

DERECHO

ORGANO DE DIVULGACION Y ESTUDIOS



EPOCA IV

ENERO-DICIEMBRE

1996

NUMEROS

5-8

SAN SALVADOR - EL SALVADOR



EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA



El Consejo Nacional de la Judicatura, CNJ, es un organismo creado por la Constitución desde 1983. La reforma previa a los Acuerdos de Paz, amplió sus atribuciones.

Las funciones principales del Consejo Nacional de la Judicatura son las siguientes:

SELECCION

Consiste en seleccionar y proponer candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y de Cámaras de Segunda Instancia, a Jueces de Primera Instancia y de Paz. Este proceso garantiza la igualdad de oportunidades.

EVALUACION

El CNJ evalúa la actividad judicial de los Magistrados de Cámara de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y de Paz, mediante un proceso técnico para establecer los aspectos positivos y las deficiencias de la Administración de Justicia.

CAPACITACION

Mediante la Escuela de Capacitación Judicial, el CNJ asegura la formación profesional de Magistrados y Jueces, Personal Judicial y del personal técnico de los Tribunales y del Ministerio Público.

El CNJ fortalece la justicia salvadoreña



**UNIVERSIDAD
DE EL SALVADOR**

RECTOR

DR. BENJAMIN LOPEZ GUILLEN

VICE-RECTOR

LIC. SALVADOR CASTILLO AREVALO

FISCAL

DR. JOSE HERNAN VARGAS CAÑAS

SECRETARIO

LIC. ENNIO ARTURO LUNA



**FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANO

DR. RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

VICE-DECANO

LIC. JUAN CARLOS CASTELLON MURCIA

SECRETARIO

DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA



EDITORIAL UNIVERSITARIA
UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

DIRECTOR:

Tirso Canales.

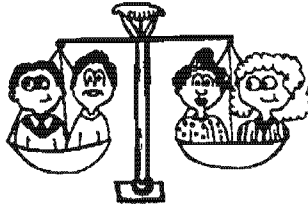
DIAGRAMACION Y DISEÑO:

Oscar Armando Calderon
Alma Yolanda Flores.

ISBN:

84-5258-340

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, ENERO - DICIEMBRE 1996

Nos. 5-8

COMITE DE DIRECCION

Director: RODOLFO CASTRO

Colaboradores: JORGE GOMEZ ARIAS

JULIO OLIVO GRANADINO

Indice

	Pág.
Presentación	5
Editorial	7
DERECHO ALTERNATIVO	
Los Métodos Alternos de Solución a los Conflictos	9
Román Zúniga Velis.	
DERECHO DE MENORES-LEY DE EMERGENCIA	
¿Contraviene la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado el Regimen Juridico Especial del Derecho de Menores?	17
Miguel A. Trejo Escobar.	

	Pág.
DERECHO PENITENCIARIO.	
Sistema Penitenciario: Problemas y Soluciones	29
Jaime Martínez Ventura.	
DERECHO PROCESAL PENAL.	
Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal	43
Alberto Binder.	
INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO.	
El Lenguaje y los Conceptos del Derecho	59
Abelardo Rojas Roldan.	
SOCIOLOGIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.	
Virtudes y Dilemas del Constitucionalismo en la Economía Globalizada	73
José Eduardo Faria.	
CIENCIAS POLITICAS.	
El Poder Legislativo y los Partidos Políticos	81
Oscar Martínez Peñate.	
CIENCIAS FILOSOFICAS.	
¿Es Sencillo ser Marxista en Filosofía?	105
Louis Althusser.	



Presentación

Ponemos a disposición de nuestros lectores este número de la REVISTA DE DERECHO, la cual abarca todo el año de 1996, resumiendo los números 5 al 8. Hemos tomado esa decisión de publicar materiales de, por lo menos, 2 números en una sola entrega, por una razón muy simple: el esfuerzo que supone armar cada número con pocos recursos a disposición. Ello no significa que desmayemos en nuestra labor de rescate de la promoción de cultura política y jurídica en nuestro país, de la cual está tan necesitada, sino el reconocimiento de un dato objetivo, como lo es las difíciles condiciones en que es necesario asumir una tarea, gratificante pero casi titánica, como es mantener una Revista Especializada en ciencias jurídicas y materias afines, en nuestro medio.

No obstante esas dificultades no decaemos en nuestra tarea y en esta ocasión les presentamos este "anuario" que recoge variados materiales, tanto del ámbito del Derecho como de las ciencias políticas y filosóficas, cuya actualidad es innegable y que esperamos tenga buena acogida entre quienes nos dispensan con su atención.

Gracias



Editorial

“Nada es Inocente cuando se Acercan Coyunturas de Decisión Popular...”

Así reza una lúcida frase del editorialista de un periódico del país; y esto cuenta para todas los niveles del Sistema Político Salvadoreño: Gobierno, Partidos Políticos, Ministerios, Tribunal Supremo Electoral, Asamblea Legislativa, etc. Los cambios de figuras en el Gobierno, las nuevas y viejas candidaturas en los partidos políticos, las reformas al Código Electoral, la aprobación de diversas leyes, en la Asamblea Legislativa, las pugnas intra-partidarias (aun la del “cuarteado” PDC que han llegado a un nivel extremo de patetismo político) y hasta la acusación contra el FMLN de que CISPES -conocido apoyo económico, político y social en EE. UU, de la guerrilla durante el conflicto armado- recauda fondos mediante un boicot a la “maquila”, para las elecciones de marzo 1997, todos ellos y otros que en estos momentos aún no se han desplegado están marcados por los intereses políticos partidarios de la coyuntura electoral, más intensos a medida que se acerca la fecha de la elección. Nos referimos en este editorial a las reformas al Código por ser lo más debatido.

Las discutidas reformas al Código Electoral se centran fundamentalmente en 4 puntos: sobre los desembolsos de la deuda política; los mínimos de votación que debe obtener un partido para que sobreviva; cantidad de firmas que debe acreditar un partido en formación y el número de miembros de las Juntas Electorales Departamentales. Aparentemente, las tres primeras reformas son lógicas y necesarias para desestimular la fragmentación, el manipuleo y el parasitismo político, sin cerrar las puertas para la expansión de nuevas fuerzas; en suma, se trataría de ir creando condiciones jurídicas y políticas para que las formaciones actuales y las futuras sean más responsables y cumplan; quien no pueda con su deuda, ni acceda a un mínimo de votos, ni acredite cantidad de firmas no es una fuerza en quien se pueda confiar tareas y responsabilidades de envergadura. Sin embargo, la cuarta reforma y el método utilizado por el partido gobernante para “pasar” las reformas

en la Asamblea, distan mucho de ser ingenuas o neutrales ¿Por qué aprobarlas con **nocturnidad** y a espaldas de los sectores opositores? Además, ¿Por qué soslayar reformas que fueron pactadas con la oposición, para hacer más democrática las elecciones, después de los comicios de 1994?

Lo anterior se torna más sospechoso si tomamos en consideración que la reforma al número de miembros de las Juntas Electorales Departamentales tiene que ver con la cuestión del **Monopolio** del control del proceso electoral; y es aún más grave que la Asamblea Legislativa destituya a un Magistrado del Tribunal Supremo Electoral a 3 meses de las elecciones, con el voto mayoritario de ARENA y de un reducido número de diputados del PDC que han estado "pactando" en los últimos meses con el partido gobernante, en un momento en que aquel partido se ha dividido en varios sectores por intereses no muy claros.

Trabajadores del Tribunal Supremo Electoral han expresado que la destitución del Magistrado es "parte de un plan diseñado por ARENA.." para incorporar a una persona que responda a sus intereses partidarios de cara a las elecciones; se menciona a un personaje del pasado ex-PDC, quien ha pedido su reincorporación a ese ente político y cuya figura política fue eclipsada por convertir su partido desidente (el Movimiento Auténtico Cristiano-MAC) en apéndice del oficialismo a tal grado que la inventiva popular llamó a esa "alianza" MACARENA. Lo anterior arroja velos negros sobre la actividad del máximo tribunal electoral, pues daría de nuevo al partido oficial el control monopólico del Tribunal, de las Juntas Departamentales y Municipales, hasta llegar a la base: las juntas receptoras de votos; esto es, monopolio del Aparato Electoral.

Es de esperar que el partido oficial al perder no solo su imagen de unidad, sino al experimentar divisiones internas, desgaste político natural y fugas de cuadros políticos regionales experimentados, pretenda tomar ventajas a partir de su control del poder político para lograr el control del aparato electoral. Sin embargo, todas las reformas políticas y jurídicas hechas desde el Acuerdo de Chapultepec tienen como premisa conseguir ciertos equilibrios mínimos en las instituciones que fiscalizan el proceso electoral. Si se pierden esos mínimos equilibrios van a ir apareciendo los viejos fantasmas del pasado que van a ahuyentar al electorado de los comicios enfrentando el sistema electoral un agravamiento de los fenómenos políticos del abstencionismo y el ausentismo, y veremos de nuevo la frustración política que es caldo de cultivo para el surgimiento de coyunturas y procesos largos de ingobernabilidad.

Si nuestra pretensión es hacer funcional un modelo de Democracia Electoral limitada, por lo menos debemos preservar los mínimos equilibrios y cuotas de poder repartidos; es importante recordar que nuestra situación social no es de las mejores, es muy volátil y en coyunturas político-electorales, si no cuidamos lo conquistado y hacemos esfuerzos para evolucionar a algo mejor, las competencias electorales pueden convertirse en peligrosos enfrentamientos por frustraciones y resentimientos al constatar que se nos priva de lo poco que se ha conquistado a base del sacrificio de gran parte de una generación.

EL DIRECTOR.

Los Métodos Alternos de Solución a los Conflictos

Román Zúniga Velis*

Artículo 23 de la Constitución:

"Art. 23.— Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que pueden hacerlo y los requisitos exigibles."

INTRODUCCIÓN

Es un hecho evidente, el que desde hace algún tiempo, la Administración de Justicia es lenta, cansada y tediosa. Si este fenómeno es perceptible por el común de nuestro pueblo, con mayor razón el impacto es más sensible por todos los que conformamos los usuarios de tal servicio, es decir, los justiciables.

Este fenómeno —que no es solo atinente a nuestro pueblo— es casi universal y ello es debido, entre otros fenómenos, al aumento de la población, a la creación de nuevas figuras delictivas y al hecho de erigirse nuevas jurisdicciones, es decir, nuevos ámbitos por materia, los cuales quedan incluidos dentro de la esfera de la Administración de Justicia tales como la

Laboral, Ecológica, Agraria, de Familia, de Tránsito, etc. Esto ha motivado que paralelamente a los esfuerzos que hacen las cúpulas del Órgano Judicial, para que ese esfuerzo de dar a cada uno lo que es suyo o lo que le pertenece, sea más pronto y cumplido, se hagan esfuerzos por buscar nuevos medios, métodos o instrumentos que hagan más viable dicho camino, y la respuesta ha sido el descubrimiento de formas alternativas de solución a los conflictos, basados fundamentalmente en la voluntad de las partes litigantes, procedimientos que hacen caso omiso de formalidades y solemnidades, en donde impera la confidencialidad y en donde el trámite se acorta sobremanera, prescindiendo hasta donde sea posible, de la intervención del Órgano Jurisdiccional, siendo por ello un método no adversarial que tiende a la desjudicialización de los litigios. Estos sistemas se encuentran ya impulsados en países como Estados Unidos de América, Argentina, Colombia, Costa Rica, Bolivia,

* Profesor de Derecho Bancario y Derecho Mercantil. Jefe del Departamento de Derecho Privado y Procesal, de la Universidad de El Salvador (UES). Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador

Puerto Rico, y lo que nos place mucho —ya vislumbra su apareamiento legal en nuestro país.— Efectivamente en el año de 1994 se elabora un anteproyecto denominado “LEY ORGÁNICA Y DE PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIÓN ALTERNA DE CONTROVERSIAS”, el cual, tenemos entendido, fue presentado a la Honorable Asamblea Legislativa; posteriormente se ha presentado otro anteproyecto al Ministerio de Justicia, para que oportunamente el titular de ese ramo lo haga suyo y le de iniciativa de Ley, denominándolo “LEY PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS”. Este último esfuerzo elimina el proceso arbitral de su seno y trata de acoplarse un poco más a la realidad salvadoreña, y será el que comentaremos a manera de introducción.

1. CENTROS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

Según los entendidos en la materia, existen varias alternativas a escoger para que esta labor sea desarrollada, así podría ser el Tribunal que conoce de la disputa, el que tenga una etapa del procedimiento en la cual tenga cabida la conciliación o la mediación o bien que hayan centros privados o particulares, por ejemplo: El despacho de un Abogado o una Cámara de Comercio, que conozca exclusivamente de la mediación o conciliación; sin embargo, en el segundo anteproyecto de Ley, esta actividad se le atribuye al Ministerio de Justicia por creerse el más adecuado para realizar dicha tarea, dotándolo, desde luego, de la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo su cometido.

En esta última alternativa, el elemento personal estaría integrado por el Director del Centro, por el Secretario general, por el Cuerpo de mediadores que estaría

INTEGRADO por profesionales y la materia a resolver: “Los conflictos jurídicos”, respecto de los cuales serían capacitados en las técnicas de mediación y conciliación. Dicha actividad estaría encomendada, a la escuela de Capacitación Judicial, en un principio, aún cuando no sería remoto que sea delegada en el propio Ministerio de Justicia, advirtiendo desde ya, que la mediación o la conciliación sería un acto obligatorio antes de comenzar el proceso contencioso ante el Órgano Jurisdiccional; en este aspecto, se difiere mucho de algunos países, en donde el procedimiento de conciliación y/o mediación sería una actividad optativa, constituyendo entonces un requisito de procesabilidad como se prevee en la Ley Salvadoreña, ya que la experiencia ha demostrado que solo siendo este trámite previo y obligatorio daría los resultados deseados, vale decir, que el deseo fundamental es que la contienda se resuelva en este estadio, evitando así el pasar al proceso contencioso, todo en aras de darle vivencia al principio de economía procesal, del cual tan urgido está la Administración de Justicia Salvadoreña, para cumplir con el sagrado precepto constitucional de que ésta, debe ser “pronta y cumplida”.

2. CONFLICTOS EXCLUIDOS

En líneas anteriores, hemos expresado que para intentar validamente una pretensión, necesariamente hay que cumplir con el requisito de acudir a la mediación o a la conciliación. Esta regla es aplicable a todo proceso Civil, Mercantil y de Inquilinato, materias a las que fundamentalmente va destinado el proyecto, ya que en materia de familia, sabemos que es obligatorio y lo mismo diremos del Proceso Laboral y del procedimiento de tránsito, cuando solo existen daños materiales, en cuyos casos es



aplicable su respectiva legislación, la cual ha previsto la conciliación como una faceta obligatoria.

Ahora bien, como la mediación y la conciliación tienen su fundamento en la transacción y esta no opera en ciertos casos expresamente determinados en los artículos 2193, 2196, 2198, 2203 del Código Civil y en alguna medida en el artículo 64 Pr., lo mismo que en el artículo 165 del mismo cuerpo de Leyes—Los cuales por su orden— hacen referencia, a qué casos no es aplicable el proceso arbitral, y en qué casos no se aplica la conciliación respectivamente, casos los cuales, están recogidos en el Anteproyecto de Ley en una forma más o menos similar.

Creemos del caso, transcribir los artículos señalados así:

CÓDIGO CIVIL

Artículo 2.193) No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

Artículo 2.196) No se puede transigir sobre el estado civil de las personas.

Artículo 2.198) No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

Artículo 2.203) El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Artículo 64 No puede sujetarse a juicio de árbitros o arbitradores:

- 1o.) Las causas sobre intereses fiscales y las de establecimientos públicos salvo las que proceden de contratos en que se hayan estipulado el arbitramento.
- 2o) Las de beneficencia;

- 3o) Las de divorcio;
- 4o) Las de donaciones o legados por alimentos, habitación o vestimenta;
- 5o) Las de estado civil de las personas;
- 6o) Las de aquellas personas naturales o jurídicas, que no pueden representarse a sí mismas, sino es en los casos y con las formalidades prescritas en el Código Civil, salvas las excepciones legales. C. 419.

Artículo 165. El juicio conciliatorio podrá preceder a voluntad del actor a todo juicio escrito o ejecutivo, excepto en los casos siguientes:

- 1o) En las causas que interesan a la Hacienda Pública y demás Personas Jurídicas;
- 2o) En las de los que no tienen la libre administración de sus bienes;
- 3o) En las de concurso de acreedores y de tercerías;
- 4o) En las de herencias yacentes;
- 5o) En las demandas de interdicción, de separación de bienes y sobre el estado civil de las personas.
- 6o) En las causas ejecutivas que provengan de sentencia ejecutoriada;
- 7o) Cuando el demandado estuviere fuera de la República; pero si regresare y se apersonare en el juicio, se podrá celebrar la conciliación en cualquier estado de la causa.

Por lo que respecta al Anteproyecto, mencionamos los casos que están excluidos del trámite de la mediación y/o la Conciliación: "Las de los que no tienen la libre administración de sus bienes; las de interdicción; las causas en que el requerido lo represente un tutor o curador especial, y las promovidas por o en contra de la herencia yacente; las de quiebra y concurso; las



ejecutivas; las preventivas o precautorias; las acciones populares o de intereses difusos; las de jurisdicción voluntaria; las cuestiones previas a la demanda; las que versen sobre el patrimonio del Estado o de los entes descentralizados"; como se ve, se excluyen las causas no susceptibles de transacción.

3. CARACTERÍSTICAS DE TALES MÉTODOS

A) Confidencialidad:

Cuando las personas se encuentran inmersas en un conflicto de carácter jurídico, evitan su trascendencia hacia parientes, amigos allegados y con mayor razón hacia terceros desconocidos; si tomamos en consideración que el Proceso Penal es público y que aunque el Proceso Civil sea privado, recordemos que en este último caso, el proceso se encuentra a disposición de Abogados y de otras personas como son los ejecutores de embargo, peritos, etc., situaciones que se explican por ellas mismas. Al hablar de confidencialidad queremos significar que a la materialización de éste método o sistema, únicamente tiene acceso los involucrados en el conflicto y los mediadores y los conciliadores, lo cual se nota en el desarrollo del procedimiento y ulteriormente por ejemplo: Cuando se dispone la no intervención de los Abogados de las partes en las audiencias, o cuando se dispone que el mediador será el único que lleve apuntes o resúmenes, los cuales tendrán que ser destruidos en su oportunidad,¹ o cuando se dispone que las probanzas presentadas en el procedimiento —si es que alguna se presentó— estas no harán fe en el proceso contencioso posterior así como no

lo harán los papeles del conciliador o del mediador, de modo pues que con la aplicación práctica de este postulado serán escasamente los interesados y el mediador o conciliador, los únicos que sabrán que fue lo que sucedió en ese procedimiento, sin que este tenga mayor trascendencia hacia el exterior, o se hagan del conocimiento de personas que nada tiene que ver con el asunto.

Recordemos finalmente una última diferencia con la justicia común: en esta última, las sentencias definitivas de los Tribunales Superiores son publicadas, en la Revista Judicial, situación que no se dará con los métodos alternos de solución planteadas en el Anteproyecto de Ley.

B) Brevedad y sencillez en el procedimiento

Hemos dicho que uno de los puntos débiles de la administración de Justicia tradicional, a nivel casi universal es la lentitud y el excesivo ritualismo y formalismo debido a las prescripciones de los procesos escritos, esto hace que los juicios duren mucho tiempo lo cual, reiteramos, provoca grandes malestares. Reparamos a todo esto, que en la mente de los legisladores de mediados del siglo pasado y de principios del presente, ya existía preocupación por el factor tiempo y economía procesal, prueba de ello es la existencia del juicio sumario y del ejecutivo en los Códigos procesales o de procedimientos Civiles de esa época, pero es que aunque la estructura de esos procesos está diseñada para ser terminada en el corto tiempo resulta que el hecho de haber existido hasta una tercera instancia, —la cual en algunos países fue sustituida por el recurso de casación— hacía que los procesos resultaren y sigan resultando demasiado

¹ Esta posición tan extremista no ha sido recogida en el Anteproyecto. (Nota del Autor).

lentos, tardados y engorrosos con el consecuente desmedro de la Administración de Justicia. Con el apareamiento de los métodos alternos para la resolución de conflictos, se da un giro de ciento ochenta grados en cuanto a la problemática que acabamos de exponer; efectivamente desde que comienza el trámite o procedimiento, campea, la sencillez y expedición ya que basta una simple solicitud, con requisitos elementales, desvinculados del formalismo acostumbrado en la demanda tradicional para que el centro inicie su actividad; a continuación el mediador o conciliador señala lugar, día y hora para celebrar una audiencia común en donde comienza por explicarles a las partes las reglas del juego y seguidamente prosigue la actividad propiamente tal, la cual, según la envergadura del problema, podría resolverse en esa sesión o en otras posteriores que, de común acuerdo con los interesados, puedan evacuarse. El Anteproyecto presentado además de recoger lo antes dicho, ha previsto la posibilidad de realizar audiencias con cada uno de los involucrados, lo cual por explicarse por sí mismo no necesita de nuestra explicación. Es también del caso mencionar, que según el anteproyecto de ley presentado, hay un plazo de veinte días para resolver la contienda, plazo que podrá ampliarse a un máximo de treinta días, pues de común acuerdo las partes podrían adicionar diez días. Por último —en cuanto a este apartado— es muy del caso mencionar, que la problemática que significa los días de descanso como sábado y domingo y los feriados que todos conocemos, no serán ningún obstáculo dentro de los nuevos métodos propuestos, pues el legislador ha previsto que todos los días y horas son hábiles para darle vigencia a este novedoso sistema.

C) Protagonismo de las partes

A diario se observa que en los Tribunales de justicia, son los Abogados los que gestionan incansablemente en relación a los procesos, notándose la ausencia de las partes, las cuales solo ocasionalmente llegan a esos centros de administración de justicia; lo anterior se debe al sistema de intervención en los juicios en nuestro país, en donde el Abogado interviene como apoderado de una de las partes o bien proporcionándole su firma y sello de Abogado Director, lo cual trasciende aun a los procesos verbales.

Este fenómeno es correcto dentro de la Administración de justicia tradicional, indicando a la vez que ésta presencia absoluta de los Abogados en los Tribunales, significa para los mismos un desgaste emocional que no deja de repercutir en la salud del procurador, de ahí entonces que resulte importante que las partes coadyuven en la acción de su representante judicial, ya sea acompañándolo en ocasiones ante el Juez o que la parte visite al juzgador para demostrar interés en su pretensión, eliminando así aquella situación que vemos cotidianamente en que las partes se dirigen al Abogado preguntándole: *Cómo va mi asunto?*

Nosotros pensamos, que siendo las partes las conocedoras de la situación fáctica o de hecho, son ellas quienes debieran de tener la mayor intervención o protagonismo dentro de los litigios, siendo así como en los métodos de mediación y conciliación, se establece que sean las partes quienes intervengan sin asistencia de Abogado o Procurador en aproximadamente un noventa y cinco por ciento del procedimiento, lo cual hace más viable y expedito el camino para una solución a su conflicto. Estas nuevas ideas están plasmadas en el Anteproyecto de métodos alternos últimamente presentado, ya que se ha previsto que en las audiencias que

se celebran con el conciliador o mediador, se requiere la presencia ineludible de las partes, las cuales solo podrán pedir el consejo o asesoría de su Abogado; así las cosas, solo en un ambiente de intimidad, discreción y confidencialidad, sin mayores rigorismos o formalidades, sin la presencia del Juez Director del proceso y sin la del abogado de la contraparte, más bien reconociendo en el mediador o conciliador un amigo que trata de oír, de acercar a las partes, de tratar de resolver amigablemente la contienda, es que estamos en el camino de resolver los problemas rápidamente, y por consiguiente, en el derrotero ágil y eficaz para ayudar en la problemática que representa la administración de justicia.

4. EFECTOS

Para finalizar, los efectos que produce el acta por medio de la cual se concilia o produce sus efectos positivos la mediación,² están señalados en el Anteproyecto cuando un artículo del mismo a la letra dice: "La solución total o parcial de la disputa se consignará en acta y producirá los efectos de la transacción. La certificación que de ella extienda el Centro de Mediación o Conciliación tendrá fuerza ejecutiva en su caso"; tal situación a su vez, hará remitimos el artículo 2206 del Código Civil, el cual se lee: "La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes". Con ello, con ese arreglo se habrá resuelto el problema y esto traerá como consecuencia el evitar el proceso que se

pretendía plantear, ahorrándose con ello tiempo, molestias y dispendios económicos; pero si ese efecto lo es desde la óptica de las partes, notaremos que con cada arreglo obtenido en esa forma, el Estado también se habrá ahorrado un Juicio, un proceso, ahorrándose en consecuencia tales conceptos, mejorándose con ello la administración de justicia, ya que con la disminución de procesos en curso, el juzgador podrá darle mayor atención y celeridad a los existentes en su Tribunal.

Aunque nos gustaría comentar el artículo transcrito del Anteproyecto, el factor tiempo no nos lo permite, pero sí es necesario aclarar que la certificación a que alude el mismo tendrá fuerza ejecutiva, hablando genéricamente, cuando se den los requisitos doctrinarios y legales que esta vía requiere, tales son: la existencia de un documento desde el punto de vista material, exigibilidad o mora, relación acreedor-deudor y liquidez; ahora bien habrá desde luego otras formas que para su ejecución requerirá de las otras maneras señaladas por la Ley común, por ejemplo cuando se trate de obligaciones de hacer y en su caso obligaciones de no hacer, las cuales obviamente tienen sus respectivo trámite en las disposiciones legales pertinentes.

5. CONCLUSIONES

Creemos que las palabras anteriores hablan por sí mismas y por ello pensamos que cualquier comentario huelga, después de haber ponderado las bondades de estos novedosos métodos por lo cual solo nos resta hacer un vehemente llamado a las autoridades del país a fin de que el citado Anteproyecto sea estudiado a la brevedad posible y que culmine cuanto antes en ser Ley de la República; vehemente es también

² Llamamos efectos positivos de la mediación, al hecho de que por haber mediado alguien, se ha obtenido un acuerdo o fruto positivo (Nota del Autor).

el llamado a los colegas Abogados, para que no vean en dicho Anteproyecto una posibilidad de menguar sus ingresos económicos y que por el contrario, lo conciban como una fuente generadora de beneficios económicos, ya que con ello se abre un rubro más de empleo, pues al entrar en vigencia, los togados en Derecho podrán conciliar o mediar en sus despachos como una especialidad más, amén de los empleos que generarán los puestos para mediadores o conciliadores adscritos a los respectivos

Centros, dependientes en principio, del Ministerio de Justicia.

Hemos dicho lo anterior ya que la formación tradicional de Abogados ha sido la de ganador-perdedor; en nuestras escuelas de derecho nos han formado para pelear, por lo cual la primera preocupación de los Abogados sería la de que no tendremos fuente de ingreso, pero todo será al contrario: percibimos los mismos ingresos o quizá más, con menos esfuerzo y desgaste y, así lo esperamos, en una forma más rápida.—

¿Contraviene la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado el Régimen Jurídico Especial del Derecho de Menores?

Miguel A. Trejo Escobar

Magistrado de Menores

Luchemos por orientar una política criminal encaminada hacia: "...un derecho penal mejor, mientras no encontremos algo mejor que el Derecho Penal...".
GUSTAVO RADBRUCH.

I. INTRODUCCION

Ante la combinación de factores y circunstancias que originan el alarmante incremento de la criminalidad, gravísimo problema que ha llevado a la sociedad salvadoreña a exigir una inmediata solución, el Gobierno ha decidido tomar como medida de política criminal urgente y especial¹, para el combate de ese flagelo, la "Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el

Crimen Organizado"² (en adelante, "Ley Transitoria de Emergencia"). Lo cuestionable de esta normativa es que, como medida política, se la presente ingenuamente como la panacea que resolverá el fenómeno de la delincuencia común y organizada³.

En cuanto a lo jurídico, el contenido de algunas disposiciones de la citada Ley han sido señaladas, en pronunciamientos públicos por instituciones gubernativas y ONG s, de estar en conflicto con varias

¹ No cabe duda que actualmente vivimos en un momento en el que se ha producido un aumento cierto de determinados delitos. Aunque, no existe un estudio objetivo que nos permita medir ese crecimiento y, con base en ello, promover acciones adecuadas que se funden en investigaciones empíricas sobre el fenómeno de la delincuencia. Frente al aumento cierto de determinados delitos se nos ha culturizado para dirigir la atención hacia la "solución penal", en verdad mucho de lo que se afirma equivocadamente sobre la criminalidad, en la mayoría de los casos no por mala fe, sino por falta de información apropiada y, a veces, hasta con decidida buena intención ha ido generando un

terrorismo informativo y un estado de alarma pública que hacen daño a la sociedad, que multiplican los problemas realmente existentes, y que han dado lugar a medidas también equivocadas de política criminal.

² La sociedad salvadoreña está reclamando "seguridad"; sin embargo, no es con la reducción de plazos, el incremento de penas y la creación de nuevas figuras delictivas, que caracterizan esta normativa, que la población podrá sentirse segura y protegida.

³ De la Ley sobresalen algunos aspectos de política criminal no muy afortunados que a continuación enunciamos: a) El uso precipitado del poder

normas de la Constitución de la República y de diversos Tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador. Por tal motivo, resulta oportuno señalar que el objeto de este breve estudio estará limitado únicamente al análisis del Art. 22 de la "Ley Transitoria de Emergencia", el cual aparentemente ha ignorado importantes disposiciones constitucionales y de convenios internacionales que se refieren al Derecho de menores.

II. LA LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO: Y EL RÉGIMEN JURIDICO ESPECIAL DEL DERECHO DE MENORES.

1. El Punto de Partida

El Derecho, como es bien sabido, se fundamenta en principios que constituyen el

coercitivo del Derecho penal, que como es lógico suponer no ataca el fondo que genera el fenómeno criminal, haciendo un traslado de responsabilidad en la persecución del delito hacia el Órgano Judicial, el cual está urgido de radicales transformaciones para salir de la zozobra y el estancamiento en el que hoy se encuentra. b) Para lograr el cometido señalado, contrariamente a lo que suele creerse, no basta con legislar incoherentemente sobre materia penal sino que, por el contrario, se requieren abundantes recursos humanos, materiales y técnicos (tanto para la Policía y la Fiscalía como político-criminales. c) Pero, olvidando lo anterior, en El Salvador los desaciertos empiezan por soluciones simplistas. Una muestra de ello es la "Ley Transitoria de Emergencia" que ha iniciado un desorden legislativo de proporciones gigantescas que afectan el Estado de Derecho. Esta normativa que se amolda a las fluctuaciones de la opinión pública y a la actividad de grupos de presión, ha generado disposiciones en las que se consagran postulados sorprendentemente contradictorios y que sientan nefastos precedentes reñidos con los cánones del Derecho y de los ideales que inspiraron la

mejor punto de partida para iniciarse en su conocimiento⁴. Los principios cuando son normativos y contienen una naturaleza jurídico-penal muestran el punto de contacto entre el derecho penal positivo y la política criminal. De ello se infiere que los principios normativos de la naturaleza indicada sirven no sólo para determinar la orientación ideológica y funcional de un régimen jurídico penal, sino que decantan y formulan esa orientación, situación que se logra por medio de normas rectoras que, cuando la propia ley instituye, *expressis verbis*, son de carácter obligatorio y, por lógica consecuencia, vinculante. Más cuando esa expresión rectora está basada en normas de la Constitución o de alguna Convención o Tratado internacional.

