ha recurrido el patrono que pretendía evadir la legislación del trabajo. En cuanto al factor, para comenzar en orden, factor viene a ser la persona que dirige una empresa o un establecimiento de la misma y que por lo general posee facultades de representación total de la empresa (la que se le puede otorgar a un factor como lo señala el Artículo 366 y siguientes del Código de Comercio); hay ciertas formalidades de carácter mercantil a las que no vamos a aludir, la forma de constituir el factor, etc., sino a la esencia de las labores que desempeña el factor. El factor, dentro de los altos empleados, podría ser el caso típico del alto empleado, pues el factor tanto en el caso en que no se le da autonomía total, completa en su trabajo, o aun cuando tenga una actividad bastante libre en cuanto a la dirección del establecimiento, negocio o empresa cuyo manejo se le ha conferido, está vinculado con el patrono o con la empresa, por un contrato de trabajo; lo que el factor persigue es indiscutiblemente un salario; sin duda pueden haber circunstancias que produzcan confusión; tendríamos que verlo o confrontarlo con la realidad para ver si en algunos casos puede no existir una relación laboral; en términos generales, el factor es un empleado, un trabajador, aun cuando tenga esa gran autonomía en su actividad y aun cuando precisamente se le contrata para dirigir las labores de la empresa, pero lo hace por cuenta y a nombre del empresario.

En cuanto a los dependientes, que es otra categoría de auxiliares del comerciante, es obvia la relación laboral que los vincula, es más, el Código de Comercio empleó la palabra dependiente, ya con cierta intención, porque se había venido discutiendo o cuestionando su naturaleza jurídica, la confusión se originaba porque también el dependiente tiene ciertas facultades de representación en cuanto se refiere al propio empleador y cuando está dentro del establecimiento; incluso y eso lo podemos ver en un sector de nuestro comercio, el dependiente tiene a veces facultades hasta para rebajar los precios que tiene la mercadería, lo cual pareciera in-

volucrar la idea de que su mandato, si le podemos llamar mandato, tiene o goza de facultades bastante amplias y lo hace aparecer como un trabajador con alguna autonomía en esos aspectos, pero la misma ley se encargó de evitar toda discusión posible y le llamó dependiente. En cuanto a los agentes de comercio, que es donde más problemas se han planteado, aquí con una gran intensidad y en otros países también con gran intensidad, en cuanto a los agentes de comercio podemos recordar los casos de los agentes de seguros, que incluso, en El Salvador, han suscitado un problema; los agentes de seguros por una parte queriendo que se les aplique el estatuto legal que realmente les corresponde, y por otra, las compañías de seguros, algunas al menos, queriendo hacer aparecer, utilizando contratos de naturaleza mercantil en cuanto a su texto, negados en la realidad por medio de cierta dependencia que se vislumbra a pesar de la simulación dicha.

En algunos casos, por ejemplo, se recurre a esta argumentación: si el agente de seguros puede vender seguros para dos o tres compañías o para todas las compañías que operan en el comercio salvadoreño, no puede entonces estar "dependiendo" laboralmente de ninguna.

La verdad es que pudiera ser que en un caso fuera un "corredor", un representante o un agente independiente y que pudieran no existir varias relaciones laborales y pudiera ser que en otro, coexistan relaciones de distinta naturaleza o situaciones de pluri-salarios; el agente de seguros, a semejanza de lo que eran los corredores, puede ser también una persona que opera libremente en el comercio, en materia mercantil, como los corredores, de hecho operan algunos que no son de acuerdo al Derecho Laboral, que operan a gestión libre y a quienes no los vincula relación laboral alguna pero en algunos de los casos, la verdad, es que hay una relación laboral y que la dependencia económica es en esos casos fundamental, dependen prácticamente de los seguros que venden de la empresa aseguradora tal y en el ejercicio de su trabajo obedecen las directivas, las instrucciones, las circulares de la misma, y si ellos no tienen horario es porque su trabajo no se presta a un horario fijo, porque trabajan fuera de la oficina, pero la realidad es que sí tienen la obligación de informar periódicamente, de reportar la clientela nueva que adquieren y nunca usan facturas propias, por sí mismos, usan talonarios de la empresa, papeles membretados de la empresa; en fin, las relaciones de dependencia, si bien en cuanto al aspecto jurídico aparecen como atenuadas, sí existen y se manifiestan en esos detalles; esas figuras del agente de seguros las traigo a cuento porque ha sido uno de los casos de mayor ocurrencia en nuestro medio, también existen otras formas de contratación y otras formas de agentes: los agentes vendedores, los viajeros a quienes se les ha querido hacer aparecer como sujetos que trabajan a gestión libre o incluso en ocasiones como verdaderas empresas, porque en Derecho Mercantil la empresa no requiere más personal que su propio titular para ser tal. Podemos imaginar en Derecho Mercantil una empresa en la que sólo sea el empresario el elemento humano pero la misma sólo es concebible en el Derecho Mercantil y así es de acuerdo a nuestro Código de Comercio y a la moderna doctrina del Derecho Mercantil el concepto de empresa; en el Derecho Laboral, desde luego, no podría ser posible concebir una empresa unipersonal, en la que sólo hubiera una persona, su titular, desde luego, porque entonces no podría ser posible plantearse o producirse ninguna relación de trabajo, pero el Derecho Mercantil, sí lo acepta en estos días. Nuestro Código está completamente de acuerdo que una persona que anda vendiendo mercaderías por las calles, sin ningún auxiliar, al igual que una distribuidora grande, constituyen empresas en sentido jurídico mercantil, por cuanto concurren en am-

En los casos los elementos esenciales de esa cosa mercantil que es la empresa. Volviendo a los agentes, ya definiendo las tres categorías que trae nuestro Código de Comercio, la primera, claramente lo dice el Código de Comercio, que el agente dependiente está en situación de subordinación y los somete para demostrar más la relación laboral o mejor dicho para dar mayores elementos de juicio, para concluir que sí tienen relación laboral con relación a su principal, a ciertas normas típicas de la relación de trabajo; por ejemplo, el agente dependiente suele estar sujeto a exclusividades en cuanto al desempeño de sus funciones y eso es una característica de la relación laboral aun cuando no sea la determinante.

El Artículo 384 del Código de Comercio conceptúa al agente dependiente, así: "Es agente dependiente la persona encargada de promover, en determinada plaza o región, negocio por cuenta de un principal, con domicilio en la República o en el extranjero, y de transmitirle las propuestas para su aceptación. El agente dependiente está subordinado al principal". Yo me atrevería a decir que el 90% de los agentes de comercio, por lo menos, son agentes dependientes. La verdad es que en la medida en que el empresario puede disminuir los costos por el pago de algunos de sus trabajadores y a veces de muchos trabajadores, porque por ejemplo en un negocio de distribución se opera mucho a través de agentes, es para el empresario un buen negocio, un buen "ahorro", el tratar de desvirtuar en la medida de lo posible la relación laboral y de introducir a sus trabajadores, a algunos de ellos, en la categoría de agentes de comercio no subordinados. El agente dependiente es quizás el típico agente de comercio, subordinado de su principal. En la misma legislación mercantil se puede ver, en el Artículo 386 del Código de Comercio, cuando sujeta al agente dependiente a exclusividad, dice el Artículo 386: "Salvo pacto en contrario, ningún principal puede utilizar los servicios, en la misma plaza o en la misma región para un mismo ramo del comercio, de agente diverso de aquél con quien tenga ya contrato en vigor, que se considerará exclusivo. Tampoco puede ningún agente asumir el encargo de promover o tratar asuntos de otros principales". Sin embargo, la mayoría de las veces se trata de hacer aparecer al agente dependiente como si fuera, digamos, un comisionista mercantil, intermediario independiente en el nuevo Código de Comercio, con carácter de mandatario sin representación.

La verdad entonces, es que el agente dependiente sería otra categoría más que la podemos incluir válidamente, sin mayores esfuerzos, dentro del Derecho del Trabajo, aun cuando se le regule en el Código de Comercio, porque simplemente le convienen algunas ventajas de éste y se adapta en lo "externo" de su actividad a las regulaciones mercantiles, pero en la relación que lo vincula con su principal, hallamos siempre que el binomio agente dependiente-principal, coincide con el de trabajador-patrono.

Los demás agentes, la agencia-representación que acaba de ser modificada y vuelta a poner en vigencia una pequeña ley que estuvo rigiendo antes del Código de Comercio, es decir a incluirlo dentro de éste. La agencia-representación choca con la nueva idea de trabajadores y nos hace pensar en que no existe subordinación desde un inicio; el Código de Comercio nos dice del agente representante o distribuidor, desde el inicio, que puede ser una persona natural o una persona jurídica; más bien, la agencia-representación constituye una verdadera empresa, el agente representante es un verdadero empresario que se dedica a distribuir en una plaza determinada los productos que le remite otro comerciante, pero no hay ningún vínculo laboral de acuerdo a la ley, por escrito al menos. En la realidad podría ser

que un agente representante, persona natural, sea más bien un agente dependiente que realiza labores similares como serían las de promover los negocios del principal en una plaza determinada, pero al agente representante, de acuerdo a la legislación y si se dan todos los requisitos que el Código de Comercio señala para que exista una agencia-representación o distribución, le vincula o liga con su principal una relación de carácter mercantil, esa es la clase de relación que lo vincula con su principal y no hay relación laboral; si principal y agente fueran dos personas jurídicas, no hay ningún problema, ya que de acuerdo a nuestras leyes el trabajador (en sentido laboral) sólo puede ser persona física, no jurídica, ya que no existe en nuestro medio el contrato de equipo.

En cuanto al agente intermediario, podemos decir que es una figura harto conocida en el comercio nuestro y en el comercio de todos los países; es una persona que ocasionalmente realiza labores de intermediación en el tráfico mercantil, no suele tener una relación permanente con una empresa determinada, puede también ser una persona jurídica lo que excluye desde luego el concepto de trabajador; no podemos hacerlo encajar en él al agente intermediario, porque no se vislumbra una relación laboral.

Entonces recapitulando, de los auxiliares de los comerciantes podríamos incluir como verdaderos trabajadores sujetos al Código de Trabajo y sujetos a la legislación de previsión y de Seguridad Social a los factores, a los dependientes y dentro de éstos a los dependientes viajeros, a los agentes de comercio, llamados agentes dependientes y en general, a los demás auxiliares de comercio que obviamente se encuentran en relación de subordinación o de dependencia, con relación a su principal, independiente del nombre que se les dé a esos auxiliares.

No habría relación de trabajo en los casos en que una empresa, mejor dicho una sociedad, es la agente representante de otra, en ese caso ni siquiera podría plantearse una discusión; pero en cuanto a personas naturales habría que ver, analizar si el agente representante o el agente intermediario actúan a gestión libre, y en el caso del agente representante sería necesario determinar si constituye una negociación independiente para concluir que no es un trabajador sujeto al estatuto laboral.

Eso en cuanto a los agentes de comercio; en cuanto al problema que se plantea de que una persona celebre, formalmente hablando, un contrato, por ejemplo, de agencia-representación, baste decir que el principio de la autonomía de la voluntad está muy limitado en nuestros días, realmente está en crisis en el derecho mundial, y aun en los Estados como el nuestro en que se mantiene, aunque con limitaciones, en el Derecho Privado; en el Derecho de Trabajo no tiene francamente cabida. La aplicación que puede tener en el Derecho Civil no puede tenerla en el laboral, sería francamente volver en la historia del Derecho de los trabajadores a épocas superadas. Sin embargo, dentro del campo del Derecho ha prestado y seguirá prestando, valiosos aportes ese principio.

En ese sentido podemos concluir que la suscripción de un contrato de agencia-representación, que en la realidad de las cosas no tiene ningún aspecto jurídico mercantil, no impide que las autoridades laborales en cualquier momento, y ya lo han hecho en este país, puedan obligar a los empleadores, por así decirlo de esos agentes representantes, los afilien al régimen del seguro social, les permitan en casos deter-

minados, constituir sindicatos o los tengan que indemnizar en caso de una ruptura sin causa justificada del vínculo laboral; eso ya se ha dado en El Salvador y por lo menos en el caso de la esfera administrativa, he tenido la oportunidad de verlo concretamente.

En cuanto a otras formas mercantiles que tal vez valdría la pena citar, en los contratos mercantiles dentro del mandato, encontramos un contrato que se llama de "comisión mercantil", que ya existía antiguamente pero que no se le había dado relevancia en nuestro medio, o más bien se le confunde porque se le quiere llamar consignatario al comisionista mercantil; el consignatario realmente es un comprador condicional y el comisionista mercantil es lo que antes se llamaba consignatario; la persona que recibe productos de un comerciante para venderlos en nombre propio o al concluir el plazo estipulado, para el cual se le han entregado esos productos, entregar su precio o devolver esos mismos productos, ése es el comisionista mercantil, es un mandatario sin representación lo que no puede ir contra la noción de mandato porque el mandato en sus orígenes no es representativo, aun cuando ahora ha venido evolucionando y casi siempre uno lo piensa o lo concibe como un contrato que conlleva representación; la comisión mercantil, es un mandato sin representación para ejecutar actos de comercio en nombre propio pero por cuenta de un principal y la forma típica es la de el "consignatario", término que en lenguaje legal resulta inadecuado.

Recuerdo un caso en que un patrono recurrió a la venta en consignación, él pretendió realmente recurrir a la comisión, pero entonces no estaba regulada la venta en consignación en el Código de Comercio; este patrono les daba a cierto número de trabajadores en consignación la mercadería, se las entregaba a las 7 de la mañana y éstos tenían la obligación de entregar lo no vendido al término de la jornada más el precio de lo que habían vendido. Recurrió él al subterfugio de vender a los trabajadores los productos, más bien podía ser una venta en consignación, y éstos firmaban o pagaban una cantidad y tenían la factura y guardaba el patrono la copia de que había vendido unos productos a fulano de tal; al llegar la tarde devolvían lo que no vendían al público más el dinero de lo vendido y de allí este señor hacía una especie de liquidación o estimación y les entregaba una cantidad que era el "salario" que por supuesto en ese caso no se llamaba salario, en esa situación se prestaban fácilmente los trabajadores al ardid patronal por su precaria situación económica, pero no se hacía venta en consignación, ninguna comisión mercantil existía, ninguna forma de contratación mercantil concurría, simplemente el patrono "simulador" obraba así porque pretendía eliminar de sus cálculos, de sus costos, las cotizaciones del seguro social y las prestaciones laborales.

Hay tantas experiencias en el medio nuestro en que la autonomía de la voluntad ha venido, por desgracia, sirviendo para encubrir o disfrazar realidades; recuerdo los casos de vendedores de libros y de otros productos a quienes se les hacía firmar un contrato de agentes de comercio independientes y en que se estipulaba una cláusula en que decía que ese contrato se regiría por las prescripciones del Código de Comercio, por los usos y costumbres mercantiles, en lo que no estuviere estipulado en el mismo contrato pero también se logró establecer por medio de los mismos trabajadores y otras circunstancias y pruebas, que se trataba realmente de un contrato de trabajo.

Eso en cuanto a la concepción que hay sobre la autonomía de la voluntad, que si bien está consagrada como un principio constitucional no puede entrar en colisión con otro de la misma jerarquía como es el de la protección al trabajo subordinado; en cuanto a la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador no podrían los trabajadores estar renunciando a sus derechos o estar sujetándose a estatutos, que no les corresponden porque no coinciden con la esencia del vínculo que los liga con la empresa.

Vamos a pasar a otra categoría de trabajadores, se trata de los trabajadores a domicilio cuya naturaleza de trabajadores dependientes se cuestiona; incluso en la parte del asueto del nuevo Código de Trabajo se les elimina, es una repetición del Código anterior, se les elimina del asueto remunerado; el Art. 195 del nuevo Código dice que quedan excluidos de lo dispuesto en ese capítulo los trabajadores a domicilio; sin embargo, a los trabajadores a domicilio, la legislación nuestra y todas las demás legislaciones que pueda llamárseles modernas en materia laboral los han incluido y conceptualizado como verdaderos trabajadores, sujetos de relaciones laborales.

¿Cuáles son las razones que ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que no se trata de un verdadero trabajador? En realidad, el trabajo a domicilio se desenvuelve en actividades mecánicas y más como una actividad libre alejada de la idea de subordinación invivita en todas las categorías de trabajadores. La sola circunstancia de que el trabajador a domicilio está fuera de la vigilancia inmediata de su patrono y está desarrollando su actividad en su casa de habitación, lleva a concluir a algunos que ya no existe la subordinación que es el elemento característico de la relación de trabajo, por otra parte, el trabajador a domicilio, como consecuencia de estar fuera del poder de mando, del poder de vigilancia del patrono, es libre o no tiene por qué sujetarse a horario, jornadas de trabajo, ni tiene por qué imponerse a sí mismo disciplina; ahora bien, eso es más aparente que real, de allí la importancia de la dependencia económica, si en un caso la dependencia económica es determinante para llevarnos a la conclusión de que ese sujeto es un verdadero trabajador dependiente, es el caso de los trabajadores a domicilio; ningún trabajador ha tenido en la historia una dependencia económica mayor hacia el empresario que el trabajador a domicilio; piénsese la forma en que se le paga y además no ha gozado de las ventajas de la modernización de los centros de trabajo, ha vivido en condiciones inferiores a las del trabajador que siempre presta sus labores en su centro de trabajo, siempre el mismo código nuestro, cuando lo conceptualiza, presupone como elemento básico del trabajador a domicilio el hecho de que presta sus servicios fuera del centro de trabajo, que lo hace o desarrolla con materias primas proporcionadas en todo o en parte por su empleador; la verdad es que fuera del centro de trabajo puede el trabajador a domicilio desarrollar su actividad sin dejar de ser tal, pues hay infinidad de categorías de trabajadores en los que no se discute o cuestiona que son verdaderos trabajadores y que desarrollan sus actividades fuera del centro de trabajo, un cobrador desarrolla sus actividades fuera del centro de trabajo, los agentes de comercio, por ejemplo, los agentes de seguros, los agentes viajeros, desarrollan sus actividades fuera del centro de trabajo, en fin existen infinidad de categorías que trabajan fuera del centro de trabajo, no sólo éstos, hay otros más que podrían traerse a cuenta que también trabajan fuera de la empresa, o sea que esa circunstancia no puede ser influyente o decisiva para determinar en el caso del trabajador a domicilio que no hay una verdadera relación de trabajo.

El concepto que nuestro código asienta del trabajador a domicilio ha sido sometido a duras críticas por algunos autores del Derecho del Trabajo; la parte relativa a que el patrono suministre la materia prima, por ejemplo, porque podría ser que no la suministrara y sin embargo el trabajador a domicilio estaría siempre dependiendo de su comprador o empleador, al menos dependiendo en lo económico; la verdad es que el problema no radica tanto en que el que trabaja desarrolle sus actividades fuera del centro de trabajo o que las materias primas sean o no sean proporcionadas por el empleador, lo que además está previsto o calificado como simulación en el 3er. inciso del Art. 71 del Código de Trabajo para evitar injusticias, sino que el trabajador a domicilio no está vendiendo sus productos sino que está “vendiendo”, con la salvedad que entraña este término, pura energía de trabajo; ésa es la verdad, él no determina el precio del artículo, el trabajador a domicilio no tiene ninguna influencia en el mercado de precios para poder establecer los precios de las mercaderías, eso lo establecen otras fuerzas económicas muy distintas al trabajador a domicilio, el trabajador a domicilio, pues, lo que está “vendiendo” o “dando a su empleador”, es simple y sencillamente su energía de trabajo, aun cuando lo anterior repugne al confrontarlo con la idea de que el trabajo no es un artículo de comercio, como bien lo asienta nuestra Ley Fundamental.

En cuanto al trabajador a domicilio, tal vez, se podrían plantear problemas referentes a las prestaciones, pues así como no goza de los días de asueto remunerados, ¿en qué situación estará en relación con las demás prestaciones?

A mi juicio no es razón suficiente, por ejemplo, para excluirlo de las vacaciones; sin embargo podría plantearse la dificultad en el cálculo de la remuneración, por ese concepto; a pesar de ello nuestro código ya vincula al trabajador a domicilio con el Régimen de Salario Mínimo, el salario mínimo se aplica a los trabajadores a domicilio puesto que no cabe duda que son verdaderos trabajadores, en cuanto a las vacaciones y el derecho a la prestación después de haber concurrido determinado número de jornadas dentro del año, resulta un tanto difícil concebir cómo el trabajador a domicilio podría probar en un caso concreto su derecho a gozar de esa prestación.

La fórmula podría ser un criterio de proporción, un criterio fundamentado en los salarios que se le han venido pagando durante el año, anterior a la fecha en que pretenda gozarlas, en realidad hay un problema complejo pero no hay una razón de fondo o de esencia para excluirlo de la prestación de vacaciones; el séptimo día o el día de descanso semanal, plantea también la misma dificultad, puesto que si no concurre al centro de trabajo, excepto para entregar los productos que haya elaborado, también está la dificultad de cómo podría determinarse que ha completado su semana laboral.

El aguinaldo, presenta idéntica dificultad, pero a mi juicio también tiene derecho a la prestación aguinaldo; en la práctica no he tenido la oportunidad de verlo porque nunca he tenido contacto con una empresa que opera con trabajadores a domicilio, para ver si ese tipo de prestaciones han podido concedérselos; lo que sí recuerdo es que en el caso de la legislación de seguridad social, como ésta no los excluye de sus estatutos, se les ha afiliado en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, incluso recuerdo un caso de simulación que el Dr. Solano debe recordar también, de un patrono que pretendió que existía un contrato de “cuentas en participación” de determinado número de trabajadores a domicilio, que eran verdade-

ros trabajadores a domicilio y no cuenta-participantes del patrono, quien prefería no ser patrono para evitar el pago de las cotizaciones al régimen del Seguro y las prestaciones laborales.

Con el tema de los **altos empleados** vamos a terminar esta plática, sin embargo, analizaremos brevemente la figura de los aprendices, es otra forma especial de contratación que ha sido sumamente controvertida en la doctrina del Derecho del Trabajo, y que por su inclusión en los distintos estatutos laborales, ha motivado discusiones frecuentes entre los autores y dudas e inquietudes en la mente, sobre todo, de los que tienen que interpretar las normas legales; en cuanto a su naturaleza jurídica hay distintas tendencias u opiniones pero en la actualidad se les considera como sujetos del Derecho del Trabajo, con peculiaridades. La opinión predominante es que el contrato de aprendizaje es un verdadero contrato de trabajo; la legislación nacional así lo consideró e incluso lo regula en el título 2º del libro 1º del Código de Trabajo, como una de las formas de trabajo sujeto a regímenes especiales.

Muy interesante y sugestivo es el régimen de las prestaciones; el aprendiz tiene derecho a una remuneración a la que no se llama salario pero que viene a ser la contraprestación por sus servicios; existe la obligación de darle enseñanza y así lo dice la generalidad de los códigos de trabajo de todo el mundo; también se le aplica el régimen de la seguridad social; son otros argumentos que nos llevan a concluir que se trata de verdaderos trabajadores aunque con peculiaridades, sui generis. En cuanto a las prestaciones sociales distintas al salario, un sector mayoritario es del criterio de que no gozan los aprendices de ellas porque el Artículo 62 del actual código, y el 56 del anterior, limitaba las obligaciones del patrono para con sus aprendices en materia de prestaciones a las que se encierran en el capítulo propio del trabajo del aprendiz; o sea la retribución, la enseñanza, los riesgos profesionales, pero no hay vacaciones, no hay asuetos remunerados, no hay día de descanso semanal, no hay aguinaldo ni ninguna otra prestación.

