

DERECHO



EPOCA IV
ABRIL-JUNIO
1995

No. 2

**ORGANO
DE DIVULGACION
Y ESTUDIOS
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES**

**UNIVERSIDAD
DE EL SALVADOR**

Consejo Nacional de la Judicatura

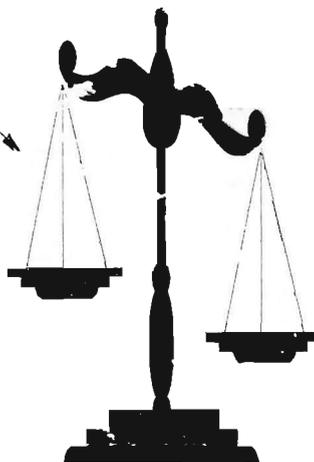
Principales Funciones



CAPACITACIÓN

Capacitación de Operadores del Sector Justicia.

Art. 38 Ley del CNJ



EVALUACIÓN

Evaluación de Magistrados y Jueces

Art. 33 Ley del CNJ



SELECCIÓN

Selección de Nuevos Funcionarios Judiciales

Art. 31 Ley del CNJ

RECTOR
DR. FABIO CASTILLO

FISCAL
LIC. FRANCISCO E. ORTIZ RUIZ

SECRETARIO
LIC. ROBERTO CAÑAS

**FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANO
DR. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS

SECRETARIO
DR. JOSE RODOLFO CASTRO
ORELLANA



**EDITORIAL UNIVERSITARIA
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

DIRECTOR:

Tirso Canales.

DIAGRAMACION Y DISEÑO:

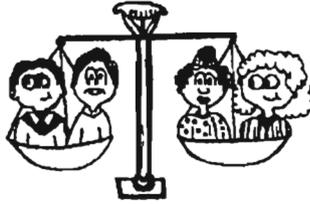
Oscar Armando Calderón
Alma Yolanda Flores.

ISBN:

84-5258-342-1

Hecho e impreso en El Salvador.

Printed and Made in El Salvador.



REVISTA DE DERECHO

ORGANO DE DIVULGACION Y ESTUDIOS
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

EPOCA IV	SAN SALVADOR, ABRIL - JUNIO 1995	No. 2
----------	----------------------------------	-------

COMITE DE DIRECCION

Director: RODOLFO CASTRO
JULIO OLIVO GRANADINO
LEONARDO RAMIREZ M.

Indice

	Pág.
Presentación	5
Editorial	7
DERECHO CONSTITUCIONAL - TRIBUTARIO	
El Fin de la Redistribución	9
Alvaro Magaña.	
DERECHO PROCESAL PENAL	
Constitución y el Derecho de Defensa del Imputado Ausente	21
Disraely Omar Pastor.	

	Pág.
DERECHO E HISTORIA	
El Sistema Jurídico de Mediación Cotidiana y la Construcción de la Legitimidad ... José Antonio Fernández. Edwin González.	31
PEDAGOGIA UNIVERSITARIA	
La Evaluación como Actividad Integral	41
Julio Olivo Granadino.	
PRACTICA PROFESIONAL - JURIDICA	
Enseñanza de la Práctica Profesional en Ambiente Académico, Algunas Implicancias	55
Luis Bates Hidalgo.	
DERECHO LABORAL	
El Desmán de la Maquila	71
Agustín A. Huevo Castro. Ernesto E. Mendoza A. Juan Carlos Sifontes H.	
DERECHO AMBIENTAL	
Nueva Raza de Abogados: Los Defensores del Ambiente	93
Laura Rozenberg.	
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	
Jurisprudencia: Inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal reguladora de marchas y manifestaciones en San Salvador	97

Presentación

La última Evaluación de jueces y magistrados del Consejo Nacional de la Judicatura —CNJ—, ha levantado muchas polémicas entre abogados y periodistas. El CNJ ha hecho del conocimiento público que sus evaluaciones se basan tanto en visitas directas a los Tribunales como en denuncias o quejas de personas que se sienten lesionadas o afectadas por la actividad de jueces y magistrados; también el CNJ ha sido enfático en la confidencialidad de las evaluaciones. A este respecto es necesario abrir un debate acerca del papel que los medios de comunicación deben jugar en este problema; lo que se rechaza es el amarillismo y el manejo de información manipulado. No obstante es necesario y saludable que la Prensa juegue algún papel en estos procesos de depuración, para hacerlos del conocimiento de la opinión pública y que se conozcan los resultados. Además es saludable abrir un debate acerca del papel del CNJ, el cual debe convertirse en un real Gobierno del Poder Judicial, con el traslado de atribuciones que hoy por hoy son privativas de la Corte Suprema de Justicia —CSJ—, pero que según opinión calificada, deben descargarse de las funciones de la Corte, por su naturaleza burocrática, para que la CSJ se concentre en su papel de administrar justicia.

Por otro lado, a casi un año de la elección de una nueva Corte Suprema de Justicia —CSJ—, es importante reflexionar en breve sobre su significado. Primero, ha quedado claro que la forma de su escogitación fue acertada, pese a las aprehensiones del momento. Segundo, aún cuando no todos estamos de acuerdo en el ritmo de los avances, es innegable que existe un nuevo tipo de actuación de esta Corte que ha logrado impulsar aires de cambio. Tercero, hoy tenemos una CSJ realmente independiente del Ejecutivo —a diferencia del pasado—, aun cuando no se ha hecho uso efectivo de esa independencia en toda su amplitud;

todavía hay timidez en hacer uso de la autoridad legitima para depurar sus diversas instancias. En esto habrá que profundizar más y el debate esta abierto; no obstante es necesario reconocer que en el Organo Judicial las cosas estan cambiando!

Para estos debates, y otros que están pendientes en el ámbito judicial, las páginas de nuestra Revista están abiertas a estudiantes, abogados y funcionarios judiciales.

Gracias.

EL COMITÉ DE DIRECCIÓN.

¡Como no se construye un pacto de nación!

Mucha tinta se derramó en las últimas semanas en el debate acerca del llamado "Pacto de San Andrés"; es claramente una nueva práctica en un nuevo contexto político que aparentemente hace avanzar los carriles de la democratización del país. No obstante, ese debate aun tiene grandes limitaciones pues aun no se abordan con la amplitud debida todos los problemas de pos-guerra que aquejan a nuestra sociedad; y no solo existen limitaciones en la agenda y en los procedimientos para resolver los problemas, sino también en los actores involucrados en el debate.

Ello es lo que ha convertido lo que se pretendió construir como un "Pacto Nacional" en un "Pacto de Dos"; en un acuerdo limitado y coyuntural que finalmente respondió más a las necesidades políticas del momento que a las necesidades fundamentales: por un lado, un gobierno que se vio obligado a demostrar una imagen "potable" en su primer año de gestión gubernamental y logró con ello negociar la aprobación del alza al IVA y, por otro, una oposición buscando minimizar los costos electorales a futuro, de esas medidas. Pero no se trata de hacer un balance político de "pérdidas y ganancias", o de quién fue el **aprovechado** de una oportunidad política singular; se trata más bien de visualizar el impacto real de esas medidas sobre la población salvadoreña de más bajos recursos, que es la que siempre recibe el castigo y tiene que pagar los costos económicos de una política impuesta por los organismos financieros internacionales, y que a lo interno no presenta ninguna coherencia. Es posible —como sostienen analistas— que esa "incoherencia" sea reflejo de reeducaciones en los grupos de poder económico; sea lo que fuese, el impacto no ha sido realmente evaluado, y este puede contener una carga social explosiva para el futuro cercano.

La otra cara de la moneda se vislumbra en el documento dado a luz pública recientemente por una **comisión pluralista** Comisión de Educación, Ciencia y Desarrollo, denominado:

“Transformación de la Educación Para la Paz y el Desarrollo de El Salvador”. Aún cuando los trabajos de la comisión se focalizan en la cuestión educativa, y son “elementos esenciales” o líneas generales a un proceso de cambio educacional, no obstante el tema toca un componente estructural de nuestro proyecto de sociedad. La crisis de nuestro sistema educativo —a todo nivel— es objeto de honda preocupación para todos los estratos de la población; es aquí donde radica la posibilidad del avance de una cultura democrática que remonte la vieja y negativa “cultura” de la violencia y de la confrontación, tan arraigada en nuestra actividad cotidiana, y que siempre está a “flor de piel”.

*Dicho sea de paso, esto toca otros problemas que a diario se viven en nuestro medio como, por ejemplo, el de la violencia juvenil de las “maras”, cuyas raíces se hunden en la pobreza, la marginación social, la discriminación cultural, etc.; este fenómeno que debe ser atacado integralmente solo se persigue en la actualidad policialmente, y hay sectores que piensan que la reciente Ley del Menor Infractor es “muy blanda”. Lo que no se dice es que esta clase de legislación no es represiva, sino de **naturaleza social y educativa, de reinserción y resocialización del menor infractor**; a este respecto hay que recordar que los problemas sociales no se resuelven con el garrote ni a tiros, menos aún enviando a los menores infractores a lugares que son verdaderas “Escuelas del Crimen”.*

Pero para no desviarnos del tema central del Pacto, lo que queremos señalar es la diferencia marcada que se refleja entre lo que quiso ser un “Pacto de Nación”, y terminó siendo una maniobra política, y un documento serio, bien reflexionado fruto del trabajo plural de corrientes diversas del pensamiento y que sienta las bases de contenido y metodológicas para buscar acercamientos entre todos los sectores de la nación salvadoreña en relación al deteriorado aparato educativo. El documento “Transformación de la Educación para la Paz y el Desarrollo de El Salvador” es un buen ejemplo de cómo debe procederse en la búsqueda del consenso de todas las fuerzas sociales involucradas en el quehacer nacional. El documento y el procedimiento del llamado “Pacto de San Andrés” es, por el contrario, un pésimo ejemplo—pese a algunas buenas intenciones—, de cómo se deben manejar los nuevos instrumentos que un proceso de democratización pone en nuestras manos: el debate, la participación, la crítica constructiva y la iniciativa política para resolver nuestros más urgentes problemas. Un Pacto de Nación no puede construirse al calor de coyunturas económicas o políticas ni menos aún por el dictado de políticas foráneas que desenfocan nuestra realidad.

Además de lo anterior un Pacto Nacional debe incorporar el pensamiento y las expectativas de los más amplios y variados sectores sociales, económicos y políticos; debe elaborarse a base de una metodología verdaderamente democrática y ponerse—ante todo—por encima de los intereses minoritarios de grupos de gran poder económico. Quizás la ausencia de esos pre-requisitos es lo que convirtió al tan mentado “Pacto de Apaneca” en una criatura que no logró ser viable políticamente, y más en un ejemplo paradigmático de cómo no se debe construir un Pacto de Nación!

EL DIRECTOR.

¿El fin de la redistribución?

Alvaro Magaña*

“No es posible la existencia de la verdadera libertad, ni el mantenimiento de la paz social, sin el establecimiento de un régimen severo de justicia fiscal, que reparta las cargas tributarias en proporción con las facultades económicas de los individuos” Exposición de Motivos de la primera Ley de impuesto sobre la renta de El Salvador de 1915.

Uno de los aspectos probablemente más interesante del esquema neoliberal de reajuste de nuestras economías ahora prevaleciente es sin duda el campo tributario, sobre el cual presentamos algunas reflexiones muy personales en el caso de El Salvador. Recién concluimos un trabajo titulado *Derechos fundamentales y Constitución* de cuyo capítulo VIII es derivación el presente artículo; en el desarrollo de ese trabajo nos referimos en forma amplia al problema de la justicia tributaria en relación al ordenamiento jurídico salvadoreño que igual a los demás países norma constitucionalmente el ejercicio del poder tributario. De allí que los derechos fundamentales tienen particular relevancia en materia impositiva en cuanto son límites

al ejercicio de ese poder que juntamente con otros derechos y garantías configuran un sistema de protección del contribuyente.

Es por ello que podemos afirmar con toda propiedad que la cuestión de la determinación de los tributos o sea de las contribuciones para emplear la añeja denominación de nuestras Constituciones es, esencialmente, un problema de derechos fundamentales, cuando el legislador secundario al aprobar los tributos debe respetar el texto constitucional y no exceder los límites que caracterizan el contenido esencial de un derecho fundamental al establecer que los tributos deben ser justos, para lo cual, deben ser establecidos necesariamente en “relación equitativa” por mandato constitucional expreso. (Art. 131 N° 6 Constitucional de 1983). Es decir, que al atribuir la facultad de establecer tributos, la autorización del precepto citado a la Asamblea Legislativa para “decretar impuestos tasas y demás contribuciones” no habilita para establecer cualquier sistema tributario pues únicamente puede

* Ex-catedrático de Ciencia de la Hacienda de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Director Ejecutivo del Programa Conjunto de Tributación OEA/BID/CEPAL 1960-1965. Presidente de la República de El Salvador del 2 de mayo de 1982 al 1° de junio de 1984.

hacerlo conforme a lo dispuesto en la Constitución.

La incorporación de los principios tributarios y presupuestarios a la Constitución, por el rango de las normas, constituyen como lo ha señalado el Profesor Rodríguez Bereijo “la más alta expresión del sometimiento del poder financiero al imperio de la ley, característico del Estado de Derecho, e instrumento de garantía y control, tanto jurídico como político, por los ciudadanos del manejo de la Hacienda Pública”.¹

Ahora bien, esos principios financieros recogidos en la Constitución son parte fundamental del sistema económico adoptado por el constituyente, que en El Salvador desde 1950, es un modelo de economía mixta en el que el Estado no solo tiene la función de regular el funcionamiento del sistema económico sino que además toma a su cargo el desarrollo de aquellas actividades necesarias para cumplir la finalidad de satisfacer las necesidades de la generalidad. Nuestra Constitución de 1950, igual que la vigente de 1983, encomienda al Estado asuma una función social de redistribución de la renta y de la riqueza como es propio del Estado social y democrático de Derecho instaurado en 1950.

La Constitución de ese año (igual que la de 1983), configuró un marco político e institucional que definió la función de la Hacienda Pública Salvadoreña al determinar principios jurídicos que norman la actividad financiera del Estado. Los principios financieros en particular (principios tributarios y presupuestarios), son necesariamente la concreción de los valores superiores y principios que marcan las directrices fundamentales de

las actividades estatales en el campo económico tales como el Art. 1 constitucional que precisa “el origen y el fin de la actividad del Estado” determinante de la obligación del Estado de “asegurar a los habitantes de la República, el don de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”. que es complementado por el Art. 2 cuando establece que toda persona tiene derecho a la vida... a la seguridad, al trabajo...”. Las disposiciones anteriores son desarrolladas específicamente por preceptos como el Art. 37 también constitucional, que obliga al Estado a emplear “todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador... y para asegurar a él y su familia las condiciones económicas de una existencia digna” o el Art. 50 que establece a su vez: “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio”, el Art. 65 por el cual, “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público”, además, “El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento” y, de igual modo el Art. 66 dispone que el Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos y, además, otras disposiciones similares que establecen obligaciones del Estado que constituyen lo que la doctrina ha denominado derechos prestación.

Por otra parte, “El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano”, conforme al Art. 101 y el Art. 102 garantiza la libertad económica pero, y es un pero bien importante, “en lo que no se oponga al interés social” así como, de igual modo, se reconoce la propiedad pero en función social. El Art. 246 inciso segundo es categórico en caracterizar el espíritu que viene desde la Constitución de 1950 cuando manda que “El interés público tiene primacía sobre el interés privado”.

¹ Alvaro Rodríguez Bereijo, “El sistema tributario en la Constitución (los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)” en *Revista Española de Derecho Constitucional* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid N° 36 septiembre-Diciembre 1992. p. 11.

Debemos agregar que la supremacía y jerarquía constitucionales están claramente consagradas y determinadas en el mismo Art. 246 cuando establece: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio” y, además, “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”. Los controles respectivos para el cumplimiento de los dos preceptos citados se recogen en el Art. 247 que establece el amparo que puede pedir toda persona “por violación de los derechos que otorga la presente Constitución” y los artículos 174 y 183 relativos a la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, así como, en el Art. 185 sobre “la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Organos, contraria a los preceptos constitucionales”.

Todo lo anterior con el trasfondo de un orden constitucional sustentado en un sistema de valores como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común, presupuestos necesarios del respeto de la dignidad humana que El Salvador reconoce en su Art. 1 constitucional como “el orden y el fin de la actividad del Estado”. En este cuadro se insertan en nuestro país los programas económicos neoliberales conocidos como de ajuste económico que dos organismos financieros internacionales “recomiendan” adoptar a los países del tercer mundo o del Sur, como quiera llamárselos que para el caso dá lo mismo.

Un artículo recientemente publicado nos ha facilitado nuestras reflexiones respecto a las modificaciones de los últimos años a nuestro sistema impositivo, pues nos quedó la impresión de que su autor participó en las reformas y en consecuencia, probablemente el artículo en cuestión es algo así como una historia fidedigna de las justificaciones del establecimiento de algunas reformas recientes.

La Reforma tributaria² de los últimos años básicamente modificó: 1) El impuesto sobre la renta cuyo aspecto más significativo fue la disminución substancial de sus alícuotas; 2) los impuestos sobre el patrimonio, las sucesiones y las donaciones que fueron suprimidos al derogarlos; 3) los impuestos sobre la importación que han venido siendo reducidos significativamente y a la fecha me parece que la tasa máxima que hasta 1994 era del 20% será reducida al 7% y después desaparecerá totalmente con el propósito de entrar de lleno a la globalización que en 1993 nos había dejado un balance comercial negativo superior a los mil millones de dólares, y 4) la tributación indirecta al establecer un “moderno” gravamen sobre el consumo o sea, el impuesto al valor agregado, copia del chileno para dar una saludable regresividad al sistema, en armonía con las otras reformas.

En el artículo mencionado, se hacen juicios y planteamientos interesantes sobre los que no deseamos extendernos para mantenernos dentro de la cuestión esencial que nos interesa en este trabajo. Respecto a la versación del autor en materia tributaria no creo debamos considerarla en atención a su empleo de los vocablos y denominaciones técnicas en castellano por ejemplo, “el tramo de impuestos por cero”, lo cual, más bien es probablemente explicable, queremos creer, por su conocimiento del castellano. En todo caso, y eso es lo único que nos interesa, tenemos serias dudas respecto a la veracidad de su afirmación de que las medidas adoptadas en 1990 “con el objeto de mejorar la equidad tributaria”, hayan en realidad tenido ese propósito a menos que nosotros, seguramente desfasados, desconocemos las definiciones “modernas” de equidad en las cuales

² “Reforma tributaria amplia en El Salvador”, en *Realidad económico-social* UCA: San Salvador. No. 36. Nov.-Dic. 1993. p. 711 y stes.

probablemente bajar las tasas marginales mas altas del impuesto sobre la renta aplicable a los contribuyentes de mas altos ingresos, suprimir todos los impuestos a la importación y los gravámenes sobre el patrimonio, las sucesiones y las donaciones, es “equitativo”, vocablo que nosotros creíamos y todavía creemos, es equivalente o sinónimo de “justo” pues todavía no nos parece que sea de justicia, que paguen más los que menos tienen. Debemos reconocer que al consignar lo anterior no podemos menos que hacerlo con la reacción normal que nos produce el que debamos “aceptar” todas las recomendaciones que nos hacen. En otra oportunidad nos referimos a algunos de nuestros puntos de vista sobre el IVA importado “from Chile”, en un trabajo titulado *El Estado como sujeto pasivo de obligaciones tributarias*.³

La interrogante obligada sería preguntarnos si las reformas “amplias” del neoliberalismo que estamos presenciando, algo que parece necesario debe ocurrir inexorablemente porque así ha sido decidido en los centros de poder y ello significa, nos preguntamos, y ahora es lo único que nos interesa, si es el fin del principio de la redistribución en el campo tributario. Es necesario considerar esa posibilidad que comenzó a ocurrir en El Salvador desde hace cuatro años, cuando todavía era, y es, obligación de la Asamblea Legislativa decretar las contribuciones “en relación equitativa” conforme al Art. 131 N° 6° constitucional y, además, es necesario reiterarlo, “los principios, derechos y obligaciones” establecidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio según manda el Art. 246 de la Constitución de 1983 (Art. 221 de 1950), que también dispone que la Constitución pre-

valece sobre todas las leyes y reglamentos y, probablemente solo al autor del artículo citado en la nota anterior y probablemente a quienes le hicieron “valiosas aportaciones”, se les puede ocurrir que con las “enmiendas” (término empleado por el mismo autor), a la Ley de Impuesto sobre la Renta, el gravamen quedó establecido “en relación equitativa”.

La justificación técnica de la tributación progresiva en general y sobre la renta en particular, es que la determinación del monto del impuesto se hace de acuerdo a la capacidad de pago, que ha sido un principio característico de la tendencia predominante generalmente aceptada desde la primera guerra mundial cuando se introdujo la progresividad en la tributación sobre la renta de muchos países, incluso el nuestro que establece el impuesto sobre la renta con la progresividad adoptada en forma muy moderada en 1915.⁴

La orientación indicada se mantiene por un largo período que coincide con una mayor intervención estatal aun cuando la progresividad venía desde antes como señalamos, que culmina en la época de la segunda post-guerra cuando se recoge en la gran mayoría de las Constituciones, la idea del Estado Social y Democrático de Derecho como ocurrió en 1950 en El Salvador. Entre nosotros —en Iberoamérica— las reformas toman impulso en materia tributaria con los vientos frescos y promisorios de la Alianza para el Progreso al comienzo de la década de

³ Que aparece como N° 14 de la serie Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Septiembre de 1993.

⁴ En nuestro trabajo “La reforma tributaria de 1915: una visión retrospectiva” incluido en *Ensayos de Derecho Tributario*. San Salvador: enero de 1984 p. 29 y stes.), tratamos de hacer un examen amplio del pensamiento tributario de la época para justificar la adopción del impuesto en nuestro país el año citado. Todavía de obligada consulta sobre la materia es Francisco Moschetti, *El principio de capacidad contributiva* Instituto de Estudios Fiscales: Madrid. 1980.

los 60 que terminan en Dallas un 22 de noviembre.

Después, los efectos redistributivos se diluyen con la concesión generalizada de beneficios y exenciones fiscales para estimular la producción que contrarrestan los efectos redistributivos anteriores de los sistemas impositivos. La tercera etapa que comienza en los ochentas y culmina al aceptarse pareciera que bastante obligadamente en forma general, al menos para lo que pertenecemos al tercer mundo, está determinada básicamente, por la creencia de que la idea de justicia social estaba definitivamente siendo sustituida por el propósito de desarrollo económico. En buena medida determinado lo anterior cuando el crecimiento se convierte en una cuestión fundamental de la competitividad internacional derivada de la creciente interpenetración entre sí de las diferentes economías en las actividades industriales así como por el aumento en los movimientos internacionales de capital.

De todo lo anterior pareciera derivarse ese olvido notorio de la redistribución cuyos efectos todavía no hemos visto hasta donde nos pueden llevar agravando la problemática social. Por eso el constituyente salvadoreño en la Constitución de 1950 como otras leyes fundamentales de la segunda post-guerra dieron especial importancia a los problemas sociales e incorporaron una serie de derechos nuevos respecto a la salud y a la educación por ejemplo, cuyo propósito principal es mejorar las condiciones de la generalidad. Esto es lo que resume el distinguido Magistrado del Tribunal Constitucional español que citamos en la nota 1 anterior cuando en su trabajo señala que solamente mediante la satisfacción de esos contenidos mínimos, podrá encontrar la Constitución el consenso democrático que legitime la organización política que da forma al nuevo orden social

precisando: "Y el complemento de esos contenidos mínimos pasa necesariamente (aunque no suficientemente) por una función redistributiva de bienes y rentas que la Hacienda lleva a cabo por medio de un programa justo de ingresos y de gastos públicos".⁵

En otras oportunidades hemos sustentado, y debemos reiterarlo, que los tributos como otros institutos jurídicos deben entenderse como parte del programa constitucional que concreta determinada Carta Magna. Es decir no podemos caracterizar el sentido propio del sistema tributario salvadoreño si olvidamos o ignoramos que debe necesariamente de estar no solo al servicio de sus fines y objetivos particulares, sino también al de los valores y principios constitucionales establecidos en 1950 y ratificado en 1962 y 1983. como se ha dicho: "Un perfecto conocimiento de lo que hoy es el tributo exige considerarlo como parte integrante del total marco jurídico en el cual surge, es decir la Constitución".⁶

⁵ Alvaro Rodríguez Bereijo, "El sistema tributario en la Constitución", p. 14.

⁶ Ernesto Lejeune Valcárcel, "Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria" en *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*, Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1980, p. 120 y 121. Sustenta el autor que la consideración del principio de capacidad contributiva como contenido exclusivo o casi exclusivo de la justicia tributaria es un planteamiento hoy superado, pues como bien dice: "...precisamente porque el tributo no es ya sólo un instrumento de recaudación de ingresos públicos el principio de capacidad contributiva no puede presidir en solitario todo el fenómeno de la tributación..." ésto porque, agrega: "En la medida que el instrumento tributario está llamado a cumplir con una pluralidad de funciones, la justicia del mismo dependerá del grado de eficiencia en el cumplimiento de las funciones asignadas...". Es decir, el instrumento tributario debe adecuarse al principio constitucional básico, en virtud del cual, se asignan a dicho instrumento (como instituto constitucional que es) una diversidad de funciones.

Por otra parte no podemos ignorar que las corrientes reformistas neoliberales han generado una situación curiosa que probablemente haya pasado inadvertida cuando se considera que la función garantista de la capacidad contributiva como criterio de distribución de los impuestos es del más puro origen y extracción liberal, pero es el caso que el esquema de reformas tributarias a que nos referimos en este trabajo adoptadas dentro de los sistemas neoliberales de reajuste de las economías, ignora completamente la justicia impositiva lo que significa sacrificarla en aras de una mayor eficiencia que supuestamente llevará a un mayor crecimiento económico. Los recientes foros internacionales parecen concretar alguna preocupación por el aumento de la pobreza que era previsible ocurriera con los esquemas neoliberales indicados.

El claro origen liberal del principio de capacidad contributiva viene desde nuestra primera Constitución Federal de 1824 cuando estableció en su artículo 4 (en relación al Art. 3), que todos los habitantes de la República, “Están obligados... a contribuir proporcionalmente para los gastos públicos sin exención ni privilegio alguno: En el Estado del Salvador, por la Constitución de 1841 se convierte en la “debida proporción”, expresión mantenida en 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1885 y 1886 hasta que la Constitución de 1939 la cambia por “relación equitativa y justa” y la de 1950 que solo dejó “relación equitativa” igual que las de 1962 y 1983.⁷

⁷ La capacidad contributiva se incorpora a los textos constitucionales dentro del auténtico pensamiento liberal recogido en los preceptos constitucionales que emplean la expresión “debida proporción” que nos viene desde el Art. 8 de la Constitución de Cádiz cuando dice en “proporción a sus deberes”. En 1939 se acentúa precisando aún más el principio de capacidad contributiva gracias a un Informe de 1934 relativo a reformas constitucionales en materia eco-

En nuestro punto de vista concluir que los tributos conforme a nuestro ordenamiento constitucional no obstante el empleo del limitado objetivo de ser “para el servicio público” conforme al Art. 231 de la Constitución de 1983, su función propia no es únicamente financiar el aparato estatal sino también distribuir la riqueza igual que alcanzar otros propósitos extrafiscales y por ello, su estrecha conexión con el gasto público. “Es precisamente esta interconexión o interdependencia —señala el Profesor Rodríguez Bereijo en su estudio citado— lo que confiere al Derecho financiero y tributario su carácter de *Derecho redistributivo*, es decir, un derecho en el cual la rama del Derecho tributario debe concebirse como un derecho contra los que tienen más, y la rama del Derecho de los gastos públicos debe ser un derecho en favor de los que menos tienen, de

nómico-financiera que señala: “La porción más considerable de las contribuciones está constituida por los impuestos indirectos, establecidos sobre los consumos, contrarios a los principios de equidad, porque las clases sociales menos capacitadas económicamente soportan la más pesada carga. Las clases favorecidas por la fortuna, disponen de cuantiosos recursos y aplican éstos a los consumos en una proporción mínima, indispensable, reservándose un gran margen de rentas. Para ellas el consumo no representa sino una reducida fracción de sus ingresos. En cambio, las clases desfavorecidas, están obligadas a gastar sus ingresos en la satisfacción de sus necesidades de condición indispensable. La cuota de los impuestos sobre consumos, es regresiva proporcionalmente a los recursos sobre los que recae, grava con más fuerza al que menos tiene”. Esa categórica evaluación de la tributación indirecta se hizo en la “Contribución al Ante-Proyecto de Constitución Política, únicamente en el aspecto Económico-Financiero” de la Comisión de Reformas a la Administración Financiera integrada por tres prestigiosos estudiosos de las cuestiones hacendarias los Señores Doctor J. Ernesto Vázquez, Julio Rozeville y Manuel Enrique Hinds (*Boletín de la Auditoría General de la República de El Salvador* Vol. VIII N° 29 enero de 1935 p. 61).

las clases sociales desposeídas. Solo de esta manera a través de una función redistributiva de la Hacienda Pública... puede cumplirse la exigencia constitucional de un orden igualitario y más justo...".⁸

Nuestros preceptos constitucionales que norman el principio de legalidad y la reserva de la ley en materia tributaria (Art. 131 N° 6 y Art. 231), se limitan a ordenar que la determinación de los tributos sea en "relación equitativa" a diferencia de otras constituciones que regulan en forma expresa, de manera más amplia los requisitos y límites que configuran los principios materiales o de justicia, estableciendo de este modo específicamente la progresividad por ejemplo y, de igual modo otros fines extrafiscales que no son mencionados expresamente en nuestra Ley de Leyes, pero se derivan directamente de otros preceptos constitucionales como el Art. 101, el Art. 102 y el Art. 246 para citar solo tres ejemplos evidentes.

La "relación equitativa" del tantas veces citado numeral 6° del Art. 131 constitucional es el reconocimiento del principio de la capacidad económica como fundamento mismo de la obligación de contribuir por lo que es elemento indisoluble de la tipificación legal que legitima constitucionalmente el tributo. En este sentido, como ha sido señalado por el Profesor Rodríguez Bereijo la capacidad económica es la aptitud para contribuir. Siguiendo al mismo profesor español decimos que por otra parte, la capacidad económica es la *medida, razón o proporción* de cada contribución individual. Dicho en otras palabras, se debe según la capacidad que se tiene, que se refleja en el hecho imponible y en la cuantificación del tributo y, solo así

tendremos un sistema tributario justo como manda la Constitución. Como consecuencia de lo anterior nuestra "relación equitativa", presupuesto necesario de un sistema tributario justo, no puede separarse de dos principios impositivos fundamentales: la progresividad y la igualdad. Y ello es imprescindible para que pueda cumplirse lo que dijo Wicksell hace bastante tiempo: "La justicia tributaria presupone siempre implícitamente la justicia distributiva de los patrimonios y de las rentas".

José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González señalan en su *Curso de Derecho Tributario* que "la causa técnico jurídica del tributo no puede ser buscada, sino en la circunstancia o el criterio que la ley asume como razón necesaria y suficiente para justificar el que, de verificarse un determinado supuesto de hecho, se derive la obligación tributaria". Jarach, desarrollando el primitivo concepto de causa de Griziotti concluye: "...la capacidad contributiva constituye lo que con la extensión de un concepto ya elaborado y usado en el derecho privado... se podría titular causa jurídica del impuesto". Después agrega, el criterio justificativo, la razón última por la cual la ley determina el presupuesto de la obligación tributaria es la capacidad contributiva. Esta es la configuración del principio de capacidad contributiva como elemento necesario del principio de legalidad o de reserva de ley para el establecimiento de los tributos inseparable de la visión estrictamente liberal de defensa del individuo, de la esfera de propiedad y libertad frente a intromisiones del Estado. En esta perspectiva el principio de legalidad es reconducible al principio del consentimiento de los impuestos.

Consideramos innecesario abundar sobre el principio de capacidad contributiva en relación al principio de igualdad pues excederíamos los límites de este trabajo pero en

⁸ Ibid p. 17. El autor nos recuerda que esta concepción del Derecho Financiero es la que el Profesor Norberto Bobbio denomina *función distributiva y función promocional del Derecho*. (Subrayados en el original).

todo caso la vulneración de ellos es contraria a nuestro ordenamiento constitucional y por eso es que características fundamentales de las reformas recientes no puede afirmarse que se ajusten a lo que el constituyente asignó al sistema tributario dentro del marco conceptual que caracterizan nuestros ordenamientos constitucionales.⁹

En nuestro estudio mencionado antes, en proceso de publicación, citamos jurisprudencia constitucional respecto al problema de nuestro interés en este trabajo. Ahora, solo queremos recordar sin comentarios, que nuestra Sala de lo Constitucional estableció en una sentencia: “En su sentido moderno el principio de equidad o justicia de los impuestos consiste en síntesis en que deben ser decretados en relación o proporción de la capacidad contributiva de los obligados o sea fundamentalmente en relación a sus rentas o patrimonios...”. Concluyendo a continuación: “Por lo expuesto es indudable que una ley que de un impuesto sin tomar en cuenta tales principios sería inconstitucional por no cumplir con lo exigido por el citado

⁹ Los conceptos presentados están desarrollados en forma muy competente en Eusebio González García, “El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978” en *“Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario”* cit. p. 100 y stes. y también del mismo profesor español “Aportaciones que cabe esperar del tribunal constitucional en materia tributaria a la vista del Derecho comparado” en *El Tribunal Constitucional* Instituto de Estudios Fiscales: Madrid 1981 volumen II p. 1197 y stes. Véase también J. L. Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario* EDERSA: Madrid. 1975. I. p. 185 y stes. Dino Jarach, *El hecho imponible* Abeledo-Perrot: Buenos Aires 1982 p. 91 y stes. Fernando Pérez Royo, “Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria” *Revista Española de Derecho Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid) Año 5 N° 13 p. 60 y stes.

Art. 131 ordinal 6 de nuestra Ley Fundamental”.¹⁰

Para sumarizar, recordemos que para mejorar la redistribución del ingreso y la riqueza se consideraba debía hacerse por medio de la combinación de los efectos de un sistema tributario progresivo y de un presupuesto de gastos públicos con una acentuada orientación favorable a los gastos sociales. Cuando el gasto público nuestro no reúne esa condición y además ello agravado por la disminución de los recursos públicos como consecuencia de la supresión de impuestos, la disminución de las tasas y la permanente evasión de quienes más deben de pagar, a lo cual habría que agregar el objetivo por otra parte saludable como regla general, de eliminar el déficit fiscal, todo lo cual, llevará a lo más que puede esperarse en tales condiciones que es mantener los niveles de los gastos sociales no obstante que el valor adquisitivo de la moneda ha disminuido significativamente y las necesidades básicas de la población que satisfacen los servicios públicos financiados por medio de los gastos sociales han aumentado considerablemente. En estas condiciones, desconocemos como puede justificarse aumentar la regresividad del sistema impositivo y desconocer o ignorar que ello podría generar problemas sociales graves, independiente de su cuestionable constitucionalidad.

Las consideraciones anteriores sobre el objetivo de la redistribución de un sistema tributario para lograr una mayor equidad en la asignación de las cargas tributarias y, en consecuencia, tratar de alcanzar una distribución más justa de los ingresos y la riqueza, complementada por las políticas del gasto

¹⁰ Publicado en *Sentencias* separatas de la Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia: San Salvador. Mayo 1989 p. 55 y stes. (también en D. O. N° 44 Tomo 294 de 5 de marzo de 1987).

público con el mismo propósito, constituye, como señalamos un problema íntimamente relacionado con las cuestiones que plantea el sistema constitucional de los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho. La “relación equitativa” del Art. 313 N° 6° necesariamente debe interpretarse en el contexto de los valores y principios orientadores de nuestro régimen constitucional como la justicia y el bien común del Art. 1. que además obliga al Estado a asegurar la “justicia social” y, que está muy lejos de ser una realidad con un aumento de la regresividad del sistema tributario y menos con otras derivaciones del sistema neoliberal que obviamente contradicen el mandato del Art. 101 de que “el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social...” o que, como señalamos antes, la libertad económica está garantizada en lo que no se oponga al interés social” conforme al Art. 102 también constitucional o bien, que “el interés público tiene primacía sobre el interés privado” conforme al Art. 246 (C.S. 1983).