Con base en lo dicho se deduce que el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, tanto para prevenir como para reprimir las acciones punibles, presenta límites no sólo

Constitución. d) Parece ser que de la noche a la mañana se ha tirado por la borda la Ley del Menor Infractor, desvertebrando la filosofía y dando curso a una desbocada represión. ¿El agravar las penas y aumentar el número de presos será la solución posible? La ecuación "más prisión igual menos delito", es totalmente falsa. Esto ha servido para centrar políticas criminológicas equivocadas con un sabor cuyo ingrediente principal es la represión. No otra cosa se desprende del contenido general de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.

⁴ Aclaro que el concepto de principio al que hago referencia es al de la acepción que lo entiende como "pauta de organización", o sea, como sistema jurídico-normativo. El régimen jurídico especial en el caso del Derecho de Menores se erige a partir del mandato de una norma constitucional (Art. 35 Inc. 2o. Cn.), esto es vital porque influye no sólo en su interpretación filosófica, sino también porque determina el techo ideológico del sistema normativo como instrumento jurídico que debe regir el encauzamiento punitivo de los menores infractores.

constitucionales, sino también de Tratados o de Convenios internacionales, sobre todo cuando éstos han sido suscritos y ratificados por el Gobierno Salvadoreño sin reserva ninguna. Lo anterior implica que toda disposición jurídica o normativa ordinaria que se apruebe legislativamente debe tener como base y/o límite el respeto de la Constitución y demás leyes de la República que, como en el caso de los Tratados, dentro de la pirámide normativa interna, gozan de una jerarquía superior.

Pues bien, tanto en la Constitución como en Convenciones o Tratados internacionales es posible encontrar disposiciones claras y precisas que constituyen normas rectoras o directrices fundamentales de la política criminal sobre Derecho de menores. Por consiguiente, son esos principios contenidos en normas rectoras los que se convierten en el marco jurídico como punto de partida de un ordenamiento.

2. Las Reglas Especiales para Menores Infractores

El Capítulo IV, de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, denominado “Reglas Especiales para Menores Infractores”, incorpora en el Art. 22 como “Regla General”, lo siguiente:

“Los Tribunales de Menores aplicarán las disposiciones penales de esta ley a aquellos que individualmente o en grupo cometieren los delitos contenidos en la presente Ley, y cuyas edades estuvieren comprendidas entre los catorce y los dieciocho años de edad sujetos a la Ley del Menor Infractor, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) No procederá ningún tipo de conciliación en los delitos a que se refiere esta ley, excepto el hurto calificado;

b) La medida aplicable en los delitos contemplados en esta Ley, excepto el hurto calificado, será preferentemente la de internamiento, que se cumplirá en centros especiales diferentes de los de adultos; y,

c) En el caso de los incisos segundo y tercero del Art. 53 de la Ley del Menor Infractor, el plazo de conducción del menor al juez de menores competente, no excederá de setenta y dos horas. La Policía Nacional Civil, bajo la dirección del Fiscal General de la República, efectuará las diligencias de investigación.

Transcurrido dicho plazo la Fiscalía remitirá al menor al juez de menores respectivo, con certificación de las diligencias instruidas y continuará la investigación.

En todo lo demás se estará a lo establecido en la Ley del Menor Infractor”.

Las reglas especiales para menores infractores que acoge esta “Ley Transitoria de Emergencia”, en apariencia son únicas y no trascienden más allá de su contenido teleológico. Pero ello no es así, pese a que el inciso final del mismo artículo establece que: “En todo lo demás se estará a lo establecido en la Ley del Menor Infractor”. Y decimos que tal precepto mantiene una solapada y encubierta apariencia porque aun cuando es la única disposición cuyo acápite se refiere al Derecho de menores abarca y modifica la parte más sustancial del “régimen penal especial”, que debe regir tanto sustantiva como procesalmente el encausamiento de la conducta de los menores, en los siguientes aspectos: inflación punitiva, nuevas figuras delictivas, judicialización, institucionalización y modificación del procedimiento en cuanto a la detención administrativa. Vamos a referirnos lacónicamente a cada uno de ellos.

a) La Inflación Punitiva

Un aspecto que sobresale en este transitorio y urgente orden jurídico es el incremento de las penas, cuando en el inciso primero de la citada norma (Art. 22) se determina la posibilidad de aplicar a los menores las disposiciones penales de la referida Ley (léase Arts. 2, 3, 4 y 5), lo cual apareja, sin más, la aplicación de sanciones punitivas cuyas escalas han sido agravadas, convirtiéndose en penas que terminan por tener una naturaleza de sanciones fijas o determinadas, en tanto que la comisión de cualquier ilícito que regula tal normativa obliga a imponer la pena máxima que se señala para cada tipo penal en el Código penal aumentada en una tercera parte de ese límite.⁵

Por el contrario en el sistema de justicia de menores se hace incapie en la garantía de que cualquier respuesta a los menores

⁵ A tales efectos han sido señalados como "Delitos sujetos a esta ley" según el Art. 2, los siguientes: el homicidio doloso, el homicidio agravado y asesinato, Arts. 152, 153 y 154 Pn., respectivamente; lesiones graves, muy graves y mutilación, Arts. 171, 172 y 173 Pn., por su orden; violación propia, presunta, impropia y agravada, Arts. 192, 193, 194 y 195 Pn., respectivamente; raptor propio, Art. 200 Pn.; secuestro, Art. 220 Pn.; amenazas agravadas ¿!?!?, muy posiblemente este nomen iuris que no existe como tal en el Código penal haga relación a la agravante específica de los delitos de coacción (Art. 223 Pn.) y amenazas simples (Art. 224 Pn.) a que se refiere el Art. 225 Pn. como "Agravación Especial"; hurto calificado, Art. 238 Pn.; robo, Art. 241 Pn.; extorsión, Art. 257 Pn.; tenencia portación y conducción de armas de guerra, Art. 411 Pn.; enriquecimiento ilícito, Art. 447 Pn.; peculado, Art. 438 Pn.; negociaciones ilícitas, Art. 442 Pn.; cohecho pasivo y cohecho pasivo impropio, arts. 444 y 445, por su orden; y, organizaciones internacionales delictivas, Art. 494 Pn.. Para todos estos tipos penales, entonces, se establece ni más ni menos una pena determinada o fija.

delinquentes será en todo momento adecuada a las circunstancias del menor infractor y al delito. Con lo cual se da vigencia al "principio de proporcionalidad", que tiene como finalidad restringir las sanciones punitivas excesivamente severas. Dicho principio se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. Por consiguiente, la respuesta a los jóvenes delinquentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Así, por ejemplo, su edad, su condición social, su situación familiar, el daño causado, etc., que han de influir en la proporcionalidad de la reacción. No debe olvidarse que el Derecho de menores se fundamenta en la eficacia, justicia y humanismo.

Ahora preguntémosnos ¿Cuál será la sanción que se aplicará a un menor que cometa por ejemplo un homicidio doloso? Si los tipos penales regulados en el Art. 2 de la "Ley Transitoria de Emergencia", contienen penas fijas. ¿Cómo establecerán los jueces de menores en caso de aplicar la medida de internamiento el Art. 15 Inc. 4o., de la Ley del Menor Infractor un término cuyo mínimo y máximo sean la mitad de un tipo penal que tiene una pena determinada? ¿En qué situación queda la Convención sobre los Derechos del Niño que, sin ignorar el principio de proporcionalidad, pregona porque en caso de aplicarse encarcelamiento o prisión sea "...durante el periodo más breve que proceda"? Estos interrogantes sólo quedarán despejados cuando se aplique la Ley a cada caso concreto.

b) Creación de Nuevas Figuras Delictivas.

Con la nueva "Ley Transitoria de Emergencia", se crean nuevos tipos penales



con penas también severas y prolongadas, contenidas en los Arts. 3 y 4 de la misma (agrupaciones delictivas y fraude procesal). De estas dos normas se advierte que la primera de esas figuras es un tipo penal que comprende la conducta de jóvenes pertenecientes a "maras".

c) La Judicialización como Regla General

La conciliación, que en materia de Derecho de menores puede realizarse administrativa como judicialmente, tiene como objeto, por una parte, reducir al mínimo posible la judicialización evitando el perjuicio que normalmente ocasiona el estigma de la intervención jurisdiccional a los menores infractores⁶. De otra parte, darle vigencia al principio de primacía de la víctima. En el sistema penal la posición de la víctima es hoy el centro de atención de la ciencia del Derecho penal. Este principio, implica entre otros aspectos, una política orientada a una amplia sustitución de sanciones de tipo represivo por otras de tipo conciliador o restitutivas de los bienes en los que la víctima tiene un papel protagónico. Puede decirse que el giro político criminal está en la privatización de los conflictos jurídico penales o en la "reapropiación de los conflictos por uno de sus protagonistas" la persona que ha sufrido la lesión en su bien jurídico. Con este giro están consideradas las posibilidades de sustituir

la intervención penal por formas de resolución más civilizadas lográndolo en algunas partes, dentro del marco normativo de la reconciliación.

d) La Institucionalización como Preferente

Con la "Ley Transitoria de Emergencia", se establece normativamente el internamiento como medida preferente a cualquiera otra. Pese a que hoy en día ante las nefastas consecuencias de la prisionalización los criminólogos más avanzados abogan por el tratamiento fuera de los establecimientos carcelarios. Sobre todo por las múltiples influencias negativas que toda restricción de la libertad carcelaria ejerce inevitablemente sobre el individuo, sucediendo que los menores son especialmente vulnerables a las influencias negativas. Este es uno de los más serios argumentos por los que, para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos de privación de libertad, la autoridad judicial de menores tiene la flexibilidad de poder adoptar una diversidad de medidas diferentes a la del internamiento, las cuales se pueden aplicar alternativa, sucesiva o progresivamente.

Si antes la libertad era la norma general del menor procesado, ahora será todo lo contrario, pues se pretende encarcelarlo preferentemente. Con tal disposición desde la instancia legislativa se invierte un principio de una "Convención internacional sobre los Derechos del Niño vinculante erga omnes -el encarcelamiento debe ser la excepción- y, además, una actitud judicial que la Sala de la Constitucional del Máximo Tribunal de Justicia..." con base en Tratados internacionales ha venido sentando como jurisprudencia, al punto de convertirse en

⁶ Entonces con la restricción de la conciliación, que hace la nueva Ley, se torna nugatorio el doble efecto que permite tal institución, por una lado, como forma anticipada de terminación del proceso y, de otro, como alternativa de solución de los conflictos con gran participación del otro gran protagonista del hecho: la víctima.



pauta de política judicial del sistema punitivo⁷.

e) Modificación del Procedimiento en la Instancia Administrativa.

Con ello no sólo se modifica el procedimiento establecido, sino que se permite la ampliación de plazo de conducción del menor al juez competente. Especialmente si se toma en cuenta que la "Ley Transitoria de Emergencia", se presta a una interpretación ambigua que trastoca lo establecido por la Constitución. En efecto, el Art. 22 Letra "c", en su parte final establece: "Transcurrido dicho plazo (setenta y dos horas) la Fiscalía remitirá al menor al juez de menores respectivo...", con lo cual la detención administrativa sobrepasaría el límite que la constitución ha fijado cuando en el Art. 13 Inc. 2o., dice: "La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente...". O sea, dándole prioridad a la Constitución el menor debe ser consignado dentro de las setenta y dos horas de su detención y no transcurrido dicho plazo como lo señala la norma citada.

3. La Constitución de la República y los Convenios Internacionales.

Tomando en consideración algunos de los aspectos antes mencionados, y pese a que

de ello algo hemos anticipado, veamos como trascienden los mismos en la Constitución de la República para luego referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño.

a) El Régimen Jurídico Especial que exige la Constitución.

De conformidad con la Constitución de la República cuando un menor ha cometido un hecho punible su conducta debe estar sujeta a un régimen jurídico especial, esto es, distinto del régimen jurídico punitivo que se aplica a las personas adultas, así lo expresa el Art. 35 Inc. 2o. Cn., cuyo tenor literal es el siguiente:

"La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial".

El tratamiento jurídico especial en materia de justicia penal de menores que dimana de la Constitución de la República descansa implícitamente en la filosofía del principio de igualdad, en tanto que no es posible ni se debe, material ni moralmente, aplicar a un menor, con todo rigor o a plenitud, la normativa penal prevista para las personas mayores, pues el menor en conflicto con la ley penal se encuentra en una situación jurídica social distinta, o sea, en una situación de desigualdad. Distinción que tiene varios parámetros pero que principalmente son: la corta edad, la aptitud, la capacidad y condiciones distintas⁸. Precisamente son esas

⁷ El fundamento de la libertad como regla general y el encarcelamiento como la excepción, esta no solo amparado por el Art. 9. 3., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, que es ley de nuestra Republica, sino tambien por los constantes fallos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de habeas corpus. Vease, para un ejemplo de ello a AMAYA, Salvador Enrique: "Comentando Jurisprudencia. Constitucion y Detencion Provisional", en Divulgacion Juridica,

Comision Coordinadora para el Sector de Justicia, Unidad Tecnica Ejecutiva (U.T.E.), Año I, No. 6, San Salvador, Diciembre 1994.

⁸ Mediante precedentes internacionales que originaron la Convencion sobre los Derechos del Niño, se reconoce que la juventud, por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atencion y asistencia para su desarrollo fisico, mental y social, y necesita proteccion juridica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad.

diferencias que subyacen en el espíritu de la Carta Magna las que se han tomado en cuenta para legislar el régimen jurídico especial, cuyo único e inequívoco objetivo es el de hacer justicia en materia de menores bajo un tratamiento diferente, que se traduce en tratar igual a lo que es igual y desigual a lo que es desigual. Principio de igualdad que se fundamenta, además, en el inciso primero del Art. 3 Cn.

Por consiguiente, si la Constitución ordena que a los menores que han delinquido se les aplique un régimen jurídico especial es, por un lado, porque con ello se plasma una nueva concepción doctrinal que recepta como principios rectores “la protección integral”, “el interés superior del menor”, “el respeto a sus derechos humanos”, “su formación integral” y “la reinserción en su familia y en la sociedad”, principios que son incompatibles con la idea de sometimiento del menor al Derecho penal común; y, de otro lado, porque la pena criminal aparece como una reacción inadecuada, severa y excesivamente violenta frente a quienes ocupan en la sociedad la posición más débil o vulnerable.

Hoy en día, se entiende que la pena no es el modo adecuado de tratar a niños o jóvenes en conflicto con la Ley penal, sino que para ellos se ha erigido un Derecho especial cuyo primordial carácter no es ser represivo, a tal punto esto es cierto que justamente por esa misma razón existe un abanico de medidas que se pueden imponer, las que tienen una finalidad primordialmente educativa, al propio tiempo que la imposición de las medidas no penden del arbitrio de los juzgadores por cuanto las mismas se aplican con un criterio científico que se expresa profesionalmente a través de un estudio psicosocial. En este dictamen técnico se funda la razón de ser de los equipos de especialistas multidisciplinarios (pedagogos,

psicólogos, trabajadores sociales y sociólogos) adscritos a los diferentes juzgados de menores. Nótese, entonces, que los menores pese a su corta edad -mayores de doce y menores de dieciocho años- son también destinatarios de la Ley penal, pero bajo una concepción distinta y sometidos a un “régimen especialísimo” ante una jurisdicción privativa que cuenta con autoridades y funcionarios especialmente calificados para ejercerla; descontando, por supuesto, que los menores de doce años de edad están por fuera del régimen jurídico especial y encomendados a la tutela administrativa del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, todo ello de conformidad con los Arts. 34 Inc. 2o., y 35 Inc. 2o., de la Constitución de la República.

Lo hasta aquí expuesto deja al descubierto que una de las transformaciones más hondas que ha experimentado en los últimos años el Derecho penal es la que se refiere al tratamiento de los menores que han infringido la Ley penal. Tan profunda ha sido la modificación, que hasta se ha comenzado a afirmar la autonomía del Derecho penal referido a los menores, el cual entra a formar parte de otra sistemática cuyo carácter es estrictamente especial, tal cual ha sido concebido constitucionalmente.

Por consiguiente, no es apropiado que un ley, como la aprobada recientemente,⁹ modifique el contenido filosófico que subyace en el “régimen jurídico especial” que es el espíritu del legislador constituyente. Así las cosas, no puede sino colegirse que el

⁹ Que no solo se caracteriza por ser una ley ordinaria por el órgano legiferante que la ha dictado, sino también mixta, por el contenido de normas sustantivas, tanto penales como administrativas, y procesales, tanto generales como especiales y, finalmente, caracterizada al mismo tiempo de ambigua al poder aplicarse a personas adultas y a menores de edad.

Art. 22 de la Ley a que hacemos referencia está evidenciando una contradicción con el régimen jurídico especial que establece el Art. 35 Inc. 2o. Cn.

b) La Jerarquía Superior de los Tratados sobre las Leyes Secundarias.

Este es un tema que se vincula al valor de un Tratado Internacional como fuente formal y que según el informe único de la Comisión que realizó el estudio del Proyecto de la Constitución vigente (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983)¹⁰, los tratados tienen rango de ley desde el momento en que entran en vigencia, ésta es la tesis sostenida en la exposición de motivos de nuestra Constitución la cual establece: “el principio de que los tratados internacionales, una vez entren en vigencia conforme a sus mismas disposiciones y la Constitución, son leyes de la República”. Además expresa que “los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean estas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado”, por lo que en caso de conflicto entre la Ley y el Tratado prevalecerá el Tratado. Estos principios quedaron plasmados en el Art. 144 que dice:

“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El

Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

c) La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N. U.) el día 20 de noviembre de 1989, y fue firmada y ratificada por El Salvador el 26 de enero y el 27 de abril de 1990, respectivamente. Al acoger la Convención el Gobierno salvadoreño reconoció que los niños tienen necesidades y derechos humanos que se extienden mucho más allá de los conceptos básicos de protección. Por otra parte, debe quedar claro que al ratificar una Convención, una Nación se declara dispuesta a comprometerse plenamente con sus disposiciones y a responder a la comunidad internacional en caso de no cumplirlas.

Del preámbulo de la Convención es preciso hacer notar que por medio del inciso décimo segundo se recuerda, a los Estados partes en la Convención, los principios fundamentales y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos de los niños que precedieron como fuentes para su elaboración, especialmente lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, mejor conocidas como “Reglas de Beijing”¹¹, que constituye uno de los documentos

¹⁰ Para abrdar en este punto vease el: “Informe Unico, Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, (Exposición de Motivos), El Salvador, Asamblea Constituyente”. Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1991, p. 65.

¹¹ Estas reglas fueron recomendadas para su adopción por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

internacionales por el cual se convino la suscripción de la “Carta Magna” de los Derechos del Niño.

La Convención reconoce al niño como un individuo y consecuentemente establece en materia de justicia de menores nuevos horizontes al reconocer a los jóvenes en conflicto con la ley penal no sólo los derechos que generalmente se reconocen a las personas mayores de edad, sino que va más allá al reconocer otros que se inspiran en el interés superior del niño.

Según el Art. 37 en los literales b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone que por su orden lo siguiente:

“Los Estados Partes velarán por que:

- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”;
- “d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”

Por otra parte en el Art. 40. In fine de ese mismo instrumento jurídico internacional se regula lo siguiente:

“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de

manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Con base en lo anterior y con relación a las reformas introducidas por la “Ley Transitoria de Emergencia”, en el Capítulo IV que determina las Reglas Especiales Para Menores Infractores contenidas en el Art. 22, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en virtud de la introducción en la Ley de la regla que establece que la medida aplicable en los delitos contemplados en la misma, excepto el hurto calificado, sea preferentemente la de internamiento Art. 22 letra b), contraviene la Convención cuando la misma establece que: “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso (...)”, Art. 37 Inc. 1o. letra b); asimismo contraviene el Art. 40 In fine el cual en lo pertinente dispone: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como (...) así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”. Nótese que subliminalmente el adverbio “preferentemente”, que el legislador ha utilizado en el Art. 22 de la citada ley, trae consigo una eficacia práctica u objetiva, en tanto que indica prelación, o sea, elección de algo por preferencia entre varios, es decir, primacía que algo tiene sobre otra cosa y en cuanto el verbo que lo precede “será” es más que obvio que está en imperativo. Esta circunstancia implica que el juzgador no tiene otra medida cautelar de naturaleza personal diferente a la privación de la libertad del menor procesado, como medida aplicable a los delitos contemplados en la “Ley Transitoria de Emergencia”, lo cual hace nugatorio que el internamiento sea utilizado “...tan sólo como medida de último recurso”. O sea, que haciendo una lectura al revés de esa norma queda claro que preferentemente

no deben utilizarse "otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones". De ello se colige sin mayor esfuerzo que la "Ley Transitoria de Emergencia" está modificando un tratado vigente para El Salvador. Por consiguiente, existe un claro conflicto entre la "Ley Transitoria de Emergencia" con la Convención, por lo que al tenor del Art. 144 Cn., en estos supuestos debe prevalecer la Convención sobre la Ley¹².

d) Cuadro Comparativo.

A los efectos de poder apreciar adecuadamente parte de lo que hemos apuntando resulta útil un cuadro comparativo entre las normas de la "Ley Transitoria de Emergencia" y lo dispuesto en la Ley del Menor Infractor y la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. CONCLUSIONES

La "Ley Transitoria de Emergencia" ha provocado un grave trastorno en la Ley del Menor Infractor, que al menos estaba decantando con mucha eficacia en su aplicación y ejecución¹³. Por lo que resulta

¹² En consecuencia la medida cautelar de naturaleza personal consistente en el internamiento aplicable a los menores debe ser una medida siempre de último recurso. Ello se afirma con base en los Arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³ Basta para afirmar lo dicho analizar objetiva e imparcialmente los datos estadísticos que contiene el estudio realizado por la Oficina Coordinadora de Equipos Multidisciplinarios, de la Ley del Menor Infractor (OCEM-L.M.I.), en el seguimiento que realizó sobre la aplicación y ejecución de la Ley del Menor Infractor, para mayores detalles vease el: "Informe del Primer Aniversario de la Jurisdicción del Menor", Órgano Judicial, Corte Suprema de Justicia, Comisión del Menor, San Salvador, Marzo de 1996.

paradójico que se la tilde de ser fuente de infortunios de la criminalidad, cuando la crisis que vive la sociedad salvadoreña por el auge delincencial, no depende de las características normativas de la Ley del Menor Infractor, cuanto sí de muchos otros factores¹⁴.

La legislación de emergencia, ha convulsionado la lógica de la Ley del Menor Infractor y perjudicado gravemente sus expectativas, lo que debería ser materia de mayor reflexión para una Nación que como la nuestra está fortaleciendo el Estado de Derecho. Pues no resulta lógico hacer leyes humanitarias, para que de la noche a la mañana se queden como letra muerta en el papel, mientras se dictan reformas penales con amargo sabor represivo.

Ante estas situaciones cabe formularse los siguientes interrogantes: ¿En adelante se seguirá sometiendo al vaivén de la opinión pública una política criminal, para introducir

¹⁴ Muchas veces lo que se ha pretendido es destacar algunos obstáculos en la aplicación de la Ley del Menor Infractor, como sinónimo de causas que generan la delincuencia de menores, lo que de por sí es absurdo. Lo que debe hacerse es potenciar algunas áreas que harían más efectiva la Ley del Menor Infractor. Así, por ejemplo, fortalecer los medios de investigación policial; dar más apoyo moral y material a la Fiscalía tomando en cuenta el nuevo papel que tiene que desempeñar en la fase preparatoria de la investigación; darle efectivo cumplimiento a las órdenes de localización dimanadas de los juzgados de menores; generar un adecuado sistema de programas en los regímenes de internamiento para menores y de igual manera hacerlo para los jóvenes que se encuentran cumpliendo otro tipo de medidas; activar ante la notoria ausencia, una política de prevención juvenil, utilizando alternativamente mecanismos educativos y recreativos de sano esparcimiento, en el diseño de esta política es imprescindible que se involucre el sector de educación y la municipalidad en cada una de las poblaciones de nuestro país.

	“Ley Transitoria de Emergencia”	Ley del Menor Infractor	Convención Derechos del Niño.
Prioridad de la Medida de Internamiento.	“La medida aplicable en los delitos contemplados en esta ley (...) será preferentemente la de internamiento...”. Art. 22 Inc. 1o. Letra “b”.	“El internamiento constituye una privación de libertad que el Juez ordena excepcionalmente, como última medida...”. Art. 15 Inc. 1o.	“...el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso...”. Art. 37 Inc. 1o. letra “b”.
Duración del Internamiento.	“Los Tribunales de Menores aplicarán las disposiciones penales de esta ley...”. Art. 22 Inc. 1o. “Las penas por los delitos antes mencionados (...) aumentadas en una tercera parte de su límite máximo...”. Art. 2 Inc. 2o.	“...el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo, serán la mitad de los establecidos con pena de privación de libertad en la legislación penal (...). En ningún caso la medida podrá exceder de siete años”. Art. 15 Inc. 4o.	“...la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...”. Art. 37 Inc. 1o. Letra “b”.
Procedencia de la Conciliación.	“No procederá ningún tipo de conciliación en los delitos a que se refiere esta ley, excepto el hurto calificado”. Art. 22 Letra “a”.	“Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad”. Art. 59 Inc. 1o.	“...Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales...”. Art. 40 Inc. 3o. letra “b”.
Procedimiento en la Detención Administrativa.	“...el plazo de conducción de un menor al juez de menores competente, no excederá de setenta y dos horas (...) Transcurrido dicho plazo la Fiscalía remitirá al menor al Juez de menores respectivo, con certificación de las diligencias instruidas y continuará la investigación”. Art. 22 letra “c”.	“La autoridad que privare de su libertad a un menor infractor en flagrancia (...) deberá dentro de las seis horas siguientes, conducirlo a los lugares establecidos para el resguardo, a la orden de la Fiscalía General de la República (...) La Fiscalía (...) dentro de las 72 horas siguientes incluidas las indicadas en el inciso anterior, lo remitirá al juez...”. Art. 53 Inc. 2o. y 3o.	“Que la causa será dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente...”. Art. 40 Inc. 2o., letra “b”, Romano III.

modificaciones a la legislación penal? ¿Qué va a pasar con los Códigos Penal y Procesal Penal y con la Ley Penitenciaria que están en estudio en la Asamblea Legislativa y cuyo trabajo se miraba con interés por los estudiosos de las ciencias penales? ¿La política criminal estará centrada en la represión y la deshumanización del Derecho penal?.

Finalmente nos resta indicar que la Constitución de la República se aplica siempre de forma directa cuando los tribunales ordinarios interpretan la ley penal a través de las sentencias¹⁵. También la Constitución es fuente indirecta o negativa del Derecho Penal, porque si bien no crea figuras delictivas, al interpretarla conforme a su espíritu, puede determinar

la inaplicación de una ley anticonstitucional¹⁶.

Según nuestro ordenamiento constitucional la inaplicación de una ley penal, por ejemplo, en virtud de ser anticonstitucional puede llevarse a cabo por los Tribunales ordinarios, supuesto que sólo alcanza el asunto enjuiciado y que únicamente debe hacerse en casos muy claros. Con base en las razones expuestas, cualquier Tribunal de menores puede en uso de la facultad conferida en el Art. 185 de la Constitución y mediante una interpretación razonada, declarar inaplicable cualquiera de los incisos o literales del Art. 22 de la “Ley Transitoria de Emergencia”, en cada caso concreto, si se considera que dicha normativa vulnera la Constitución.

¹⁵ Los tribunales no pueden dejar de aplicar una ley por sí, puesto que de hacerlo en esa forma se vulneraría el principio de división de poderes. La actitud jurisdiccional debe ser coherente con lo normado en la Constitución al mantener la regla por la cual se establece que todo acto o ley es constitucional hasta que no se declare su inconstitucionalidad.

¹⁶ La interpretación de las normas de la Constitución debe ser viviente y se debe caracterizar por ser práctica. La interpretación que hace el juez tiende a resolver casos concretos, no es pues una interpretación académica o científica, es funcional en el sentido de resolver problemas que se suscitan cotidianamente, por otra parte debe ser creativa, para despedir aquellas normas confusas, ambiguas o contradictorias, caso en los que se debe preferir un texto normativo a otro.

*Sistema Penitenciario: Problemas y Soluciones**

Jaime Martínez Ventura[†]

"Nadie queda indemne de la existencia de la cárcel, esa jaula brutal que nos empeñamos en llamar de un modo más suave. Podemos ocultar las heridas, pero ellas están, tan profundas como el problema mismo del delito, la venganza, el odio, el arrepentimiento, el perdón, el sufrimiento y la necesidad de justificar nuestras acciones. Si no se piensa y se habla de la cárcel es porque otros males mayores rodean a nuestra sociedad y a nuestra espíritu."
A. LACRUZ BILSON[‡]

I. REFLEXIONES PREVIAS

1.1 Los hechos que no deben repetirse.

No hace mucho que, por primera vez, en El Salvador un amplio sector de la sociedad tomó conciencia de la grave situación que enfrentan las personas encarceladas en

nuestro país. Los hechos que motivaron esa toma de conciencia no fueron los más afortunados: el 18 de noviembre de 1991, en horas de la madrugada, en el centro penal de San Francisco Gotera, departamento de Morazán, conocido como "la Siberia de El Salvador", se produjo una sangrienta ríñca carcelaria que dejó como saldo 27 muertos y varias decenas de heridos[§]. Las escenas de esta masacre tomaron una dimensión dramática a través de los medios de comunicación social, que transmitieron las imágenes de cadáveres con señales de tortura, decapitados, mutilados e incinerados. Posteriormente, en el transcurso del año de 1994, ocurrieron una serie de motines en diferentes establecimientos penitenciarios, que aumentaron el saldo de muertos y heridos entre la población interna. Las causas inmediatas de los amotinamientos, siempre estuvieron a la vista y hacían-

* Conferencia dictada en el IX Congreso Estudiantil de Ciencias Penales, Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de El Salvador, Octubre de 1991.

† Abogado de oficio del Centro de Estudios Penales de El Salvador —CEPE—, cargo de director de la Fundación de Estudios para la Admisión de Derecho —FLESPAD—, coordinador del comité editorial de la revista "Foro Judicial", asesora por FLESPAD y coordinador regional del Programa de Apoyo a la Administración de Justicia en Centroamérica por intermedio del Centro Comunitario en Cooperación Penal y Social —CECOP— de la República Argentina y coordinador en El Salvador de la revista latinoamericana "Pena y Frase".