Eso es en cuanto a los aprendices, que de suyo no tienen mayor interés en nuestro estudio. Sólo hacemos alguna consideración relativa a la obligación de adiestrar personal salvadoreño que impone al técnico extranjero el Art. 68 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo.

Tal vez pueda no tener importancia esto, pero es bueno mencionar que si se impusiera a los técnicos extranjeros realmente, no como está regulado en la actualidad, bajo un control estricto, severo del Ministerio de Trabajo, la obligación de preparar en sus distintas especialidades a obreros salvadoreños en calidad de aprendices y convertirlos así en obreros calificados, se obtendrían magníficos resultados.

Que yo sepa tampoco eso ha sido muy efectivo en nuestro medio y la verdad es que aun cuando existe una obligación general para el técnico extranjero de adiestrar personal salvadoreño no se ha llenado, ni siquiera a medias, la filosofía de esa disposición de la Ley Orgánica, y mucho menos se ha satisfecho la pretensión última de ir sustituyendo al técnico extranjero con elemento nacional, porque la carencia o escasez de personal calificado salvadoreño es lo que ha motivado esa inmigración. No puedo, por ahora, citar casos en que se haya logrado la sustitución que se persigue.

Pasemos entonces a los **altos empleados**, el de los empleados es un tema amplio, sumamente complejo y la verdad, es de muy difícil solución en los pocos minutos que tenemos, y debemos hacer alusión obligada a algunas disposiciones de nuestro código que regulan las mismas categorías.

En el Código de Trabajo nuestro, por ejemplo en el Art. 3, se nos habla del representante del patrono; en el Art. 4 de los intermediarios, posteriormente en materia de despido nos vuelve a hablar de representantes patronales, adelante cuando se habla de la integración de la junta directiva de los sindicatos de trabajadores excluye como miembros de la junta directiva a los representantes patronales y a los empleados de confianza pero en términos de altos empleados la verdad es que no se cita mucho en el código, a menos que se les quiera hacer sinónimo de uno de esos términos que hemos venido mencionando.

La legislación nuestra y vamos a volver después sobre eso, al hablar de los representantes patronales en el Artículo 3, pareciera que está identificando a esos representantes patronales con los altos empleados en algunos aspectos, sin embargo, menciona a los caporales, capataces, supervisores de producción como personas investidas de cierta representación patronal pero que no tienen realmente la categoría de altos empleados para los efectos del Derecho del Trabajo.

Vamos a analizar el término “empleados de confianza”, que emplea nuestra legislación en el Artículo 225 al hablar de las directivas de los sindicatos, dice así: “Para ser miembro de una Junta Directiva se requiere: 5º—No ser empleado de confianza ni representante patronal”; a priori podemos decir que todo alto empleado es empleado de confianza, pero no todo empleado de confianza es alto empleado, ¿por qué? incluso en otros estatutos distintos que rigen relaciones de derecho público, si mal no recuerdo en la Ley de Servicio Civil, hay una disposición que califica como empleado de confianza excluido de la Ley de Servicio Civil o mejor dicho del beneficio principal que es la estabilidad, a los motoristas; la razón es la misma, al motorista se le considera un empleado de confianza, la secretaria es un empleado de confianza, sobre todo la taquígrafa que entra a una sesión de junta directiva en una sociedad anónima, es realmente un empleado de confianza, el que ejecuta labores propias o personales del Presidente de una sociedad es un empleado de confianza y puede no parecerlo, sobre todo si vemos el salario y las prestaciones de que goza; es un empleado situado en una categoría similar a la de los obreros o de los trabajadores de producción y sin embargo es empleado de confianza, es decir empleados de confianza son un gran número de trabajadores de una empresa, pero empleado de confianza en términos generales es aquél que tiene acceso a secretos de la empresa de la más alta jerarquía, porque una secretaria, por ejemplo, tiene posibilidad de conocerlos, un motorista los escucha comúnmente, y eso es una experiencia de la vida, de la realidad, pero relacionando eso con el otro concepto, recalamos que no todo empleado de confianza es un alto empleado, no todo empleado de confianza posee ese algo que viene a ser una característica del alto empleado, una delegación de ese poder de mando del empleador, por muy empleado de confianza que sea una secretaria del Presidente de una sociedad, en la mayoría de los casos, esta secretaria no puede destituir empleados, no puede decirle al jefe del departamento de contabilidad cómo debe de realizar su trabajo, cómo debe de pensar algo, no puede programarle la producción al jefe de producción ni mucho menos imponerle que se fabrique determinado número de artículos de determinada línea o que se dejen de hacer los de otra, no puede presionar o influir en las decisiones del

gerente de una empresa, y sin embargo es empleado de confianza pero obviamente no es un alto empleado.

El representante patronal, tal como está planteado en nuestro código, no coincide con el alto empleado; es más, he llegado a la conclusión de que pueden haber altos empleados que no son representantes patronales, aun cuando en la mayoría de veces, los altos empleados, por el hecho de existir esa posibilidad sobre todo de ejercer un poder de mando semejante al del dueño de una empresa, al del patrón o al empleador, podría casi siempre decirse que también tienen cierta representación patronal, pero hay casos como un asesor en materia jurídica que puede ser y es un alto empleado y el de un asesor en el aspecto financiero de la empresa, pueden no tener ningún poder de mando y sin embargo están dentro de los altos empleados porque por ejemplo, las labores del asesor financiero están incluidas dentro del núcleo de la gestión financiera de la empresa que es en definitiva, decisiva para que la empresa triunfe o decaiga.

Es un alto empleado el asesor financiero, aunque no tiene facultades de representación, porque su actividad es de importancia fundamental para la supervivencia de la empresa.

Hay otra confusión; el Artículo 3, dice que los representantes patronales, en relación con el patrono, están ligados por un contrato de trabajo y menciona por vía de ejemplo como representantes patronales, a los directores, gerentes, administradores, caporales y otras categorías de funcionarios o empleados que ejercen funciones de dirección y de administración en la empresa, establecimiento, etc.

Representante patronal no coincide siempre, no es lo mismo que director de una sociedad anónima, el director de una sociedad anónima no tiene facultades de representación por ejemplo, en una directiva el 4º vocal o el 5º director o como se le llame, no tienen ninguna representación patronal; a veces lo que tiene o posee es una acción o ninguna y sólo se le incluye en esa directiva porque no alcanzan los accionistas verdaderos, los que sí son propietarios de porcentajes razonables del capital social, para completarla.

El Código de Comercio pide igual número de suplentes que de directores propietarios, que son cinco. ¿Cómo hacer para poner cinco propietarios y cinco suplentes si sólo hay tres accionistas? Lllaman entonces a la secretaria y le dicen: —Usted va a ser Director suplente. Lllaman a otro empleado de confianza: —Usted va a ser Director. Porque no es necesario ni siquiera ser accionistas para ser Director, lo que es lógico, por otra parte. No puede ser ése el concepto de director, me imagino que a lo que se refiere es a directores empleados, en el sentido de gerentes, de administradores inmediatos, de los que ejercen poder de mando real en la empresa, que tienen facultades para contratar trabajadores, para despedirlos, para señalar, ordenar y distribuir el trabajo, para señalar directrices, para dar órdenes y para ver que éstas se ejecuten, a estos directores podrán referirse pero a directores en términos generales no pueden referirse. Es decir, debemos evitar confundir o incluir como representante patronal a todo "director", a todo miembro de la Junta Directiva de Sociedades Anónimas.

El representante patronal del Artículo 3, y sujetándonos a lo que dice nuestro Código está ligado por un contrato de trabajo, pero representantes patronales son

éso que están incluidos en este Artículo y las categorías similares y no siempre van a incluir en ellas a miembros de juntas directivas, a asesores y otras personas, que ejerzan funciones o que incluso no tienen ningún vínculo que pueda calificarse como laboral. En cuanto al intermediario que son las personas que andan contratando, por ejemplo, a los señores que llegan a una plaza pública esperando ser contratados (un sinnúmero de personas), por ejemplo en la época del levantamiento de la cosecha del café, hay algunos intermediarios que contratan en nombre de otro y a veces este intermediario lo que hace es cobrar una comisión sobre unos salarios: ese intermediario puede ser patrono, o trabajador autónomo, no regido por el Código de Trabajo, no es un alto empleado. El contratista, el Código lo asimila a un verdadero patrono y en consecuencia, al contratista no tenemos por qué incluirlo dentro de la categoría: altos empleados.

Ahora bien, en cuanto a los altos empleados, la discusión en doctrina es muy fuerte, algunos autores, por ejemplo, el maestro Mario de la Cueva los niega, no acepta su calidad de trabajadores de la empresa, otros como el Doctor Krotoschin de la Argentina considera que los altos empleados sí tienen un vínculo laboral con la empresa; los altos empleados en otras legislaciones, como la alemana, se les concede un estatuto especial pero sí los considera trabajadores, sólo que recordando aquello que decíamos al principio de la dependencia económica, por no considerarlos incorporados dentro de la clase económica trabajadora les confiere unas reglamentaciones distintas, por ejemplo atenúa los beneficios de la legislación laboral, criterio que a veces ha seguido nuestro Código, por ejemplo en materia de indemnización por despido y en otros aspectos le confiere algo más de lo que se le concede al trabajador común, ordinario, del Derecho del Trabajo, así es en la legislación y en la doctrina alemana, los italianos también han considerado que el alto empleado es un trabajador, pero sujeto a unas reglamentaciones especiales en las que se le confieren mayores prestaciones en algunos sentidos y menores en otros.

Pero es interesante ver por qué algunos juristas de renombre como el maestro de la Cueva, han negado su calidad de trabajador al alto empleado. Incluso dice el maestro de la Cueva, el alto empleado se ve perjudicado con su inclusión en el Derecho del Trabajo, por creerle menores los beneficios que podría obtener, de una relación meramente laboral, en la relación laboral, por ejemplo en la nuestra, la indemnización por despido tiene el famoso límite de 30 colonés por día y novecientos colonés por mes, en una relación de tipo civil un alto empleado que se considera un contratante civil y lo han contratado a plazos y que se rompe la relación antes de que venza el plazo, podría obtener el pago de lo que se le adeuda hasta el vencimiento. El criterio, es un criterio demasiado general, la verdad es que no todos los altos empleados o no todas las personas que existan en situación así son empleados; en eso tiene perfecta razón el maestro de la Cueva y todos los que los eliminan o excluyen de la categoría de trabajadores, pero sí, muchas personas están vinculadas con la empresa por un verdadero contrato de trabajo, y la sola circunstancia de que tengan una prestación mermada en materia de indemnización laboral por despido y por riesgos profesionales, no amerita que se les excluya de ese régimen jurídico, porque eso iría contra el Derecho del Trabajo y porque además, por ejemplo, en el régimen de la Seguridad Social, la solidaridad es la idea fundamental y no gozar de las prestaciones directamente; ahora bien, hay ciertos casos y vale la pena de tenerlos en cuenta, en que sí procede excluirlos del Derecho del Trabajo y considerar que la relación que los vincula será de carácter mercantil o civil, por ejemplo, siguiendo nuestra legislación mercantil, el presidente y los directores o sean los

miembros de una junta directiva de una sociedad anónima, desde luego que no están por esa sola circunstancia vinculados por un contrato de trabajo, pero pudieran estarlo, no como consecuencia de la circunstancia de ser miembros de una junta directiva sino porque coetáneamente a esa participación, a esa calidad de miembro de la junta directiva, se celebra o existe un contrato de trabajo con la sociedad, y ocurre con mucha frecuencia, tanto es así que muchas empresas cuando algún director es simultáneamente empleado y no gerente o factor, lo suelen llamar gerente por usar una palabra genérica, una palabra que no tiene mayor significación jurídica, y no está, según algunos, por ello sujeto al Seguro Social. En conclusión, puede haber un contrato de trabajo a la par de su calidad de director; entonces decía: los miembros de juntas directivas de sociedades anónimas no pueden ser empleados, no tienen vínculo de trabajo, la verdad es que no son altos empleados, por ser directores y ésta es la parte donde hay confusión, asimilan administradores, directores a altos empleados; alto empleado es el que está en la cúspide de la administración pero tiene contrato de trabajo, el director puede no ser empleado, no tener ningún vínculo laboral, puede ser sólo miembro de la junta directiva.

En las sociedades de personas, en las sociedades colectivas, los socios administradores no son empleados, no celebran contrato de trabajo, aun cuando trabajan a tiempo completo, y hay una razón muy importante y muy valedera, es cierto que el socio de sociedad colectiva, de personas en general, normalmente tienen responsabilidades ilimitadas y como tal, está identificado plenamente con la empresa, incluso es la personificación material del patrono sociedad, los socios administradores no tienen un vínculo laboral, no pueden tener un vínculo laboral, no trabajan por cuenta ajena, en la realidad de las cosas están trabajando por cuenta propia a tal grado que soportan el riesgo social con todo su patrimonio, no sólo con su participación en la sociedad.

Al presidente de la sociedad anónima hacen bien en excluirlo, porque es el representante legal de la misma y entonces el patrono persona jurídica es el patrono abstracto, el patrono representante legal es el patrono concreto, es la persona natural donde se materializa esa sociedad.

Algunos términos que tal vez valdría la pena analizar; quiénes podrían ser los ejecutivos: ¿podrían ser los altos empleados?, tal como se le analiza en nuestro medio, en algunas compañías, para estimular a determinados empleados se les llama "el personal ejecutivo", la "planilla ejecutiva", y a la hora de precisar quiénes son los ejecutivos se llega a criterios tan absurdos como un caso curioso que he conocido: los ejecutivos eran los que en la planilla de la empresa aparecían devengando un salario de mil colones o más, por mes, porque no había otra manera de determinarlos o definirlos; incluso cuando se organiza una reunión de ejecutivos, se tropieza con el problema de a quiénes invitar, y se dice: a los ejecutivos, ¿y quienes son los ejecutivos?; bueno, no sabemos quiénes son pero pongamos a los que ganan arriba de cierta cantidad; entonces éstos resultaron ser los ejecutivos, entonces ese término no es sinónimo de altos empleados, aun cuando se usa tanto y puede llegar a ser en el futuro, de cierta utilidad en el lenguaje laboral nuestro.

Así con los altos empleados no hay más por ahora que decir, sólo me resta decirles que el Derecho del Trabajo, dado su adelanto, su desarrollo, pretende ser el derecho común en materia de prestación de servicios, y por eso en toda relación

de servicio, en todo trabajo prestado al servicio ajeno, pretende el Derecho del Trabajo atraer hacia su campo de aplicación, a las personas que estén prestando ese servicio ajeno o que están desarrollando ese trabajo al servicio ajeno, sin perjuicio de que esa persona en la realidad pueda estar en otra forma o prestación de servicio libre, que subsisten y seguirán subsistiendo necesariamente; tal es el caso, como el caso de los empleados públicos en nuestro Código de Trabajo, en el caso de las instituciones autónomas, los declaran sujetos de relaciones individuales de trabajo y diez días después de estar en vigencia el Código vino el legislador y eliminó a esos sujetos de la relación laboral de trabajo y los volvió a ubicar donde considera deben estar, conforme al Derecho Administrativo.

COMENTARIOS AL LIBRO TERCERO DEL CODIGO DE TRABAJO(*)

Por el Dr. MARIO ANTONIO SOLANO•

I.—ASPECTOS GENERALES

Como no se puede desligar el estudio de este código, en lo que se refiere al Libro Tercero, con el régimen de Seguridad Social en el país, porque precisamente a eso se refiere, entonces el método que vamos a emplear en esta exposición es el método comparativo entre el régimen de seguridad social previsto en el código, el régimen del Seguro previsto en la Ley de la Materia y en el reglamento de aplicación para el régimen del Seguro Social; de manera que se explicarán ambos aspectos de ese régimen comparativo para que podamos conocer hasta dónde el régimen previsto por el Libro Tercero del Código tiene aplicación práctica en nuestro país. Estas instituciones son prácticamente caducas en el Código de Trabajo y lo mejor sería, que, en futuras reformas, se pensara pasarlas directamente al régimen de seguridad social según vamos a ver en esta explicación.

El Libro Tercero se denomina o lo denomina el Código de Trabajo: "Previsión y Seguridad Social"; pareciera que para el legislador los conceptos son diferentes, que previsión es una cosa y seguridad social es otra. Desde allí comienza el carácter polémico de estas instituciones; la realidad es que previsión y seguridad social, por lo menos hasta donde ha llegado la doctrina, se consideran ser la misma cosa; pero algunas veces se ha querido distinguir entre previsión y seguridad social, considerando de que la previsión social, por un lado, es una actividad del Estado ejercida a través del Poder Ejecutivo, y que la seguridad social, por otra, es la actividad del Estado a través de entes gestores de seguridad social o entes autónomos destinados a cubrir las contingencias a que están expuestos los trabajadores.

Se ha tratado de encontrar esa diferencia entre los dos conceptos: uno, el régimen de revisión atribuyéndolo a una actividad propia del Estado, una actividad ejecutiva destinada a la protección de las grandes masas laborales, y el concepto de seguridad social se destina para entes o instituciones autónomas, gestores de seguridad social, con programas de cobertura de las contingencias a que están expuestos los trabajadores; sin embargo, actualmente, ya no se insiste en esas diferencias y se considera que los términos son sinónimos. El título primero se denomina **Prestaciones Inmediatas a Cargo del Patrono**: Establece las distintas prestaciones que están a cargo del patrono como obligaciones laborales que tiene frente a sus trabajadores. El Capítulo I se refiere a prestaciones por enfermedad; el Capítulo II, a prestaciones por maternidad; el Capítulo III, a ayuda en caso de muerte del tra-

* Conferencia pronunciada durante el Seminario sobre Derecho Laboral y Código de Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Junio-Julio 1973.

• Profesor-Jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia y CC. SS. de la Universidad de El Salvador. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Agrario.

bajador y luego los riesgos profesionales que es la parte más importante del Derecho Industrial.

Para llegar a este campo y llegar a la legislación positiva vigente en El Salvador, ha sido necesario que se hayan sucedido luchas sindicales y sociales, más el pensamiento socialista que ha impregnado la doctrina que el legislador nuestro recoge y traduce en la legislación laboral. No siempre ha sido así, desde luego, hay que buscar algunos antecedentes históricos para saber por qué el legislador nuestro llegó a establecer este régimen de previsión y seguridad social. Si nosotros hacemos un estudio comparado de lo que sucede, de lo que informa este Código de Trabajo y de lo que informa la ley del Seguro Social se verá que en ese aspecto la ventaja de ésta es bastante grande en relación a la de aquél. Su poca practicidad y aplicabilidad lo van volviendo, a medida que pasa el tiempo, en un instrumento de muy poca importancia, excepto en el caso de los trabajadores agrarios que no tienen un régimen dentro del Seguro Social salvadoreño.

Para poder llegar a esta legislación, ya sea a la del régimen del Seguro Social o a la establecida en el Libro Tercero del Código de Trabajo, fue necesario que la humanidad arribara a un estadio cultural, social y económico propicio, en el que grandes grupos de la población trabajadora exigieran algo más que miseria a cambio de su trabajo; esto sucedió cuando en el siglo XVIII se dio lo que sociológicamente se conoce como Revolución Industrial, ubicada en el tiempo aproximadamente entre el siglo XVIII y siglo XIX.

II.—ANTECEDENTES HISTORICOS

Esta localización es correcta y consiste dicha revolución, especialmente, en un cambio de vida de los trabajadores y en la invención y aplicación de la máquina a la industria. Pasó el período en el cual lo más importante fue la agricultura, pero después de esa etapa de primordial importancia viene el desarrollo de la industria con la invención de la máquina y la introducción de herramientas complicadas para la transformación de la materia prima; es decir, que fue necesario que se diera el fenómeno del maquinismo, de introducción de las máquinas a la transformación de la materia prima para que la producción cada vez fuera mayor y, desde luego, a mayor producción, mayor comercialización de los productos; necesariamente, entonces, tuvo que venir un aumento en el empleo de la mano de obra, aumento en el pago de los salarios; esto trajo como consecuencia mayores necesidades de los trabajadores y mayores exigencias de los mismos. Al aumentar la exigencia y demanda de mano de obra, se pudo ver también un éxodo de la población rural hacia las ciudades, observándose una especie de relajación de la servidumbre del campo y como consecuencia de esto, mayor número de trabajadores de las ciudades, lo que trajo como resultado natural un exceso de mano de obra; esto es: mayor número de trabajadores demandando trabajo provocando un estado o crisis de empleo, problemas de tipo social y económico; este exceso de mano de obra, mecanización industrial, mayores riesgos y peligros en la empresa, presión de las masas laborantes dieron como resultado las primeras legislaciones o normas sobre seguridad e higiene industrial, de protección de los trabajadores en su salario, en su salud, en su integridad física.

Otros efectos colaterales que trajo la introducción de la máquina en la industria para la transformación de la materia prima fue el aprovechamiento de la mano de obra de los menores; es decir, del aprovechamiento de la mano de obra infantil, puesto que el pago de salarios a menores de edad siempre es menor, conduciendo a la reducción de los costos en la empresa. Los empleadores dieron más trabajo a los menores de edad y a las mujeres; esto fue otra causa más para que aparecieran otras normas de control y de regulación de las relaciones laborales, estableciéndose las primeras medidas para que los menores no fueran víctimas de la explotación patronal. Precisamente nuestro código, en el Art. 104, consagra un régimen especial para el trabajo de los menores y de las mujeres; dice así: "El trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años debe especialmente ser adecuado a su sexo, edad, estado físico y desarrollo"; y el Art. 105 dice: "Se prohíbe el trabajo de los menores de 18 años y de las mujeres de toda edad en labores peligrosas o insalubres"; ¿de dónde viene esta disposición?, ¿dónde encontramos su antecedente? Precisamente en la Revolución Industrial, dado que la tendencia para reducir los costos era de emplear en lo posible la mano de obra infantil y de las mujeres.

Otro efecto que trajo el establecimiento o surgimiento de la industria a través de la introducción de la máquina y de herramientas complicadas es el régimen del trueque, cuando el empleador tenía la oportunidad de comerciar con el salario del trabajador pagándole por medio de objetos o especies que tenían el mismo valor, o eran equivalentes al salario que debían de pagar a los trabajadores. Al mismo tiempo se acostumbraba, siempre con la misma tendencia de reducir el costo de la producción, a pagar por medio de fichas, de vales o de pagarés. En atención a eso, y evitando o tratando de evitar la repetición de situaciones como ésta, el Art. 120 de nuestro Código consagra una disposición que dice que el salario debe pagarse en moneda de curso legal; y el Art. 30 N° 9 señala como una prohibición a los patronos el pagar los salarios con fichas, vales, cupones, pagarés, o cualquier otro símbolo que ni sea moneda de curso legal. Estas disposiciones también, como las anteriores relativas a los menores, tienen su antecedente histórico en el implantamiento de la nueva era del maquinismo industrial en la cual era característica propia de dicho régimen el pagar en esa forma.

Además de dichos problemas se observó el del ambiente de trabajo; se pudo establecer que, a medida la máquina se hacía más complicada, los trabajadores, con el deseo de obtener mayores salarios, trabajaban más; se observó entonces que el ambiente de trabajo se hacía cada vez más peligroso para los trabajadores; de donde fue necesario dictar las primeras medidas de protección, seguridad e higiene en los establecimientos industriales. Nuestro Código participa de esa tendencia de salvaguardar la integridad de los trabajadores: el Art. 314 señala como obligaciones de los patronos la de adoptar y poner en práctica medidas adecuadas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo para proteger la vida, salud y la integridad corporal de sus trabajadores; especialmente señala cuáles son las condiciones o las causas que el patrono debe tener en cuenta para protegerlos.