En relación a lo anterior, no debemos olvidar que entre los objetivos fundamentales del estudio del Derecho Constitucional probablemente el más importante consiste en la identificación de los principios (materiales e interpretativos) que caracterizan la norma fundamental pues en la medida que se acepte, como nosotros creemos, que de la norma fundamental depende la comprensión apropiada del ordenamiento jurídico en su totalidad, es una consecuencia obligada la trascendencia e importancia de las normas, valores y principios constitucionales.

En suma, la globalización de la economía, la urgencia de la eficiencia para el crecimiento explican ese movimiento de reforma tributaria internacional que relega a un plano secundario la cuestión de la redistribución como lo prueba la “reforma

amplia” descrita propagandísticamente en el artículo citado antes. Pareciera que el panorama en el futuro inmediato no permite creer en la posibilidad de una saludable reorientación y sólo nos queda esperar las consecuencias del agravamiento del problema de la pobreza y lo que hemos señalado en otras oportunidades, la previsible consecuencia de lo que ocurre en una democracia verdadera y pluralista es, que inevitablemente el pueblo rechazará, tarde o temprano, lo que sea en su perjuicio y en el de la generalidad. Sólo hay un pero, pues como se ha dicho: “...el movimiento internacional de reforma tributaria sugiere una consecuencia mas general de la globalización de la economía mundial —la declinación de la autonomía de los estados democráticos” y además: “Por el temor a la fuga de capital de sus países (y al mismo tiempo deseando atraer capital a sus países), los gobiernos se han visto forzados a rediseñar sus sistemas tributarios— ignorando significativamente las preferencias y los deseos de la mayoría de los ciudadanos”. (el último subrayado es nuestro).¹¹

En el estudio nuestro recientemente concluido citado antes, consignamos una cita que mueve a reflexionar sobre las implicaciones de las recientes políticas económicas en relación al orden constitucional; deseábamos destacar en esa oportunidad, que independiente de su trascendencia jurídica por tratarse de la norma suprema que justifica el resto del ordenamiento jurídico, la Constitución “es ante todo y sobre todo, la

¹¹ La referencia (traducción nuestra), es de un interesante trabajo reciente que explora los aspectos redistributivos del sistema tributario haciendo una interesante relación de su evolución histórica y las causas de las tendencias actuales cuyo autor es Sven Steinmo, titulado “*The end of redistribution? International pressures and domestic policy choices*” publicado en *Challenge* November-December 1994 p. 9. y stcs.

expresión de una manera de entender el mundo, la vida y el hombre". En este orden de ideas, la orientación de la Constitución de 1950 es todavía el núcleo fundamental de la Constitución de 1983 y sus reformas, excepto probablemente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y a las concesiones y la reversión de instalaciones de los artículos 110 y 120 constitucionales en proceso de reforma; pues bien, consecuencia de esa orientación que allí está todavía, es que reformas recientes son una clara contradicción a la Constitución, al olvidar por ejemplo entre otros, el principio de redistribución que como lo señalamos, se ha hecho ante la indiferencia de todos en los últimos cuatro años, incluso hasta de algunos de los que se alzaron en armas diciendo que lo hacían por algo parecido. En este artículo, no nos interesa evaluar las diferentes políticas económicas y sus modalidades que configuran el esquema neoliberal; aquí y ahora, nos interesa únicamente en el grado en que esas medidas no se conforman a nuestras normas constitucionales, lo que no debería ocurrir en un Estado de Derecho.

Como lo hemos precisado en otras oportunidades, el problema de si se ajustan a la Constitución las leyes que de algún modo comportan procesos regresivos ha sido objeto de estudio y particular atención por un jurista destacado como es el expresidente del Tribunal Constitucional italiano y también ex-ministro de Justicia, que plantea la interrogante siguiente: "¿Puede ser constitucionalmente correcto obstaculizar la intervención pública del Estado, y, en su caso, obstaculizar cuáles de entre las formas de intervención pública?". Si bien es cierto que la compleja materia de la limitación de los recursos financieros disponibles por el Estado plantea problemas difíciles de resolver que obviamente entran en el campo de la discrecionalidad del legislador por lo que

bien poco cabe esperar del Tribunal Constitucional como dice el distinguido profesor italiano, sin embargo, concluye señalando que sí cabría "someter a enjuiciamiento o revisión una decisión legislativa que no se ajustara a una graduación racional de las necesidades esenciales de la colectividad".¹²

Nuestro interés en las cuestiones reseñadas brevemente en las páginas anteriores es fundamentalmente jurídico y por eso nuestro enfoque es constitucional-tributario; sin embargo, queremos recordar al final de este trabajo que probablemente tenía mucha razón Gunter Grass cuando el año pasado decía en la Complutense de Madrid, que las ideologías no han muerto y que mientras exista miseria habrá motivos para estar a la izquierda. Nada más.

Las reformas neoliberales nos han motivado reflexiones y removido recuerdos, así, lo que hemos consignado en el párrafo anterior se explica al recordar que "La creencia implícita en la existencia de un cuerpo de conocimiento científico, adquirido independientemente de toda valoración es, según lo veo ahora—escribe Myrdal—, un empirismo ingenuo. Los hechos no se organizan ellos solos en conceptos y teorías nada más que con contemplarlos... En todo trabajo científico hay un elemento apriorístico que no puede escapársenos. Antes que puedan darse respuestas es preciso formular los interrogantes, los cuales son una expresión de nuestro interés en el mundo; son, en el fondo, valoraciones. Las valoraciones están así implicadas ya necesariamente en la etapa en que observamos los hechos y continúan presentes en el análisis teórico y no sólo en la etapa en que sacamos inferencias políticas de los hechos y

¹² Francisco P. Bonifacio, "Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica" en Antonio López Pina, editor, *División de poderes e interpretación* Tecnos: Madrid. 1987 pp. 80-81.

las valoraciones. Por ello, he llegado a creer en la necesidad de trabajar siempre, desde el principio hasta el fin con premisas valorativas explícitas. Las premisas valorativas no pueden establecerse arbitrariamente: tienen que ser relevantes y significativas para la sociedad en que vivimos”.¹³

Lo anterior significa que numerosos tratadistas de las ciencias sociales han propugnado la explicitación por parte de los científicos de los propios juicios de valor de los que parten sus investigaciones como nos recuerda el Profesor Rodríguez Bereijo, que agrega: “sería equivocado pensar que de lo dicho a propósito de los juicios de valor se infiere la necesaria “neutralidad” del pensamiento para que éste adquiera la condición de científico”.¹⁴ Shumpeter también decía: “por sí misma la actuación científica no exige que nos despojemos de nuestros juicios de valor o renunciemos a la adhesión a un interés particular”.¹⁵

Al consignar las referencias anteriores no podemos menos que acordarnos de nuestro respetado Maestro de los años cincuenta que sostenía que hasta cierto punto la confusión entre Economía Positiva y Economía Normativa es inevitable, cuando nos recuerda la distinción que hizo Keynes a finales del siglo pasado entre una “ciencia positiva” y una “ciencia normativa” y, señalaba que urge la importancia de “reconocer una ciencia positiva precisa de la Economía Política” como quería Keynes. De allí llega a una conclusión elocuente: “Los que se auto proclaman “expertos” hablan con muchas voces, y a duras penas pueden considerarse libres de todo interés; en todo caso, en problemas de importancia, las opiniones de los “expertos” difícilmente pueden aceptarse como materia de fe, aun en el caso de que los “expertos” llegasen a una completa unanimidad y fuesen notoriamente desinteresados”.¹⁶

San Salvador, 9 de junio de 1995.

¹³ G. Myrdal, *El elemento político en el desarrollo de la teoría económica* Ed. Gredos: Madrid. 1967 p. 9.

¹⁴ Alvaro Rodríguez Bereijo, *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales: Madrid. 1973 p. 375.

¹⁵ J. A. Shumpeter, “Ciencia e ideología”, *El Trimestre Económico* Vol. XVII N° 1 enero-mayo 1950 p. 1 y stes.

¹⁶ Milton Friedman, “Comment” en el *Survey of Contemporary Economics*. Richard D. Irwin Inc.: Chicago. 1952 p. 455-457. Los mismos conceptos aparecen en “La metodología de la economía positiva” incluido en *Ensayos sobre Economía Positiva* Ed. Gredos S. A.: Madrid 1962 p. 10. La referencia de Keynes que hace el Profesor Friedman es de la obra de John Neville Keynes, *The scope and method of Political Economy*.

DERECHO PROCESAL PENAL

Constitución y el derecho de defensa del imputado ausente

Disraely Omar Pastor*

NECESARIA EXPLICACION

Motivado por una realidad que lacera la conciencia, me he visto en la obligación moral de escribir sobre el Derecho de defensa Técnica del Imputado Ausente. Sucede que en nuestro sistema judicial se ha convertido en realidad el hecho de iniciar procesos criminales en contra de las personas, ya sea por delitos de libramentos de cheques sin provisión de fondos (estafas, hurtos y robos) así como otro tipo de delitos, tales como denuncias y acusaciones calumniosas etc.

Estos procesos se inician en un marco de total desconocimiento por parte de los sujetos imputados, dando lugar a que se cometan violaciones a las garantías constitucionales, lo que trae aparejada, además, el

irrespeto a la dignidad y el honor de las personas.

I. CONSTITUCION Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO AUSENTE

a) Antecedentes

El Código de procedimientos y de formulas judiciales viene a sustituir a los distintos cuerpos de leyes Españolas y Coloniales que sin una sistematización seria y coherente venían rigiendo la vida jurídica del País. Codificación que entra en vigencia el 20 de noviembre de 1857, y la que comprendía los procedimientos civiles y los criminales.

En lo relacionado con el Juicio Criminal se establecía que en éste se daban dos clases de Procesos, el *Ordinario y el Sumario* —Art. 999—; eso por un lado, por el otro, se regulaba que el *Juicio Ordinario* es el que se instruye por todos los trámites del derecho y *Sumario* si se omiten algunos.

* Exjefe del Depto. de Derecho Penal. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal. Ponencia presentada en: ENCUENTRO DE CRIMINOLOGIA 17 AL 21 DE JULIO DE 1995. EN MARACAIBO-VENEZUELA.

Pero, tanto uno como el otro se dividían en dos partes: El Juicio de Instrucción y El Juicio Plenario. En lo referente al Derecho de Defensa se regulaba en el capítulo cuarto, en el que en forma concreta en el Art. 104, decía: “Los procesados se defenderán por sí mismos, si pudieran y quisieran, o por los que ellos nombren o el Juez en su defecto . En este caso el Juez, elegirá la persona de más aptitud, cuidando que este cargo se reparta entre los ciudadanos del lugar. Nadie puede excusarse de ser defensor, bajo la pena impuesta en el Código Penal. *Los defensores son responsables por no defender de la manera debida a sus clientes* y por retardar el curso de la causa (El subrayado es nuestro, O.P.)” La defensoría debe desempeñarse gratuitamente y previa aceptación y juramento de su fiel desempeño; pero si el reo tuviere bienes con que pagar o el defensor nombrado buscare otra persona que le haga la defensa, la satisfarán conforme a arancel.¹

Como vemos, aparte de que en esta disposición se regula tanto la defensa de oficio como la de confianza, también plantea que: “Los defensores son responsables por no defender de la manera debida a sus clientes”. Esto resulta ser de relevante importancia por cuanto, no obstante constituir una verdadera garantía para los intereses del procesado, en el Código que actualmente rige, no existe, lo que debe ser considerado en una próxima reforma.

Es en el título 5o. de los Juicios criminales con reo ausente donde se nos determina, “que una vez proveída que sea el auto de Prisión Provisional, libraré requisitorias para la captura del reo ausente. —Art. 1314—. Luego y de acuerdo al Art. 1316, al no verificarse la captura o no sabiendo el paradero se le llamará por un solo edicto...; y el

¹ Estimamos que esto se refería al Procesado Detenido.

1317, que señala lo que el edicto debe comprender, como es:

- i) Llamamiento del reo;
- ii) El término para su presentación;
- iii) El apercibimiento de que se le declarará rebelde.

Posteriormente y de conformidad al Art. 1320, si no se presentare el reo, se le declarará contumaz y rebelde a la ley, nombrándole un defensor de oficio.

Así también y en los dos códigos de Instrucción criminal de 1882 y 1890, se sigue manteniendo el derecho de defensa en la misma forma que originalmente se reguló en el Código de Procedimientos y Formulas Judiciales.

Así mismo en las ediciones del código de Instrucción Criminal de 1904, 1917, 1926, como la de 1947 y la de 1967, se sigue concediendo el mismo tipo de política en relación al Derecho de Defensa, con la única variante que, ya en este siglo, se agrega una garantía más al procesado y es la siguiente: Que el Juez al nombrar el defensor de oficio debía elegir a un abogado o procurador del lugar de su residencia.

En el código que actualmente rige (Código Procesal Penal) existen, “Reglas especiales para el caso del REO AUSENTE”. Reglas que lo comprenden desde el Art. 290 al 295 Pr Pn y que ordenan lo siguiente:

1. Si se ha agotado el juicio de Instrucción y no procediere el sobresimiento y el procesado no estuviere detenido, lo emplazará por un solo edicto por 15 días de término; todo de conformidad al Art. 290.
2. Concluido el término y el reo no se presentare a manifestar su defensa, el juez lo declarará rebelde y suspenderá el procedimiento. Art. 292.

Así las cosas nos encontramos con que en el Código que empezó a regir en 1974 (Siglo XX), se cercena una cuestión que venía siendo regulada en todos los códigos que se habían dado, y que constituía una verdadera garantía, en lo relacionado con la eficacia de la defensa, puesto que ya en este cuerpo de leyes no se exige que la Defensa ejerciera ese derecho en forma eficiente; y lo único novedoso consiste en que, si el imputado no se presenta a manifestar su defensa, se suspende el procedimiento, quedando éste sujeto a la prescripción de la acción penal. Arts. 119-125 y 126 Pn. No. 4 inciso último.

b) Ineficacia de los tratados en este contexto

No obstante que el Estado había suscrito y ratificado Tratados relativos a la Defensa de los Derechos Humanos, estos no tenían nada que hacer en la vida Jurídica del país, pues no se les concedía valor alguno en la realidad, aparte de que no sólo en la Sociedad Civil ignoraban su existencia, sino que, también a nivel de los abogados no se les reconocía. Esto se evidenciaba más en las Facultades de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, ya que la preparación del estudiante consistía en enseñarle en base al método exegético, de tal forma que los profesionales se volvían verdaderos y consumados procedimentalistas. En esas circunstancias ¿Qué importancia podía tener la defensa de los Derechos Humanos regulados en los distintos Tratados que el Estado había suscrito y ratificado? Evidentemente ninguna; y si a ello agregamos que es hasta la Constitución de 1983 que se regula en el artículo 144 la prevalencia de los Tratados en relación a las Leyes Secundarias, se comprende y se explica tal situación.

c) Constitución de 1983

En este estado de cosas es que surge la Constitución de 1983, la cual en el Art. 12 y en su primer inciso nos dice: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Al leer detenidamente esta disposición nos encontramos, con que no distingue en razón de imputado detenido o imputado ausente. Por otra parte, y como una novedad, esta Constitución regula, además, *El derecho a la presunción de Inocencia*.²

En estas circunstancias, no es dable creer o estimar que el derecho de defensa aquí regulado se debe considerar únicamente para el imputado detenido, el que en forma más que clara se regula en el inciso 2, del Art. 12; es decir, consideramos que esta garantía así regulada, en el inciso 1, tiene razón de ser en relación al imputado ausente. Eso por un lado, por el otro, es preciso pensar que si a todo ser humano desde que nace lo persigue la presunción de inocencia, resulta ser totalmente injusto e inadecuado no convertir el derecho de defensa en una obligación del Estado en esta situación. ¿Por qué? Pues porque éste es el garante del ser humano, ya que entre los Fines del Estado está la del Art. 1 Cn. consistente en que: “Reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que esta organizado para la consecución de la Justicia, de la seguridad Jurídica y del bien común”.

Agregando, en el inciso 2, “En consecuencia es obligación del Estado asegurar a

² El subrayado es nuestro, O.P. y por último, no solo ordena que debe darse el juzgamiento en Juicio Público, sino que imperativamente determina que se le debe asegurar todas las garantías necesarias para su defensa.

los habitantes el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

Luego, en el Art. 2, dice: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.³

Así mismo, el Art. 11, dice: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad... *sin ser previamente oída y vencida en juicio...*”;⁴ o sea, pues, que si en un momento determinado se inicia un proceso penal contra una persona sin notificarle o hacerle saber que se ha iniciado un proceso penal contra él, especialmente cuando se trata de un proceso iniciado por denuncia o acusación, considero que se está violando el Art. 11 y 12 de la Constitución, ¿Por qué? pues, porque además de que se está destruyendo la inocencia de una persona, ésta se encuentra totalmente indefensa; en consecuencia en el Juicio Público se irrespetó el debido proceso ya que el Estado no cumplió con la obligación de proteger no solo la vida y la libertad, sino también la dignidad de una persona puesto que fue juzgado “*clandestinamente*” a espaldas, por lo tanto, de la regulación del Código Procesal Penal. Como su práctica es inconstitucional pues, lo que debería hacerse es, inmediatamente que se presenta una denuncia o una acusación, notificarle al supuesto imputado y ordenar se cite para el efecto de tomarle declaración al respecto. Pero, antes debiera nombrarse defensor, dándole aplicabilidad al Art. 188 Pr. Pn. el que textualmente dice: “Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso el Juez dedujere que una persona, ha participado en la comisión

de un hecho punible, *ordenará* recibirle su declaración indagatoria y *la citara al efecto*”.⁵

Y agrega: “Al tener presente al imputado le informará cual es el hecho que se le atribuye, le hará saber los derechos que tiene conforme a éste Código e inmediatamente procederá a recibirle su declaración con intervención del defensor del imputado si este ya lo tuviere o lo nombrare en el acto”; cuestión que en la realidad no se cumple, pero que consideramos es determinante, por cuanto, en circunstancias semejantes, está en juego el principio de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso y en consecuencia la libertad de una persona: el supuesto imputado. Eso por un lado, por otro lado, sostenemos que es inconstitucional, por cuanto se desprotege al imputado si éste no tiene capacidad para nombrar defensor.

No podíamos entender cuál es la razón para que, por un lado, se nombrara defensor hasta que el proceso se hubiese elevado a plenario, mientras, por el otro, no obstante ser inocente el imputado, era llevado a juicio sin tener la oportunidad de luchar por su inocencia en la fase de instrucción. Pudiera argumentarse que esto no se presentaba cuando se trataba de un imputado detenido, por cuanto él tenía el derecho de nombrar defensor, derecho que sí era eficaz cuando el imputado tenía medios económicos; pero si esto no era así, el defensor se le nombraba de oficio y si estaba ausente y de la misma condición económica, se le nombraba también un defensor de oficio, pero en ambos casos hasta en el Plenario de tal manera que el ausente podía ser condenado sin que este lo supiera. Cuestión que se sigue manteniendo en el Código Procesal Penal que actualmente nos rige, y que varió en lo relacionado con el imputado ausente únicamente en el

³ Subrayado nuestro. Omar Pastor.

⁴ Subrayado nuestro. Omar Pastor.

⁵ Subrayado nuestro. Omar Pastor.

sentido de que si no nombraba defensor, quedaba el proceso sujeto a la prescripción de la acción penal, lo que impide que pueda condenarse sin la asistencia de defensor. Eso por una parte, por la otra, seguía siendo un mero derecho, es decir, si puedo y quiero nombro defensor, de lo contrario, solo procedía el defensor de oficio. No así en el caso del ausente.

Luego, y por un acto de “humanidad” se reforma el Código en 1987 y se concede el derecho aludido a partir del auto de detención Provisional, reforma que importa por cuanto el derecho de defensa (Técnica) se vuelve obligatoria a partir de dicho auto, pero el derecho de defensa del ausente sigue lo mismo.

Dicha reforma se da, ignorando la existencia de la Constitución que tenía vigencia desde el mes de diciembre de 1983 y que generó, indiscutiblemente, violación de los más elementales principios constitucionales, que se regulan en el Art. 11-12; y el 144 inciso 2, que le concedía prevalencia a los Tratados sobre las leyes secundarias. ¿Por qué?, pues, porque por un lado, se volvió obligatorio el derecho de defensa a partir del auto de detención provisional, y por el otro se dejó intacto lo referente al imputado ausente. Cuestión que se ha mantenido en la reforma operada en 1992, en la que se reguló el derecho de defensa del imputado detenido adecuándola a lo prescripto en la Constitución, no así en lo tocante al imputado ausente.

Así las cosas, la interrogante sigue en pie, ¿Cual era la razón para que inicialmente se concibiera como obligatorio el nombramiento de defensor a partir del auto de elevación a plenario?. Es de suponer, que esto era lo que más se adecuaba al tipo de proceso que en la época regía, por cuanto éste se conformaba por dos fases, supuestamente, la dominada por el sistema inquisitorio y la influenciada

por el acusatorio. Ellas correspondían a la fase sumaria o de instrucción y a la fase plenaria respectivamente, ésta última conocida como el juicio; y siendo que de acuerdo al Art. 4 Pr.C. “juicio es la controversia legal, entre dos o más personas, ante un Juez autorizado para conocer de ella”;⁶ era lógico que fuese en la fase plenaria, que necesariamente tenía que haber defensor, pues, era en esa fase donde se daba la controversia entre las partes, la verdadera contradicción.

Pero, aún seguimos sin entender ¿Por qué razón se le daba primacía a la ley secundaria? (Leyes Procesales Penales) en detrimento de lo establecido en la Constitución, pues, en la práctica todo el sistema judicial y los abogados seguíamos ignorando el Art. 11 y 12 así como el 144 de la Nueva Constitución.

Los motivos que podrían señalarse para que esta situación se diera, creemos, son las siguientes:

1. Que en la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, siempre se consideró y se enseñó que los derechos plasmados en la Constitución no eran más que meras aspiraciones.
2. Que esas aspiraciones para que se constituyeran en una realidad debían ser desarrollados en las leyes secundarias, de tal manera que si no se desarrollaban en los códigos procesales no operaban.
3. Luego, y en vista de lo apuntado al estudiante se le preparaba exclusivamente en el conocimiento de los respectivos códigos procesales —dando lugar con ello al procedimentalismo—. Esta Praxis se ha mantenido hasta hace poco tiempo, ya que todavía persiste en la mente de muchos esa forma de hacer justicia.

⁶ Subrayado nuestro. O. P

II. LOS ACUERDOS DE PAZ Y LA REFORMA JUDICIAL

Una de las cuestiones planteadas en las recomendaciones de la Comisión de la Verdad era la de la total reestructuración del Sistema Judicial. Ello dió lugar a que se reformara el Código Procesal Penal en lo relacionado con los Derechos del imputado, reforma que solo comprendió al imputado detenido, no así al ausente, quizás en la creencia de que éste no era alcanzado por la Constitución; en consecuencia no se le dió la importancia que realmente tenía, cuando en la realidad constitucional nuestra sí se regula, basta leer el Art. 12 inciso 1 para darnos cuenta de ello.

a) Las garantías judiciales y el Sistema Punitivo

Nos interesa esencialmente lo relacionado con los Arts. 1-2-4-11-12 Cn.

Es preciso determinar que en lo referente al Sistema Punitivo éste no puede ni debe ser absoluto, sino que debe tener límites, los que necesariamente deben tener rango constitucional, o sea que hay que buscar un equilibrio entre la aplicación del Sistema Punitivo por parte del Estado y el respeto por los derechos del imputado. Solo así evitaremos la arbitrariedad y siendo que la Constitución establece: que, “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado...”, y por otra parte, en el Art. 2, dice: que, “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad...”, para luego agregar que también tiene derecho “a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.

Así también, en el Art. 4, en forma categórica, expresa que: “Toda persona es libre en la República...”. Para luego determinar en forma concluyente en el Art. 11, que ninguna

persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad... “Sin ser previamente oída y vencida en Juicio con arreglo a la Leyes”. Cuestión que no podía, ni debía quedar en el aire. Razón por la que en el Art. 12, inciso I, se establece La Presunción de Inocencia, el juicio público y el derecho de Defensa.

Estimo que es preciso dejar claro que ningún derecho puede afirmarse, sino es a través del derecho de defensa, es decir, que todos los derechos plasmados en nuestra Constitución para que tengan real eficacia, solo será posible en virtud del Derecho de Defensa.

El que, por un lado actúa simultáneamente con los demás derechos y, por el otro, es el que operativiza a todas las demás garantías; de tal manera que el derecho debe darse desde el momento mismo que se imputa la comisión de un delito a una persona, no necesitando que se formalice en un proceso. Si esto es así, ¿Por qué permitir que se inicie y siga un proceso contra un imputado ausente, sin su conocimiento? Creemos que en una situación semejante se ha dado la violación del Derecho de defensa en Juicio; dicho de otra manera, se ha irrespetado y por lo tanto quebrantado, el principio de “la inviolabilidad de la Defensa en Juicio”.

Resulta ser de vital importancia, el entender que el derecho de defensa material se caracteriza en el derecho a ser oído; si es así, resulta incongruente que el imputado no conozca la imputación que se le hace, para poder ser oído, bien a través de su declaración en el proceso —defensa material— o bien para nombrar un defensor que lo represente en juicio y haga valer sus derechos —defensa técnica—.

Luego, es lógico afirmar que un proceso en donde el imputado ausente no conoce la imputación de que es objeto —sea que en un momento determinado se suspenda el pro-

cedimiento o no— está viciado y por lo tanto es inconstitucional.

Por lo tanto, la intervención del defensor en el proceso tiene que ver con la *Legitimidad* del mismo, ya que solo así se puede garantizar la dignidad, la vida y la libertad del Ser Humano. Pero, este derecho no puede ser ejercido sino en juicio, y éste para que realmente satisfaga la justicia debe ser previo y público.

Es mediante el Juicio Público que garantizamos la transparencia del mismo, o sea que, por un lado, la justicia es accesible para todos, y por el otro, se da el control de la misma por la Sociedad Civil, lo que viene a ser, indiscutiblemente, un freno a la arbitrariedad del Estado.

b) Juicio Previo

La cuestión relativa al juicio previo, debe entenderse en el sentido de que no puede haber una sentencia sino es en base a un juicio, entendiéndose por tal, según el decir de Alberto Binder, “Como Institución Política-Cultural y no como juicio lógico”, en consecuencia, agrega: “juicio” significa, concretamente Juicio Oral, Público y por Jurados”. Lo que nos lleva a determinar que no se entiende un Juicio sin una sentencia”.⁷

No obstante la claridad del planteamiento relacionado, es preciso aclarar que no es lo mismo juicio previo que debido proceso, como equivocadamente sostienen algunos: por lo tanto no es debido entenderlos como sinónimos, por cuanto uno es presupuesto del otro. Veamos: *El debido proceso* o proceso legal hace relación a una condición necesaria para un juicio válido, es decir, un juicio en el que se respeten los principios que lo fundamentan; en cambio, *el juicio Previo* hace relación al debido proceso, di-

cho de otra manera hace relación al proceso legal que se requiere para justificar la sentencia. O sea que para llegar a ese momento culminante del proceso, que es la sentencia, solo es posible en virtud de un debido proceso, vale decir, respetando las reglas previamente establecidas, de tal manera que pueda haber un juicio y además, a través de él, imponerse una sentencia, pero si en ese juicio no se cumplieran las reglas, ese juicio es inconstitucional. Por lo tanto es indebido considerar como sinónimos, la expresión “*Debido Proceso*”, con “*Juicio Previo*”, pues, para llegar al fallo final, la sentencia, es preciso el juicio, pero además que se den en base a las formas establecidas por la ley, en las que, por otra parte, deben estar implícitos los principios que fundamentan un Sistema Garantista.

En consecuencia, cuando se inicia un proceso en ausencia de un supuesto imputado y no se le hace saber que se ha iniciado un proceso penal en su contra, se está violando el debido proceso puesto que no se debe iniciar un proceso sin que el imputado tenga conocimiento de los cargos de que es objeto, ya que de esta forma se destruye la Presunción de Inocencia que nace con el ser humano, y por lo tanto se le construye el edificio de culpable, sin darle oportunidad a que se defienda de la imputación de que es objeto. Violándose en consecuencia el derecho de defensa, tanto material como técnica.

c) La presunción de inocencia y el derecho de libertad

El principio de Inocencia o Estado de Inocencia; cualquiera de estas posiciones nos llevan al derecho a la presunción de Inocencia.

El maestro Alberto Binder, al respecto nos dice: “Si nos referimos a la existencia de una Presunción de inocencia, seguramente

⁷ Alberto Binder, pp 111-112.

encontraremos muchos críticos. Sin embargo si afirmamos que “Ninguna persona puede ser culpable hasta que una sentencia declare su culpabilidad”, posiblemente el acuerdo sea total; esto nos señala que en la base del problema existe una discusión verbal”.⁸ Mi opinión al respecto, es que esa forma de aceptar la segunda formulación del principio, nos debe llevar a meditar sobre lo relacionado con la conciencia, con la mentalidad que se nos ha conformado, pues, nos han preparado para pensar a partir de la culpabilidad; de ahí que con toda facilidad seamos amigos de señalar al semejante como culpable; pareciera que tuviéramos un cerebro enrejado, y por ello aceptamos cualquier razonamiento que nos haga pensar en culpabilidad y no en inocencia, por lo que estimo que se debe tratar por todos los medios posibles de cambiar esa forma de pensar.

III. CONCLUSIONES

Pero, sea que aceptemos una fórmula u otra, lo cierto es que esa inocencia debe ser destruida con prueba fehaciente, ya que solo así podrá darse la certeza necesaria para afirmar la culpabilidad. Si esa certeza no se manifiesta en el proceso es imposible hablar de culpable; en consecuencia se afirma la inocencia del imputado, y si eso es así se está garantizando la libertad. Resulta entonces que el hecho de que el Estado al proceder a juzgar a una persona, debe partir de la inocencia de la misma, nos indica que está obligado a investigar la verdad, pero ello debe realizarlo respetando el derecho de Defensa tanto material como técnica, así como el debido Proceso. Esto es precisamente lo que no se respeta al iniciar y seguir un proceso, puesto que:

1. Además de que el supuesto imputado, desconoce la imputación que se le atribuye;
2. Se le niega la oportunidad, de nombrar defensor;
3. El proceso no es transparente, por cuanto solo el denunciante o acusador sabe de la existencia del proceso, por tanto se viola el principio relativo a que el juicio es público;
4. De todo lo afirmado, se concluye que la presunción de Inocencia se le destruyó al imputado, sin darle oportunidad no solo de defenderse, sino de que se le construya su culpabilidad, en un juicio Público, por lo que estamos en presencia de una flagrante violación a la Constitución, pues el Estado no protegió debidamente al imputado en sus derechos plasmados en los Arts. 1 - 2 - 4 - 11 y 12 de la Constitución.

En conclusión, para poder encontrar una solución adecuada a la realidad y a la justicia es indispensable reformar el artículo 12 de la Constitución en su primer inciso, en el sentido de que toda persona en contra de la cual se inicie proceso penal, ya sea de oficio, por denuncia o acusación se le debe notificar al respecto y en consecuencia citarla para que manifieste su defensa, bien presentándose a declarar al tribunal respectivo o bien nombrando un defensor para que lo represente en el juicio. Cuestión que deberá regularse en el nuevo Código Procesal Penal que actualmente se encuentra en vías de ser aprobado. Así como lo referente al Art. 551 No. 5 Pr. Pn., debe ser regulado de conformidad a su forma original o sea, sin distinguir entre imputado ausente o detenido, pues la reforma del Decreto Legislativo No. 238, del 6 de mayo de 1992, cercenó la garantía constitucional plasmada en el Art. 12, así como lo contemplado en los Tratados Internaciona-

⁸ Alberto Binder. p. 120

les Suscritos y ratificados por El Salvador, en lo relacionado con los derechos del imputado.

BIBLIOGRAFIA

- Anteproyecto de los Códigos Penal y Procesal Penal. El Salvador, Ministerio de Justicia 1992.
- Alberto Binder. Introducción al derecho Procesal Penal. Argentina. Ad-hoc S.R.L., 1993.
- Código de Procedimientos y de Formulas Judiciales de 1857—58. Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador, C.A.
- Código de Instrucción Criminal de 1882 - 1890 - 1904 - 1926 - 1947 - 1967, varias editoriales, El Salvador, Publicación del Ministerio de Justicia, 1992.
- Código Penal Vigente, Ministerio de Justicia, 1992.
- Constitución de la República de El Salvador, 1983 (con su Reformas) San Salvador, marzo 1992. Ministerio de Justicia.

El sistema jurídico de mediación cotidiana y la construcción de la legitimidad: el caso de Costa Rica, 1821-1840

José Antonio Fernández
Edwin González*

El 11 de mayo de 1823 el alcalde segundo de Cartago interrumpió su descanso dominical cuando doña Francisca Nava y Corrales, presentó una demanda contra el dueño de un burro que había preñado su yegua, presumiblemente para su uso personal. Hay cierta irónica contradicción en que esta dama de la elite (aún no se había prohibido el uso del tratamiento de “doña”) protestara contra una reproducción accidental que habría alegrado a más de un campesino, dadas las bajas probabilidades de gestación exitosa de una mula. A fin y al cabo, ella (doña Francisca) era el fruto de la unión pecaminosa pero políticamente correcta (en el sentido del siglo XVIII) de un gobernador casado (garañón peninsular) con la hermana de uno de los miembros del cabildo de la capital colonial (hembra criolla con pretensiones de nobleza). La decisión fue que, de los varios burros que habían saltado la yegua, se consideraría

responsable de la preñez al último, por lo que debía averiguarse quien era su dueño.¹

A principios del mismo año, el alcalde primero de la misma localidad resolvió públicamente un conflicto mucho más privado (al menos desde nuestro punto de vista) y con criterios más cercanos al recién concluido status colonial que a la ideología republicana que estaba por construirse. Benito Núñez solicitó que se expulsara a Antonia Sánchez, “soltera huérfana” del “rancho de poco valor” que tenía al lado de su casa para evitar los celos de su mujer. El tribunal decidió que el celador del barrio valoraría el rancho para que Núñez lo vendiera o comprara, entregándole el importe a su antigua dueña por medio del mismo celador para que construyera otro rancho “en que no haya lugar de choque al tránsito de la mujer de Núñez”. Esta última frase sugiere que los celos habían llegado a exasperar los ánimos de la señora

* Investigadores de la Universidad de Costa Rica, “Rodrigo Facio”.

¹ Archivo Nacional de Costa Rica (en adelante ANCR) - Serie Jurídico (en adelante J), F. 1v.

de Núñez, por lo que el problema doméstico podía considerarse, dentro de los parámetros del momento, como un asunto público. De este modo el derecho de propiedad se le negaba a una soltera huérfana, presumiblemente más joven y hermosa que la mujer de Núñez, para traer la paz al interior de un hogar de la élite.²

Quince años después, el 20 de septiembre de 1838, Atanasio Bonilla acusó a José María Solano por haberlo llamado “Sinvergüenza,” lo que el último justificó en haberle facilitado un machete al ofendido desde 1835 y que aun no se lo había devuelto. Atanasio respondió que ese no era motivo para llamarlo sinvergüenza, pues se lo prestó graciosamente sin que él se lo solicitara cuando estaba en casa del acusado, en donde aun se encuentra. Los miembros del tribunal opinaron que “la palabra sinvergüenza era una injuria leve pero que realmente es digno de corregirse si se considera que de un hombre que ha perdido la vergüenza nada bueno puede esperarse cuando este afecto del alma es una tara del honor”. El tribunal aceptó la justificación de Solano pues sólo era valido emitir juicio si él se hubiese negado a devolver el machete, por lo que condenó al ofensor a satisfacer al ofendido de acuerdo a la ley.³

En la misma línea de los atentados contra el honor, el 19 de junio de 1838 Joaquina Boza ofendió a la mujer de Sebastián Barahona tratándola de puta por haberse casado con hijos. Los miembros del tribunal opinaron que si la demandada trató de puta a la esposa del actor por los dos hijos que había tenido antes del matrimonio, el marido no debía creer lacerado el honor de su esposa, supuesto que su conducta posterior había correspondido a la fidelidad que debía guardarle.⁴

² ANCR-170, f.3.