‡ En "Cárcel y Libertad" editorial de la Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Justicia Penal y Sociedad año 2, No. 2, octubre de 1992.

§ Véase Diario El Mundo del 18 de Noviembre de 1991, p. 2.

miento, las condiciones infrahumanas de vida de los internos, el retardo de la justicia y la negligencia de las autoridades penitenciarias que pudieron haber evitado las masacres, por lo menos en el caso de Gotera, tal como en su oportunidad, revelaron públicamente diversos sectores de la sociedad.

En efecto, La Prensa Gráfica sostuvo:

“Masacre de Gotera se pudo evitar. La violencia desatada entre los reos de la prisión de San Francisco Gotera... se pudo evitar si las autoridades hubieran atendido la petición de traslados que exigían los reclusos del sector uno, autodenominados “los Migueleños”, según un documento obtenido por La Prensa Gráfica. Se trata de una carta enviada por el alcalde del Centro Penal Julio López García, al Director General de Centros Penales, Lic. Rodolfo Garay Pineda, en la cual se describe un enfrentamiento entre reos acaecido el uno de noviembre y a la vez, se pide reubicación de algunos de ellos para prevenir nuevas riñas”.²

Por su parte, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, expresó:

...la responsabilidad institucional es atribuirle al Director General de Centros Penales y de Readaptación, al Comandante y personal del Cuerpo de Vigilancia del Centro Penal de San Francisco Gotera, por no haber tomado las medidas preventivas ni actuado en el momento en que se daban los hechos, permitiendo con su acción los resultados que ya se conocen...³

² La Prensa Gráfica, Sábado 20 de noviembre de 1993, p. 6.

³ La Prensa Gráfica, martes 30 de noviembre de 1993, ps. 76, 77 y 78.

La misma institución recomendó que:

“...Se deduzcan las responsabilidades penales y administrativas del caso al Director General de Centros Penales y de Readaptación, al Comandante y a los miembros del Cuerpo de Vigilancia del Centro Penal de San Francisco Gotera: y de ser procedente, se establezcan las medidas disciplinarias y de sanciones que correspondan: de lo cual se deberá informar oportunamente al Procurador...”

Debo aclarar que traigo a cuenta estos sucesos, no con el interés de revivir la controversia respecto de la responsabilidad funcional e institucional en los motines, pero sí como un imperativo de recordar los hechos pasados para evitar que se repitan.

1.2 ¿Por qué debemos preocuparnos de los problemas penitenciarios?

Seguramente todo ciudadano, al escuchar hablar de los problemas de la cárcel y de la búsqueda de soluciones a los mismos, se ha de preguntar: ¿por qué debemos preocuparnos por los presos?, acaso los delincuentes merecen la preocupación del gobierno y del resto de la sociedad?

Antes de cualquier respuesta, es necesario que tengamos presente una realidad que, por más evidente que sea, es importante considerar ante tal pregunta: no es cierto que todos los que están encarcelados sean delincuentes, la gran mayoría son ciudadanos que apenas están siendo investigados y guardan detención provisional. Incluso, existen muchas personas condenadas injustamente. Por otra parte, tampoco es cierto que todos los delincuentes están presos. Existe un tipo de delincuencia que nunca es castigada, entre ellos los autores de los llamados delitos no convencionales, como la evasión fiscal, la corrupción en la

Administración pública, los delitos ecológicos, el lavado de dólares, etc., así como los autores de los crímenes más atroces que se cometieron durante el conflicto armado. Todos ellos, de una u otra manera, han gozado de impunidad.

Volviendo a la pregunta, esta puede ser respondida de diversas maneras. Habrá quienes respondan que la preocupación por los presos se funda en una obligación de carácter moral o religioso. Para los cristianos, por ejemplo, la ayuda a los presos es, o debiera ser, una tarea constante que el propio Jesucristo dejó establecida. El evangelio, en Mateo 25:36, 39, 40, en efecto dice:

“Cuando estuve en la cárcel, vinisteis a mí... Señor, ¿Cuándo te vimos en la cárcel y vinimos a ti?... Todo lo que hicisteis por el menor de mis hermanos, lo hicisteis por mí.”

Para otros, el interés por la situación de los presos esta motivada por un desinteresado altruismo o compromiso ético de luchar por la justicia, sin vinculación a un compromiso moral o religioso. Hay quienes se preocupan por la situación carcelaria, motivados por una obligación laboral o jurídica, como el caso de los funcionarios y operadores judiciales, obligados por la ley a velar por el buen funcionamiento de los establecimientos penales.

Pero hay una razón que no responde a valores religiosos, morales, éticos, jurídicos, laborales o altruistas. Esta es una razón utilitaria que constituye el fundamento indiscutible para que la comunidad en general se preocupe de la situación carcelaria: la necesidad de evitar la reincidencia delictiva y con ello contribuir a reducir los niveles de inseguridad, “...la participación comunitaria ayuda en la reinserción de los presos y liberados. Esto es,

pretende disminuir la reincidencia delincencial. Por lo tanto genera seguridad ciudadana.”⁴

1.3 La cárcel y su utilidad.

El uso de la cárcel, y de la pena en general, ha tenido diversas explicaciones a lo largo del desarrollo del derecho penal, sin encontrar hasta ahora una justificación unánime.

La primera es la explicación ABSOLUTA o RETRIBUCIONISTA que concibe la pena como el castigo que debe sufrir el delincuente, en pago por su conducta dañina. Esta teoría no pretende otorgar utilidad alguna a la pena. Se trata simplemente de causar un mal a quien mal ha causado.

Luego aparecen las teorías RELATIVAS o PREVENCIÓNISTAS que consideran a la pena como un medio de prevenir la comisión de nuevos delitos. Estas teorías tienen dos grandes variantes:

Primero, LA PREVENCIÓN GENERAL según la cual, la pena debe servir como un mensaje intimidatorio o de certeza jurídica dirigido a la sociedad. En el primer caso, es decir, cuando la pena sirve para intimidar, se habla de una PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA, y en el segundo de los casos, o sea cuando la pena se utiliza como ejemplo de eficacia jurídica, estamos frente a la PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

La segunda categoría de estas teorías es la de LA PREVENCIÓN ESPECIAL, según la cual la cárcel es un medio que se emplea sobre la persona del delincuente, ya sea para volverlo inofensivo a través del encierro

⁴ Martínez Ventura, Jaime y Meancy, Maryellen. “Participación de la comunidad en la reinserción social de los reclusos(as) y de los liberados(as)” Ponencia presentada en el Foro “Libertad 30 años después”, organizado por FESPAD/CEPES. 30 de agosto de 1995.

(PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA) o para lograr su “resocialización” (PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA).

Por último surgen las teorías ECLÉCTICAS o DE LA UNIÓN que, como su nombre lo indica, son una combinación de las concepciones retribucionistas y prevencionistas de la pena.

En la actualidad, la justificación del uso de la cárcel, se mueve entre dos tendencias encontradas. Por un lado, las ideas autoritarias de quienes pretenden no solo mantener, sino ampliar constantemente el uso de ella, como solución a los conflictos penales, y la tendencia abolicionista que busca suprimir por completo el uso de la cárcel y del derecho penal en general, como mecanismo de resolución de disputas.

Nosotros pretendemos, en este trabajo, llamar la atención sobre la necesidad de utilizar racionalmente la cárcel, basándonos en el principio de mínima intervención penal, es decir, que sea utilizada solo como último recurso en aquellos casos en los que no pueda funcionar otro tipo de solución, de acuerdo a razones lógicas y principios jurídicos predeterminados.⁵

2. CLASIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS PENITENCIARIOS.

Esta clasificación tiene dos objetivos interrelacionados: primero, distinguir las situaciones que pueden ser solucionadas, de aquellas que no tienen solución, sino solo alivio, y segundo, brindar criterios de orientación para la inversión de esfuerzos y recursos en la solución de los problemas que

pueden ser resueltos y, con ello, aliviar los problemas que no pueden ser erradicados.

La mayoría de los problemas carcelarios son tan obvios, que basta una simple observación en cualquier centro penal para constatar su existencia. Otros, por el contrario, no son observables a simple vista, sino a través de estudios de criminología, sociología y otras disciplinas auxiliares de las ciencias penales. Tomando como base los resultados de esos estudios y nuestras propias experiencias, podemos clasificar los problemas del sistema penitenciario salvadoreño en dos grandes categorías: 1. Problemas coyunturales o de las “cárceles infrahumanas”, y 2. Problemas estructurales o de las cárceles en general.

2.1 Problemas coyunturales o de las “cárceles infrahumanas”.

Son condiciones propias de una época y/o lugar determinados, que consisten en graves deficiencias materiales, que se traducen en violación de los derechos más elementales de los prisioneros. Actualmente y, por regla general, caracterizan a las prisiones del tercer mundo, pero han sido superados en algunas naciones desarrolladas y eventualmente podrían ser solucionados en nuestro país. Entre estos problemas tenemos:

- * El hacinamiento
- * La promiscuidad
- * La insalubridad
- * La desnutrición
- * La falta de atención médica
- * Las carencias materiales en general.

2.2 Problemas estructurales o de las cárceles en general.

Estos los genera la cárcel por su propia naturaleza, en cualquier época y en cualquier

⁵ Para una mejor comprensión del planteamiento del uso racional de la cárcel, Véase SALT, Marcos. “La racionalidad en el uso de la cárcel: un paso entre la legitimidad y el abolicionismo”, en Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año I, No. 1, octubre de 1991, ps. 79 a 91.

lugar, ya sea que se trate de prisiones infrahumanas o de centros de detención modernos y sofisticados. Estos problemas pueden ser reducidos en cantidad o en intensidad, pero una solución total solo sería posible con la supresión de la cárcel. Entre ellos tenemos:

- * La violencia interna
- * La inseguridad
- * La criminalidad interna
- * La criminalidad hacia el exterior
- * Los abusos de las autoridades penitenciarias y de los presos con poder.
- * La estigmatización
- * El deterioro de la personalidad en general.

3. LAS CAUSAS DE LOS PROBLEMAS.

Hay ciertos problemas carcelarios que, según mi criterio, son tan graves que en realidad son la causa que generan el abanico de los problemas arriba detallados. En realidad se trata de una "cadena causal" en la que cada causa constituye un problema en sí misma y, a su vez, el efecto de una causa anterior. Para la búsqueda de soluciones, es importante que se establezca un orden de causalidad entre los eslabones de dicha cadena. Así tenemos:

3.1 Causas de los problemas de las cárceles infrahumanas.

A. INSUFICIENCIA DE RECURSOS.

La causa directa de las condiciones infrahumanas de la cárcel es la insuficiencia de recursos económicos. Pero esta es solo una causa obvia, que no es la única y quizá no es la más importante en la generación de estos problemas. La insuficiencia de recursos esta condicionada por otros

problemas como es la superpoblación carcelaria.

B. SOBREPoblación CARCELARIA.

Es la aglomeración que se produce en los recintos penitenciarios, debido a una sobreutilización de su capacidad original de alojamiento. Hay centros penales que están siendo utilizados a más del doble de su capacidad efectiva, de ahí se derivan el hacinamiento, la promiscuidad sexual, la insalubridad y el resto de problemas señalados.

En el momento actual, esta situación es sumamente grave, ya que las cárceles están mas sobrepobladas que nunca. Según declaraciones del Ministro de Justicia, publicadas recientemente en la Prensa Gráfica, "...hasta el 10 de noviembre de 1995 hay 7 mil 786 reos a nivel general"⁴, una cifra sin precedentes en nuestro sistema penitenciario. La sobrepoblación carcelaria se produce principalmente, por el abuso de la detención provisional que se ha convertido de hecho en una pena anticipada.

C. ABUSO DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

La detención provisional es la decisión judicial de encarcelar a una persona sospechosa de cometer un delito, mientras se averigua si ella es culpable o inocente, con el fin de evitar su fuga o el entorpecimiento del proceso penal. Esta decisión, en una sociedad democrática, debe ser utilizada en forma excepcional y restrictiva para no vulnerar el principio de presunción de inocencia, pero en nuestro medio se utiliza como regla general.

En esto del abuso de la detención provisional, y de su secuela que son los

⁴ La Prensa Gráfica, Sábado 25 de noviembre de 1995, p. 20-A.

presos sin condena, El Salvador ha llegado a ostentar el récord latinoamericano, ya que, según datos de ILANUD en un estudio efectuado en el año de 1989, en El Salvador había un total de 5.374 reclusos, de los cuales 4.901, es decir el 91,2 (la mayor cifra en toda América Latina) eran presos sin condena. En la actualidad "Hasta julio de este año, según estadísticas oficiales, 7 mil 38 personas se encontraban recluidas en las diferentes penitenciarias del país. De este total, 5 mil 246 reclusos (el 75%) se encontraban sin recibir condena alguna". Con el reciente incremento acelerado de la población reclusa de los últimos meses, es válido suponer que la cantidad de presos sin condena supera, por lo menos, el 80% de la población encarcelada.

3.2 Causas de los problemas de la cárcel en general.

A. IMPOSIBILIDAD DE LA RESOCIALIZACION.

El concepto de resocialización radica, básicamente, en la idea de que todo ser humano está sujeto a un proceso de "socialización". Si ese proceso falla, se originan "conductas desviadas" que el Estado debe corregir por medio de un control social reencausador.

El problema es que la resocialización se convierte en una intervención institucional sobre la persona, en condiciones de encierro obligatorio, y se ha comprobado que dicha intervención institucional, aunque se realice en las mejores condiciones, no puede evitar el deterioro que el encierro produce en los sujetos encarcelados, sencillamente porque

"no se puede enseñar a vivir en libertad, mediante el encierro".

B. PRISONIZACION.

Las personas encarceladas, poco a poco van aceptando la "subcultura de la cárcel" y por lo tanto, adoptan y reproducen las ideas, creencias, tradiciones y las normas de conducta propias de la comunidad de reclusos. Esto significa que se produce un deterioro progresivo en la personalidad de los individuos y por este motivo una persona mientras más tiempo permanece en prisión, tiene menos posibilidad de desarrollar alguna actividad útil dentro de la sociedad al recobrar su libertad.

Uno de los efectos más dañinos de la prisonización es la estigmatización o "etiquetamiento". Todo individuo que pasa por la cárcel queda señalado o manchado por el resto de su vida, o por un largo tiempo, siendo objeto de rechazo y discriminación tanto hacia su propia persona como hacia su familia.

C. LA CÁRCEL EN SI MISMA.

La cárcel, de cualquier clase que sea, es la causa natural de la prisonización y de la secuela de problemas que este genera. El encierro, aunque se produzca en las mejores condiciones materiales posibles, siempre producirá un cierto grado de deterioro de la personalidad.

4. LAS SOLUCIONES Y LOS PALIATIVOS.

Ante el fracaso del ideal resocializador y la generación de criminalidad proveniente de las prisiones, surgen dos posiciones radicales y antagónicas que son, por un lado, una

⁷ La Prensa Gráfica, martes 19 de septiembre de 1995, p. 5-A.

posición autoritaria que propugnan el uso de la cárcel como simple castigo, como una fortaleza de seguridad y de aislamiento sin importar las condiciones de los prisioneros. Por otro lado, la posición abolicionista que especula con la supresión de la cárcel.

Según nuestro criterio, ante ambas posiciones debe prevalecer una **POSICIÓN RACIONAL, DEMOCRÁTICA Y HUMANA** encaminada principalmente al logro de dos objetivos:

1. Sustituir la prisión, sea como pena o como detención provisoria, por otras medidas que no impliquen encierro de las personas y
2. Establecer un tratamiento humanitario en los casos en que la prisión, como ultimo recurso, no se pueda evitar. Las siguientes propuestas conllevan esta posición.

4.1 Solución de los problemas coyunturales o de las cárceles infrahumanas.

A. SUSTITUTOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

Estas son las primeras medidas que deben ser tomadas en cuenta, si se quieren solucionar y prevenir la sobrepoblación carcelaria y el conjunto de problemas derivados de ella. Se puede imponer una sola de ellas o varias en forma combinada. Por ahora, están previstas en el Art. 288 del Proyecto de Código Procesal Penal, y son las siguientes:

i) EL ARRESTO DOMICILIARIO.

Como su nombre lo indica se trata de una privación de libertad ambulatoria que se realiza en el domicilio, es decir en la residencia del imputado, o bien bajo la

custodia de otra persona y se puede ejecutar sin vigilancia oficial o con la que el juez designe.

ii) EL SOMETIMIENTO A VIGILANCIA.

Es una restricción a la libertad que consiste en que el imputado se obliga a someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, ante el juez, o ante la autoridad que este asigne.

iii) LA PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE EL JUEZ.

También es una restricción a la libertad, que consiste en que el procesado contrae la obligación de reportarse periódicamente ante el juez, o ante la autoridad que este designe.

iv) LA PROHIBICIÓN DE SALIR DE UN ÁMBITO TERRITORIAL.

Esta medida, restringe la libertad ambulatoria del imputado, en el sentido de que se le prohíbe salir del territorio nacional, de la localidad en la que él reside, o del ámbito territorial que el juez determine.

v) PROHIBICIÓN DE REUNIONES O VISITAS A LUGARES DETERMINADOS.

Mediante esta medida, se prohíbe al imputado concurrir a determinadas reuniones o visitar determinados lugares.

vi) PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN PERSONAL.

Esta restricción prohíbe la comunicación del imputado con determinadas personas. No significa una absoluta incomunicación, y tampoco puede afectar su derecho de defensa.

vii) CAUCIÓN ECONÓMICA.

Consiste en que el imputado otorgue una garantía económica adecuada, ya sea por sí mismo o a través de otra persona y por medio de depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

viii) CAUCIÓN JURATORIA.

Consiste en el juramento, o promesa del imputado, de someterse al procedimiento. Esta decisión excluye cualquier medida preventiva y se otorga cuando el juez considera que basta para evitar el peligro de fuga o de entorpecimiento de la causa.

B. RESTRICCIONES A LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

Son los requisitos que deben concurrir, esto es que se presenten todos ellos, y no solo uno o algunos, para poder decretar la prisión preventiva. Las principales restricciones están contenidas en el art. 285, del Proyecto de Código procesal penal, y son las siguientes:

- i) Existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado probablemente es autor o partícipe de un hecho punible. Esta probabilidad de autoría o participación, implica la existencia probada de un delito. No se trata de una simple "presunción" derivada de "elementos de juicio suficientes".
- ii) Existencia de una presunción suficiente, acerca de que existe peligro de fuga o de que sea posible que el imputado obstaculice un acto concreto de investigación. Las circunstancias que se deben tomar en cuenta para apreciar el peligro de fuga, y de obstaculización,

deben estar reguladas legalmente, tal como lo hace el anteproyecto del Código procesal penal en los artículos 294 y 295, con el fin de evitar la posible arbitrariedad judicial.

C. ASIGNACIÓN DE RECURSOS ADECUADOS.

Es indudable que la superación de los problemas coyunturales o infrahumanos de la prisión, requiere una suficiente asignación presupuestaria para el mantenimiento y desarrollo de los centros penitenciarios y, por lo tanto, para garantizar mejores condiciones de vida a los presos. Pero esta situación no debe llevarnos a pensar que el problema carcelario se resuelve solo con la construcción de más y mejores cárceles. Con ello, a la larga, lo que tendremos será solo más de lo mismo. A mayor cantidad de cárceles, más cantidad de presos, más hacinamiento, más problemas etc. Esta situación ha quedado plenamente ilustrada en recientes declaraciones públicas del sr. Ministro de Justicia, quien aseveró:

"...más de 10 millones de colones han sido invertidos en el Plan de Rehabilitación de Centros Penales, con el propósito de evitar el hacinamiento de estos...Con la Rehabilitación de cuatro centros penitenciarios se esperaba mejorar el sistema, pero en la actualidad este sector se encuentra mas sobrepoblado que cuando no se tenían los centros"⁸

4.2 Alivios a los problemas de las cárceles en general.

La única forma de erradicar por completo estos problemas sería la supresión de la

⁸ "Ministerio de Justicia reconoce crisis penitenciaria". Diario Latino, miércoles 8 de noviembre de 1995, p. 1.

cárcel. Pero mientras esto no sea posible, se pueden adoptar medidas que permitan prescindir del encarcelamiento en determinados casos, y tomar medidas paliativas en los casos en que el encierro no puede ser evitado, ya sea como consecuencia de una sentencia, o en la forma de detención provisional. Dichas medidas son las siguientes:

A. ALTERNATIVAS O SUSTITUTOS A LA PENA DE PRISIÓN.

Son sanciones penales que se imponen como reemplazo a la pena de prisión tomando en cuenta las características individuales del condenado, con el fin primordial de evitar el deterioro o prisonización de la persona. Entre las principales de ellas tenemos:

i) CONDENA CONDICIONAL O SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Consiste en que la sanción penal que se ha decretado mediante la sentencia condenatoria se deja sin efecto, bajo condición de que no se cometa un nuevo hecho delictivo. Generalmente se concede a delincuentes que delinquen por primera vez y en casos de delitos menores. Este sustituto de la prisión está regulado en el art. 87 del Código Penal vigente, pero su alcance es muy limitado.

ii) SERVICIOS A LA COMUNIDAD.

Se conoce También como PRESTACIÓN DE TRABAJO DE UTILIDAD PÚBLICA, tal como le denomina el Proyecto de Código Penal en el Art. 55, como su nombre lo indica, consiste en reemplazar la cárcel por la prestación de una obra o servicio que

beneficie a la colectividad, durante un tiempo determinado.

iii) ARRESTO DE FIN DE SEMANA.

(Art. 49 Proyecto de Código Penal) Es una pena privativa de libertad atenuada y consiste en la obligación del reo de pasar el fin de semana recluido en una institución penitenciaria. Su eficacia ha sido comprobada en países de nuestra región como México y Costa Rica.

iv) ARRESTO DOMICILIARIO.

Es una especie de prisión suavizada ya que el encierro se lleva a cabo en el domicilio o residencia del condenado y no en un centro penitenciario. Puede incluirse la vigilancia o custodia a cargo de un órgano policial. Aparece proyectado en el art. 50 del Proyecto de Código Penal.

v) INHABILITACIÓN (Arts. 58 y 59 Proyecto Pn.) También es conocida como INTERDICCIÓN, RESTRICCIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS.

Consiste en la suspensión del ejercicio de determinados derechos, que pueden ser familiares, profesionales, políticos o administrativos como la suspensión de la licencia de conducir. En nuestro país se les ha planteado como penas accesorias, pero no como sustitutos de la prisión.

vi) MULTA (Art. 51 Proyecto Pn.)

Es una sanción penal que afecta el patrimonio del condenado, conocida en todos los sistemas penales como una pena en sí misma, pero no como un sustituto de la pena de prisión.

B. DIVERSIFICACIÓN DE LA PRISIÓN.

Son modalidades de la prisión que se caracterizan por la ausencia del encierro permanente y por algunas condiciones similares a la vida en libertad. Las dos formas principales son la **PRISIÓN ABIERTA** y las **COLONIAS PENALES**.

i) PRISIÓN ABIERTA O GRANJAS PENALES.

Es una variante de la prisión que se desarrolla en establecimientos situados en el campo, generalmente dedicados a labores agrícolas, caracterizada por la ausencia de precauciones materiales contra la fuga, así como por un régimen fundado en la autodisciplina y en el sentido de responsabilidad de los reclusos hacia su comunidad.

ii) COLONIAS PENALES.

Son núcleos de población que se asemejan lo más que se pueda a un pueblo cualquiera, en el que los condenados pueden dedicarse a labores productivas y convivir con su familia.

C. ACORTAMIENTO DE PENAS.

Son medidas que tienden a reducir el tiempo del encierro como formas de estimular el buen comportamiento de reclusos, independientes de que estos se encuentren bajo un determinado tratamiento. Las principales formas son la **LIBERTAD CONDICIONAL** y la **LIBERTAD BAJO PALABRA**.

i) LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Es una forma de libertad anticipada que se otorga cuando el recluso ha cumplido ya una parte de la pena y ha observado un buen

comportamiento durante el encierro. Además se imponen una serie de restricciones para conservar dicha libertad adelantada.

ii) LA LIBERTAD BAJO PALABRA O "PAROLE".

Es semejante a la libertad condicional con la variante de que se otorga en cualquier etapa del cumplimiento de la condena. Además el liberado bajo palabra queda sometido a la vigilancia y tratamiento del personal penitenciario, como sociólogos, criminólogos o trabajadores sociales.

D. RÉGIMEN PENITENCIARIO PROGRESIVO.

Régimen penitenciario es el conjunto de normas, condiciones e influencias que regulan la convivencia y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, para procurar la obtención de los fines de la prisión. El régimen progresivo se caracteriza porque el tiempo total de la pena se divide en etapas, que van desde la adaptación al establecimiento, hasta la semi-libertad, y porque existe la posibilidad de recobrar la libertad antes de cumplir la totalidad de la condena.

E. TRATO PENITENCIARIO HUMANO.

Consiste en la intervención de un equipo interdisciplinario, en las áreas de salud, educación, trabajo social, psicología, etc., que atienda las necesidades de los internos, y que respete en todo momento la dignidad y la integridad personal de los mismos, con el fin de reducir los efectos de la prisionización.

F. JUDICIALIZACION DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

Esto significa aumentar el control de los jueces sobre la ejecución de la pena con el

fin de garantizar los derechos de los reclusos, y el cumplimiento de los fines de la cárcel establecidos en la Constitución.

G. PARTICIPACIÓN COMUNITARIA EN ASISTENCIA A LOS PRESOS Y LIBERADOS.

La participación comunitaria en apoyo a los presos y liberados, puede ir desde la tradicional asistencia material con ropa, alimentación, etc., hasta la constitución de centros de desarrollo integral para personas encarceladas y liberadas del sistema penitenciario, en los que, Además de aprender una profesión u oficio, aprendan También a ser empresarios y constituir sus propias empresas.

Esto último que parece una utopía, puede llegar a ser realidad. Lo que se necesita fundamentalmente es la decisión de una o mas personas que trabajen arduamente por realizar ese ideal, y conseguir el apoyo de algunas fuentes de financiamiento. En nuestro país existen experiencias increíbles de organización de esfuerzos y logro de resultados contra todas las adversidades y en periodos relativamente cortos, como el caso del "Polígono Industrial Don Bosco" creado en el corazón de la Comunidad Iberia, al oriente de la capital, en un sitio que apenas 8 años atrás era un basurero.

Un solo hombre, un sacerdote salesiano cuyo nombre me reservo por respeto a su propia modestia, ha sido capaz de levantar de los escombros todo un complejo industrial que cuenta con verdaderas fabricas de calzado, ropa, utensilios de aluminio, matricería industrial etc., en el que los miembros de la comunidad —muchos de ellos rescatados del alcoholismo, la drogadiccion y la delincuencia— son dueños, operarios y administradores de sus

propias empresas. Afortunadamente, la nueva idea que este sacerdote tiene es la de reproducir su experiencia con los presos y con los liberados del sistema penitenciario, lo que ya ha dado comienzo y podría potenciarse con el apoyo de otras personas e instituciones.

5. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LAS SOLUCIONES Y PALIATIVOS.

5.1 La cultura autoritaria y represiva.

Las soluciones y alivios planteados para la superación de la crisis penitenciaria, deben enfrentar una serie de obstáculos para su implementación. Uno de ellos es la cultura autoritaria y represiva no solo de los gobernantes de nuestro país, sino de gran parte de la población que se deja llevar por la idea de que el delito debe ser enfrentado con la mayor dureza posible, sin importar la vulneración de principios y derechos fundamentales. Es muy común encontrarse con opiniones que añoran los tiempos del General Maximiliano Hernández Martínez, a quien la voz popular le atribuye el fusilamiento sumario de muchos ladrones de poca monta atrapados in fraganti.

Quienes añoran el autoritarismo militarista, se olvidan que esos gobiernos también han sido responsables de los crímenes mas atroces cometidos contra personas indefensas e inocentes, así como de la persecución, represión, desaparecimiento y asesinato de miles de salvadoreños por el solo hecho de disentir ideologicamente con ellos.

5.2 La incoherencia de la política criminal del gobierno.

La política gubernamental frente al crimen y frente a la situación carcelaria,

crimen y frente a la situación carcelaria, presenta un doble rostro. Por un lado se promueve una reforma democrática e integral del sistema penal, a través de los Proyectos de Código Penal, Código Procesal Penal y Ley Penitenciaria, pero, por otra parte, públicamente se desprecia dicha reforma y se aplauden las medidas tradicionales de incrementar el número de cárceles y de vigilantes. En efecto, el Presidente de la República, al manifestar su oposición a la libertad condicional de los reos, ha sostenido “Preferimos construir las cárceles que sean necesarias pero no permitiremos más delincuentes en las calles”⁹, asimismo ha dicho:

“El nuevo estado democrático salvadoreño demanda más cárceles ante los grados de delincuencia que se viven...tenemos que poner tras las rejas, a todo aquel que delinque, a todo aquel que agrede con su accionar personal derechos de ciudadanos salvadoreños”¹⁰.

El fracaso de esta falsa solución en la que el gobierno está empeñado, ha sido reconocida por el Ministro de Justicia al decir:

“Con la Rehabilitación de cuatro centros penitenciarios se esperaba mejorar el sistema, pero en la actualidad este sector se encuentra más sobrepoblado que cuando no se tenían los centros”¹¹.

⁹ Presidente se opone a libertad condicional de reos”. Diario La Noticia, jueves 8 de septiembre de 1994, p. 5.

¹⁰ El Salvador necesita más cárceles para tratar la delincuencia”. Diario Latino, Miércoles 20 de septiembre de 1995, p. 4.

¹¹ “Ministerio de Justicia reconoce crisis penitenciaria”. Diario Latino, Miércoles 8 de noviembre de 1995, p. 1.

5.3 La indiferencia de los operadores judiciales.

Los graves problemas del sistema penitenciario no son responsabilidad exclusiva de una institución o sector en particular. El sistema penitenciario es solo un componente de un conjunto unitario denominado sistema penal, al que pertenecen todos los sujetos que tienen que ver con la Administración de la justicia penal, es decir, los policías, los fiscales, los jueces, los empleados judiciales, los titulares del Ministerio de Justicia y de la Dirección de Centros Penales, los comandantes y vigilantes de los establecimientos penitenciarios etc. Todos ellos comparten la responsabilidad en la situación de las cárceles. Incluso el Órgano Legislativo también tiene su cuota de responsabilidad, pues de él emanan, o deberían emanar, las leyes que permitan el orden y la justicia dentro de las prisiones.