¿Dónde encontramos el antecedente de esta disposición? También en los inicios de la Revolución Industrial. Posteriormente se ve, y esto ya en nuestros días, una intervención más directa del Estado, quien ya no se conforma con observar qué es lo que está sucediendo en las distintas empresas con los trabajadores, cuáles son las necesidades de los trabajadores sino que sale adelante a la protección de ellos, creando los regímenes de seguridad social, que, como se anotó al principio,

son los establecidos en el Código de Trabajo, pero adelante se establecen los regímenes de seguridad social (Ley del Seguro Social).

El problema de los sistemas de seguridad social, y esto es una de las críticas que se le hacen, es de que prácticamente son sectarios o clasistas porque solamente cubren a determinada categoría de trabajadores y no a la totalidad de ellos. Sin embargo, la Ley del Seguro Social, en el Art. 3, dice que el régimen de seguro social obligatorio se aplicará a todos los trabajadores que dependan de un patrono; es decir, hay una intención del legislador, del Estado, a cubrir a los trabajadores por las contingencias a que están expuestos como tales; hay una política de seguridad social bien clara en el Art. 3 de dicha ley. Entonces, si esta política está definida en una ley específica, ¿cuál es la política que quiere seguir nuestro legislador? ¿Cuál es la política del Estado? ¿Es la política señalada en la Ley del Seguro Social o es la señalada en el Código de Trabajo? Trataremos de ver hasta dónde una u otra política es la más conveniente y aplicable en nuestro país.

Haciendo un resumen de lo dicho podemos asegurar que la seguridad y la previsión social, cuyos términos se consideran equivalentes aún con algunas diferencias expresadas por algunos autores, son derivaciones históricas de un fenómeno de gran importancia en la vida de los pueblos como es el denominado Revolución Industrial; este fenómeno social y económico consiste principalmente en la introducción de la máquina para la transformación de la materia prima y en la implantación de herramientas complicadas para la transformación de dichas materias.

Este solo hecho que podríamos considerar como una invención de tipo científico tiene sus repercusiones sociales y económicas; en primer lugar resulta que a mayor producción se exige o hay más posibilidad de mano de obra y, en consecuencia, las ciudades absorben mayor número de personas, mayor número de trabajadores —muchos de ellos provenientes del campo—. Por otro lado el régimen capitalista que empieza a florecer, el régimen liberal-individualista que está en su pleno apogeo y que considera que la producción debe hacerse al menor costo posible, da lugar a la perniciosa y cruel tarea de emplear a menores y mujeres en actividades industriales que corresponden a los hombres.

Posteriormente otros efectos que esto tuvo, como ya lo dijimos, es el de mayor concentración de obreros en las fábricas, en las industrias y, desde luego, esto trajo mayores peligros de contagio y de riesgos ocasionados por las máquinas. Fue necesario entonces que se empezaran a dar las primeras leyes, las primeras regulaciones jurídicas para la protección de los trabajadores.

Vamos a suponer que ese marco aquí explicado de una manera bien general es un marco socio-económico suficiente, desde luego que todos tenemos los conocimientos de la historia socio-económica del derecho del trabajo; entonces, con esas indicaciones generales podemos entrar a ver la legislación nacional, en qué estado se encuentra y sus proyecciones y poder hacer, de esta manera, comparaciones entre el régimen del seguro y el régimen previsto en el Código de Trabajo.

Dice el Libro Tercero en el Capítulo I del Título 1º correspondiente a las prestaciones por enfermedad, en el Artículo 307: "En los casos en que se suspende el derecho individual, por enfermedad o accidente común del trabajador, el patrono está obligado a pagarle, mientras dure la enfermedad o restablecimiento de aquél,

una cantidad equivalente al 75% de su salario básico conforme a las categorías y con las limitaciones que a continuación se expresan". Esta disposición señala dos cosas: 1º) En caso de enfermedad el patrono solamente tiene la obligación de pagar cantidades en dinero, es decir, darle a su trabajador prestaciones pecuniarias pero no prestaciones por enfermedad; 2º) Para tener derecho a gozar de esas prestaciones pecuniarias es necesario tener un período de calificación dentro de la empresa, el trabajador debe haber laborado para su patrono no menos de un mes y así sucesivamente; se establecen tres categorías de acuerdo al tiempo que el trabajador tenga de estar al servicio de ese patrón, pero nunca, en cualquier categoría que el trabajador se encuentre, pueden exceder del 75% de su salario durante 60 días las prestaciones que puede reclamar de su patrono.

Eso en cuanto al régimen de enfermedad establecido por el Código de Trabajo. En relación a las prestaciones por enfermedad a que tienen derecho los trabajadores cubiertos por el régimen del Seguro Social, el Art. 48 de esa ley, considerando que lo que el trabajador de inmediato necesita cuando está enfermo son prestaciones médicas, esa clase de prestaciones le otorga; en cambio el Código, con un criterio simplista, señala que la obligación del patrono es pagarle cantidades equivalentes a su salario. El Seguro Social en su Art. 48 no quiere eso, sino que considera que lo primario, lo que está en juego en ese momento es la salud, la incapacidad, la enfermedad del trabajador; y así comienza diciendo: "en caso de enfermedad las personas cubiertas por el Seguro Social —ya vimos que de conformidad con el Art. 3 de la Ley del Seguro Social su régimen es aplicable a los trabajadores, de manera que las personas cubiertas por el seguro son los trabajadores— tendrán derecho, dentro de las limitaciones que establezcan los reglamentos respectivos, a recibir servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, odontológicos, hospitalarios y de laboratorio y los aparatos de prótesis y ortopedia que se juzguen necesarios". Es decir pues, la posición, la política o filosofía del régimen del Seguro Social es, hasta cierto punto, más humana, más moral que la establecida en el Código de Trabajo.

Es ésta la primera diferencia entre las políticas que siguen uno y otro estatuto. Más adelante, en el inciso 3º del mismo Art. 48 se establece que, cuando una enfermedad produzca una incapacidad temporal para el trabajador, los asegurados tendrán además derecho a un subsidio en dinero; o sea que las prestaciones cambian totalmente: por un lado el régimen del Código dando sólo prestaciones de tipo económico, de una manera bien limitada, a personas que pertenecen a determinada categoría; en cambio, en el régimen de seguridad social de nuestro país no encontramos eso sino prestaciones para que el trabajador recobre su salud y subsidios en dinero para que pueda subsidiar las necesidades básicas de su hogar mientras está incapacitado.

El Art. 308 del Código de Trabajo señala que cuando el trabajador sufriera una enfermedad que fuera imputable a culpa o mala conducta, tendrá que devolverle a su patrono las cantidades que éste le hubiere pagado con objeto de subsidio. Esto está bien desde luego, porque si una persona sufre una enfermedad, incapacidad o accidente por su propia culpa o malicia está bien que responda él mismo, no el patrono. Pero sin embargo, aun en este campo, aun en estas circunstancias, sigue siendo todavía la política de seguridad social más amplia; y aun cuando se reconoce que ha habido mala conducta o malicia para adquirir la enfermedad que presenta, en el régimen de seguridad social solamente se le priva de los subsidios y se mantienen las prestaciones por enfermedad. Dirán Ustedes que el patrono no puede

responder por una simple enfermedad del trabajador y que está bien que le pague el salario por un día, pero que no le puede pagar más. En eso estamos de acuerdo. En lo que sí no estoy de acuerdo es en que se siga manteniendo este sistema en perjuicio de muchos trabajadores, teniendo otro régimen de mejor categoría y filosofía con una política mejor orientada.

III.—CAMPO DE APLICACION

¿A quiénes se aplica uno y otro estatuto? ¿A quién se aplica el régimen del Código y a quién el de seguridad social? En principio el Art. 3 de la ley señala que el régimen de seguridad social se va a aplicar “a todos los trabajadores”; pero la misma disposición se encarga de decir que son los reglamentos los que van a señalar las épocas y oportunidades en que las distintas categorías de trabajadores van a entrar al régimen del seguro social.

Como excepciones el Art. 2 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social señala que no se aplica el régimen a los trabajadores del Estado —tampoco el Código se aplica a ellos—; en ese sentido están iguales. El Código no se aplica por la reforma introducida, ya estando en vigencia, y por la cual se excluyen de las regulaciones del Código a los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas y semi-autónomas que estuvieren ligadas con el Estado en virtud de un acto de Derecho Público. El código pues, según dicha reforma, los excluye; sin embargo el régimen del Seguro Social, en virtud de lo dispuesto en el Art. 2 del citado reglamento, incluye a los trabajadores de ciertas instituciones autónomas: Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, Instituto Salvadoreño del Seguro Social, Banco Central de Reserva, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Instituto Salvadoreño de Fomento Industrial; a estos trabajadores, de conformidad a las disposiciones del Código, su patrono —institución oficial— no les debería nada; pero en virtud de las disposiciones de la Ley y Reglamentos del Seguro tienen derecho a las prestaciones que éste les concede y no las precarias que les concede el Código de Trabajo.

¿A quiénes no se aplica el régimen de seguridad social? A los trabajadores domésticos; ésta es una de las exclusiones de menor sentido social —toda exclusión tiene que serlo— del régimen del Seguro. El Código, expresamente, no los excluye de las prestaciones por enfermedad y por maternidad, pero cuando llega al capítulo de los riesgos profesionales, en el Art. 320 letra b, los excluye de la posibilidad de reparación de los riesgos profesionales que puedan sufrir los trabajadores domésticos. Y ésta es una excepción que el Código la estableció de una manera, si se me permite el calificativo, “tontamente disimulada”, porque en el anterior Código, expresamente decía: “no se aplica lo relativo a los riesgos profesionales a los trabajadores domésticos”; pero el código vigente, mediante un eufemismo legal, nos dice en la letra b: “no se aplica a los trabajadores que presten sus servicios a personas naturales en labores que por su propia naturaleza no le reporten lucro”. ¿Quiénes son estos trabajadores? **Los trabajadores domésticos.** Aunque no se dijo expresamente, se refirió a ellos cuando los excluyó del régimen o de la protección del régimen de riesgos profesionales.

Se preguntarán ustedes si el Seguro Social ha hecho alguna gestión para incorporar a los trabajadores domésticos a su régimen. Sí la ha hecho, pero no exacta-

mente para este régimen que podríamos denominar régimen de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; en realidad no se ha estudiado seriamente la forma viable para incorporarlos al régimen de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; pero sí planificó su inclusión en el régimen de invalidez, vejez y muerte, considerando que los trabajadores domésticos, en general, están concentrados en la zona metropolitana, si no todos por lo menos un 80% y todos tienen acceso a los dispensarios o clínicas del Estado; entonces pueden resolver sus problemas de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales; si no del todo bien, relativamente bien. Se ha considerado, en una proyección teórica-doctrinal, proteger aquella persona que hizo en su vida "profesión de doméstica" y que cuando tiene 50 ó 60 años o ya no puede trabajar, es el Seguro quien debe protegerla por medio del régimen de invalidez, vejez y muerte; tengo entendido que el seguro las incluyó alguna vez en un proyecto de reglamento y el poder Ejecutivo no lo consideró prudente.

El régimen del Seguro no se aplica a los trabajadores que trabajan eventualmente para su patrono también están excluidos del Código en virtud de lo que expresan o informan las mismas disposiciones: "es trabajador eventual el que por breve tiempo presta sus servicios a un patrono", de manera que si el Código exige un período de más de un mes para dar prestaciones por maternidad o enfermedad, a los trabajadores eventuales no se les daría tales prestaciones. También los excluye de la posibilidad de ser sujetos de los riesgos profesionales, porque en el Art. 320, letra b, en su segunda parte, dice: "no se aplicará lo dispuesto en este título a los trabajadores que fueran contratados para labores que no excedan de una semana, ni requieran el empleo de más de 5 personas", que es la característica típica de las labores eventuales.

En ese sentido pues, tanto los trabajadores eventuales como los trabajadores domésticos, en uno y otro régimen, están prácticamente sin ninguna protección.

Por último viene el problema básico de este país, problema que debe considerarse como el número uno: el de los trabajadores agrícolas.

El reglamento del Seguro Social en su Artículo 2, letra f, excluye al trabajador agrícola.

¿Excluye o incluye el Código a los trabajadores agrícolas? No hay una disposición expresa que los excluya de las prestaciones otorgadas en el régimen de Previsión y Seguridad Social, y como sabemos que las excepciones en materia jurídica son de derecho estricto, tenemos que convenir que los trabajadores agrícolas están dentro de la "protección" establecida en el Código. Esta es una cuestión formal, la realidad es otra: las relaciones de trabajo tan precarias que se establecen en el campo, permiten la explotación del trabajador. Si alguna vez los trabajadores del campo pudieran exigir a sus patronos en virtud de un contrato individual de trabajo, el pago de estas prestaciones previstas en el Código, me atrevo a considerar que, en ese sentido, por más que el Código no los haya excluido y se suponga que los tiene "protegidos" de conformidad a sus disposiciones, los trabajadores agrícolas siguen estando al margen de toda protección posible.

¿Qué ha hecho el régimen de seguridad social por los trabajadores agrícolas? Por de pronto hay una disposición clara que los excluye, pero ¿estará dentro de sus programaciones la incorporación de los trabajadores agrícolas alguna vez?

Y el Estado —por de pronto— ¿es garante del cumplimiento, por parte del patrono agrícola, de las obligaciones sociales que tiene para con sus trabajadores?

En cuanto al Seguro Social, según se tiene conocimiento, en su plan quinquenal de desarrollo pretende establecer un plan piloto para trabajadores agrícolas, que se llevaría adelante en el departamento de Sonsonate, por considerarse que ese departamento reúne las características físicas, agrícolas, laborales, económicas, para poder hacer un plan piloto experimental de seguro social en el campo.

IV.—RIESGOS PROFESIONALES

En relación a los riesgos profesionales, es el título tercero del Libro Tercero, el que hace referencia sobre el tema. En el régimen del Seguro Social los Arts. 53 hasta el 58 regulan esta materia del riesgo profesional. Veremos en una forma comparativa, cómo es que uno y otro estatuto explican esas instituciones.

El Código comienza dando una definición de lo que son los riesgos profesionales y como tales señala el accidente de trabajo y las enfermedades profesionales. Surge la pregunta si éstos son los únicos riesgos profesionales que se dan. En el régimen del Seguro hay un riesgo profesional más que es el de la cesantía involuntaria; para el trabajador, como riesgo suyo, propio de él, está el de quedar cesante en un determinado momento, ya sea por despido o por otra causa. De manera que ya tenemos una nueva forma de cómo el régimen de seguridad social tiene mejor concebido lo que es el riesgo profesional en relación a los trabajadores. Así el Art. 2 de la ley dice: el Seguro Social cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de: g) cesantía involuntaria. Es un riesgo evidentemente profesional porque sólo puede sufrirlo una persona que esté a servicio de un patrono: nadie que no esté trabajando puede quedar cesante.

De tal manera que el Código, al hacer su clasificación, la hace de una manera limitada y dice: “se entiende por riesgos profesionales los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores a causa, con ocasión o por motivo del trabajo”.

Veamos a qué se refiere causa, ocasión o motivo; tiene su base esta fórmula amplia en la Ley del Seguro Social Español que emplea también la misma, con el objeto de que todo accidente que tenga, de una manera directa o indirecta, relación con el trabajo, quede englobado en una fórmula legal, con el objeto de proteger a los trabajadores; eso indica o es significativo de una intención o deseo del legislador de proteger, en lo posible, a los trabajadores que por alguna causa u ocasión del trabajo, sufran algún riesgo profesional.

IV.—A.—EL ACCIDENTE DE TRABAJO

Dice el Artículo 317 que Accidente de Trabajo es toda lesión orgánica; gramaticalmente éste sería un grave error porque no se puede establecer como sinónimo accidente y lesión. En el régimen del Seguro Social no aparece el concepto de riesgo profesional; y no aparece de una manera intencional porque en los regímenes de seguridad social, a medida que el tiempo pasa, no le interesan las causas por las cuales

un trabajador presenta una incapacidad, sino reparar el daño que ha sufrido y dar las prestaciones de tipo económico que necesita a causa de su incapacidad para el trabajo. No lo dice tampoco la ley del Seguro Social, porque estos criterios o conceptos cambian con mucha frecuencia; y entonces lo dejó a los reglamentos el que regulen esta materia.

Existe un reglamento de menor jerarquía formal: el Reglamento de Evaluación de Incapacidades por Riesgo Profesional, que lo da el Consejo Directivo del Instituto, en el que aparecen los conceptos o lo que se entiende por Accidente de Trabajo o por Enfermedad Profesional. ¿Por qué? Porque se considera que el legislador o las leyes en realidad tardan mucho en ser modificadas, reformadas; y estos conceptos están variando constantemente debido a las frecuentes reuniones de los organismos internacionales, principalmente los de seguridad social, de donde surgen nuevos conceptos e ideas, por lo que los regímenes de seguro dejan la posibilidad de que sean los reglamentos quienes definan estas instituciones.

Sin embargo, podríamos considerar que la definición dada por el Artículo 317 del Código, a pesar de esa incongruencia de tipo gramatical que tiene, es bastante completa, ya que en ella se encuentran tres elementos básicos: 1º) De que todo accidente de trabajo significa lesión, perturbación funcional o muerte. 2º) El de ser trabajador por cuenta ajena; es decir, un trabajador presta sus servicios a un patrono y éste le paga en razón de ese servicio —un trabajador independiente, para el caso, no sería sujeto de accidente de trabajo—. Para algunos trabajadores no se ha decidido todavía claramente su incorporación al régimen del Derecho del Trabajo. Algunas de esas categorías fueron consideradas por el Dr. Jorge Eduardo Tenorio en una disertación suya. Entonces ese segundo elemento es el de ser **trabajador por cuenta ajena**. 3º) Hay un nexo causal entre el trabajo que ejecuta la víctima y la lesión que sufre en un determinado momento; o sea que existen tres elementos en esta definición: la lesión, el nexo causal y el trabajador; dice la disposición que la lesión debe ser por causa, ocasión o motivo del trabajo, repite la fórmula amplia que dio en la definición de riesgo profesional en el Art. 316. Pero en la segunda parte de la definición, el Art. 317 dice algo que no es cierto o por lo menos que no siempre es cierto: que dicha lesión, perturbación o muerte —resultante o consecuencia del accidente— debe ser producida por la acción repentina o violenta de una causa exterior o del esfuerzo realizado. La doctrina española, principalmente, recoge algunos casos en los cuales los trabajadores sufren accidentes de trabajo y no precisamente por causas repentinas o violentas, tal es el caso de aquellos trabajadores que presentan un cuadro de una enfermedad común, reumatismo por ejemplo, debido a que permanecen por algún tiempo en lugares húmedos o fríos. No se trata de una enfermedad profesional, porque no resulta de la acción mantenida o repetida de un hecho que provenga directamente de la clase de trabajo, sino por haber estado algún tiempo en lugares húmedos o fríos. Otro ejemplo sería el del trabajador que labora en una cámara frigorífica y en un momento dado sufre un ataque de pulmonía; la relación causal allí es el frío de la cámara. La causa repentina o violenta no se advierte claramente. ¿Por qué se mantiene esta definición? Por seguir el curso histórico del establecimiento de esta institución, porque el accidente de trabajo nació como riesgo precisamente cuando la máquina sustituyó al hombre y, en consecuencia, las posibilidades de riesgo aumentaron con la acción violenta, exterior, repentina, fortuita, que constituye una máquina funcionando; eso es lo que podríamos considerar el resabio histórico que aparece todavía consagrado en estas definiciones.

El Código amplía el campo del riesgo profesional al establecer las presunciones de los números 1, 2, 3 y 4 del Art. 317; estas presunciones no aparecían en el Código anterior, sino otra definición, que era la del Art. 317, y no tenía las presunciones establecidas en este artículo.

El número uno es una presunción de derecho, una presunción que no admite prueba en contrario; y así tiene que ser porque el "accidente" es la lesión que sufre el trabajador cuando su patrono lo destina a hacer algo. Podría ser que no tenga nada que ver con las labores normales de la empresa, y la misma ley lo tiene previsto; fuera del lugar y horas de trabajo el trabajador está cumpliendo con el mandato del patrono, con una orden suya, y consecuentemente se presume que existe riesgo profesional, se considera que es accidente, porque ya no encaja exactamente, aun con la amplitud de la fórmula legal en el Art. 317, por eso es que se considera una presunción, pero de tal naturaleza —no lo dice nuestro Código pero así debe entenderse— que es una presunción que no admite prueba en contrario; si el patrono manda a su trabajador, fuera de las horas de trabajo y fuera de la sede de la empresa, tiene que responder por el riesgo porque el trabajador cumplía sus órdenes.

El número 2 del Art. 317 es también una presunción, pero ésta admitiría prueba en contrario; se ha mantenido por mucho tiempo en la doctrina española que todo accidente que ocurre en el lugar de la empresa o en horas laborales es un accidente de trabajo. Por el hecho de estar en la empresa y en el curso normal de las labores se considera que es un accidente de trabajo; pero podría ser que la causa, ocasión o el motivo, por más que el trabajador lo sufra en la empresa y en horas laborales, no sea un accidente de trabajo. Por esta razón, en este caso, es posible la prueba en contrario.

La tercera presunción que establece la ley en una forma bastante amplia es la que sintéticamente se conoce como accidente de trabajo derivado de un tercero. La ley dice a consecuencia de un delito o falta imputable a un compañero de trabajo o al patrono o a un tercero extraño; el compañero de trabajo también es un tercero, quien no es un tercero es el patrono. Y cuando dice la fórmula "a un tercero" se está refiriendo a personas extrañas a la explotación. Ejemplificaremos sobre cómo funciona esta presunción: Veamos el caso de un delito imputable al patrón, homicidio o lesiones causadas por imprudencia o por malicia del patrono. En este caso caben las dos posibilidades: de que el patrono dolosamente le causa lesiones o la muerte al trabajador, imponiendo entonces el Código la obligación de que se repare como riesgo profesional. Pero también puede ocurrir que sea a consecuencia de negligencia o imprudencia patronal; en este caso el patrono que no mande a revisar sus máquinas o que no ha cumplido las obligaciones que se señalaron en el Art. 314 del mismo Código. Y aquí es donde prácticamente estaría comprendido este segundo ejemplo del número 3 del Art. 317, cuando el patrono no cumplió con las obligaciones que le impone la ley para la seguridad de los trabajadores; en estos casos se reputa como accidente de trabajo y, en consecuencia, el patrono es responsable de dicho accidente. Si el accidente es a causa de un tercero, compañero de trabajo, una persona que está dentro, otro trabajador de la empresa, y debido a una imprudencia profesional de este tercero el trabajador presenta una lesión se considera como accidente de trabajo.

En las lesiones u homicidio intencional de un tercero, compañero de trabajo, hay que someterse a la prueba contraria; en el caso de un delito imputable a un

trabajador, compañero del accidentado, si hay elementos o motivaciones extrañas al trabajo no puede reputarse como accidente de trabajo. Es cuestión de analizar el caso concreto y decidir si se trata de un accidente de trabajo o no.

Pueden presentarse dos situaciones en las lesiones u homicidio imputable a un tercer compañero de trabajo de la víctima: primero, que el hecho delictivo doloso sea con motivo del trabajo, aunque éste en sí no haya causado la lesión que el trabajador presenta; segundo, que haya sido por motivo o motivaciones de las labores que se están desarrollando que el tercero le ocasiona dolosamente la lesión. Considero que si se llegara a determinar que no existe ninguna relación de causalidad entre el trabajo y la lesión que presenta el trabajador, debe quedar el patrono exento de responsabilidad.