³ ANCR-J-1881, f. 89.

⁴ ANCR-J-1881, f. 49.

¿Qué tienen en común las aventuras reproductivas, aunque no autorizadas, de una yegua, el atropello a una mujer joven que provocaba los celos de su vecina, el honor de quien tenía que pedir prestado un machete y el marido que sale a la defensa de su esposa, quien aportó dos hijos ilegítimos al matrimonio? Estos casos que hemos escogido al azar para iniciar nuestra participación, son muestras de los conflictos cotidianos que plegaban la vida aldeana (es una exageración hablar de ciudades) en Costa Rica inmediatamente después de la independencia. El objetivo de esta ponencia es discutir el mecanismo establecido para solucionar estos roces y el papel que éste jugó en la construcción de la legitimidad de la élite. Los resultados presentados aquí son parte de un estudio que se encuentra en proceso.

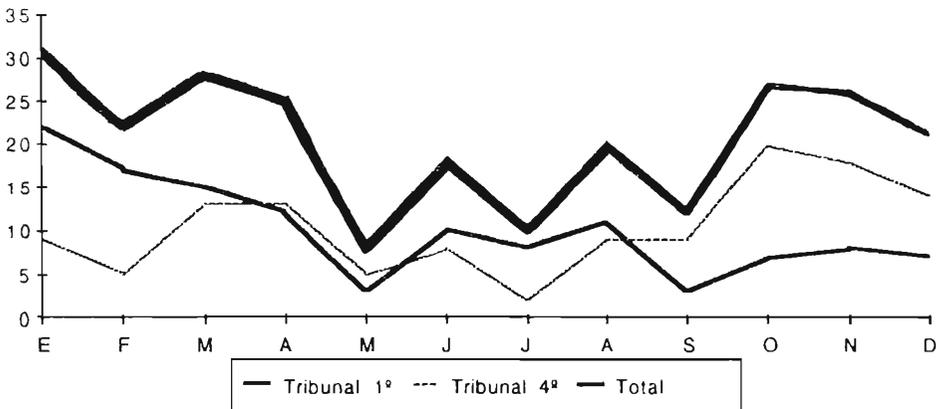
¿Qué tipo de conflicto plagaba la vida cotidiana de la sociedad aldeana? Estos incluían desde aspectos pedestres vinculados con la producción económica (la anulación de un contrato de venta de unos bueyes por su poca fuerza de tiro) hasta la interpretación del cumplimiento de una bula papal (como la señora que fue expulsada de la iglesia por su vestimenta indecorosa, posteriormente admitida una vez que el vicario coincidió, imposible saber si por convencimiento o por política, con el tribunal en que el vestido cumplía con lo establecido por Su Santidad Inocencio II). Desde exorcismos realizados por laicos a pobres adolescentes consideradas brujas hasta conflictos entre vecinos que podían llegar a expresiones y acciones impensables en la cultura meseteña costarricense actual. El pleito entre dos familias vecinas de Alajuela incluyó que el hijo adolescente defecara en el metate de los vecinos, dejara escapar sistemáticamente sus flatulencias frente a la puerta de calle, espíara cuándo se bañaba la vecina para tirarle piedritas con cerbatana y... mejor nos refrena-

mos de repetir las expresiones. Así, estos conflictos abarcaban todas las esferas y tenían como protagonistas a personas de diferentes rangos sociales, géneros, ocupaciones y status.

¿Existían ciclos en los conflictos que eventualmente se presentaban ante los tribunales? A modo de ejemplo y sin que pretendamos que no había variaciones locales, la distribución mensual de los juicios verbales en dos tribunales de San José en 1827 sugiere algunas tendencias. Durante la estación seca, en la cual el ritmo de las actividades agrícolas disminuía, el número de conflictos tendía a incrementarse. En contraste, en la estación lluviosa de mayo a septiembre, cuando el ciclo agrícola concentraba toda la actividad de los campesinos en sembrar, desgusar y desyerbar, había una disminución significativa de los conflictos. (Ver Gráfico 1). ¿Por qué había una correlación entre la desocupación relativa de los campesinos y el conflicto

cotidiano? Para responder a esta pregunta será necesario desagregar los juicios de acuerdo a una tipología que permita determinar quiénes fueron los actores y cuáles fueron las causas del conflicto cotidiano. Si los hombres campesinos continuaron comercializando sus productos hacia Nicaragua aun después de la independencia, podríamos suponer que un porcentaje importante de los conflictos veraniegos sería causado por conflictos entre mujeres temporalmente libres del, en el lenguaje de la época, “freno” masculino. Por el contrario, si la disminución de las tareas en el campo forzaba a hombres y mujeres a compartir el reducido espacio hogareño, es probable que buena parte del aumento en los conflictos se debiera a conflictos conyugales. Como en toda novela detectivesca o policial contemporánea, únicamente podremos comprender estos procesos si tenemos claro cómo se comportan las dos variables de motivo y oportunidad.

GRAFICO 1
DISTRIBUCION MENSUAL DE LOS JUICIOS VERBALES
EN DOS TRIBUNALES DE SAN JOSE, 1827.



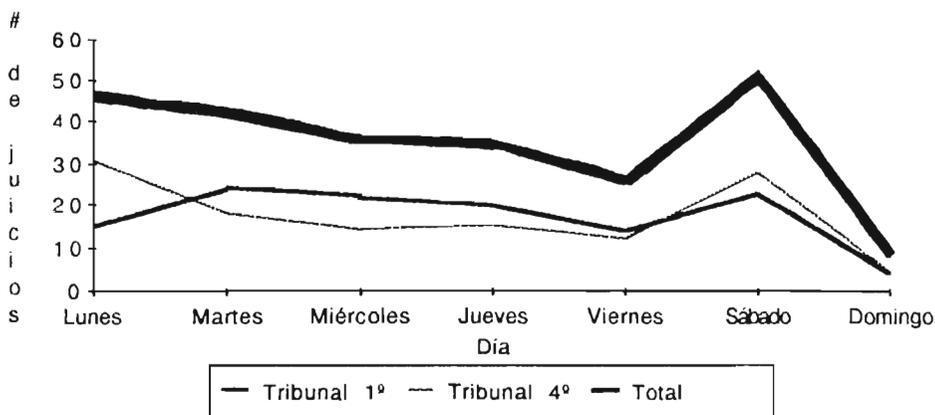
FUENTE: Archivo Nacional de Costa Rica, Serie Jurídico, 3101 y 3611

De la misma manera que existía un ciclo anual en la presentación de conflictos, el funcionario de los tribunales en que éstos se dirimían tenía un ciclo semanal fácilmente reconocible. Aunque existen algunas diferencias menores entre los juzgados (acaso porque las actividades personales del alcalde 1º no le permitía estar los lunes en funciones), el número total sugiere que los lunes se presentaban a conciliación quienes habían entrado en conflicto durante el fin de semana. Esto es apenas sorprendente dada la correlación existente entre el consumo de bebidas alcohólicas, la principal diversión de la época, y los choques por ultraje, agresión, etc. El número de casos juzgados por los tribunales descendía de martes a viernes, pues obviamente las obligaciones laborales y empresariales de todos los involucrados tenían prioridad sobre la resolución de los conflictos. Era los sábados, día de mercado, que se ventilaban todos los agravios acumu-

lados durante los días laborables, pues acudir ese día al centro del poblado era parte de la rutina campesina, lo cual permitía a quienes vivían más alejados tener acceso al tribunal. Finalmente, los datos sugieren que los domingos eran los días de menor actividad de los tribunales.

Aunque la historiografía nacionalista y liberal de principios de siglo identificó algunas rebeliones locales de claro contenido antifiscal como movimientos “precursores de la independencia,” no cabe duda de que esta caracterización obedeció, al menos en parte, al complejo de inferioridad causado por la comparación de la independencia “regalada” de Centroamérica frente a las gestas guerreras que liberaron otras regiones del imperio español. Hoy sabemos que estas explosiones sociales se explican en el marco de la crisis provocada por el fin del boom añilero y hay consenso entre los estudiosos de que la independencia centroamericana no

GRAFICO 2
DISTRIBUCION DE LOS JUICIOS VERBALES POR DIA DE LA SEMANA
EN DOS TRIBUNALES DE SAN JOSE, 1827.



FUENTE: La misma del Gráfico 1.

fue provocada por un movimiento generalizado de masas ni puede ser caracterizada como la consecuencia de una revolución en el significado más estricto del término.

Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que durante las décadas posteriores a la independencia no se dieran procesos políticos importantes. Las élites de las diferentes regiones enfrentaron el reto de construir una nueva hegemonía "republicana," dejando de lado el componente monárquico (que en muchas ocasiones tenía visos míticos), un componente importante en la legitimidad tanto de la metrópoli como de estas mismas élites durante los tres siglos de la colonia. Aunque estudios recientes sugieren una participación popular en los procesos de elección que debe haber contribuido a consolidar la hegemonía de la élite,⁵ ésta participación tiene más elementos de continuidad con las fiestas reales del período colonial que de ruptura hacia una ideología republicana.⁶ Más aun, las élites debieron enfrentar el principio de "desigualdad natural" que estaba implícito en toda relación colonial, en el caso de América caracterizado por la presencia de culturas indias, afroamericanas y euro-

peizada. Esta diversidad podía manifestarse en grupos étnicos bien definidos o en la presencia de rasgos culturales que contradecían aquellos de la cultura elitesca. Así, en contraste con Europa, donde la "nación en armas" surge de la eliminación de los privilegios en una población con unos rasgos culturales básicos comunes, los herederos centroamericanos del siglo de las luces enfrentaron el reto de enfrentarse a una sociedad culturalmente compleja. En algunos casos, y debido a circunstancias concretas, los procesos vividos a lo largo del siglo XIX profundizaron las diferencias étnicas, consolidando en la ideología de la naciente burguesía la condición sub-humana de la etnia subordinada (el caso de Guatemala). En otras circunstancias concretas, la élite fue capaz de crear mecanismos que permitieran homogenizar paulatinamente la cultura de la población, estableciendo las bases para un sistema de dominación mucho más sutil pues estaba basado en una ideología común.

La hipótesis de este trabajo es que, más que muchas leyes que nunca afectaron a la gran mayoría de la población, la resolución de conflictos cotidianos mediante la vía judicial consolidó la legitimidad de la élite costarricense. Esto, obviamente, fue un complejo proceso de diálogo entre la cultura de la élite y los grupos que se caracterizaban por conservar rasgos culturales distintivos. Inmediatamente después de la independencia, este mecanismo implicó el reconocimiento por parte de la élite de que las resoluciones debían darse dentro de los esquemas y valores de la cultura popular. Posteriormente, en las dos décadas posteriores, la élite gobernante impuso marcos de referencia que forzaron sus valores sobre los de sus gobernados.

El mecanismo judicial más importante no eran los engorrosos e inacabables procesos judiciales escritos, que podrían acumular

⁵ Véase por ejemplo Margarita Silva "Las elecciones y las fiestas cívico electorales en San José, durante la formación del Estado nacional en Costa Rica (1821-1870)". Tesis de maestría, Universidad de Costa Rica, 1993.

⁶ Aunque carecemos de una descripción impresa de estas festividades como la que hizo para Sonsonate el alcalde mayor Bernardo de Veira, datos de la correspondencia personal de miembros de la élite ponen de manifiesto que también se dieron desfiles en que los principales funcionarios lanzaban monedas a la muchedumbre y se presentaban comedias. Para Sonsonate véase Pedro Antonio Escalante Arce. *Códice Sonsonate*. (San Salvador: Dirección General de Publicaciones e Impresos, 1992) y para Costa Rica véase José Antonio Fernández Molina. "Correspondencia comercial en el Reino de Guatemala" en *Anuario de Estudios Centroamericanos* 12:2 (1986), 147-157.

centenas de páginas en varios legajos, sino los juicios verbales en que el alcalde se hacía acompañar de dos “hombres buenos” o “socios” nombrados por las partes en conflicto. Estos tribunales tenían su origen en las instancias de conciliación que aparecieron entre la nobleza europea durante la Baja Edad Media y que muy posiblemente siempre han existido en toda comunidad campesina.⁷ En el período colonial costarricense estos casos de autoridad y liderazgo al margen de la estructura formal son difíciles de documentar por su misma naturaleza y porque en esa sociedad jerarquizada parecen haber predominado las relaciones verticales. Sin embargo, es muy probable que individuos como Juan de Salazar y Eugenio Calvo, dos milicianos del Valle de Aserri electos por su compañía como suboficiales y a quienes sus compañeros pagaron el precio del puesto al gobernador a mediados del siglo XVIII, cumplieran la función de dirimir disputas entre sus pares.⁸

Aunque la legislación española aplicada durante la colonia contemplaba la conciliación como un primer paso optativo entre las partes en conflicto, ésta nunca se consideró obligatoria. Además, en la práctica los diferendos de poca monta (¿o deberíamos decir entre gente de poca monta?) eran dirimidos por los alcaldes y gobernadores españoles sin llevar registro de sus veredictos. Fueron los liberales gaditanos de 1812 quienes crearon este tribunal de primera instancia para dirimir litigios por bajas sumas de dinero (inferiores a los \$100), por injuria y por agresiones en que no se hubiese derramado sangre; en tanto que tribunal de primera

instancia, se llevaba un registro sucinto de los casos (en su mayoría no llena dos folios), para que quien no quedara satisfecho pudiera pedir certificación y apelar al tribunal superior.⁹ En el caso del Reino de Guatemala, la vigencia de estos tribunales tuvo que esperar a la independencia, cuando se mantuvo por décadas la legislación española, debido a que los conflictos entre el capitán general, la audiencia y las diputaciones provinciales impidió su puesta en práctica durante el primer período constitucional.¹⁰

La estructura de estos tribunales, dos “hombres buenos” nombrados por las partes y el alcalde políticamente electo, imponía el criterio del sentido común popular por encima de las normas que hubiese querido imponer la élite, reflejo del limitado control de la última sobre la recientemente independizada sociedad. Por ello, en muchos casos privó por sobre lo legal el criterio impuesto por el omnipresente sentido del honor. Por ejemplo, en junio de 1823, Felipe Romero invitó a Dolores Moscoso y su mujer Mónica Molina a asistir a una función (algún tipo de espectáculo público), pero lo hizo con palabras “llenas de autoridad, orgullo y ultraje.” Moscoso acusó a Romero por injuria, pero al confesar este último que había sido amante de la Molina proveyéndola de lo que el esposo no le daba, lo cual corroboró Mónica, el tribunal decidió que no había lugar a

⁷ Patrick J. Geary, “Vivre en conflit dans une France Sans Etat: typologie et mécanismes de règlement des conflits” (1050-1200) en *Annales ESC*, sept.-oct. 1986.

⁸ ANCR-Complementario Colonial-4395.

⁹ La Creación de estos tribunales que parte de la desestructuración del sistema de justicia heredado de la Edad Media, uniformando las funciones de los alcaldes constitucionales en todos los dominios españoles. Decreto de las Cortes fechado 7 de octubre de 1812. Archivo General de Centroamérica (en adelante AGCA), signatura AI-legajo 1538, f. 110. (En adelante las referencias de los documentos de este archivo seguirán el siguiente orden: signatur-legajo-expediente): “Reglamento de tribunales y juzgados,” aprobado por la ley fechada 7 de octubre de 1812, AGCA, AI-1538, f. 125.

¹⁰ AGCA, B-9-369.

quejarse por injuria. Ciertamente el tribunal estableció ciertas reglas para evitar que la “malversación” entre los dos amantes continuara en el futuro (entonces se malversaban personas, no bancos ni empresas), pero al no castigar los actos pasados aprobó implícitamente que la “posesión” de hecho tenía precedente sobre la de derecho establecida por la legislación civil y eclesiástica.¹¹

Tal determinación sólo es comprensible en una sociedad en que privaban las relaciones primarias hasta el punto de que los vecinos eran considerados responsables de las acciones que pudiesen suceder puertas adentro. Los hombres y mujeres de Costa Rica compartían el sentido del honor (incluso aquellos que según el esquema colonial carecían de éste) tal como lo definiera en 1794 el cura de Jocotán, Guatemala, en una carta privada justificando por qué había llamado “señorita puerca” a Felipa Madrid, quien a su vez le había ofendido. “Cuestión es prolija si se puede soldar la honra: los más severos la hacen de vidrio, que no se suelda; otros le dan a la deshonra reparos; pero yo, fundado en razones bien sólidas, aseguro que si la deshonra se padeció involuntaria los tiene, si con advertencia no los hallará el más esquivito cuidado.”¹² Sustituyendo la metáfora de lo que se quiebra por lo que se ensucia, el alcalde del mineral del Aguacate se negó a renunciar cuando se intentó sustituirle en 1825, “por hacer un reclamo perteneciente a una injuria que tizna su honra.”¹³ Desde esta óptica, Moscoso, el desdichado cornudo, no podía reclamar injuria, daño al honor, porque de hecho carecía de éste.

Los mismos miembros de la élite legitimaron el nuevo mecanismo judicial al utilizarlo maliciosamente para resolver conflictos con sus pares. El 6 de julio de 1822 don Diego Palacios demandó al Teniente de Milicias don Manuel Sáenz pues en su hacienda acogía a un esclavo suyo que había escapado. En aquella oportunidad, demandante y demandado acordaron que el esclavo retornara amigablemente a su dueño. Sin embargo, el 22 de julio siguiente los dos actores retornaron al tribunal, pues Palacios exigía los jornales de los dos años que su esclavo había servido en la hacienda de Sáenz.¹⁴ El astuto demandante intentó, sin éxito, utilizar un expedito juicio verbal para reclamar derechos que en el marco jurídico exigían el lento, costoso e impredecible juicio escrito.

El sentido común popular no siempre fue respetado por los alcaldes y, de hecho, como parte del lento proceso de legitimación, en algunos casos impusieron su criterio. El 21 de julio de 1835 Sixto Batista demandó a sus suegros pues no quería que éstos admitieran a su esposa en su casa, dado que por ese motivo había disgustos conyugales. Los demandados reclamaron que si no existía justa causa no convenía que se prohibiera a su hija que los visitara, opinión que compartieron los “hombres buenos”. Sin embargo, el alcalde falló indicando que si el demandante declaraba que había desavenencias por esa causa “y en atención a que el marido es el juez de su esposa”, se prohibía a los demandados que admitieran a su hija en su casa bajo pena de 5 pesos, a no ser con la aprobación de Sixto Batista.¹⁵

¿Cómo contribuyó a legitimar a la élite una instancia en que se decidía sobre docenas y no miles de pesos, en la cual se reglaba el funcionamiento interno de un hogar en vez

¹¹ ANCR-J-70, f.3.

¹² “Los maledicentes pasquines de Jocotán”, en *Boletín del Archivo Histórico Diocesano Francisco de Paula García Peláez*, II:2 (enero-junio 1991), 90.

¹³ ANCR, Gobernación 8669, f.2.

¹⁴ ANCR-J-51, f. 15 y 17v.

¹⁵ ANCR-J-1484, f. 55. Cartago 21/7/1835.

de reprimir a la masa campesina? En primer lugar, esta instancia judicial le garantizó a quienes ocupaban puestos de alcalde la presencia cotidiana en la resolución de nimiedades o de asuntos que desde su punto de vista deben haber parecido “irracionales”. ¿Tenía sentido invertir tiempo en resolver conflictos de mujeres, o, como se decía entonces, “propios de su sexo”? ¿Qué pensaría el encargado del juzgado 2º de Cartago en 1834 cuando se acusó a Lina, una servidora doméstica, de ser una bruja con la capacidad de transformarse en animales salvajes?¹⁶ Al margen de su opinión personal, no hay duda de que el símil más apropiado para describir el efecto de esta presencia es la de la gota de agua sobre la roca: la acción es lenta pero constante.

En segundo lugar, es poco probable que haya existido una instancia judicial con semejante cobertura en cualquier otro período de la historia costarricense. Los dos juzgados de San José en 1827 de los que se han conservado registros atendieron 250 demandas. Si hacemos un pequeño ejercicio de extrapolación resultaría que los cuatro juzgados existentes podrían haber procesado 500 demandas en las cuales además del alcalde, hubo al menos 1000 implicados (demandantes y demandados) y 2000 hombres buenos que los representaron. Suponiendo que una persona haya presentado varias demandas o que otros sirvieran de hombres buenos en diversas ocasiones, podemos reducir el número en un 50 por ciento para quedarnos con un total de 1,500 personas que en uno u otro papel asistieron a los juicios verbales. Si para 1843 la ciudad de San José tenía 1071 hogares, no es una exageración indicar que poco menos de dos décadas antes era probable que todos los hogares de la nueva capital recurrieran, por

una razón u otra, al tribunal de primera instancia.¹⁷

Finalmente, la élite impulsó su propio proyecto de sociedad y cultura en el contexto de la vida comunitaria al establecer nuevos parámetros para los valores que debían regir las decisiones de los tribunales. Pierre Bourdieu acuñó el término “violencia simbólica” para describir el proceso mediante el cual el grupo dominante hace conocer su cultura (normas, valores y hábitos) como legítima en tanto que la cultura de los dominados pierde su legitimidad.¹⁸ En el período en que la educación era un privilegio, en que el medio de comunicación universal continuaba siendo el chisme y en que la iglesia era mucho menos poderosa de lo que posteriormente fue, los juicios verbales se convirtieron en la vía óptima para el proceso de doble vía por el cual se legitimaba la cultura de la élite y se deslegitimaban rasgos de la cultura popular.¹⁹ Para efectos explicativos hemos seleccionado una descripción concisa de la política impulsada por la élite desde los organismos superiores de poder para imponer el matrimonio, presidido por el esposo, como el modelo de reproducción biológica legítimo y aceptable. Ello implicaba crear formas represivas que incidieran sobre aquellos hoga-

¹⁶ ANCR-J-1515, f. 10.

¹⁷ Recuérdese que cada localidad menor, siempre que tuviera una municipalidad, tenía su propio tribunal. Lowell Gudmundson. *Costa Rica Before Coffee. Society and Economy on the Eve of the Export Boom*. (Baton Rouge: Louisiana University Press, 1986), 98.

¹⁸ Pierre Bourdieu. *Outlines of a Theory of Practice*. (Cambridge: Cambridge University Press, 1977); Pierre Bourdieu y J.C. Passeron. *Reproduction in Education Society and Culture*. (London and Beverly Hills, 1977).

¹⁹ Lo anterior no quiere decir que no hubiera un proceso de adopción de valores populares que también contribuyó a fortalecer la legitimidad de la élite, tal como la adopción de la Virgen de los Angeles (por mucho tiempo la patrona de los mulatos) como Patrona de Costa Rica en 1824.

res jefeados por mujeres solteras, uno de los rasgos más característicos de la población afroamericana.

A pesar de que oficialmente tanto los tribunales reales como los eclesiásticos habían combatido el concubinato, en la práctica el impacto efectivo de esta política fue un fracaso. Entre los mulatos la ilegitimidad llegó a representar el 80 por ciento de los nacimientos, súbditos del estado llano que por el carácter de su procreación estaban sujetos a castigos infamantes y no tenían acceso a cargos dentro de la burocracia. Ciertamente la corona española r virió parcialmente su política hacia los ilegítimos en 1794, cuando definió a los expósitos como “hombres buenos del estado llano” que no podían ser ofendidos con calificativos como “bastardo, de borde, incestuoso o adulterino”, que estaban en plena posesión de sus derechos civiles y no podían ser sometidos a castigos infamantes. Además, trasladando la pena del fruto del pecado al pecador e intentando dar un remedio, el rey ordenó fundar casas de expósitos para los hijos de “padres desnaturalizados (quienes) quisieran exponerlos en ellos, desprendiéndolos y arrojándolos de su seno por conservar el honor mundano que en realidad habían conculcado”.²⁰ Sin embargo, todo parece indicar que la voluntad real fue ignorada, como sucedía cada vez con mayor frecuencia al final del período colonial, pues la jerarquización del honor y el deshonor era parte del sistema de valores que mantuvo con vida el imperio. Por eso no es sorprendente que iniciando labores el congreso constituyente del exReino de Guatemala, el sacerdote Manuel Rendón solicitó carta de legitimidad para poder acceder a un curato. En su ar-

gumentación Rendón clamaba contra “todas aquellas bárbaras leyes y góticas disposiciones que por tres siglos redujeron al olvido el principio de igualdad”. La comisión respectiva recomendó a la Asamblea Nacional Constituyente derogar todas las leyes y disposiciones que se referían a la calidad de legitimidad, indicando que para la asignación de puestos públicos “sólo se atenderá a la aptitud, méritos y virtud del sujeto”.²¹ Como su antiguo legislador real, la Asamblea Nacional Constituyente perdonó al fruto del pecado pero se abstuvo de discutir sobre el pecador.

Aunque la Asamblea Constituyente del Estado de Costa Rica invitó a autoridades, corporaciones y personas a escribir sus opiniones pues el Estado debía “hacerse” según los usos y costumbres del país, éste era un proyecto de minoría que no podía pretender respetar todos los “usos y costumbres”.²² Sin embargo, posiblemente debido a las confrontaciones al interior de la misma élite, pasó más de una década antes de que se propusieran medidas concretas contra componentes específicos de la cultura popular. Así, el diputado Jesús Barrantes propuso en 1832 recluir a las prostitutas en casa pública puesto que, las muy irresponsables, se dejaban llevar por sus pasiones y, de paso, arruinaban la salud de “infinidad de hombres”. Aunque la proposición pasó a comisión, nunca se convirtió en ley.²³ En el siguiente período legislativo, el diputado José María Esquivel pidió que se dictasen leyes que “contuvieran” la impiedad, escándalos y delitos, señalando que los jueces inferiores carecían de autoridad para hacerlo. En una temprana muestra de chauvinismo, Esquivel señaló, después de hacer una descripción de

²⁰ AGCA, A1.23-1533, f. 313; otra real cédula de 12 de febrero de 1803 declaró a los expósitos como hijos legítimos. AGCA, B-100-2785.

²¹ AGCA, B-100-2785.

²² ANCR, Congreso, 2000.

²³ ANCR, Congreso, 1554.

Sodoma y Gomorra, que “Si hasta ahora ha sido el Estado de Costa Rica el ejemplo en todo con respecto a los demás estados de la República entera y de alta trascendencia a las demás (repúblicas) de ambas Américas, no es razonable ni justo que pierda los bellos prestigios que se ha sabido granjear (sic) por su celo constante del buen orden, por el exacto cumplimiento de las leyes que ha dictado, por su empeño y vigilancia continúa en resistir el espíritu bullicioso de partido e ideas de personalidades de que han abundado los otros Estados para su desgracia”.²⁴

Curiosamente, la Comisión de Justicia dictaminó negativamente, pues sus miembros creían que los jueces disponían del poder suficiente. En cuanto a la relajación de costumbres, el dictamen de la Comisión indicó que era la consecuencia natural del aumento de población y de las “mayores luces” (a mayor civilización, mayor “desorden”) y a que los jueces utilizaban su supuesta falta de autoridad como pretexto para que se les apruebe el uso arbitrario del poder. La recomendación de la Comisión fue controlar a residentes, mujeres, vagabundos y transeúntes, pero siete años más tarde aun no había sido conocida por el plenario.²⁵

Paralelamente a la proposición de Esquivel, Juan Vicente Escalante presentó una propuesta de ley para que se considerara el problema de la educación de la juventud y evitar los vicios. Siguiendo la misma línea argumental del rey de España y de la Asamblea Nacional Constituyente, propone que se otorgue a los jueces inferiores la facultad de recoger a los hijos sin padre o de padres muy pobres para entregarlos a otros vecinos de buenas costumbres que les pudieran proporcionar educación. La ley, tal y como se

aprobó el 8 de mayo de 1833, indica expresamente que “la ociosidad y holgazanería” eran más evidentes en los hijos de mujeres solas, fuese por viudas o por madres solteras, autorizando a los alcaldes a proceder a entregarlos a agricultores o artesanos honrados. La determinación de arrebatar sus hijos a las mujeres solas abrió un proceso de distribución de niños que debilitó la legitimidad de la reproducción típica de la cultura mulata.

Más arriba argumentamos que en la Costa Rica de la época que nos ocupa es un sinsentido hablar de “aparatos de estado” y que el rumor o chisme privaban como medio de comunicación en una sociedad caracterizada por relaciones primarias. Más allá del contacto cotidiano, ¿cómo se transmitía la percepción del comportamiento popular que debía ser regulado a las instancias superiores del gobierno? La respuesta es que la élite debe ser concebida como un selecto grupo que estaba abigarradamente ligado por vínculos familiares y por su participación en un sistema electoral censitario. No es esta la ocasión apropiada para discutir el carácter endogámico de la élite (uno de los temas preferidos entre buena parte de los colegas), sino que a modo de ejemplo anexamos la experiencia electoral y administrativa de seis alcaldes de Cartago. No parece aventurado indicar que quienes pertenecieron a los colegios electorales de primero, segundo y tercer grado constituyeron una selecta minoría dentro de la misma élite que, directamente o por medio de interpósita persona, legisló para imponer su versión de lo legítimo sobre sus subordinados. Aunque sólo eran conscientes del escándalo o abuso que cometían sus subordinados, contribuyeron, junto con procesos económicos como la expansión cafetalera, a crear la uniformidad cultural que luego caracterizaría al Valle Central costarricense.

²⁴ ANCR, Congreso, 1560.

²⁵ ANCR, Congreso, 1560.

PEDAGOGIA UNIVERSITARIA

La evaluación como actividad integral

Julio Olivo Granadino*

INTRODUCCION

Las líneas que aquí presentamos son el producto del reparto de experiencias acumuladas a lo largo del Diplomado en Formación Docente, impartido por representantes de la Facultad de Estudios Superiores de Cuatitlán, Universidad Autónoma de México, mediante convenio con la Universidad de El Salvador; son también síntesis de la experiencia particular en el campo de la docencia, y de las transformaciones de esquemas referenciales, que paulatinamente van encontrando un camino más claro en torno al ejercicio y práctica docente, pese a que sean más noches que días, con los que nos pretenda iluminar nuestra universidad.

El trabajo se circunscribe al problema de la evaluación como actividad integral, empezando por dar una brevisima visión histórica de este fenómeno, luego conceptualizarlo, para distinguirla de actividades inmersas en la misma, como acreditación y calificación; para luego entrar en una especie de análisis de los componentes principales de dicha evaluación, concebida esta como proceso dentro del proceso mismo que da lugar a propiciar aprendizajes.

Tal vez, por considerarse este un ensayo para muchos no tendrá el nivel de rigurosidad científica esperado, aunque para otros sí; mas de lo que se trata es de hacer llegar este conjunto de reflexiones sobre la evaluación, para que se le confiera de una vez por todas en la Universidad y Facultad de Derecho en particular, el status de actividad integral, interactuante y con pleno movimiento, que poco o nada se parece a lo que hasta ahora hemos estado haciendo.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas. Diplomado en Formación Docente. Universidad de El Salvador. Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Catedrático del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de esta Facultad.

I. ENUNCIADO DEL TEMA: “LA EVALUACION COMO ACTIVIDAD INTEGRAL”

A) Justificación:

La temática que se desarrolla, es en sí misma de suma complejidad, agotadora... mas sin embargo agotable..., de la cual se hará un planteamiento de sus posibles elementos principales en un afán de evidenciar, que la misma no se reduce a la calificación de un producto o la colocación de una nota por parte del docente, teniendo como único parámetro la realización de una prueba al alumno, para medir subjetivamente la capacidad de éste; sino por el contrario, se trata de una actividad compleja totalizadora y no totalitarista,¹ contentiva de un conjunto de elementos que forman parte de un todo, los cuales interactúan y acarrearán un movimiento muy propio dentro del proceso de aprendizaje. El análisis de ésta interacción y movimiento, es pues, una de las tareas esenciales de la evaluación integral, que tratamos de presentar.

La recopilación, sistematización y análisis de estos elementos, es quizás el “leit motiv” de este pequeño ensayo, aunado a la necesidad de aportar este análisis a las autoridades que conducen el nuevo modelo curricular en la Facultad de Derecho, que a tres años de haberse iniciado, no ha sido evaluado, en el sentido que aquí nos referimos. Además de ser presentado a los compañeros de la Universidad Nacional Autónoma de México.

B) Objetivos

- Desarrollar un Ensayo que englobe los principales elementos que deben ser anali-

¹ En el sentido político que ha sido usada por los docentes como un medio de chantaje y represión hacia los estudiantes, negando todo pluralismo.

zados en un trabajo de evaluación posiblemente integral, con el ánimo de superar las visiones empírico-conductistas-reduccionistas referentes a este fenómeno, que aun deambulan en la Facultad de Derecho y la Universidad de El Salvador en general.

- Plantear un conjunto de elementos contentivos de un proceso de evaluación posiblemente integral, que aporte elementos teórico-prácticos para evaluar el nuevo Plan Curricular que se desarrolla desde hace tres años en la Facultad de Derecho.

C) Antecedentes de la evaluación

El desarrollo acaecido en el campo de las ciencias naturales y con ellos el de métodos experimentales para el abordaje de esa realidad, provocaron que también en el terreno educativo se hiciera patente la influencia de estos métodos, para operar con el proceso de aprendizaje y por lo tanto con el proceso de evaluación como parte integrante del mismo. En tal sentido, se retoma toda una teoría de la medición a partir de dichos métodos, al no existir una teoría dentro del campo educativo para poder evaluar el proceso de aprendizaje ya aludido.²

La doctrina psicológica del conductismo³ también ejerció su impacto en el terreno educativo, lo cual se expresa en el hecho de evaluarse en este campo todo lo que pudiera ser observado, medible..., menospreciando otros elementos que aunque no fueran observables, captables a la luz de nuestros senti-

² Díaz Barriga Angel, textos para su historia y debate: El problema de la teoría de la evaluación y cuantificación de aprendizaje”. Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, México, 1993.

³ Conductismo: Doctrina psicológica basada en el estudio de las manifestaciones externas de la conducta.

dos, eran elementos componentes del fenómeno.

Todo ello, llevó a la educación y docencia a que, aun en nuestros días, se siga queriendo cuantificar en términos de producto los aprendizajes obtenidos por el alumno, desarticulando el fenómeno que se estudia —proceso o aprendizaje— y lo que es más preocupante, quedándose con una visión aparente del mismo, adjetiva como “objetiva”.

Afirmaciones como las de Witt Rock (1970) al considerar como lo esencial: “el explicitar los cambios logrados en el comportamiento mediante la instrucción (véase el conductismo) comenzando por la redacción de objetivos conductuales para el aprendizaje del estudiante y siguiendo por la medición de cambios verificados en el comportamiento...” nos pueden dar una idea de la visión cuantificadora... a la que nos referimos. En igual orden, para R. Mager en su obra: “Medición del Intento Educativo”, la evaluación es: “el acto de comparar una medida con un standard y emitir un juicio basado en la comparación”.⁴

De tal forma, como lo afirma Díaz Barriga, “la evaluación actual sigue teniendo su base en el modelo de las ciencias de la naturaleza, (empírico-analítico), que trabaja con los aspectos observables, dejando al margen la totalidad de los elementos que intervienen en el proceso de aprendizaje, por no ser observables. Es en este sentido, que pretendemos con el planteamiento de la evaluación como actividad integral, superar estas concepciones que no nos reflejan la realidad educativa tal y como es, es decir, total, una y diversa y en constante movimiento.