Pero, en la práctica, ningún policía, fiscal, diputado o empleado judicial se siente responsable de los problemas de la cárcel. Todos se justifican bajo la idea de que “solo cumplen con sus obligaciones”, aunque eso signifique haber participado en la detención de una persona, sin mayores fundamentos jurídicos. El que esa persona pierda la vida, en un amotinamiento dos días después de que fuera remitido al centro penal, en pocas ocasiones causaría un peso de conciencia en los empleados o funcionarios que decidieron su detención.

6. CONCLUSIONES.

Para finalizar, permítanme recordar, ampliar y actualizar algunas de las conclusiones de un trabajo anterior, que fue publicado en

1994, ante la serie de motines carcelarios que se produjeron durante ese año.¹²

- a) La constitución de la República, establece el uso de la prisión con un fin preventivo y de tratamiento humanitario para los reclusos y no como una fortaleza de encierro y castigo. Cualquier forma de detención que vulnere los derechos esenciales de los internos e internas, es una detención ilegal, en tanto no cumple con el mandato constitucional.
- b) La cárcel, por su propia naturaleza, produce un proceso de deterioro de la persona, por lo que es necesario humanizar el uso de la misma, sea como sanción penal o como detención provisoria, bien por medio de paliativos a la prisión, o bien a través de sustitutos a la cárcel.
- c) Es falso que el gobierno puede poner “tras las rejas a todo aquel que delinque”, ya que por el carácter selectivo y estigmatizador del sistema penal, muchas personas son encarceladas, no por la gravedad de sus hechos, sino por la carencia de recursos que no le permitieron una eficaz y oportuna defensa; por otra parte, tampoco sufren prisión los que cometen los hechos más dañinos para la colectividad, como los delitos no convencionales y los crímenes de lesa humanidad.
- d) La sobrepoblación carcelaria y la secuela de problemas que esto genera, es

- e) La cárcel, aunque parezca increíble, en nuestro medio se ha convertido en una PENA DE MUERTE POR AZAR, ya que en los motines carcelarios, muchos internos fallecen por encontrarse en el momento y en el sitio equivocado, o por ser víctimas de venganzas personales de otros internos. Durante los amotinamientos que se produjeron entre Noviembre de 1993 y Agosto de 1994, es decir en un termino de 9 meses, 86 internos fueron víctimas de homicidio¹³.
- f) La reforma del sistema penitenciario debe partir de una concepción unitaria del sistema penal, realizando esfuerzos coherentes y simultáneos en las áreas penal, procesal penal y penitenciaria, tal como se pretende a través de los proyectos de ley que actualmente se discuten en la Asamblea Legislativa.

7. RECOMENDACIONES.

- a) Los centros de reflexión, principalmente la universidades, deben contrarrestar la cultura autoritaria y represiva, a través de campañas formativas que demuestren el riesgo para los derechos ciudadanos, implicados en el endurecimiento del poder penal.
- b) El gobierno de El Salvador, debe diseñar y mantener una política coherente con los principios de justicia y libertad, que fundamentan el Estado de Derecho y la concepción de una sociedad democrática.
- c) No se debe caer en la trampa de las propuestas tradicionales que propugnan

¹² Cfr. Martínez Ventura, Jaime: “Los problemas penitenciarios y las alternativas de solución”. III Congreso Estudiantil de Ciencias Penales. Derecho Constitucional y Derechos Humanos. San Salvador, 1994. Publicado también en cuadernos de la serie “Derecho y Democracia”, No. 2, de la Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho —FESPAD—, y en los periódicos “El Mundo” y “La Noticia”, agosto de 1994.

¹³ La Prensa Gráfica, viernes 9 de septiembre de 1994, p. 4-A.

exclusivamente por más construcción de cárceles, más vigilancia y, en general más recursos, ya que, como se ha demostrado, tarde o temprano esto solo conduce a generar “más de lo mismo”, el mismo problema, pero aumentado.

- d) Es urgente, que se incluya dentro de la nueva Ley Penitenciaria, el precepto denominado “principio de equilibrio penitenciario”, que consiste en un conjunto de normas orientadas a evitar la sobrepoblación de las cárceles. Para ello, retomamos la propuesta que oportunamente hicimos llegar al seno de la Asamblea Legislativa y que literalmente dice:

Sobrepoblación. El Director General clasificará los Centros según su capacidad de alojamiento y establecerá el máximo de personas que cada uno de ellos puede alojar. En ningún caso se podrá alojar a más internos que los previstos en dicha clasificación.

Cuando se excediere la capacidad de la totalidad de los Centros penitenciarios o de alguno en particular, el Director General se presentará inmediatamente ante los jueces de Vigilancia Penitenciaria y Ejecución de la pena solicitando se restablezca el número de la población penitenciaria admisible según la ley. Los jueces deberán ordenar las medidas necesarias para reducir la sobrepoblación y a tal efecto podrán ordenar traslados, sustituir la pena de

prisión por otras penas, conforme lo previsto en el Código Penal, sustituir la detención provisional por otras medidas de coerción o solicitar el indulto o la conmutación.

Cuando alguno de los centros tuviera una población equivalente al noventa por ciento de su capacidad, el Director General deberá informarlo inmediatamente al Juez competente y al Procurador para la defensa de los Derechos Humanos, quienes transmitirán la información a todos los jueces y tribunales.

Sin perjuicio de ello, deberá presentar un informe a la Asamblea Legislativa, a fin de que se tomen las previsiones presupuestarias necesarias para ampliar la capacidad de la Administración Penitenciaria.

Así mismo cualquier interno o asociación de ciudadanos podrá denunciar ante los jueces de Vigilancia y Ejecución de la pena la situación de sobrepoblación carcelaria.

- c) El gobierno y las organizaciones de la sociedad civil deben promover la participación comunitaria en apoyo a la reinserción de presos y liberados, ya que dicha participación es indispensable para el recibimiento en libertad de quienes sufren o han sufrido prisión, y un elemento básico para la reducción de la reincidencia delictiva y, por ende, para el logro de la seguridad ciudadana.

*Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal**

Alberto Binder*

I. INTRODUCCIÓN

El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina¹ ha renovado la preocupación por el Ministerio Público penal.² Diversos países en los últimos años (Argentina, Bolivia, Chile, Perú, Ecuador, Colombia, Costa Rica, El Salvador,

Guatemala y otros) han reformado total o parcialmente la legislación sobre el Ministerio Público o han intentado realizar cambios más o menos sustanciales a través de proyectos legislativos que se encuentran en discusión parlamentaria o, finalmente, se hallan debatiendo sobre el futuro del Ministerio Público, en especial en su función

* Reproducido con la venia del autor, de "El Ministerio Público: para una nueva justicia criminal", Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales en el Santiago de Chile, 1994, Ps. 65-88.

* Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Secretario del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales —INECIP— de Argentina, Colaborador académico del Centro de Estudios Penales de El Salvador —CEPES—.

¹ El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina si bien no constituye una línea de pensamiento única, si se puede decir que forma un conjunto de preocupaciones e ideas compartidas por sectores intelectuales y políticos, con gran sustento en un sentimiento social extendido de crisis y agotamiento del sistema inquisitivo. El establecimiento de juicio oral, pero también una

profunda modificación del sistema de investigación y la democratización de la administración de justicia, tanto en el sentido de nuevas reglas internas de relación y administración como en el sentido de nuevas formas de legitimación social dentro del conjunto de las instituciones republicanas son algunas de sus características principales. Este movimiento de reforma se manifiesta en la casi totalidad de los países de América Latina y su intensidad está íntimamente ligada a la dinámica política de cada uno de ellos.

² Nos referimos con exclusividad a la función penal del Ministerio público, pese a que todavía —y esto es fuente de muchas confusiones e imprecisiones— se le asignan al Ministerio Público funciones tan diversas como la representación en litigio civil del Estado y, en algunas legislaciones, la asesoría jurídica a la Administración pública.

penal. Por supuesto, todos estos proyectos se enmarcan dentro de lo que se ha llamado "la crisis de la administración de justicia"³ y pretenden constituirse en una de las respuestas a esa crisis, aunque todavía no esté muy claro cómo el Ministerio Público puede contribuir a palear esa crisis.

Llama la atención, sin embargo, cierta asimetría entre la intensa actividad legislativa o la discusión parlamentaria y la no tan abundante discusión teórica sobre sus problemas o la falta casi total de investigaciones empíricas sobre el fundamento de esta institución. Si ha existido discusión política —y en gran medida sigue existiendo dicha discusión—, pero ella ha girado alrededor de elementos emocionales, contenidos en la mayor o menor confianza en el Ministerio Público o en su actuación política reciente.

Una vez más nos encontramos con el hecho de que la dinámica de los procesos sociales, su complejidad y la misma crisis de los esquemas tradicionales del análisis político nos dificulta hallar las causas de esa asimetría. Es posible que una primera razón se halle en el hecho de que el Ministerio Público penal no ha sido objeto de preocupación intelectual en América Latina. Existen algunos estudios sobre su funcionamiento, pero ello se debe más a preocupaciones personales, alguna crisis circunstancial o cambios menores en su legislación que a una constante actividad intelectual. Se puede decir que él no ha sido uno de los protagonistas del desarrollo de la doctrina constitucional y procesal penal y

mucho menos ha motivado algún desarrollo doctrinario independiente. Ni la teoría constitucional se ha preocupado demasiado de él ni la dogmática procesal le ha asignado otro papel que el de su inclusión como uno más de los sujetos procesales. Al no existir una tradición científica en relación al Ministerio Público la reflexión teórica actual está condicionada y, en cierto modo, gira en un vacío teórico.

Ello no quiere decir que no existan estudios en otros países sobre los diferentes problemas que enfrenta y genera el Ministerio Público —la producción norteamericana es, en este sentido, la mejor muestra— pero ellos no han sido moneda corriente en los círculos estudiosos de América Latina. Además el Ministerio Público está tan íntimamente ligado al funcionamiento global del Estado y a su "atmósfera" institucional que se hace más notoria la ausencia de una reflexión profunda "desde" América Latina, desde su realidad política y su cultura ciudadana. La producción doctrinaria extranjera sobre el Ministerio Público prácticamente no ha sido absorbida por nuestros países.

Otro factor que condiciona el análisis del Ministerio Público —íntimamente ligado al anterior— es su pobre actuación institucional. En la mayoría de nuestros países se puede decir que desde una perspectiva "activa" él no ha causado mucho daño, no es el principal —y a veces ni siquiera secundario— responsable de las políticas de persecución o impunidad. En este campo su responsabilidad en relación a la de otros sectores estatales o en relación a la misma Administración de Justicia es mínima, es secundaria y tangencial. Esto no quiere decir que no tenga responsabilidades o que su omisión no tenga valor político pero, pese a que la población no siempre lo perciba así, no es común que el Ministerio Público haya liderado alguna política constante de

³ Ver Binder Alberto: "Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica", en "Reformas Procesales en América Latina", CPU, Chile, 1993, pág. 67-95. Asimismo, "Estrategias para la reforma de la Justicia Penal", en Justicia Penal y Derechos Humanos", CEAS, Lima, Perú, 1992.

persecución. En esos casos - y en especial durante la época del Terrorismo de Estado - ha sido mucho más comprometida con los regímenes dictatoriales la actuación de los jueces.⁴

Ciertamente ha sido una institución ausente y ello genera responsabilidad, pero si contabilizáramos todas las "ausencias políticas" de las instituciones judiciales en Latinoamérica, haríamos tabla rasa del pasado e intentaríamos construir un nuevo poder judicial.

Llama la atención, también, la desconfianza que genera el Ministerio Público. A pesar de que las críticas a la administración de justicia sean profundas; que se acuse a los jueces de pasivos, burócratas, pusilánimes, etc., se prefiere a ellos antes que al Ministerio Público. No encuentro demasiados elementos racionales para justificar esa preferencia. La actuación del poder judicial en la década del terror nos debería haber dejado algo más que un sabor amargo, pero sin embargo la figura del juez tiene todavía una fuerza moral - que hunde sus raíces en las más antiguas tradiciones de occidente - que no tiene ni se puede transferir al Ministerio Público.

En definitiva, el Ministerio Público es una institución raquítica, acerca de la cual poco sabemos, que no hemos estudiado, que no tiene perfil político propio, sin una historia importante y que genera desconfianza entre los ciudadanos. El panorama no puede ser más desolador y sin embargo estamos aquí cifrando bastantes expectativas sobre la capacidad del Ministerio Público para ayudar a superar la crisis judicial. ¿Puede el

Ministerio Público en América Latina contribuir a superar esa crisis? ¿Es razonable cifrar alguna esperanza en esta institución? Estas preguntas siguen pendientes y creo que muchos cambios legislativos se han realizado sin una adecuada respuesta a ellas. Pretendemos modificar el Ministerio Público sin haber problematizado suficientemente su situación.

2. MINISTERIO PÚBLICO Y CONTEXTO PROCESAL: DISFUNCIONES DENTRO DEL SISTEMA INQUISITIVO

Se ha señalado que uno de los ejes de la reforma del proceso penal del siglo XIX fue la introducción del Ministerio Público.⁵ Reforma que, como sabemos, significó una suavización del sistema inquisitivo mediante la incorporación de algunos elementos del sistema acusatorio, tales como el juicio oral y público y en algunos casos los jurados. Pero el núcleo del sistema inquisitivo quedó intacto (a través del mantenimiento de la instrucción judicial y, en especial, del juez inquisidor) ya que él no sólo es un sistema procesal sino uno de los modelos autoritarios de política criminal más persistentes, que ha generado una cultura propia — que todavía está vigente —, sustentada en consideraciones morales y religiosas (la lucha contra el mal y el imperio del bien) profundamente arraigadas en la cosmovisión judicial.⁶

⁵ Ver Claus Roxin: "Posición jurídica y tareas del Ministerio público", en "El Ministerio público en el proceso penal", varios autores, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, pág. 39.

⁶ Si bien han existido estudios sobre la ideología de los jueces, no se ha profundizado a mi juicio sobre todos los componentes de lo que, sólo figuradamente, podemos llamar "cosmovisión judicial". En principio, me parece importante

⁴ Ello se comprueba con la lectura de los informes de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (Conadep), "Nunca Más" en Argentina, el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Informe Rettig) y "De la locura a la esperanza" informe de la Comisión de la Verdad en El Salvador.

Sin embargo, el Ministerio Público, pese al más de un siglo existencia desde su origen francés⁷ no ha desarrollado una fortaleza institucional relevante. Maier lo ha calificado de un "adolescente" que no logra crecer demasiado porque es un híbrido que lleva dentro de sí contradicciones evidentes. "Por lo tanto dice Maier —, la función del Ministerio Público penal, su posición institucional, su organización y su tarea en el procedimiento seguirán siendo conflictivas y motivo de debates ásperos que, a mi juicio, sin resolver el problema primario, solo posibilitarán por el momento, soluciones coyunturales, según la preferencia política del legislador o del jurista teórico o práctico en el caso general que se le presenta a examen, esto es, soluciones de compromiso dentro de un sistema que, en sí, es caótico y reniega de su reducción a ciertos principios analíticos más generales, que ordenan todo el sistema".⁸

Esta opinión de Maier apunta el meollo del problema y puede ser tan realista como pesimista, según se considere cual es "problema primario". Si — como sostiene

separarla de la "cultura jurídica" de un país, ya que esta es solamente una parte de la cosmovisión judicial y no siempre la más importante. No se ha destacado por ejemplo, la importancia de la cultura organizacional, la cultura propia de los tribunales como sistemas administrativos u organizaciones. En este sentido me parece imperioso indagar este tema desde el punto de vista de los estudios que se han realizado desde la teoría administrativa o la psicología social de las empresas.

⁷ Pese a que existen variados antecedentes históricos sobre el funcionamiento de distintas formas de funcionarios semejantes a los fiscales, el Ministerio público del cual estamos hablando tiene un indudable origen en las reformas y contrarreformas judiciales que giran alrededor de la revolución francesa. Ver, Julio Maier: "El Ministerio público: un adolescente", en varios autores, *El Ministerio público*, cit. pág. 29.

⁸ Maier, op. cit. pág. 35.

Maier — el problema primario es el poder penal del Estado y la persecución penal pública,⁹ entonces el problema del Ministerio Público penal no tendrá solución dentro de nuestro horizonte histórico; si, por el contrario, definimos el "problema primario", no ya como la abolición del poder penal mismo, del monopolio estatal en la persecución pública sino solamente como la abolición del "modo inquisitivo de ejercer ese poder penal del Estado" que como ya he señalado no es una cuestión procesal sino una de las "formas" culturales de ejercer ese poder penal y la persecución pública,¹⁰ la solución del problema del Ministerio Público no pierde fuerza y adquiere cierta posibilidad histórica de realización.

La diferencia no es de palabras ni de mayor o menor repudio al poder penal. No es este el lugar para desarrollar el problema del poder penal en su conjunto, pero creo que es necesario distinguir niveles. Ciertamente el conflicto penal es un conflicto

⁹ Maier, op. cit. pág. 34. La crítica de Maier al poder penal del Estado, por lo menos en su configuración a partir de la creación de los Estados Nacionales que dan nacimiento a la Edad Moderna es persistente y puede ser analizado en su "Derecho Procesal Penal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, o en "La víctima y el sistema penal", en varios autores, "De los delitos y las Víctimas", Buenos Aires, Ad. Hoc. 1992.

¹⁰ Que el "sistema inquisitivo" no es sólo un modelo procesal, lo demuestra el hecho de que las principales regulaciones formales de tal sistema se preocupan de muchos aspectos más que los simplemente procesales (lo que hoy llamaríamos problemas penales sustanciales, penitenciarios, de prueba e, incluso, criminológicos). Se puede observar este carácter integral del sistema inquisitivo en el "Malleus Maleficorum", especie de tratado general sobre la inquisición, aunque referenciado directamente a la persecución de "brujas y herejes" que constituyó la base ideológica y política del sistema inquisitivo durante mucho tiempo.

interpersonal, básicamente lo es, aún cuando hablemos de bienes jurídicos colectivos, porque en ellos subyace una pluralidad de conflictos interpersonales. Desde esta perspectiva no creo que haya existido o pueda existir sociedad humana indiferente a esos conflictos, normalmente definidos por su mayor intensidad¹¹. Es decir, siempre ha existido una instancia **superpersonal** de intervención en esos conflictos, con mayor o menor poder, con una mayor o menor cuota de violencia, teniendo en cuenta, claro está, que el concepto de violencia es también un concepto cultural.

Cuando decimos, por ejemplo, que en el derecho germánico un homicidio no afectaba sólo a los parientes cercanos sino a todo el clan, lo único que estamos diciendo es que esa instancia política — el clan — se sentía con autoridad para intervenir en ese conflicto. Y cuando decimos clan, queremos decir sus jefes, sus representantes políticos.

Lo mismo se podría decir de sociedades más primitivas, o del señor feudal, de la ciudades libres o de la organización colonial. Ya podemos decir lo mismo, incluso, de organismos internacionales como la ONU, la OEA y otras entidades de verificación internacional.

Por ello, existe un concepto de poder penal del Estado que se confunde con la idea de poder punitivo supraindividual. Si lo que se quiere es poner el problema del Ministerio Público en la perspectiva de la abolición de

ese poder, entonces creo que el problema no tiene solución ya que el Ministerio Público siempre agravará la situación y producirá un fortalecimiento de “ese” poder del Estado. Desde una perspectiva abolicionista radical no se vislumbra qué función le podemos asignar al Ministerio público o que ganaríamos creando o fortaleciendo a esa institución, ni siquiera en una política de transición hacia una drástica reducción del poder penal.

Ahora bien, parecería que lo que sostiene Maier es más limitado se trata de la perspectiva del poder penal de “este” Estado. Entendiendo por tal “la irrupción en el mundo de una forma de organización social característica, creadora de un poder político centralizado, que aleja a los habitantes bajo su dominio del ejercicio efectivo, cotidiano y local de su influencia política para convertirlos en súbditos de ese poder — de la organización del Estado —, obligados a respetar mandatos y prohibiciones heterónomas a ellos, acuñados con menor o mayor precisión por la instancia política centralizada, esto es, a partir del nacimiento y desarrollo del Estado central moderno”¹². Sin ninguna pretensión crítica creo que es necesario precisar un poco más el concepto ya que no es posible establecer una relación lineal entre el Estado-Nación del siglo XVI y el Estado moderno. Mucho más clara es esa línea de relación entre el Estado burgués que nace luego de la Revolución Francesa. El Estado del proceso industrial, en definitiva, el Estado fundado en el logos de la “Aufklärung”, está mucho más directamente vinculado con las realidades del Estado actual. En este sentido, la crítica de Marx a la burguesía ilustrada que había dejado inconclusa la revolución, estableciendo principios que luego no se con-

¹¹ Pareciera que el concepto de conflicto es tan connatural a la idea de sociedad como el de asociación. En este sentido es llamativa la posición de Levi-Straus, para quien toda organización social debe organizar de algún modo sus prácticas sexuales y ello implica la aparición de la prohibición del incesto, como la norma prohibitiva primaria, aunque cada cultura define el incesto y organice las relaciones sexuales de un modo diferente.

¹² Maier, op. cit. pág. 17.

cretaban totalmente en la practica social (democracia económica, igualdad real, etc): en definitiva el drama histórico que se manifiesta en Robespierre, las “leyes de ventoso”, el “terror” y la revuelta de Termidor que lo conducirá a la guillotina. Allí esta perfilado más claramente el Estado moderno que en el Estado constructor de las nacionalidades europeas modernas.

En este sentido, el Ministerio Público sí es hijo de la revolución¹³, tan hijo es que lleva sus contradicciones e hipocresías. La transacción que llevó a que las viejas aspiraciones de cambio — no olvidemos que Michael Foucault señaló que la Revolución Francesa fue también una revuelta contra el sistema judicial—, basados en la vuelta al viejo sistema europeo (ya por entonces solo vivo en Inglaterra y los E.U.), sólo produjeran una suavización pero también una revitalización del sistema inquisitivo (por ello se prefiere hablar del “inquisitivo reformado”, antes que de “procedimiento penal mixto”).

Más que en el Estado-Nación de los reyes católicos estamos todavía parados sobre el Estado de la Ilustración y la convergencia de sistemas que tanto ha señalado la Escuela de Frankfurt¹⁴ nos demuestra que en el fondo hay una cuestión cultural, una civilización que es la que hoy está en cuestión (crítica a la modernidad, crítica el “logos” occidental, crisis del “cogito” cartesiano).

Sin embargo, en esa perspectiva, el problema del Ministerio Público **tampoco**

tiene solución, si por “solución” entendemos que sobre esa crítica pueda “emerger” el nuevo Ministerio Público. Entonces, si la construcción del nuevo Ministerio Público no puede proyectarse sobre la crítica al poder penal y tampoco puede proyectarse sobre la crítica al poder penal del Estado moderno de la ilustración, ¿cuál es la perspectiva político-cultural que más permite pensar en un Ministerio Público sobre bases más profundas que las puramente organizativas.

Creo que esa perspectiva no puede ser otra que la crítica al modelo inquisitivo de ejercer el poder penal. Modelo inquisitivo que, insisto, no es solo un modelo procesal sino una forma global de pensar y ejercer el poder penal, que por supuesto, forma parte del Estado moderno de la ilustración, pero como arrastre de la viejas estructuras. En definitiva, el horizonte critico se debe proyectar sobre los componentes inquisitivos que ingresaron por la vía del retroceso político — o la conciliación, como se prefiera — en la constitución del Estado posterior a la Revolución francesa y que en el ámbito latinoamericano significó, de hecho, la pervivencia casi absoluta del viejo sistema inquisitivo-monárquico. Por supuesto esta perspectiva es modesta ya que, a los efectos de la construcción de un nuevo Ministerio Público, no pone en cuestión el poder penal y ni siquiera trata de resolver muchos de los problemas de centralización de ese poder penal; pero de la “modestia” de esta perspectiva nace su fuerza, su posibilidad de una crítica **concreta** a un poder penal **concreto, tangible en este momento histórico**, ya que es el que **ahora** se está ejerciendo en nuestras sociedades.

Sobre esta perspectiva se abre a mi juicio la aparición básica frente a la cual nos encontramos: o un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo o un

¹³ Llamar al Ministerio público “hijo de la revolución” (la metáfora le corresponde a Hans Gunther, “Staatsanwaltschaft, Kind der Revolution, Frankfurt/Main, 1973), señala la refundición francesa de este instituto. Claro está, las instituciones sociales nunca nacen del vacío, son el resultado de múltiples influencias, todas ellas de raíz histórica.

¹⁴ Horkheimer, Adorno, en especial Marcuse.

Ministerio Público que ponga **en cuestión** y quizás ayude a destruir el modelo inquisitivo de ejercicio del poder penal.

Debe quedar claro que cualquier pretensión de preocuparse del Ministerio Público por fuera del contexto político-cultural (como a veces pretenden hacerlo ciertos programas de fortalecimiento institucional) está condenado a fortalecer muchos de sus vicios. Ahora bien ¿cuál es ese contexto político cultural? Ya lo hemos dicho, es el sistema inquisitivo. Pero dentro de ese contexto ¿qué función propia cumple el Ministerio Público penal? Pareciera que ninguna y eso es lo que llevó a algunos países—como Chile y Honduras—a suprimir sustancialmente esa institución. La reconocida frase de que el Ministerio Público es en el proceso penal la quinta rueda del carro, que solamente demora el proceso sin que aporte nada significativo es una realidad cotidiana en la mayoría de los países latinoamericanos. No sólo no aporta nada en la investigación, por ejemplo, sino que tampoco cumple alguna función importante en la preservación de la imparcialidad del juez. No olvidemos que la adopción del sistema acusatorio formal, tenía como propósito fundamental evitar la contaminación del juez mediante la concentración de funciones. La irrelevancia de la actividad del Ministerio Público— aún en aquellos sistemas que le otorgan el monopolio de la acusación e, inclusive, en los sistemas que adoptaron el sistema mixto — ha hecho que no pueda impedir dicha contaminación, que se filtra a través de los actos de instrucción jurisdiccional.

Inclusive en el proceso inquisitivo se ha invertido lo que debía ser la relación básica. Es el juez quien investiga (o hace que investiguen) y el fiscal “*dictamina*”, es decir, opina sobre el valor de esa

investigación. ¿Es, entonces, el Ministerio Público un control sobre la administración de justicia? Esta idea no es tan alocada porque existen legislaciones que le han asignado al Ministerio Público la función de “vigilar si los tribunales aplican correctamente la ley” (¿?). La atribución de la tarea de “garante” de la legalidad, una de las opciones posible en la construcción del Ministerio Público—señalan Roxin—no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso penal angloamericano, sino para ser “custodio de la ley”. Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”.

El Ministerio Público latinoamericano no ha hecho ni una cosa ni la otra; ni ha sido garante de la legalidad ni ha sido un investigador. Pero ello no es un problema de negligencia de las sucesivas generaciones de fiscales. Esta falta de funcionamiento se debe a que en la práctica Latinoamericana no se ha salido de la cultura básica del sistema inquisitivo. Ese suave deslizamiento que se produjo en Europa a partir del Código francés de 1808 y que en las últimas dos décadas ha dado otro paso importante (Alemania, Italia, Portugal, Procedimiento abreviado español, etc.) ha sido casi imperceptible en nuestros países.

En América Latina la cultura judicial es inquisitiva como lo era en la España de Felipe II y dentro de ella el Ministerio Público no es un adolescente, es un extraño, un convidado de piedra; el invitado a una fiesta (por que está allí, ha sido invitado) pero que nadie sabe para que está o que se espera de él.

Por supuesto el Ministerio Público se organizó sobre la base de esta oscuridad institucional y adquirió un tipo de **organización refleja**. Su identificación con el modelo de organización judicial fue completa y así tenemos fiscales de primera instancia, fiscales de cámara, aunque la idea misma de “competencia”, ligada al principio de juez natural carezca de sentido para el Ministerio Público. Asimismo cada fiscalía se organizó según el modelo del juzgado y su fiscal pasó a formar parte de una carrera judicial o cuasijudicial.

¡Vaya paradoja! La institución extraña al sistema inquisitivo, la que según Roxin cobró vida como “medio de liberación ciudadana” frente a las arbitrariedades monopólicas del inquisidor, adoptó en nuestro continente los principios, modalidades y vicios de la cultura inquisitiva. Hoy todavía no sabemos, en qué medida, el Ministerio Público es también una reserva de cultura inquisitiva.

Frente a este panorama, vale hacerse esta pregunta ¿puede el Ministerio Público aportar algo positivo a la crisis judicial? ¿Puede ayudar a derribar la cultura inquisitiva? ¿Puede existir continuidad entre el Ministerio Público penal actual (que siguiendo con la metáfora orgánica puede ser considerado con sus más de cien años, un viejo decrepito que absorbió los vicios del “Ancien Régime”, con el Ministerio Público que necesitan nuestros países? ¿Qué Ministerio Público, entonces?

No pretendo en este trabajo responder a esas preguntas, básicamente porque no tengo las respuestas, pero sí quiero llamar la atención sobre la necesidad de profundizar la reflexión, por lo menos profundizarla hasta el punto en que no se vuelva paralizante y nos excluya, por consiguiente, del proceso político de transformación, que tiene su propia dinámica y que no siempre puede esperar la claridad para comenzar a actuar.

3. DISCUSIÓN DE MODELOS VS. DISCUSIÓN DE PROBLEMAS

El título de esta sección pareciera contradictorio con la línea argumental de esta nota. Hasta aquí la preocupación principal ha sido la de tratar de determinar cual es el marco general sobre el cual elaborar un modelo de Ministerio Público apto para nuestras realidades políticas. ¿En qué medida una discusión de modelos se enfrenta a una discusión de problemas?. Básicamente se enfrenta en la forma de construir un modelo.

Cuando hablamos de un modelo de Ministerio Público un modelo de Justicia penal fundamentalmente estamos hablando de la **estructura básica** de esa organización: estructura básica que no se identifica con sus reglas organizativas sino que incluye desde los objetivos básicos de índole política, las reglas de funcionamiento, su perfil de personal y su cultura organizativa. Una vez más el enfoque de sistemas nos es útil para abarcar esta totalidad compleja que es una institución política.

Cuando hablamos de “discusión de modelos” no queremos darle un sentido peyorativo, ni desmerecer la función crítica o constructiva de los modelos menos aún, hacernos eco de cierto chauvinismo demagógico, que pretende “reinventar” el agua azucarada con un ridículo sello nacional, desconociendo el valor de la transferencia de experiencias entre los países. Sin embargo últimamente ha existido una cierta tendencia en América Latina a superficializar las discusiones mediante la confrontación de ideas demasiado globales. Por ejemplo, la discusión sobre la estructura de las fases preparatorias — quizás la etapa más compleja del proceso — se ha convertido en un debate — muchas veces

estéril — entre la “investigación a cargo del Ministerio Público” o el mantenimiento del juez de instrucción. Dicho debate es un debate necesario, siempre que sea un debate acerca de como una u otra forma de organización de la instrucción resuelve ciertos problemas procesales. Por ejemplo, la endémica sobrecarga de trabajo, la falta de control sobre la investigación, la formalización de los actos de investigación, la conversión automática del sumario en prueba, la delegación de funciones, la defensa durante las etapas policiales, el acceso a la información, las relaciones con los medios de prensa, las medidas cauterales, las salidas procesales alternativas, el régimen de la acción, el control de la prisión preventiva, la duración del proceso; en fin, numerosos problemas que son los verdaderos problemas procesales. Si la discusión de modelos no es un mecanismo para discutir como, por ejemplo, la entrega de la investigación el Ministerio Público permite solucionar esos problemas o como la permanencia del juez de instrucción los mantiene o repotencia, entonces esa discusión de modelos es contraproducente y superficial.