Por último tendríamos el caso de un tercero extraño a la explotación; es decir, un tercero que no tiene nada que ver con la explotación. Por ejemplo las lesiones u homicidio en un vigilante de la empresa; éste sería un caso típico de lesiones u homicidio doloso que debe entenderse como accidente de trabajo.

La presunción establecida en el número 4 del Art. 317 es la consagración de lo que se llama accidente "in itinere", que es el que sufre un trabajador cuando va de su casa al trabajo o viceversa; la doctrina y ahora nuestro Código han considerado que debe catalogarse como accidente de trabajo.

Vamos a considerar el caso de un trabajador que resulta con lesiones o muere a causa de un accidente de tránsito, aquí estaríamos en presencia del hecho de un tercero que, por imprudencia o negligencia, ocasiona lesiones a este trabajador. Pero puede darse el caso de que un trabajador sufra un accidente de trabajo de una manera dolosa por el hecho de un tercero y trasladándose de su casa al trabajo o viceversa, tal sería el caso del trabajador que lo asaltan para despojarlo de sus pertenencias y le ocasionan una lesión o lo matan, éste sería también un caso típico de accidente de trabajo.

Sin embargo, esta disposición contiene algunas limitaciones, es decir tiene su configuración y adecuación especial porque si no en todos los casos de accidente cuando se va del trabajo a la casa o domicilio y viceversa podría alegarse la existencia de un accidente de trabajo y demandar al patrono o al Seguro, en el caso de que sea protegido por esta Institución, y exigir reparación.

El Código establece las siguientes limitaciones: **en el trayecto, durante el tiempo y por medio de transporte razonable.** Son tres limitaciones bien explicables en este tipo de accidentes; para el caso un trabajador que vive en Mejicanos —Rumbo Norte, 4 Kms. de San Salvador— y trabaja en el centro de la ciudad capital, el trayecto normal de este trabajador para trasladarse a su casa sería el que siguen las rutas de buses, taxis o demás personas, pero si el trabajador decide variar totalmente dicho trayecto regular, prácticamente el nexo causal se ha roto y entonces no se configura el accidente de camino que tiene consagrado nuestro Código.

También la ley exige un tiempo razonable; es decir, si, por ejemplo, el trabajador sale a las seis de la tarde el Juez tendrá que considerar cuál es el tiempo que normalmente puede tardarse en el traslado del trabajo a su casa y viceversa; supongamos que son 45 minutos o una hora lo que pudiera considerarse como tiempo

normal, si una persona tarda 4 horas en llegar a su casa no está en el tiempo normal o razonable. En el Seguro Social, única Institución donde el riesgo profesional se vive en todos sus alcances, se han dado casos de accidente de camino; tal es el caso de un motorista de un bus que después de guardarlo, para retirarse a su casa, el medio que utilizaba era su propia motocicleta —medio de transporte razonable para ese fin— y le sucedió el accidente a las 11 y su tanda de trabajo finalizaba a las 10¼. Se puede apreciar que tanto el medio de transporte, el tiempo y el trayecto eran razonables.

En la doctrina española hay algunos ejemplos, casos de ampliación de estos conceptos: Un trabajador sale a las seis de la tarde de su trabajo, y se toma unos minutos para disfrutar de un refresco o visitar a un familiar, dirigiéndose posteriormente a su casa; prácticamente había una solución de continuidad en el trayecto, sin embargo la doctrina española ha considerado que el trabajador tiene derecho a tomarse ese refresco o, por cuestiones afectivas, decide visitar a un familiar y obliga a la reparación por considerar razonables esas situaciones.

Tenemos también el caso de los trabajadores que al salir de su jornada, en lugar de irse directamente a su casa, aprovechan esas horas para pasar consulta en los dispensarios del Seguro Social; en este caso se considera que tanto el trayecto como el tiempo son normales y, en consecuencia, estaría dentro de las regulaciones del numeral 4 de este Artículo.

No establece todavía nuestro Código la posición en que quedaría un directivo sindical que, en el ejercicio de sus funciones, sufre un accidente. ¿Estaría dentro de las regulaciones de accidente de trabajo o no? Si las presunciones han llegado a este punto nuestro Código se ha modernizado en ese aspecto; es posible que ante una reforma del Código tenga que considerarse también que los directivos sindicales en el ejercicio de sus funciones son sujetos de riesgo profesional, pues en caso contrario están descubiertos en ese campo.

Otro caso que considera la doctrina es el de los trabajadores migrantes, es decir el trabajador que por razones de empleo tiene que salir del país o estado, y se dirige a otro a ejecutar labores de la empresa; en este caso, aunque se considera que las legislaciones son aplicables territorialmente, la doctrina considera que debe extenderse también a vía de presunciones la existencia de accidentes de trabajo.

El Art. 318 trae una disposición de alguna importancia, que en nuestro país no reviste mayor importancia dado que acá no se dan los accidentes de trabajo con frecuencia, ni en el Seguro Social que tiene 120.000 trabajadores incluidos y que se ha recogido alguna experiencia en ese campo. El Art. 318 señala el caso del daño que sufre el trabajador en sus miembros artificiales —aparatos de ortopedia o de prótesis— que usa a consecuencia de un accidente anterior. El daño que sufra en esos miembros, a causa del trabajo que está verificando en el momento dado, se considera como accidente de trabajo. No coincide lo establecido en el Art. 318 con lo del Art. 316, porque de lo que menos podemos hablar aquí es de lesión, pues lo que existe es daño en los miembros artificiales; de manera que, aunque se enmarca en el concepto del Art. 316, se entenderá comprendido en la definición de accidente de trabajo todo daño que el trabajador sufra en las mismas circunstancias, en sus miembros artificiales.

IV.—B.—ENFERMEDAD PROFESIONAL

El Art. 319 define lo que es la enfermedad profesional, y el Código rebasó las probabilidades físicas de que un trabajador nuestro pueda contraer una enfermedad, adoptándose una lista de enfermedades profesionales recomendada por algún organismo internacional.

Estas cuestiones más bien son de carácter médico, en la cual los abogados no tenemos mayor información, sin embargo, el legislador creyó conveniente ponerlos acá de una manera antitécnica a mi juicio. ¿Cómo ve el Seguro Social esta cuestión de las enfermedades profesionales?. El Seguro Social no tiene ninguna lista de ellas y no la necesita, porque cada caso es evaluado por una comisión especial que se encarga de determinar si aquella enfermedad que presenta el trabajador es una enfermedad profesional o no. Yo creo que va a pasar mucho tiempo y los jueces de trabajo nunca se van a ver precisados a aplicar esto y cuando así sea les va a costar mucho y afrontarán grandes problemas en el momento de la evaluación de esas enfermedades; es una tarea muy difícil, inclusive los médicos especialistas en evaluación de incapacidad o riesgos profesionales, se ven en dificultades para determinar cuál es una enfermedad profesional y cuál no. Tuve la oportunidad de ver con los médicos del Seguro un caso de enfermedad profesional que vino a resultar 15 años después, los médicos patólogos consideraron que aquella enfermedad, una afección pulmonar, sólo era posible que la hubiera adquirido una persona que trabajaba con productos que ocasionen esa enfermedad; la persona falleció 15 años después que había roto su relación con la empresa donde adquirió esa enfermedad.

V.—LAS INCAPACIDADES POR RIESGO PROFESIONAL

El análisis de la Tabla de Evaluación de incapacidades por riesgos profesionales es otro aspecto técnico, médico, elevado a la categoría de ley.

Aun los médicos dudan mucho, dudan razonablemente desde luego, al aplicar algunas de estas incapacidades que aparecen en esta tabla, lo que dicho sea de paso tiene equivocaciones, precisamente por ser de carácter tan especial y el legislador no puede tener ni la menor noción posible. La tabla del Código contiene algunos errores. Véanse un par de ejemplos que aparecen —sólo fueron unas letras las que se cambiaron, pero el significado cambia totalmente—. Si vemos los numerales 100 y 101 del Código, encontramos dos errores que perjudicarían al trabajador que estuviera bajo la dependencia de este Código.

En el número 100 y 101 de este Código, me estoy refiriendo al Art. 329, con todos los numerales que señala la tabla, ahí habla de “hueso” es decir del trabajador que recibe una lesión en el “hueso”. Nuestra elemental anatomía, nos dice que no existe eso, que lo que existe es el “hueco”; será un ligero error de la ley, podrían considerar ustedes, pero ¿qué pasa al trabajador que se encuentra en tal situación?

El número 140 y 141 contiene dos errores —aunque sea cuestión de cambio de una letra—: cuando los trabajadores sufren lesiones en el cráneo; esto es más grave todavía porque son incapacidades bien importantes las que puede sufrir un trabajador, que pueden llegar al 80 y 60% según los casos, siendo ya casi incapaci-

dades totales y el Código tranquilamente dice que cuando se produce una “menoplejía” completa del miembro superior, eso no existe lo que existe es “monoplejía”. ¿Será esto un error evidente de la ley? (Art. 58 Cn.), estos errores de los números 100-101-140 y 141, son ley de la república y para modificarlo, pues debe reformarse la ley. Se trata de una equivocación del legislador o de la imprenta, el Código anterior está correcto; esto sería un ejemplo para que podamos nosotros concluir que toda esta materia que el legislador la ha dejado en última instancia a los jueces para su aplicación, les está poniendo un verdadero problema de decisión.

En la parte social y en la parte económica, es decir el rendimiento socioeconómico de este instrumento, se puede afirmar que tiene una aplicabilidad bien precaria, podría ser de aplicación para los sectores agrícolas y ni siquiera acá porque según sabemos el sector agropecuario está totalmente marginado, y la legislación no es otra cosa más que un insulto a su esclavizada existencia.

Esta es mi modesta contribución al desarrollo de este Seminario, y espero que sea de utilidad para ustedes.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SALVADOR(*)

Por Dr. RUBEN ANTONIO MEJIA PEÑA •

Vamos a iniciar el desarrollo del tema de la "Seguridad Social en El Salvador", retomando el hilo de la exposición hecha por el Dr. Mario Antonio Solano en la última conferencia de la semana pasada; y recordando, como él lo expusiera, que el derecho contemporáneo ha sido influido, fundamentalmente, por la problemática social, a partir del momento en que la intervención de la máquina y el subsiguiente desarrollo industrial determinaron la concentración de grandes núcleos de trabajadores y proletarizaron a la antigua artesanía, convirtiéndola en un régimen de dura dependencia económica.

Los empleadores sujetos a las exigencias de la libre competencia no podían adoptar medidas de protección social sin que incidieran en los costos de producción; y, lógicamente, no se interesaron en adoptar dichas medidas. Fue necesario que los trabajadores se organizaran profesionalmente para la defensa de sus intereses; pero el movimiento de las asociaciones profesionales de trabajadores también resultó insuficiente y fue necesaria la intervención tutelar del Estado, en esta materia. Al producirse este intervencionismo estatal surge una legislación nueva de contenido y finalidad acentuadamente social; así como en los Códigos Clásicos se reflejaron las exigencias del individualismo liberal, la llamada revolución industrial plantó la necesidad de legislar en beneficio social y determinó el nacimiento histórico del derecho del trabajo que se gestó precisamente como todos ustedes saben en el campo del Seguro Social. Tenemos aquí a dos conceptos que conviene analizar: Seguridad Social y Seguro Social.

Es conveniente analizar dos conceptos que a menudo se han confundido, tales son los de Seguridad Social y Seguro Social. ¿Son o no son una misma cosa, una misma institución? Si nos referimos a la disposición de nuestra Constitución Política relativa a los principios de Seguridad Social, en el Art. 186 concretamente podemos ver que nuestro legislador constituyente en el 50 dijo que: "La Seguridad Social constituye un servicio público de carácter obligatorio y que la ley regulará los alcances de extensión y forma en que debe ser puesto en vigor, al pago de la cuota del seguro contribuirán los trabajadores, patronos y el Estado; el Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores en la medida en que sean cubiertos por el Seguro Social."

Observamos que el legislador constituyente no precisó, no declinó los conceptos de Seguridad Social y Seguro Social, da la impresión de que los tomó como sinónimos; entonces, no es la disposición constitucional la que nos va a aclarar el punto, debemos de referirnos a otros aspectos de doctrina para delimitar los cam-

* Conferencia pronunciada el 3 de Julio de 1973, durante el Seminario sobre Código de Trabajo, celebrado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.
• Abogado, Jefe de la División de Pensiones del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

pos, porque es conveniente tener bien clara la idea de que Seguridad Social y Seguro Social y los seguros en relación con la seguridad social están en relación de medio a fin.

Para los efectos de esta exposición que tiene que ser necesariamente breve, analicemos uno de los diversos conceptos sobre Seguridad Social, porque existen y muy variadas, de acuerdo al enfoque en que se conceptúan.

“Seguridad Social es el conjunto de medidas adoptadas por la Sociedad y, en primer lugar, por el Estado para garantizar a todas las personas los cuidados médicos necesarios, así como los medios económicos de subsistencia, en todos los casos de pérdida o reducción importante de sus ingresos causados por circunstancias no dependientes de su voluntad”. Para cumplir sus objetivos, la seguridad social se vale de otros medios, entre los cuales podemos mencionar sin agotarlos, por supuesto, los servicios nacionales de salud, sanitarios y asistenciales, a cargo de instituciones estatales dependientes normalmente de un ministerio y que se costean con los fondos del presupuesto general de las naciones. Las prestaciones laborales a cargo de los empleadores contenidas en el Código de Trabajo, los sistemas obligatorios en términos generales, son instrumentos de seguridad social; en nuestro país, contamos con regímenes obligatorios como el de pensiones y jubilaciones civiles, pensiones y montepíos militares y pensiones a cargo de las empresas, cuando se ha logrado obtener esta prestación a través de la contratación colectiva. Las mutualidades, asociaciones de socorro mutuo en las cuales los socios son a la vez asegurados y aseguradores, son manifestaciones de seguridad social; finalmente, los seguros sociales constituyen uno de los instrumentos más importantes. Vemos entonces que, dentro de este complejo de acciones a través de las cuales se manifiesta la seguridad social, los seguros sociales con todo y ser uno de los principales instrumentos no agota la gama de manifestaciones de la seguridad social, es decir, que seguro social y seguridad social se encuentran en relación de medio a fin; es una cosa que debemos tener presente, a pesar de la oscuridad de las disposiciones constitucionales en relación con estos dos conceptos de seguridad social y seguro social, ha sido obviada en parte por el legislador en la Ley del Seguro Social dictada en 1953, pues los considerandos de ésta encontramos ya algún indicio de esta discusión que venimos hablando, pues el considerando tercero de la Ley del Seguro Social dice textualmente que: “Debe de limitarse con claridad el campo de acción del seguro social con la actividad que le corresponde desarrollar al Gobierno para asegurar la seguridad social de todos los habitantes de la República”; el considerando quinto dice: “que los fines de la seguridad social, ameritan una relación armónica de las actividades del Gobierno con las que competen al seguro social sobre la materia”; de manera que el legislador secundario delimitó mejor los campos, tanto en el aspecto doctrinario contenido en estos considerandos como en algunas disposiciones; así tenemos el Art. 6 de la Ley del Seguro Social nos dice: “Con el objeto de mantener la indispensable correlación entre los fines de seguridad social que cubrirá el instituto y los que integralmente le corresponden al Estado y para los demás fines previstos de nuestra Ley, el Instituto se relacionará con los poderes públicos a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social”, es clara la distinción en esta disposición. El Art. 24 de la Ley insiste en ello al disponer que “el Instituto proyectará sus actividades y ejecutará sus programas procurando evitar la innecesaria duplicación de funciones con los organismos gubernamentales que realizan fines de seguridad social”; queda claro pues, que la acción y finalidades de la seguridad social

no se agotan en la acción del Instituto Salvadoreño del Seguro Social. Nuevamente el concepto que vamos a iniciar sobre seguridad social ha sido superado también en algunas disposiciones de derecho positivo y ha llegado a conceptuarse la seguridad social, como derecho de la persona a la que se da protección contra todos los riesgos sociales a que se encuentra expuesta. Encontramos disposiciones de este tipo en la Constitución Francesa de 1946 y en la Constitución de Panamá de 1945, y se establece expresamente que todo individuo tiene derecho a la seguridad social de sus medios económicos de subsistencia. Distinguido ya el seguro social de la seguridad social, preguntémonos cuál es la relación del Seguro Social, con los seguros en general porque precisamente el seguro social respecto de la institución jurídica del seguro es una especie dentro del género Seguro jurídicamente instituido dentro del derecho mercantil.

Como simplifica Donaty en su obra "Los Seguros Privados", el hombre ante las necesidades que dependen de un hecho futuro incierto, siendo previsore puede preparar los medios económicos precisos para atenderla cuando se presenten; cuando lo hacen personalmente se tiene el ahorro, el ahorro personal, pero si la reparación de riesgo se confía a un tercero por un costo parcial estamos frente al Seguro. La esencia del seguro consiste pues en garantizar la satisfacción de necesidades futuras e inciertas, mediante la obligación, por otro de suministrar los medios económicos precisos cuando se presenten dichas necesidades; asegurar a alguien significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse un acontecimiento futuro e incierto.

En el aspecto jurídico, la institución del Seguro descansa en la categoría técnica de la relación jurídica y podemos definir la relación aseguradora siempre con Donaty, como aquella relación en la cual el asegurador contra el pago o la obligación de pago de la prima, se obliga a resarcir al asegurado dentro de los límites convenidos, de las consecuencias de un evento dañoso e incierto.

Sobre esas bases, el seguro es susceptible de una construcción científica mediante leyes matemáticas y estadísticas, fórmulas actuariales y normas de carácter legal. Frente a esta concepción del seguro privado, ¿qué es el seguro social? Dado un concepto de una institución tan compleja, como el seguro social, es obviamente difícil, esa dificultad se refleja con las definiciones de los diversos tratadistas que son muy variadas; tratando de simplificar el problema podemos decir sencillamente que, dentro del orden de ideas que hemos venido gozando hasta aquí, el seguro social es un seguro especial, fundamentado en la necesidad social y establecido en el Estado con carácter obligatorio. Por una parte, es un seguro como cualquier otro, se vale de las técnicas del seguro privado y descansan sobre bases científicas, en el aspecto económico, demográficos y financieros. En los distintos riesgos cubiertos por los seguros sociales, hay siempre un efecto económico innegable, que se concreta o bien en la pérdida o disminución de la capacidad de ganancia o bien en un daño emergente.

La relación social del Seguro, puede definirse como aquella relación jurídica que tiene la ley como fuente mediata e inmediata, en virtud de la cual, una institución de derecho público, actuando como asegurador, está obligada a satisfacer a quien legalmente corresponda una determinada prestación ante la realización de un evento previsto a cambio de la contraprestación correspondiente.

Hemos hecho esta relación entre Seguro Mercantil y Seguro Social, para llegar a la siguiente conclusión: No obstante el carácter intrínseco de legislación social en el más amplio sentido, las prestaciones de los seguros sociales están condicionadas y predeterminadas por factores de tipo financiero. Debe tenerse bien presente cuando se hace un análisis crítico de los planes, de sus principios, de las aplicaciones de seguridad social, indudablemente la finalidad última, es satisfacer todas las necesidades de seguridad de la persona humana pero, en el aspecto práctico, los seguros sociales como institución al servicio de la seguridad social, concepto más amplio, tienen alguna limitación, a veces sedimentación, en razón de su estructura financiera económica, que es la que predetermina y actúa como factor limitante, al estructurarse los planes de beneficios para la cobertura de los distintos riesgos sociales. Así vemos que la Ley del Seguro Social, en el considerando número dos, que el régimen del Seguro Social, debe responder en todo tiempo a las posibilidades económicas, de la población activa y del gobierno de la República. En el capítulo relativo al establecimiento gradual del seguro, el legislador insistió sobre este carácter económico de la institución del seguro, al establecer que la extensión de los programas que desarrollará el Instituto en cuanto a la clasificación de los trabajadores asegurables, el porcentaje sobre los salarios de base con que contribuirá el fisco, los patronos y los trabajadores, la extensión y condición de los beneficios que proporcionará las áreas geográficas de aplicación, será objeto de un proyecto de reglamento especial que elaborará el Instituto. El Poder Ejecutivo podrá introducir a dicho reglamento las modificaciones que fueren necesarias para el mantenimiento de la estabilidad económica, fiscal y social de la República. El Art. 23 nos continúa diciendo que "el Instituto estudiará la forma de cubrir las contingencias que se refiere el Art. 2, atendiendo el grado de eficiencia que tenga la organización administrativa de la misma, a la situación económica del país, a las posibilidades fiscales, a las necesidades más urgentes de la población asegurable, y a las posibilidades técnicas de prestar los servicios". Estas breves consideraciones se hacen con el fin de que se tome en cuenta que la estructura del Seguro Social, en cuanto a seguro, es igual a un seguro privado en sus aspectos técnicos-financiero-económico, siendo este factor delimitante de la capacidad de acción del seguro social como tal en cuanto a sus planes de beneficio.

Es decir la estructuración de las prestaciones del seguro social no obedecen únicamente a la necesidad de parte de los beneficiarios a que están destinados sino a las posibilidades económico-financieros de existencia.

Pasemos entonces a hablar del Seguro Social en El Salvador; en nuestro país el legislador constituyente de 1950, impuso obligatoriamente el sistema de seguridad social que había surgido el año anterior por iniciativa del Consejo de Gobierno Revolucionario, observamos como las características interesantes del texto constitucional a que nos referimos anteriormente, que la Ley del Seguro Social consagra, el principio de extensión gradual de la cobertura, en un triple aspecto: riesgos cubiertos, áreas geográficas y personas protegidas. El Art. 2 de la Ley establece que el campo de aplicación en materia de riesgos cubiertos, al prescribir que el Seguro Social, cubrirá en forma gradual los riesgos a que están expuestos los trabajadores por causa de enfermedad, accidente común, accidente de trabajo, enfermedad profesional, maternidad, invalidez, vejez, muerte y cesantía involuntaria.

El término empleado por la ley, tomó a todas las legislaciones, de seguridad social, de riesgos cubiertos hay eventos como el de la maternidad que no responden a la concepción tradicional del riesgo heredada en derecho mercantil, en donde el riesgo se conceptúa como un evento futuro e incierto. Modernamente se tiende a sustituir el concepto de riesgo social por el de carga social pero no hace mucha aceptación por el peso de la tradición en esta materia. En cuanto a las personas protegidas el Art. 3 de la Ley del Seguro Social establece que “el régimen del seguro social obligatorio, se aplicará a todos los trabajadores que dependan de un patrono sea cual fuere el tipo de relación laboral que los vincule y la forma en que se haya establecido la remuneración. Podrá ampliarse oportunamente a favor de las clases trabajadoras que no dependan de un patrono”, es decir la ley ha limitado por una parte, la cobertura del seguro social a los trabajadores dependientes o independientes, trabajadores asalariados o no, y ha dejado a las disposiciones de carácter reglamentario la fijación de la época en que las diferentes clases de trabajadores se irán incorporando al seguro social.

Podemos observar entonces en esta disposición que el término trabajador empleado por la ley del Seguro Social, es distinto aunque no contrario al de trabajadores del Código de Trabajo, indudablemente dentro del espíritu de las disposiciones del Código de Trabajo vigente y en relación con una disposición concreta del Código de Trabajo anterior, para los efectos del Código, es posible concebir un trabajador independiente, pues clásicamente la capacidad de trabajador descansa en la dependencia de un patrono.

Vemos entonces que la Ley del Seguro Social, al referirse a los trabajadores independientes nos dice que el concepto de trabajador, el término trabajador es más amplio, es distinto al concepto de trabajador empleado por el Código de trabajo.