II. LA EVALUACION Y SU CONCEPTUALIZACION

Para poder conceptualizar apropiadamente lo que es la evaluación y poder explicarla

a partir de sus aspectos esenciales y accidentales (género próximo y diferencia específica), hay que hacer en principio un distingo teórico entre lo que es la evaluación, la acreditación y calificación o ponderación.⁵

En este marco, diremos que la evaluación debe distinguirse de la necesidad institucional de certificar los conocimientos o los resultados de aprendizaje. Así, de acuerdo al Diccionario Océano, acreditar significa: “Hacer digna de crédito alguna cosa”. En este caso, hacer dignos de crédito los aprendizajes obtenidos por el alumno. Dar seguridad de que alguna persona o cosa es lo que representa”. Significa entonces, que nos vamos a cerciorar que los estudiantes han alcanzado los aprendizajes requeridos —por supuesto mediante un proceso de evaluación— para saber si tiene los créditos necesarios para aprobar o improbar un curso, asignatura o módulo, de acuerdo a los criterios que para tal efecto, institucionalmente hayan sido definidos.

Concatenado a la acreditación encontramos el elemento cuantificador de los créditos obtenidos, denominado históricamente: “calificación”. Lo cual ha significado asignar una nota o una letra a los créditos que mediante una prueba objetiva entre comillas, hemos comprobado que el estudiante posee. Siendo de todos conocido que a partir de estos procedimientos se infiere que el estudiante que obtiene una calificación de cuatro (4), ha rendido menos que el que obtiene diez (10); llegando a formularse en nuestro medio por parte de los docentes, juicios de valor para los primeros, tales como: “Este estudiante no sabe”, y para los segundos: “Estos estudiantes son inteligentes”. No dándonos cuenta que dichos números cargados de un subjetivismo extremo, no nos reflejan la reali-

⁴ Díaz Barriga Angel, Ob. Cit.

⁵ Díaz Barriga, Angel Ob. Cit.

dad del proceso educativo por el que transita el estudiante, además de ser vertical, unilateral e injusto, ya que históricamente no permite saber a plenitud los pormenores del proceso de aprendizaje. Habiéndose llegado al extremo de no permitir al estudiante participar al menos en el proceso para confesar: “si aprendió o no aprendió; y si no aprendió por qué cree que no aprendió; qué problemas se suscitaron en la obtención del aprendizaje... si le ayudaron a formarse como ser humano dichos aprendizajes, etc.”. Sino que por el contrario; es el docente quien decide si éste aprendió o no aprendió; y por lo tanto si acredita o no acredita, y en el caso de la Universidad de El Salvador, esto significa que si obtuvo menos de cinco punto noventa y cinco (5.95) de acuerdo al Reglamento de Evaluación, no acredita, y si obtuvo cinco punto noventa y cinco (5.95) o más, pues está acreditado. Con lo cual se cae en el error planteado por el autor Díaz Barriga, al pensar que estamos evaluando muy bien, cuando realmente lo que estamos haciendo es “acreditando bien”. En otras palabras los alumnos pasan de grado perfectamente acreditados... pero muy mal evaluados.

De las explicaciones planteadas no debe deducirse, que la evaluación y la acreditación guarden grandes distancias; mas bien forman parte de un todo, en donde precisamente un buen proceso de evaluación nos va a dar buenas pistas para saber si alguien acredita o no. Estamos, como en derecho decimos, ante el género y la especie.

III. LA EVALUACION COMO PROCESO

Debe concebirse entonces la evaluación, como un proceso totalizador de los elementos que intervienen en el mismo proceso educativo; que tiene como objeto la com-

presión más o menos objetiva, de los aprendizajes en su expresión más general.⁶

En un sentido más filosófico diríamos que la evaluación implica “el análisis de todos los elementos interactuantes en el proceso de aprendizaje... detectando el movimiento de los mismos, en un afán de procurar transformaciones concretas en la esfera de esta realidad educativa”.

Apréciese entonces la evaluación, con el mismo signo de integralidad que la labor docente, contrapuesta al conductismo-empírico analítico-psicológico que evalúan solo lo observable del fenómeno educativo, los productos en aprendizajes dados por los estudiantes, descartando elementos importantísimos del proceso de aprendizaje: el contexto en el que se desarrollan, historicidad de los individuos que intervienen, recursos, aprendizajes obtenidos, metodología, obstáculos...

A) La evaluación como análisis de los elementos que intervienen en el proceso de aprendizaje (grupal)

Sin ánimos de fragmentar los elementos del proceso de aprendizaje, van a ser desarrollados aquí, punto por punto, para tener una mejor comprensión de cada uno de ellos.

I. Aspectos informativos y formativos

Como sabemos, los aprendizajes que se plantean en la labor docente, tienen un doble carácter que va de la información a la formación, los primeros generalmente subsumidos en los objetivos que se plasman al inicio de los programas de estudio. Así dentro de los

⁶ Porfirio Morán Oviedo, *Didáctica Operativa*, Tomo 2, *Propuesta de Evaluación y Acreditación del Proceso de Enseñanza Aprendizaje en la perspectiva de la didáctica crítica*, Ediciones Guernika, 2a. Edición, México, 1986.

objetivos informativos encontramos elementos cognoscitivos o de contenido referidos a las esferas del conocer, comprender y manejar; actividades deseadas por el docente, que sean asimiladas por los estudiantes. A manera de ejemplo: en un curso jurídico, podría plantearse que el “estudiante conozca, comprenda y aplique los elementos que estructuran la norma jurídica, a un caso de la realidad...” con lo cual nos situamos en el plano informativo de los aprendizajes.⁷

Definitivamente, no podemos hablar de formación de estudiantes, si solo se le dota a estos de elementos cognoscitivos, en su mayoría planeados y elaborados por uno o dos docentes, desvinculados de otras áreas afines de conocimiento cuya fuente es algún texto (escrito 34 años atrás), y sin tomar el parecer del estudiante.

En la actualidad ningún currículum que pretenda adjetivarse como “innovado”, puede prescindir de aspectos formativos en el ejercicio de la labor docente. Dichos elementos formativos, pueden aparecer literalmente en los objetivos programáticos o encontrarse en el itinerario de acciones a realizar por el docente durante el proceso, estos bien podrían referirse a la formación intelectual, humana social, profesional, entre otras, que hay que potenciar en el estudiante, ya sea al finalizar un curso o la carrera de estudio.

En el campo de la formación intelectual, a manera de ejemplo, el docente no solo debe impartir conocimiento sobre las categorías como el análisis-síntesis-deducción-inducción, etc., sino propiciar los espacios necesarios para que los estudiantes tomen como herramientas de su vida, éstos elementos teóricos. Es decir cerciorarse de que éstos

por sí mismos analicen situaciones, concluyan sobre las mismas, critiquen... resuelvan problemas, etc. En igual frecuencia son sumamente importantes la formación humana en el estudiante que solo será posible con la superación del obstáculo epistemológico por parte del docente que lo ha llevado a considerar al estudiante como un objeto receptor de conocimiento y comience a verlo como ser humano contextualizado.

Se trata entonces de potenciar en el estudiante todo un marco de valores, que le ayuden a desarrollarse como un salvadoreño más humano, entre estos podríamos mencionar: valores morales, éticos, jurídicos, entre otros. Respecto a esto último, es importante para el caso de nuestra Facultad de Derecho que el abogado que posibilita aprendizajes sobre el Derecho, su doctrina y su aplicación, potencie valores como el de la justicia en los estudiantes, ya que la realidad nos ha demostrado reiteradas veces, que algunos colegas que juran hacer docencia, enseñan en el aula primeramente: cuánto debe cobrar al cliente; cómo deben cobrar y luego para qué cobrar. Dejando de lado el introyectar la responsabilidad de llevar hasta su culminación el juicio que hayan asumido.

Es ilustrativo que en el recién finalizado Curso de Formación Docente impartido en la Facultad de Derecho del 24 de febrero al 10 de marzo, los participantes propusieran al grupo la instauración de un Curso de Ética para estudiantes de derecho.

Sobre la formación social, debe propiciarse valores como la solidaridad, colectividad ante la individualidad, convivencia social bajo parámetros de justicia, participación en la vida social para procurar sus transformaciones, etc. Además de los elementos ya mencionados la evaluación del proceso que nos ocupa, comprende también el análisis de la vida práctica de los profesionales que se forman, es decir diagnosticar

⁷ A manera de crítica, es en este nivel en donde se quedan la mayoría de cursos en la Facultad de Derecho, sin trascender a los aspectos eminentemente formativos.

qué tan efectiva ha sido la formación impartida, teniendo como parámetro o comportamiento de éstos en su vida laboral. Aunado a esto debe efectuarse un diagnóstico de las necesidades que la realidad social de los profesionales exige.

Tanto en los objetivos informativos como formativos pueden dentro de la evaluación formularse las preguntas directrices: “¿Se obtuvieron aprendizajes?; ¿qué o cuáles aprendizajes se obtuvieron?; ¿cuáles de los aprendizajes no previstos se obtuvieron?; ¿qué favoreció la obtención de estos aprendizajes?; ¿qué los obstaculizó?... etc”.

Preguntas similares deberán evacuarse para tratar otros elementos conexos! para el caso la bibliografía, como parte de los programas de estudios, si ésta estuvo acorde con el nivel de las exigencias; si era concordante con el momento histórico o estaba desfasada; en que medida contribuyó a la generación de aprendizajes, etc.

2. Variables intervinientes-determinantes en el proceso de aprendizaje

Totalmente de acuerdo con las variables de la docencia planteadas por Martiniano Arrendondo,⁸ y aunque él no lo plantea, es menester considerar que las mismas deben ser abordadas en un proceso de evaluación que persiga ser integral. Así nos vamos a referir para efecto de esta evaluación a variables tales como: Individuales; contextuales, Ambientales; Instrumentales y Metodológicas.

a) Variables individuales

Obviamente todo proceso de evaluación debe considerar aspectos concernientes a los

individuos que intervienen en el mismo: docentes y estudiantes. En una perspectiva de aprendizaje grupal, hay que apreciar primeramente los niveles cognoscitivo y formativo que traen los estudiantes al ingresar al centro de estudio para luego en la dinámica misma del proceso, evaluar los cambios que se han ido suscitando en los esquemas mentales de éstos. En el plano grupal de aprendizaje debe analizarse la participación de los estudiantes en la jornada de trabajo (clases); cumplimiento de compromisos establecidos mediante un encuadre inicial (ver apartado de metodología) tanto institucional como grupal: realización de ejercicios en el aula, trabajos de investigación y otros. Además del cumplimiento de obligaciones institucionales, entre estas: asistencia a clases, puntualidad, disciplina, etc.

Otros aspectos analizables en cuanto a los individuos resultan ser las transformaciones en sus esquemas operados en cuanto a aprendizajes obtenidos se refiere; desarrollo de habilidades de discusión y resolución de problemas; situaciones grupales presentadas, superación de miedos básicos (al ataque y a la pérdida), introyección de valores en los estudiantes, etc. etc. Debe evaluarse pues, la historicidad que el estudiante vuelca en el salón de clases, para lo cual debemos como docentes avanzar en el estudio de la sicopedagogía, para poder comprender mejor al estudiante, ya que de lo contrario la actividad docente no será placentera y de creatividad, sino un espacio de serios conflictos y hasta de violencia.

En el marco de la actividad docente, a manera de ejemplo, pueden evaluarse: el nivel de formación docente y en la especialidad obtenidos por los mismos; cumplimiento de tareas como coordinadores, entre estas las de orientación al grupo, proporción de materiales de apoyo adecuados, facilitación de un espacio propicio para la

⁸ Arrendondo G. Martiniano, y otros; “Notas para un modelo de Docencia”, Revista Perfiles Educativos, Centro de Investigaciones y Servicios Educativos, UNAM. MEXICO, 1979.

participación de los estudiantes y la facilitación de los aprendizajes mediante el uso de una metodología-técnicas, apropiadas y diversificadas, etc. En el mismo sentido hay que dar también prioridad a los aprendizajes obtenidos en el proceso por el docente, ya que se habrá advertido por todos los que nos dedicamos a la labor docente, que en la dialéctica del enseñar y del aprender... de tanto enseñar, lo que más hacemos es aprender; o dicho de otra forma: la mejor manera de aprender es enseñando. Obsérvese entonces, el movimiento muy propio dentro del proceso de aprendizaje en la transformación de esquemas o estructuras intelectivas tanto del docente como de los estudiantes, determinado por la intervención de todos los elementos componentes del mismo. En el mismo marco hay que apreciar el cumplimiento de funciones tales como la investigación y la de sistematización del quehacer que el docente realiza.⁹

b) Variables contextuales

De vital importancia nos resulta la evaluación del contexto socio-económico y político en el cual se inserta el sistema educativo en su conjunto, los diferentes momentos por los que atraviesa el país, relacionándolos con la situación de la educación y la Universidad en general. Esto para poder comprender las situaciones de crisis económicas y políticas que repercuten indudablemente en el sistema educativo nacional y de la universidad. En igual sentido para entender mejor el nivel de instrucción y formación que trae el estudiante al ingresar a la universidad, las determinaciones culturales del entorno en éstos, tanto a nivel nacional como mundial. En fin habrá que considerar estas variables que aluden a una parte de la historia del

estudiante, lo que hará de la docencia una tarea mucho mas sensible, humana y humanizante a la vez.

c) Variables ambientales

Sin lugar a dudas el ambiente en que se realiza la labor educativa puede favorecer o entorpecer el logro de los aprendizajes. A manera de ejemplo retomamos el entorno de la Facultad de Derecho, en lo que respecta al implemento de un nuevo modelo curricular, que muy a pesar de sus vacíos representa una innovación y un gran paso en cuanto a transformaciones en la docencia se refiere. Es el caso que mediante el nuevo modelo curricular al recurrirse en forma mínima a la técnica de la clase magistral y privilegiarse el trabajo en grupos, se convierte en un obstáculo el contar con aulas estructuradas con sillas asidas al piso, imposibilitando el trabajo de grupos aludido. Asimismo tiene que ponderarse aspectos como el excesivo calor o el impacto de la lluvia cuando se dispone de aulas con techos de lamina; condiciones de luminosidad, entre otros.

De tal suerte que mientras se procuren las transformaciones para generar un espacio físico mas agradable para realizar la docencia, habrá que ingeniárselas cómo revertir condiciones desfavorables en favor de la generación de aprendizajes.

d) Variables instrumentales

Al referimos a la forma en que se organiza un curriculum determinado, la forma en que este se instrumenta o es conducido y administrado, resulta importante ver cómo esas líneas gruesas de dirección interna de dicho plan, están dando resultado o no. Esto tiene mucho que ver con la planificación diseñada para operativizar las principales actividades educativas que ayudaran a conseguir el fin

⁹ Arrendondo G., Ob. Cit.

último de las mismas: “los aprendizajes”. Todo lo planteado sin olvidar revisar el funcionamiento administrativo que se pueda tener en la institución, que en muchos de los casos en lugar de facilitar la labor docente, puede entorpecerla.

En este mismo contexto, Jose Arnaz,¹⁰ si bien da un importante aporte en relación a la evaluación del curriculum al considerar como objeto de la misma: “evaluar el sistema de evaluación; cartas descriptivas (programas); plan de estudios; y objetivos curriculares”, deja al margen de dicho proceso de evaluación otros elementos de suma importancia dentro del mismo, entre ellos los individuos que participan en el proceso, el contexto en el que se desarrollan, el ambiente, entre otros.

e) Metodología

No menos importante resulta la evaluación de la metodología que se utiliza en la procuración de esos aprendizajes a los que nos hemos referido, la cual como sabemos debe estar en consonancia con el modelo de docencia que se implemente, sus cartas descriptivas (programas), plan de estudios, objetivos, etc., ya que la misma nos señalará el camino concreto a seguir y las técnicas que ayuden a incentivar a los estudiantes hacia la aprehensión de los conocimientos. Esto último en franca oposición a las conclusiones que, al amparo de un método empírico cuantificador de los productos en aprendizajes de los alumnos, han legado prestigiosos profesores norteamericanos enseñantes del derecho en la Universidad de Harvard, entre ellos: Paul F. Teich, al concluir que: “el grado de aprendizaje en el estudiante es independiente de la técnica de enseñanza utilizada”. (Ello muy a pesar de que se trate

de una realidad enteramente diferente a la de los estudiantes latinoamericanos).¹¹

En el mismo marco de la metodología de trabajo hay que evaluar la interacción que se provoque, la participación, las situaciones de interacción grupal en la que los aprendizajes son más fructíferos, y qué situaciones grupales —como contrapeso— los obstaculizan. Así también, volviendo a las técnicas, que viabilizan estos aprendizajes tendremos que analizar la factibilidad de estas, en cuanto al logro del desarrollo de los contenidos programáticos y apreciarlas en función de la consecución de la formación en los estudiantes. A estas últimas ideas, en el caso de la Facultad de Derecho, deberá revisarse si la metodología participativa esta dando los resultados previstos o en el peor de los casos cerciorarse si tal participatividad es practicada en el aula por el sector docente. Así como también evaluar las técnicas que se utilizan, el cómo y cuándo se utilizan, cuáles son más frecuentes y cuáles más apropiadas para trabajar con el fenómeno jurídico.

A manera de ejemplo, la practica docente en el salón de clase, me ha demostrado la inviabilidad del uso de una técnica de presentación, ya sea por pareja o de forma individual, en grupos que sobrepasan las 100 personas y en aulas estructuradas como auditorium. Sobre todo cuando hay una planificación por jornadas de clase, con tiempos ya definidos, debido a que la misma consume demasiados minutos de la clase.

3. Recursos disponibles

De manera especial deberán considerarse en atención a la realidad universitaria, como elementos importantísimos al realizarse un

¹⁰ Arnaz, José, Planeación Curricular, Ed. Trillas, México, 1993.

¹¹ Montana I. Mora, Miguel, Harvard y la enseñanza del derecho en los Estados Unidos, Cuadernos Jurídicos No. 8, 1994.

proceso de evaluación, los relativos a: recursos económicos, humanos, didácticos, entre otros, de que se disponga para efectivizar un modelo de estudios determinado (modelo curricular).

En cuanto a los recursos eminentemente económicos, merece atención evaluar cómo han influido en el buen o mal desarrollo de las actividades docentes presupuestadas dentro del proceso de aprendizaje. Al respecto es ilustrativo, cómo en los últimos días, la Universidad de El Salvador ha experimentado la fuga de docentes hacia nuevas instituciones creadas por el Estado, ante la tentación que representa el ofrecimiento de jugosos salarios por parte de las mismas. Ante esto la Universidad debe evaluar muy seriamente las condiciones salariales en que mantiene a su personal docente, que en la actualidad son poco felices y en nada le ayudan a optimizar las labores que realiza, sobre todo cuando se le exige hacer frente a un número triplicado de exigencias a raíz del nuevo modelo curricular, a cambio de un mismo salario, que mucho tiene que envidiarle al de un ordenanza de la presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Todo esto en la línea de buscar fuentes alternativas —a la del presupuesto estatal— para la obtención de recursos económicos, o la utilización más eficiente de los mismos.

En relación a los recursos humanos, dentro de la planificación debe contarse antes de iniciar cualquier curso o módulo, con el personal docente para la atención de los mismos. Además de tener un número determinado de auxiliares, en caso de que se presente alguna visicitud. Ello sin prescindir del trabajo de apoyo que el personal administrativo desarrolla. Hago mención de esto, debido a que muchas veces en las diferentes facultades, ha iniciado el semestre lectivo sin contar con el recurso docente para poder atender todos y cada uno de los cursos.

Obviamente en la medida que se paguen salarios que reflejen la realidad del abanico de necesidades del profesional docente, se les podrá también exigir un mayor cumplimiento en sus responsabilidades. En tal marco deberá evaluarse enseguida el nivel de formación docente del personal con que se cuenta, teniendo que ser una exigencia para los aspirantes a profesores universitarios un grado mínimo de formación pedagógica reglamentariamente determinado, ya que no puede seguirse dando por supuesto que el abogado —en el caso de nuestra facultad— por ser un experto en la especialidad, está apto para desempeñarse exitosamente como docente. Por el momento, creo que una primera medida —que ya se está intentando— es cualificar en el campo de la formación docente, al personal que ya se tiene para que éstos cumplan con una de sus tareas más esenciales: propiciar las condiciones necesarias para que el estudiante obtenga aprendizajes.

En lo atinente a los recursos didácticos, estos deberán ser también objeto de la evaluación, en un afán de que ese propiciar de condiciones ya aludido, pueda ser más óptimo. Para el caso, analizar si se puede aspirar de acuerdo a los recursos económicos, a algo más que al yeso y la pizarra, o papelógrafos y pilot, e ir pensando en el uso más frecuente de retroproyectores, receptores de video cintas... etc. Ello sin querer otorgar un papel determinante a estos recursos: hay que aceptar que los mismos juegan una labor de auxilio; son coadyuvantes a la labor que realizamos... y en todo caso un recurso didáctico.

4. Evaluación de las actividades básicas de la educación

Habrá que prestar importancia, a la consecución de las actividades básicas de la

educación, es decir a la docencia como acción propiciadora de aprendizajes, como acción que busca transformaciones conductuales en los individuos, transformación de estructuras mentales y formar en fin un ser humano integral. En esto último preguntarnos, si en realidad estamos obteniendo los aprendizajes deseados, los aprendizajes que la realidad que nos ocupa transformar nos exige, ya que en muchos casos se ha descuidado este fin esencial de la docencia. Enseguida hay que situarnos en la actividad de investigación que se está propiciando tanto por el docente como por los alumnos, al igual que por la labor investigativa que la institución educativa rectora del proceso realiza. Al respecto podríamos evaluar si se realiza o no investigación, qué conocimientos y habilidades se han potenciado en los estudiantes para realizarla; qué niveles de investigación se han alcanzado, qué condiciones la favorecen u obstaculizan, etc.

Por último, qué servicio a la comunidad, a la sociedad salvadoreña se presta con todas estas actividades, qué transformaciones se pretenden realizar en los sectores sociales... qué se hace y qué se pretende hacer con el hombre salvadoreño a partir de las actividades de docencia y de investigación. Evaluando con ello, el vínculo universidad-sociedad alcanzado. A propósito de lo anterior, la práctica en las comunidades, en relación al sin número de investigaciones que se hacen en las mismas, sin que éstas redunden posteriormente en algún tipo de beneficio inmediato a raíz de la información para la investigación proporcionada, nos ha llevado en la actualidad a que la mayoría de comunidades del país se resistan a recibir a más estudiantes o profesores investigadores. Esta nueva problemática debe llevar a la universidad a una evaluación muy seria de sus actividades de investigación y servicio, en aras de recontrarlas con sus objetivos fundamentales.

5. Evaluación del proceso de evaluación

Para no cometer “pecados mortales” en el campo educativo, hay que analizar el proceso seguido para efectuar la evaluación, el sistema de evaluación adoptado, con el ánimo de cargarlo de la mayor objetividad posible, en cuanto a sus resultados. Observando qué metodología se utilizó para realizarla; qué elementos del proceso de aprendizaje fueron analizados a profundidad y cuáles no; ¿qué elementos favorecieron el proceso? y ¿cuáles lo obstaculizaron?; ¿qué resultados positivos y negativos hemos obtenido; qué aprendizajes obtuvimos de la evaluación realizada, y lo que es el más importante: “Qué decisiones hay que tomar a partir de dichos resultados en torno al proceso”.

IV. EVALUACION PRACTICA

En este apartado, trataremos algunos criterios para efectuar en la vida diaria la evaluación.

A) Forma de efectuar la evaluación

1. Oral o escrita

Aquí las formas generales que se presentan tienen un carácter de interacción... un carácter dialéctico entre los componentes humanos del proceso de aprendizaje: Docentes-Estudiantes.

Con base en lo que acabamos de enunciar, presentamos algunas formas prácticas para efectuar la evaluación tanto oral como escrita:

a) Auto-Evaluación de estudiantes y docentes

Referida a la revisión consciente por parte de docentes y alumnos de su papel desem-

peñado en el proceso. Esta forma es sumamente medular, y es enteramente efectiva: siempre y cuando el estudiante haya desarrollado un nivel de responsabilidad —Autoconciencia— respecto a la obtención de los aprendizajes. Es decir ha asumido la responsabilidad en la conducción de su proceso. Habrá que contar que esta forma de evaluación, es la que nos refleja la realidad del estudiante, más objetivamente, siempre y cuando se dé la condición mencionada. En el caso del docente, tendrá también que confesar al grupo, en qué medida cumplió con sus tareas y funciones que le correspondían en relación al proceso.

b) Evaluación de los Miembros del Grupo

Esta alude, al análisis que cada uno de los participantes hace de sus compañeros de grupo para obtener con ello, parámetros suficientes para evaluar al grupo en su conjunto. Dicha evaluación, tiene que tratarse con madurez, previa concientización del grupo de la importancia de la misma; en aras de no herir susceptibilidades. Los aspectos que pueden servir de base para esta evaluación son: nivel de las reflexiones que presentan, participación en el trabajo grupal y clase en general, cambios de conducta observados, valores humanos desarrollados, nivel de responsabilidad alcanzado, etc.

c) Evaluación de los Participantes hacia el coordinador

Esta forma de evaluar, además de que refleja el nivel de participación real que se le da al estudiante y la concepción de alumno que se tenga, traslada la evaluación hacia el sector que nunca había tenido esta oportunidad: hacia los estudiantes. En este ámbito, se evaluará el cumplimiento de las funciones y tareas del docente. entre las que se cuentan:

su trabajo de facilitador de los aprendizajes; incentivo en los estudiantes para aprender la temática; preparación de clases, disciplina; coordinación de trabajo en grupos; tareas formativas desarrolladas dentro y fuera del aula; tareas de investigación realizadas, entre otras, previa concientización en los estudiantes de cuales son éstas tareas.

d) Evaluación del Profesor hacia los participantes

Traemos a colación en este apartado la distinción hecha entre evaluación y acreditación, ya que es aquí en donde se observa con claridad, que el docente necesita constatar de alguna forma los aprendizajes obtenidos por el alumno, para cifrarle los créditos correspondientes. Esta actividad puede realizarla mediante la ejecución de diálogos con los estudiantes sobre aspectos informativos y formativos, esto cuando se trate de grupos no muy numerosos, debido al tiempo que esta ocupa; realización de exámenes escritos que son de alguna forma lo planteado en los objetivos del curso (cognoscitivos-formativos); presentación de trabajos sobre temáticas concretas, reportes, ensayos, investigaciones, prácticas-laboratorios, entre otros.

Este tipo de pruebas por lo general se han utilizado para constatar contenidos asimilados por el estudiante, pero es necesario que se amplíe la cobertura de estas, hacia aspectos formativos y en general hacia todos aquellos elementos interactuantes en el seno del proceso de aprendizaje en lo que fuera aplicable, como por ejemplo evaluar los cambios de conducta del estudiante, la conducta que expresan ante el grupo; su crecimiento en cuanto a valores, su capacidad para resolver problemas, etc; teniéndose que diseñar nuevos instrumentos para llevar a cabo dichas actividades. Estas formas de evaluación

antes descritas, pueden realizarse como se habrá advertido, tanto de forma oral o escrita.

2. Momentos de la evaluación

Partiendo de que la evaluación, no puede tener una hora precisa para realizarse con exactitud, sino que ésta dependerá de la dinámica de la realidad educativa que se nos presente, sin embargo consideramos prudente tratar algunos momentos apropiados en que ésta puede realizarse, ya en el marco de las jornadas de clases que impartimos. Ocurre que un primer momento, bien lo podemos encontrar al inicio del curso, en una especie de diagnóstico del grupo y de las personas que lo integran, —ver nivel de entrada de los estudiantes cognoscitivo-formativo—, sus miedos, expectativas, valores impregnados, historicidad, etc.¹² Enseguida habría que hacer evaluación al final de las sesiones, evaluando las situaciones grupales, metodología-técnicas empleadas, aprendizajes obtenidos, obstáculos que se presentan, desempeño del coordinador, cumplimiento de tareas; en fin todas las que fueren pertinentes en atención al tiempo de que se disponga, y a los estudiantes de los que se trate. Para tal efecto, la experiencia vivida por el que escribe en el diplomado en Formación Docente impartido por los profesores Mexicanos Germán Orozco y Rodolfo Ordóñez, ha sido la de realizar evaluaciones ya sea orales o escritas (una cuartilla) en cada sesión. Al respecto, la realidad nos reflejó que era muy tediosa y cansada por lo que se recomendó que no se realizara todos los días.

¹² Este diagnóstico puede realizarse por el docente, en los cursos de orientación a los estudiantes, si se adecúa la planificación de tal manera que sea el mismo docente que impartió la orientación a los estudiantes, quien los asuma posteriormente como su grupo de clase.

La práctica docente me ha demostrado que el nombramiento de comisiones de alumnos para llevar una memoria de lo que acontece en el aula, ha sido efectiva, ya que al final se obtiene una especie de radiografía que denota los comportamientos del grupo, para efectos de evaluación. A la par de esto el docente debe también aprender a sistematizar su labor, tomando notas de todo lo que acontece, tanto de lo susceptible de ser captado por los sentidos, como de las conductas externas que (me) expresan situaciones latentes en los individuos.

En el plano del cambio curricular de la Facultad de Derecho, bien se podría pensar en que cada coordinador de área de conocimiento, lleve una memoria en donde se plasmen los momentos educativos vividos en la semana o jornada de clase. Asimismo, que el responsable o coordinador de todas las áreas por nivel se encargue de sistematizar, ya sea mensual o trimestralmente la marcha del proceso de aprendizaje, en un afán de ir corrigiendo a tiempo los problemas que se presenten y robustecer las acciones acertadas que se han ejecutado en el mismo.

Lo anterior debe ir acompañado de un conjunto de acciones más operativas dentro del aula, como llevar control de agendas, asistencias, presentación de trabajos, actividades formativas diversas, ejercicios, etc., que nos darán un panorama más complejo y global de lo que hasta ahora tal vez hemos considerado como evaluación para efectos de ir realizándola más apegada al dibujo de la realidad educativa que pretendemos transformar.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a) Conclusiones

- La evaluación es un proceso que consta de un conjunto de elementos inter-

actuantes entre sí, que me reflejan el movimiento suscitado en el proceso de aprendizaje.

- La Evaluación debe entenderse como actividad integral que totaliza las partes o facetas del proceso de aprendizaje. Esto último además, es condición para que la evaluación me refleje la realidad educativa que trato de transformar de forma más objetiva.
- El movimiento que se detecta mediante el proceso de evaluación, debe verse tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

b) Recomendaciones

A las Autoridades de la Universidad:

Que mediante la colaboración de un equipo multidisciplinario de Docentes (con participación de miembros del Diplomado en Formación Docente), sea trabajada una propuesta de evaluación integral para la Universidad de El Salvador, teniendo como base la realidad de cada una de sus facultades.

Que a la mayor brevedad posible sean impartidos —por lo menos— cursos intensivos de formación docente que logren cubrir los vacíos en el terreno educativo, de unas tres cuartas partes del plantel docente de la Universidad.

A las autoridades de la Facultad de Derecho:

Potenciar en el personal Docente de manera urgente, a través de cursos de Formación, una visión de la evaluación como proceso, para evitar el seguir recurriendo a formas de evaluación que rompen con la lógica de ésta como proceso. Nos referimos al hecho de que profesores que no atienden un

curso, que no saben de los pormenores del proceso de aprendizaje de un alumno, sean designados para evaluarlo, bajo el argumento de que la medida descansa en la necesidad de quitarle el poder que un determinado docente tenga sobre sus alumnos, cuando de lo que se trata es de buscar las formas de cambiar esa concepción de docencia que otorga un papel poderoso al docente y que degenera algunas veces en represión psicológica.

BIBLIOGRAFIA

- Díaz Barriga Angel, texto para la historia el Debate, Centro de Estudios sobre la Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM, México, 1993.
- Arnaz, José. La Planeación Curricular, Ed. Trillas, México, 1993.
- Arredondo G. Martiniano y otros, Notas para un Modelo de Docencia, Revista Perfiles Educativos, Centro de Investigaciones y Servicios Educativos. UNAM., México. 1979.
- Zarzar Charur, Carlos. La Definición de Objetivos de Aprendizaje ...Revista Perfiles Educativos, No. 63. 1994.
- Stenhouse, L. Investigación y Desarrollo del Curriculum, Worete, Madrid. 1984.
- Gerson B. Observación Participante y diario de Campo en el trabajo docente, Revista Perfiles Educativos, No. 5 CISE-UNAM, 1979.
- Morán Oviedo, Porfirio, Didáctica Operativa, tomo 2, Propuesta de Evaluación y Acreditación del proceso de Enseñanza Aprendizaje en la Perspectiva de la Didáctica crítica, Ediciones Guernika. México. 1986.
- Montana I. Mora, Miguel. Harvard y la Enseñanza del Derecho en los Estados Unidos, Cuadernos Jurídicos, No. 8, 1994.
- Afanasiev Victor. Manual de Filosofía, Editorial Progreso, Moscú, 1965.
- Rosental y Iudin, Diccionario Filosófico, Editorial de Literatura Política, Moscú, 1980.

Enseñanza de la práctica profesional en ambiente académico algunas implicancias

Luis Bates Hidalgo*

Existe abundante literatura sobre la necesidad de introducir reformas en la educación legal latinoamericana. Se critica con frecuencia su orientación excesivamente abstracta o “intelectual” y su desvinculación de las necesidades del desarrollo.

El acento de la crítica en la educación legal suele explicarse por la influencia que se le atribuye en la profesión legal. En efecto, como producto del aprendizaje del Derecho suele afirmarse decreciente utilidad profesional o competencia de la abogacía, dudosos niveles éticos y particularmente reducido impacto en la satisfacción de las necesidades sociales.

La magnitud del problema se aprecia mejor si se considera que esas limitaciones pueden proyectarse en los variados roles de la aboga-

cía y, por consiguiente, en áreas muy extensas de aplicación del Derecho.¹

Educar, ha escrito Wilga Rivera, educadora de la Universidad de Harvard, es: “elevar el nivel de conciencia y respuesta a todas las ideas, eventos, personas y cosas. Una contribución es verdaderamente educacional si expande la experiencia de los estudiantes más allá de sus contextos y verdaderamente humanística si agrega una nueva dimensión a sus pensamientos”.

* Profesor de Derecho y Director del Departamento de Práctica Profesional y Asistencia Legal (DEPAL), Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

¹ Estos roles serían: a) abogar, es decir, defender un determinado punto de vista ante los que toman decisiones, sean estos tribunales o agencias administrativas; b) negociar, mediar y arbitrar; c) aconsejar, sobre la legalidad o ilegalidad de una opción y las diversas alternativas y ventajas de unas y otras; d) estar en posesión de los contactos adecuados para hacer avanzar un asunto legal; e) formular o ayudar a formular el derecho positivo a través de su actividad política o asesora de los órganos creadores del derecho; f) participar en el proceso de la planificación; g) aplicar el derecho como funcionario público o privado.

El propósito de estas reflexiones es elevar el nivel de respuesta a las críticas precedentemente mencionadas. Para ello, el trabajo explora los efectos del insuficiente desarrollo de la enseñanza de la Práctica Profesional en la administración de justicia, en el problema de servicios legales y en la educación legal y las contribuciones que en esas áreas puede hacer un curso anual de estudio y acción que enseñe el ejercicio de la profesión legal a partir del tratamiento de casos reales de personas necesitadas en ambiente académico. Afirmamos que el tratamiento de casos reales con problemas y personas reales constituye una veta que, bien explorada, puede mejorar significativamente la educación legal y realizar útiles aportes universitarios a los dos problemas sociales citados.

El aprendizaje de la Práctica Profesional como todo el aprendizaje del Derecho, sin embargo, es un proceso que solo termina con la vida del abogado. Para que ese aprendizaje sea permanente, evolutivo y dinámico se requiere, en nuestra opinión, una particular "actitud mental", dispuesta a extraer conocimiento con espíritu de sistema de los casos que constituyen el ejercicio profesional mediante procesos de reflexión y análisis. Esta "actitud mental" excede el indispensable estudio de las normas jurídicas y se logra mediante la formación de hábitos de autoreflexión o "toma de conciencia" del quehacer profesional.²

I. EL PROBLEMA DE LA INADECUADA ENSEÑANZA DE LA PRACTICA PROFESIONAL: TRES EFECTOS TRASCENDENTES

A) La inadecuada Enseñanza de la Práctica Profesional y su Efecto Sobre la Administración de Justicia.