Buena parte de la discusión ha girado alrededor del carácter jurisdiccional o no de los actos de investigación y poco se ha esclarecido acerca de la naturaleza y diferencias de los actos de investigación y el concepto más comprensivo de actos de instrucción. O se ha discutido acerca de la constitucionalidad de la entrega de la investigación al Ministerio Público sin indagar con profundidad el modelo constitucional de administración de justicia y, en especial, la función de los jueces; al contrario, cuando se pretende determinar el contenido de lo propiamente jurisdiccional se recurre a los códigos inquisitivos para los

cuales todo es jurisdicción, inclusive el más pequeño atestado en un acta. “Quod non est in acta non est in mundo” y por lo tanto la creación de la realidad le compete al juez de instrucción creador y omnipotente.

La oposición entre discusión de modelos y discusión de problemas no es una oposición conceptual ni ineludible; es una manifestación de las características de la discusión en nuestros países. Por ello es necesario recuperar la **centralidad** de los problemas procesales en la discusión política y científica. Solo a partir de esta centralidad de los problemas considero posible construir un modelo de Ministerio Público penal que sirva de referencia para la transformación de esta institución.

Creo poder resumir las dos ideas básicas expuestas hasta ahora del modo siguiente:

1. El marco político-cultural adecuado para el diseño de un nuevo Ministerio Público es la crítica a la forma inquisitiva de ejercer el poder penal y a la cultura que le es propia, que en nuestros países contiene tanto elementos de la ilustración como viejos resabios monárquicos del “Ancien Regime” aunque estos últimos sean los determinantes.
2. La necesidad de actuar con uno o más modelos de referencia no nos debe llevar a olvidar la finalidad de la construcción de cualquier modelo sobre el Ministerio Público. Partir de los problemas y de la situación real que los origina, para llegar nuevamente a esos problemas. En esta perspectiva la construcción de un modelo significa la estructuración, la armonización de un conjunto de soluciones a problemas concretos. Discutamos los problemas para construir un modelo: construyamos un modelo para solucionar los problemas.

4. PROCESO, POLICÍA, SOCIEDAD. TRES DIMENSIONES PROBLEMÁTICAS PARA EL MINISTERIO PÚBLICO.

4.1. La participación del Ministerio Público en la instrucción.

El proceso penal se debe estudiar alrededor del juicio. Un juicio que responde a ciertas características culturales y políticas, que se manifiestan en los principios de inmediación, concentración, continuidad, publicidad, defensa y contradicción. La oralidad es el medio de preservar esos principios. Este es el credo básico del movimiento de reforma de la justicia penal en Latinoamérica.

De la misma idea de la importancia del juicio nace la complejidad de las fases preparatorias. Del modo como se organicen esas fases preparatorias dependerá, en gran medida, la preservación del juicio. En la lucha entre el "sumario" inquisitivo y el juicio oral republicano que se manifestó en el sistema mixto francés, hasta ahora, ha ganado ampliamente el sumario inquisitivo.

Las fases preparatorias, más allá de la organización concreta que adopte cada sistema procesal, pueden ser divididos en dos etapas: una es la instrucción y otra la fase intermedia. La primera es la netamente preparatoria; la segunda es la fase de control, crítica instructoria, análisis de los fundamentos de la acusación

La segunda etapa preparatoria es fundamentalmente un control sobre la acusación y por lo tanto en gran medida **actividad externa** al Ministerio Público o control sobre sus actos.

El problema queda reducido a la fase propiamente preparatoria, a la que comúnmente llamamos instrucción. Pero esa etapa es compleja. ¿que significa preparar el juicio? Significa diversas actividades:

1. Preparar la acusación del fiscal
2. Preparar la acusación del querellante
3. Decidir cuestiones incidentales (excepciones)
4. Preparar la defensa
5. Decidir sobre las medidas cautelares
6. Preparar anticipos de prueba o prueba jurisdiccional.

Básicamente las actividades durante la instrucción se agrupan en esos rubros y podemos ver que cualquier redefinición del rol del Ministerio Público poco tiene que ver o, al menos, no se relaciona directamente con la mayoría de las actividades señaladas. No está en discusión el que el Ministerio Público deba realizar por sí mismo actos irreproducibles— que por su ausencia siempre requieren participación del juez—, o que a él le corresponda tomar decisiones para resolver algún incidente y menos aun tiene una relación directa con las otras actividades ya que se podrá discutir sobre algunas facultades coercitivas del Ministerio Público pero nadie sostiene que él deba dictar la prisión preventiva.

En consecuencia, el problema queda reducido (¿reducido?) a la preparación de la acusación del fiscal. El dilema es el siguiente: ¿el fiscal por sí mismo debe preparar su acusación o se la debe preparar el juez? Por supuesto este dilema tiene sentido si el proceso requiere la acusación para la apertura a juicio, porque si no es así el Ministerio Público no tiene razón de ser. Volviendo al punto ¿debe preparar la acusación el fiscal mismo u otro funcionario lo debe hacer por él, por ejemplo, el juez de instrucción?

Planteado de esta forma la cuestión parece tan sencilla, tan fácil de responder que no se explica como alrededor de este problema puede existir un gran debate en toda Iberoamérica.

¿Cuál es el problema que subyace a este dilema? La clave de comprensión se encuentra en los fines no manifiestos, en los fines reales de la instrucción. En la lógica de la mayoría de las Constituciones existe una oposición básica: poder penal/juicio previo. Esta oposición ha pasado bastante desapercibida y de ese modo el poder penal "esquivó" al juicio previo. La instrucción es la etapa del proceso a través de la cual se ejerce la mayor (mejor dicho la casi totalidad) parte del poder penal. El fenómeno del "preso sin condena" o, mejor dicho, el "preso sin juicio" es la demostración indubitable.

Vemos, pues, que si bien en términos conceptuales la discusión se ha planteado alrededor de quien debe preparar la acusación, es decir, tener a su cargo la investigación preparatoria, el problema real no es que el fiscal prepare su acusación sino tras esa discusión se esconde la posibilidad de desmontar la instrucción como aparato incontrolable del poder penal o la lucha por su conservación, ya que ha demostrado ser el modo más eficaz de ejercer el poder penal por fuera del sistema de garantías.

La tarea básica es, en consecuencia, desmontar la instrucción y rescatar la oposición básica del poder/juicio previo, esencia de una justicia republicana y uno de los pilares del Estado de Derecho.

Esto nos demuestra que la discusión sobre el rol del Ministerio Público es una discusión derivada, ya que la verdadera discusión debe girar alrededor de la función de la instrucción, de este esquema que se produce en los códigos procesales de corte inquisitivo. La pregunta es, en consecuencia, ¿cómo puede el Ministerio Público ayudar a desmontar la instrucción inquisitiva? Creo que la respuesta es compleja y en gran medida nos señala que sólo puede hacerlo indirectamente.

En este sentido, su primera contribución consiste en liberar al juez de la investigación.

Este problema se ha distorsionado y superficializado. ¿Por qué queremos liberar al juez de la investigación?. Precisamente para que sea juez. El problema central no es quien investiga sino quien controla la investigación y toma las decisiones netamente jurisdiccionales durante la instrucción y allí la respuesta no puede ser otra que atribuir esas actividades a los jueces. No sólo porque políticamente es más sano sino porque en el diseño de las constituciones republicanas dentro del concepto de jurisdicción se halla el control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los ciudadanos y también que durante la instrucción se toman decisiones de alto contenido jurisdiccional.

Y si el juez no tiene que investigar ni las constituciones republicanas quieren que lo haga, ¿Quién podrá hacerlo?. La respuesta es obvia: sólo el Ministerio Público puede hacerlo. Hay quienes han dicho: Bueno entonces establezcamos dos jueces, uno que investiga y otro que controla la investigación. Por ello es sólo una cuestión de nombre, ya que el juez de investigación no sería otra cosa que un fiscal que forma parte del poder judicial (como es el caso de Costa Rica, por ejemplo). En este punto en particular la ubicación institucional del Ministerio Público no es el mayor problema.

La segunda contribución del Ministerio Público es la desformalización de la investigación. El sistema inquisitivo es un sistema de registros. Todos los sistemas procesales tienen registros, pero el sistema inquisitivo se basa sólo en registros (Quod non est in acta non est in mundo). El acceso a la formación de la información es un acto de poder, no olvidemos que históricamente la escritura ha generado fenómenos de poder, incluso, su valor de centralización del poder

penal a favor del monarca se cumple en gran medida porque el sistema escrito nace en el contexto histórico de una Europa analfabeta y de gran tradición oral. El monarca absoluto, que comienza a desarrollar el sistema inquisitivo (es el modelo de la *Constitutio Criminalis Carolingia*) necesita crear un ejército civil de letrados, una burocracia al servicio de la centralización del Estado. Todavía la comunidad jurídica muchas veces cumple esta función ya que ella domina las normas que son el lenguaje del poder. La formalización de la instrucción ha formalizado el juicio y la formalización del juicio es su muerte. Por eso podemos decir que prácticamente no existen juicios penales en América Latina.

Esta formalización se da tanto en la rigidez de las formas procesales, como en la secuencialidad absurda (recordemos, por ejemplo, que el “expediente” tiene que tener una hilación que no responde sólo a un criterio de orden sino que adquiere un carácter sacramental, como si se tratara de un organismo vivo, que tiene que reflejar el hábito de la vida). Este esquema se fortalece por una vigilancia estricta de las formas en cuanto tales a través de una distorsión del sistema de nulidades procesales. La función garantizadora de las formas procesales queda totalmente superada por la sacramentalidad del trámite.

En definitiva el ingreso real del Ministerio Público al proceso penal debe servir a la desformalización de la investigación como uno de los medios más eficaces de preservar el juicio. Si lo único que pretendemos es que el mismo expediente judicial, con las mismas sacramentalidades ridículas ahora lo firme el fiscal en lugar del juez de instrucción, entonces carece de sentido una reforma procesal y la creación o fortalecimiento del Ministerio Público.

4.2. El Ministerio Público y la Policía.

En la mayoría de los países de América Latina la investigación policial es deficiente. Pueden existir cuerpos policiales mejor a peor preparados, pero lo cierto es que desde el punto de vista del aporte de una verdadera investigación al proceso, en casi todos los países existen dificultades e ineficacia. Por supuesto, ello no es un problema autónomo sino derivado de la crisis del sistema de instrucción.

Pero el problema no es sólo de eficacia de la investigación, sino de organización del cuerpo policial y de inserción de la policía dentro del contexto de las instituciones democráticas. Uno de los errores que, en general, hemos cometido hasta ahora dentro del proceso de reforma en América Latina es no preocuparnos intensamente por la incorporación de la policía a ese proceso así como el de no transmitirle valores positivos a esa institución. Todos reconocemos que no es posible prescindir de la policía en el contexto de la sociedad moderna, pero también le transmitimos señales de desprecio. Esta posición ambivalente ha ocasionado que la policía busque sus valores positivos mirando al sector militar.

Una vez más, el Ministerio público cumple un papel importante en este proceso. Por un lado, la profesionalización de las policías, que es un proceso permanente ya que debe acompañar la creciente complejidad de las conductas criminales, no se puede realizar sin que el Ministerio público oriente esa profesionalización. Por supuesto, — y nuevamente nos hallamos ante el mismo problema — siempre que presupongamos la necesidad de un proceso penal que funcione correctamente. Si pensamos en una policía que entiende que un caso está “cerrado” simplemente cuando ella ha llegado a la convicción de que las personas imputadas son culpables entonces

no será necesario el Ministerio Público y la justicia cumplirá la función de legitimadora de la “convicción policial”, tal como la viene haciendo en nuestros países. Pero si pensamos en un proceso donde es necesario probar esa responsabilidad —y esta última afirmación no es tan obvia como parece—, entonces el Ministerio público se convierte en una institución necesaria.

Por eso se ha dicho que el Ministerio Público es una institución **bifronte**, con una cara mirando al **mundo policial** y otra cara mirando al **mundo judicial**. Esta función de puente, de interfase entre estos dos mundos — cada uno de ellos con sus reglas, sus costumbres y sus valores propios— es quizás la otra gran misión de este Ministerio Público penal que está emergiendo en América Latina. La mayoría de las legislaciones establecen normas sobre la subordinación de la policía a los jueces pero esas normas nunca se han convertido en una verdadera relación de subordinación. Por supuesto los policías cumplen las ordenes de los jueces, pero existe cierta impermeabilidad de un sistema al otro, que no se puede relacionar sólo sobre la base del miedo mutuo y ni siquiera sólo sobre la base de la idea de control. En cualquier sistema procesal la policía cumple una función importante, ya que ella es la que realiza las actividades concretas de investigación, pero esas investigaciones policiales se vuelven insuficientes para hacer frente a la delincuencia no convencional. Frente a ella, cada día con mayor urgencia, es necesario establecer estrategias de investigación de largo plazo, conformar grupos interdisciplinarios, diseñar mecanismos informáticos de recolección y recuperación de información y, además, lograr que toda esa información acumulada durante la investigación ingrese validamente al proceso a través de los medios de prueba, es decir, que se conviertan en elementos aptos para conformar una convicción

judicial, algo bien distinto a la “certeza policial”. La investigación de la criminalidad moderna es una actividad compleja que necesita un alto grado de coordinación de distintas entidades involucradas en el control del delito. La tarea urgente consiste en reorganizar el sistema de investigación en su conjunto y dotarlo de eficacia para enfrentar a una criminalidad creativa y dinámica, salvo, claro está, que sigamos mintiéndonos a nosotros mismos considerando que los únicos delitos son los hurtos, algún robo, violación y el homicidio.

Si esta necesidad de reorganizar todo el sistema de investigación del delito significa que cierto sector de la policía deba pasar al Ministerio Público o si se debe tratar solamente de una relación funcional, es un problema diferente aunque importante. Muchas veces se ha superficializado la discusión y se ha olvidado que el problema principal no es la ubicación de la policía, sino la reconstrucción del sistema de investigación. Desde esta perspectiva creo que es más importante una **dirección funcional**, que una inserción administrativa de la policía dentro del Ministerio Público ya que ni éste está en condiciones de absorber la administración global de la policía ni ella admitirá un cambio de esta naturaleza. Además de ello, distorsionará el problema básico que, insisto, no es tanto la administración como la dirección funcional. Por lo menos, creo que ésto es lo correcto en un período de transición.

4.3. Ministerio Público y sociedad.

La tercera relación que marca las grandes tareas de este Ministerio Público emergente es respecto a la sociedad. Muchas veces se ha discutido si el Ministerio Público es representante del Estado o de la sociedad, pero creo que la pregunta correcta es como se relaciona ese Ministerio Público con la

sociedad en su conjunto. Hoy día ella está desorientada, porque el modelo del juez de instrucción provoca esa desorientación. ¿Quién es el responsable del fracaso de una investigación?. Rara vez se le atribuye esta responsabilidad a la policía. De este modo el modelo del juez de instrucción, es un sistema que genera siempre desprestigio para la administración de justicia. El juez de instrucción será benigno y se dirá, entonces, que “los delincuentes entran por una puerta y salen por la otra” o será un juez inquisidor y entonces se le atribuirán violaciones a los derechos humanos. Creer que un juez puede llegar al equilibrio perfecto dentro de las atribuciones contradictorias que le asigna el sistema inquisitivo es un ideal nunca cumplido y ni siquiera creo que sea una utopía válida. De este modo, aquella institución que necesariamente tiene que tener un gran prestigio social se ve afectado no ya por su actuación sino por el diseño mismo de sus funciones.

El Ministerio Público debe romper este círculo vicioso asumiendo para sí parte de la responsabilidad. Concretamente él debe ser el responsable del éxito o el fracaso de una investigación. De este modo, la percepción social sobre la administración de justicia podrá adquirir una especificidad que hoy no tiene.

Dentro del conjunto de relaciones entre el Ministerio Público y la sociedad se encuentra el problema de su relación con las víctimas. El proceso penal moderno, por lo menos desde la perspectiva latinoamericana, no confía plenamente en el Ministerio Público y permite un ingreso cada vez mayor de la víctima al proceso penal. Esto significa un paso más en ruptura de la idea del monopolio estatal que subyace al concepto mismo de la acción pública. De este modo, el querellante ya no debe ser un sujeto procesal secundario e, incluso, ha sido en los últimos proyectos la idea del querellante

adhesivo del Código Modelo Iberoamericano.

De aquí no se debe extraer la idea de que la víctima debe competir con el Ministerio Público. En primer lugar porque aún cuando se trate de un querellante conjunto, sin ningún tipo de subordinación, el Ministerio Público debe colaborar con ella, en especial ayudándole a recolectar la información que el querellante necesita para fundar su acusación. En segundo lugar porque existe una gran cantidad de víctimas que no desean asumir el rol de querellantes o no pueden hacerlo porque no están en condiciones de asumir las cargas que ello significa. En estos casos, el fiscal debe asumir con claridad su función de abogado de la víctima. Aquí se produce otra ruptura a la idea de monopolio estatal —recuérdese aquí el horizonte político sobre el cual sugerimos que debía proyectarse el problema del Ministerio público—, ya que el concepto de acción pública no debe ser equiparado directamente al interés estatal, en el sentido de que el estado asume la ofensa. El concepto de acción pública significa también servicio del Estado a la víctima, servicio que se nutre de la intención que tiene el estado de controlar, de algún modo, la globalidad de la violencia social.

Es necesario, pues, volver a reflexionar sobre el concepto de acción pública en un contexto distinto, en el que se rompa la ficción del Estado-víctima. La víctima es la víctima y es discutible, incluso, si por su propia naturaleza puede el Estado ser víctima, aún en los llamados delitos contra la administración pública.

Un Ministerio Público que asume su rol frente a las víctimas debe ser un Ministerio Público que realiza acciones concretas frente a ellas. Los derechos de las víctimas en el proceso penal también se están ampliando y ya no giran únicamente alrededor del marco de su participación en el proceso. El derecho

a la información, derecho a participar del juicio — no sólo como testigo — aun cuando no sea querellante, derecho a realizar ciertas impugnaciones sin asumir el carácter de sujeto procesal, etc, van conformando poco a poco un conjunto de exigencias distintas, muchas de ellas directamente vinculadas a la actividad del futuro Ministerio Público.

5. LA ESTRUCTURA DEL MINISTERIO PÚBLICO. ORGANIZACIÓN REFLEJA VS ORGANIZACIÓN PROPIA.

Sí, como hemos visto, el nacimiento del Ministerio público penal está ligado a grandes problemas estructurales, que no pueden ser reducidos a simples problemas funcionales, entonces cabe preguntarse ¿Que tipo de organización necesita el Ministerio Público?

Hasta ahora, incluso en la mayoría de los nuevos textos legislativos o en los proyectos de ley que se están estudiando en diversos países, la respuesta ha sido superficial. Más bien pareciera que ni siquiera se ha planteado como un problema profundo, ya que se ha recurrido casi de un modo automático y, en todo caso, de forma acritica, al modelo de organización judicial. De este modo al Ministerio Público se lo organiza de un modo reflejo, sin tomar en cuenta las características propias que deben surgir de sus finalidades sociales, de sus valores, de las exigencias funcionales y, en especial, de su carácter de institución emergente. La organización refleja del Ministerio público no sólo recurre a un tipo de organización piramidal lo que es el problema, ya que se entiende que uno de sus principios organizativos es, justamente, el de la jerarquización, sino que también reproduce otro tipo de relaciones propias de la administración de justicia. Cuando observamos que se habla de fiscales de primera instancia, o fiscales de Cámara, o de fiscales adscritos a los juzgados, etc,

estamos asistiendo a la transferencia de conceptos tales como el de competencia, que no tienen ninguna relevancia en la organización del Ministerio Público, sino que están ligados a garantías judiciales, tales como el juez natural o la imparcialidad.

Está pendiente, pues, una reflexión profunda sobre que tipo de organización se debe construir a partir de la situación actual del Ministerio Público y de sus tareas futuras. Una organización dinámica, que permita la adaptación a las circunstancias políticas, una organización en transición porque la misma institución se encuentra en ese estado, una organización que lo torne eficaz en esas tres dimensiones problemáticas que son el proceso, la policía y la sociedad.

No se debe confundir un problema organizacional con un problema administrativo. El problema es mucho más amplio y, entre otras cosas, nos enfrenta al tema de la cultura organizacional. Muchas veces, por ejemplo, hemos hablado de la ideología de los jueces, de su cultura jurídica y hemos prestado bastante poca atención al problema de la cultura organizacional. En este sentido, el sistema inquisitivo — que repetimos no debe ser confundido con un sistema procesal sino que es sistema global de ejercicio del poder penal — ha generado una determinada cultura organizacional autoritaria cuya persistencia es notoria y que ya podemos vislumbrar como la gran enemiga de todo el proceso de transformación judicial. Por ejemplo, es esta cultura organizacional la que ha tenido la enorme capacidad de absorber todas las reformas parciales que se han realizado a lo largo de la historia de nuestros países. Es esta cultura organizacional la que verdaderamente establece el ritmo de la administración de justicia penal.

Entonces, el modelo de organización refleja del Ministerio Público penal no sólo condiciona su funcionamiento sino que reproduce la cultura organizacional de la

justicia penal. Una organización refleja del Ministerio público lleva dentro el virus del sistema inquisitivo y pre-anuncia nuestro fracaso.

6. EL MINISTERIO PÚBLICO EN CLAVE ESTRATEGICA.

Finalmente, cabe preguntarnos que función cumple la emergencia del Ministerio público en la perspectiva de la estrategia de reforma de la administración de justicia. El problema es el siguiente: si se modifica radicalmente el sistema procesal en la tendencia predominante hacia el sistema acusatorio, entonces es necesario contar con un Ministerio Público penal preparado para asumir esa tarea, sin reproducir los vicios del sistema inquisitivo. Pero la preparación de ese Ministerio público no es sencilla y pareciera que los plazos promedio de "vacatio legis" no son suficientes. Entonces pareciera que es necesario comenzar por la modificación de la estructura del Ministerio Público, ya sea mediante reformas parciales o mediante una nueva ley del Ministerio Público pero aquí nos encontramos con el hecho de que los fiscales deben comenzar a actuar dentro de un contexto del sistema inquisitivo, dentro del cual no tienen verdadera cabida y se corre el gran peligro de que absorban la cultura inquisitiva — muchos más aun sabiendo el tiempo de varios años que insume una reforma procesal penal—de tal modo que luego se convierten en adversarios del modelo acusatorio, en lugar de ser pilares de la transformación. Este círculo vicioso plantea problemas que difícilmente se puedan responder en términos generales o abstractos. La dinámica política de cada país, la estrategia particular de reforma indicará el modo de resolverlo. Lo que no podemos ignorar es el grave peligro de este círculo vicioso que ya se está manifestando en los países que han avanzado en el proceso de reforma.

Es importante concluir, pues, que la transformación del Ministerio Público no puede ser un hecho aislado. Ella es sólo una parte de la estrategia global de transformación de la justicia penal, aunque plantee algunos problemas particulares que deben ser afrontados con especificidad, sin olvidar la globalidad del problema de la justicia penal y su multidimensionalidad.

Se está perfilando un nuevo Ministerio público penal en América Latina y ello nos plantea grandes desafíos. La dinámica política del proceso de reforma no nos da la tranquilidad suficiente como para resolver acabadamente cada uno de esos desafíos. Por ello es tan nociva, a mi juicio, una posición crítica y superficial, que lleve a crear un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo, como una posición de crítica paralizante, que anule nuestra capacidad de operar sobre la realidad.

Hallar el nivel de problematización que exige el proceso real de transformación es la tarea más inmediata y el desafío intelectual que se nos presenta en esta hora, en la cual la sociedad no sólo exige nuevas ideas, sino también cambios profundos en la estructura de una administración de justicia obsoleta, alejada de las necesidades sociales, reproductora de violencia antes que pacificadora e inhumana. Si el Ministerio Público contribuirá eficazmente a esta transformación de la justicia penal es algo que todavía no sabemos con seguridad, pero sí ya sabemos que si él no ingresa activamente al proceso penal, si no se convierte en uno de los medios de renovación del esquema del juez de instrucción, el sistema inquisitivo, que tanto daño ha hecho a nuestra cultura política y a la estabilidad de nuestras democracias, seguirá vivo y reproduciendo su efecto más nocivo: una cultura de desprecio a la ley, que debilita estructuralmente la posibilidad de un verdadero Estado de Derecho.

*El Lenguaje y los Conceptos del Derecho**

Abelardo Rojas Roldán*

I. EL LENGUAJE JURIDICO

Si algo importante y destacado existe en las normas jurídicas, esto es seguramente el lenguaje con el que se expresan, porque su apreciación y significado traen consigo relevantes consecuencias para normar la conducta social en cierto sentido valioso.

El lenguaje -expresó Ludwig Wittgenstein- es una "forma de vida" o de otro modo podría decirse, el lenguaje revela la forma de vida de una comunidad. También indicó que los límites del lenguaje significan los límites del mundo. El lenguaje no es solamente el que se expresa hablando, también lo escribimos con palabras o bien con signos convencionales. Nos damos a

entender unos a otros con la palabra hablada, con la escrita, con música y señas o bien con signos o símbolos.

Para analizar el lenguaje es necesario seguir los modernos desarrollos de la Semiótica o teoría de los signos, comúnmente dividida en Semántica, Sintaxis y Pragmática y asimismo los modernos desarrollos de la Lingüística.

En el campo de lo jurídico utilizamos todas las formas del lenguaje para normar la conducta humana. Podemos emitir o recibir un mandato hablado para ejecutarlo. Por otra parte podemos leer las prescripciones de una norma de Derecho, pero también nos valemos de los signos, como cuando obedecemos las señales luminosas emitidas por un semáforo, para poder seguir adelante o bien detenemos con el automóvil para que otros pasen o también sucede que observamos y obedecemos las flechas que nos indican el sentido de la circulación de los vehículos. Todo esto para guardar el orden que se requiere en la circulación de vehículos y

* Artículo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 193, 194 enero-abril 1994 pp. 183-200.

* Profesión de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.
wittgenstein@unam.mx, philosophy@investigacion.unam.mx
Investigaciones, Oxford, Blackwell, 1971, p. 19.

evitar el caos vial. En este caso estamos dentro de la Pragmática, que tiene a su cargo analizar las relaciones entre los símbolos y los hombres que se valen de ellos.

II. EL LENGUAJE Y LOS CONCEPTOS JURIDICOS

El análisis del lenguaje nos lleva a concebir la realidad de cierto modo. Detrás de las palabras hay realidades. Ahora bien, el lenguaje y en especial las palabras son las etiquetas, por decirlo así, con las que distinguimos los conceptos. Estos últimos son las representaciones mentales que tenemos de todas las personas y los objetos. El concepto es el órgano del conocimiento de la realidad. Las formas de la realidad corresponden exactamente a los conceptos que forja la mente. Hay que distinguir entre el concepto, la palabra y el objeto a describir.

Para definir un concepto jurídico indica Kelsen, es necesario tomar como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto de que se trate.

En lenguaje común decimos: yo tengo este o aquel concepto de una persona o bien de una cosa o lugar. Con ello indicamos las apreciaciones subjetivas que tenemos de todo. Sin embargo, los auténticos conceptos son objetivos y generales, porque de otra manera no nos pondríamos nunca de acuerdo, cada quien con sus conceptos personales. Descubrir la generalidad y objetividad de los conceptos es tarea del científico en áreas particulares y del filósofo en todos los ámbitos y con ello quiero decir el humano y el cosmológico. Si los conceptos pueden ser el contenido significativo de determinadas palabras, estas no son los conceptos, sino únicamente los signos o símbolos de las significaciones. Puede haber conceptos sin que existan las

palabras que los identifiquen, así como palabras o frases sin sentido que carezcan de toda significación. La situación ideal es asignar la palabra más adecuada a cada concepto. Cuando no es así sobrevienen las confusiones y las discusiones en el conocimiento de las cosas y en las relaciones humanas. Se puede dar el caso que se utilice una cierta palabra para referirla a dos o más conceptos de diversa naturaleza; o bien puede suceder que a un mismo concepto se le quiera identificar con dos o más distintas palabras. La relación entre las palabras y su significado es la materia de la Semántica. Esta identificación entre concepto y palabra es algo muy delicado en materia jurídica, en varios aspectos o perspectivas del Derecho, pero muy especialmente en la hermenéutica, cuando se trata de localizar, interpretar y aplicar un precepto jurídico para decidir una situación litigiosa o conflictiva.

En todas las disciplinas existe un lenguaje técnico especializado. El lenguaje de la Medicina, el de la Física o la Química, el de la Economía o bien el de la Política, etc. En el Derecho esto no es excepcional, también tenemos un lenguaje propio, si bien es cierto que utilizamos una buena parte del lenguaje general. Se ha dicho y con razón que la auténtica formación jurídica, está en el dominio del lenguaje técnico, más que en el conocimiento preciso y concreto de las normas de los diversos sistemas jurídicos que existen, cuyas normas hoy son de un modo y mañana de otro, al variar sus contenidos.

El Derecho, indican Leonel Pereznieto Castro y Abel Ledesma Mondragón,² "es un producto cultural de la sociedad como lo son la música, la poesía, la filosofía, etc. A cada

² PEREZNIETO CASTRO, Leonel y LEDESMA MONDRAGON, Abel. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1989, pp. 78 y 79.

uno de estos productos culturales se les asigna una serie de conceptos propios a fin de construir su objeto de conocimiento o de expresión. Por ejemplo, la música requiere de conceptos tales como el sonido y el tiempo o si se quiere, de manera más concreta: la melodía, la armonía, el ritmo, formas métricas, etc. Se trata así de conceptos propios a esas artes que sirven entre otras cosas para producir música y poesía. Además, mediante esos conceptos podemos conocer y estudiar a la música y la poesía incluso, mediante dichos conceptos podemos llegar a componer música o escribir poesía y, dependerá de la manera como empleemos sus conceptos básicos, para producir un cierto tipo de música o de poesía. El Derecho, por su parte, es igualmente un producto cultural de la sociedad y está constituido de conceptos propios entre los que está el de la norma jurídica...” y los de sujetos del Derecho, deber jurídico, responsabilidad, Estado, etc. por sólo citar algunos.