Es más considerándolos también trabajadores dependientes, la Ley del Seguro Social dispuso expresamente en el Art. 99 que “el término trabajadores usado en esta ley, comprende también a los empleados y funcionarios del Estado, municipios, a las instituciones oficiales autónomas y corporaciones de utilidad pública, el término correlativo patrono deberá aplicarse al estado, a los municipios, a las instituciones oficiales autónomas y a las corporaciones de utilidad pública”.

La Ley del Seguro Social precisa en su campo de aplicación, que la cobertura personal aunque está referida a los trabajadores, lo está en una forma más amplia que la protección que les concede a los trabajadores dependientes del Código de Trabajo.

En virtud de la disposición de la ley se dispone que por medio de los reglamentos se determine en cada oportunidad la época en que las diferentes clases de trabajadores se incorporen al seguro: así el reglamento de aplicación de la Ley, en su Art. 2 dispone que el régimen del seguro, en su primera etapa no será aún aplicable, a los trabajadores al servicio del Estado, de los municipios, y de las entidades oficiales autónomas. Sin embargo algunas entidades oficiales autónomas, que se han incorporado expresamente al régimen del Seguro Social, y son el mismo Instituto Salvadoreño del Seguro Social, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, Banco

Central de Reserva de El Salvador, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados y el Instituto de Fomento Industrial.

En virtud de esa disposición, el empleado público como tal, en términos generales, se encuentra excluido transitoriamente de la aplicación del régimen del seguro social. Pero está supuesto a ser incluido en su oportunidad; el aspecto económico a que nos referimos inicialmente tiene mucho peso, en esta exclusión, cuando el Estado se encuentre en capacidad de proporcionarles, a sus propios servidores las prestaciones del seguro social, contribuyendo efectivamente al financiamiento de las mismas. En segundo lugar se encuentran excluidos los trabajadores domésticos, los trabajadores eventuales y en razón de los salarios devengados por los trabajadores hay un régimen distinto en los dos sistemas de cobertura del Seguro Social, así para efecto de las prestaciones por maternidad, enfermedad y riesgos profesionales, existe un límite de salario fijado actualmente en setecientos colones mensuales. Los trabajadores independientes, los trabajadores asalariados con ingresos superiores a setecientos colones se encuentran excluidos de las prestaciones del régimen. Otro gran programa del Seguro Social es el de las prestaciones por los riesgos de invalidez, vejez y muerte en éste, el límite de setecientos colones mensuales tiene otro efecto, el de establecer un tope para efectos de cotización, pero no excluye de la aplicación del régimen a los trabajadores que le superen, es decir al régimen de invalidez, vejez y muerte contribuyen y están sujetos todos los trabajadores independientes de su salario; pero están obligados a cotizar los que ganan más de setecientos colones, únicamente sobre este tope de cotización, setecientos colones. Finalmente se encuentran excluidos de la aplicación del régimen del Seguro Social los trabajadores agrícolas y ésta es una exclusión en la que sí amerita que nos detengamos un poco más, porque precisamente después de 20 años de la aplicación del régimen legal del seguro social en El Salvador, éste cubre actualmente alrededor del 13% de la población económicamente activa que está en una relación aproximada alrededor de un 5% de la población total; es decir la cobertura es mínima, precisamente y fundamentalmente en razón de exclusiones, preferido en muchos aspectos también en el aspecto de la seguridad social por dificultades enormes de orden técnico, financiero y social, pero al respecto quiero externar que el Instituto Salvadoreño del Seguro Social se encuentra empeñado desde hace mucho tiempo en estudiar la factibilidad de hacer efectivo al sector campesino el régimen de seguridad social por lo menos por el momento, en el campo de las prestaciones médicas se ha estudiado a conciencia el problema y se ha llegado a la conclusión que en base a nuestra realidad nacional y en experiencia de otras instituciones de seguridad social, es muy difícil sino imposible trasladar, trasplantar, al sector agrícola el molde clásico de los seguros sociales que opera entre nosotros respecto de los trabajadores de la industria, comercio y servicio.

Se ha preparado en consecuencia un proyecto que excede los moldes de este seguro clase, en el sentido de cubrir a toda la población rural sea o no trabajador asalariado, o independiente; es decir, que pretende la cobertura completa tanto de los trabajadores como de la familia. Indudablemente son proyectos de enorme trascendencia y enormes dificultades prácticas, que el instituto pretende implantar a nivel de plan experimental en cuanto tenga la decisión política al respecto; se tratará del sistema distinto del seguro social con un sistema de financiamiento muy diferente que ya no puede radicar en las cotizaciones del trabajador y del estado

sino que pretende un financiamiento diferente para poder extenderlo a este sector mayoritario; si no la cobertura total por lo menos los servicios indispensables en cuanto a su protección y la de su familia. En el aspecto de la función territorial del régimen las prestaciones médicas del seguro social, han tenido la cobertura gradual que se inició en el área metropolitana y se ha ido extendiendo en forma más acelerada durante los últimos años a los diversos municipios del país, que posiblemente se complete dentro del próximo año en la cobertura total de todos los municipios del país.

El régimen de pensiones de invalidez, vejez y muerte comenzó el primero de enero de 1969, cubriendo a todos los municipios del país.

Al analizar los principios constitucionales relativos a la seguridad social, tenemos el Art. 186, la única que fija la contribución de trabajadores, patronos y Estado que es lo más usual en muchos regímenes de seguridad social; para nosotros en El Salvador, esta disposición constitucional ha significado en la práctica un freno a la extensión de los programas del Seguro Social en cuanto la decisión política de extender los beneficios del seguro a otros sectores y actividades económicas. Hubiera sido de desear que esta disposición se hubiera dejado para mayor flexibilidad en la Ley del Seguro Social, que podía ser modificada después de la primera etapa de la implantación del seguro y exonerar al Estado en cuanto tal, de una contribución directa en la forma de cotizante activo porque precisamente esa contribución frena en muchos momentos, la decisión de extensión gradual del régimen.

En los Seguros de Pensiones, se establece como recomendación de carácter técnico, que como respaldo financiero del otorgamiento de las prestaciones de este seguro, exista por lo menos una determinada densidad de cotizaciones; es decir: un mínimo de cotizaciones en relación con determinado tiempo; éste ha sido el principio adoptado por el seguro social en materia de invalidez, vejez, muerte, que se concreta en la disposición del Art. 5 del Reglamento para la Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, al que haremos referencia en todo el resto de la charla; dentro de nuestro sistema y en relación por invalidez, en materia de cotizaciones, es necesario acreditar un período mínimo equivalente a cien semanas completas continuas o discontinuas en los cuatro años anteriores a la fecha de la iniciación de la invalidez; esto es una aplicación para todos los asegurados menores de 30 años. Cien semanas de cotización en los cuatro años anteriores a la solicitud de las prestaciones, prácticamente es el equivalente aproximado a 2 años de cotización en los últimos cuatro. La densidad de cotización es exigida como requisito para tener derecho a prestaciones, ¿qué está establecida en esa relación? Para los asegurados cuya edad oscila entre 30 y 40 años, el requisito es de 150 semanas en los últimos diez años; para los mayores de 40 y menores de 50, 200 semanas en los últimos 8 años; para los mayores de 50 y menores de 60, de 250 semanas en los últimos diez años; y para los mayores de 60, son 300 semanas de cotización en los 11 años anteriores a la solicitud de la prestación; de manera que se ha reglamentado la base de acreditar un mínimo de cotización prescrito como densidad; es decir: cierto número de cotizaciones en relación a un determinado tiempo, hechas efectivas dentro de un determinado período de tiempo.

Siempre en el documento que hacemos referencia, la prestación de invalidez debería pagarse en caso de incapacidad para efectuar un trabajo, razonablemente

remunerado a causa de un estado crónico debido a enfermedad o lesión, o a causa de la pérdida de un miembro o de una función. La cuantía de la prestación será proporcional a las ganancias anteriores al asegurado, debería admitirse el derecho a prestaciones si la persona cuya capacidad para el trabajo esté reducida, no puede ganar con un esfuerzo normal por lo menos un tercio de las ganancias normales que obtengan las personas físicamente sanas con una formación similar en su empleo anterior, este principio ha sido recogido en la disposición del Art. 13 del reglamento de aplicación del seguro de pensiones; se considera inválido no al incapacitado físicamente sino al que a consecuencia de enfermedad o accidente común vea disminuida su capacidad de ganancia, por lo menos en un 66%; es decir se considera inválido al trabajador asegurado incapacitado para trabajar a consecuencia de una enfermedad o accidente, vea disminuida en razón de esa incapacidad sus ganancias normales en un 66% o más. En cuanto a la vejez la OIT recomienda que la prestación de vejez debería pagarse cuando se alcance la edad prescrita que debiera ser aquella en la que comúnmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente.

La edad mínima para poder solicitar la prestación de vejez debería fijarse en 65 años para el hombre y 60 para la mujer como máximo, sin embargo podría fijarse una edad inferior para las personas que durante muchos años han trabajado en labores penosas o insalubres, esta recomendación se refleja ya en nuestra legislación del seguro de pensiones por invalidez, vejez y muerte, en el Art. 32 del reglamento de aplicación; se establece precisamente como edad de retiro de 65 años para el hombre y 60 para la mujer.

Se establece un límite inferior dentro de las condiciones que hemos dicho previamente para el retiro de las personas que hayan trabajado durante mucho tiempo en labores penosas e insalubres y tratándose de ello los hombres pueden jubilarse a los 60 y las mujeres a los 55. En relación con la muerte del jefe de familia la recomendación dice que las prestaciones de sobrevivientes deberían pagarse cuando se presuma que la pérdida de los medios de vida de la familia, está motivada por la muerte de su jefe, las prestaciones de sobrevivientes deberían pagarse a la viuda del asegurado por los hijos, hijos adoptivos y a reserva de que estuvieran inscritos anteriormente como personas a su cargo, por los hijos ilegítimos de un asegurado o de una asegurada. En las condiciones determinadas por la legislación nacional a la mujer que no estando casada haya suavizado con esto, el art. 42 del reglamento de aplicación establece precisamente como beneficiario de prestaciones de sobrevivientes a estas personas: la viuda o el viudo permanente y los hijos del asegurado hasta la edad de 16 años, o de 21 si hacen estudios regulares en establecimientos educacionales públicos o autorizados por el estado; la compañera de vida que en atención a la necesidad sociológica normal tiene frente al Seguro Social y bajo determinadas condiciones los mismos derechos que la esposa legítima es también beneficiaria de las prestaciones de sobrevivientes en ausencia de viuda. Los padres legítimos o adoptivos que tengan 65 o más años de edad el padre o de 60 o más la madre, o de cualquier edad si son inválidos, la existencia de beneficiarios de un orden de los mencionados excluye del derecho pensión a los siguientes, no obstante la compañera de vida tendrá derecho a pensión cuando no haya viuda, aunque hayan hijos; son beneficiarios de pensión de sobrevivientes a la muerte de un asegurado en primer lugar la viuda y los hijos menores que dependían económicamente del asegurado, a falta de viuda la compañera de vida debidamente ins-

crita en seguro social, y a falta de viuda, huérfanos o compañera de vida es decir el defecto de los beneficiarios anteriores los padres del asegurado que hayan cumplido la edad del retiro en la que se presume en todo caso la dependencia económica es decir la edad de 65 años el padre y 60 la madre.

El financiamiento de pensiones por el régimen de invalidez, vejez y muerte descansa fundamentalmente en las cotizaciones tripartitas establecidas por principios constitucionales como hemos visto previamente, el orden del 4% del salario de los trabajadores, la tasa de cotización prevista reglamentariamente en la etapa inicial de funcionamiento de este seguro que se distribuye con 1% para el trabajador un 2% a cargo del patrono y un 1% a cargo del estado, además de las cotizaciones sobre salarios está previsto en el Art. 4º del reglamento de aplicación, una cotización sobre subsidio por incapacidad temporal es decir sobre la prestación económica que otorga el seguro en caso de incapacidad temporal por enfermedad o accidente; esta cotización en sí no tiene carácter financiero relevante pero tiene por objeto no dejar descubierto durante los períodos de incapacidad temporal, no dejar descubierta la sujeción al régimen de pensiones porque dentro del límite máximo conocido de ustedes de 52 semanas la ausencia de un año de cotizaciones podría afectar eventualmente al asegurado, tanto que en cuanto a la determinación de su derecho como en cuanto a la cuantía de la prestación que eventualmente se le pueda liquidar, de manera que al régimen de pensiones, no se cotiza exclusivamente sobre salario, también se cotiza cuando un asegurado se encuentra incapacitado temporalmente y gozando de los subsidios que le concede el seguro de maternidad, enfermedad y riesgos profesionales. Finalmente el Art. 4 que comentamos establece que el seguro de pensiones se financiará también con las rentas, utilidades, de las inversiones de las reservas que se acumulen, y a este propósito tal vez convenga hacer una aclaración porque hemos tenido la oportunidad de captar alguna confusión sobre esta materia; tratándose de un régimen de cobertura de un riesgo a largo plazo los ingresos iniciales del sistema se capitalizan y están destinados legalmente a ser invertidos en valores rentables y el producto de la renta de la inversión de esta reserva, constituye una fuente importante para el financiamiento del sistema. La ley del seguro social modificada en 1969 introdujo disposiciones limitativas acerca del destino de la inversión de las reservas técnicas, precisamente en función de garantizar la seguridad de la inversión, y ha sido muy usual cuestionar el por qué el Seguro Social invierte en actividades distintas a las propias finalidades del seguro, en vez de dar esos recursos y esos fondos a la mejora de sus instalaciones y servicios de carácter médico. La respuesta a esta objeción es obvia y bastante lógica, el dedicar fondos de reserva del seguro de pensiones a la infraestructura médica del seguro de enfermedad, maternidad y riesgos profesionales, no constituiría en sí una inversión sino un gasto, pero la situación conviene aclararla, no va a tener un carácter definitivo y permanente, desde el momento que se estableció legalmente la imposibilidad, es decir, se estableció la prohibición de invertir, de traspasar fondos de un régimen al otro, es función de seguridad del sistema naciente, de pensiones a partir de 1969, pero es una situación que puede ser cambiada precisamente porque estas reservas capitalizadas destinadas a ser una fuente de recursos vía inversión debe dentro del sistema financiero del seguro de pensiones mantenerse inalterable, es decir las reservas no se descapitalizan de manera que eventualmente y cuando estime conveniente, es posible y no es contrario a la doctrina el reformar la ley que es limitativa en la actualidad y permitir que se invierta los fondos de las reservas de pensiones en el seguro médico para su infraestructura, siempre y cuando de parte del seguro

médico se reciba la renta actuarial prevista como mínimo para mantener la estabilidad financiera del sistema de pensiones; conviene tener presente que esta tasa de cotización del 4%, establecida al inicio del sistema, no es una tasa definitiva, ningún régimen de prestaciones por invalidez, vejez y muerte del plan de beneficios que contempla, se puede financiar indefinidamente con un costo igual al 4% del salario, y adoptó el sistema financiero de forma escalonada para hacer viable y más fácil la introducción del sistema, pero está previsto reglamentariamente de acuerdo con el Art. 5º del reglamento de aplicación, que cada vez que los ingresos del régimen de pensiones por concepto de las cotizaciones y los intereses de la reserva técnica, sean insuficientes para cubrir los egresos en concepto de prestaciones y de administración, la cotización será elevada al 2% de remuneración es decir, en una primera etapa, los ingresos en concepto de cotizaciones superan grandemente a los gastos en concepto de prestaciones pero son de un nivel creciente, y en un momento dado de esta diferencia grande en un primer momento, de ingresos y egresos surge la posibilidad de una capitalización también grande y se destina a reserva e inversión; pero llega el momento en que el volumen de las prestaciones, incrementado en razón del tiempo llega a ser tal que los ingresos normales en concepto de cotizaciones pueden llegar a ser insuficientes para cubrir las prestaciones, en ese momento de acuerdo con la disposición a que nos referimos será necesario elevar la tasa de cotización en un 2% o más y así lo prescribe la regla de aplicación, ese 2% se distribuirá proporcionalmente en la misma forma establecida para el escalón inicial.

El reglamento contempla dentro de su plan de beneficios como beneficiario de las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte en primer lugar al asegurado directo en los casos de invalidez y vejez y tratándose de las prestaciones de sobrevivientes a consecuencia de la muerte del asegurado los beneficiarios a que hicimos referencia serían: la viuda o viudo inválido, los hijos hasta la edad de 16 años o hasta los 21 si continúan estudiando, la compañera de vida y los padres legítimos o adoptivos, en orden excluyente como vimos. ¿En qué consisten las prestaciones del sistema? Son prestaciones típicamente pecuniarias que pagan al asegurado en forma periódica, es decir son pensiones de pago periódico, como prestación fundamental en el sistema de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, la prestación básica es la pensión prestación pecuniaria de pago periódico; colateralmente, accesoriamente a las pensiones liquidadas en forma que veremos en seguida, el plan de beneficios contempla asignaciones por hijos a cargo de los pensionados y constituyen un suplemento de determinada cantidad de dinero que se suma a la pensión básica a la que tenga derecho por invalidez o vejez en relación con el número de hijos menores de 16 ó 21 años en las mismas condiciones en que éstos serían beneficiarios a su vez de pensiones de orfandad, y dependen económicamente del pensionado. Otra prestación importante aunque no básica del sistema es la prestación médica a que tienen derecho los trabajadores asegurados directos dentro del seguro de maternidad, enfermedad y riesgos profesionales es decir las mismas prestaciones que el seguro de enfermedad le otorga al asegurado activo las recibe dentro del régimen de pensiones el pensionado directo; tienen derecho a pensiones médicas tanto los pensionados por invalidez como los pensionados por vejez, no son extensivas a la familia en la situación actual de desarrollo del régimen. En principio las prestaciones del sistema son directamente proporcionales a los aportes hechos todo el tiempo en que el asegurado cotizó, hay una relación

directa entre los aportes y la cuantía de las prestaciones, de acuerdo con las disposiciones pertinentes. Las primeras 150 semanas de cotización efectiva al régimen de pensiones dan derecho a una pensión básica equivalente al 40% del salario base por el cual el trabajador haya cotizado al sistema, es decir las prestaciones se determinan en relación proporcional directa a los salarios sobre los cuales se cotiza. Y dependen del tiempo durante el cual se haya cotizado, 150 semanas de cotización dan derecho a un 40% del salario base; a partir de esa base cada 50 semanas de cotización posteriores con el equivalente de un año de seguro, dan derecho a que esa cuantía básica del 40% se incremente en 1% más, de manera que en función del tiempo que el asegurado haya estado cotizando al régimen, las pensiones del sistema deben oscilar entre un 40% del salario base y un 90% del salario como máximo; al mismo tiempo el artículo 70 del reglamento de aplicación prescribe que ninguna pensión podrá ser inferior al 60% de la remuneración mínima afecta al seguro es decir que si por aplicación de las reglas a que acabamos de referirnos de un 40% del salario base por 150 semanas de cotización y 1% por cada 50 semanas posteriores a esas primeras resultara liquidada una pensión inferior al 60% de la remuneración mínima afecta al seguro fijado actualmente en 85 colones al mes el mínimo de salario afecta a cotización la pensión se eleva porque no puede ser inferior a ese porcentaje, se establece como pensión mínima el 60% de la remuneración cotizante establecida reglamentariamente.

Estas disposiciones reglamentarias referidas al asegurado directo para sus prestaciones para su invalidez, o vejez sirven a su vez de base para calcular y liquidar las prestaciones. Para los asegurados que fallecen sin estar pensionados, para el cálculo de la pensión a los sobrevivientes es la cuantía de la prestación a la que habría tenido derecho en concepto de pensión de invalidez, si estuviera incapacitado a la fecha de su muerte; la de la viuda es del 60% a cada uno de los hijos 30%; en el caso de los padres 60% si sobreviven ambos el 40% si es uno solo el huérfano que ya lo era de padre o madre, es decir en los casos orfandad tiene derecho a un 40% de la pensión más alta, que correspondan del padre o de la madre cuando ambos eran asegurados. Estos personajes están condicionados a un límite máximo establecido también reglamentariamente, la suma total de las prestaciones de las pensiones de sobrevivientes cuando fueran varios los beneficiarios no pueden exceder el 90% de la pensión a que habría tenido derecho; respecto de las cuantías de las pensiones aparentemente son exiguas sobre todo teniendo en cuenta al inicio del régimen que están liquidando prestaciones de tipo básico es decir que andan alrededor del mínimo, establecido reglamentariamente de un 40%, más convendría hacer una relación que permita establecer dentro de nuestro medio cuál es la utilidad práctica en este primer momento de las prestaciones del sistema. El requisito mínimo para tener derecho a una jubilación o a una pensión de vejez, es de 750 semanas completas de cotización son el equivalente aproximado de 15 años bajo seguro 15 años bajo cotización, el régimen está supuesto a cubrir desde que empieza la labor, para jubilarse a los 65 años, el trabajador que cotiza el sistema cuando comienza a laborar 20 años o más tiene la oportunidad de haber cotizado antes de jubilarse 40 años o más, el requisito mínimo es de 15 años; cuando la aplicación del régimen sólo llega a 4½ años, no le han concedido prestaciones por deber.

El 1º de enero de 1969, cotizaron el sistema trabajadores de todas las edades que habían cumplido ya la edad de retiro, habían trabajadores activos de más de

65 años, o de 70 y más años para los cuales era imposible cumplir el requisito mínimo de 15 años de cotización; en las Disposiciones transitorias se previó la aplicación de un crédito especial para estas personas, todos los trabajadores que a la fecha de inicio, el 1º de enero 1969, habían cumplido la edad de 30 años y superado tienen derecho en virtud de la disposición reglamentaria a la aplicación de un crédito de cotizaciones en función de la edad, el reglamento establece 25 semanas de cotización, a todos los asegurados mayores de 30 años, 25 semanas de cotización por cada año en exceso de 30 al inicio de régimen, este crédito especial tiene un límite máximo de 500 semanas de cotización, es decir no puede exceder las 600 semanas, todos los asegurados en edad avanzada, al inicio del régimen después de haber cotizado los 2 primeros años, concretamente en 1969 y 1970 tuvieron derecho a la aplicación de este crédito, máxime a 600 semanas de cotización, la cotización efectiva de los tres primeros años de vigencia 1969, 1970 y 1971, es decir después de 150 semanas de vigencia de la aplicación del régimen hubo asegurados en condición de completar el requisito mínimo. Fue así como el sistema dio sus primeras prestaciones de vejez a fines de 1971.

LA SEGUNDA INSTANCIA LABORAL (*)

Por Dr. RONOLDY VALENCIA URIBE •

PRIMERA PARTE

Hablar de la Segunda Instancia Laboral equivale a hablar de los recursos de Revisión y de Apelación de que trata el Título 4º del Libro 4º del Código de Trabajo, recursos que por ser ordinarios crean Segunda Instancia.

Como en la Jurisdicción Laboral extranjera se ha establecido la improcedencia de recursos, instaurándose de esa manera la instancia única en el procedimiento de trabajo, consideramos conveniente referirnos primero a esta materia de la única instancia antes de pasar a desarrollar el tema propuesto sobre el doble grado de jurisdicción.