La forma cómo los abogados aprenden el Derecho determina su competencia profesio-

sional y en última instancia influye la calidad de la administración de justicia. La enseñanza que generalmente se imparte en las Facultades de Derecho es más bien opuesta al tipo de actividad intelectual y al enfoque que la vida judicial exige. Los estudiantes aprenden conceptos e instituciones legales, definiciones, clasificaciones, etc., mientras que la profesión los enfrentará a hechos, problemas, casos. Esto explica en parte, las dificultades de los abogados para tratar competentemente un caso judicial y justifica plenamente la necesidad de adoptar medidas que mejoren la competencia de la abogacía judicial. Esta situación ha preocupado con razón a algunos jueces quienes piensan que abogados ineptos e inexpertos contribuyen significativamente a las dificultades administrativas de los Tribunales de Justicia y a la calidad de la justicia que proporcionan. La incompetencia profesional de ciertos abogados derivada de la falta de aprendizaje de la Práctica Profesional es una variable que se proyecta en los defectos de la administración de justicia, con diversas expresiones que lo confirman. La existencia de demoras y atrasos en la sustanciación de las causas judiciales constituye tal vez la más notoria y pública de esas expresiones.

Es necesario tener conciencia del peligro que significa la formación de abogados sin entrenamiento y sin experiencia, particularmente cuando asumen casos que exceden de sus posibilidades. Aun con buena fe y esmero para encarar estos desafíos, los abogados jóvenes y los inexpertos tienen a menudo muchas dificultades para captar correctamente los problemas y para tratarlos con suficiente preparación y concentración, lo cual se traduce, entre otras consecuencias, en planteamientos legales inconsistentes y expuestos de modo poco persuasivo, en peticiones innecesarias, en la omisión de elementos importantes para sus casos y, a veces,

² Ver infra y nota 7.

en tácticas dilatorias. Este proceso que algunos escritores denominan “aprendizaje por error” (Tauro 1976) a menudo prolonga los juicios indebidamente y ocasiona pérdidas de valioso tiempo judicial y costo público.

La abogacía judicial trasciende, por consiguiente, la mera representación de un cliente en un caso particular y tiene significativa proyección social en el desenvolvimiento de la administración de justicia y en el desarrollo del derecho. La formación de abogados judiciales competentes que representen adecuadamente todos los ángulos de una controversia contribuirá, sin duda, a perfeccionar la función pública de la abogacía y al crecimiento dinámico y progresivo del Derecho.

El tratamiento de casos reales en un curso bajo supervisión académica es una forma de enseñar el Derecho más acorde con las exigencias de la vida judicial que enfrenta, precisamente, hechos y casos. Es un eficiente instrumento para mejorar el nivel de la abogacía judicial y, por consiguiente, la calidad del sistema de justicia. El tratamiento de casos permite, entre otros beneficios, el aprendizaje de destrezas profesionales de urgente necesidad para el perfeccionamiento de la abogacía judicial en América Latina, tales como la expresión oral, la expresión escrita, la generación, el manejo y la evaluación de pruebas, estrategias y procesos de decisión, técnicas de negociación, técnicas de entrevistas, etc.³

B) La inadecuada Enseñanza de la Práctica Profesional y su Efecto Sobre la Provisión de Servicios Legales

El concepto de “responsabilidad profesional” incluye la responsabilidad de los abogados de asegurar que los servicios legales estén disponibles para todos los miembros

de la sociedad. Sin embargo, la mera disponibilidad de dichos servicios no bastan. Se requiere, además que sean de calidad, pues de otro modo falla el propósito de obtener justicia igualitaria para todos.

Analizando en primer lugar el problema de asistencia legal sólo en su modalidad judicial, es decir, la denominada asistencia judicial,⁴ nuestra experiencia nos sugiere que la ausencia de abogados judiciales competentes tiene mayor impacto y consecuencias más serias para las personas de bajos ingresos económicos que para los sectores más pudientes de la sociedad. Ello se debe a que aquellas personas están menos capacitadas no solo para acceder a abogados judiciales, sino que también para acceder a los más calificados, quedando, en consecuencia, a merced de abogados inexpertos o de dudosa competencia. Urge, por consiguiente, un esfuerzo serio para eliminar la injusticia que surge cuando las posibilidades de una acción judicial se determina no por los méritos de la causa, sino por la competencia del profesional.

Si se analiza, en segundo lugar, el problema de la provisión de servicios legales en sus modernas y más amplias modalidades, es decir, la denominada asistencia legal,⁵ y si se le compara con el desarrollo y versatilidad que ha alcanzado en algunos países, sólo cabe incluir un considerable retraso en el contexto de América Latina, como efecto de la ausencia de investigaciones, iniciativas,

³ Ver infra.

⁴ Conjunto de medidas tomadas para asegurar que ningún individuo sea privado de sus derechos de recibir consejo legal y representación ante los Tribunales de Justicia.

⁵ Conjunto de medidas tomadas para asegurar que la operación del sistema legal (foros que generan, interpretan y aplican la ley) no varía debido al nivel de ingresos del individuo. En este sentido la asistencia judicial es una especie o forma de las varias que reviste el género asistencia legal.

programas o acciones que exploren modalidades de asistencia legal de impacto social y económico superior al de la asistencia judicial.⁶

Corresponde a las Facultades de Derecho a través de un curso de Práctica Profesional, supervisada y con reconocimiento académico, contribuir a la solución del gravísimo problema de la insuficiente provisión de servicios legales.⁷ Mientras ello no ocurra, amplios sectores de nuestras comunidades seguirán con sus dificultades para encontrar representación judicial, seguirán recibiendo justicia de inferior calidad y estarán lejos de alcanzar los beneficios socioeconómicos de las modalidades más avanzadas de asistencia legal.⁸ Una de las metas de un curso de enseñanza de la Práctica Profesional debe ser la de ayudar en el problema de asistencia legal para esas personas. El tratamiento de

casos reales de personas necesitadas es un eficaz instrumento para alcanzar ese objetivo. En primer lugar, porque proporciona servicios que de otra manera no pueden alcanzar las personas más pobres,⁹ en segundo lugar, porque una carga moderada de casos debe razonablemente mejorar la calidad del servicio ofrecido y en tercer lugar debido a que el caso real objeto de asistencia jurídica sirve de punto de partida para analizar críticamente e investigar variados aspectos del sistema legal vinculados al caso e introduce a los estudiantes en la reflexión de problemas más generales de la comunidad.¹⁰ Tales investigaciones y reflexiones pueden sugerir innovativas modalidades de servicios legales para personas carentes de recursos económicos.

C) La Inadecuada Enseñanza de la Práctica Profesional y su Efecto sobre la Educación Legal

El pensamiento legal prevalente en América Latina exhibe, en opinión de algunos escritores, una tendencia a identificar el Derecho con el sistema de normas legales escritas, generadas en órganos formales y estructuradas en códigos básicos, leyes y regulaciones de diverso rango legal.

Esta tendencia conceptual influye y se refuerza en la educación legal cuya misión preferente es informar el contenido de esas normas y sus antecedentes. Por ello, im-

⁶ La Asociación Interamericana de Servicios Legales (AISL) impulsa en América Latina y el Caribe modalidades de asistencia legal que contribuyan al cambio social de 3 maneras: promoviendo la igualdad ante la ley, impulsando el desarrollo político y socioeconómico y protegiendo los derechos fundamentales del hombre. Ver: La Asociación Interamericana de Servicios Legales: Promoviendo el Rol del Derecho en el Cambio Social en América Latina y en el Caribe, por DAVID DODD, PAUL LIEBENSON y SEYMOUR J. RUBIN, *Lawyer of the Americas The University of Miami Journal of International Law*, 1980. Vol. 12, N° 3.

⁷ Otras entidades que deben y pueden contribuir a la solución de este problema, además de las universidades, son el Estado, los Colegios de Abogados, los jueces, las fundaciones nacionales e internacionales, las municipalidades, las iglesias, ciertas organizaciones privadas o públicas, los hombres de negocios, etc. Ver: LUIS BATES, *La Asistencia Legal en América Latina: Reflexiones* (1979).

⁸ Las modalidades de asistencia legal de mayor impacto socioeconómico se dan generalmente en foros diferentes del judicial, tales como el foro administrativo o de servicios públicos, el legislativo, etc. Ver: LUIS BATES, *La Asistencia Legal en América Latina: Reflexiones* (1979).

⁹ La ausencia de programas universitarios deja a grupos o sectores económicos pobres sin ninguna forma de servicios legales. Como explica JOHNSON, la utilidad marginal de la contribución estudiantil en el problema de servicios legales genera un superior dividendo de interés público o contribución social. Ver: EARL JOHNSON, Jr. *Education vs. Service: Three variations on the Theme in Clinical Education for the Law Student* (1973).

¹⁰ Ver infra.

portantes características de la educación legal latinoamericana resultan coherentes con la concepción normativa del Derecho y el objetivo informativo de su enseñanza.

Examinaremos en seguida cómo y por qué un curso que enseñe la Práctica Profesional con casos reales puede influir positivamente dichos rasgos de la educación legal.

Currículum

El currículum de las Facultades de Derecho no contempla, por regla general, cursos que enseñen el ejercicio de la abogacía o Práctica Profesional. Este hecho se proyecta, en nuestra opinión en tres limitantes educacionales. En primer lugar, el aprendizaje del Derecho carece de suficiente integración, es decir, se realiza en cursos autónomos o “compartimientos exclusivos”, lo cual dificulta su comprensión como fenómeno unitario. En segundo lugar, el aprendizaje del Derecho es desordenado, esto es, sus contenidos carecen de dificultades progresivas y se forman por agregación de materias que no avanzan hacia mayores profundidades como sucede en el estudio filosófico o en el sistema científico. Nadie podría afirmar, se ha escrito (Aimone 1971), que un curso del último año de la carrera de Derecho sea más complejo o difícil que uno de primero, con lo cual se pierde uno de los elementos de toda forma del saber. En tercer lugar, parece advertirse cierta reticencia y a veces resistencia a incorporar al currículum cursos vinculados a otras ciencias que “eduquen” mejor al estudiante de Derecho.

Un curso sobre enseñanza de la Práctica Profesional con casos reales influye en nuestra opinión en los efectos más bien limitantes de esas tres características del currículum, porque el tratamiento de un caso: a) obliga a aplicar normas y conocimientos provenientes de las diversas disciplinas legales

que lo integran, b) permite regular la complejidad de los estudios de Derecho de modo gradual y creciente, y c) obliga, a partir de situaciones reales y específicas (casos), a una apertura y receptividad mental que permita entender la información que proporcionan ciencias ajenas al Derecho cuando esa información es relevante en el conflicto y decisión legal. El conocimiento y la comprensión de materias psiquiátricas, económicas, contables, médicas, son a veces indispensables para defender persuasivamente y con éxito los intereses de los clientes.

Método

El aprendizaje del Derecho destaca, por otra parte, y desde antiguo el predominio del método magistral, el cual se centra en el profesor cuya principal misión es explicar e interpretar sus materiales mediante exposición sistematizada y razonamiento deductivo. Esto se hace en recintos cerrados a elevado número de estudiantes, obligados reglamentariamente a asistir a clases.

Los estudiantes escuchan las explicaciones del profesor, toman notas, formulan preguntas y complementan la información recibida con apuntes, manuales o textos de estudio. La discusión en clase y el uso de opiniones judiciales para la explicación de las materias son periféricas en las explicaciones del profesor. Los estudiantes entrenan y fortalecen sus mentes memorizando el contenido de las materias para aprobar sus exámenes y en la esperanza de relacionarlas, algún día, con sus necesidades profesionales.

Varias conferencias de diversas épocas sobre educación legal latinoamericana han expresado la necesidad de complementar este método pedagógico con otras formas de aprendizaje que incentiven el desarrollo de habilidades de razonamiento analítico, de hábitos intelectuales creativos y de espíritu crítico.

La enseñanza del ejercicio de la abogacía o práctica profesional permite aplicar las normas (sustantivas o adjetivas) que integran un caso real, revisar los conocimientos ya adquiridos por el estudiante y expandir este conocimiento cuando es insuficiente. En este sentido, el aprendizaje de la Práctica Profesional refuerza y acrecienta los conocimientos teóricos-normativos del educando.

El carácter informativo y más bien memorístico del método magistral se complementa en el tratamiento de casos reales con el aprendizaje de destrezas profesionales. Las clases que en el método magistral se centran en el profesor, en el tratamiento de casos se centran en las funciones profesionales de los estudiantes. La posición de dominio intelectual del curso magistral se altera en el curso práctico con la del profesor guía, quien comparte con sus educandos la búsqueda creativa de las decisiones más adecuadas para sus clientes mediante razonamiento colectivo. El razonamiento en grupo pone de manifiesto la importancia de la cooperación; las decisiones que se adoptan y los resultados que se logran se pueden compartir y analizar críticamente porque en el tratamiento de casos reales existe un lapso, a veces rápido, entre las decisiones (tomadas en clase) y sus efectos.

Los estudiantes tienen oportunidades de apreciar y analizar sus errores sin ser castigados ni perder prestigio.

Motivación

La enseñanza del ejercicio de la profesión legal con casos reales de personas pobres complementa la tradicional motivación estudiantil (aprobación de exámenes a través de la memorización de códigos, textos o apuntes de clases) con el estímulo que significa participar activamente —mediante los conocimientos y destrezas profesionales que

cada caso requiere— en la solución de problemas reales de personas necesitadas.

Evaluación

La enseñanza de la Práctica Profesional incorpora al “conocimiento” del Derecho su proceso de aplicación. Por consiguiente, la habilidad intelectual para recordar y comprender el contenido de las materias cede su importancia en el proceso de evaluación de la Práctica Profesional a otras pautas, tales como el desarrollo de destrezas profesionales, sentido ético, imaginación, honestidad, persistencia, capacidad de comprensión, actitud o disposición de servicio, poder de síntesis, etc. La medición de estas pautas plantea, sin embargo nuevos problemas de evaluación, entre otras razones, debido al mayor número de áreas que deben ser evaluadas.

Profesores y Estudiantes

En las Facultades de Derecho de América Latina se advierte un predominio de profesores “horarios”, es decir, profesionales que combinan su interés por la enseñanza con sus actividades profesionales, tales como la magistratura, la función pública o el ejercicio privado de la profesión. Esta realidad se proyecta en la relación profesor-estudiante, calificada a veces de impersonal y distante. Si se acepta la tesis educacional de que el conocimiento de la individualidad de los estudiantes (intereses, motivaciones, aspiraciones, necesidades) constituye un factor de aprendizaje, es razonable concluir menor rendimiento académico en los profesores “horarios”. Sin embargo, sus vinculaciones con el ejercicio de la profesión constituyen un positivo factor que, bien explorado, puede facilitar la incorporación a sus cursos de componentes en ese ejercicio.

Al igual que la mayoría de los profesores, la generalidad de los estudiantes latinoamericanos dedican sólo parte de su tiempo a los estudios de Derecho. Lo comparten con jornadas de trabajo en oficinas públicas o privadas no siempre relacionadas con materias legales.

Sus orígenes son de estratos medios y altos e ingresan a las universidades directamente de la educación secundaria a los 17-18 años. La carrera de Derecho dura 5-6 años; su costo parece ser más bien bajo comparado con el estudio de otras profesiones.

La enseñanza del ejercicio de la profesión legal con casos reales estrecha significativamente la relación personal profesor-estudiante con posibles beneficios para el rendimiento académico. En efecto, enfrentados a las exigencias de la profesión, ejecutan esfuerzos orientados hacia una meta que comparten: los intereses del cliente. Los resultados de sus decisiones se cotejan; los estudiantes conocen de cerca el verdadero bagaje cultural, educacional y profesional de su profesor como asimismo su comportamiento ético y la correspondencia entre lo que enseña y práctica. El diálogo, la evaluación permanente de las actividades profesionales que realizan y la necesidad de consultas que genera cualquier caso constituyen condicionantes de aprendizaje consustanciales a la enseñanza de la Práctica Profesional en ambiente académico.

Profesores y estudiantes comparten la experiencia del caso y aprenden sus aspectos técnicos y humanos en un ambiente de confianza mutua y discusión franca. No es posible en la enseñanza de la Práctica Profesional la imposición autoritaria de presuntas verdades, porque si se quiere enseñar una visión verdadera del ejercicio de la profesión hay que empezar por precisar que sus resultados dependen no sólo de lo "legal" sino de otras variables, por ejemplo, humanas, po-

líticas, institucionales, culturales, económicas, etc.¹¹ A partir de los casos reales, todas esas variables deben ser identificadas, analizadas y ponderadas, en un permanente proceso de aprendizaje crítico en el cual se desdibujan los hábitos de obediencia y subordinación intelectual al profesor.

Ética

La formación ética exige sólida preparación teórica y práctica. El aprendizaje abstracto de la ética profesional se limita generalmente al análisis de los códigos del ramo. La ética "pensada" para suministrar orientaciones básicas de conducta debe complementarse con la ética "vivida".

La ausencia de criterios éticos en la conducta profesional de muchos abogados se debe, en parte, a falta de entrenamiento en la captación de la forma como surgen los problemas de ese orden en sus casos, es decir, no perciben la existencia, gravedad y proyección de los mismos.

Los casos reales constituyen un valioso medio para "descubrir" los aspectos éticos involucrados en ellos y para proporcionar duraderas lecciones en este campo. Colocando al estudiante en posición de tener que resolver dilemas éticos a través de la acción, desarrolla hábitos de adecuadas respuestas a las tensiones éticas y morales más allá de lo que es posible mediante el mero análisis intelectual.

El Tratamiento de Casos Reales y la Formación de la Personalidad del Abogado

Los actuales componentes de la educación incentivan insuficientemente el desarrollo de aspectos de la personalidad diferen-

¹¹ Ver infra.

tes del intelectual. En nuestra opinión, el tratamiento de casos reales en ambiente académico contribuye a aminorar esa insuficiencia de la manera y por las razones que a continuación se señalan.

1. La participación repetida en los diversos aspectos o problemas que integran un caso de la vida real, crea o refuerza sentimientos de autoconfianza o seguridad, particularmente útiles para sus futuras actuaciones profesionales.
2. La necesidad de responder a las tensiones y controlar las reacciones emocionales que provoca el derecho en acción, anticipa el desarrollo de la madurez y el conocimiento de sí mismo.
3. El tratamiento de casos reales coloca a los estudiantes en un contexto privilegiado para el cultivo y desarrollo de las relaciones humanas y de las habilidades interpersonales. Puede crear en ellos una fibra que enseñe a reaccionar adecuadamente ante las distintas personas y eventos que emergen en los cambiantes escenarios de la vida profesional. Pensamos que el nexo habilidades interpersonales-calidad de los servicios profesionales es un punto aun insuficientemente explorado en la educación legal latinoamericana.
4. La comprobación de las limitaciones personales y profesionales, para hacer avanzar o resolver satisfactoriamente los intereses de los clientes, fomenta el cultivo de la perseverancia y atempera la "arrogancia intelectual" que a veces afecta a los profesionales del Derecho.
5. La exposición de la personalidad del estudiante a experiencias profesionales supervisadas puede ayudarle a clarificar problemas vocacionales. Algunos de los problemas que enfrentan los profesionales del Derecho son más bien de ese

orden que provenientes de deficiencias del proceso de aprendizaje.

II. COMO ABORDAR EL PROBLEMA

Los abogados que representan a clientes sin la necesaria competencia y efectividad (a expensas de sus clientes, de la profesión legal y del derecho mismo) y carentes de los más elementales principios éticos que informan la profesión son, más bien, víctimas del sistema de aprendizaje del Derecho "por error" que excluye la enseñanza de la Práctica Profesional supervisada con reconocimiento académico. Podría afirmarse que ellos no son responsables de la inexistencia o insuficiencia del entrenamiento recibido.

Sugerimos resolver los problemas mencionados en el capítulo anterior a través de un curso sobre enseñanza de la práctica profesional, el cual debería proporcionar en un año de "inmersión total" y con clara y definida perspectiva educacional el entrenamiento de experiencia que suele adquirirse en muchos años de activa Práctica Profesional.

El curso reemplazaría el proceso de aprendizaje de la abogacía sin supervisión o "por error", y, colocado en las Facultades de Derecho, incorporaría a éstas los innumerables beneficios de la enseñanza de la Práctica Profesional con menor riesgo de resultados desafortunados para los clientes.

Se podría proveer, de este modo, de abogados mejor entrenados y más competentes, que manejen una adecuada carga de casos y que en definitiva contribuyan a mejorar la calidad de la justicia que proporcionan los jueces. Además, el curso debería tener algún impacto en el problema de servicios legales para personas de bajos ingresos económicos tanto en el número de abogados disponibles, en la calidad y versatilidad de los servicios legales proporcionados como en la investi-

gación, a partir de los casos, de problemas más generales de la comunidad.

1. El Rol de las Facultades de Derecho en la Enseñanza de la Práctica Profesional

1.1. Reseña Histórica

El aprendizaje de la práctica de la abogacía se confunde con actividades y experiencias de ese orden ocurridas tanto dentro como fuera de las universidades.

a) En el plano extrauniversitario, en algunos países es necesario cumplir, una vez egresado de las universidades, un período de práctica judicial destinado a asistir a personas pobres como requisito previo para ejercer la profesión de abogado. Bajo la supervisión de abogados privados o contratados con jornadas parciales para ese efecto, estos programas pretenden resolver el problema de asistencia legal mediante la provisión de “mano de obra” gratuita. Prevalece en ellos la idea de “servicio”, de modo que la enseñanza propiamente tal es incidental y existe solo en los casos de supervisores con particulares vocaciones docentes y disponibilidad de tiempo.

Por otra parte, entidades religiosas, políticas o de caridad utilizan con frecuencia a estudiantes de Derecho o profesionales jóvenes con fines de asistencia legal a sus miembros.

Un rasgo ya visto de los estudios de Derecho—la dedicación horaria parcial de profesores y estudiantes— facilita a éstos últimos la aproximación a actos de práctica (remunerada o no) en oficinas públicas o firmas privadas. La mayoría de ellos trabaja como “procuradores” en actividades profesionales

de limitada experiencia y responsabilidad e inician de ese modo, durante sus estudios, el proceso de transición de la educación a la profesión legal.

Dichas formas de práctica profesional se facilitan con frecuencia mediante autorizaciones legislativas para que los estudiantes comparezcan ante los Tribunales de Justicia una vez promediada la carrera e inspirada igualmente en la idea de resolver las demandas de asistencia legal.

En el proceso de transición de la educación a la profesión legal, el aprendizaje propiamente tal, sin embargo, queda reducido a la “exposición” del estudiante a ciertas actuaciones judiciales o administrativas. No existe en dicho proceso la necesaria sistematización de las actividades de la práctica profesional, ni adecuada supervisión, ni el tiempo necesario para la reflexión que todo proceso de aprendizaje requiere.

b) En el interior de las universidades, actividades prácticas en el campo del Derecho han existido desde antiguo. Tradicionales han sido las iniciativas voluntarias de algunos profesores y estudiantes (generalmente sin reconocimiento académico) orientadas a proporcionar asistencia legal. Esporádicas, accidentadas, a veces improvisadas, sin infraestructura, sin financiamiento estable ni decidido apoyo académico, han reflejado más bien buenas intenciones de servicio que realizaciones educacionales consistentes.

Los denominados cursos de “práctica forense” anexados generalmente a cursos de procedimiento civil o penal exhiben a los estudiantes muestras muertas del proceso de aplicación del Derecho. Expedientes judiciales se llevan a menudo a la clase para analizarlos, labor que se combina, a veces, con visitas ocasionales a instituciones vin-

culadas a la administración de justicia. A cargo de profesores de menor "status" académico que los de cursos regulares, la significación pedagógica de estos cursos es también dudosa.

Programas de asistencia legal o "clínicas jurídicas" con participación de profesores y estudiantes de las Facultades de Derecho, son en algunos países la única forma de servicio legal existente para personas pobres. Casi todas ellas persiguen un doble objetivo: proveer de cierto entrenamiento a los estudiantes y proporcionar servicios legales a la gente pobre.

La historia de la enseñanza del ejercicio de la abogacía o práctica profesional demuestra, pues, dos rasgos salientes de signo negativo. Primero, su acentuada conexión con el problema de la asistencia judicial y, por ende, menor variedad en el aprendizaje de otros roles profesionales, y menor impacto socio-económico para los beneficiarios de los programas de ayuda legal. Segundo, sus drásticas limitantes educacionales tales como insuficiente reflexión para extraer el conocimiento que la práctica sugiere, supervisión precaria, evaluación imprecisa, escasez de materiales de enseñanza, ausencia de construcciones teóricas que organicen y profundicen (sistematicen) el aprendizaje práctico más allá de la mera exposición del estudiante a experiencias profesionales puntuales, inferior "status académico" de la enseñanza de la práctica profesional expresado, por ejemplo, en su dubitativa incorporación al currículum obligatorio, concesión de menor número de créditos, etc. Es posible que estas limitaciones reales influyan en la oposición que, como veremos a continuación, surge de parte de algunos académicos y abogados para incorporar a la enseñanza del Derecho cursos sobre Práctica Profesional con un mismo rango al de los cursos más convencionales.

1.2. La Oposición a la Enseñanza de la Práctica Profesional

Si bien parece existir consenso general sobre la necesidad de tener más y mejores abogados, no se percibe igual unanimidad para incluir programas o cursos de entrenamiento en las Facultades de Derecho. Cierta oposición surge de algunos profesores y de algunos abogados.

Oposición Académica. La oposición académica se debe a que la enseñanza de la Práctica Profesional es considerada por algunos profesores una forma inferior de educación, pues como ya se ha dicho (ver capítulo I, numerando 3) entienden su trabajo solo como la enseñanza de las normas legales, sus antecedentes y la manipulación de la doctrina con exclusión de los hechos. Sin embargo, esta posición de rechazo es cada día menor, debido a la creciente comprensión de las necesidades de la abogacía, a una visión más completa del "conocimiento" del Derecho que comprende también sus actos de aplicación, y porque se ha demostrado que la Práctica Profesional supervisada tiene méritos académicos propios que enriquecen y complementan los estudios de Derecho. Numerosas "declaraciones de principios", documentos de reforma, conferencias internacionales y artículos de revistas, abogan por la enseñanza de la Práctica Profesional durante los estudios de Derecho.

Oposición de algunos abogados. Respetables abogados afirman que la real experiencia profesional (sin supervisión académica) es el mejor camino para aprender a tratar los casos. Sin embargo, como observa Tauro, este método no ha resuelto el problema en el pasado. Expresa este escritor: "Muchos abogados y jueces experimentados observan que un significativo número de abogados que tratan casos son incompetentes e ineptos: exhiben pobre preparación y

escasas habilidades analíticas y de argumentación. Es frecuente conocer la pérdida de casos debido al desempeño del asesor legal. Las experiencias precedentes no les han servido a estos profesionales para hacerlos más competentes. Muchos de sus errores llegan a ser por efecto de la repetición, partes consistenciales y permanentes de sus estrategias. Los jueces no enseñan en el ejercicio de sus funciones y tampoco lo hacen los abogados opositores por competentes que sean. El abogado incompetente es a menudo criticado, pero corrientemente a sus espaldas". Pierde de este modo los beneficios de una crítica constructiva, la que es, en nuestro concepto, un valioso instrumento de aprendizaje.

La actividad profesional puede llegar a ser una excelente oportunidad de aprendizaje, particularmente en el período inicial, siempre que se disponga de adecuada supervisión.

Los abogados que aprendieron sin supervisión académica son la excepción y muy pocos en números, y aun, en estos últimos casos, un apropiado período de entrenamiento inicial puede acortarles el tiempo que se demoran en alcanzar competencia, puede minimizar sus errores mientras aprenden y puede aumentar sus habilidades para manejar casos más complejos.

En suma, el tradicional aprendizaje de la Práctica Profesional sin supervisión académica es un factor que determina la escasez de abogados profundos, competentes y con cierto sentido ético social de su quehacer profesional. Creemos que se deben reevaluar las necesidades del público y de la profesión legal y mejorar la educación a través de su conexión con la enseñanza de la Práctica Profesional. Los prejuicios y afirmaciones simplificadas no deben oscurecer el potencial de las Facultades de Derecho para contribuir a la solución de estos problemas.

1.3. Las Facultades de Derecho son Vehículos Apropriados para la Enseñanza de la Abogacía

Casi todas las formas de educación profesional incorporan en la enseñanza, regularmente y sin jerarquizaciones, elementos de aplicación y de servicio destinados a equipar a sus estudiantes con lo indispensable para el ejercicio de sus profesiones. Es difícil concebir el aprendizaje de una profesión sin una interrelación de abstracciones y aplicaciones. Sin embargo, en el proceso enseñanza-aprendizaje del Derecho la Práctica Profesional se adquiere de modo intuitivo, sin entrenamiento supervisado.

Esta situación no se admite en otros campos, porque serían demasiado costosos los errores que se cometieran. Es asimismo contradictoria con el objetivo educacional, generalmente aceptado en las Facultades de Derecho, de formar profesionales competentes.

Como va dicho, algunos piensan que la primera obligación de las Facultades de Derecho es proveer doctrina y normas legales, para lo cual están especialmente adaptadas y a muy bajo costo. Pero esto no permite concluir que las Facultades de Derecho no sean los mejores vehículos para la enseñanza del ejercicio de la abogacía judicial y de la abogacía en general. Algunos piensan que no se puede asignar a las Facultades de Derecho la misión de ofrecer servicios legales a la comunidad sin alterar radicalmente su estructura institucional y sin invertir ingentes recursos. Un curso bien concebido puede, no obstante, superar esas objeciones. No creemos necesario cambios muy profundos en los métodos de enseñanza ni en el currículum, aunque sí la decidida voluntad de efectuar algunos y de proveerse de recursos adicionales, todo lo cual debería mejorar sustancialmente la docencia y agregar prestigio e importancia a las Facultades de Dere-

cho ante la comunidad. Se puede proveer entrenamiento práctico y servicios en ambiente académico sin destruir valores actuales y sin exigir a las Facultades de Derecho extensiones desmedidas más allá de sus reales capacidades en el proceso de enseñanza. Las Facultades de Derecho estarían asumiendo de este modo integralmente su parte de responsabilidad en el proceso de mejoramiento de la profesión legal. Al formular esta proposición estamos conscientes de los esfuerzos hechos por algunas Facultades de Derecho y Asociaciones o Colegios de Abogados, pero los creemos insuficientes para encarar las necesidades actuales y del mañana. Un curso intenso sobre ejercicio de la abogacía o Práctica Profesional de un año de estudio y trabajo parece indispensable para producir abogados que se desenvuelvan con razonable competencia. Las Facultades de Derecho están bien equipadas para ello y son los vehículos más apropiados para asumir esa importante tarea.

III. EL CURSO QUE SE PROPONE

1. OBJETIVOS

El curso que se propone no pretende suplantar ninguno de los cursos del curriculum tradicional de las Facultades de Derecho, pero se inserta en una visión del Derecho que incorpora decididamente sus actos de aplicación.

Los cursos y metodologías tradicionales constituyen una base valiosa para altos nive-

les de instrucción práctica, porque el conocimiento de las normas y de la doctrina científica y jurisprudencial es previo e indispensable para la Práctica Profesional. En este sentido, el curso que aquí se propone refuerza, como se ha dicho, el conocimiento teórico ya aprendido, lo aumenta a nuevas materias y normas, y lo “fija” mejor en la memoria como efecto de su aplicación a situaciones concretas.

No obstante, el curso expande la experiencia de los estudiantes (“educa”) más allá del aprendizaje memorístico de abstracciones, principios y normas, debido a que les enseña su proceso de aplicación, les facilita la adquisición de capacidades y destrezas que habilitan para comprender y enfrentar distintas situaciones profesionales y les permite extraer de ellas nuevo aprendizaje.

El curso no debe, sin embargo, limitarse a enseñar puntuales habilidades prácticas. Dicho de otro modo, la sola participación de estudiantes en actos de Práctica Profesional —como ha sucedido generalmente hasta ahora— no es suficiente para preparar abogados efectivos y responsables, sin perjuicio de reconocer el aprendizaje que hay en esas actividades. Los estudiantes deben aprender no solamente qué hacer, sino por qué lo hacen y cómo podrían hacerlo mejor.

Los casos reales de personas sin dinero permiten diseñar un curso de Práctica Profesional que enseñe los componentes normativos,¹² institucionales,¹³ éticos¹⁴ y culturales¹⁵ del sistema legal.

¹² Aspectos o componentes normativos (sustantivos y adjetivos) conjuntos, es decir, que se integran o convergen naturalmente en un caso real. El tratamiento de un caso obliga a interpenetrar las diversas ramas del Derecho, a desdibujar sus límites y a entrecruzar sus razonamientos.

¹³ Comprende el conocimiento del marco normativo de las instituciones que deben pronunciarse sobre los requerimientos profesionales y el análisis de la calidad y prontitud de las respuestas que proporcionan, mediante la identificación y evaluación de los diversos factores que influyen dichas respuestas.

¹⁴ Entrenamiento, como va dicho, en el “descubrimiento” de los problemas éticos envueltos en un caso, su identificación o individualización y análisis.

¹⁵ El estudio de este componente incluye la influencia que tiene la condición social, económica y cultural del cliente en la eficacia de los servicios profesionales y, por consiguiente, en la vigencia del principio de igualdad ante la ley y en general en la relación cliente-abogado. Incorpora el análisis de las barreras físicas, psicológicas, financieras e informativas que dificultan la aplicación de la justicia igualitaria.

El rol del curso es revelar, en la medida que surgen, los componentes citados a los estudiantes mediante continua reflexión y análisis. El rol del curso es promover reflexión crítica e introducirlos a problemas más generales de la comunidad. El rol del curso es relacionar el estudio del Derecho entre las diversas disciplinas legales que lo integran y con conocimientos provenientes de otras ciencias que pueden tener implicancias en la solución “legal” de un caso. El rol del curso es influir la orientación personal y humana del proceso educacional y de responsabilidad profesional.

Pero todo lo anterior se hace a partir de casos reales y concretos, con personas reales y problemas reales (individuales o colectivos) y no en abstracto. De otro modo dicho, se trata de extraer el máximo de enseñanza que ofrece el tratamiento de casos, entrenar a los estudiantes para tratar casos hoy, y motivarlos y prepararlos para tratar de modo más eficiente y justo casos en el futuro.

Como explica Bellow, un curso exitoso debería tratar de sistematizar gradualmente los actos más relevantes del ejercicio de la profesión de abogado y construir de ese modo la teoría de la Práctica Profesional.¹⁶

En resumen, el curso que se propone pretende “educar” (ver supra) a través de los siguientes objetivos específicos:

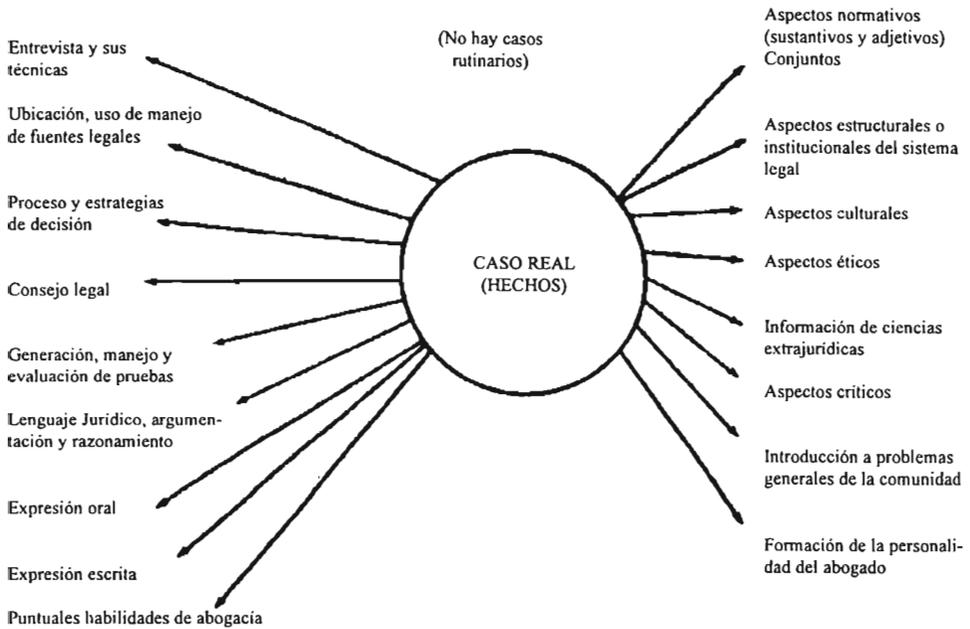
- a) Desarrollar destrezas y habilidades profesionales que mejoren sustancialmente la competencia de los futuros abogados (competencia profesional en sentido estricto) mediante entrenamiento y experiencias supervisados. Familiarizarlos con el sistema legal vigente.
- b) Promover reflexiones sobre las implicancias sociales del proceso de aplicación del Derecho a partir de programas de servicios legales para personas necesitadas. Formar profesionales con una mejor comprensión de la sociedad y sus problemas, particularmente mediante la exposición de los estudiantes, con perspectiva de servicio, a los valores y problemas de personas sin dinero y al funcionamiento del sistema legal en los contextos de esas personas.
- c) Reflexionar sobre las implicancias éticas del proceso de aplicación del Derecho; detectar y juzgar mediante análisis reflexivo tales implicancias.
- d) Completar el desarrollo de la personalidad de los futuros abogados mediante la expansión de sus componentes más allá del meramente intelectual.