Dentro de la corriente llamada del Positivismo Lógico se piensa que para dominar nuestra materia es necesario desentrañar el auténtico significado de los términos jurídicos. Llaman la atención los seguidores de esta corriente en el sentido de que a menudo las palabras tienen una gran variedad de significados, según su uso y su contexto y que el concepto de definición ha variado, al observar que algunas definiciones no se refieren a cosas, sino que son determinantes del sentido en el que se expresan las palabras. Pretenden revisar varios problemas que tradicionalmente se discuten, entre ellos el concepto general de Derecho o sea su noción universal. Se trata de conocer la realidad jurídica a través del lenguaje que expresa esa realidad.

El lenguaje jurídico, por la función a la que está destinado, ha expresado Karl

Olivecrona³ es un instrumento de control social y de comunicación social y bien puede llamársele lenguaje “directivo” por oposición al lenguaje “informativo”. El lenguaje del Derecho es el instrumento que utiliza el legislador para que las conductas se encaminen a lograr ciertos efectos a fines colectivos ya previstos.

El lenguaje jurídico tiene mucho de magia, han aseverado Hagerstrom,⁴ Lundstedt⁵ y Karl Olivecrona,⁶ quien ha expresado que el lenguaje jurídico tiene su origen en el lenguaje de la magia. Esta, expresa, es la clave de su explicación histórica. El lenguaje que nos ocupa resulta mágico, indican esos autores, porque la expresión de ciertas palabras hace que se produzcan determinados efectos y relaciones, como si fuera por arte de magia, como cuando una ama de casa que compra pescado en el mercado, simplemente expresa su voluntad de adquirir el pescado, con ciertas palabras, entrega unas monedas y se produce la magia de que le entreguen el pescado que deseaba. Todo ello porque seguramente existe una norma jurídica que prevé esos casos y autoriza como legítimas tales conductas y en cambio las sanciona si se realizan de otro modo. Hablamos dentro de lo jurídico, dice Olivecrona, como si creásemos efectos invisibles con simples palabras. En el mismo sentido mágico, John

³ OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, primera edición mexicana, 1991, p. 43.

⁴ HAGERSTROMA, Vergleich Zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und moderner Kulturvolker, en Festschrift for Grottenfelt, Helsinki, 1933, p. 84.

⁵ Citado por OLIVECRONA, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, Distribuciones Fontamara, Mexico, 1991, p. 40.

⁶ Op. cit., pp.40, 41 y 58.

Austin.⁷ Se refirió a las “expresiones realizativas” (performatives utterances) que abundan en el mundo de lo jurídico. Son expresiones que tienen un verdadero efecto creador y casi mágico. Cuando un funcionario, indica, acepta el cargo diciendo que protesta cumplir con todas las obligaciones que le corresponden, al pronunciar estas palabras, en este momento se producirá el efecto de atribuirle ciertos derechos y obligaciones de manera casi automática. Cuando alguien dice frente al juez civil que acepta a alguien por esposa, pronunciando estas simples palabras, igualmente queda todo preparado para que de este momento en adelante se le atribuyan derechos y obligaciones. Cuando alguien expresa su deseo de heredar a una persona, con estas palabras también automáticamente se producirán ciertos efectos en el futuro. Estos resultados mágicos se entiende que están previstos en normas jurídicas.

No cabe duda que algo tienen de mágico las palabras utilizadas de cierto modo, que están prescritas en normas del Derecho. Con el pronunciamiento de unas palabras alguien se hace dueño de un edificio; también con el pronunciamiento de ciertas palabras a alguien se le considera como apoderado y éste, de manera mágica empieza a actuar a nombre de otro. El Juez concede cierto valor a las declaraciones de un testigo expresadas con determinadas palabras y ello produce efecto en el proceso; el notario público con el uso de palabras hace que una sociedad se considere constituida, haciendo constar la voluntad de sus integrantes o que una acta se estime como protocolizada para producir tales o cuales efectos. Con el pronunciamiento de ciertas palabras técnicas se

estiman como legítimas las promesas, las transferencias, las designaciones y la promulgación o sanción de leyes, etc.

III. MAL USO DEL LENGUAJE. USO INDISCRIMINADO DE LA PALABRA DERECHO.

Un buen número de problemas que tenemos en nuestra materia y especialmente en la filosofía jurídica, consistentes en que no nos ponemos de acuerdo en algunos aspectos, tienen su origen en un mal uso del lenguaje. Claro está que no todos los problemas de desacuerdo son de lenguaje, ya que los hay de muy diversa índole. Tal vez el principal desacuerdo sea no haber logrado una noción universal del Derecho que a todos satisfaga y que trascienda todo tiempo y todo espacio. En esta falla el lenguaje ha tenido mucho que ver. No me voy a detener aquí, para poder dar una idea más global del alcance de este ensayo y presentar por lo menos una panorámica del tema.

Uno de los más importantes problemas de lenguaje que padecemos es el uso indiscriminado e irrestricto de la palabra derecho, con la cual se acostumbra designar realidades muy diversas y ángulos jurídicos muy distintos, todo ello a base de la misma palabra, dando la primera impresión de que hubiera muchos derechos y no que exista una materia o disciplina única que así se llama. Si esto fuera de otra manera -que existieran muchos derechos- sería tan erróneo como decir, no que existan varios sistemas o métodos curativos, sino decir que hay muchas disciplinas llamadas Medicina. Existen gran número de sistemas jurídicos en el mundo, pero todos ellos juntos están referidos al mismo objeto: el Derecho. Así que desvirtuando esta verdad o esta realidad, se acostumbra utilizar la palabra derecho en

⁷ AUSTIN, John, *Philosophical Papers*, Oxford, The Clarendon Press, edición de J. O. Urmsion y G. J. Warnock, pp. 220, 221, 222, 226 y ss.

todos estos sentidos que enumero, sin haber podido terminar jamás la relación de los mismos: Derecho administrativo, anglosajón, agrario, absoluto, aéreo, adquirido, aduanero, abstracto, adjetivo, accesorio, a la educación, a la información, a la libertad, a la propiedad, a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, bancario, burocrático, bursátil, civil, consuetudinario, constitucional, comparado, corporativo, canónico, concursal, comercial, cambiario, divino, diplomático, de sufragio, de veto, del pretensor, de acción, de amparo, de defensa, de familia, de gentes, de patentes y marcas, de preferencias, de petición, de retención, de asilo, de autor, de crédito, del tanto, de representación, de reunión, económico, electoral, escrito, espacial, estatal, escolástico, fiscal, federal, financiero, formal o adjetivo, humano, hereditario, internacional público, internacional privado, inalienable, inmobiliario, individual, justo, laboral, legislado, local, mercantil, municipal, marítimo, militar, minero, material, natural, nacional, notarial, no escrito, objetivo, obrero, procesal, penal, público, privado, positivo, potestativo, patrimonial, personal, político, preferente, penitenciario, preventivo, relativo, renunciabile, real, registral, subjetivo, social, sustantivo, sanitario, sucesorio, supletorio, turístico y vigente.

IV. LAS EXPRESIONES DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO.

Ahora quiero hacer un comentario sobre las expresiones Derecho público y Derecho privado. Estas viejas palabras que utilizamos en nuestra materia, heredadas del Derecho romano originan alguna confusión. No ha faltado quien exprese que todo Derecho es público, es decir, todos los sistemas jurídicos son de carácter público y que por lo tanto parece que no está muy claro esto de que se

diga que hay un Derecho que siendo público, es más privado en algún aspecto. Si originalmente se les hubiera denominado normas de Derecho público y normas de Derecho Privado, tal vez la confusión no hubiera llegado a mayores; o bien simplemente haber denominado esas dos realidades con las palabras normas de carácter público y normas de carácter privado dentro de un sistema jurídico. Esto sobre la idea de no usar tan repetidamente la palabra derecho y también para no dar a entender que pudiera haber un derecho que no es tan público porque es privado. Claro está que son expresiones que tienen una larga trayectoria y no sería el caso cambiarlas ahora, pero si nos ilustran estas acepciones acerca de los problemas de lenguaje a que nos referimos. En nuestro sistema jurídico, como en algunos otros, estas dos clases de normas inciden y conviven.

Sobre este particular es necesario entender que cuando de manera tradicional decimos Derecho público, con ello se subraya la presencia o participación de los órganos públicos o estatales y cuando decimos Derecho privado de inmediato pensamos en la ausencia de esos órganos y de manera inmediata sabemos que las normas de esa clase tutelan intereses particulares. Por eso se dice, por ejemplo, que las normas procesales o adjetivas son siempre de Derecho público y las normas civiles de Derecho privado, porque en las primeras se protege de inmediato el interés público y en las segundas predomina la actividad particular.

V. LA EXPRESION DERECHO SOCIAL.

Con la expresión Derecho social resulta algo muy semejante al problema de lenguaje antes apuntado. José Castán Toboñas y Julien Bonnecase indicaron que es una

redundancia y un pleonasma hablar de Derecho social. Benvenuto Donati expresó también con toda propiedad que los términos de derecho y sociedad son recíprocos. Otros autores más han dicho que todo derecho es social, en el mismo sentido que todo círculo es redondo. Al analizar la realidad a que se refiere tal expresión, queda establecido que se denomina así a una clase media especial de normas jurídicas que se proyectan a regir, no la conducta individual, sino la social o grupal.

Atendiendo a esta realidad que se expresa con las palabras en comento puede decirse que no es el Derecho -en su noción universal- el que realmente es más o menos social; lo más preciso es observar que son los sistemas jurídicos, los muy distintos sistemas jurídicos que rigen en todo el mundo, los que se socializan en más o en menos y que los que tienden a socializarse no admiten privilegios para nadie de raza, de religión, de sangre, de poder económico o de fuerza. En tales sistemas se reparten y comparten todas las responsabilidades sociales en proporción a la fuerza, al alcance y posibilidades de cada uno de los sectores de la sociedad.

Por lo anterior y para lograr la precisión terminológica que se busca, sería mejor identificar la realidad a que se refiere el llamado Derecho Social, con la expresión normas de Derecho social o normas socializantes y entender que tales normas pueden convivir, como en el sistema jurídico mexicano, con otras normas de carácter público o privado.

VI. SISTEMA JURIDICO Y ORDEN JURIDICO.

Con las expresiones sistema jurídico y orden jurídico también tenemos problemas de lenguaje. La confusión terminológica es tremenda cuando los juristas utilizan estas

dos expresiones. Suelen entenderse como sinónimas. Al mismo tiempo que se dice el orden jurídico mexicano, también se dice el sistema jurídico mexicano. Dos expresiones diferentes para una misma realidad. Con ambas expresiones se trata de entender el conjunto ordenado y sistematizado de normas jurídicas, que de manera unitaria rigen en un tiempo y lugar determinados.

El maestro Eduardo García Maynez propone que se llame sistema jurídico al conjunto de normas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época. Esto es, al conjunto de normas que el Estado crea o reconoce para regulación de la conducta o comportamiento humano⁸ y que como orden jurídico se entendía el resultado de la sujeción de los destinatarios de las normas que tienen vigencia y agrega: "solo cuando las normas son cumplidas o aplicadas, el orden jurídico se convierte en realidad y los actos de cumplimiento o aplicación asumen el carácter de medios al servicio de los fines del ordinante (la sociedad jurídicamente organizada)".⁹ Entonces, el sistema es la palabra que se aplica al conjunto de normas jurídicas objetivas y la palabra orden se utiliza para referirla a conductas humanas. Siendo dos realidades diversas, me parece valioso distinguirlas también con dos distintas expresiones: sistema jurídico y orden jurídico. En rigor se trata de dos diversos conceptos (normas y conductas) aunque muy íntimamente ligados.

Tamayo y Salmorán comenta en una de sus obras¹⁰ que fue Adolfo Merkl, dentro de

⁸ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, sexta edición revisada, Editorial Porrúa, México, 1989, pp. 20, 21 y 269.

⁹ Op. cit., pp. 20, 21 y 37.

¹⁰ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Sobre el sistema jurídico y su creación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1976, pp. 115 y 116.

la Escuela de Viena, quien en 1923 propuso la teoría de la estructura escalonada del sistema jurídico, la cual tiene en Kelsen a su mejor expositor. Según esta teoría, indica, el sistema jurídico sería una superposición de normas jurídicas de diferente nivel. "La norma que se encuentra por abajo es inferior con relación a la segunda y, consecuentemente, la norma que esta por encima de otra es superior con relación a ésta. Las normas que forman un orden (sistema) jurídico se presentan, así, en relaciones de supra y subordinación, como una estructura jerárquica de normas jurídicas de diferente grado".

Un sistema jurídico -observan Leonel Pereznieta y Abel Ledesma-¹¹ no es un simple agregado de normas. Se requiere que esas normas tengan relación y coherencia entre sí, que formen un sistema, no importa lo primitivo o desarrollado que sea, y también, es indispensable que los miembros de la sociedad observen y cumplan esas normas, para poder decir que el sistema jurídico es eficaz.

VII. LAS FUENTES DEL DERECHO.

Otra expresión que no corresponde a la realidad a que suele atribuirse, es la de fuentes del Derecho. Se utilizan estas palabras para designar algunos elementos que se supone dan origen al Derecho y en este contexto se entiende Derecho como la materia o disciplina que rige la conducta humana de cierto modo; esto es, se supone al Derecho en su noción universal o concepto general. Tradicionalmente se enseña que las llamadas fuentes formales del Derecho son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la creación de normas individualizadas y la doctrina. Si por fuente se ha querido expresar

que de estos elementos surge el Derecho, como brota el agua de la fuente, esto es un tremendo error. Tal vez podría entenderse, aceptando la larga tradición y arraigo de esas palabras, que sean fuentes del sistema jurídico, pero no del Derecho. Si por sistema jurídico entendemos el conjunto de normas objetivas, ordenadas y jerarquizadas, constituyendo precisamente un sistema; aquí sí cabe decir que las leyes, las costumbres, la jurisprudencia, las normas individualizadas o la doctrina, eventualmente pueden convertirse en normas jurídicas de tal sistema, si se sigue el procedimiento idóneo para que de esos elementos surjan, como el agua de las fuentes, las disposiciones jurídicas que habrán de constituir el sistema.

Aquí tenemos nuevamente palabras que distorsionan la realidad o bien que no se aplican al concepto debido. Uno es el concepto general de Derecho o su noción universal y otro objeto es el sistema jurídico, que con mayor propiedad se pluraliza porque no es uno sino muchos. Entonces tal vez lo más adecuado sería decir las fuentes de los sistemas jurídicos, para que las palabras se correspondan con el concepto que describen. En cambio sí podría hablarse de las fuentes del Derecho, si con ello nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la desigualdad humana que existe en las relaciones humanas o bien a las necesidades vitales del ser humano, materiales y espirituales; a la idea de realizar la justicia y en general los valores humanos, porque de aquí sí brota el Derecho, como brota el agua de las fuentes.

VIII. LA EXPRESION DERECHO NATURAL.

Ahora me quiero referir a otra expresión que es la de Derecho natural. Estas palabras tampoco corresponden al concepto que

¹¹ Op. cit., p. 83.

quisieron aplicarlas. Esta expresión no fue muy idónea desde que se inventó, para asignarla a una realidad jurídica vital. Existen muy diversas doctrinas iusnaturalistas, que no viene al caso distinguir por ahora; pero lo relevante es que ese llamado Derecho no corresponde a una realidad identificable como un sistema de normas que rijan en un momento dado. La verdad es que con esa expresión de Derecho natural, se ha querido presentar una postura valiosa, una doctrina axiológica. Se ha querido proponer que hay determinados valores que están por encima de todo Derecho positivo o bien que éste debe nutrirse de los fines y valores que proclama esa postura y se refieren a las naturalezas divina, humana, racional o a la naturaleza de las cosas.

Lo más relevante de esas posturas llamadas iusnaturalistas, es que subrayan la importancia de los valores sociales como metas por alcanzar, para una eficiente evolución y realización de los seres humanos. Que el Derecho positivo lo elabore un legislador representativo idóneo, pero que este legislador no se aparte de la naturaleza real de los destinatarios de las normas jurídicas, que sencillamente son seres humanos. Que se rijan las conductas en lo social, sin desconocer la auténtica naturaleza física, espiritual y racional de los seres humanos, a los que de antemano se considere como libres y dignos; y no me refiero de ninguna manera a la naturaleza divina, porque esto no cae dentro del ámbito del Derecho, sino de la Religión. Ahora bien, dentro del análisis del lenguaje que nos propusimos, no tiene sentido utilizar las palabras Derecho natural, como si se tratara de un sistema específico de normas reguladoras, cuando en rigor se trata de proponer los principios rectores valorativos

que deben prevalecer en la regulación de la conducta. Está claro que no se está designando o describiendo con esas palabras, un sistema de normas jurídicas que se haga realidad en alguna parte, a cuya realidad, que no existe, hubiera que llamarle Derecho natural.

Parece que no terminaríamos de enumerar estos desajustes entre palabras y conceptos y por sólo agregar unos más, de manera todavía más generalizada me referiré a esas palabras:

IX. LAS EXPRESIONES: PROPIEDAD, CONDOMINIO, BILATERALIDAD, HETERONOMIA, VALORES Y FINES DEL DERECHO Y PERSONA MORAL.

Propiedad:

Con esta palabra a veces se designa un derecho, así llamado, derecho de propiedad; pero en otras ocasiones propiedad se utiliza como sinónimo de algún objeto, como cuando se dice, tengo una propiedad en determinado lugar, en lugar de decir, tengo una casa o un predio del que soy propietario o respecto de los cuales tengo derecho de propiedad.

Condominio:

También esta palabra a veces se usa de un modo y a veces de otro. Por una parte se atribuye a una modalidad de la propiedad, cuando varias personas son dueñas de un objeto. Por ejemplo, se dice que los varios dueños de un edificio de departamentos, son propietarios en condominio. Pero también la misma palabra se utiliza para indicar que alguien tiene derecho de propiedad, compartido con otros, respecto de un departamento, por ejemplo. Se utilizan

expresiones como vendo un condominio, en lugar de decir: vendo un departamento en condominio. Entonces a veces se aplica a un bien inmueble y a veces al derecho que se tiene respecto del mismo.

Bilateralidad:

Suele decirse que las normas jurídicas son bilaterales imponen obligaciones. En rigor la palabra bilateralidad se refiere a otro concepto; indica que hay dos partes o dos lados y nada más. Las normas jurídicas son bilaterales simplemente porque se atribuyen a dos sujetos por lo menos, el sujeto del derecho y el sujeto del deber, pero no son bilaterales precisamente porque estos sujetos sean titulares de derechos y deberes. Alguien ha propuesto que en lugar de bilateralidad se diga alteridad, para dar la idea de que está un sujeto frente al otro; pero todavía mejor, estimo que debe decirse que las normas jurídicas son imperativo-atributivas, si de lo que se trata es de expresar que otorgan derechos y a la vez imponen deberes, de manera correlativa. De este análisis del lenguaje resulta que en rigor todas las normas sociales son bilaterales, porque todas ellas están dirigidas a dos sujetos o a dos partes. La unilateralidad que siempre se atribuye a las normas morales y a las religiosas, está dirigida tal palabra a otra realidad distinta. No es verdad que el sujeto destinatario sea único en tales normas, siempre habrá otro en favor del cual se estudia una conducta debida u obligatoria. Indebidamente se dice que son unilaterales tales normas, argumentando que frente al sujeto del deber no existe otro que pueda exigir la conducta debida, ya que esto quiere decir, no que son unilaterales, sino que tales normas son sólo imperativas, toda vez que imponen deberes a un sujeto, que eventualmente puede querer cumplirlos o no, sencillamente porque de

acuerdo con la naturaleza de estas normas, el cumplimiento es potestativo.

Heteronomía:

Se dice que las normas jurídicas son heterónomas y que ello indica que tales normas son creadas por sujetos distintos a los destinatarios. Esto es correcto, porque las normas jurídicas no son hechas por quienes las tendrían que acatar, sino que son elaboradas por órganos idóneos de autoridad y poder. Pero cuando a esta palabra heteronomía, se opone la de autonomía, entonces ya no se utiliza en el mismo sentido. Entonces se dice, por ejemplo, que las normas religiosas y las morales son autónomas y por contraposición esto querría decir que los destinatarios de tales normas al mismo tiempo son quienes las elaboran y esto sencillamente no es cierto. Tales normas son calificadas como autónomas, pero en otro sentido que no es el que se refiere al creador de las mismas. Sería muy valioso rectificar el uso de esas palabras, para asignarlas a sus auténticos objetos, a sus auténticas realidades.

Valores y fines del Derecho:

Es muy común encontrar en las obras jurídicas que las palabras fines y valores se utilizan como sinónimas. Con ambas palabras se trata de describir las metas que se buscan con la eficacia de las normas jurídicas. Esto es necesario revisarlo, por que los fines se refieren al aspecto teleológico y los valores al axiológico. Los fines son los propósitos que busca el legislador al elaborar las normas, los cuales serán siempre de carácter general y colectivo; se refieren a los efectos que busca el legislador al normar la conducta de cierta manera. En cambio los valores como la justicia, la paz, la solidaridad, la seguridad, etc., son categorías que se quieren

imponer en la colectividad, para la mejor evolución y realización de los seres humanos. Entonces aquí, se han venido utilizando dos palabras para referirse a una sola realidad, no obstante que cada palabra corresponde a un concepto distinto.

Persona moral:

No cabe duda que deben existir muy buenas razones históricas para llamar persona moral a la que no es persona física, sin embargo en la actualidad lo de moral no corresponde a la idea que tenemos precisamente de moral. Tal vez la expresión persona colectiva pudiera estar más acorde con la realidad a que se refiere. Quien por primera vez analice este tipo de personas jurídicas, seguidamente sufrirá un gran descontrol cuando se entere que de moral no tienen absolutamente nada.

X. EL LENGUAJE EN LA INTERPRETACION JURIDICA.

Independientemente de los casos concretos a que me he referido, tal vez donde más relevancia adquiere el uso de las palabras, es en la interpretación jurídica, ya sea judicial o jurisdiccional también llamada jurisprudencial, o en la interpretación doctrinaria o privada, ya que el intérprete debe asignar a cada palabra, la realidad que le corresponde. No es aquí que entraremos a examinar la gran variedad de escuelas y métodos de interpretación, pero sí conviene muy en general estar alertas para no dejarse llevar por la magia hipnotizante de las palabras. Esto es, la peor interpretación sería la literal y la mejor penetrar en el sentido valioso y significativo de las palabras. La interpretación literal de las palabras ha conducido a muchas injusticias. La interpretación teleológica y axiológica es la que tiene mejores auspicios.

XI. EL LENGUAJE IMPLICITO Y LA SANCION TACITA.

En las normas jurídicas que constituyen los sistemas, existe un "lenguaje" al que se me ocurre denominarle como lenguaje implícito. Es el que en realidad no está escrito de manera expresa, sino más bien tácita. Así, por ejemplo, en la redacción de las normas jurídicas, que en su forma o estructura siempre obedecen a la doble fórmula: Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C, como cuando decimos: si alguien pide prestada una cantidad de dinero, debe pagarla a quien se la prestó; si el que pidió prestado no la paga, entonces se le aplicará una determinada sanción. En ocasiones la redacción de ambas partes no es expresa. Las dos partes de la norma indicadas en la fórmula, a las que Kelsen denominaba primaria y secundaria; siendo primaria para él la parte de la norma que establece la sanción y secundaria la que indica la hipótesis o supuesto, que una vez cumplido dará lugar a la aparición de un derecho subjetivo y un deber jurídico. Tales partes a veces las expresa el legislador, digamos de manera completa, porque con determinados contenidos redacta la primera parte para establecer la hipótesis, que una vez cumplida, dará lugar a ciertas consecuencias y a continuación indica lo que sucederá en caso de incumplimiento del deber. Pues bien, en ocasiones la norma jurídica solamente está expresada en una parte y no en la otra. Sin embargo, se entiende que la norma jurídica está completa. A la parte que no está prescrita es a la que se me ocurre que podríamos llamarle que está pero en un lenguaje implícito.

Algunas normas, como las que establecen las llamadas obligaciones naturales, no tienen prevista una sanción que sobrevenga en caso de incumplimiento, para ejecutarla

coactivamente. Aquí en la postura kelseniana faltaría la redacción expresa de la primaria o sancionadora. Una gran cantidad de preceptos jurídicos, a los que podría llamarse declarativos, no tienen una sanción escrita, pero sí una tácita, como lo explicaré a continuación y por lo tanto con un lenguaje implícito hay que entender que se sancionan de algún modo especial. Hay normas no sancionadas con un señalamiento concreto, como aquella que estableciera los requisitos para ser Diputado Federal, pero que en ninguna parte se dice cómo se sanciona al incumplimiento de tal norma. Lo que pasa es que, si se prescriben sólo ciertos requisitos para ser Diputado, habrá que entender que sin ellos simplemente alguien no puede ser Diputado y esto en rigor es una sanción determinada en un lenguaje implícito. Lo mismo ocurre con las obligaciones naturales antes referidas que de manera coactiva no se puede llevar a cabo su cumplimiento, pero que de manera tácita el legislador indica que simplemente no puede ser de otro modo y la sanción será de una calidad muy especial, pero al fin y al cabo sanción; esto es, que no se podrá actuar contrariando la norma que establece la obligación natural y esto de algún modo, se parece a la ejecución forzada, que nadie pone esto a duda que sea sanción, en la que al sancionado se le obliga a cumplir con el deber contraído, como lo podría ser el de entregar una cosa, de manera forzosa y única. En los casos mencionados se trata de no poder actuar en contrario, de manera autoritaria y única también.

Otros casos aparentemente no sancionados por la ley y por lo tanto con una redacción incompleta, según se ha venido entendiendo tradicionalmente, serían como por ejemplo, la norma declarativa que dice: el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y

Judicial. Se dice que esta norma no tiene prevista ninguna sanción, por estar dentro de la doble fórmula ya mencionada. Esto es aparente, según la teoría que vengo sustentando sobre el lenguaje implícito. La sanción establecida con lenguaje implícito sería que no puede ser de otra manera. Si alguien pretendiera que el supremo Poder de la Federación se dividiera de algún otro modo, esto estaría absolutamente prohibido. Sería ilegítima cualesquiera otra división del Poder. La sanción especial es no poder dividirlo de ninguna otra manera. Esto no necesita decirlo así la norma en comento, porque se entiende que así se quiso establecer, con exclusión de cualquier otra posibilidad.

Las normas penales suelen no redactarse con las dos partes de la fórmula antes mencionada, sin embargo, se entiende por virtud de ese lenguaje implícito, que tales normas son completas y que no les falta nada. Así tenemos que el legislador, por ejemplo, expresa que comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro y que ante tal evento, como pena, se le impondrán cierto número de años de prisión. No se dice expresamente que está prohibido matar, como tampoco se indica que la vida humana debe ser respetada y que como consecuencia de no respetarla se comete el delito de homicidio. Entonces, si la norma estuviera en un lenguaje expreso y completo, por decirlo así, debiera decir: a todo ser humano se le debe respetar su vida: si alguien no respeta la vida de otro, cometiendo el delito de homicidio, se le impondrá la pena de cárcel. Como se ve, no es necesario que la norma penal exprese todo esto, sino simplemente basta con la segunda parte de la norma, la sancionadora y lo demás está sobreentendido, o como lo hemos dicho en un lenguaje pero implícito.

De acuerdo con lo anterior, quienes no aceptan este criterio del lenguaje implícito, fácilmente llegarían a la conclusión de que al legislador a veces se le olvida redactar bien las normas. Podría concluirse que las normas incompletas así llamadas porque no tienen sanción expresa, realmente no son tales normas jurídicas, precisamente por no estar sancionadas; o bien podría concluirse que existen normas jurídicas, que sin perder tal carácter, no necesitan tener prevista una sanción. Por el contrario, al aceptarse la "presencia" de ese lenguaje implícito, se concluirá que todas las normas jurídicas están sancionadas de alguna manera y que cuando solo se establece la sanción ante una falta, como en las normas penales, tácitamente se está aceptando que no es necesario que el legislador diga cuál es la conducta lícita o cual la que prohíbe, como una hipótesis de antecedentes, para después penalizar la comisión de delitos.

XII. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONCEPTOS.

Para ser congruente con el tema de este ensayo, quiero agregar algo más sobre los conceptos en general, para comprender mejor los que son específicamente jurídicos. Los conceptos, dicen los expertos en la materia¹² son unas de las unidades fundamentales de la actividad pensante. Permiten conocer la realidad con mayor profundidad que la sensación, la percepción o la representación, ya que estas expresan la experiencia sensorial intuitiva directa, que es accesible también a los animales. El

concepto sale de los límites de aquello que nos es dado directamente por la experiencia sensorial. Un concepto se forma solo mediante una abstracción que permite ir de afuera hacia adentro, del fenómeno a la esencia. Solo el hombre puede elaborar y utilizar los conceptos, ya que solo él tiene la capacidad de abstracción.

El valor cognoscitivo del concepto consiste en que distingue en el objeto lo fundamental y general, como las propiedades, los rasgos y la función, abstrayéndose de lo individual o particular. El concepto está referido no a determinado objeto aislado, sino a toda una clase de objetos agrupados por una u otra característica. Entonces el concepto es el conjunto de propiedades que define una clase a la que se hace referencia por medio de una respuesta de identificación de clase.

Cada disciplina o ciencia tiene un sistema característico y específico de conceptos que se encuentran siempre en estrecha relación, para formar el todo. Por eso se dice que cada nuevo concepto científico deberá ser necesariamente considerado en el correspondiente sistema de conceptos de tal ciencia, para mantener la unidad. La elaboración de un concepto científico es el resultado por lo general de una investigación científica y a veces la consecuencia de un descubrimiento.

Tomas A. Brody¹³ concreta las principales características de los conceptos científicos de la siguiente manera:

- a) "El concepto científico es una construcción basada en la realidad

¹² BLAUBERG, I., P. KOPNIN e I. PANTIN, Breve diccionario filosófico, Editorial Cartago de México, trad. de F. Cortes 2a. ed., México, 1981, pp. 33 y 34. SWARTZ, Paul Psicología. El estudio de la conducta. Compañía Editorial Continental, México, 8a. impresión, noviembre de 1980, pp. 298 a 301.

¹³ BRODY, Tomas A., Formación y extensión de los conceptos científicos, UNAM, México, 1987, citado por Victor Manuel Rojas Amandi en Filosofía del Derecho. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Harla, México, 1991, p. 31.

descubierta en el experimento y medible por un método o bien, por una serie de métodos diferentes.

- b) El criterio que decide el valor de un concepto es la capacidad de representar correctamente una parte de la naturaleza.
- c) Los conceptos, como todas las cosas de este mundo, no se pueden construir de mármol para durar eternamente, deben ser capaces de desarrollarse, de crecer y de transformarse profundamente según las exigencias de nuestro creciente conocimiento del mundo al cual han de reflejar”.