Dentro del Derecho Procesal de Trabajo, se propugna hoy día por la supresión de los recursos. Sostienen algunos juslaboralistas que dada la situación económica precaria de los trabajadores, a los procesos de trabajo se les debe dar la debida celeridad a efecto de obtener una pronta solución de los conflictos. Se dice que el procedimiento laboral reducido a una sola instancia ganaría en brevedad, simplicidad y economía y que en consecuencia se debe establecer la instancia única como una forma de administrar una justicia expedita al servicio de la clase trabajadora. En la jurisdicción laboral azteca, de las resoluciones que dictan las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que son los organismos jurisdiccionales encargados de dirimir las contiendas de trabajo, no se admite ningún recurso. La improcedencia de recursos es categórica en la Ley Federal de Trabajo de México, cuyo Artículo 816 dispone: "Las resoluciones de las juntas no admiten ningún recurso. Las juntas no pueden revocar sus resoluciones. Las partes pueden exigir la responsabilidad en que incurrir los miembros de las juntas". Los laudos o sentencias de estos organismos jurisdiccionales, como puede apreciarse, están revestidos de una indiscutible firmeza, pues tal como lo establece el inciso primero del precepto legal citado, dichas providencias no sólo no admiten ningún recurso, sino que además las juntas no están autorizadas o no están facultadas para revocarlas ni de oficio ni a petición de parte. El segundo inciso reconoce el derecho que tienen las partes para exigir la responsabilidad en que incurran los miembros de las juntas. A simple vista, pareciera que

* Conferencia pronunciada en el "Seminario Sobre el Nuevo Código de Trabajo", realizado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, en los días comprendidos del 14 al 27 de julio de 1973.

• Abogado. Vice-Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y Profesor del Departamento de Derecho Privado de la misma. Magistrado de la Cámara 1ª de lo Laboral.

contra las sentencias de los Tribunales de trabajo mexicanos, no obstante lo antes expuesto, se pudiera interponer el recurso de responsabilidad, así llamado erróneamente en la legislación nacional como en la extranjera, siendo como lo es, que no es ningún recurso. Cuando un juez o magistrado en el ejercicio de sus funciones dicta una resolución o sentencia injusta, por negligencia o por ignorancia inexcusable se hace acreedor a que se le exija responsabilidad civil. En la práctica esa responsabilidad se deduce a través de un proceso autónomo que se llama juicio de responsabilidad. De manera que las sentencias de las juntas de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje no son impugnables ni son revocables y la única forma como se les puede atacar o combatir es por medio del juicio constitucional de amparo directo que se promueve ante la Suprema Corte de Justicia o ante los Tribunales Colegiados de Circuito. El amparo pues, es un juicio, no un recurso y en relación con el régimen de garantías individuales únicamente constituye un medio de defensa constitucional a través del cual se somete a las Juntas de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje bajo el control del Poder Judicial en lo que respecta a la aplicación del Derecho e interpretación de la Ley. El amparo directo, por ejemplo, contra el laudo o sentencia colectiva no tiene otro objeto que examinar si se cumplieron las normas de procedimiento para la tramitación y decisión del proceso colectivo de orden económico, ya que del contenido del mismo no puede entrar a conocer la alta jurisdicción. En otras palabras, el amparo tiene por finalidad reparar las violaciones que se cometan en el derecho existente, pero en modo alguno es posible en el ejemplo propuesto que por medio de él se entre a estudiar la situación económica de las empresas, ni mucho menos a decidir cuál ha de ser el criterio para la justa distribución de la riqueza o cuál es la parte que en los beneficios de la negociación haya de corresponder a los trabajadores y a los patronos. La función del Tribunal que conoce del amparo directo, se concreta en este campo a vigilar el cumplimiento de las garantías individuales y el respeto de las formalidades esenciales del procedimiento en las controversias y constatar que los laudos se dicten conforme a las leyes. Algunas de las ejecutorias de amparo las transcribe en su famoso tratado de DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, el Dr. de la Cueva.

Como la legislación mexicana de trabajo ha servido de modelo y paradigma a casi todas las legislaciones del mundo, esta idea de la única instancia en el procedimiento laboral se ha ido abriendo paso tanto en América Latina como en Europa. En los países escandinavos no se autoriza la apelación sino para casos muy excepcionales. En la república Argentina no existe una legislación uniforme para toda la nación y así vemos que en las provincias de Buenos Aires, Salta y Tucumán se han establecido tribunales colegiados de única instancia, cuyas sentencias causan en consecuencia ejecutoria, es decir, son inapelables, y por lo mismo tienen la virtud de concluir en forma definitiva los litigios de trabajo. En las demás provincias del estado la jurisdicción de trabajo está regida por el principio del doble grado de jurisdicción. En el Código de Trabajo de Guatemala son inapelables las sentencias que se pronuncian en los juicios de trabajo cuando el valor de los que se litiga no excede de los 100 quetzales. En El Salvador se ha regulado el juicio de única instancia, el que tal como tendremos oportunidad de demostrarlo más adelante no es tal, pero la ley lo designa con ese nombre y es aquél en el que el monto de lo cuestionado no excede de 200 colones. En el Código de Trabajo de Costa Rica, son inapelables las sentencias que pronuncian los alcaldes, en aquellos asuntos que se formulan en juicios que se estiman en 100 colones o menos. En el Código Procesal de Trabajo de Colombia está reglamentado el juicio de única instancia del mismo modo como lo está el de igual clase aquí en El Salvador, con la única diferencia de

que allá todo lo actuado se asienta en un libro foliado y rubricado por el Juez y el Secretario de actuaciones: son aquellos juicios cuya cuantía no excede de 300 pesos. En Italia cuando el valor de la cosa litigada no excede de 2000 liras son inapelables las sentencias pronunciadas por los tribunales industriales, en conflictos de trabajo. En los tribunales también industriales de Alemania y de Francia, mientras la cantidad que se reclame no pase de 300 Marcos en Alemania y de 300 Francos en Francia no admiten ningún recurso.

De todo cuanto se ha expuesto, se concluye que en términos absolutos la instancia única en el procedimiento de trabajo sólo se encuentra establecida en México. En Suecia, Noruega y Dinamarca, se da pero no para todos los casos ocurrientes. En Argentina existe para la generalidad de los casos que se plantean, pero sólo en las provincias ya mencionadas, al menos así estaba organizada la jurisdicción de trabajo en ese país en 1968; y en casi todas partes existe la instancia única, pero únicamente para aquellos asuntos de poca monta.

Por regla general existe en todos los países un sistema de recursos mediante el cual el estado tiende a asegurar el mejor ejercicio de la función jurisdiccional. Se parte de la idea de que por muy diligentes que sean los jueces y magistrados y por muy firme y decidido su propósito de apegarse estrictamente al cumplimiento de sus deberes, siempre incurren en errores, aplicando indebidamente la ley, ya que como hombres que son no pueden escapar a la regla de la falibilidad humana. Es por ello que en todos los tiempos y en todos los lugares, se ha sentido la necesidad de crear medios técnicos adecuados que permitan reparar los agravios e injusticias que son susceptibles de causar dichos funcionarios con esos posibles errores, concediendo a las personas que se consideren agraviadas o perjudicadas la facultad de exigir esa reparación, sometiendo la resolución judicial que irroga la injusticia o agravio a un nuevo examen o revisión, ya sea por el mismo juez o tribunal que la haya dictado o por otro juez o tribunal superior, según sean los casos.

Los recursos judiciales se han establecido para proteger un doble interés: el interés privado de las partes, es decir, el que persiguen los litigantes de obtener una decisión judicial a su favor, y el general o público que dice relación a la necesidad social de que la justicia se administre con las mayores seguridades de acierto en los fallos. Entre más bien organizado se encuentre un sistema de recursos, más fácilmente se alcanza la justicia como fin supremo de la función jurisdiccional. En casi todos los lugares donde están establecidos los tribunales de trabajo, existe el doble grado de jurisdicción, habiendo la tercera instancia caído en decadencia desde hace mucho tiempo en el procedimiento común y con mayor razón en el de trabajo que por su propia naturaleza debe ser más breve y sencillo. En nuestro país, hasta el año 1963 en que se promulgó el primer Código de Trabajo, se mantuvo la triple instancia laboral, ya cuando en el procedimiento común desde hacía diez años había desaparecido la súplica y el recurso extraordinario de nulidad, al instaurarse la casación, lo cual representaba un patente contraste si se considera que la justicia laboral debe administrarse en una forma más rápida y expedita. Como se recordará, en los antiguos tribunales administrativos de trabajo, de las resoluciones de los Delegados e Inspectores Departamentales de Trabajo se admitía el recurso de apelación para ante el Director del Departamento Nacional del Trabajo y de las que este funcionario pronunciaba cuando no eran conformes con las de primera instancia se admitía recurso de súplica para ante el Ministro de Trabajo y Previsión Social.

Sobre si es conveniente mantener el sistema de instancia única en los juicios de trabajo o el de dualidad de instancias, ha habido diversos pareceres entre los procesalistas. Los que defienden la instancia única aducen como razones las siguientes: a) que la posibilidad del error no se evita con el recurso, pues también la segunda instancia puede incurrir en él; b) que si las sentencias son contradictorias la decisión queda incierta, no sabiendo si atenerse a una o a otra y que con esto además se quita autoridad moral a la cosa juzgada; c) que la segunda instancia por sí hace cara y lenta la administración de justicia; d) que si el tribunal de segunda instancia ofrece un máximo de garantía de acierto, hay que dejarlo a él funcionando, debiendo suprimirse el de primera instancia; e) que en realidad la sentencia de primera instancia existiendo el doble grado de jurisdicción, sólo tiene el valor de un dictamen; f) que la sentencia de segunda instancia puede ser peor o más perjudicial que la de primera, y g) que el recurso es un arma temible en manos de un litigante insolvente o de mala fe. Por su parte, los partidarios de la dualidad de instancia expresan, rebatiendo los argumentos anteriores: a) que el error es menos probable en el segundo examen; b) que si la sentencia de primera y segunda instancia son contradictorias, habría lugar de discutir a cuál de las dos debe dársele la preferencia, si no hubiere organización jerárquica; pero habiéndola es natural que tenga toda la fuerza la resolución de segunda instancia, sobre todo si se toma en cuenta el supuesto que siendo el tribunal de segunda instancia de organización colegiada dé mayores garantías de acierto. Además se dice, que si la sentencia de segunda instancia confirma la de primera prueba que no hubo error y si la revoca lo corrige; c) que la economía y la rapidez en el procedimiento no deben ser en perjuicio de la buena administración de justicia; d) el tribunal de segunda instancia ofrece mayores garantías no sólo porque se trata de un cuerpo colegiado, sino también porque viene a revisar y a estudiar de nuevo la resolución del Juez de primera instancia. Si se suprime la primera instancia, entonces el Tribunal de segunda instancia sería natural y efectivamente Tribunal de primera, necesiándose siempre la creación de un Tribunal superior que garantice a los litigantes; e) que sólo con la jerarquía de los Tribunales se consigue que los de segunda instancia tengan superiores condiciones de ciencia y de práctica de juzgar y por lo tanto de acierto en sus fallos; f) que es muy cierto que la sentencia de segunda instancia puede empeorar la de primera, en algunas ocasiones; pero ello no quita las ventajas de las existencias de una segunda instancia, porque creer que los hombres que componen este Tribunal no pueden jamás equivocarse es una posición utópica, ateniéndose a la realidad de los hechos humanos; y si pueden equivocarse los Jueces de segunda instancia, con mayor razón se equivocan los de primera, exigiéndose por lo tanto la segunda instancia para amparar al litigante perjudicado, y g) que la duplicidad de instancia está admitida en todas las legislaciones modernas y que el abuso que puede refrenarse por otros medios, nada dice contra la bondad de la Institución.

En realidad si esta cuestión la consideramos en forma abstracta, resultan valederas las razones de unos autores como las de los otros; sin embargo, en nuestro sentir no debe plantearse en términos absolutos una cuestión que tiene esencialmente un interés práctico y que por ende debe resolverse en forma concreta, atendiendo a la organización judicial y al sistema procesal propio de cada país. En lo que al nuestro se refiere, consideramos que debe mantenerse la dualidad de instancia, pues si en algunos países como en México que va a la vanguardia en materia de Derecho Social se ha establecido ya la instancia única, es precisamente porque se ha logrado alcanzar un alto desarrollo de las instituciones jurídicas y por otra parte siempre en relación con la organización judicial de México, porque las Juntas de Conciliación

y de Conciliación y Arbitraje que son Tribunales especiales y que no admiten paralelo en ningún otro país del mundo, garantizan suficientemente la función a ellos encomendada de administrar justicia laboral, por la forma como están compuestos y por el criterio económico social con que resuelven. Creemos que debe mantenerse el sistema de doble grado de jurisdicción entre nosotros en tanto: 1) se mantenga un sistema de organización judicial deficiente; 2) el número de jueces de lo laboral y de Cámaras de segunda instancia sea escaso, tomando en consideración la enorme cantidad de conflictos de trabajo que se suscitan; 3) en la selección de los funcionarios judiciales no se siga un esmerado cuidado y se designe a personas que no hayan hecho del Derecho del Trabajo su especialidad, ni reúnan las condiciones de ciencia y de práctica de juzgar necesarias para garantizarle a los sectores interesados una buena administración de justicia; 4) no se asegure a dichos funcionarios estabilidad en sus cargos. Ocurre algunas veces que se nombran jueces o se designan Magistrados a Abogados que no tienen vocación para la carrera judicial y que por el contrario no se retiene en sus cargos a aquellos funcionarios judiciales que dan demostraciones palpables de su auténtica vocación para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Antes de pasar a hablar de la revisión, tal como la tenemos regulada en nuestra legislación, nos vamos a referir a este recurso así como está reglamentado en el Derecho Extranjero y aun aquí entre nosotros en materia penal. Tradicionalmente se ha considerado como un recurso extraordinario y en ese carácter se da contra sentencia firmes y ejecutoriadas y tiene por objeto anular o volver ineficaces dichas sentencias, dando paso a que se pronuncien las que sean justas y legales. Así, como recurso extraordinario existe en las legislaciones americanas y en la española, tanto en materia de derecho civil como en materia de derecho penal y además en la Península Ibérica en lo laboral, ya que en esta materia la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplica supletoriamente.

De acuerdo con nuestra Legislación Procesal Penal, hay lugar a rever toda sentencia ejecutoriada pronunciada en causa criminal por delito, en cualquiera de los casos siguientes: 1) cuando dos o más personas hayan sido condenadas en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola; 2) cuando alguno haya sido condenado como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena; 3) cuando alguno haya sido condenado por raptó de una doncella, sustracción de menores, etc., y después de la condena se encuentra a la persona desaparecida o se demuestre que sobrevivió o que no tuvo culpa de su muerte el condenado; 4) cuando la sentencia se apoya en documentos declarados después falsos, o en declaraciones de testigos convictos después de falso testimonio y 5) si se llegare a demostrar la no existencia del delito. Los anteriores casos están contemplados en el Art. 509 del Código de Instrucción Criminal, y en relación con ellas la justicia y la equidad exige la revisión de la sentencia, siendo el efecto del recurso anularla o declararla ineficaz, mandando que el condenado no sufra pena alguna, ordenando a veces que el juez a quien corresponde el conocimiento del delito, sentencie de nuevo la causa, tomando en cuenta la circunstancia que haya motivado la revisión o disponiendo en otros casos que se continúe el cumplimiento de la condena, si el recurso no fuere bien fundado.

En materia laboral, en España, decíamos que se da la Revisión como recurso extraordinario pues como tal está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que

es ley supletoria. Para que vean ustedes cómo funciona el recurso les voy a relatar un caso: Un trabajador demandó a su patrono en un Tribunal Industrial de la provincia de Barcelona, reclamándole cantidad de pesetas a título de salarios adeudados. El patrono tenía su residencia y domicilio y el asiento de sus negocios en Madrid, y entonces a propósito y con mala fe, el trabajador en su libelo de demanda dijo que su demandado era ausente en paradero ignorado. La ley de enjuiciamiento dispone que en casos como éste, la sentencia o fallo que resuelve definitivamente la contienda, debe notificarse al demandado por medio del Boletín Oficial de provincia y así se hizo la notificación de la sentencia desfavorable para el patrono demandado, sin que lo fuera además en la Gaceta Oficial de la capital, para que por ese medio publicitario pudiera darse cuenta de la acción contra él entablada y de la sentencia en virtud de la cual se le condenaba. Como la misma ley establece el plazo de un año, a partir de la notificación para que el derecho de audiencia caduque, transcurrido que fue tal plazo, el vencido en el juicio no tuvo la oportunidad de replantear el asunto ante las autoridades judiciales superiores, utilizando para ello los recursos ordinarios y el victorioso cuando la sentencia quedó firme y ejecutoriada solicitó la ejecución de la misma, habiéndose librado a Madrid el exhorto de embargo. Para entonces pues, el trabajador había denunciado que los bienes del demandado estaban situados en Madrid y fue por medio del cumplimiento de esta diligencia como el patrono agraviado tuvo noticia del litigio que en su contra había seguido el trabajador. Ante semejante situación y para desagraviarse sólo le quedaba a salvo el recurso de revisión que allá tiene efectos parecidos al recurso extraordinario de casación entre nosotros. El supremo tribunal en la sentencia que dictó dijo, que en vista de la cédula personal del patrono y del empadronamiento general de los habitantes de Madrid de los cinco años anteriores y tomando en consideración que el trabajador demandante había obtenido esa sentencia favorable, valiéndose de propósitos dolosos en el clásico concepto romanista de toda clase de falacia y argucia para envolver, burlar y engañar a cualquiera, era procedente el recurso propuesto, lo cual se traducía en desconocer efectos jurídicos a aquella sentencia, por haberse vulnerado el derecho de audiencia o de contradicción del demandado. Pues bien, así es como está establecido en la legislación extranjera el recurso extraordinario de revisión; pero no es a esa revisión desde luego a la que nos vamos a referir. En la legislación patria el recurso de revisión es ordinario, calidad que más de alguna vez ha sido discutida entre nosotros.

¿Es la revisión en realidad un recurso ordinario? En cuanto a la apelación pues no existe ninguna posibilidad de duda, porque el Libro Tercero del Código de Procedimientos Civiles que es la ley supletoria en materia de trabajo, la conceptúa como tal; pero la duda se nos presenta con respecto a la revisión. Entre nuestros juristas esta cuestión ha sido controvertida. Sostienen algunos que se trata de un recurso ordinario, al paso que otros le niegan esa calidad. La discusión en materia de trabajo, reviste no solamente un interés teórico; tiene además un valor práctico, porque si se conviene en que la revisión es un recurso ordinario, da lugar como la apelación a una segunda instancia y si esto es así, el llamado juicio de única instancia no es en verdad de instancia única y en consecuencia es susceptible de recorrer las dos instancias, toda vez que la sentencia definitiva que le pone fin admite revisión. Vamos a tratar de demostrar que el recurso de revisión al igual que el de apelación y que el de súplica que existía antes y que era una especie de apelación en tercer grado, es ordinario y que por consiguiente crea segunda instancia. La mayor parte de procesalistas definen el recurso ordinario diciendo que es aquél en virtud del cual la cuestión litigiosa se entrega a la actividad del órgano jurisdiccional en toda su amplitud y extensión y tiene por objeto que éste determine

si la sentencia recurrida es o no justa y legal confirmándola, revocándola o modificándola, según el caso.

Si examinamos el texto de la ley, nos vamos a dar cuenta que la conceptualización de ésta sobre la revisión y apelación como recursos ordinarios concuerda con las anteriores ideas de la doctrina. Dice el Art. 571 del Código de Trabajo: "Recibido el proceso y siendo procedente el recurso, la Cámara o Sala en su caso, sin más trámite ni diligencia que la vista de aquél, confirmará, reformará o revocará la sentencia o resolución revisada, pronunciando la correspondiente dentro de tres días, contados desde la fecha en que se hubieren recibido los autos". Sobre la apelación, la disposición correspondiente a la que acabamos de leer de la revisión, está concebida más o menos en los mismos términos. El Art. 584 del mismo Código preceptúa: "Vencido el término probatorio y verificadas las pruebas propuestas, caso de haber tenido lugar se confirmará, reformará o revocará la sentencia o resolución apelada, pronunciándose la correspondiente dentro de los 5 días siguientes". Como ven ustedes el poder jurisdiccional del tribunal de segunda instancia es el mismo, ya se trate de la revisión como de la apelación. En segunda instancia pues, en cualquiera de estos dos recursos que se interponga, se persigue el mismo objetivo, la misma finalidad, después que se hace el reexamen completo, integral, total de la controversia, se determina si la sentencia del inferior es justa o injusta, legal o ilegal, y eso es lo que caracteriza al recurso ordinario. Otra de las características del mismo es que tratándose de sentencias definitivas se da para todos los casos. En el Art. 568, el Código se refiere a los motivos por los que es procedente el recurso de revisión y en los artículos 572 y 573 establece los casos en que tiene lugar el de apelación o alzada. El primero de dichos preceptos dispone que la revisión es admisible: 1) contra las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios de única instancia. Por su parte el Art. 572, estatuye que la apelación es procedente; 5^a) contra las sentencias definitivas. O sea que en todo caso en que se falla definitivamente un juicio de los que nuestra legislación laboral llama de única instancia se admite el recurso de revisión y en todo caso en que se pronuncia sentencia definitiva en un juicio ordinario, se admite el de apelación; no hay pues excepciones de ninguna clase. Por el contrario tratándose de los recursos extraordinarios y en eso la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjera y nacional son uniformes, éstos tienen lugar en ciertos casos, no en todos y por motivos especiales señalados por la ley y se circunscriben y se limitan a establecer o determinar si ha habido infracción de ley adjetiva o sustantiva o si se ha cometido un error manifiesto de hecho. De lo dicho anteriormente se concluye que el recurso de revisión es ordinario. Se esgrimen en contra de nuestra tesis los siguientes argumentos: se dice en primer lugar, que como en la clasificación general que de los recursos hace la ley, no está incluido como recurso ordinario, pues que entonces no es tal. En efecto, nuestro Código de Procedimientos Civiles que no hace una clasificación de los recursos en un solo artículo como por ejemplo el Código Italiano de procedimientos, pero que a través de varias disposiciones los clasifica en ordinarios y extraordinarios, encierra dentro de los primeros el de apelación y el de súplica que se suprimió al desaparecer la tercera instancia e instaurarse el recurso extraordinario de casación, y entre los segundos el de queja por atentado, el de queja por retardación de justicia y el de nulidad que ahora ya no existe, dejando por fuera esa clasificación, el de revisión.

Como **contra-argumento** debemos afirmar que las clasificaciones son arbitrarias y que no siempre reúnen las condiciones de exhaustividad y exactitud necesarias. Con ellas sucede como con las enumeraciones que no siempre comprenden

todos los términos que dentro de las mismas caben. Por eso en las enumeraciones se usa de la fórmula "y en otros casos semejantes" o bien se hace una enumeración por vía de ejemplificación, porque es bastante difícil hacer una enumeración que sea exhaustiva, como lo es también hacer una clasificación completa. Que son inexactas las clasificaciones lo revela el hecho de que por ejemplo, entre los recursos extraordinarios se incluya el de queja por retardación de justicia, el cual podrá ser un recurso pero no un recurso en el sentido preciso y técnico del vocablo, porque por tal se entiende todo medio de impugnación de una sentencia y el de queja por retardación de justicia no juega ese papel, pues si bien se observa, en la práctica procesal se traduce en un regaño o loga que le echa el tribunal superior al inferior, previniéndole que administre justicia sin retardo al quejoso. En nuestra propia legislación y también en la extranjera se hace patente esa inexactitud de conceptos cuando se habla del recurso de responsabilidad, ya que como lo dijimos hace poco no lo es y en realidad, de lo que con propiedad puede hablarse es de un proceso autónomo destinado a hacer efectiva la responsabilidad civil en que pueden incurrir los jueces y magistrados cuando en el desempeño de sus funciones profieren una sentencia injusta por negligencia o ignorancia inexcusable. Este es un juicio pues, y no un recurso, aunque el legislador siguiendo un criterio general, pero erróneo lo haya denominado así. Esta misma crítica puede hacerse con relación a la consulta, que tampoco es un recurso y que sin embargo, en el Código Procesal de Trabajo de Colombia se le atribuye ese carácter; y no lo es porque no constituye ningún medio de impugnación de la sentencia, al alcance de los litigantes. Lo que pasa es que cuando el juez dicta su sentencia la consulta con el tribunal superior, abriéndose en esta forma la segunda instancia de oficio o si se quiere por ministerio de la ley.