Algunos de los contenidos mencionados se refieren más bien a la competencia profesional en sentido estricto, a ciertas destrezas o habilidades necesarias para un buen desempeño profesional; otros, se involucran en un concepto más amplio de “responsabilidad profesional” con connotaciones sociales más acentuadas.

Los materiales para la enseñanza de estos contenidos requieren de sustancial investigación y desarrollo en la educación legal latinoamericana.

¹⁶ Afirma este autor como objetivos del curso: Comprender las tareas básicas de la abogacía que están realizando en el terreno y comprender cómo aprenden y pueden continuar aprendiendo por sí solos de sus propias experiencias y de otras experiencias. Una de las principales metas de un programa de enseñanza clínica —agrega— es introducir en los estudiantes hábitos de reflexión y autoanálisis de manera que el aprendizaje continúe después que dejen la sala de clases de la Facultad de Derecho.

2. Contenidos del Curso



3. Componentes del Curso

Un efectivo programa de Práctica Profesional parte del supuesto que el concepto de competencia profesional incluye tanto las habilidades o destrezas profesionales más comunes como ciertas virtudes tales como servicio comunitario, imaginación, honestidad, persistencia, etc. Por ello, estas sugerencias deben revisarse a la luz de estudios e investigaciones sobre lo que entendemos por abogacía efectiva, elementos de la forma de abogacía que se trata de enseñar, y habilidades que se necesitan para alcanzar éxito en ellas. Idealmente, deberían participar en esos estudios abogados, educadores y jueces.

Observación, actividades (tratamiento de casos) y clases, deberían ser en nuestra opinión, los componentes del curso. La utilización de estas tres formas de enseñanza de

modo coordinado e interrelacionado, parece indispensable.

a) Observación

Para comprender las funciones y roles de una efectiva Práctica Profesional, los estudiantes deben tener oportunidades de ver el trabajo de los abogados y funcionarios en acción, pero supervisados por profesores que estén capacitados para explicar y analizar sus funciones.

Las observaciones supervisadas pueden ser cumplidas de diversas maneras. El uso de materiales audiovisuales es un método de observación usado con éxito en ciertos países. Las ventajas de usar videotapes, por ejemplo, son considerables, pero su utilización es problemática en países de recursos económicos restringidos.

b) Aprender haciendo¹⁷

“Aprender haciendo” bajo la estrecha y constructiva observación crítica es un componente esencial de un curso de educación sobre el ejercicio profesional. Una parte importante del curso anual que se propone debería destinarse al tratamiento de casos reales bajo la supervisión de la Facultad.

Los clientes del curso deberían ser personas que no pueden pagar los honorarios del mercado profesional porque aunque existen otros programas de asistencia legal para pobres, estos no pueden manejar adecuadamente todos los casos que reciben. Los clientes podrían ser personas individuales o grupos afectados por problemas comunes.

Los principales foros de actuación profesional de los estudiantes no deberían ser solo los Tribunales de Justicia.

Es asimismo ventajoso y deseable que se ubiquen consultorios jurídicos en poblaciones o barrios pobres, es decir, en el terreno en que viven los clientes, lo cual facilita la reflexión y el aprendizaje de ciertos aspectos culturales y educacionales de los clientes y medio ambiente en que viven; la forma como esos aspectos se proyectan en la labor profesional y la exploración de formas de trabajo legal generalmente desconocidas en la enseñanza del Derecho, de mucho contenido e impacto social.

El curso podría compararse con las actividades docente-asistenciales de los estudiantes de medicina, pero con diferencias sustanciales que deben ponderarse cuidadosamen-

te en la preparación del diseño. En primer lugar, el equivalente a los hospitales está compuesto en la abogacía por un conjunto numeroso y heterogéneo de juzgados y oficinas que exigen constante y a veces alejados desplazamientos de un punto a otro de la ciudad. En segundo lugar, el adecuado tratamiento de los casos legales requiere actuaciones múltiples de difícil definición. Estos dos rasgos se proyectan en la abogacía en un sustancial “consumo de tiempo” y a veces pérdidas de tiempo que irroga el tratamiento de casos legales. Pero tanto la enseñanza en hospitales como la que se puede hacer en Tribunales u oficinas públicas o privadas, deben constituir funciones vitales para las respectivas escuelas y para la comunidad.

Las Facultades de Derecho, los Tribunales de Justicia y las Asociaciones o Colegios de Abogados deberían aunar esfuerzos y recursos en el entrenamiento de abogados y en la provisión de servicios legales a los necesitados.

La parte del “hacer” del curso es además de productiva, muy excitante y desafiante para los estudiantes. Cuando a esto se agrega el beneficio derivado para la comunidad, debido a la distribución de servicios legales de calidad a aquellos que no pueden obtenerlos de otro modo y a la exploración de modalidades que beneficien a más amplios sectores de la población, los valores de un curso de este orden surgen patentes.

c) El componente de la Sala de Clases

Creemos que es valiosa la práctica que ocurre en situaciones legales reales y que los estudiantes realmente aprenden en ellas. Sin embargo, el aprendizaje más valioso debería ocurrir en la reflexión dentro de la sala de

¹⁷ Las cosas que hemos de aprender a hacer las aprendemos haciéndolas; por ejemplo, llegamos a ser buenos constructores construyendo y buenos tocadores de lira pulsando este instrumento. Aristóteles (Ética a Nicómaco).

clases. La clase provee la oportunidad para a) sintetizar las experiencias vividas, b) discutir, analizar y criticar las actuaciones profesionales de los estudiantes, c) aprender unos de otros, d) la indispensable autorreflexión que exige, esta forma de enseñanza y e) extraer conocimiento de la Práctica Profesional vivida.

El desarrollo de los tres componentes citados del curso es un desafío a la educación legal de incalculables proyecciones futuras para su perfeccionamiento.

CONCLUSIONES

La incorporación en los estudios de Derecho de un curso anual que enseñe la Práctica Profesional a través del tratamiento de casos reales de personas necesitadas, debería educar mejor a los abogados y tener un significativo impacto en su Formación profesional y en vitales problemas sociales de la comunidad, particularmente en lo concerniente al acceso, calidad y versatilidad de los servicios legales.

*El desmán de la maquila**

Agustín A. Huevo Castro
Ernesto E. Mendoza A.
Juan Carlos Sifontes H.

I. ¿CLAVE DEL PROGRESO: LA MAQUILA?

Sabemos que la maquila se realiza en Zonas Francas (ZF), llamadas también Zonas Industriales de Procesamiento (ZIP), zonas Procesadoras para la Exportación (ZPE), o Parques Industriales (PI) y Recintos Fiscales (RF). Si empleamos estas iniciales, nos estaremos refiriendo a ellas. Pero, ¿qué significa esto? Quiere decir lo siguiente: que dentro de un Estado se delimita un área geográfica a la cual se le concede un tratamiento fiscal distinto al del resto del país.

Según el Art. 52 Sección I del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, es "aquella parte del territorio nacional donde las mercancías que en ella se introducen, se consideran como si no estuviesen en el te-

rritorio aduanero, con respecto a los tributos de importación y estarán sometidos al control especial de aduanas".

Se consideran RFs, a las empresas cuya producción o comercialización está dirigida al mercado internacional y que por razones técnicas o económicas, se encuentran fuera de una ZF. Pueden, sin embargo, gozar de los mismos beneficios.

Se pretende atraer la inversión nacional y extranjera. Un argumento que conlleva a esta formación, es lo reducido de los costos. Por ello el incentivo principal es la exención de Impuesto Sobre la Renta, a la importación de maquinaria, materia prima, envases, empaques, viñetas. etc.

Además es atractiva la contratación de mano de obra barata, en especial la de mujeres jóvenes con escaso nivel académico.

La idea es crear polos para impulsar la economía. Por tanto la mejor alternativa es ofrecer módicos insumos y subsidios fiscales, a fin de que proliferen dichos enclaves. Los insumos sin embargo, se contraen a la

* Resumen del Trabajo de Graduación: "Sindicación en Zonas Francas y Recintos Fiscales" presentado durante el 1er. Seminario de Graduación en Ciencias Jurídicas. Octubre 1994. Dirección Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez.

mano de obra, pues la absorción de materia prima nacional es casi inexistente.

De acuerdo con Pedro Arriagada, "...en El Salvador, se diseñó en 1974, un modelo de promoción de las exportaciones, además de un marco jurídico adecuado que incluyó la creación de lugares para la exportación. Esta ley, limitaba el desarrollo de las ZFs, al Gobierno".

Nació así, la primera en San Bartolo, Ilopango, que se convirtió en un área propulsora de colocaciones, operando entonces, 14 empresas; Asia, E.U.A. y Europa, se instalaron en ella. El conflicto bélico cerró esa fuente de riqueza. En 1990, se promulgó una ley relacionada con la ZFs y RFs. Por su medio se inició la promoción de ZIPs privadas. La Fundación Salvadoreña para el desarrollo Económico y Social (FUSADES), comenzó a incentivar los PIs de este tipo. "El Progreso" en el Km. 11 y medio, carretera al Puerto de La Libertad, fue el primero. Han surgido más tarde "El Pedregal" en La Paz, San Marcos, "San Rafael" en Santa Ana y recientemente "Export Salva Free Zone" en La Libertad. Operan pues, 5 ZIPs privadas y una estatal, que pronto dejará de serlo. Otras 6 están proyectadas y hay planes para construir una en San Miguel, especial para taiwaneses, dijo el Director del PRIDEX...".¹

Según FUSADES, lo que regularmente se produce, son: camisas, pantalones cortos, uniformes, ropa interior masculina y femenina, faldas, blusas, vestidos, pantalones, ropa deportiva, vestimenta para niños, camisetas, trajes para baño, trajes para trabajo, calcetines, etc.; en variedad de operaciones: piezas de montaje, cortado, confecciones, ensamblaje, producto final, etc.

Para noviembre de 1993, estaban empleados 16,196 compatriotas, sin contar el personal administrativo.²

¹ "LA PRENSA GRAFICA", págs. 14-A y 15-A, 04/10/94.

² FUSADES, (Datos proporcionados UCA/CIDAI).

"Sólo en la categoría 340 y 640 (camisas de algodón para niños y hombres y de fibra sintética), Marvin Portillo asegura que las exportaciones hacia los E.U.A., subieron de 42 mil en 1991 a 319 mil el año pasado y a 511 mil docenas en el periodo de doce meses hasta mayo de 1994".³

Somos consentidos por la diosa Fortuna, pues aunque el negocio no es nuestro, nos lo traen y favorece al país y a millares de familias. Según datos del PRIDEX-FUSADES, "se reconoce el acrecentamiento a 19,714 los empleos generados".

Para Arriola, "El Salvador percibe más de 200 millones de dólares, por la exportación de maquila, en especial por el ensamblaje de textiles... el 80% es maquila de ropa; el 20% restante corresponde a electrónicos y a bolsas de papel. El total... va dirigido al mercado externo...".⁴

Pero desde el 23/07 de este año (1994), estábamos sujetos a una controversial cuota impuesta por E. U. A., debida a nuestra laboriosidad. "El Diario de Hoy" manifestaba que: "cuando el Gobierno de los Estados Unidos percibe que un rubro está creciendo demasiado rápido, debe entonces establecerse una cuota (en nuestro caso en las categorías de 340 y 640)". Eso nos llevaba a pérdidas potenciales, ya que: "una porción importante de las exportaciones de maquila de nuestro país, está compuesta por camisas...".⁵

Felizmente para el Gobierno, los empresarios y los trabajadores, el mismo rotativo informó: "que a partir del 21 de septiembre de 1994, E. U. de América levanta la restricción que consistía en limitaciones a exportar

³ "DIARIO DE HOY", pág. 11, 21/09/94.

⁴ ARRJOLA, Joaquín, "Los Procesos de Trabajo en la Zona Franca, San Bartolo", Instituto de Investigaciones Sociales, UCA.

⁵ "EL DIARIO DE HOY", pág. 10, 26/05/94

sólo 374 mil docenas de camisas en este período...”⁶ Nuestra exportación logrará un 20.32% más de lo previsto, para este año.

Tanto el PRIDEX, como el Ministerio de Economía, están de acuerdo al aseverar que: “...uno de los beneficios más importantes es el desarrollo de oportunidades de trabajo debido a que el tipo de industria que se realiza requiere mucha mano de obra...”⁷

Un cuadro comparativo del PRIDEX, nos muestra que de 1985 a 1993 se ha concretado un incremento muy significativo en empleos y divisas. Eso es de mucha utilidad para el país. El número de plazas creció en esos años, desde 1.28 a 10.77 (por miles), lo que reduce el déficit de empleos. De similar forma, las divisas captadas están en el orden del 2.24 al 62.72 (en miles US\$), con poca inversión gubernamental.

Análogo fin persigue el establecimiento de una nueva ZF. La idea primordial es la gestación de 14 mil plazas. Se lo debemos a “los avances en el proceso del desarrollo económico y social que estamos viviendo”.

Al presente, sólo cuatro empresas realizarán operaciones en tal emplazamiento. Son propiedad de hombres de negocios estadounidenses “cuya mentalidad apunta hacia la proyección social, tienden a socorrer en gran medida al trabajador”.

En realidad se cumplen las expectativas del Gobierno y de la población, pues se crean ocupaciones, pero no sólo eso, sino que además nos apoyan al especializar a los asalariados y al personal administrativo; esto es reafirmado por el PRIDEX: “...las ZFs, permiten transferencia de tecnología, porque los empleados conocen nuevas técnicas de producción, de administración, aprenden a ponerse en contacto con mercados internacionales, a conocer sistemas de control de

calidad, hacer negocios globales... y todo es experiencia que se acumula, hasta el momento en que puedan hacerlos por sí solos...”⁸

Según datos de FUSADES (proporcionados por UCA-CIDAI), en noviembre de 1993 funcionaban 98 empresas. Otros estimados arrojan la cantidad de 112 (ICAES-CLAT). Las plazas oscilan entre 19 y 20 mil puestos de trabajo.

Nos encontramos pues, en el camino hacia el desarrollo y enfilándonos así a una competitividad que nos involucra con los mercados extranjeros. “El país se expande. La maquila es un pilar fundamental”: por tanto es prioritario buscar una mayor apertura en este rubro, para no detener el progreso nacional.

Podemos finalizar este apartado, con las palabras de tres sectores importantes en esta “cruzada por el pueblo”: PRIDEX, abandonado de FUSADES en el tema de ZFs, afirma que: “...este auge es el resultado de la estabilización económica del país, además del sólido crecimiento que ha experimentado en relación al resto de países de la región centroamericana y del Caribe...”

Para el Ministerio de Economía: “...la razón social más poderosa, es la necesidad de generar desarrollo y oportunidades de trabajo en zonas que no tienen un potencial económico propio natural...”⁹

Corolario de todo lo anterior, son las palabras del Presidente de la República, quien destacó que la nación se transforma rápidamente y: “...la ampliación de la infraestructura de las ZFs en nuestro país, es un ejemplo claro y contundente de que nuestra estrategia económica está funcionando y se encuentra en el camino correcto, pues con ella estamos logrando que muchas empresas generen

⁶ “EL DIARIO DE HOY”, pág. 14, 06/10/94

⁷ Ibid. nota. 1.

⁸ Ibid. nota. 1

⁹ Ibid. Ref. 1.

empleos para miles de salvadoreños y disminuya el índice de la pobreza...”¹⁰

II. SINDICACION LIBRE

Al referirnos a este tópico, lo hacemos desde la óptica del sector laboral, quien durante el devenir histórico ha luchado por adquirir condiciones de vida y de trabajo, dignos de todo ser humano.

Como antesala del capitalismo, encontramos que dentro del sistema feudal las fuerzas productivas no podían expandirse. Esto motivó en los burgueses una revolución que los llevó a obtener el poder económico, político y social.

El descubrimiento de América aceleró el desarrollo industrial y comercial, el cual pasó a manos de la naciente burguesía, convirtiéndose de esa manera en detentadora del poder.

A consecuencia de las nuevas relaciones de producción, millares de personas sólo contaban con sus fuerza de trabajo que vender por un salario. Aparecieron entonces dos nuevas clases sociales: patronos y proletarios.

Las jornadas extenuantes, los malos tratos, la insalubridad, la explotación desmedida de mujeres y de menores de edad y la total carencia de otras garantías, dieron pábulo a los trabajadores, para comenzar una lucha por mejorar su posición.

Después de años de batalla, los obreros obtuvieron el Derecho de Asociación Profesional, en Inglaterra (1824); el mismo fue conquistado por Francia y Alemania, 24 años más tarde. Siendo suprimido y a la vez reivindicado en diferentes épocas. Finalmente se consagró en 1884.

Algunos sindicatos se formaron durante el siglo XVIII, en Estados Unidos. El Movimiento Cartista (1824); surgió entre los in-

gleses y demandó su derecho a tener representantes en el parlamento.

América Latina implementa la idea a fines del siglo XIX, como Sociedades Mutualistas.¹¹

2.1. La sindicación en El Salvador

Nosotros reconocimos el derecho antes mencionado, en la Constitución de 1883.

En el lapso comprendido entre 1884 a 1910, el accionar organizado de los obreros no tuvo mucha relevancia, debido a su incipiente vida institucional, que se reflejaba en una comprensión incipiente del movimiento.

El Presidente Araujo (1911-1913), permitió la creación de Asociaciones de Artesanos, que conservaron un espíritu mutualista.

De 1913 a 1931, gobernó la “dinastía” Meléndez-Quiñones. En este período se fundaron pseudo asociaciones, para argumentar que existía respeto al libre ejercicio del derecho de organización. La Liga Roja fue una de ellas.

En el tiempo que corrió de 1932 a 1944, fueron suprimidas las agrupaciones obreras; sin embargo, continuaron su labor en forma clandestina. Durante este último año, resurgieron exigiendo libertad de sindicación, derecho a huelga, Código de Trabajo, etc., hasta lograr el 9 de agosto de 1950, la promulgación de la primera Ley de Sindicatos. Confirmada en la Constitución Política del mismo año. A pesar del logro, la acción obrera fue reprimida.¹²

¹¹ Para un panorama de la historia de la Sindicación. Ver: Mario de la Cueva. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México, Edit. Porrúa, 1974, Caps. III y V.

¹² EL CONSEJO SINDICAL, “El Movimiento Sindical Salvadoreño”, pág. 59, s.c., 1969

La confederación General de Trabajadores de El Salvador, (CGTS) surge en 1957, sufriendo desde su nacimiento, divisiones. Sin embargo, se considera que de esta fecha a 1966, se institucionalizó el movimiento sindical.

El derecho a la libre Sindicación, ha sido revalidado por los legisladores, en las diferentes Constituciones Políticas, adaptándolo a la época. Tal es el caso del Art. 191 de la Carta Magna de 1962, también especificado en la ley secundaria, (D.L. N° 241, D.O. N° 22, Tomo 198 del 01/02/63). Mas, la historia no demuestra su vivencia.

La siguiente década, se caracterizó por una crisis del esquema sindical de post-guerra (conflicto El Salvador-Honduras). Esta situación podemos sintetizarla en una tríada que evidencia el descontento de la clase trabajadora: a) la politización del movimiento; b) la represión ínsita del nuevo Código de Trabajo (1972); y c) la falacia de la libertad sindical.

De 1977 a 1989, no hubo actividad sindical propiamente dicha. El período se acreditó por la violencia social y laboral.¹³

El fin de la contienda se columbra en 1990. Para este año, con la orientación del Gobierno Cristiani, se promulga un novel Decreto para estimular la inversión internacional. Pero aún no se observa una libre sindicación.

En este último lustro, la Administración gubernamental y los obreros, se van perfilando de nuevo, de acuerdo con sus intereses. El Gobierno de El Salvador reforma la Ley de Zonas Francas. El GOES, reforma la ley de Zonas Francas y Recintos Fiscales, para favorecer totalmente a los empresarios; mientras, el derecho a la libre sindicación, sigue vigente, pero no positivo.

Con la firma de los Acuerdos de Paz (1992), se crea el Foro de Concertación Económico y Social que fue muy bien aprovechado por la empresa privada, mas no fructificó para la clase obrera. Sin embargo, en 1993 los asalariados comienzan a reivindicarse, entendiéndolo y manifestando: "...que somos una organización de trabajadores, que tienen por objeto la defensa de los intereses económicos, sociales, políticos, laborales y culturales... que nos permitirán rescatar nuestra identidad..."¹⁴

El año 1994, "consensadas" ya, se encuentran vigentes las reformas al Código de Trabajo. Asimismo, se convalidan algunos Convenios de la OIT. Y de nuevo la referida Libertad continúa válida, pero no positiva. Mucho menos ratificado, el Convenio 87, pertinente. En concreto, la empresa maquiladora no permite la formación de sindicatos.

III. MAQUILA Y SINDICACION

1. Hacia un nuevo Estado

A raíz de los Acuerdos de Chapultepec (1992), el Estado emprende un proceso de transición. Busca nuevos derroteros, que permitan el desarrollo de una sociedad más abierta, humana y democrática.

Se vuelve necesario replantear y adoptar medidas que generen prosperidad en las relaciones de la tríada: Estado, Patronos y Trabajadores, a fin de lograr una efectiva concertación.

En todos los sectores del conglomerado nacional, se requiere inculcar diferentes nociones para que el país acceda al progreso. Esto implica que los modernos valores deben ser motivo de praxis verdadera, para no volver al pasado de hambre, dolor, opresión y muerte que por tanto tiempo nos asoló.

¹³ REVISTA ECA, "El Movimiento Sindical después de la Segunda Guerra Mundial, en El Salvador", págs. 871 a 892, octubre de 1990.

¹⁴ CENTRA, "Diagnóstico Sindical", julio de 1993.

En tal sentido, el Estado debe estar consciente de su rol verdadero,¹⁵ e indagar y actuar sobre las formas adecuadas para concientizar a los otros grupos.

En materia laboral, es prioritario educar políticamente a patronos y trabajadores, nacionales y extranjeros, para garantizar el apego al ordenamiento jurídico.

La empresa maquiladora no puede seguir fuera del contexto. Así, en el trabajo que nos hemos propuesto, planteamos, desde tal punto de vista inquietudes, problemas y propuestas que pueden proyectarse para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los obreros que laboran en este rubro.

2. Algunas facetas del problema

La ignorancia y el temor, coexisten con la mayoría de nuestros obreros. Son consecuencias del bajo nivel académico, de la opresión y represión política, así como de la ideologización imbuida por el aparato estatal. Se deriva de esto, la actitud renuente y pasiva de los trabajadores, que vegetan, mediatizados en su realidad. Se tornan apáticos. No les apetece convivir en forma solidaria. Se ha perdido el espíritu gregario que expresa Aristóteles.¹⁶

Cuando hablamos de ignorancia, podemos destacar:

- a) El desconocimiento de los preceptos legales;

¹⁵ Constitución de la República: Art. 1 "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

¹⁶ ARISTOTELES, "La Política", pág. 58. Ed. Bruquera, España, 1974.

- b) La negación de los Principios de que se nutre la Carta Magna;
- c) La poca ilustración para abocarse ante los tribunales correspondientes;
- d) El olvido de los Convenios de la OIT;
- e) El bajo nivel académico de la población;
- f) La creencia de que el empresario siempre tiene la razón;

Al referirnos al temor encontramos las razones siguientes:

- a) Pérdida del empleo;
- b) Equiparación de comunismo con sindicato;
- c) Represión por parte de las autoridades;
- d) Miedo de perder la vida;
- e) Poseer el estigma de sindicalista;
- f) Alienación proveniente de los medios de comunicación social.

El Estado, por su parte, no se preocupa por educar en materia laboral, a los empleados, a pesar de estar consagrado el Principio, en la Constitución de la República. Los gobernantes no definen la política adecuada para garantizar una sindicación, que proteja a los obreros y su mano de obra.

Como antecedente, es opuesto a la Declaración de Guácimo, (agosto/94), donde los Mandatarios con toda pompa manifiestan: "Centroamérica ha cambiado... reiteramos nuestro compromiso por hacer posible un escenario político que genere... un mejor nivel de bienestar..." y "...que este nuevo rumbo se traduce en el respeto a la dignidad inherente a toda persona y en la promoción de sus derechos..."¹⁷

Disímil a la proposición, es la conducta del Gobierno y de los Patronos, quienes no cumplen lo estatuido y no permiten consecuentemente la sindicación de tales grupos

¹⁷ DIARIO LATINO, "Declaración de Guácimo", Limón, Costa Rica, 20/08/94. Pág. 11 del 24 de Agosto de 1994.

de trabajo. Esto deviene en una serie de anomalías que desintegran al obrero como persona humana, para cuya protección se ha creado el Estado.¹⁸

El párrafo anterior se contrapone a la posición gubernamental que declara: "... vamos a trabajar con eficacia, para que el pueblo compruebe en su vida cotidiana, los beneficios de la democracia, no sólo en los planos políticos, sino en las áreas económicas, sociales, culturales... pero sin perder de vista que la economía debe manifestarse como una función social, porque su razón de ser no es la acumulación de riqueza, sino la generación de riqueza, para mejorar el nivel y la calidad de vida de todos los habitantes... para alcanzar el bien común, para elevar la calidad de vida sobre todo de los más necesitados, para que ningún salvadoreño quede fuera de la gran corriente del desarrollo...".¹⁹

Debido a esto, se impone una investigación más rigorista, para colegir qué factores en realidad influyen y cómo inciden en la conciencia y en la mentalidad de los trabajadores, para que estos no formen dichos sindicatos, sino que prefieran en algunos casos, conformar Asociaciones Solidarista, que son todo lo opuesto a los fines perseguidos por los primeros; y en otros, "no meterse en nada".

3. Planteando nuestras inquietudes

A fin de enriquecer y mejorar lo que hasta ahora llevamos expuesto, necesitamos equilibrar lo teórico y lo empírico, para que lo cuestionado pueda desarrollarse de la manera más científica posible.

Así pues, los conocimientos planteados, deben ser el norte, que oriente la investiga-

ción práctica. Su propósito será, confirmar, reformular o bien, anularlos.

Ya conocemos, que las hipótesis constituyen el enlace preciso entre ambos aspectos señalados y permiten generalizar e interpretar, a través de la comprobación. Las nuestras se han elaborado a partir de la trilogía: conocimientos, observación de fenómenos e información empírica.

En el primer elemento encontramos que los proyectos para cambiar los tipos económicos existentes, por otro "más novedoso", el Neoliberalismo, tienen su base en la eficiencia productiva, que libera todo, con tal de obtener un colosal lucro, sin importar que se reduzcan importantes rubros en las economías afectadas.²⁰

En el segundo aspecto, hemos observado la continuidad con que aparecen ofertas de empleo para llenar vacantes en empresas maquiladoras, el diario despido de obreras; su poca solidaridad; la edad, su nivel de estudio, su área habitacional, su estado civil, etc., lo que nos motiva pensar que estas empresas requieren un tipo específico de trabajadoras que se acoplen a sus necesidades; es decir, que se ve el trabajo, no al ser humano, pues lo que interesa es la producción y esta no se debe parar.

En el tercer momento hemos buscado la información empírica. Sin montar hipótesis conversamos con trabajadores de este sector y consideramos valiosos dichos testimonios. Los embarazos, la formación de Seccionales, etc., son suficiente fundamento para despedir al trabajador involucrado, sin que las autoridades realicen el papel que les corresponde, según la Ley.

Al margen de todo esto, se encuentra el hecho, que los actores inmersos en el drama

¹⁸ Constitución de la República, Art. 1 citado.

¹⁹ Modernizar el País Promete Calderón Sol. LA PRENSA GRAFICA, 2 de junio de 1994, p. 2-4.

²⁰ Ver: Jiménez Cabrera, Edgar. "El Modelo Neoliberal en América Central. Ed. Edicosta, S.A., San José, Costa Rica, 1992.

—obreros y patronos— desconocen las leyes. Sin embargo, nadie puede alegar ignorancia de la misma. En todo caso, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, es el llamado a ordenar toda la situación, en su campo: educar a unos y otros y velar, además, porque se cumpla lo normado, estrictamente, para beneficio de la sociedad misma, pues en la medida que un pueblo conoce, respeta y lucha, se engrandece y es menos vulnerable para ser explotado. Pero es el caso de que el Ministerio citado no cumple su cometido, lo que nos hace pensar que está en arreglos con los patronos de las plantas maquiladoras.

IV. MAQUILA: ESPEJISMO PARA EL OBRERO

La maquila está considerada como una nueva modalidad de producción en la rama textil. Se caracteriza por presentar una baja composición de capital y desvalorizar la fuerza de trabajo. El proceso de la maquila consiste en el ensamblaje de manufacturas, cuya materia prima dimana de mercados internacionales.²¹ El fin es la explotación de los productos una vez terminada la prenda. Lo anterior es corroborado por la acepción del diccionario: “ensamble que hace una fábrica de menor importancia, para otra de mayor envergadura, de una de las operaciones del proceso de la fabricación de un producto”.²²

Debido a la guerra civil que soportó nuestro país, la inversión extranjera estuvo muy limitada. Sin embargo, poco antes de la firma de los Acuerdos de Paz, hemos sido testigos de un florecimiento que se refleja en la crea-

ción de empresas maquiladoras, situadas una en ZFs y otras fuera de ella.

Para beneficio de la población, esto ha producido miles de puestos de trabajo, reduciendo así el alto índice de subempleo y desempleo que padecemos endémicamente.

Lo trágico de la circunstancia es que, a pesar de crearse plazas, el impacto en la economía, contradice lo anterior: el monto global de divisas es poco significativo. Para el caso: “...en República Dominicana, las maquiladoras generan cada año, cerca de trescientos millones de dólares, pero de acuerdo con un estudio, la cantidad es ínfima comparada con las ventajas fiscales que obtienen las multinacionales...”.²³ En estos territorios enfrentamos los mismos pormenores; según la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), los países han perdido ingresos por las exenciones concedidas a las empresas.

Lo anterior se verifica promulgando leyes para facilitar dichos comercios. En nuestro país comenzó en 1970 por medio del Decreto Legislativo N° 148 denominado “Ley de Fomento de Exportaciones”, que fue modificado en 1974. Luego, debido a la inseguridad política, económica y jurídica, los inversionistas se marcharon. Volvieron en los años ochenta, a raíz del cambio de gobierno que impulsaba “buenas nuevas” para el capital nacional y extranjero.

La Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC), permitió engrandecer el mercado foráneo a nivel regional (incluyendo por primera vez Panamá y El Caribe). La idea primigenia de esta propuesta era incrementar la producción y la productividad de estos países con el objeto que obtuvieran un crecimiento económico que les permitiera solventar los compromisos financieros con-

²¹ CEPAS, “Mujer y Maquila”, Costa Rica, 1988, pág. 71.

²² LAROUSSE, “Diccionario Escolar”, México, 1986, pág. 176.

²³ “EL DIARIO DE HOY”, pág. 17, 06/09/94.

traídos con sus acreedores internacionales: Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Agencia Internacional para el Desarrollo (AID) y otros.

Debido a lo anterior, el mercado nacional después de la ruptura del Mercado Común Centroamericano (MCCA), en 1969, se vio estrangulado por las recomendaciones (en realidad, verdaderas exigencias) de dichos organismos, que obligan a los Estados a orientar su economía, permitiendo la instalación de empresas transnacionales, que operan en diferentes rubros, desplazando la inversión y manufactura nacional y de hecho, la mano de obra calificada; las mencionadas empresas encontraron en nuestra región un nuevo emplazamiento que les permitió detener la declinación de sus ganancias, que venían experimentando como una consecuencia del empantanamiento de la economía mundial, en la década de los setenta.

Esta parálisis, llamada técnicamente recesión, se debió al superávit de los países desarrollados: específicamente los europeos, Estados Unidos y Japón, quienes para salir de su crisis, ofrecieron préstamos a las naciones empobrecidas.

Se instauró un novel tipo económico: El Neoliberalismo, el cual se plantea bajo la lógica de la eficiencia técnico productiva y cuestiona el modelo del Estado Benefactor, pero se traduce en una libre competencia, pues elimina el control de precios. el Estado no comercializa productos básicos, hay libertad de inversión e incremento de intereses bancarios a los préstamos, sobre la hipótesis de que dicha liberación produce “desarrollo y crecimiento económico”, pero hace desaparecer todo lo que beneficie al pueblo. “...Siendo impulsado con la llegada de Margaret Thatcher al poder, en Gran Bretaña, en 1979; pero principalmente desde que Ronald Reagan asumió la presidencia de los

Estados Unidos, en 1981...”²⁴ Esta modalidad económica se sustenta en la legalidad, la libertad económica y la libertad política, a lo que Hayek ha denominado la trilogía de la civilización.²⁵

Implementar este patrón no fue difícil en el llamado Tercer Mundo, debido al endeudamiento y a la pobreza en que los países desarrollados los mantienen.

Tal situación originó los Programas de Ajuste Estructural (PAE); en las políticas de estabilización (restricciones al conglomerado, en buen castellano) y políticas para mejorar la estructura productiva (que equivale a modernización), confirmándose ambas en recortes a los presupuestos, donde se ven más afectadas las carteras de salud, educación y vivienda.²⁶ “...Pero toda esta política de impulso a la inversión pública y privada, especialmente sobre préstamos e inversión extranjera directa y que refleja índices de crecimiento innegables, descansa en una clara política inspirada por la Escuela de Chicago e implementada por el FMI: tendencia cuyo resultado es la mudanza de la inflación, un método para acumular capital en las grandes empresas transnacionales y las clases a ellas ligadas y cuyas normas son reducir el precio de costo y aumentar la tasa de explotación de los trabajadores. Ello se evidencia en todos los sectores de la economía...”²⁷

Para el nuevo modelo de acumulación de capital implementado, se crearon por lo menos seis instrumentos, entre ellos las ZFs, que se convirtieron desde su nacimiento, en verdaderos oasis para los inversores foráneos, ya que los Gobiernos les garantizaron desde

²⁴ “LA PRENSA GRAFICA”, pág. 5. 16/05/94.

²⁵ “LA PRENSA GRAFICA”, pág. 2, 21/05/94.

²⁶ GRUPO MAIZ, “El Neoliberalismo”, El Salvador, 1992, pág. 38 y ss.

²⁷ MENJIVAR, Rafael, “Formación y Lucha del Proletariado Industrial Salvadoreño”. El Salvador, 1987, pág. 108.

su inicio la reducción de aranceles, libre introducción de maquinaria y materia prima, exención de Impuesto Sobre la Renta por determinado período, bajo costo de servicios básicos (energía eléctrica y agua), sin olvidar concederles el privilegio de no permitir la conformación de sindicatos (aunque la ley no los prohíba).

Según Luis Pazos, "...aunque la inversión extranjera no es la panacea ni la única fuente de crecimiento, sí representa un apoyo enorme para la mejora de las economías subdesarrolladas...".²⁸ Esta aseveración contrasta notablemente con la realidad, en donde los beneficios son nada más para quienes invierten, lo que podemos ver en el contenido de los Decretos Legislativos N°s 461 y 753, D. O. N° 88, 18 abril 1990; D. O. N° 96, 28 de mayo 1991, respectivamente.