El factor educativo es una influencia determinante para adquirir conceptos nuevos y perfeccionar otros. Es posible ir más allá del mundo conceptual en el que se nace, y extender los conceptos más allá de su definición comúnmente aceptada; también es posible formular nuevos conceptos o adoptar otros que sean ajenos a nuestra experiencia inmediata o a nuestra especialización. Los conceptos que ya componen el mundo, incluyen un verdadero caudal de “herramientas intelectuales”, según frase de Child, para interpretar nuestras experiencias. Desde que nacemos encontramos y utilizamos esas herramientas previamente establecidas por otros que nos antecedieron y esto no cabe duda que es una ventaja, pero también es necesario aprender a reformar algunos conceptos en aras del progreso humano.

XIII. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES.

En materia jurídica se hace una distinción relevante, a la que por último nos referimos entre los conceptos, denominándolos a unos conceptos jurídicos fundamentales y a otros contingentes o históricos. Los fundamentales

derivan necesariamente de una noción universal del Derecho. Como característica básica tienen la de ser conceptos necesarios e insustituibles o herramientas, como lo indica Radbruch, para entender y definir científicamente al Derecho, los diversos sistemas jurídicos y las normas que los constituyen. Son conceptos, como se ha dicho, necesarios, presentes en toda realidad jurídica.

Se encuentran presentes, como nociones, en todo sistema u ordenamiento que pueda calificarse de jurídico, pero no de manera contingente, sino constante; se les ha denominado conceptos puros y a priori.

Dicho de otra manera, son nociones que constituyen la estructura esencial de toda norma de Derecho, de todo sistema jurídico y de toda situación jurídica. Son, en fin, como se ha dicho, verdaderas categorías condicionantes de todo pensamiento jurídico y que pertenecen a la esencia de lo jurídico puro y simplemente.

Como ejemplos de conceptos jurídicos fundamentales anotamos los siguientes que suelen considerarse: el de persona, norma jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, sanción, relación jurídica, sociedad, autoridad, coacción, etc. Entre estos se dice que unos son de carácter formal y otros son materiales o reales.

Los conceptos opuestos a los fundamentales, serán los contingentes o históricos, que describen realidades creadas por los hombres en cierto tiempo y lugar; son las figuras jurídicas concretas, que en un momento dado se instituyen en los diversos sistemas jurídicos, en circunstancias muy específicas. Como ejemplo de estos conceptos podemos considerar los de hipoteca, fideicomiso, impuesto, paternidad, etc, que de ninguna manera los podríamos utilizar para explicar y comprender el Derecho.

*Virtudes y Dilemas del Constitucionalismo en la Economía Globalizada**

José Eduardo Faria*

La división de poderes entre los siglos XVIII y XIX es una de las obras de la ingeniería política burguesa-liberal más conocida.

La primacía de esta división, originalmente destinada a contener el absolutismo de los primeros tiempos del Estado moderno cuya principal característica es el monopolio del uso de la fuerza, atribuye la iniciativa legislativa a los parlamentos soberanos, restringe el campo de acción del Ejecutivo a los estrictos límites de la ley y da al sector judicial la competencia exclusiva

para arbitrar y juzgar los conflictos. De este modo, aunque el Estado detente el poder total, no puede ejercerlo de un modo absoluto. La constitucionalidad cristalizó esa importante obra de la ingeniería jurídico-político, afirmando las facciones institucionales de la democracia representativa moderna.

La democracia representativa, en su matriz liberal, puede verse como una técnica que busca absorber por medio de sus procedimientos electorales, de decisión y concesión, los diferentes reclamos y las diferentes ansias de una sociedad plural. Sus elementos estructurales básicos —como la regla de la mayoría, la soberanía popular y la certeza jurídica— dependen de la armonía y de la intercomplementariedad de los poderes interdependientes. Gracias a esa ingeniosa distribución de prerrogativas y obligaciones el proyecto jurídico-político de inspiración liberal-burguesa logró enfrentar la creciente complejidad socioeconómica del siglo XIX, afirmando un mínimo de

* Tomado de: BOLETÍN PORTAVOZ, N.º 46, Junio 1996, Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y el Caribe. Bogotá, Colombia.
* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y autor de la Eficacia jurídica y la violencia simbólica, São Paulo USP, 1988, Justicia y Conflicto, São Paulo, Editorial Revista de los Tribunales, 1991; Derecho y economía en la democratización brasileña, São Paulo, Malheiros, 1993, y Derechos humanos, derechos sociales y justicia, São Paulo, Malheiros, 1994.

seguridad y de legitimidad en un período histórico en que los cambios internos y profundos provocados por el desarrollo capitalista modificaron todas las estructuras socioeconómicas hasta entonces conocidas.

En el siglo XVII con la secularización del conocimiento y en el siguiente con la aparición de la revolución industrial, el orden político-institucional de la aristocracia fue perdiendo energía y eficacia mientras una burguesía mercantil emergente exigía dispositivos formales capaces de establecer equilibrios duraderos entre el poder del Estado y la libertad de los ciudadanos, entre el poder central y los poderes locales.

Surgido del vientre de las revoluciones inglesa (1688), norteamericana (1776) y francesa (1789), el constitucionalismo ofrece esos dispositivos, consolidando la idea del Estado de derecho como uno de los conceptos políticos fundamentales del mundo contemporáneo. Se trata de un Estado que resulta de un determinado patrón histórico de relaciones entre el sistema político y la sociedad civil, a través de un orden constitucional de rasgos legales-relacionales desarrollado en torno a un concepto de poder público en el cual se diferencian la esfera pública y el sector privado, los actos del imperio de los actos de gestión, el nivel político y el nivel económico, el individual y el colectivo.

Este patrón de relaciones, elemento básico del constitucionalismo y de la primacía del equilibrio entre poderes, comienza a presentar problemas operativos con la expansión de las luchas sindicales a finales del siglo XIX y comienzos del XX, entrando en franco colapso con la crisis estructural del sistema financiero del capitalismo competitivo en la década de los veinte. Ante la necesidad de dar respuestas rápidas a interrogantes económicos, administrativos, comerciales y financieros concretos no previstos y por eso

mismo sin reglamentación dentro del orden jurídico-constitucional de inspiración clásica liberal, el Ejecutivo fue asumiendo gradualmente parte de las funciones detentadas por los sectores legislativo y judicial.

De otra parte, con la disminución de la capacidad autorreguladora del mercado y de la propia sociedad el Ejecutivo asume un papel cada vez más directivo, coordinador, inductor y de planificación. De simple proveedor de servicios básicos pasa a actuar como productor directo de bienes y servicios, llegando al punto de volverse árbitro de los conflictos en los cuales también es parte.

En este momento es cuando el Estado liberal se convierte en Estado-benefactor cuya función básica es promover el crecimiento económico y dar protección a los ciudadanos más desfavorecidos. Como vector del progreso material como de la justicia social, el ejecutivo se convierte en un instrumento de consecución de objetivos concretos; su sistema jurídico es concebido como técnica de gestión y regulación de la sociedad y, bajo la forma clásica de las reglas generales, abstractas e impersonales, la legislación favorece o protege determinados intereses privados erigidos como intereses públicos. De este modo, el Estado deja de ser aquella asociación "ordenadora" típica del Estado de derecho clásico que tenía la legitimidad del uso de la coacción jurídica, renunciando en contrapartida a intervenir en el campo económico y social. Pasa a ser una asociación eminentemente "reguladora", según la perspectiva de un Estado Social de derecho. Este tipo de Estado llegará a su apogeo en los años cincuenta y sesenta, comenzando a declinar en la década de los setenta.

Las dos crisis petroleras ocurridas en 1973 y 1979, que provocan una nueva crisis estructural del sistema financiero con la

consecuente desorganización del modelo económico de inspiración socialdemócrata forjado en la posguerra, provocan una enorme recesión en los países desarrollados y generan una revolución tecnológica con el propósito de reducir el impacto del costo de la energía y del trabajo en el precio final de los bienes y servicios; además ponen en jaque los engranajes de decisión y el sistema político-jurídico del Estado benefactor. Con esto acaban minando aún más la primacía del equilibrio entre los poderes y los dispositivos formales del constitucionalismo clásico. Frente al desafío de responder a interrogantes técnicos nuevos y cada vez más complejos, el Ejecutivo se ve obligado a editar sucesivas normas programáticas de comportamiento y organización que al intercruzarse de manera continua acaban produciendo innumerables microsistemas legales y distintas cadenas normativas.

A causa de esas transformaciones y de esa producción desordenada de normas, la concepción del derecho como un sistema cerrado, jerarquizado y axiomático —típica del constitucionalismo del siglo XIX— se va sustituyendo por la visión del derecho como una organización de reglas bajo la forma de una “red”, dadas las múltiples cadenas normativas con sus interrelaciones esenciales aptas para atrapar, de forma pragmática, la complejidad de la realidad socioeconómica. Mientras la concepción del sistema jurídico, forjada por el Estado liberal, hace de lo completo, de la coherencia formal y de la lógica interna los corolarios básicos del orden legal, el sistema normativo bajo la forma de “red” se destaca por la multiplicidad de sus reglas, la variedad de sus fuentes y por lo provisional de sus estructuras normativas que son casi siempre parciales, mutables y contingentes.

Fruto de una sociedad cada vez más diferencial, fragmentada y conflictiva y de

un Estado obligado a desempeñar múltiples tareas a veces contradictorias, ese sistema normativo emergente, crece y se consolida a partir de una tensa e intrincada pluralidad de pretensiones materiales. La distinción entre intereses privados y comunes o colectivos— fundamental para la ingeniería jurídico-política de corte liberal burgués— no es capaz de ocultar más la tutela legal de algunos, que es obstáculo para la protección de otros. En la medida en que ese sistema normativo parece tener un potencial ilimitado incesante de nuevas reglas y materias de regulación, la tendencia es hacia un agotamiento de la propia función de las leyes. En un sistema jurídico “inflado” por un sinnúmero de “leyes de circunstancias” y “reglamentos de necesidad”, condicionados a su vez por coyunturas específicas y transitorias, la velocidad y la intensidad en la producción de nuevas normas constitucionales y de leyes ordinarias llevan al Estado a perder la dimensión exacta del valor jurídico tanto de las reglas que emite como de los actos que rige.

Además, condicionado por dos principios conflictivos —el de la legalidad (típico del Estado liberal) y de la eficiencia de las políticas públicas en los campos social y económico (típico del Estado benefactor)—, el Estado contemporáneo reacciona de un modo paradójico, provocando en nombre de la estabilidad monetaria, del combate a la inflación y del crecimiento económico, una inflación jurídica corrosiva. Este tipo de inflación se traduce en el crecimiento desenfrenado del número de normas, códigos y leyes, de tal modo que, la excesiva acumulación de esos textos legales, hace prácticamente imposible su aplicación efectiva, produciendo así la “desvalorización” progresiva del derecho positivo e impidiéndole ejercer de manera satisfactoria sus funciones de control y regulación.

Ese proceso, en sus límites, puede llevar a la propia anulación del sistema jurídico, ya que cuando los derechos se multiplican, también se multiplican en la misma proporción las obligaciones y éstas, al multiplicar los créditos, multiplican también los deudores, en un círculo vicioso cuya continuidad culminaría en la absurda situación de que existan solo deudores y todos sin ningún derecho. Ese es el potencial corrosivo de la inflación jurídica, el riesgo de la propia muerte del derecho.

Al provocar la desvalorización del instrumental normativo que el Estado tiene a su disposición, la inflada legislación descrita antes se convierte en uno de los principales factores responsables tanto del agravamiento de las tensiones entre la estructura del proceso de las negociaciones colectivas y el conflicto distributivo agudizado por la crisis económica, como del creciente grado de ineficacia del poder de regulación, de la dirección e intervención del Estado. En el primer caso, los sindicatos, movimientos comunitarios, entidades representativas, asociaciones religiosas y corporaciones exponen esas tensiones por el hecho de que a pesar de sus esfuerzos para ver sus reclamos consagrados como derechos y convertidos en obligaciones del Estado, muchas veces ven sus conquistas consagradas formalmente en textos legales, pero reducidas a polvo, o sea agotadas por un sistema jurídico que de tanto haber ampliado su número de normas se hace pesado, ineficaz e impotente.

En el segundo caso, ese ordenamiento jurídico muy "inflado" según la cantidad de reglas y variedad de sus formas que está dotado de un formalismo de mera "fachada" (gracias al creciente recurso del legislador, a los conceptos jurídicos indeterminados, a las normas programáticas y a las cláusulas generales), cuanto más busca reglamentar y

regular todos los espacios, dimensiones y temporalidad del sistema económico convertido en una intrincada tela reguladora y en una compleja red de microsistemas normativos, el Estado parece menos capaz de expandir su radio de acción y de movilizar los instrumentos de que dispone formalmente para exigir respeto a sus órdenes.

El deterioro de la organización de su sistema jurídico, el colapso del constitucionalismo y la superación del equilibrio entre los poderes no son, a pesar de todo, las únicas facetas de erosión de la efectividad y de la autoridad del Estado contemporáneo. Con el fenómeno de la globalización económica surgido de la revolución tecnológica, generado por las crisis petroleras y expuestos por la caída tanto del muro de Berlín como de las dictaduras del Este europeo, surgen otras rupturas institucionales importantes en las estructuras jurídicas y políticas, legadas por el Estado liberal del siglo XIX y por el Estado social del siglo XX. **Las rupturas más importantes son las siguientes:**

1. Internacionalización de la economía mediante la internacionalidad de los mercados de insumos, consumo y financiación, rompiendo con las fronteras geográficas clásicas y limitando de forma creciente la ejecución de las políticas cambiaria, monetaria y tributaria de los Estados nacionales.
2. Descentralización del aparato estatal descentrando sus obligaciones, haciendo informales sus responsabilidades, privatizando las empresas públicas y haciendo "ilegal" su legislación social.
3. Internacionalización del Estado mediante la introducción de los procesos de integración, formalizados por los bloques regionales y por los tratados de libre

comercio, con la consiguiente anulación de los topes de las tarifas, de las reservas del mercado y de los mecanismos para incentivos y subsidios fiscales.

4. Eliminación de territorialidad y reorganización del espacio de la producción mediante la sustitución de las plantas industriales rígidas y de carácter "fordista", aparecidas a comienzos del siglo XX, por plantas industriales "flexibles" de carácter "toyotista". Dicha sustitución está seguida por la merma reglamentaria de la legislación laboral y por la consiguiente "flexibilidad" de las relaciones contractuales.
5. Fragmentación de las actividades productivas en los distintos territorios y continentes, lo cual permite a los conglomerados multinacionales practicar el comercio interempresarial, acatando de manera selectiva las diferentes legislaciones nacionales y concentrando sus inversiones en los países donde estas le son favorables.
6. Expansión de un derecho paralelo al de los Estados, de naturaleza mercantil (*lex mercatoria*), como resultado de la proliferación de los foros de negociaciones descentralizadas establecidos por los grandes grupos empresariales.

El denominador común de estas rupturas es, como se ve, la pérdida de la soberanía de la autonomía de los Estados nacionales. Por un lado, el Estado ya no puede anhelar más una regulación de la sociedad civil nacional por medio de sus instrumentos jurídicos tradicionales, dada la creciente reducción de su poder de intervención, control y dirección. Por otro, el Estado está obligado a compartir su soberanía con otras fuerzas que trascienden el espacio nacional. Por eso, los Estados nacionales al promulgar sus leyes están obligados a tomar en cuenta el contexto

internacional para saber lo que pueden regular y cuales de sus normas serán efectivamente respetadas. Las consecuencias de este proceso son paradójicas: al tiempo que se observa un movimiento de internacionalización de los derechos nacionales, también se constata la expansión de normas privadas a nivel infranacional en la medida en que cada organización empresarial crea las reglas que necesita y hace jurídicas las áreas que más le interesan y según su conveniencia.

El Estado contemporáneo incapaz de asegurar una efectiva regulación social, impotente ante la multiplicación de las fuentes materiales del derecho y sin las condiciones para detener la dilución de su orden normativo, producida por la llegada de un efectivo pluralismo jurídico, se encuentra en crisis de identidad. Esa crisis puede verse a partir de su evidente ineptitud estructural en relación con los hechos sociales complejos, que a su vez exigen del sector público la instrumentación de un número cada vez más grande de mecanismos de decisión y control para asegurar el cumplimiento de sus funciones básicas. Tal ineptitud estructural se expresa bajo la forma de aquello que la sociología alemana ha llamado "trilema regulable", o sea un triple dilema formado por: a) la progresiva indiferencia recíproca entre el derecho y la sociedad, b) el desprecio de ciertos segmentos socioeconómicos por las reglas del derecho positivo y c) la creciente autonomía de las organizaciones empresariales ante los Estados nacionales.

Veamos, aunque rápidamente, las principales características de cada uno de esos dilemas.

El primer dilema surge del hecho de que a causa del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas cada subsistema social tendería al respeto básico de las reglas

forjadas en su interior, despreciando las normas jurídicas emanadas del poder central del Estado. Esto quiere decir que mientras más complejos son los sistemas sociales, menor será la autoridad institucional del Estado en el control directo de las innumerables interacciones entre individuos, grupos, clases y colectividades.

El segundo dilema señala que el derecho positivo, a causa de su dimensión cada vez más teleológica y de su naturaleza tan especializada, tendería a tratar por categorías muy "particulares" las relaciones sociales básicas, destruyendo así su autenticidad y minando su identidad. Por eso mientras el derecho positivo sustituye más sus tradicionales normas abstractas, genéricas e impersonales por normas bastante técnicas y específicas, compromete más las relaciones vitales de la así llamada "Lebenswelt", las cuales constituyen la espina dorsal de una determinada sociedad.

Ya el tercer dilema proviene del hecho de que un derecho positivo de carácter cada vez más "finalista", a causa de la alta movilidad social y de los profundos cambios ocurridos en los sistemas político-administrativos y socioeconómicos, acabaría siempre enfrentando problemas de racionalidad sistémica. Es decir, mientras ese derecho positivo multiplica más sus normas y leyes específicas para intervenir "técnicamente" en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menor será su coherencia interna y su organización lo que con el tiempo revelaría su progresiva incapacidad para tomar en cuenta las tensiones y los conflictos sociales a partir de un conjunto articulado mínimamente con "premisas decisivas".

Acorde con esa amplia y profunda crisis estructural del Estado contemporáneo y con su instrumental jurídico, surge de ahí el agotamiento de la ingeniería jurídico-política de naturaleza liberal, en la cual se destacan

el equilibrio de poderes y el constitucionalismo, lo mismo que la urgente necesidad de una racionalidad legal nueva; una racionalidad forjada a partir de la conciencia de que las formas de las relaciones sociales condicionadas por la interconexión entre las grandes organizaciones hoy exigen del Estado una serie de papeles originales que intermedian y que solamente pueden ejercerse con la colaboración de aquéllas. Por eso, una racionalidad normativa responsable por una legislación más pragmática, apta para renunciar a la regulación exhaustiva de los procesos sociales, se dirige menos a la consecución de resultados concretos (mediante la regulación "patronal" y "tipificada" de los comportamientos individuales) y más hacia la coordinación de las diferentes formas de legalidad formadas y desarrolladas dentro de los distintos subsistemas sociales.

En ese contexto de "interlegalidades", generado por los diferentes poderes, procedimientos y valores de los grandes conglomerados, entidades sindicales, corporaciones profesionales y grupos de interés también surge la exigencia de nuevas condiciones operativas para el funcionamiento de un derecho que formula nueva y enteramente su concepción y sus procedimientos; un derecho cuyas reglas, a semejanza de las normas y normas aproximadas utilizadas por el derecho internacional para lanzar las bases de coexistencia y cooperación entre las naciones, sean capaces de servir como técnicas de gestión y neutralización de las tensiones, inseguridades, contingencias e indeterminaciones presentes siempre en todo proceso social, económico y político; un derecho en condiciones de promover el gancho o acoplamiento estructural (structural coupling) de la pluralidad de los sistemas

jurídicos diferenciales y de sus respectivos “espacios sociolegales” con su impacto social, cultural e institucional muy diversificado en terminos sectoriales, locales, regionales y nacionales.

En suma, un derecho preparado para afirmar el equilibrio organizado de interrelación, que garantiza un mínimo de gobierno por parte del Ejecutivo y neutraliza la propensión natural de los grupos situados en los sectores estratégicos de la economía y de la política para reaccionar sobre los demás de manera imperialista y colonial, lo que comprometería el equilibrio “ecológico” del sistema social considerado globalmente. En fin, de ahí surge la necesidad de

reflexionar de manera doctrinaria sobre algunas de las categorías clásicas de la política (como la regla de la mayoría, la soberanía popular y el equilibrio de poderes) y esto a partir de paradigmas originales y sensibles tanto por la tendencia de las organizaciones hacia la autonomía y la independencia en proporción directa a su capacidad de movilización, enfrentamiento y trueque, como por la emergencia de nuevos institutos jurídicos volcados especialmente hacia los sectores sociales marginales: aquellos que no tienen condiciones de integrarse en el proceso de “modernización” económica dirigido por esas “complejas organizaciones”.

El poder legislativo y los partidos políticos

Oscar Martínez Peñate*

1.1 Breve esbozo histórico y caracterización del poder legislativo

Para una mejor comprensión antes de abordar el tema es necesario, definir el término Parlamento. Parlamento tiene su origen de la palabra francesa **parler**, que en español significa, hablar, es decir, hablar o conversar unos con otros. Según el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**¹, existen siete significados de la palabra Parlamento:

1. Asamblea de los grandes del reino, que bajo los primeros reyes de Francia se

convocaba para tratar negocios importantes.

2. Cada uno de los tribunales superiores de justicia que en Francia tenían además atribuciones políticas y de policía.
3. La Cámara de los Lores y la de los Comunes en Inglaterra.
4. Por extensión Asamblea legislativa.
5. Razonamiento u oración que se dirigía a un congreso o junta.
6. Entre actores, relación larga en verso o prosa
7. Acción de parlamentar.

El Parlamento ha evolucionado, por ejemplo, en sus funciones, composición y estructura, éstos cambios han ocurrido de acuerdo con el contexto particular de alguna zona geográfica determinada, en donde se haya creado y desarrollado históricamente un Estado.

Cada Estado tiene un Parlamento diferente y peculiar, que puede ser considerado en última instancia como el resultado de los

* Polítologo salvadoreño, Catedrático e investigador del Departamento de Sociología y Ciencias Políticas de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), El Salvador.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Diccionario de la Lengua Española**, Madrid, Real Academia Española, Vigésima Edición, Tom. II, 1986, p.1015. CFR, PAUL ROBERT, **Le petit Robert Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française**, Paris, Le Robert, 1985, p.1361.

cambios o modificaciones ocurridos en el tiempo en una sociedad y que pudieron ser influidos directa o indirectamente por sucesos de carácter nacional, regionales o internacionales.

Los antecedentes históricos de la Asamblea Legislativa se remontan hasta las antiguas asambleas en Grecia. Sin embargo, el origen y significado de Parlamento moderno se encuentra en Europa, particularmente en el Reino Unido, en donde los reyes convocaban y presidían el Parlamento, ésta institución cumplía sobre todo funciones judiciales, económicas y presupuestarias.

En el siglo XIV, los órganos parlamentarios, despojados de sus funciones judiciales, incorporaron a otros representantes de sectores sociales, plebeyos, urbanos, a la *gentry* en Inglaterra, a lo que en Francia se llama "estado llano" y en España al tercer brazo: burgueses, propietarios, etc., los **meliores terrae**. Con esta representación, los Parlamentos estamentales entran en complejas relaciones entre sí y con el Monarca. Así, en Inglaterra, comienza a imponerse la práctica de que los nobles temporales y espirituales se reúnan aparte (lo que da origen a la Cámara de los Lores) en tanto que el estamento llano lo hace por otra (lo que da origen a la Cámara de los Comunes); igual sucederá con los Estados Generales en Francia y la costumbre se romperá por primera vez, cuando los tres Estados deciden celebrar sesiones conjuntas en 1789: con anterioridad, el estado llano había impuesto la costumbre de presentar al Monarca los "**cahiers de doléances**", en los cuales se contenían sus reivindicaciones, cuyo logro solían vincular a la aprobación de los impuestos por el Rey².

El origen del Parlamento no se puede interpretar como un intento de instaurar

sistemas políticos democráticos, sin embargo, con el apareamiento y fortalecimiento de la burguesía en el siglo XVI; con los efectos económicos, políticos y sociales del advenimiento del capitalismo, en el siglo XVIII; los efectos directos y mediatos de las Primera y Segunda guerras mundiales, en el siglo XX, los Parlamentos fueron objetos de cambios considerables, hasta concebirse hoy en día como los principales órganos del Estado.

Al Parlamento se le designa indistintamente con varios nombres, no obstante, en el desarrollo del presente trabajo se empleará el de Asamblea Legislativa.

Entre los sinónimos de Asamblea Legislativa encontramos los siguientes (ver cuadro No. 1):

Las Asambleas Legislativas pueden ser unicamerales (monocameralismo), constituidas por una sola cámara o, bicamerales (bicameralismo), formadas por dos cámaras.

El sistema unicameral fue el primero en surgir, luego éste dio origen al bicameral y tuvo su génesis en Inglaterra, cuando los **commons** o baja nobleza formaron su propia cámara, la Cámara de los Comunes, como resultado de la decisión que tomó la aristocracia o los lores de tener reuniones en la Cámara de los Lores, separadas de los **commons**. Con esta escisión cada cámara representaba intereses distintos y en muchos casos contrapuestos, debido, entre otros, por las diferencias sociales y económicas de los miembros que componían cada una de las cámaras.

El sistema legislativo inglés se extendió por casi toda Europa, valga decir que los países lo adoptaron y lo modificaron, acorde con las particularidades de cada Estado, una vez que formó parte del sistema político de los países, éste evolucionó y desarrolló en la medida que se transformaron las sociedades europeas y actualmente es el sistema predominante en Europa.

² RAMÓN GARCÍA COTARELO y ANDRES DE BLAS GUERRERO, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Tom.I, 1978, p.351.

CUADRO No.1

ALGUNOS SINÓNIMOS DE ASAMBLEA LEGISLATIVA POR PAÍS

ASAMBLEA LEGISLATIVA	PAÍS
Asamblea Federal	Suiza
Asamblea Popular	Albania
Cámara de Representantes	Indonesia
Congreso Federal	EE.UU.
Congreso Nacional	República Dominicana
Congreso Popular Nacional	China
Consejo Grande y General	San Marino
Consejo Supremo	Letonia
Cortes Generales	España
Dieta	Japón
Estados Generales	Países Bajos
Gran Asamblea	Rumania
Knesset	Israel
Parlamento	Inglaterra

Montesquieu (...) propuso que se dividiera en dos Cámaras que, siguiendo el ejemplo inglés, representarían a la sociedad de acuerdo con sus partes: la baja para el pueblo y la alta para los propietarios³.

Montesquieu hacía descansar este último control en un principio social, más que político y propio del Estado. Esta atadura aristocrática se rompería con la aparición de los federalistas estadounidenses que reformularon la división del Congreso para asignar a la Cámara Baja la representación ciudadana y al Senado la de los Estados Federados⁴.

Hoy en día, en los países de la comunidad internacional, los poderes legislativos ya no

son un escenario en donde se reproduce la división de clases de la sociedad, en donde por un lado están representados los propietarios y en el otro los trabajadores. Esto no significa que las cámaras no puedan estar constituidas por partidos políticos que encarnen expresiones de clase y posiciones antinacionales.

En los sistemas bicamerales, las cámaras han logrado alcanzar un equilibrio entre ellas, y se han convertido en complementarias.

Las cámaras, de los poderes legislativos bicamerales tienen diferentes nombres, según el país (ver cuadro No.2).

El poder legislativo nació primero que la teoría, fue el resultado de los sucesos históricos el que lo concibió y, se puede decir, que por los hechos positivos que causó u originó en la vida de los pueblos, fue lo que le concedió prácticamente validez universal. “Lo que Inglaterra fue construyendo

³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1977, p.104.

⁴ ROGELIO HERNÁNDEZ, *El Congreso Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1994, pp.190-191.

CUADRO No. 2

ASAMBLEAS LEGISLATIVAS BICAMERALES

PAÍS	PRIMERA CÁMARA	SEGUNDA CÁMARA
Botswana	Cámara de Jefes	Asamblea Nacional
EE.UU.	Senado	Cámara de Representantes
Eslovenia	Consejo de Estado	Asamblea del Estado
España	Senado	Congreso de los Diputados
Francia	Senado	Asamblea Nacional
India	Consejo de los Estados	Cámara del Pueblo
Paraguay	Senado	Cámara de Diputados
Reino Unido	Cámara de los Lores	Cámara de los Comunes
Suiza	Consejo de los Estados	Consejo Nacional

orgánicamente, sin razonarlo casi, a medida que las circunstancias lo aconsejaban, vino a ser teorizado en el Continente”⁵.

Sin embargo, hasta la fecha no se ha elaborado una teoría que se constituya en paradigma ideal para ser copiado por cualquier Estado. En este orden cada Asamblea Legislativa es **sui generis** y se constituye en la secuela directa del proceso y nivel político, social, económico, cultural, técnico y científico, etc., entre otros, alcanzado por cada país.

En este sentido, el funcionamiento, composición y funciones de la Asamblea Legislativa estarán en proporción directa con el desarrollo del país respectivo, en otras palabras, el estado en que se encuentre cada Asamblea Legislativa es el reflejo del nivel de crecimiento y desarrollo alcanzado en diversas áreas y sectores prioritarios de la sociedad, lo que incluye obviamente el nivel de democracia logrado.

1.1.2 Sistema unicameral y bicameral

La composición y el número de miembros de ambas cámaras varía de país en país, no solamente tomando como parámetros las peculiaridades históricas de cada uno, sino también la densidad de la población, la extensión territorial y la división política-administrativa del Estado.

En algunos países que tienen división política federal optan por el sistema legislativo bicameral, en estas situaciones la Primera Cámara (el Senado), es donde se da la representación territorial, puesto que, por lo general es formado por uno, dos o más representantes de los Estados o Provincias del país y son elegidos ya sea por medio del sufragio universal, por el representante del Rey (gobernador), el Rey, o pueden ser personas que han adquirido el derecho por herencia familiar, como en el caso del Reino Unido.

En los sistemas bicamerales de los Estados Federados, además de existir las dos cámaras, por lo general localizadas en la capital del Estado, coexisten de la misma forma igual

⁵ NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, CIVITAS, Segunda Edición, 1984, p.821.

CUADRO No. 3

ASAMBLEAS LEGISLATIVAS BICAMERALES*
POBLACIÓN, ÁREA(Km²), MIEMBROS Y PERÍODOS DE LA LEGISLATURAS

PAÍS	Población	Área(Km ²)	PRIMERA CÁMARA		SEGUNDA CÁMARA	
			Miembros	Legislatura	Miembros	Legislatura
Bolivia	7.065.000	1.098.581	27	4 años	130	4 años
EE.UU.	258.233.000	9.372.614	100	6 años	435	2 años
India	896.567.000	3.287.590	245	6 años	545	5 años
Paraguay**	4.643.000	406.572	45	5 años	80	5 años
Reino Unido	57.826.000	244.100	1,222	hereditarios y vitalicios	650	5 años

* Se emplea Primera Cámara y Segunda Cámara para referirse a sus respectivos homólogos en los países mencionados en el cuadro.