De manera pues que las clasificaciones por regla general, ni son completas ni son exactas y es en razón de esta circunstancia que hoy en día se propugna que en los códigos se prescindiera de ellas. En conclusión, el hecho de que en la clasificación legal de los recursos ordinarios no se haya incluido la revisión, no autoriza para negarle tal calidad a ese recurso. En segundo lugar, partiendo de la definición legal de instancia, sostienen algunos que la revisión no es recurso ordinario. El Artículo 6 del Código de Procedimientos Civiles, define la instancia diciendo que es la prosecución del juicio, desde que se interpone la demanda hasta que el juez la decide, o desde que se introduce un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que éste lo resuelve. Proseguir según el Diccionario de la Real Academia Española significa continuar, avanzar, llevar adelante. Tratándose de la Apelación, hay prosecución del juicio porque ante la Cámara comparecen las partes, presentan escritos y alegatos, hay apertura a pruebas, alegación de nuevas excepciones, etc.; pero en el caso de la Revisión, no podemos decir que hay prosecución del juicio, porque en el Tribunal de grado el proceso se mantiene estático, sin dinamismo, sin movimiento. La misma ley expresa esa idea de inactividad del juicio cuando prescribe que: "Recibido el proceso y siendo procedente el recurso, la Cámara o la Sala sin **más trámite ni diligencia que la vista de aquél**, confirmará, reformará o revocará la sentencia. Si esto es así, que con la sola vista del expediente el organismo jurisdiccional resuelve el recurso de revisión, dicen algunos, es lógico que no hay prosecución del juicio, esto es, que el trámite de este recurso no constituye instancia. A lo anteriormente expuesto replicamos así: ciertamente no hay prosecución del juicio cuando los autos llegan en revisión al Tribunal superior pero hasta cierto momento, hasta aquél en que la Cámara va a pronunciar su sentencia de vista. Más, la sentencia es a no dudarlo un acto procesal de una gran importancia, si se quiere

el acto procesal de mayor trascendencia del juicio, por cuanto que existiendo en nuestro sistema procesal nacla más dos instancias, la sentencia de la Cámara resuelve en forma definitiva el conflicto, clausurando de esa manera el debate judicial. De consiguiente, el proceso en grado de revisión prosigue o continúa precisamente con la sentencia del Tribunal superior y entonces habiendo prosecución del juicio, hay de acuerdo con la definición legal instancia en revisión.

Hemos tenido oportunidad de consultar algunas legislaciones de América y Europa y no hemos encontrado establecida la revisión como recurso ordinario, siendo bastante probable que sólo nuestro Derecho por excepción la consigne con tal carácter. Creemos que sus antecedentes históricos podríamos hallarlos en la Legislación Procesal Civil Uruguaya. En la República Oriental del Uruguay la ley hace una clasificación de la apelación, en apelación libre y apelación en relación, extraña clasificación por cierto que parece haber sido copiada de las Leyes Indias y que no la encontramos repetida en ninguno de los Códigos hispanoamericanos en los que es conocidísima la división de ese recurso en apelación en ambos efectos y en un solo efecto o en el efecto devolutivo. En las Leyes de Indias se otorgaba la apelación libre, cuando comparecían los litigantes al tribunal superior, expresaban y contestaban agravios, se abría a pruebas el expediente, las partes aducían nuevas probanzas, el demandado alegaba nuevas excepciones, etc. y se concedía en relación cuando el tribunal superior resolvía por expediente, es decir, con vista de los autos. Pues bien, sin ninguna posibilidad de duda, la apelación libre es exactamente la apelación propiamente dicha así como se le conoce en todas partes y como la tenemos regulada en nuestra legislación; y la apelación en relación que, como puede fácilmente advertirse, guarda estrecha analogía con nuestro recurso de revisión. Creemos pues que es ahí donde debemos encontrar los orígenes de tal recurso como ordinario. Podríamos entonces decir, atendiendo a los argumentos expuestos, principalmente a las referencias históricas anteriores, que la revisión viene a ser algo así como una variedad de la apelación. Este concepto lo reafirmamos al estudiar paralelamente el recurso de revisión y el de apelación en nuestra Legislación Procesal Civil y en la Procesal Laboral, en las que no vamos a encontrar entre uno y otro recurso diferencias de fondo o de contenido. Para demostrarlo pasaremos a examinar algunos casos de nuestro Derecho común, que revisten las mismas características de los contemplados en el Derecho del Trabajo. El Artículo 51, del Código de Procedimientos Civiles, dice: "Las demandas civiles contra los Jueces de Primera Instancia, serán seguidas y determinadas por otro Juez de Primera Instancia, si lo hubiere en el lugar; y si no lo hay, por el suplente respectivo, y en falta de uno y de otro, por el de igual clase más inmediato. En ambos casos conocerá la Cámara de Segunda Instancia, en revisión si la cantidad litigada no pasare de ₡ 500.00; y en apelación, si excediere de dicha cantidad o fuere indeterminada". De la simple lectura del precepto anterior, se viene en conocimiento que no existe entre ambos ninguna diferencia conceptual y lo único por lo que puede distinguírsele, es por razón de la importancia económica del asunto que por medio de ellos se resuelve. El mismo criterio de la cuantía siguió el legislador en lo referente a los juicios verbales, al establecer en el Artículo 503 del mismo cuerpo de Leyes lo siguiente: "Cuando la cantidad que se litiga exceda de ₡ 5.00, y no pase de ₡ 100.00, de la sentencia del Juez de Paz sólo se admite el recurso de revisión; y pasando de dicha cantidad, el de apelación". Así es también en lo laboral, esto es, se sigue el mismo criterio de la importancia del asunto o de la cuantía. En efecto, de las sentencias que pronuncian los jueces en los juicios de única instancia, se admite el recurso de revisión; y de los que dicten en los juicios ordinarios se otorga la apelación. Otro

caso de revisión está expresamente contemplado en el Artículo 808, también del Código de Procedimientos Civiles que se refiere a la tramitación de la autorización para contraer matrimonio y a la resolución que en ese procedimiento se dicta. Dice el citado Artículo: "Los que se sintieren agraviados de la resolución del Juez de Primera Instancia pueden apelar para ante la Cámara de Segunda Instancia respectiva, quien con sólo la vista de las diligencias y sin otro trámite resolverá lo que estime justo y arreglado". Aquí se le parece tanto la revisión a la apelación, que el legislador se confundió y en vez de llamarle revisión le designó con el nombre de apelación, pues no cabe la menor duda de que éste es otro caso de revisión, ya que como dice la ley el tribunal de grado resuelve el recurso con la sola vista del proceso. En el Código de Trabajo de Chile existe una disposición similar y es el Art. 565, que textualmente dice: "Recibidos los autos en apelación por la Corte de Trabajo, ésta fallará sin más trámites dentro de los 5 días posteriores a la recepción del expediente". En Chile siguiendo el sistema francés, los tribunales de Segunda Instancia no se llaman Cámaras que es la denominación que adoptan los países americanos, sino que Cortes de Trabajo. Tal recurso por más que se le llame apelación es sin lugar a dudas una revisión; pero como hemos dicho antes existe tanta familiaridad entre una y otra, son tan afines estos recursos que la única diferencia que media entre ambos es que la revisión se otorga en ciertos y determinados asuntos que son de importancia mínima, reservándose la apelación para la gran generalidad de los casos, todos de trascendencia mayor.

Dijimos al principio que la discusión sobre si el recurso de revisión es o no ordinario, tiene un valor práctico entre nosotros, pues en caso afirmativo, como tal recurso se concede contra las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios de única instancia, siendo recurso ordinario, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6 Pr. origina segunda instancia y en consecuencia los juicios así llamados no son en verdad juicios de instancia única, siendo susceptibles de recorrer las dos instancias al igual que los juicios ordinarios. Y si esto es así, cuando la acción ventilada es la de reclamo de indemnización por despido de hecho sin justa causa, si se accede a las pretensiones del trabajador, en la sentencia de vista que dicta la Cámara de Segunda Instancia, deberán aumentarse los salarios caídos en más de 20 días tal como lo manda el Artículo 420 del Código de Trabajo vigente. Como según nuestra opinión la revisión es un recurso ordinario, consideramos que el legislador cometió un grave error al llamar a esos juicios desde que se promulgó el primer Código, juicios de única instancia. El error en el nuevo Código es más garrafal, pues en el Libro 4º, título 2º, capítulo 2º, relativo a los procedimientos especiales, cuando trata precisamente de los juicios de única instancia, el Art. 429 preceptúa lo siguiente: "Las demás excepciones (se ha referido el Art. anterior a las excepciones de incompetencia territorial y a la de oscuridad e informalidad de la demanda) podrán oponerse expresamente en cualquier estado del juicio, pero sólo en primera instancia y sujetándose la alegación y la prueba de ellas a lo dispuesto en el Artículo 436. ¿Por qué venir a decir que estas otras excepciones se deben oponer en primera instancia? ¿Que no es acaso juicio de una sola instancia? De donde se infiere sin esfuerzo alguno que existe en la ley un evidente error, que debió de haberse corregido en el Código actualmente en vigor, máxime que antes de su promulgación se señalaron, en otro Seminario sobre Derecho del Trabajo que se celebró aquí mismo, algunos defectos de la ley y entre otros éste al que nos estamos refiriendo.

Entremos ahora a examinar los casos en que procede el recurso de revisión. El Artículo 568 expresa: Admiten recurso de revisión para ante la Cámara o Sala

respectiva: 1º) Las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios de única instancia; 2º) La sentencia pronunciada de conformidad al Art. 448; 3º) El fallo pronunciado en el caso del Art. 475 y la resolución que declare inadmisibles las demandas de los conflictos colectivos de carácter jurídico en los que se pide únicamente la mera interpretación de una norma; y 4º) En los juicios de única instancia, las resoluciones que declaren inadmisibles las demandas, la que declare procedente la excepción de incompetencia de jurisdicción y las que declaren nulo todo lo actuado y manden reponer el juicio. La disposición contenida en el numeral primero no amerita ningún comentario. El numeral segundo hace referencia al Art. 448 que a su vez se refiere al procedimiento que se sigue para la revisión de los fallos pronunciados en los juicios por riesgos profesionales. Veamos cuál es ese procedimiento. Cuando se reclama indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, si la acción del trabajador triunfa, el juez fija en su sentencia una cantidad que debe pagar el patrono al reclamante. El interesado puede pedir la revisión del fallo, siempre que se funde en la agravación, atenuación o desaparecimiento de la incapacidad. La solicitud se presenta ante el Juez que conoció en Primera instancia, reclamando que se haga la revisión, nombrándose peritos a efecto de que dictaminen sobre los extremos invocados, esto es, sobre la agravación, atenuación o desaparecimiento de la incapacidad y con base en esas probanzas, el juez pronunciará sentencia reformando o no el fallo. De esta sentencia que se provee es que se admite el recurso de revisión. La disposición del numeral tercero es clara y por consiguiente no hace falta comentarla. Para la mejor comprensión del numeral cuarto, es importante destacar que la incompetencia de jurisdicción a que hace alusión el mismo es la territorial, es decir, se refiere pues, a la excepción dilatoria y no a la perentoria de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, porque ésta como todos sabemos se resuelve en la sentencia definitiva. En ese mismo sentido está empleado el término en el Artículo 572 fracción 2ª referente a la apelación. Tanto esta disposición como la correspondiente a la revisión que recién hemos considerado, guardan relación con el Art. 598 que a la letra dice: De las resoluciones que declaren improcedente la excepción de incompetencia de jurisdicción o sin lugar una nulidad alegada, no se admitirá recurso alguno; pero podrá reclamarse contra ellas al recurrir de la sentencia definitiva.

Pasemos inmediatamente al trámite de la revisión. Interpuesto y admitido el recurso se remitirán los autos, dice la ley, sin tardanza y con noticia de las partes al tribunal superior que corresponda, quien después de recibirlos y siendo procedente el recurso, sin más trámite ni diligencia que la vista de los mismos, confirmará, reformará o revocará la sentencia o resolución revisada, pronunciando la correspondiente dentro de tres días contados desde la fecha en que se hubieren recibido los autos. Como vemos, tratándose de este recurso, una vez que es admitido por el tribunal de instancia simplemente notifica éste la remisión del proceso a los interesados, o sea, que no se les emplaza como en el caso de la apelación, en la que, como vamos a ver más adelante hay intervención de las partes, alegatos, nuevas probanzas, alegación de nuevas excepciones, etc.

SEGUNDA PARTE

Vamos a hablar en esta sesión del recurso de apelación. Como decíamos en la sesión del martes anterior, los recursos de revisión y de apelación crean segunda instancia en el procedimiento laboral, precisamente porque son recursos ordinarios, entendiéndose por tales aquéllos que permiten entregar la cuestión litigiosa en toda

su amplitud y extensión, a la actividad de los órganos jurisdiccionales superiores y tienen por objeto que éstos determinen si la sentencia recurrida es o no legal, si es o no justa, confirmando, revocando o reformando esa sentencia. En efecto, cuando el Tribunal superior en grado conoce tanto de la revisión como de la apelación, entra a conocer de todas las acciones y excepciones que se han ejercitado y opuesto ante el juzgado de primera instancia, persiguiéndose en ambos casos el mismo objeto. El Art. 571 dice: "Recibido el proceso y siendo procedente el recurso, la Cámara o la Sala en su caso sin más trámite ni diligencia que la vista de aquél confirmará, revocará o reformará la sentencia o resolución revisada, pronunciando la correspondiente dentro de tres días contados desde la fecha en que se hubieren recibido los autos". Y el Art. 584, que es el correspondiente a la apelación expresa lo siguiente: "Vencido el término probatorio y verificadas las pruebas propuestas, caso de haber tenido lugar, se confirmará, reformará o revocará la sentencia o resolución apelada, pronunciándose la correspondiente dentro de los cinco días siguientes". Habíamos llegado a la conclusión, de que tal es la semejanza y afinidad que existe entre uno y otro recurso que en nuestro parecer la revisión no es sino según la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, una variedad de la apelación.

Vamos inmediatamente después, a puntualizar en una forma somera las semejanzas entre uno y otro recurso: 1º) tienen de común que en ambos casos el Tribunal superior conoce del fondo de la cuestión principal en una forma integral; 2º) el fin de la apelación y de la revisión es el mismo, cual es el de que se confirme, revoque o reforme la resolución apelada o revisada; y 3º) el plazo para interponer uno y otro recurso es de tres días. Las diferencias que podemos señalar entre ambos recursos son las siguientes: 1ª) los casos o motivos en que procede el recurso de revisión contemplados en el Art. 568 son diferentes de los que señalan los Art. 572 y 573, que son aquéllos en los que se otorga la apelación; 2ª) el recurso de revisión, según el Art. 569 se puede interponer de palabra o por escrito; el de apelación en cambio de acuerdo con lo prescrito en el Art. 574 debe interponerse necesariamente por escrito; 3ª) en el caso de revisión, los autos se elevan al Tribunal superior con noticia de las partes; tratándose de la apelación, la remisión del expediente a la Cámara se hace con emplazamiento, o sea, que cuando se admite el primero de dichos recursos únicamente notifica el Juez el auto de admisión a las partes, para que tengan conocimiento de que la jurisdicción se traslada al Tribunal superior, para el nuevo examen de la controversia; al paso que cuando se trata de la apelación, se notifica al apelante y al apelado el auto de admisión y al propio tiempo se les invita a que concurran al Tribunal superior a hacer uso de sus derechos; y 4ª) cuando el Tribunal adquem conoce de la revisión falla con vista de la causa y el material de conocimiento y el material probatorio que sirve de base para la sentencia de vista, es el mismo que le ha servido de base al Juez a quo para fallar la controversia; en tanto que cuando es en apelación que conoce la Cámara, algunas veces el Tribunal se atiende a las probanzas que han sido practicadas en primera instancia, pero otras veces debe desde luego apreciar las nuevas probanzas que por excepción se han producido en segunda instancia, o sea, que el material de conocimiento y de información y los elementos probatorios, con base en los cuales dicta su sentencia la Cámara, pueden no corresponder al material de conocimiento y de información y a los elementos probatorios que han servido de fundamento para pronunciar la sentencia de primer grado y esto sucede cuando la situación jurídica planteada en primera instancia se ha modificado ante el Tribunal superior por consecuencia de haberse alegado nuevas excepciones, y de haberse vertido nuevas probanzas así de parte del apelante como del apelado. De tal manera que si el Tribunal de segunda

instancia resuelve en apelación la controversia sin más trámite ni diligencia, por falta de comparecencia de las partes, es exactamente igual como que resolviera en revisión. Esas son pues las diferencias extrínsecas entre uno y otro recurso, pero doctrinaria y legalmente como les decía anteriormente no existe entre ellos ninguna diferencia intrínseca. La diferencia principal entre la revisión y la apelación es casi siempre por razón de la cuantía o de la importancia económica del asunto que se discute.

Vamos ahora a iniciar el examen de recurso de apelación, que es en el que en casi todas las legislaciones, se basa la segunda instancia. En todas partes se abre ésta con la apelación y por ello los autores consideran que la verdadera segunda instancia se produce cuando las partes hacen uso de este recurso; pero en nuestro sistema procesal positivo, tanto civil como laboral, hay lugar al doble grado de jurisdicción, cuando se interpone apelación como cuando se hace uso de la revisión, con la diferencia desde luego de que las partes en el primer caso, tienen la oportunidad de debatir con mayor amplitud el asunto que se ha litigado en primera instancia.

Al hablar de la apelación y sus trámites, queremos señalar las innovaciones que trae el nuevo Código de Trabajo: I) De acuerdo con la legislación anterior, tanto en la revisión como en la apelación, la remisión de los autos al Tribunal superior se hacía con noticia de las partes. En el Código vigente ya se hace distinción entre uno y otro recurso, estableciéndose que cuando se admite el recurso de apelación, se emplaza a las partes para que ocurran al tribunal superior a hacer uso de sus derechos. II) Se dispone que es permitido al apelado adherirse a la apelación, cuando la sentencia del inferior contenga dos o más partes y alguna de ellas le sea gravosa. Con la anterior disposición se ha venido a disipar una duda que existía antes sobre si no siendo contraria la adhesión a la apelación, al texto y a los principios procesales que contiene el Código de Trabajo, se podía aplicar al procedimiento laboral. III) Los Arts. 577, 581 y 582 del actual Código de Trabajo, son una copia de los Arts. 1014, 1019 y 1022 respectivamente del Código de Procedimientos Civiles. Los anteriores preceptos contienen las disposiciones centrales de la segunda instancia que señalan los límites de las facultades de las partes y del poder jurisdiccional de la Cámara de segunda instancia. Esos límites resultan de una prohibición y de un derecho facultativo. La prohibición se refiere a que el demandante no puede alegar nuevos hechos, ni hacer cosa alguna que pueda alterar la naturaleza de la causa principal, porque si pudiera hacerlo ello importaría una modificación o variación de la demanda y como todos sabemos esto sólo es posible hasta antes de la contestación; y el derecho facultativo es el que corresponde a las partes de aducir nuevas probanzas y al demandado de alegar y oponer nuevas excepciones. Es importante señalar que las nuevas probanzas que pueden aducirse son las que, de modo excepcional especifica la ley: documentos para reforzar los hechos alegados en primera instancia, testigos sobre hechos que no hayan sido objeto de pruebas en primera instancia por motivos no imputables a los litigantes y confesión judicial provocada por medio de posiciones, toda vez que éstas no versen sobre hechos que hayan sido objeto de posiciones anteriores. IV) El vigente Código de Trabajo, en el Inc. 2º del Art. 577 ofrece un concepto de las nuevas excepciones y dice que son "aquéllas fundadas en hechos, acaecimientos o causas que tuvieron lugar después del cierre del proceso en primera instancia, o aquéllas respecto de las cuales la parte estuvo justificadamente imposibilitada de aducir la prueba respectiva en el tiempo oportuno". De esta manera el legislador le ha venido a poner fin a la disputa que existía entre jueces y litigantes sobre el sentido en que debía tomarse el término

nuevas excepciones, pues mientras para algunos dicho término se refería a otras excepciones, además de las ya alegadas y opuestas en primera instancia, para otros hacía referencia a las excepciones supervenientes, es decir, a aquéllas surgidas después de que se había trabado la litis o aquéllas respecto de las cuales el interesado estuvo justificadamente imposibilitado de aducir la prueba respectiva oportunamente. V) El Art. 585 expresa al principio que "si el apelado no compareciere, se fallará como si se tratase de revisión". Lo anteriormente dispuesto es un error garrafal de la ley, sencillamente porque si el apelado no se muestra parte en el incidente, pero sí el apelante, éste puede, haciendo uso de sus derechos, aducir nuevas pruebas y hacer que se modifique en alguna forma la situación jurídica planteada en primera instancia y por consiguiente la Cámara resolverá en este caso en apelación y no en revisión como erróneamente lo dice la ley. En nuestra opinión, el Tribunal superior, tratándose del recurso de apelación, solamente falla como si se tratase de revisión en dos supuestos: 1º) cuando habiendo sido emplazadas las partes no ocurren a la Cámara a hacer uso de sus derechos; y 2º) cuando compareciendo no aportan nuevas pruebas ni se alega por parte del reo nuevas excepciones. En ambos casos el Tribunal superior pronuncia su sentencia de vista, ateniéndose a las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas en primera instancia, según las pruebas contenidas en la pieza principal. VI) El Art. 585 antes citado establece que "si no compareciere el apelante, vencido el término del emplazamiento hecho por el juez, el tribunal de segunda instancia, aun de oficio declarará desierta la apelación, sin otro trámite que la certificación del secretario que asegure no haberse apersonado en tiempo la parte". Con esto se le viene a poner coto a la malicia y a la mala fe de algunos litigantes, que con el único propósito de demorar la ejecución de la sentencia de primera instancia la cual les es desfavorable, hacen uso del recurso indebidamente. VII) En el mismo Art. 585, en el Inc. final está prescrito que en ningún caso se concederá término de la distancia. Con esta norma se ha venido a desvanecer una duda que siempre existió bajo la vigencia del Código de Trabajo anterior que nada disponía sobre el particular. Las opiniones estaban divididas, pues mientras unos se inclinaban por la afirmativa, otros consideraban que ante el silencio del legislador que constituye desde luego un principio de interpretación o de hermenéutica, la ley no había querido conceder ningún término de la distancia. De esta segunda opinión participábamos nosotros y no sólo por la razón antes expuesta sino porque además si en la Ley Especial de procedimientos para Conflictos Individuales de Trabajo, que era antes de la vigencia del primer Código de Trabajo la Ley adjetiva en materia laboral, el plazo para que comparecieran las partes al Tribunal de segunda instancia era de tres días más el término de la distancia y en el Código se vino a ampliar dicho plazo a cinco días y nada se dijo sobre el mencionado término de la distancia, fue precisamente porque no se quiso concederlo, e indudablemente ésta era la opinión prevaleciente ya que como vemos el nuevo Código en ese sentido se la manifestó, de modo expreso. VIII) En el Art. 603 se establece que "no habrá necesidad de aceptación de la parte contraria, al desistirse de una acción o de un recurso". Esta reforma o modificación al desistimiento en materia civil, el cual debe necesariamente aceptarse para que produzca sus efectos, responde al principio de economía procesal, pues el procedimiento laboral tiende cada vez más a ser breve y sencillo, a fin de lograr la pronta y eficaz solución de los conflictos. IX) Finalmente el Art. 635 ordena que: "Los juicios, conflictos y diligencias de toda clase que estuvieren pendientes al entrar en vigencia el presente Código, se continuarán tramitando de conformidad con los procedimientos establecidos en éste y se fallarán de acuerdo con las leyes sustantivas vigentes en la época en que se produjo la situación o conflicto que se resuel-

ve. . .” Consideramos que en la redacción del Art. transcrito no ha sido muy feliz el legislador. Si se derogaron las disposiciones legales contrarias al Código de Trabajo que se ha puesto en vigencia y especialmente el decreto legislativo N° 241 de fecha 22 de enero de 1963, conforme el cual entró en vigencia el Código recién derogado, no hay en consecuencia leyes sustantivas contenidas en aquel Código que estén en vigor. ¿A qué venir entonces a decir que los juicios, conflictos y diligencias de toda clase que estuvieren pendientes al entrar en vigencia el presente Código, se fallarán de acuerdo con las leyes sustantivas vigentes en la época en que se originó la situación o conflicto que se resuelve? Comprendemos que el legislador quiso con esta disposición tomar una previsión y fue la de que, conteniendo el nuevo Código mejores prestaciones para los trabajadores, no se reconocieran éstas sino a partir de su fecha de vigencia, ya que de lo contrario se estaría aplicando en forma retroactiva a situaciones producidas con anterioridad. Si por principio la ley se da para el futuro y así debe aplicarse, es comprensible que se tome esta clase de medidas para las situaciones de transición entre una y otra ley. Lo que objetamos es pues, la redacción de la norma, porque perfectamente pudo haberse dicho, con más propiedad —tal vez— que en las situaciones o casos previstos se reconocerían a las partes, en el juicio, los derechos nacidos bajo el imperio o vigencia de la legislación anterior.