En consecuencia, la empresa maquiladora ha sido la más aventajada con estas medidas, gracias al respaldo que ha recibido de parte del sector empresarial y del Gobierno de El Salvador-GOES, puesto que en ella se consuman todas las expectativas previstas, ya que se establecieron maquiladoras de diferentes clases, de manufactura: electrónica, confecciones de vestidos, abrigos de piel de conejo, guantes, vestuario, sostenes, etc., en su mayoría de capital extranjero con reducida participación de inversionistas nacionales, facilitando así el desarrollo de nuevas "industrias", en las cuales no se permite bajo ningún término ni modalidad, la sindicación.

"...En este sentido el Solidarismo es fomentado por los empresarios, para contrarrestar la organización sindical, aunque a nivel nacional, en la actualidad, nada más existen 52 Asociaciones Solidaristas, impulsadas por FUSADES..."²⁹ Este consiste en

una estrategia empresarial que hace que los trabajadores pongan sus intereses por debajo de los intereses del patrono. Se trata de un engaño sutil y eficaz en contra de los obreros. "...En primer lugar, sabemos que a los empresarios les molesta la presencia de los sindicalistas y sus luchas constantes en favor de los trabajadores por lograr condiciones de vida más dignas y mayor seguridad y estabilidad en su trabajo. Con la idea de sustituir el sindicato, promocionan al solidarismo, diciendo que esta organización convierte a los trabajadores en "dueños" de la empresa y en esa forma crea un ambiente de "armonía", pues todos se vuelven "propietarios" de la misma. En resumen es un negocio redondo para los dueños. Nace del aporte económico de los trabajadores únicamente y trata de desplazar al sindicalismo..."³⁰

Como bien lo refiere Menjívar,³¹ es innegable que la maquila genera empleos, lo cual está evidenciado por la proliferación de determinadas zonas industriales, en donde se albergan regular cantidad de este tipo de empresas, las que producen artículos únicamente para la exportación. Sin embargo, a pesar de esa aparente bondad de las empresas maquiladoras, en las cuales los inversionistas de hecho están comprometidos a cumplir las leyes salvadoreñas, (con mayor razón los nacionales, lo cual tampoco exonera a los extranjeros), materialmente nos encontramos con: bajos salarios, despidos caprichosos, ninguna clase de prestaciones sociales, inestabilidad laboral, maltrato físico, falta de sindicatos, etc., todo en completo desacuerdo con nuestra Carta Magna: Arts. 1, 38, 37, 42, 43, 47 y 52. Asimismo observamos que estos centros de trabajo, en realidad enclaves de explotación, son verdaderas islas dentro

²⁸ "LA PRENSA GRÁFICA", pág. 6, 16/05/94.

²⁹ ICAL, Coordinación de Proyectos, Costa Rica, 1994.

³⁰ ICAL, "El Solidarismo en El Salvador", Costa Rica, 1994, pág. 4-7.

³¹ MENJIVAR, Rafael, Op. Cit.

de las cuales los propietarios imponen las reglas del juego, por consiguiente están al margen de la legislación nacional, en cuanto a los derechos individuales y colectivos de sus empleados; para el caso: Arts. 29, 5º, 6º, y 10º; 30, 4º y 11º; y 204 lits. a y d, del Código de Trabajo (CT).

Como bien lo han detectado nuestros hermanos hondureños: "...estas fábricas, las quieren presentar como algo de mucho beneficio para combatir el desempleo, pero realmente sólo son una forma de explotación a semejanza del siglo pasado, donde se contratan niñas desde los 12 años, trabajando jornadas de 12 y más horas, sin derecho a organizarse, sin derecho a salir embarazadas, con pena de despido y expuestas a cualquier maltrato. En otras palabras en las ZIPs, las leyes las hacen los explotadores extranjeros, que vienen a hacer "clavos de oro" a este país...".³²

Los empresarios extranjeros aducen que no comprenden el idioma castellano y que debido a eso desconocen la legislación. En vista de ello y para evitar la pérdida de esta industria una Comisión del Congreso Hondureño, ha recomendado traducir el CT al idioma de los inversionistas.³³

En la conferencia Internacional "Integración, Desarrollo y Democracia", celebrada en San José, Costa Rica, del 31 de octubre al 02 de noviembre de 1991, auspiciada por la CIOSL/ORIT, los representantes de los Sindicatos de 22 países del Norte, Centro y Sudamérica y el Caribe, discutieron con los representantes de los Sindicatos Europeos y los Secretariados Profesionales Internacionales y convinieron —como ya lo hemos mencionado—, que uno de los principales

problemas de las Américas es la adopción de medidas neoliberales, con origen en las políticas Reaganianas y Thatcheristas, que actualmente se aplican de uno u otro modo en la región. Las características predominantes de este modelo de ajuste estructural dominado por el fomento del sector privado, en detrimento del sector público, ha provocado serios recortes en los niveles de subsidio de la seguridad social, la reducción de muchos empleos en el sector público y la disminución de la cantidad y calidad de servicios tales como la educación y la salud; las reformas fiscales, que han llevado a un desplazamiento desproporcionado en el pago de los impuestos de los sectores ricos a los sectores pobres de la sociedad; la reorientación desde la economía real a la financiera; el fomento de la gran empresa y de las empresas multinacionales; las reformas a la legislación laboral excluyendo a los sindicatos de la negociación colectiva, restringiendo el derecho a huelga y promoviendo modalidades como el solidarismo.

Entre otras cosas concluyeron:

- a) Que las políticas neoliberales, la privatización, los recortes en el gasto público y las reformas en la legislación laboral, que buscan debilitar a los sindicatos, están expandiéndose en las Américas...;
- b) Ejercer presión para que se apruebe una Carta Social de los Derechos de los Trabajadores de las Américas;
- c) Instar a la OIT a intensificar sus acciones en favor del respeto irrestricto de los derechos sindicales...;
- d) Ejercer presión sobre la OEA, para asegurar que sea útil para responder a las necesidades del trabajador;
- e) Desarrollar acciones transfronterizas, continentales, para contrarrestar la viola-

³² CTH, Central de Trabajadores de Honduras, "Las Dos Caras de las Fábricas Maquiladoras", Honduras, 1994.

³³ "LA TRIBUNA", Honduras, pág. 11, 13/05/94.

ción de los derechos sindicales, comprendidas las ZFs.³⁴

IV. LEGISLACION CONTRA REALIDAD

En todos los pueblos, antes de conformarse los Estados como entes soberanos, prevalecía “la ley del más fuerte” y la “ley del talión”. A medida que la sociedad se desarrolló, surgieron instituciones para mantener el equilibrio entre sus miembros, a fin de garantizar, al menos en teoría, la igualdad a la que todos tenían derecho de gozar.

Se crearon así, diversidad de normas que se ampararon bajo distintos derechos. Entre ellos y con el correr del tiempo, aparece el Derecho Laboral, como una protección de los intereses del trabajador. Lo anterior fue necesario, pues los asalariados sufren una serie de atropellos por parte de sus empleadores o patronos, debido a que los primeros sólo contaban con su fuerza de trabajo y estos últimos, la consideraban una mercancía.

En Europa nacieron los primeros movimientos para mejorar las condiciones del proletariado. América no fue la excepción ni estuvo ajena a los mismos. La vanguardia en este continente estuvo protagonizada por un grupo de obreros de la ciudad de Chicago, quienes ofrendaron su vida para conquistar la reducción en el número de horas de la jornada de trabajo, entre otras prestaciones.³⁵

En Latinoamérica y específicamente en la región centroamericana, se han producido ciertos cambios en las relaciones laborales, a partir de la cuasi-industrialización en la cual estamos inmersos.

En nuestro país, durante la década de los cincuenta, los gobernantes se vieron obligados, por las presiones externas, a adoptar medidas tendientes a disminuir la efervescencia política motivada por la injusticia social imperante.

Estas se evidenciaron en la Constitución Política de 1950, que plasmó por primera vez, garantías individuales y colectivas en favor de los salvadoreños.

Las siguientes Constituciones, han venido confirmando tales principios, algunos de los cuales han sufrido modificaciones, para adecuarse a la coyuntura. Otros se han conquistado por medio de la lucha obrera organizada; batalla que en gran medida, ha significado el destierro, la represión y la muerte de muchos compañeros, en quienes recayó la indelegable tarea de revitalizar los derechos ya adquiridos. Sin embargo, no todo es aún color de rosa.

De acuerdo con el ICAL-1992, “...un análisis de los principales institutos y organismos existentes en el marco de las estructuras reguladoras de los Estados de la subregión, da una lamentable contradicción: por una parte existe un amplio desarrollo de la institucionalidad y una relativa modernización de los mecanismos de regulación de las relaciones laborales, que leídas positivamente, podrían hacer aparecer a estos países como vanguardia en el proceso de la materia laboral. Por otro lado, la práctica de esos países en este campo, nos pone frente a situaciones de flagrantes violaciones a múltiples derechos laborales, todo lo cual ha llevado a varios países a estar denunciados y acusados ante foros como la OIT, por tales actos...”³⁶

El Salvador no se encuentra fuera de este contexto y así, la Asamblea Constituyente de

³⁴ RODRIGUEZ, Comberty, “La Posición Sindical”, Costa Rica, 1992, pág. 12.

³⁵ CLAT, Boletín Informativo, “Suplemento Centenario Mártires de Chicago”, Venezuela, 1986.

³⁶ CENTRA, “La reconstrucción de las relaciones laborales”, El Salvador, 1992, pág. 8.

1983, a través del Decreto N° 38 manifiesta que está animada: “para construir una sociedad más justa, en donde se respete la dignidad de la persona humana...”³⁷

Lo anterior está en completa disonancia con la realidad; tan es así que, el país se vio disminuido por una guerra civil, provocada por la injusticia social, económica y política, azotadora de la clase laborante.

Para el presente estudio, hemos realizado las observaciones pertinentes, en el campo de las empresas maquiladoras, donde es completamente ignorado el decir del decreto, por cuanto no se protege a los nacionales, sino que por el contrario, se pactan convenios en favor de los inversionistas nacionales y extranjeros, se promulgan decretos opuestos a la Carta Magna; se agravan otras leyes secundarias y de hecho, la Constitución de la República, para el caso, el Art. 1 de la Cn y los Arts. 4 y 12 de la Ley de Extranjería.³⁸

En materia laboral, el Art. 37 Inc. 1 Cn, establece: “El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado y no se considera artículo de comercio...”.

³⁷ Decreto N° 38. Nosotros, representantes del pueblo en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los más altos destinos de la Patria y en el ejercicio de la potestad Soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en *el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa*, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista...

³⁸ LEY DE EXTRANJERIA. Art. 4 “los extranjeros desde el instante que ingresen al territorio nacional, están obligados a respetar la Constitución, las leyes secundarias y a las autoridades de la República; adquiriendo el derecho de ser protegidos por ellas”. Art. 12. “Los extranjeros en territorio nacional, a excepción de los derechos políticos, gozarán de los mismos derechos, al igual que los nacionales y *estarán sometidos a las mismas obligaciones...*” (inciso uno).

Se entiende que cumple dicha función cuando el empleado se desarrolla anímica y materialmente; cuando está satisfecho y de acuerdo con su patrono; cuando sabe que, con su labor, está contribuyendo a engrandecer la economía del país. Pero es el hecho “positivo”, que la empresa maquiladora, a pesar de crear “empleos”, no genera trabajo, pues hasta puede introducir cajas, pega, grapas, viñetas, etc., sabiendo que el Estado que tenemos fábricas que elaboran esos materiales. De forma tal que todo lo traen y todo se lo llevan. Ello no produce divisas para el país y este a su vez, los exime de todo tipo de impuestos, en detrimento de la Hacienda Pública.

Es imposible que goce de la protección estatal, toda vez que en estas empresas, se despide a quienes llegan tres veces tarde (aunque sean dos minutos); no se permiten en la mayoría, mujeres embarazadas; los delegados e inspectores del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, como garantes, no cumplen su cometido, desprotegiendo así al trabajador.

En flagrante contradicción con la última parte del inciso anotado, es un artículo de comercio; porque según documento de la CIOSL, en las plantas maquiladoras, a las obreras se las hace ingerir anfetaminas, con el propósito de lograr un mayor rendimiento.³⁹ Sin importar el deterioro en la salud de las mismas. Además, la precaria estabilidad laboral se nota con la constante oferta de plazas que han quedado vacantes por otras mujeres que sólo han laborado tres meses o menos, a quienes se despide para soslayar lo dispuesto en el Código de Trabajo.⁴⁰

De conformidad a nuestra legislación primaria, se reconoce que todos los trabajado-

³⁹ “EL DIARIO DE HOY”, pág. 17. 06/09/94.

⁴⁰ “LA PRENSA GRAFICA”, Sección Clasificados, semana del 19 al 23 de Septiembre/94.

res tienen derecho a descanso remunerado en los días de asueto que señala la ley, Art. 38, 8° Cn., lo cual está desarrollado en el Art. 190 y ss. del C.T.

Sin embargo, en la realidad encontramos que estos empresarios, en su mayoría extranjeros, obligan a trabajarlos como día normal remunerándolos con salario ordinario o bien, laborando con antelación esos días para tener derecho al descanso.

Otro caso se nos presenta con el ord. 2° del Art. 38 Cn., ampliado en la Título III, Cap. II, Arts. del 144 al 148 CT, que se refiere al salario mínimo, lo que es letra muerta, ya que estas empresas no abonon la cantidad debida, pagando salarios mínimos desactualizados, por ejemplo ¢850.00 ó ¢930.00 y en algunos casos ¢980.00 jactándose los patronos, que pagan más de lo estipulado, siendo que el referido estipendio actual es de ¢1,050.00. Todo con plena noción y tolerancia de las autoridades.

Hablando de la prima anual —aguinaldo— Art. 38, 5° Cn. profundizado en el Art. 196 y ss. de C.T. tenemos que si bien el patrono está obligado a darla, en la práctica se utiliza un mecanismo idóneo para evadir dicha responsabilidad, el cual consiste en despedir constantemente parte del personal, sin reconocer ninguna proporción de la misma.

Lo mismo se percibe con la jornada de trabajo, Art. 38, 6° Cn. y Cap. III Art. 161 y ss. C. T. en donde sabemos que son ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales todas ordinarias. Pero en muchas de estas empresas las trabajadoras entran a las 6:45 y salen a las 17:00 horas, teniendo un receso de 45 minutos para almorzar, lo que hace un total de 9 horas con 30 min. diarios, con el agravante de que en otras situaciones las operarias deben continuar hasta las 18:00 horas si no han completado la meta del día. Aquí no se habla de hora extra.

El estado de preñez es todavía más patético. Se encuentra establecido en el Art. 42 Inc. 1 Cn. y en los Arts. 110, 113, 309 y ss. del C.T. En estas empresas, salvo contadas excepciones, es requisito para acceder al empleo, presentar prueba de embarazo, o bien ser soltera, (aunque por supuesto hay casadas y acompañadas). Si estando en la empresa son fecundadas, las destinan a trabajo de pegado y planchado y las obligan a estar paradas durante la jornada. La gente se desespera y renuncia, por lo cual el patrono queda fuera de toda exigencia.

Si nos referimos a la infraestructura de los locales, instituido en el Art. 44 Cn. y codificado en el Art. 314 C. T. notamos un total irrespeto a lo normado de parte de los empresarios y del mismo Ministerio de Trabajo y “Previsión Social”, que se considera el garante del bienestar de los trabajadores. Estos planteles, en su mayoría galeras prefabricadas, cuentan con ventilación inadecuada, escasos servicios sanitarios, ausencia de comedores (lo que constatamos al efectuar algunas entrevistas en las cunetas o en los engramados de aceras aledañas), no existen bebederos; en algunos casos los recipientes con el agua se encuentran expuestos al sol; en otros beben de pozo; no mantienen botiquines para primeros auxilios (los trabajadores se ven obligados a colaborar para comprar medicamentos); los bancos, no son adecuados al tipo de tarea; el ruido de las máquinas es estridente y el calor, insoportable.

Pese a estar garantizado el Principio de Libre Organización desde hace varias décadas y amparado en el Art. 47 Cn y asimismo reconocido en el Libro Segundo del Ct, en sus Arts. 204 y ss. los empresarios discrepan con nuestra legislación porque no permiten que los trabajadores se asocien, fundamentándose para ello en “discretos” convenios celebrados con las autoridades, al margen de la Ley y en detrimento de los obreros,

traicionando con su actuar, el suelo materno. Paradiando los versos de una canción, consideramos su vigencia, porque aún los vivimos:

*“...Perdóneme tío Juan,
no se me quede callado
conteste si no hay razón
en que sigamos luchando
por echar de nuestra patria
al extranjero que nos la quita
y al lacayo que lo tapa...”*⁴¹

Con todo, algunos intentos se han realizado formando Seccionales, pero más temprano que tarde significaron destitución para los promotores, a causa del contubernio entre empresarios y autoridades gubernamentales.

En fin, el Art. 52 Cn que sintetiza lo precedente al estipular: “...Los derechos consagrados en favor de los trabajadores son irrenunciables. La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye otros que deriven de los principios de justicia social...”, no tiene aplicación efectiva en nuestro medio: primero, por los beneficios que el Estado concede a los empresarios; segundo, porque el Estado no ratifica los Convenios de la OIT, atinentes al bienestar de los trabajadores; tercero, debido al desconocimiento por parte de los obreros, de la legislación respectiva; cuarto, por el descuido intencional de las autoridades, para dar a conocer dichas normas; quinto, por las presiones (externas e internas) para permitir tales atropellos, incitadas algunas por el Banco Mundial-BM. Bien lo anota el Secretario General de OXFAM-Bélgica, Pierre Galand: “El Banco Mundial ha aprendido a elaborar excelentes discursos... ¿por

qué tan bellos discursos van acompañados de tan escandalosas prácticas? Porque en la práctica el BM condiciona su apoyo a la aplicación de las socialmente criminales políticas de ajuste estructural...”,⁴² y estas empresas maquiladoras, son parte del mencionado ajuste.

V. INTERPRETACION DE RESULTADOS

Las referencias obtenidas a través de la investigación documental y de campo, nos autoriza para enfocar el problema originalmente planteado: “Qué factores inciden en la no conformación de Sindicatos en la Industria Maquiladora”.

Asimismo nos faculta para puntualizar otros aspectos que no son de menor importancia, sino que por el contrario, se complementan con el primero, permitiéndonos conocer esta parte de la realidad que parece fraccionada, pero que no lo está en ningún momento.

Del estudio de las leyes que reconocen la creación de estos lugares de “trabajo”, se desprende que el objetivo es superar la crisis económica. Este desequilibrio se debió aparentemente al conflicto entre El Salvador y Honduras. Sin embargo, sabemos que el mismo es una consecuencia de la conquista; luego, lo fomentó la corona inglesa; y posteriormente el imperialismo estadounidense, y que puede sintetizarse en lo siguiente: las estructuras socio-políticas y económicas han respondido únicamente a los detentadores del capital extranjero y nacional. Se cumple en nuestro medio el aforismo de “la explotación del hombre por el hombre”, reflejado en el avorazamiento de las empresas transnacionales.

⁴¹ LOS GUARAGUO, Grupo musical venezolano, LP. “Las Casas de Cartón”, 1972. Single: “perdóneme tío “Juan”.

⁴² DIARIO LATINO, p. 12-13, 27/09/94.

A pesar de que la Ley de Fomento de Exportaciones de 1974, (mejorada en relación a la de 1970), manifiesta que el objetivo primordial del Estado es mejorar las condiciones sociales y económicas de la población a través de la creación de mayores oportunidades de trabajo y de una mejor distribución del ingreso, esta situación la deteriora la misma Asamblea Legislativa, ya que el Art. 8 de la Ley del Régimen de zonas Francas y Recintos Fiscales, de 1990, estipula que no serán aplicables a las Sociedades Extranjeras, las disposiciones del Cap. XIII, Título II del Libro Primero del Código de Comercio, que van del Art. 358 al 361, de los cuales los que más llaman la atención son dos: el “romano v” y el “romano vi”, que literalmente dicen: v. Comprobar que todos sus fines son lícitos conforme, a las leyes nacionales y que en general, no es contrario al orden público; y vi. Protestar sumisión a las leyes, tribunales y autoridades de la República, en relación con los actos que celebre en el territorio salvadoreño o que hayan de surtir efecto en el mismo.

Todo lo anterior en contraposición con la Ley Primaria, puesto que el Art. 96 de la misma, establece que los extranjeros deben obedecer las leyes. De la misma forma contraviene el Orden Económico, Arts. 101, 102, 103, CN. que se refieren a los principios de justicia, al interés y a la función social de la propiedad privada. Todo lo cual, en ningún momento debe sobrepasar lo estatuido en el Art. 246 Cn, que dice que los principios, derechos y obligaciones no pueden ser alterados por otras leyes y prevalecerá por lo tanto sobre toda la legislación porque el interés público tiene primacía sobre el interés privado.

Con base en las razones expuestas y disposiciones legales citadas, encontramos una enorme deficiencia, que se plasma en la contradicción de las leyes secundarias y la

Carta Magna, pues en la realidad, se conceden —al margen de la ley—, privilegios a estos inversionistas, siendo lo más lamentable, que son los legisladores, quienes atropellan y desvalorizan los derechos de los trabajadores y los preceptos fundamentados en los Principios Constitucionales que rigen el Estado de Derecho en que vivimos.

De ahí que se manipule la cuantía del salario mínimo actual, la jornada de trabajo, los días de descanso, las vacaciones y primas anuales, la indemnización por despido injusto, etc. (ver Art. 38 Cn.); y el más determinante en este caso, el no consentimiento para la formación de Sindicatos en la Empresa Maquiladora.

En consecuencia se comprende, pero no se justifica, el proceder del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, al no divulgar, no proteger ni garantizar, los derechos de los trabajadores. Se comprende, porque es parte de un sistema caduco, obsoleto y reaccionario, que atenta contra las mayorías; pero no se justifica, porque la Ley Primaria, lo establece en el Art. 52, y la ley secundaria, en el Art. 1 CT.

En cuanto a los legisladores, estos pisean la Cn, en el Art. 10, al autorizar a dichas empresas, por medio de la Ley del Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales, desprotegiendo la Seguridad Social, (Art. 50 Cn.).

De todo lo anterior podemos inferir que el aparato estatal, lejos de contribuir al desarrollo económico, social y político de la nación, lo obstaculiza, pagando las consecuencias directas al pueblo; en este caso, los trabajadores de maquila.

Estos, por su parte, se encuentran, a pesar de existir un cuerpo de leyes que los “protege”, desprovistos del mismo. Su bajo nivel académico y el temor a las represalias, los inhibe. Además no cuentan con la orientación debida por parte de la Sección de Educa-

ción Laboral, del Ministerio de Trabajo, que es el garante de todo esto, (Art. 53 Cn.); ¡a que tampoco buscan por creer que serán embaucados, en favor de los patronos.

Sin embargo, algunas obreras se han quejado ante el Ministerio aludido, a causa de los abusos de que son objeto. La Institución, no ha resuelto a favor de ellos, porque de acuerdo con algunos personeros de la misma, este Gobierno, celebra Convenios Bilaterales con otros países, en los que compromete su poder coercitivo. Lo cual significa que no los puede sancionar de ninguna manera, pues no se les aplica el Capítulo XIII del Código de Comercio, ya mencionado; tácitamente se incluyen, los inversionistas nacionales.

Según estos criterios, puede afirmarse que la maquila textil es una nueva forma de esclavitud, por lo tanto no es la solución para enfrentar la crisis económica en la cual estamos inmersos. No es ni siquiera un paliativo, porque no alcanza a cubrir las necesidades básicas, con la agravante que en la mayoría de los casos, los puestos son temporales. En suma, la maquila estudiada no cumple con nuestra legislación, debido a los privilegios concedidos por el Estado, que oprimen a la clase trabajadora.

El gobierno violenta la Constitución de la República, desde el Art. 1 en adelante. ¿A quién pueden recurrir entonces estas víctimas del modelo neoliberal?, ¿A quién?, si las autoridades mismas la violan, por ejemplo: la Cn Arts. 1-7 y ss; Código Civil, Arts. 6-8, etc.; Código Penal, Arts. 428 y 458, etc.; Código de Comercio, Arts. 358 a 361; Código de Trabajo, Arts. 204 y ss. y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts 1 y 16 y ss. Es indudable que nos encontramos frente a un Gobierno que subvierte el orden establecido y por lo tanto, trastoca el orden público.

En síntesis, considera nuestro equipo de trabajo, que las hipótesis planteadas, han

sido susceptibles de ser comprobadas positivamente, por cuanto a través de las entrevistas, cuestionarios y documentos tenemos que nuestros obreros no conocen la legislación laboral, por lo tanto no son capaces de organizarse para defender sus intereses. Por otro lado, el Estado tampoco realiza protección alguna en favor de los trabajadores, de ahí que estos se vean atropellados en sus derechos más elementales y así continuarán mientras el Estado se mantenga en una situación tan pasiva.

1. Jerarquización de los problemas

Hemos encontrado además, una serie de problemas que se relacionan con la situación en estudio. Los que podrían investigarse en situaciones posteriores. Realmente, la lista no es completa, pero pretende servir como indicio a efecto de buscar la corrección de otras anomalías.

Los mismos han sido distribuidos en cinco áreas. He aquí su enunciación.

a) Area social

- Deterioro de la salud en las obreras de la maquila.
- No cooperación de los trabajadores para exponer con libertad sus problemas laborales.
- Bajo nivel académico que dificulta su comprensión.
- Nula educación laboral y orientación de parte del Ministerio de Trabajo.
- Alto índice en la contratación de mujeres muy jóvenes.
- La estigmatización de promotores sindicales para no contratarlos.
- Poca sensibilidad social de los personeros del Ministerio de Trabajo.
- Tasa elevada de mano de obra rural.

- No cobertura plena del Seguro Social, hacia estos obreros.
- Inestabilidad laboral en estas empresas.
- Seguridad social deficiente.
- Precio de las personas que comercian tanto el dolor de nuestros compatriotas.
- Causas por las cuales FENASTRAS no asume su verdadero rol sindical.
- Causas por las que FUSADES sólo da cobertura a estas empresas.

b) Area económica

- Planillas de pago dobles y diferentes, que conoce el Ministerio de Trabajo.
- Despidos antes de fin de año. Causas.
- Fiscalización del Ministerio de Hacienda a estas empresas.
- Beneficio real que nos deja la maquila.
- Sistema económico tan deficiente.

c) Area política

- Inspecciones viciadas a estas empresas.
- Pérdida de casos de los trabajadores ante el M/T.
- C. S. J. y la inconstitucionalidad del Decreto 461/90 (ver más adelante)
- Aviso del M/T al patrón cuando se forma una Seccional.
- Pactos del Gobierno sin beneficio para el pueblo.
- Gobierno, principal violador de los derechos laborales de los salvadoreños.
- Asamblea Legislativa: Decretos que violentan la Cn.
- Maquilas, beneficios que gozan, sin dejar utilidad.
- Fiscalía General de la República: requerimiento a empresas maquiladoras.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos: su no pronunciamiento sobre los abusos de la maquila.

d) Area internacional

- ONU, OEA, OIT, etc.: no ejercen presión sobre los empresarios maquiladores.
- Inoperancia de organismos internacionales.

e) Area jurídica

- Escaso control del Ministerio de Trabajo, sobre empresarios extranjeros.
- Causas de pérdida del trabajador en los Juzgados de lo Laboral.
- Responsabilidad penal: no se deduce a ningún violentador de los derechos del trabajador.

2. Ejemplo para tratar problemas identificados

a) Problema identificado

“La C. S. J. y la inconstitucionalidad del Decreto 461/90.

b) Consideraciones generales

Según las leyes analizadas, encontramos que este Decreto viola los Principios establecidos en el Art. 246 Cn, ya que estos constituyen el fundamento y base de la organización jurídica que por ser jerárquica y armónica, deben adaptarse a las características de jerarquía e inviolabilidad.

Como consecuencia, dichos principios son inviolables, entendiéndose estos en el estricto sentido de que aquellas leyes o normas que son su desarrollo, o regulen su ejercicio, no deben contrariarlos en su espíritu ni en su letra. En este caso el Art. 246, en su inciso primero se refiere a la inviolabilidad y en el inciso segundo a la jerarquía e inviolabilidad. Como consecuencia, dichos principios son

inviolables, entendiéndose estos en el estricto sentido de que aquellas leyes o normas que son su desarrollo, o regulen su ejercicio, no deben contrariarlos en su espíritu ni en su letra.

En este caso el Art. 246, en su inciso primero se refiere a la inviolabilidad y en el inciso segundo a la jerarquía. La violación apuntada se encuentra en el Art. 8 de la ley del Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales.

c) Sugerencias

Que la comisión pertinente que asesora a los diputados, respete y haga vivenciar lo establecido en la Carta Magna.

d) Acciones concretas

- Efectuar la derogación de tal decreto.
- Que la C.S.J., investigue estas aberraciones jurídicas.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a) Conclusiones

Un primer fruto de esta búsqueda, ha sido la comprobación de las hipótesis planteadas. Lo que nos lleva a sostener, que es de vital importancia promover y formar cuanto antes, un Sindicato en la Industria Maquiladora Textil, que responda verdaderamente a los intereses socio-económicos y políticos fundamentales, de la clase trabajadora. Debe consolidarse esta idea, debido a las constantes violaciones de que son objeto los empleados de estas empresas.

Se vuelve justo, legal y necesario, porque estos obreros no encuentran ningún apoyo en el aparato estatal ni en las organizaciones sindicales existentes, ya que estos responden

a intereses tan mezquinos como personales o partidistas.

Es justo, porque el trabajo debe dignificar a todo ser humano; es legal, porque es un Principio reconocido en la Constitución de la República y desarrollado en la Ley Secundaria; y es necesario, porque en la investigación realizada, conocimos los desmanes que se cometen en la maquila.

Encontramos —como una segunda utilidad— que es imperativo llamar a un REFERÉNDUM, porque en el Gobierno no existe voluntad para proteger al trabajador, toda vez que por medio de la Asamblea Legislativa, mancilla los Principios Constitucionales, creando normas que ponen en peligro nuestra Soberanía.

Exigir ante la OIT, la positividad de los preceptos legales que conforman el ámbito del Derecho Laboral, constituye un tercer resultado al que arribamos, en vista de la ineficacia que rige los Ministerios involucrados.

La cuarta conclusión obtenida es que necesitamos un Gobierno que respete los Derechos Humanos, que no falsee la realidad y que sus declaraciones sirvan para traducir en hechos positivos las deslumbrantes palabras que pronuncia. Hacer uso del artículo 87 de la Constitución de la República, si el Gobierno no rectifica todas sus políticas, lo anterior representa, la quinta conclusión.

Como en toda investigación, también nosotros tropezamos con limitantes. Dentro de estas encontramos la inhibición de algunos trabajadores para externarnos su sentir y pensar, acerca de sus vivencias en la maquila; el poco tiempo con que cuentan estas personas fue un gran escollo, para lograr una comunicación más amplia; la negativa de FUSADES y del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para proporcionar información debemos anotarlos como un obstáculo.

Asimismo debemos consignar que, las pocas declaraciones obtenidas, tergiversan la realidad que afrontan los trabajadores de la maquila. También la escasez de la bibliografía nacional sobre este asunto, significó una traba para la fundamentación teórica. Situación sin embargo, que pudimos solventar. Además el tiempo atemporalado, durante la investigación, la escasez de recursos económicos, para nuestra movilización, fueron determinantes para la consecución de la tarea impuesta.

Para finalizar no debemos perder de vista, que este tipo de problemas (la maquila), se dan en todos aquellos sistemas tan deficientes como el nuestro, pero que son susceptibles de poderse cambiar y mejorar. Sistemas que implementan la falacia que la mano de obra es "barata", siendo lo real, simplemente, que es una mano de obra mal pagada.

b) Recomendaciones

1. Que vuelvan estas empresas a tener por finalidad, la utilidad pública.
2. Que la CSJ, exija que los funcionarios públicos cumplan el cometido por el cual han protestado bajo juramento.
3. Que se respeten los Principios consagrados en la Constitución de la República.
4. Que el Ministerio de Trabajo y Previsión social, las organizaciones sindicales nacionales así como aquellas internacionales y la OIT, fomenten la educación laboral, entre los trabajadores, con el objeto de que estos mejoren sus condiciones de vida.
5. Que el Estado cumplimente el Art. 1 de la Constitución de República.

BIBLIOGRAFIA

- ARRIOLA, Joaquín. "Los Procesos de Trabajo en la Zona Franca, San Bartolo", Inst. de Invest. Sociales, UCA.
- CEPAS. "Mujer y Maquila", Costa Rica, 1988.
- CONSEJO SINDICAL, EL. "El Movimiento Sindical Salvadoreño", s. e., 1969.
- ORIT, (Organización Regional Internacional de Trabajadores). "El Desafío del Cambio: Nuevos Rumbos del Sindicalismo", Ed. Nueva Sociedad, la Edic., Caracas, Venezuela, 1989.
- CENTRA, (Centro de Estudios del Trabajo). "La Alternativa: Integración desde abajo", El Salvador, 1994.
- CENTRA. "Integración Centroamericana: La Posición Sindical", San Salvador, El Salvador, 1993.
- CENTRA. "Diagnóstico Sindical", julio de 1993.
- CENTRA. "La Reestructuración de las Relaciones Laborales", 1992, El Salvador.
- CENTRA. "La Reforma del Código de Trabajo: Posiciones", El Salvador, 1993.
- CODYDES. "Cuadro de Despedidos", de Junio a Septiembre de 1994.
- CRIES-ACP. "El ajuste que no ajusta", Managua, Nicaragua, 1993.
- DIES, (Dirección de Investigaciones Económicas y Sociales). "El Sector Manufacturero en El Salvador: Competitividad y Potencial de Expansión de las Exportaciones", El Salvador, 1994.
- ICAES. "Industria Maquiladora de Exportación: un Vistazo Somero", Costa Rica, 1993.
- ICAL. "El Solidarismo en El Salvador: la guerra que comienza", Cuaderno N°. 5, San José, Costa Rica, 1992.
- IM/MAS, (Instituto de la Mujer/Ministerio de Asuntos Sociales), "Mujer y Trabajo: La OIT y la participación de la Mujer en los sindicatos", Ed. Creaciones Gráficas y Publicitarias, S. A., España, 1988.
- JIMENEZ CABRERA, Edgar, "El Modelo Neoliberal en América Central: El Caso de Honduras", Ed. Edicosta, S. A., la Ed., San José, Costa Rica, 1992.
- ORIT/ILDIS, (Organización Regional Interamericana de Trabajadores/Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales),

- “*Los Trabajadores y la Integración Andina: Algunos Planteamientos*”, Ed. Galo Chiriboga Z., Quito, Ecuador, 1991.
- SIFONTES HIDALGO, Juan Carlos, (Compilador). “*Reflexiones sobre los desafíos actuales del sindicalismo*”, Editorial Boletín Informativo —VOZ OBRERA—, San Salvador, El Salvador, 1994.
 - CENITEC, (Centro de Investigaciones Tecnológicas y Científicas), “*Política de Promoción de exportaciones no tradicionales de El Salvador a terceros mercados en la década de los ochenta*”, DIES, San Salvador, El Salvador, 1990.
 - ECA, (Estudios Centroamericanos), “*El Movimiento Sindical después de la segunda guerra mundial en El Salvador*”, Rafael Guidos Véjar, Ed. UCA, Año XIV, número 504, El Salvador, 1990.
 - PENSAMIENTO PROPIO, “*El espejismo de la maquila*”, Thish O’Kane, Guatemala, 1992.
 - PENSAMIENTO PROPIO, “*Trabajo de hormiga*”, Thish O’Kane, Guatemala, 1993.

*Nueva raza de abogados: los defensores del ambiente**

Laura Rozenberg

A partir del fallo de la justicia argentina en 1982, que sentó jurisprudencia —incluso a nivel internacional— sobre los llamados “intereses difusos”, cualquier ciudadano puede presentarse en los tribunales a denunciar la contaminación o reclamar la protección de los recursos naturales. Ello ha dado lugar al nacimiento de una nueva raza de profesionales, abogados de causas públicas.