Queremos dejar claramente expuesto, que la segunda instancia no es una nueva tramitación del juicio, con alegaciones y pruebas propias en todos los casos, sino una revisión de la apreciación hecha en la sentencia de primera instancia, tanto de las cuestiones de hecho como de las de Derecho y como en ellas se plantearon y ateniéndose por regla general, a las pruebas practicadas en la misma. La apelación pues no es un nuevo juicio sino un nuevo estudio del procedimiento, la continuación del juicio iniciado en primera instancia o como dice Chiovenda: “La prosecución del procedimiento del primer grado tomado en las condiciones en que se encontraba antes de la clausura de la discusión”. La alegación de nuevos hechos y el empleo de otros medios de prueba, que hubieran podido ser respectivamente invocados y propuestos en la primera instancia, convertiría a ésta, para el litigante de mala fe, en un mero experimento, como dice Mortara. Si el éxito le acompaña desde luego, tanto mejor para él; si no, la verdadera instancia del juicio, la verdadera defensa, la presentaría en la apelación, con la doble ventaja de sorprender al adversario, no preparado para la réplica, y de obligar al juzgador a un análisis totalmente nuevo de los hechos y de la cuestión de Derecho.

En segunda instancia pues, la jurisdicción del Tribunal Superior es bastante limitada, a diferencia de la que corresponde al Juez de primera instancia que es amplísima, pues toca a éste conocer en forma plena de la cuestión controvertida y es por ello que con gran acierto expresó el legislador en el Art. 1097 del Código de Procedimientos Civiles, que: “La Corte, Cámaras y tribunales superiores, fuera de los casos expresamente señalados, no tienen jurisdicción sino para conocer en grado de los decretos y sentencias apelables o suplicables. Por consiguiente, al Juez de Primera Instancia corresponde de lleno ésta y la ejecución de toda sentencia ejecutoriada y de sus incidencias y dependencias”.

En la Cámara como antes lo dijimos, siendo bastante restringida su jurisdicción, sólo puede aducirse pruebas en casos muy excepcionales y por supuesto no toda clase de pruebas sino únicamente las que mencionan los Arts. 577 y 578 del

Código de Trabajo, porque correspondiendo al Juez de Primera Instancia la jurisdicción de pleno, todo ha debido proponerse y probarse ante dicho funcionario.

Para terminar deseamos reiterar nuestra opinión en el sentido de que dadas las circunstancias imperantes en nuestro medio y en vista del escaso progreso legislativo que hasta hoy hemos tenido en materia tan importante como ésta, debe mantenerse la dualidad de instancia y suprimirse de nuestro sistema procesal laboral el recurso extraordinario de casación, que en los diez años que lleva de vida ha resultado ser totalmente ineficaz e inoperante.

LA CASACION LABORAL

Dr. MARCOS G. VILLACORTA

1.—GENERALIDADES

Este tema de la casación se vuelve más importante que muchos otros, porque la práctica que se ha ido teniendo del recurso entre nosotros, ha demostrado que no venimos muy acertados, tanto al interponer los recursos como cuando se trata de la resolución de ellos. La integración de la Sala está sometida a los cambios de Magistrados; siempre hay variaciones de criterio que vienen a romper la finalidad de la jurisprudencia. Ustedes habrán comparado el Código de Trabajo nuevo con el anterior y se han dado cuenta de que se han introducido algunos avances tratando de ponerlo más adecuado a las exigencias propias del Derecho del Trabajo. La pauta que se siguió es la señalada por la Casación Civil y las diferencias sustanciales las encontramos en la posibilidad de la interposición del recurso de Casación.

Como decía el Dr. Valencia Uribe: ha habido un deseo de parte de los trabajadores para que se suprima el recurso de Casación y han propugnado por la supresión del mismo, pensando que éste retrasa la prosecución de sus finalidades. Pero lo cierto es que nosotros, que estamos viendo allá en la Corte Suprema la práctica de la Casación, observamos que los resultados no son como los trabajadores creen; es decir, la Casación no ha entorpecido hasta hoy la efectividad de los derechos de los trabajadores, porque haciendo números los asuntos que han llegado a la Corte son efectivamente pocos, si tomamos en cuenta la población del país. En este momento les podemos decir que, de acuerdo con unos cálculos hechos hace unos cuatro o cinco días, los recursos de Casación pendientes de resolución son unos tres. Los interpuestos por los trabajadores, desde que existe el Código nuevo hasta hoy, unos dos o tres; los cuales han sido tratados en forma muy especial por haber sido interpuestos por la parte económica débil.

Al sector patronal se le ha impuesto la limitación de la cuantía de lo reclamado y, desde luego también, el depósito de una cantidad proporcional a ella. Con estos obstáculos el sector patronal se abstiene, tal vez hasta en exceso, de interponer el Recurso de Casación; de manera que lo poco que se ha podido estudiar es el caso de la Casación interpuesta por el sector trabajador.

Un compañero me preguntaba por qué se había puesto esos obstáculos, que si no estábamos pecando de muy originales al exigir un depósito, al exigir que sólo procede el recurso en el caso de que pase de cierta cantidad lo reclamado y dar ese depósito al trabajador a título de indemnización si fracasa el recurso. Nosotros contestamos que la acción de quienes redactaron este Código fue bien espontánea, en

el sentido de que sin necesidad de consultar lo que ocurre en otros países, sintieron la necesidad de restringir, en cierto modo, el recurso para el sector empresarial, tratando de evitar la dilación de los asuntos y la mala intención al ponerlos.

Comparando el Recurso de Casación, tal como estaba en el Código de Trabajo anterior con el del nuevo Código, encontramos algunas diferencias, sobre todo en cuanto a los motivos por los cuales se puede interponer. Las causas genéricas son las mismas de la Casación Civil; la causa genérica del quebrantamiento de algunas de las formas esenciales del juicio es lo tradicional, pero ya se notan algunas tendencias en el sentido de quererla suprimir. Se propugna por la Casación únicamente basada en los motivos de fondo que se llaman por infracción de ley; y dentro de ellos deja la posibilidad de que en algunos casos se ampare por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

2.—VIOLACION DE LEY

Se ha considerado, generalmente, que la violación de la ley se da sólo en la omisión de una norma jurídica. Y eso está tan generalizado por nuestra costumbre de consultar autores extranjeros, pertenecientes a países en donde se ha tratado de introducir alguna originalidad de los conceptos, o de países en donde se ha hecho poco estudio de la Casación. Nuestra Ley de Casación tiene una exposición de motivos —y allí se ve el pensamiento de la Comisión de la Corte Suprema que se encargó de redactar el proyecto de ley— en donde se explica aun las consultas que realizaron: Primeramente de la Casación Española y en segundo lugar de la Casación de otros países latinoamericanos.

Nosotros creemos que lo que debemos buscar, como mejor fuente de información, es esa explicación de motivos de la Comisión que elaboró el Proyecto de Ley de Casación; pues así es como llegamos a ver en esa investigación, que la violación de la ley no es la inaplicación de ella, sino que hasta se considera la violación de la ley como un error cometido por el juez, un error raro. En la práctica he notado que la violación de la ley, y la aplicación indebida de la ley se usa entre nosotros en forma indistinta; y dice uno: "la ley que no se aplicó es una ley preferida, es una ley omitida; entonces con relación a esa ley hay violación de ley". En cuanto a la norma que se aplica, como no es la que debía haberse aplicado, decimos: "hay aplicación indebida". De esta confusión de la aplicación indebida y de la violación de la ley, nos hemos confundido hasta cierto tiempo y ya es hora de que se vayan aclarando las ideas. No es culpa de nosotros, ni de nuestro medio, porque en realidad esta cosa también se mira así, con esa incertidumbre, hasta en tribunales de mayor autoridad científica que nosotros. Por ejemplo en el Tribunal Supremo de España. La violación de ley es la preferición que se hace de una norma; se omite la aplicación, pero con tal de que esa no aplicación de la norma sea porque se ha seleccionado mal la norma que se aplica. En otras palabras, la no aplicación de la ley porque se apreció mal una prueba no es violación de ley porque esa no aplicación sería resultante de una mala apreciación, de una errónea apreciación de la prueba. Volvemos a afirmar: sólo ocurre cuando no se aplica una norma como resultado de la falsa elección de otra; y esa falsa elección de otra no es aplicación indebida de ley; pero entonces decimos: ¿Qué es aplicación indebida de ley? Eso lo vemos en el siguiente apartado.

3.—APLICACION INDEBIDA DE LEYES

La palabra o concepto “aplicación” tiene un significado general comprensivo de cualquier clase de operaciones que verifica el juez al llevar a cabo el enjuiciamiento definitivo; en este caso cualquier infracción que él cometa es infracción que se traduce con la aplicación indebida de leyes o de la jurisprudencia.

La palabra aplicación tiene un concepto genérico y un concepto restringido. El concepto genérico se traduce en la serie de operaciones que el juez lleva a cabo cuando va a pronunciar una sentencia; desde luego, en esa serie de operaciones está aquello de la apreciación de la prueba, y puede resultar que cometa un error —este error sería una aplicación indebida—; pero no es ese concepto de carácter general lo que constituye lo que en materia de casación se llama aplicación indebida de ley. Recordemos aquella idea tradicional que todavía no ha sido descartada en forma ostensible, la de que en la sentencia se da un silogismo, varios silogismos.

Si hablamos de silogismos, lo que tratamos de explicar es la forma en que se desarrolla el pensamiento del juez al tratar el asunto, al plantear la forma en la que el juez concibe su resolución final: la sentencia. En ese proceso mental es donde se ha dicho se desarrolla un silogismo: hay una premisa mayor representada por la ley, una premisa menor representada por las pruebas, y una conclusión representada por la sentencia. En esa selección que el juez hace —que no es la primera operación— si somos sinceros al analizar la operación mental que el juez realiza, no es primero la norma la que escoge, sino los hechos; y hasta nuestro Código de Procedimientos Civiles, primero actúa en el contenido de la premisa menor del silogismo, analiza el contenido de las pruebas.

Se puede cometer errores en ese análisis de las pruebas, cuando al analizarlas no se trata de seleccionar la norma que se va a aplicar; este error se estaría cometiendo en esa parte del pensamiento del juez.

Las últimas ideas que se han dado sobre esto de la aplicación, son aquéllas, según las cuales, la aplicación indebida de la ley es el error que se comete en la conclusión; ese error es muy raro, porque esto supone que el juez, al desarrollar su pensamiento, ha analizado las pruebas relativas a los hechos sin cometer ningún error; ha seleccionado los artículos de la ley que se van a aplicar, también sin error; pero en vez de sacar una conclusión correcta, saca una incorrecta. Se podría decir que, en este caso, el juez está cometiendo una arbitrariedad porque no compagina con las premisas. Esto es a lo que se llama aplicación indebida, operación mental muy rara: o puede ser una gran ignorancia del juez, o puede ser una gran malicia. Es una cosa excepcional que no consiste en aquella falsa elección de la norma que da como resultado la no aplicación de la que se debería haber aplicado.

Ustedes han de recordar que la Casación Española, por ser posterior a la francesa, recibió gran influencia de ésta. Con motivo de la Revolución Francesa hubo serios problemas entre jueces y la Asamblea debido a que aquéllos, en muchos casos, hacían a un lado las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa; es decir, omitían la aplicación de la ley. Ellos resolvían los casos inventándose una ley, hacían labor legislativa que estaban desarrollando los acontecimientos de ese tiempo. No se podía permitir esos abusos, debían terminar, había que imponerse con el texto de la ley. Los que juzgaban usaban un poder legislativo que no se les había conce-

dido, se estaba omitiendo la aplicación de la ley. Por eso es que se habla de la *defensa de la ley* cuando los autores se refieren a la finalidad del recurso, hablan de hacer prevalecer la ley, de que no se trata de los intereses de las partes, sino más bien de una finalidad política: de defender la ley. La pelea era con quienes juzgaban y estructuraban nuevas normas sin que tuvieran poder para hacerlo, siendo éste el primer motivo de la Casación Francesa.

Interpretación errónea

El otro motivo es el de la interpretación errónea: ¿Qué es lo que ocurre cuando se interpreta mal una norma legal? Si yo como juez voy a aplicar el Art. x, pero lo interpreto variando el sentido de la norma, lo que estoy haciendo no es darle aplicación a la norma sino aplicando una que yo me he arreglado de acuerdo con esa idea interpretativa mía. En el fondo de la interpretación errónea, lo que hay es una violación de ley, porque no se le da aplicación a la ley con su verdadero sentido, sino que se le da aplicación a una norma que ha estructurado el propio juzgador de acuerdo con la idea que cree que tiene aquélla. Precisamente por eso es que en algunos países de Europa, sobre todo en Italia, la interpretación errónea no constituye motivo específico, porque la consideran incorporada o formando parte de la violación de la ley.

A veces sentimos impulso de tomar como interpretación errónea de la ley, lo que en el fondo es error en la apreciación de la prueba; creemos que por lo que se ha explicado en los considerandos jurídicos, se le está dando motivo distinto a la norma; y hemos llegado a considerar que en forma directa e indirecta se puede enfocar como interpretación errónea de la ley; pero si nos detenemos a estudiar la historia de ese motivo específico, encontramos que sólo la interpretación mala, la expresa mala interpretación de la ley constituye ese motivo, o sea en otras palabras, cuando el juzgador se ha referido a determinado Art. y a dicho Art. lo interpreta este tribunal en cierto modo que no es el correcto. Ahora bien, cuando no hay estos considerandos no hay referencia al Art., no hay explicación del contenido de ese Art. sino que el litigante cree que se ha mal interpretado porque él saca su conclusión; podrá ser una mala interpretación de la norma, en forma indirecta como resultante de la mala apreciación de la prueba, pero no es éste el motivo de Casación específica que tratamos aquí.

Aplicación de ley inconstitucional

Tenemos también en este nuevo Código de Trabajo en el numeral 2º del Art. 588, como motivo específico de Casación: "Cuando en la sentencia se haya aplicado una ley inconstitucional". En la exposición de motivos de la Corte que elaboró el proyecto de Ley de Casación, nos dice la Comisión que este motivo es original de El Salvador, que se debió a sugerencias de la Asociación de Abogados, y desde luego con una finalidad muy encomiable, como es la de reconocer la supremacía de la ley fundamental.

Cabe acá preguntarse, ¿de qué modo podemos enfocar eso de la inconstitucionalidad?, pues decimos: de los modos que están prescritos en el Art. 95 y 96 CP. El Art. 95 se refiere a que los jueces cuando van a dictar sentencia, si encuentran que una norma legal es contraria a la Constitución, se le impone la obligación al Juez de declarar inaplicable esa norma por ser contraria a ella. En el Art. 96 podrán ustedes comprobar que dice que la inconstitucionalidad de la ley la tiene que decla-

rar la Corte Suprema de Justicia, sea en su forma o en su contenido. Entonces podemos distinguir, una ley puede ser inconstitucional por no haber sido dictada con o en la forma que prescribe la constitución o cuando sea contraria al texto constitucional. La forma está incluida en el Art. 96, mientras que lo relativo al contenido, está en el 95 y 96.

¿A qué ley inconstitucional se ha querido referir el Art. 588 TR? ¿Será a la que ya fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia o será también a aquella que no ha sido declarada inconstitucional por la Corte, pero sí debe ser rechazada por el que juzga? Al verse la exposición de motivos de los Magistrados de la Corte que elaboró el proyecto, se llega a la idea de que quisieron prever los dos casos, es decir que si la Cámara dictó una sentencia en cierto sentido aplicando una norma determinada, bien puede la parte que se siente agraviada, interponer el recurso de Casación por haberse aplicado una norma inconstitucional y que el Tribunal de instancia no la declaró inaplicable. Por esa razón se puede impugnar la sentencia, para que la Sala cese esa sentencia y pronuncie la que fuere legal, y al pronunciar su sentencia la Sala tendría en ese caso que declarar inaplicable la norma. Pero no sólo en esa situación planteada procede el recurso, sino también, y con mucha más razón, cuando la Corte ya ha declarado previamente la inconstitucionalidad de la ley.

Fallar contra cosa juzgada o resolver asuntos ya terminados por desistimiento, transacción o conciliación

Es motivo de Casación: “Ser el fallo contrario a la cosa juzgada o resolver sobre asuntos ya terminados por desistimiento, transacción o conciliación, siempre que dichas excepciones se hubieren alegado”. Si en una sentencia se condena al pago de cierta cantidad, y luego se entabla un nuevo juicio en donde se va a ventilar un nuevo asunto, y en esa sentencia se dice lo mismo, se condena y se paga esa misma cantidad como la otra; en ese caso esa sentencia segunda no es contraria, sino que es idéntica a la cosa juzgada, entonces no perjudica a nadie, no es motivo de Casación; es necesario que sea contraria, en forma total o parcial.

Se dice también: “Siempre que dichas excepciones se hubieren alegado”. La cosa juzgada es de interés público, debe ser considerada como de orden público, y no debiera dejarse a la iniciativa de las partes. Debiera proceder también de oficio el juez, en el caso de que de alguna manera tenga conocimiento que haya cosa juzgada sobre ese asunto; sin embargo, es necesario que se haya alegado como excepción.

El asunto puede haber terminado por desistimiento, por transacción o conciliación, pero aquí podemos llamar la atención sobre la transacción, que es una novedad del actual Código de Trabajo. Con alguna resistencia nuestra fue introducida la transacción; según el Código anterior, como no se hacía referencia a ella —ni que se permitía ni que se prohibía— uno podía perfectamente decir: en materia laboral no cabe la transacción, porque estamos en un régimen de derechos irrenunciables.

La autonomía de la voluntad del trabajador hasta cierto punto está limitada, ya que no es posible en materia laboral decir que se van a someter a árbitros, porque se trata de un régimen de derechos irrenunciables, y con un arbitraje se pueden trastocar los derechos del trabajador; pero en el nuevo Código la transacción es permitida, entonces aquí se ha puesto por ser el fallo de la cosa juzgada, resolver asuntos ya terminados o desistidos. Bien pudiera también alegarse que en esta parte, el Código Civil en el Art. 2206 dice que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Antes no había necesidad de hacer mención de la tran-

sacción, ya que si se produce los efectos de cosa juzgada, desde luego admitimos que se podría alegar; pero si uno piensa en la cuestión más detenidamente llega a la conclusión de que el Código Civil no toma la transacción como cosa juzgada en sí, sino que le da efectos de cosa juzgada. La reforma está bien, desde ese punto de vista, aunque nos parece mal, porque se ampalía la autonomía de la voluntad de los trabajadores.

Fallo que omite resolver puntos planteados.

En el ordinal séptimo del Art. 588 TR. se habla de cuando el fallo omitiera puntos planteados. Esto llama la atención porque sólo se refirió a la omisión respecto de los puntos planteados. Llama la atención porque el Art. 3 de la Ley de Casación en el ordinal tercero dice: "Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, otorgue más de lo pedido o no haga declaración respecto de algún extremo". Esta última parte coincide con este motivo cuando el fallo quiere resolver puntos planteados; se vuelve interesante por cuanto ha habido en la práctica una gran confusión sobre esto, y aun en las jurisprudencias extranjeras se nota que no han andado muy firmes. El fenómeno de carácter genérico es el de la incongruencia, es decir, la falta de armonía que hay entre lo pretendido y lo resuelto, y hasta allí podría ser el motivo específico; pero ha dicho más la ley, y eso por tradición porque se ha seguido la legislación española y allá existe en numerales distintos las tres clases de incongruencia. Los que comentan dicen que se pueden dar tres situaciones que no agotan los casos: uno, es la de que en la decisión se está otorgando más de lo que se ha pedido, lo que se llama *ultrapetitivo*; otra, es la decisión en que se otorga menos de lo pedido; y finalmente, bien puede suceder que en la misma sentencia a la vez que se esté concediendo más, cuando se acumulan varias acciones referente a otra de las acciones ejercitadas se está concediendo menos de lo que han pedido y referente a otra no se está resolviendo nada, a pesar de haberse pedido. Vemos que la tercera situación que se da, es la que se puede configurar con sólo decir por incongruencia del fallo con las pretensiones deducidas alegado al amparo del tercer motivo, que es el que dice por no hacer declaración la incongruencia porque por una parte, una de las acciones ejercitadas que es la de los daños y perjuicios esa no fue ejercitada, y por otro lado concedió esas prestaciones mutuas que no se habían pedido.

Si consideramos aisladamente cada uno de esos errores, vemos que en cuanto se trata de la condenación a las prestaciones mutuas, cosa que no se había pedido en esa demanda, ese error sólo puede ser atacado invocando el primer motivo de ese ordinal tercero del Art. 3 de la Ley de Casación por incongruencia del fallo con las pretensiones deducidas por los litigantes; y el otro error cometido por no haber condenado por los daños y perjuicios que se reclamaron en la demanda, sólo podría ser alegado al amparo del tercer motivo, que es el que dice por no haber declaración, respecto de un extremo; de modo que en esto de la incongruencia no debemos olvidar, que se trata de tres posibilidades que han sido enfocadas en tres motivos distintos, que no obstante ser distintos están incluidos en el mismo ordinal del Art. 3. Esto lo hemos juzgado interesante porque en el Código de Trabajo sólo se puso el último motivo a que nos hemos referido, "cuando el fallo omitiere resolver puntos planteados".

Y así podemos dar por terminada esta charla y como palabras finales quiero expresarles a ustedes mi agradecimiento por esa paciencia que han tenido y por haber participado en este diálogo permanente, que debe existir en toda Universidad.

Esta Revista se terminó de imprimir el
día jueves seis de junio de mil nove-
cientos setenta y cuatro en los Talleres
de la Imprenta Universitaria.
San Salvador, El Salvador, C. A.
> 1396 <