Un conocido caso de defensa de la fauna silvestre sirvió en 1982 para sentar una nueva jurisprudencia: los intereses difusos. La doctrina, en teoría, permite a cualquier ciudadano presentarse ante la justicia y exigir, por ejemplo, su derecho a respirar aire puro o a que se controle el tráfico de sustancias tóxicas por aire, por tierra o por mar. Los abogados de causas públicas ya han iniciado una serie de pleitos en este sentido.

La doctrina —acuñada en la Argentina— ha recorrido el mundo y se la está empezando a aplicar en Francia y en Suecia. Alberto Kattán, padre de la criatura y profesor de derecho ambiental en el post-grado de recursos naturales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, explica en este reportaje el papel que desempeñan los expertos y los alcances del mecanismo.

Doctor Kattán, ¿podría explicar en pocas palabras qué es un abogado de causas públicas?

Es un letrado que se ocupa de los derechos difusos, que son los que atañen a un grupo de personas o a un individuo pero sin afectarle directa o actualmente.

¿Por ejemplo?

Un ejemplo muy simple es el derecho a disfrutar de un paisaje. Si vivo en la montaña y me construyen un rascacielos frente a mi casa, tengo derecho al pataleo porque el paisaje es un interés difuso y, por lo tanto, un derecho que me compete tanto a mí como a mis vecinos. Otro ejemplo: un grupo de vecinos que se queja por una fábrica que arroja amianto. Hay indicios de que en el barrio han aumentado los casos de cáncer y la gente empieza a sospechar de la fábrica. Entonces pueden decidirse por ir a la justicia.

* Tomado de: PORTAVOZ. Boletín de los Programas de Servicios Legales en L. A. y el Caribe. Colombia, ILSA. Febrero-Mayo de 1993. N° 35.

¿Qué pueden hacer?

Tienen dos caminos: uno es iniciar una acción judicial tradicional, cosa que será difícil continuar porque tendrían que probar la relación causa-efecto en los casos de cáncer. El segundo es iniciar una acción difusa. En este caso, pueden acudir a un experto en causas públicas que los va a asesorar sobre los mecanismos a seguir. En la acción difusa no tienen que demostrar que fulano murió de cáncer por el amianto sino que el amianto es peligroso para la salud y por lo tanto atenta contra la seguridad de la comunidad.

¿Cómo empezó este asunto de los intereses difusos?

Hace exactamente diez años, con el juicio de los pingüinos; pero donde realmente sentamos jurisprudencia fue en un juicio posterior, el caso de las toninas.¹ Vinieron unos japoneses que se querían llevar catorce toninas para ponerlas en un acuario. Primero pidieron permiso a la Subsecretaría de Pesca porque, de hecho, había que pescarlas en el mar y después meterlas en un avión. Cuando me enteré interpuse un recurso de amparo.

¿Qué alegó?

Que retirar las toninas de su condición natural significa la muerte segura de esos animales y que eso afecta mi interés personal.

¿Qué respondió la justicia?

Hizo lugar a mi petición. Prohibió la caza de toninas. Y fíjese que yo no estaba tan errado en mi predicción. Al poco tiempo me enteré de un caso similar que hubo en Chile.

¹ Especie de delfines (nota del editor).

Unos alemanes pescaron seis delfines en el mar chileno, los exportaron a Alemania, pero solo sobrevivieron dos. En resumen, con el fallo argentino nos ahorramos varias muertes.

Usted dijo que aquél no fue el primer caso

Hay antecedentes de personas que interpusieron recursos de amparo por tala de árboles que querían hacerse para edificar. En todos los casos el fallo fue negativo. Después tuvo lugar el juicio de los pingüinos. Unos japoneses querían frenarlos y exportarlos como carne exótica. Yo me opuse alegando que la matanza iba en contra de mis intereses civiles aun cuando los pingüinos no fueran míos, es decir, de mi propiedad. En esta oportunidad, el juez también falló en contra pero el revuelo que se armó sirvió para que el Gobierno prohibiera la instalación de la fábrica procesadora de carne y piel de pingüinos. Ya pasaron diez años, quién sabe si todavía habría pinguineras en el sur de haber prosperado la idea japonesa...

Volviendo a los derechos difusos...

Los dos casos, el de las toninas y el de los pingüinos, se fundaron en dicho interés. Es decir, un interés que excede el bolsillo y el interés personal. Que está más allá de mis bienes y que forma parte del bien común de la sociedad.

O sea que cualquiera podría haber interpuesto un recurso de amparo por los delfines y los pingüinos.

Así es. Lo increíble es que nadie lo haya visto así hasta entonces.

¿Y cómo es posible?

Es una fenomenal argucia que la misma sociedad industrial se encargó de fabricar.

No comprendo

Todos los alumnos de la facultad estudian un viejo precepto romano: “*El interés es la medida de la acción judicial*”. Bajo la óptica mercantilista, el interés es el bolsillo de cada uno. Nos educamos en una lógica que solo admite la demanda legal cuando lo que se ve afectado es nuestro patrimonio, nuestros propios derechos individuales. Esa es la ley del ombligo.

¿Y qué otra interpretación puede haber?

Que el interés esté ubicado fuera de mi órbita material. Que no sea condición poseerlo para exigir el derecho a cuidarlo. Las toninas están en el mar pero si las matan, eso me afecta a mí y a toda la gente que se preocupa por las toninas. A eso se lo ha llamado derecho difuso.

Quiere decir que los derechos difusos son un invento argentino

Como el dulce de leche. El de las toninas fue el juicio argentino que sentó jurisprudencia a nivel internacional. Hoy en día, la doctrina de los derechos difusos es materia de estudio es muchas universidades del mundo. Nosotros interpretamos el derecho romano y otros países como Francia y Suecia nos están empezando a imitar.

¿En EE. UU. no había algo por el estilo?

No, no es así. En Estados Unidos, por ejemplo, existían y todavía siguen existiendo las llamadas “acciones de clase o populares” dirigidas a defender este tipo de cosas.

¿Y cuál es la diferencia con el sistema de acá?

La diferencia es que en Estados Unidos para interponer un recurso de amparo, pon-

gamos como ejemplo por la tala de un bosque, tiene que presentarse ante la justicia una asociación sin fines de lucro: Amigos del Bosque, el Sierra Club o alguna institución de ese tipo. No alcanza con que vaya una sola persona. Lo que logramos en la Argentina fue justamente esto último, la posibilidad de que cualquiera pueda exigir una medida de no innovar en el caso de verse afectado por algo que no necesariamente importa un daño a su propiedad. En la Argentina nunca hubo acciones de clase, así que estamos desamparados en esta cuestión. El derecho difuso vino a resolver esta falta sentando jurisprudencia.

Es decir, sirve como antecedente para casos futuros

Así es. Cuando no hay leyes establecidas, la justicia puede basarse en la jurisprudencia, es decir, la costumbre judicial. Por ahora el derecho difuso sigue este camino aunque en algunas provincias como Santa Fe y Neuquén, ya esta tipificado. El proyecto de código ambiental también lo contempla.

Volviendo a los abogados de causas públicas...

Son los que se ocupan de los derechos difusos.

Sólo digamos dónde están

Acabamos de crear una Clínica de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la UBA. La Clínica funciona dentro del posgrado de recursos naturales y atienden a todas las personas que busquen asesorarse.

¿Por ejemplo en qué?

Por ejemplo un barrio que se ve afectado porque le instalan una fabrica contaminante.

O la gente que padece la contaminación de un campo vecino. O alguien a quien se le ocurra exigir por vía legal la suspensión de la nafta ecológica, que no es tan ecológica porque tiene MTB, un componente cancerígeno. La lista es larga.

¿De dónde vino la idea de las clínicas?

De unos colegas de Oregon, en Estados Unidos, que hace unos años abrieron la primera clínica de la universidad estatal. Después fueron apareciendo otras en otros Estados. La idea, tanto de la gente de Oregon como nuestra, es que los estudiantes practiquen en casos reales.

Una especie de residencia hospitalaria

Volviendo a la pregunta del principio, digamos que es la primera incubadora de abogados de causas públicas en este país.

¿Los abogados de causas públicas sólo se remiten a temas ambientales?

No, también abarcan intereses de minorías y la defensa del consumidor. Sin embargo, como el tema ira creciendo, algunos abogados seguramente van a optar por especializarse en causas públicas relativas al derecho ambiental.

Jurisprudencia:

Inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal reguladora de marchas y manifestaciones en San Salvador

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas del día trece de junio de mil novecientos noventa y cinco.

El presente proceso de constitucionalidad ha sido promovido por los Licenciados Rubén Ignacio Zamora Rivas y Silvia Guadalupe Barrientos, ambos mayores de edad, licenciados en Derecho y en Ciencias Jurídicas, respectivamente, de este domicilio, y de nacionalidad salvadoreña; para que en sentencia definitiva, de acuerdo a la Ley de Procedimientos Constitucionales se declare la inconstitucionalidad del Decreto número 5, del Concejo Municipal de la ciudad de San Salvador, de fecha 31 de mayo de 1994, publicado en el Diario Oficial número 108, Tomo 323, de fecha 10 de junio de mil novecientos noventa y cuatro, y que contiene la ORDENANZA REGULADORA DE MARCHAS Y MANIFESTACIONES CELEBRADAS EN CALLES, AVENIDAS Y ACERAS DE LA CIUDAD DE SAN SALVADOR.

Han intervenido en el presente proceso, además de los peticionarios, el licenciado Oscar Silverio Meléndez Castaneda como apoderado del Municipio de San Salvador, y el Doctor Romero Melara Granillo, en su calidad de Fiscal General de la República.

LEIDOS LOS AUTOS
Y CONSIDERANDO:

- I. Que en demanda presentada el nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, los peticionarios fundamentan su pretensión de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos: "I. El Art. 7 de nuestra Constitución regula dos derechos fundamentales de los que gozan los habitantes de El Salvador, que son:
 1. El Derecho de Asociación;
 2. El Derecho de Reunión.

El derecho de Reunión nace del impulso natural que tienen las personas de reunirse

unas con otras para el logro de fines comunes; su ejercicio desempeña un papel importante en la construcción de la democracia inseparable de ella; los autores de Derecho Constitucional son unánimes al respecto; este derecho de reunión tiene una gama de expresiones entre las que se encuentran las manifestaciones y marchas de toda clase; nuestra Constitución así lo reconoce con la única condición que dichas reuniones sean pacíficas, sin armas y que no alteren el orden público. Como tantos otros derechos consagrados en nuestra constitución el Legislador Secundario o la autoridad respectiva podrá señalar reglas para que se respeten las condiciones pre-establecidas de no alteración del orden público, pero nunca podrán establecer normas que desconozcan el Derecho Constitucional o hagan nugatorio su ejercicio como es el caso de las disposiciones contenidas en la ORDENANZA REGULADORA DE MARCHAS Y MANIFESTACIONES CELEBRADAS EN CALLES, AVENIDAS Y ACERAS DE LA CIUDAD DE SAN SALVADOR, la cual establece claramente prohibiciones para su ejercicio, no es otra cosa la disposición contenida en el Art. 5 de la Ordenanza en cuestión, que establece que las marchas y manifestaciones sólo serán permitidas los días sábados por la tarde, Domingos y días festivos; la Norma Constitucional establecida en el Art. 7, es clara al establecer las limitaciones al ejercicio del derecho señalado, no permitiendo al Legislador Secundario el establecer nuevas o mayores limitaciones que las señaladas por el texto Constitucional.

II. Por otra parte, esta materia escapa al marco de actuación del Concejo Municipal de San Salvador, por cuanto si bien el Art. 204 ord. 5º de nuestra Constitución establece para las municipalidades dentro de su autonomía el decretar Ordenanzas y Reglamentos Locales, estos

se refieren exclusivamente a lo económico, técnico y administrativo, que es la esfera en que se circunscribe la autonomía municipal, de conformidad a lo establecido en el Art. 203 de nuestra Constitución. Por otra parte el Código Municipal señala claramente en su Art. 4, las atribuciones de los Concejos Municipales no comprendiendo entre ellas ni la de interpretar leyes, ni la de crear leyes o normativos violatorios de nuestra Constitución; es de hacer notar que el CONSIDERANDO I de la ORDENANZA objeto de esta demanda, cita lo establecido en el Art. 4 del Código Municipal, el cual literalmente dice: "Compete a los Municipios"... 23. La Regulación del uso de calles, aceras, parques, y otros sitios públicos Municipales y locales", disposición de donde se desprende que es atribución del Municipio la administración, mantenimiento y vigilancia del buen uso que los habitantes hagan de los sitios públicos de su localidad, pero en ningún momento autorizan para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales propios de los habitantes que concurren a esos sitios.

III. LA ORDENANZA REGULADORA DE MARCHAS Y MANIFESTACIONES CELEBRADAS EN CALLES, AVENIDAS Y ACERAS DE LA CIUDAD DE SAN SALVADOR. Es inconstitucional, pues el Concejo Municipal se arroga atribuciones que específicamente están asignadas a otro órgano del Estado por nuestra Constitución. Efectivamente, el Art. 29 de la Constitución establece tanto las causas específicas que pueden ameritar la suspensión de la garantía constitucional contemplada en el Art. 7 así como la autoridad que legalmente puede hacerlo. (Art. 131, Nº 27; Art. 167 Nº 5 y 6).

El Concejo Municipal de San Salvador, al establecer en el Art. 5 de la Ordenanza, una prohibición de marchas o manifestaciones de lunes a sábado hasta el mediodía, se arroga la función de suspender el derecho Constitucional por ese periodo de tiempo y de esa manera contraviene claramente el Art. 86 Cn., atribuyéndose facultades que la ley no le da expresamente.

- IV. Para abundar en la inconstitucionalidad de la Ordenanza citada, basta leer el tenor de los Arts. 1 y 5 de la misma, para darse cuenta que la prohibición se refiere a marchas de “carácter cívico o de cualquier otra índole”, es decir que prohíbe incluso las de carácter religioso, cultural, económico o deportivo; las cuales el Legislador Constituyente, expresamente exceptuó del régimen de excepción (Art. 29 inc. 1º); pero que el Concejo Municipal ha incluido en su prohibición; con lo que nos lleva al absurdo que las procesiones del Viacrúcis de los Viernes de la Cuaresma, solo podrán hacerse en día sábado o Domingo y que las celebraciones de los santos deberán esperar el fin de semana para hacerse. Por todo lo expuesto los peticionarios concluyen pidiendo a la Sala se le admita la demanda, se le de el respectivo trámite y se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Reguladora de Marchas y Manifestaciones celebradas en Calles, Avenidas y Aceras de la Ciudad de San Salvador.

Con fecha once de agosto del año recién pasado por razones de parentesco civil en cuarto grado de consanguinidad con el Alcalde Municipal de San Salvador, el primer magistrado de esta Sala doctor René Eduardo Hernández Valiente, se consideró inhibido,

por causal de excusa, de conocer de la demanda relacionada de conformidad con el Art. 1157 N° 1 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que solicitó que así se declarase y se hiciese del conocimiento de Corte Plena la excusa aludida. La que por resolución de las once horas con tres minutos de la misma fecha se mandó a hacer del conocimiento de Corte Plena para que se resolviese conforme a derecho, y se llamara al Magistrado Suplente en su caso; excusa que fue declarada legal por lo que mandó llamar al Doctor Ernesto Arbizu Mata, y habiendo fallecido éste, por resolución de las doce horas y diez minutos del día veinticuatro de marzo del presente año, se mandó llamar al nuevo suplente del señor Magistrado Hernández Valiente. A folios 42 se designó al Doctor Gastón Ovidio Gómez para que conociese del presente caso.

En cumplimiento del Art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se solicitó el informe respectivo al Concejo Municipal de San Salvador, y al rendirse aquél, dicho Concejo manifiesta a folios 18 del presente expediente una serie de situaciones y supuestos en los que trata de justificar la Constitucionalidad de la Ordenanza que en esta oportunidad se impugna, y en resumen expresa que el Concejo Municipal al emitir tal Ordenanza no se está atribuyendo funciones que le corresponden a otros organismos del Estado, ni mucho menos suspende derechos o garantías constitucionales, o se ha pretendido invalidar o hacer ineficaz el ejercicio de tales derechos, por lo que considera que la Ordenanza Reguladora de Marchas y manifestaciones, celebradas en Calles, Avenidas y Aceras de la Ciudad de San Salvador, no es violatoria de ningún derecho fundamental o garantía individual consagradas en la Constitución de la República.

Se corrió traslado por treinta días al Fiscal General de la República, quien lo evacua de folios 31 a folios 36, en los términos que siguen: En el numeral IV de su informe en el análisis jurídico concluye que las garantías individuales establecidas en la Constitución deben ejercerse dentro de los límites legales, esto significa que no son absolutos porque se pueden regular con el objeto de garantizar a los habitantes, tranquilidad, bienestar, respeto a la moral, al patrimonio, etc. De manera que se debe tomar en cuenta que todo Estado de Derecho se caracteriza por ser un Estado centrado en la Ley; y, por consiguiente, como Estado Legal en el que su contenido deriva de unos postulados de justicia y de fines objetivos situados más allá de la voluntad subjetiva del Legislador; desde luego, que la ley es una norma de carácter general que garantiza la igualdad y actúa como factor excluyente de intervenciones arbitrarias de los poderes públicos y/o de las personas en particular cuando alteran el orden jurídico tutelado y por ende menoscaban los intereses generales de los miembros de la colectividad. Por lo que, considera que no existe la inconstitucionalidad demandada por los señores Zamora Rivas y Barrientos Escobar en cuanto al Derecho número 5 que contiene la Ordenanza Reguladora de Marchas y Manifestaciones celebradas en Calles, Avenidas y Aceras de la Ciudad de San Salvador.

II. El punto medular de la argumentación de los peticionarios radica en que se ha violentado el Art. 7 Constitucional que contiene los derechos de asociarse libremente y reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito; por lo que esta Sala considera conveniente, para mejor fundamentación del fallo, exponer algunas consideraciones sobre los mencionados derechos, y sobre todo referirse al derecho de reunión.

ARGUMENTACION DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL

1. Doctrina sobre la Libertad Humana:

El hombre es por naturaleza un animal social, que debe regirse bajo un esquema de libertad, no se pueden establecer regulaciones que vayan en contra de su naturaleza, por tal circunstancia este Tribunal considera necesario hacer algunas reflexiones sobre uno de los valores sociales y jurídicos más importantes en la vida del ser humano: La Libertad. Se habla de la libertad, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas o impedimentos para el movimiento de un ser. Visto desde un punto de vista filosófico la libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre; si gracias a la razón el hombre es libre, se comprende que su libertad crezca a medida que obre conforme a la razón. La Libertad se ejercita en la elección de un bien. Lo importante en este estudio es conocer la libertad en sentido jurídico, y en éste, la libertad es la posibilidad de actuar conforme a lo permisible por las normas jurídicas. El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado, principio que recoge nuestra Constitución en su Art. 8, que textualmente dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". Esta concepción supone que la ley es un mandato racional, de modo que el actuar conforme a ley equivale a actuar conforme a la razón. Es importante analizar la libertad desde el punto de vista constitucional; así pues en el derecho constitucional se habla de algunas "libertades" fundamentales, como la libertad de pensamiento, la libertad de educación, la libertad de tránsito, etc. Aquí la palabra libertad denota un derecho fundamental, y

que se transforma en derecho subjetivo que tienen las personas a difundir sus ideas, a educar a sus hijos, a entrar y salir del país, etc. Mientras se respeten esos derechos en una sociedad determinada, se podrá decir que los hombres actúan en ella con libertad, ya que los derechos de la persona humana son expresión de la ley natural, y la libertad jurídica, como ya se dijo, consiste esencialmente en la posibilidad de obrar conforme a esa ley natural.

Germán J. Bidart Campos, expresa en su obra *Manual de Derecho constitucional*, que “la libertad penetra en el ámbito de la constitucionalidad del Estado para ser positivada o negada. Cuando ocurre lo primero, el Estado tiene forma democrática; cuando ocurre lo segundo, autoritaria o totalitaria. Esta libertad que se introduce en el orden constitucional tiene raíz ontológica, viene del fondo de la persona humana sujeto dotado de libertad en su misma esencia”. La libertad, según Legaz y Lacambra, es la realidad radical sobre la que se asienta el derecho. La Constitución recoge en su Art. 2 el principio de libertad, entendida como una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera, y a sus riesgos y peligros, en tanto no afecte el derecho legal de otro. Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de las diversas libertades que constituyen los derechos individuales.

La libertad constituye pues, el derecho que cada ser humano tiene para emplear sin traba o impedimento alguno sus facultades en conseguir su bienestar y para elegir los medios que puedan servirle a este objeto. Se hace reserva de limitación cuando esa libertad transciende y atenta contra la libertad de los otros. La libertad contemporánea, con-

siste en hacer, decir, o pensar, lo que el hombre en toda su perfección, con todas las tradiciones de gobierno regular, bajo las reglas de la moral, la religión y las leyes, debe hacer, decir y pensar siempre, en todo tiempo y lugar.

En conclusión, el principio formal de la libertad jurídica es el plasmado en el Art. 8 de la Constitución: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”, y al respecto podemos decir que las prohibiciones que haga el Estado para delimitar la zona residual de libertad, debe ser justa y no arbitraria. Es decir, se le atribuye al principio formal un contenido de justicia, a la manera como debe hacerse con el principio de legalidad. (Arts. 1 y 8 de la Constitución).

El hombre es en definitiva titular de derechos subjetivos, pero para ejercer muchos de ellos necesita que los otros hombres y el Estado no lo priven de libertad. La libertad no es la causa de los derechos individuales, pero es la condición para su ejercicio. La libertad es pues, condición ineludible y fundamental para el ejercicio de los derechos individuales, y toda restricción a estos o a aquellas apareja simultáneamente la del otro término.

2. La Libertad de Reunión en la Constitución:

Luego de hacer consideraciones sobre el verdadero significado que jurídicamente se le otorga al derecho de libertad, procederemos a examinar desde un punto de vista jurídico y constitucional los derechos a la libertad de asociación y libertad de reunión:

El derecho de libre asociación, al igual que muchos otros derechos humanos, deriva de la necesidad social de solidaridad y asistencia mutua. De ahí que el ejercicio del derecho de asociación se traduzca en la Cons-

titución de asociaciones de todo tipo que, con personalidad jurídica propia y una cierta continuidad y permanencia, habrán de servir al logro de los fines, a la realización de las actividades y a la defensa de los intereses coincidentes de los miembros de las mismas. Así surgen partidos políticos, sindicatos, asociaciones y colegios de beneficencia y de ayuda mutua, comités de lucha y de defensa, centros y clubes deportivos, etc. De la incidencia de los múltiples tipos de expresión del derecho de asociación en la vida política, económica, social y cultural del país, puede colegirse la importancia que reviste este derecho fundamental, el cual encontramos consignado en el Art. 7 Constitucional.

Si la libertad de asociación tiende a la formación de grupos más o menos durables, organizados o institucionalizados, la de reunión concierne la agrupación transitoria, tal vez momentánea y hasta fugaz, con algún fin común de interés para sus participantes. Muchos derechos se pueden ejercitar a través del derecho de reunión: el de libertad de expresión, de petición, de religión, etc.; la reunión puede ser también un medio de defensa de otros derechos: por ejemplo, la que se celebra para decidir cuestiones gremiales en materia de trabajo.

Por libertad de reunión se entiende la potestad o facultad del individuo para reunirse o congregarse con sus semejantes con cualquier objeto lícito y de manera pacífica. Conviene advertir que, a diferencia de la libertad de asociación, al ejercerse la libertad de reunión no se crea una entidad jurídica propia con sustantividad y personalidad diversa e independiente de la de cada uno de sus componentes; además una reunión, contrariamente a lo que ocurre con una asociación, tal como se dijo en el párrafo anterior, es transitoria, esto es, su existencia está condicionada a la realización del fin concreto y

determinado que la motivó, por lo que, una vez logrado éste, tal acto deja de existir.

Junto con el derecho a asociarse, la libertad de reunión se encuentra garantizada constitucionalmente en nuestro país, en los siguientes términos: “Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. No podrá limitarse ni impedirse a una persona el ejercicio de cualquier actividad lícita, por el hecho de no pertenecer a una asociación. Se prohíbe la existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial”.

Como se observa, el derecho de reunión establecido por la Constitución no tiene un carácter absoluto, sino que su ejercicio debe ser llevado a cabo pacíficamente, esto es, exento de violencia, a la vez que debe tener un objeto lícito, es decir, su finalidad no puede estar en pugna contra las buenas costumbres y las normas de orden público. En tanto que los individuos ejerzan su derecho de reunión bajo esta condición, el Estado tendrá obligación de abstenerse de coartar tal derecho.

Además del requerimiento de la pacificidad, el derecho de reunión tiene otra limitante y es que se prohíben las armas en los grupos de carácter político, religioso o gremial. Conviene observar que el derecho de reunión no tiene más limitantes que las establecidas en la misma Constitución, las cuales obedecen a razones del interés general.

Las reuniones pueden ser públicas o privadas. Bielsa califica como públicas aquellas a las que puede asistir “público” indeterminado, sin invitación previa, aun cuando parte de la concurrencia pueda ser invitada expresamente; no interesa, entonces, el local o lugar de la reunión. Es claro que en local cerrado es más difícil que puedan realizarse reuniones públicas, pero no imposible; así por ejemplo los actos de culto de un templo

son públicas. Son en cambio reuniones privadas, las que celebra una asociación para realizar elecciones. En definitiva, mientras las públicas pueden efectuarse en sitios públicos o en lugares cerrados, las privadas tienen lugar normalmente en los últimos.

Las reuniones públicas afectan más al interés general, ya que pueden incidir en el orden, la tranquilidad, la moral, etc.

3. Regulación y Desarrollo de los Derechos Constitucionales:

La Regulación de un derecho constitucional conforme al Art. 246 de la Constitución, solo puede hacerse en virtud de una ley. Dicho artículo prescribe textualmente: “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”. El constituyente manda que la ley, no debe alterar los principios establecidos por la Constitución. El término leyes empleado por la disposición constitucional mencionada se refiere a la ley en sentido formal o sea aquella norma jurídica que, independientemente de su contenido, fue creada por el órgano legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de formación de la ley.

Consecuentemente con lo anterior, la Sala no obstante que existen posiciones diferentes en cuanto a la esencia del derecho que se está discutiendo, en el presente caso, ha analizado preferentemente cuestiones que atienden más a las solemnidades que al fondo, relacionándolas con el funcionario o autoridad que regula o ha intentado regular el derecho de reunión, todo con el objeto de analizar si está facultado constitucionalmente para limitar el ejercicio de tal derecho, observando además que para poder dar una regla de carácter universal, es decir aplicable

a todos, y en todas partes, esa regla debe respetar el Principio de Legalidad, partiendo de que la soberanía reside en el pueblo y que los funcionarios no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.

Con respecto a este punto, la Sala, en razón del principio de interpretación constitucional de Validez del Argumento de Autoridad, se permite retomar el criterio sostenido por diferentes juristas, en cuanto al aspecto doctrinal de la Libertad de Reunión y manifestación pública, por su naturaleza y por la forma en que se ejerce, es de aquellos derechos que no pueden estar sujetos en su ejercicio a la autorización previa del Aparato del Estado. El ejercicio de esta libertad solamente puede estar sujeto a limitaciones justificadas y establecidas previamente en las leyes. En un Estado Democrático de Derecho esta potestad es única y exclusiva de los legisladores. Concebir de otro modo el ejercicio práctico de las libertades democráticas es un equívoco, ya que se deja la aplicación de las reglas jurídicas vigentes en el país en materia de derechos humanos, y se contradice la esencia y los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Las libertades por eso son democráticas, porque se reconocen y limitan por leyes; y porque se tienen frente a los poderes del Estado, sin depender de ellos para su ejercicio práctico, y se ejercen sin estar sujetos a censura o autorización previa. Por ello los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen auténticos y legítimos límites a la soberanía de los Estados y a las actuaciones de los poderes públicos, circunstancias que conforman un verdadero Estado de Derecho””””. “”””Los criterios y fundamentos anteriores tienen, por supuesto, base no tan solo en la moderna doctrina de los derechos humanos y de la democracia, sino también en sentencias y opiniones de tribunales internacionales vigentes en el país y en la misma Constitución de la República””””.

La Constitución de la República en sus Arts. 202 a 207 contiene las disposiciones que enumeran las atribuciones de los Alcaldes Municipales.

El Código Municipal (Art. 4 N° 23), si bien establece que es competencia de los municipios “la regulación del uso de calles, aceras, parques y otros sitios públicos, municipales y, locales”, ello no da lugar a interpretar que la ley les esta facultando para desarrollar a través de ordenanzas municipales, la forma, los requisitos, las autorizaciones previas o cualquier otro tipo de regulación, limitación o restricción de derechos y libertades constitucionales de las personas. Vale decir, que el ejercicio de las libertades públicas en ningún caso puede quedar sujeto a “permisos o autorizaciones previas” de la autoridad administrativa, salvo en los casos excepcionales como los Estados de Sitios o Estados Excepción. La ley podría establecer un mecanismo de “notificaciones o avisos previos”, a fin de que la autoridad administrativa garante del orden público y la seguridad de las personas, tome las medidas adecuadas para cumplir con el mandato de la ley, pero no podría legitimamente establecer un sistema de autorizaciones o permisos previos para ejercitar las libertades democráticas pues con ello se vulnerará la esencia misma de los derechos y libertades que el Estado está obligado a proteger y garantizar (Arts. 1 y 2 de la Constitución). Esta interpretación municipal, por lo tanto, es incorrecta, y además es extraviada y extralimitada, contraria al principio de universalidad del derecho que establece que: “la interpretación de las normas que reconocen derechos humanos debe hacerse de manera extensiva y amplia; y que la interpretación de las normas que limitan o suspenden derechos y libertades, debe hacerse de manera restringida”. Los Tratados Internacionales vigentes en el país, con supremacía respecto a las leyes secundarias, entre ellas, el Código

Municipal, reconocen la libertad de reunión y manifestación pública y establecen que este derecho “sólo podrá estar sujeto a limitaciones o restricciones previstas por la LEY, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 15).

En Consideración a lo anterior, en opinión de esta Sala, la Ley que regule los derechos fundamentales de la persona humana, y especialmente el ejercicio de las libertades públicas o democráticas, tiene que ser emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo establecido en los Arts. 133 y siguientes de la Constitución. Así por ejemplo la regulación del derecho de respuesta o la censura de los espectáculos públicos que trata el Art. 6 constitucional, no se puede hacer por ordenanza municipal pues afectaría la libertad de opinión.

Si el ejercicio del derecho de reunión, debido a las transformaciones económico-sociales que se han experimentado, requiere alguna regulación, esta Sala es de la opinión, que debe hacerse por acto de autoridad legislativa y observando el procedimiento establecido en la Constitución. En virtud de la ley, se crearían los instrumentos necesarios para ordenar el ejercicio de ese derecho y evitar las situaciones de violencia, confusión y otras alteraciones que pongan en peligro el normal desenvolvimiento de desarrollo de las actividades de la población. Estima esta Sala, que la libertad de reunión no es un derecho absoluto, y que las regulaciones al ejercicio de tal derecho servirán además, para coordinar los intereses de los individuos, con los intereses de la sociedad en general, protegiendo sus bienes y derechos,

tales como la propiedad, el libre comercio, el tránsito, las plazas, monumentos cívicos y otros. Todo lo anterior está en consonancia con el Art. XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que literalmente dice: “Los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento Democrático”.

En consecuencia, este tribunal concluye: Que no basta con que la ley sea formalmente válida —es decir que cumpla con los requisitos formales—, sino que, sea intrínsecamente justa, es decir, que debe responder a ciertas pautas de valor consagrado en la Constitución, y que se traduce como principio de razonabilidad. Ninguno de estos componentes encontramos en el instrumento cuya inconstitucionalidad se demanda, es decir que se trata de un caso típico de abuso de autoridad, pues no solo se entra a regular el ejercicio de un derecho constitucional sin autorización bastante, sino que usurpa una función reservada al legislador.

Es todavía más preocupante este caso, pues el derecho de reunión, ni siquiera ha sido previsto que se regule en virtud de una ley como en otros derechos, lo cual no significa que el derecho de reunión sea absoluto.

Dada su naturaleza política, el derecho de reunión se acompaña del derecho de manifestarse públicamente, haciendo uso de plazas y calles, en lo que cada vez se vuelve una contienda entre ciudadanos, vehículos automotores y comercio en general, lo que desde luego exige alguna regulación, por quien esta facultado a hacerlo.

Quiere decir que existe “zona de reserva” de la ley o sea el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa de la Asamblea, en virtud de lo que disponen los Arts. 8 y 246 de la Constitución.

Tal como se pretende regular este derecho por medio de la Ordenanza Municipal, se

comete una acción de inconstitucionalidad grave, pues se suspende la garantía constitucional del derecho de reunión, o sea que una decisión reservada para el Órgano Legislativo, con mayoría calificada, y en casos de excepción, se la atribuye el gobierno municipal quebrantando el principio de reserva legal, el principio de razonabilidad y el principio de supremacía constitucional, ya que los dos primeros funcionan, poniendo en juego el mecanismo del tercero.

Al advertir lo anterior, la Sala además hace una apreciación axiológica de los intereses en juego y considera que debe resolverse mediante una decisión que pondere la proporcionalidad de los medios, con los fines que se persiguen, siendo obligación de la Sala, restaurar el equilibrio constitucional alterado por el instrumento municipal tantas veces relacionado.

POR TANTO: De conformidad a las razones expuestas en los párrafos que anteceden, disposiciones constitucionales citadas y Arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala RESUELVE: (a) Declárase inconstitucional de un modo general y obligatorio, el Decreto número 5 del Concejo Municipal de la Ciudad de San Salvador, de fecha 31 de mayo de 1994, publicado en el Diario Oficial número 108, Tomo 323, de fecha 10 de junio de 1994, que contiene la Ordenanza Reguladora de Marchas y Manifestaciones celebradas en calles, avenidas y aceras de la ciudad de San Salvador; (b) Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiéndose al efecto remitir copia de la misma al Director de dicho periódico o en su caso, en uno de los diarios de mayor circulación de esta ciudad; y (c) notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.

Esta Revista consta de 600 ejemplares. Se terminó de imprimir en octubre de 1995 en los talleres de Imprenta Criterio.

La BIBLIOTECA CENTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR necesita enriquecer sus existencias bibliográficas,

USTED PUEDE CONTRIBUIR

- a) Donando libros, revistas científicas y otras publicaciones.**
- b) Intercambiando publicaciones y servicios con la Biblioteca Central.**

Será un placer compartir ideas con usted, y recibir sus donativos en la biblioteca Central de la Ciudad Universitaria, o bien comunicarnos por medio del Apartado Postal 2923, Fax: 225-8826, San Salvador, El Salvador, C. A.

DERECHO

Índice

	Pág.
Presentación	3
Editorial	7
DERECHO CONSTITUCIONAL - TRIBUTARIO	
El Fin de la Redistribución	9
Alvaro Magaña	
DERECHO PROCESAL PENAL	
Consideración y el Derecho de Defensa del Imputado Ausente	21
Doraely Omar Pastor	
DERECHO E HISTORIA	
El Sistema Jurídico de Medición Civiliana y la Construcción de la Comunidad	31
José Antonio Fernández	
Edwin González	
PEDAGOGÍA UNIVERSITARIA	
La Evaluación como Actividad Integral	41
José Ulises Coronado	
PRÁCTICA PROFESIONAL - JURÍDICA	
Dimensiones de la Práctica Profesional en Ambiente Académico	55
Algunas Implicaciones	
Luis Hines Hidalgo	
DERECHO LABORAL	
El Desmán de la Magaña	71
Agustín A. Durzo Castro	
Gandhi E. Melibrosa A.	
Juan Carlos Alfantes H.	
DERECHO AMBIENTAL	
Nueva Raza de Abogados: Los Defensores del Ambiente	93
Laura Rosenberg	
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	
Interpretación: Inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal reguladora de marchas y manifestaciones en San Salvador	97