** Elegidos por un periodo de cinco años y puede ser disuelta por el Ejecutivo antes del quinquenio.

FUENTE: Datos obtenidos del *Almanaque Mundial 1996*, Virginia, Editorial Televisa, 1995.

número de asambleas legislativas como provincias o Estados posea el país, por ejemplo, en Estados Unidos existe el Congreso Federal, pero además hay cincuenta Asambleas Legislativas, es decir, una por cada Estado⁶.

El período como senadores puede ser por cuatro o seis años, por toda la vida como en el Reino Unido o hasta cuando el senador cumpla setenta y cinco años de edad, como el caso de Canadá⁷.

En la Segunda Cámara (Cámaras de Representantes), es donde se da la representación del pueblo y está constituida, por lo general, por diputados que son elegidos proporcionalmente con la población que tiene cada uno de los respectivos Estados o Pro-

vincias del país, de tal forma que habrá más diputados de una provincia que de otra, puesto que el número de ellos lo determina la densidad de la población.

Asimismo, se cuenta otro sistema parlamentario denominado tricameral o multicameral, pero realmente éste no llega a constituirse en una institución formada por tres o más cámaras equilibradas entre ellas, sino que lo que predomina es el bicameral, lo que sucede es que se crean algunos comités, consejos o comisiones legislativas especiales a las que llaman cámaras, que adquieren cierta importancia al interior de la Asamblea Legislativa, pero no igual ni mayor que las dos cámaras predominantes.

Francia y muchos países africanos han pasado por la experiencia de incluir una tercera cámara representante de intereses **funcionales**, en sus sistemas bicamerales basados en la representación territorial. Estas cámaras funcionales son consejos económicos y sociales que juegan un papel puramente consultivo que

⁶ E. ALLAN FARNSWORTH, *Introduction au système juridique des Etats-Unis*, Paris, Nouveaux Horizons, 1976, p.99.

⁷ VIDE, KAYE HOLLOWAY, *Le Canada pourquoi l'impasse?*, Montréal, Editions Nouvelle Optique, Tom.1, 1983, p.120.

no justifica que el sistema pueda ser considerado como verdaderamente tricameral⁸.

En cuanto al sistema unicameral y bicameral, la doctrina todavía no se ha puesto de acuerdo sobre cuál de los dos es el mejor, puesto que no es la teoría la que define el buen funcionamiento del poder legislativo o de una legislación, sino los resultados positivos y el rol destacado o determinante que éste órgano desempeñe en la construcción, reconstrucción o proceso de consolidación de la democracia de algún país. Sin embargo, resulta interesante hacer notar que la tendencia observada en los países del mundo es el acentuado predominio del sistema unicameral, "la proporción es de casi tres contra uno"⁹.

Por un lado se esgrimen argumentos que tratan de justificar la existencia del sistema unicameral, entre los cuales encontramos los siguientes:

- La soberanía es indivisible y por lo tanto no se tiene que dividir en dos o en más partes el Poder Legislativo. Juan Jacobo Rousseau, sostenía que: "la soberanía es inalienable, es indivisible"¹⁰.
- El sistema bicameral es un remanente ya superado de las épocas donde el reinado era el predominante.
- Con el sistema bicameral se duplica el trabajo y el tiempo para resolver o tratar las mismas leyes, piezas de correspondencias, etc., además que representa un doble gasto presupuestario del país.
- Con el bicameralismo se producen competencias y rivalidades innecesarias entre ambas cámaras, que afectan no sólo

al buen funcionamiento del poder legislativo sino, también, al del sistema político y, en definitiva, al de la población.

- El unicameralismo permite más agilidad y flexibilidad al Ejecutivo, puesto que el presidente del país no tiene que dialogar, negociar o enfrentarse a dos cámaras.
- El tradicionalismo aristocrático de la nobleza y sus prerrogativas ya están superadas por la historia como para que exista una Cámara Alta.

Por otra parte, también encontramos argumentos que sostienen la necesidad de la existencia de las dos Cámaras Legislativas, por ejemplo:

- Las resoluciones, dictámenes, leyes, decretos, etc., serán ampliamente y mejor analizados, en ese sentido, los errores que cometan los diputados de la primera cámara serán rectificadas o corregidos por los de la segunda.
- La existencia de ambas cámaras es saludable para garantizar de forma idónea el equilibrio del poder, la autonomía e independencia del Legislativo en relación con los Poderes Ejecutivo y Judicial.
- Es bueno la existencia de un contrapeso y freno a la primera cámara, porque ésta puede devenir en autoritaria e impositiva sobre el Ejecutivo y sobre las demás instituciones públicas y privadas del país.
- Con el sistema bicameral se contribuye a estimular la carrera parlamentaria, puesto que el diputado de la primera cámara tratará de ascender a la segunda, lo que le permitiría lograr un aumento salarial, nuevas inmunidades y prerrogativas que se desprenderían de su nuevo rol, a la vez, mejorar su *status* frente a la clase y sociedad política, asimismo, frente a la población civil.
- Se produce una división racional del trabajo entre ambas cámaras, la cual

⁸ IVO D. DUCHACEK, *Mapas del poder, político constitucional comparada*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p.289.

⁹ *IBIDEM*, p.300.

¹⁰ JUAN JACOBO ROUSSEAU, *El Contrato Social*, San José, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), Tercera edición, 1980, p.67.

redunda en agilidad, eficiencia y funcionalidad del Poder Legislativo para abordar los tópicos y documentos que ingresan a la Asamblea Legislativa.

- La versión bicameral es la clásica de origen inglesa y es la que debe predominar.

Para el caso de los países de Centro América, después de la “independencia” en 1821, se estableció a partir de las Constitución Federal de 1824, un Poder Legislativo bicameral, compuesto por una Cámara de Representantes y un Senado. Incluso este sistema prosiguió en 1841, fecha en la que El Salvador se constituyera en Estado “independiente” hasta la redacción de la Constitución de 1886, en que se estableció el cambio de bicameral a unicameral, el cual ha prevalecido hasta nuestros días.

Actualmente, en El Salvador la Asamblea Legislativa está constituida por 84 diputados elegidos por sufragio universal por un período de tres años.

1.1.3 Clasificación del sistema de gobierno legislativo

En la caracterización del sistema legislativo, partimos del hecho de que no

existe uno que se pueda tomar como modelo ideal ni realizar la distinción en la medida de la aproximación o lejanía de rasgos comunes de determinado sistema.

No existen dos sistemas iguales, los hay similares, lo que significa que cada uno tiene sus propias particularidades, podemos afirmar que cada sistema responde a una historia, geografía, economía, política, etc., específica del país.

La caracterización se hará a continuación de manera general y no exhaustiva, de tal forma que se tomarán algunos parámetros similares, pero obviamente se dará el caso de que algunas características no se aplican a algún sistema, ya sea presidencialista o parlamentario. No obstante, el denominador común entre ambos sistemas es que son de carácter representativo.

1.1.3.1 Sistema de gobierno presidencialista

El presidencialismo fue establecido por primera vez en los Estados Unidos de América por los federalistas mediante la Constitución estadounidense del 17 de septiembre de 1787, posteriormente fue adoptado con las modificaciones del caso por la mayoría de los

CUADRO No.4

LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LOS PAÍSES DE CENTRO AMÉRICA

PAÍS	POBLACIÓN* (millones)	ÁREA (Km2) (miles)	NUMERO DE DIPUTADOS	DURACIÓN DEL PERÍODO
Guatemala	10.029.000	108.889	80	4 años
Honduras	5.595.000	112.088	128	4 años
Nicaragua	4.265.000	130.700	92	6 años
Costa Rica	3.199.000	51.100	57	4 años
El Salvador	5.517.000	21.040.79	84	3 años

* Estimación media de la población en los años 1992 y 1993.

FUENTE: Datos obtenidos del *Almanaque Mundial 1996*, Virginia, Editorial Televisa, 1995.

países de América Latina y, en la actualidad ha llegado a ser el sistema predominante.

Históricamente, el sistema presidencialista es más antiguo que el parlamentario. Al mismo pertenecen las monarquías constitucionales en las que la constitución establece que el gobierno depende únicamente de la confianza del monarca, mientras que el Parlamento participa como instancia legislativa en el proceso político. La democratización del sistema presidencialista significó la abolición de la monarquía, porque el sistema de gobierno presidencialista y la democracia son compatibles en el marco de la república¹¹.

En el presidencialismo existe una separación, equilibrio, autonomía e independencia relativa entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, la relación que existe entre ellos es de coordinación, por lo que ésta separación de poderes es tipificada como rígida.

En este sistema de gobierno, el Ejecutivo es monocéfalo; el presidente está investido con la función de jefe del Ejecutivo o del gobierno, del Estado, comandante en jefe de las Fuerzas Armadas y dirige la diplomacia o relaciones internacionales del país¹².

El presidente puede nombrar de manera discrecional a los ministros del gobierno o secretarios de Estado, éstos últimos no son responsables políticamente ante la Asamblea;

de la misma manera nombra a cierto personal clave en la administración pública.

Los diputados no pueden ejercer al mismo tiempo el rol de ministros, a menos que dejen su curul al suplente, es decir, no pueden pertenecer al mismo tiempo a los dos poderes del Estado.

El presidente y el vice presidente, al igual que los diputados que conforman la Asamblea Legislativa, son elegidos por el cuerpo electoral del país, a través del sufragio universal para un período determinado, por lo que tanto el presidente y el vice presidente como la Asamblea Legislativa están investidos con la representatividad que emana de los ciudadanos y, por lo tanto, sólo responden de su gestión ante el pueblo.

En la elección de los diputados tienen la oportunidad de llegar a la Asamblea, incluso hasta un sólo diputado que represente a un partido político pequeño.

En la elección del presidente y vicepresidente, el partido político o coalición que salga victorioso de las elecciones, llega solo al Ejecutivo, es decir, es "suma cero", el vencedor se lleva todo el "premio", el cual es indivisible y los perdedores quedan absolutamente excluidos del Ejecutivo y de la dirección de la administración pública. No obstante, esta situación no es impedimento para formar coaliciones políticas en el seno de la Asamblea Legislativa que apoyen o respalden al Ejecutivo en la formación de políticas públicas.

¹¹ WINFRIED STAFFANI, "Sobre la distinción entre los sistemas de gobierno parlamentario y presidencialista", *Democracia representativa y parlamentarismo*, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA) y la Konrad-Adenauer-Stiftung, 1984, p.17.

¹² CFR, ALBERTO ZARZA MENZAQUE, "Presidencialismo y parlamentarismo", *Documentos y conclusiones del primer congreso internacional de modernización parlamentaria*, Buenos Aires, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1990, p.228.

ENRIQUE TARIGO, "Presidencialismo y parlamentarismo en la evolución constitucional uruguaya", *Documentos y conclusiones del primer congreso internacional de modernización parlamentaria*, Ed. cit., p.99.

H. GUTEMBERG MARTINEZ, "La alternativa semipresidencial ¿Un camino posible en Latinoamérica", *Transformación de los sistemas políticos en América Latina*, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p.414.

El presidente y la Asamblea Legislativa se encuentran en un plano de igualdad y equilibrio mutuo. El presidente puede remover o destituir a miembros de su gabinete de ministros, ya que éstos son responsables de su gestión sólo ante él. El presidente no puede disolver a la Asamblea cuando lo considere necesario y convocar a nuevas elecciones, ni la Asamblea destituir al presidente (salvo en casos excepcionales contemplados en las Constituciones) y disolver su gobierno por medio de un voto de censura o desconfianza.

Esta situación ha sido excusa que han utilizado los militares en América Latina para dar golpes de Estado cuando ellos lo han estimado conveniente, precisamente por no existir un mecanismo que sirva de “fusible” o “válvula de escape” en el sistema político para resolver las crisis que se producen y activar mecanismos que las diriman.

Sin embargo, la historia enseña que los militares cuando dan los cuartelazos o golpes de Estado no es precisamente para resolver crisis políticas o económicas, sino para crearlas y agravarlas. Aquí no cabe la duda si el sistema presidencialista es el disfuncional, sino la perjudicial e innecesaria existencia de las Fuerzas Armadas en los países de América Latina.

1.1.3.2 Sistema de gobierno parlamentario

“El parlamentarismo de Inglaterra se ha ido configurando paulatinamente, a partir de la segunda mitad del siglo XVII, se extendió primero a Francia”¹³, que sirvió de puerta de entrada al continente europeo y fue el país donde se perfeccionó.

Es de hacer notar que en el actual parlamentarismo los tres poderes del Estado

desarrollan relaciones de integración entre ellos, por lo que la división es calificada como flexible, situación que facilita la formación de alianzas entre los partidos políticos representados en el Parlamento.

El poder Ejecutivo en la mayoría de los casos tiene una organización dual, está dividido entre el jefe de Estado y el jefe del gobierno.

El jefe de Estado no posee un poder fuerte ni propio, pero desarrolla un papel simbólico y de influencia psicosocial en la población, que podríamos definir como esencial para mantener la integración nacional.

El líder del partido que gana las elecciones generales es nominado primer ministro.

El primer ministro es el jefe del gobierno o del Ejecutivo¹⁴, desempeña las funciones ejecutivas, preside y dirige el gabinete ministerial.

El jefe del gobierno y los miembros del gabinete son seleccionados por el Parlamento, por lo que individual y colectivamente dependen del beneplácito y confianza del Poder Legislativo.

Los miembros del Ejecutivo pueden provenir del Poder Legislativo, y éstos pueden desempeñar simultáneamente el rol de ministro y parlamentario, sin presentar incompatibilidad de funciones, por pertenecer al mismo tiempo a ambos Poderes del Estado.

El Ejecutivo, incluido obviamente el primer ministro, tiene responsabilidad política

¹³ MARIO VERDUGO MARINKOVIC y ANA MARÍA BARZELLATO, *Manual de derecho político*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tom.I, 1988, p.223.

¹⁴ El nombre del jefe de gobierno, varía la denominación dependiendo del país, por ejemplo, en algunos es llamado, Canciller, Presidente del Consejo, Premier, Primer Ministro, etc.

El jefe de Estado en las monarquías constitucionales parlamentarias, es un puesto hereditario y lo ocupa el Rey o la Reina, por ejemplo: Reino Unido, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Bélgica, etc. En los Estados parlamentarios republicanos por lo general lo es el presidente, por ejemplo: Francia, Italia, Alemania, etc.

ante el Parlamento, lo que significa, que el Parlamento puede disolver todo el gabinete o sólo destituir a los ministros y dejar al primer ministro, mediante un voto de censura o de desconfianza.

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, los sistemas parlamentarios han introducido un mecanismo tendente a evitar la inestabilidad de los gabinetes: el voto de censura constructiva. Este mecanismo, instaurado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn¹⁵ y adoptado, entre otras, por la Constitución Española de 1978¹⁶, exige que la moción de censura de un gabinete esté acompañada con la propuesta de un candidato para ocupar la jefatura de gabinete¹⁷.

Sin embargo, el gobierno tiene la misma prerrogativa, puede disolver una o ambas cámaras del Parlamento y convocar inmediatamente a elecciones; de esta forma es la ciudadanía la que con su voto tratará en cierta medida de dirimir el conflicto que dio origen a la disolución. Por tal razón, el gobierno al elaborar su agenda nacional e internacional sabe de antemano que debe ser del agrado y aprobación del Parlamento, porque de lo contrario podría derivar en conflicto entre ambos poderes.

La disolución de una o ambas cámaras también puede realizarla el jefe de gobierno, es decir, para saber si la población está o no de acuerdo con determinada decisión del Ejecutivo, la cual es de trascendencia para la

nación, por ejemplo: "En 1982, ante el conflicto de las islas Malvinas, la Primera Ministra Margaret Thatcher, disolvió la cámara y llamó a nuevas elecciones anticipadamente, de esa manera obtuvo clara mayoría parlamentaria"¹⁸.

En resumen, para Linz la mejor manera de reseñar las diferencias básicas entre el presidencialismo y el parlamentarismo consiste en destacar que mientras el parlamentarismo le otorga al proceso político flexibilidad, el presidencialismo lo torna rígido. A la probable crítica a esta concepción por parte de los defensores del presidencialismo, diciendo que la rigidez es una ventaja, pues salvaguarda al proceso político de la incertidumbre e inestabilidad propias del parlamentarismo, contesta afirmando que aunque la necesidad de autoridad y predicción parecería favorecer al presidencialismo, existen circunstancias inesperadas como puede ser la muerte del titular del Ejecutivo o la toma de decisiones erróneas, que convierten al gobierno presidencial en menos predecible y a menudo más débil que el de un Primer Ministro¹⁹.

Los problemas en el funcionamiento del presidencialismo latinoamericano, según Nohlen²⁰, no deben conducir a una exigencia por transformar radicalmente el régimen político, esto es instaurar el parlamentarismo, sino más bien producir modificaciones que tengan en cuenta las circunstancias particulares de cada país²¹.

¹⁵ Ley Fundamental de Bonn (1949), art.67.

¹⁶ Constitución Española (1978), art.113.2 y art.114.2.

¹⁷ DELIA FERREIRA RUBIO y MATTEO GORETTI, "La reforma constitucional Argentina: ¿un presidente menos poderoso?", *Contribuciones*, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA) y la Konrad-Adenauer-Stiftung, No.1, enero-marzo de 1995, p.73.

¹⁸ MARIO VERDUGO MARINKOVIC y ANA MARÍA BARZELLATO, Ed. cit., p.227.

¹⁹ LINZ, J., "Los peligros del presidencialismo", *Reformas al presidencialismo en América Latina*, Comisión Andina de Juristas, Caracas, 1993, p.31.

²⁰ NOHLEN, D., "Sistemas de gobierno, perspectivas conceptuales y comparativas", *Reformas al presidencialismo en América Latina*, Ed. cit., *passim*.

²¹ CARLOTA JACKISCH, "Algunos aspectos del debate actual sobre presidencialismo vs. parlamentarismo en Latinoamérica", *Contribuciones*, Ed. cit., No.1, enero-marzo de 1995, p.62.

Por otra parte, en ciertos países se han desarrollado últimamente sistemas legislativos denominados mixtos o semipresidenciales, por estar formados con algunos elementos de los dos sistemas, sin embargo, en la realidad tiende invariablemente a predominar el sistema presidencial o parlamentario.

El semipresidencialismo es un híbrido y un intento ecléctico que no se puede situar como un sistema intermedio entre ambos y que sea mejor a cualquiera de los dos que le dieron origen.

Por otra parte, definir las características fundamentales entre el presidencialismo y el parlamentarismo es difícil. Por esta razón hay inclinación a tomar de manera muy simplista como paradigma del presidencialismo al Congreso Federal de los Estados Unidos y como paradigma del parlamentarismo al Parlamento del Reino Unido, asimismo, dentro de esta lógica, como modelo del semipresidencialismo al sistema legislativo de Francia.

Entre los países que tienen sistema de gobierno semipresidencial podemos mencionar los siguientes: Argentina, Austria, Bolivia, Finlandia, Irlanda, Islandia, Perú y Portugal. En este mismo orden de clasificación de sistemas de gobiernos, el de Suiza es el único que no se puede tipificar como presidencialista, parlamentario o mixto, por lo que es llamado directorial o colegial. El poder político en este caso no se encuentra personificado en el jefe de Estado o de gobierno sino que reside en el directorio y no existe, entre otros, el voto de censura.

Carlos Sabino, profesor titular de la Universidad Central de Venezuela, sostiene para el caso de Venezuela que:

Como un modo de reducir el presidencialismo predominante y con el objeto, además, de distanciar a la figura del presidente de los movimientos coyunturales de opinión,

se ha propuesto la creación del cargo de Primer Ministro. Se crearía así un régimen semipresidencial, en algún modo semejante al francés, que haría al Primer Ministro responsable ante el Parlamento pero dejando al Presidente como figura suprema del Estado y del gobierno. Quienes defienden esta modalidad de gobierno señalan que otorga, a la vez, las ventajas del presidencialismo y del parlamentarismo, dando mayor flexibilidad a la obra de gobierno, haciendo más responsable al Ejecutivo frente al Congreso y facilitando una válvula de escape para superar las crisis políticas. Quienes se oponen destacan, por otra parte, que el nuevo cargo no podría adquirir real significación dentro de nuestra tradición política, convirtiéndose simplemente en un ministro más, y que en nada reduciría el presidencialismo vigente²².

1.2 Representatividad parlamentaria popular o partidista

En El Salvador no ha existido una acumulación democrática, como tampoco un régimen de partidos políticos que se haya desenvuelto en un contexto democrático; el autoritarismo siempre ha estado presente con uniforme militar o con la versión civil, como la actual.

A la población le ha sido sistemáticamente impedido a través de la historia el desarrollo de una tradición partidista. Al ciudadano prácticamente le han vedado encuadrarse dentro de algún partido político que no sea de derecha, las simpatías o militancia por un partido progresista o de izquierda lo ha llevado a sufrir represalias por parte de las autoridades policiales, militares y hasta laborales, etc.

Actualmente, el salvadoreño que milita en otro partido que no sea de derecha o específicamente en el Partido Alianza

²² CARLOS SABINO, "El sistema político venezolano: estabilidad, crisis e incertidumbre". *Contribuciones*, Ed. cit., No.1, enero-marzo de 1995, p.161.

Republicana Nacionalista (ARENA), tiene serios problemas porque su partido no se presentará a las elecciones en las mismas condiciones que el partido de la oligarquía y de los militares, porque el sistema jurídico y en particular el electoral sólo favorece a la derecha.

Esta situación ayuda a mantener y a prolongar la permanencia de la derecha en el poder político y a concentrar cada vez más la riqueza de la nación en manos de una minoría privilegiada; pero también hay otros factores que favorecen a ARENA. Por ejemplo:

- Debilidad organizacional y falta de un programa o plan nacional coherente de los partidos políticos de oposición.
- Falta de democratización, alternabilidad en la dirigencia y modernización de los actuales sindicatos, gremios, asociaciones y, en general, del movimiento social, cuya mayoría demuestra tener, tanto al interior de sus organizaciones como en su entorno externo, un notorio desconocimiento o violación de las reglas y valores elementales de la ética.
- El divisionismo al interior de los otros partidos políticos, debido a las ambiciones personales de poder y de protagonismo.
- La izquierda y, fundamentalmente, el Partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), está tratando de alejarse de su posición histórica, política e ideológica de izquierda, para tratar de ubicarse como centro²³.

²³ **VIDE.** FRENTE FARABUNDO MARTÍ PARA LA LIBERACIÓN NACIONAL, *El plan del Frente para lograr una economía productiva con desarrollo humano*, San Salvador, FMLN, abril de 1996.

AQUILES MONTOYA, "A propósito de la propuesta del FMLN", *ECA Estudios Centroamericanos*, San Salvador, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), No.570, abril de 1996, p.358.

- Las dirigencias políticas tratan de abandonar —o ya abandonaron— las ideologías tradiciones que en el pasado sustentaron y, el esfuerzo desmesurado que realizan por hacer coincidir sus razonamientos macro políticos, económicos y sociales con los planteamientos neoliberales.
- Los partidos progresistas no recuperan o rehabilitan la identidad nacional y ni crean "utopías" que le ofrezcan a la población esperanzas en el futuro.
- Falta de capacidad propositiva de los demás partidos políticos ante los principales problemas que afectan a la población, particularmente ante el desempleo, la pobreza, bajos salarios, delincuencia, etc.
- Los otros partidos de derecha o centro derecha que siempre terminan vendiéndose o entregándose a la defensa y protección de los poderosos intereses económicos y financieros.
- La demagogia evidente de ciertos dirigentes políticos hace que la sociedad civil no tenga más credibilidad en ellos.
- La clase política se ha constituido en "argolla" inamovible y excluyente al interior de los partidos políticos.
- Las dirigencias de los partidos políticos no consultan a sus bases para tomar decisiones o posiciones de importancia no sólo partidaria sino que de orden nacional.

Esta situación de los partidos políticos, por ejemplo, imposibilita comenzar a caminar por el sendero de la democracia y abandonar el del autoritarismo.

Por otro lado, las deficiencias del Tribunal Supremo Electoral (TSE) contribuyen grandemente a mantener y a consolidar el autoritarismo, asimismo, a brindarle estabilidad en su desarrollo y evolución.

Según una encuesta realizada por el Centro de Investigación de la Opinión Pública (CIOPS) de la Universidad Tecnológica, entre el 12 y 14 de septiembre de 1996, el 80.56% de la población salvadoreña tiene poca o nada de confianza en los líderes políticos²⁴. En este mismo orden, en otra encuesta efectuada por el Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP) de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, entre el 23 de noviembre al 1 de diciembre de 1996, el 58% de los salvadoreños tiene poca o ninguna confianza en las elecciones de 1997²⁵.

En este mismo orden, los partidos de oposición, al igual que el Estado, necesitan modernización, pero modernizar a los partidos progresistas no quiere decir convertirlos en derechistas, como privatización no debería significar concentrar más la riqueza de la nación en manos de la oligarquía y de las empresas multinacionales sino que descentralización de la riqueza o democratización económica.

La época del cacique, caudillo, activista, agitador, burócrata, dirigentes vitalicios, campañas electorales de consignas, ya deberían haber pasado de moda en El Salvador, para dar paso al conocimiento, o sea a la capacidad intelectual, acompañada de la técnica y la ciencia, para resolver los problemas de la nación, mediante propuestas concretas y viables, asimismo construir canales ágiles y eficientes entre los partidos y la sociedad civil, donde se sientan y estén

representados democráticamente en los órganos de dirección de tales partidos políticos los campesinos, obreros, profesionales, intelectuales y miembros de la empresa privada, de vocación democrática y con identidad nacional.

Por otro lado, abordar el tema del bipartidismo en El Salvador es complicado cuando los partidos políticos se subdividen o atomizan, particularmente cuando están en la oposición. Esta es una de las razones por las cuales, no hay tradición partidaria ni ideológica entre un buen sector de la población.

Los partidos tienden a dar la impresión de monolíticos mientras detentan el poder político, porque éste puede mantenerlos unidos en la mayoría de los casos. Lo que daría la percepción entre algún sector de la población de que el partido más apto, capaz y de confianza para hacer gobierno es el partido oficial, a pesar de los desaciertos, corrupción, autoritarismo, etc. De ser cierta esta hipótesis se crea el serio problema de la alternabilidad del poder.

El autoritarismo militar y civil que se le ha impuesto a la nación a partir de la conquista de Cuscatlán ha cohibido el desarrollo de la democracia. Pero a partir de los acuerdos de paz firmados en 1992, se planteó la necesidad de que se iniciara un proceso de democratización y, por primera vez a partir de 1994, se permitió a los adversarios ideológicos, políticos y militares al régimen, tener la posibilidad de tener en la Asamblea Legislativa diputados miembros del FMLN. Sin embargo, en las elecciones para diputados y alcaldes celebradas el 10 de marzo de 1991, la coalición denominada Convergencia Democrática, fundada por los ex dirigentes del Frente Democrático Revolucionario (FDR), Guillermo Manuel Ungo, Héctor Oqueli y Rubén Zamora, entre otros, logró que se eligieran seis diputados en los 14

²⁴ CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA SALVADOREÑA (CIOPS), *Resultados de la IX encuesta de opinión pública*. San Salvador, Universidad Tecnológica, 1996, p.13.

²⁵ INSTITUTO UNIVERSITARIO DE OPINIÓN PÚBLICA (IUDOP), *La opinión de los salvadoreños sobre las elecciones de 1997*, San Salvador, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), Boletín de prensa No.6, 11 de diciembre de 1996, p.1

Departamentos y dos por la llamada plancha nacional²⁶.

A partir de 1991 y principalmente desde 1994, la Asamblea Legislativa dejó de ser un simple instrumento del Poder Ejecutivo.

La Asamblea está recuperando, su identidad propia, se está cambiando la imagen de "chivos" que tenía en el pasado el primer órgano del Estado al obedecer órdenes del Ejecutivo y el presidencialismo (sic) también irá cambiando, es un proceso, ya que "no se pueden cambiar de un plumazo doscientos años de historia"²⁷.

Es cierto que la Asamblea tiende a cambiar su rol consuetudinario de ser un órgano decorativo, por haber estado constituido por diputados de derecha, que sin mayor análisis, estudio y discusión aprobaban cualquier proyecto de ley que enviara el Ejecutivo. Esto no significa que los diputados estén a salvo de la influencia y presión que ejercen el presidente y sus ministros, particularmente sobre el partido político oficial.

En teoría las decisiones que toman los diputados están en cierta medida influenciadas, en algunos casos, no sólo por sus respectivos partidos políticos, sino también por los grupos de presión, compadrazgos, etc.

Estas influencias indican si el partido es realmente democrático, en esa medida los diputados mantienen autonomía e independencia de los que buscan favorecer intereses minoritarios o de élite de cualquier clase y, por lo mismo, se inclinan por el interés de la nación.

Cuando a los diputados que se les impone la obediencia por parte de la dirigencia de su partido, significa que éste es antidemocrático y que la unidad en la acción de los diputados con el Ejecutivo y la unidad orgánica que se manifiesta dentro de la fracción política en la Asamblea Legislativa, no es más que el resultado del autoritarismo que prevalece en el partido político y esto puede llevar a la conclusión de que es un partido fuerte por mostrar disciplina rígida, ya que ésta es el disfraz que encubre o esconde la sumisión incondicional a la autoridad de la cúpula del partido.

Aquí entra en conflicto la legitimidad y la representatividad, entonces a quién representa el diputado, a la cúpula de su partido o a sus electores. Asimismo se establece el conflicto entre legitimidad e ilegitimidad del rol del diputado.

En general, si los partidos políticos son democráticos y, en particular, el partido oficial, entonces se tendrá una Asamblea Legislativa democrática, de lo contrario será autoritaria.

Según Gerson Martínez, jefe de la fracción legislativa del FMLN:

Si aquí las fracciones parlamentarias tuvieran autonomía —todas— aquí hubiera más democracia parlamentaria. Lamentablemente las otras fracciones, especialmente la fracción del partido ARENA, es pretoriana, o sea verticalmente subordinada a la decisión del partido. Para ellos es inconcebible el voto diferenciado en su fracción. Ellos son unos soldados que reciben una orden y votan unánime como una plancha. Entonces no hay posibilidades en ellos de que fluyan opiniones distintas. Hay muchos ejemplos de eso.

Por ejemplo.

Cuando se estaba discutiendo sobre la industria del café, el jefe de la fracción de ARENA, Juan Duch, estuvo en el debate con posiciones parecidas a las nuestras: defendiendo una visión del sector cafetalero y el partido

²⁶ CFR, CARLOS ACEVEDO, "El significado político de las elecciones del 10 de marzo", *ECA Estudios Centroamericanos*, Ed. cit., No.509, marzo de 1991, p.158.

"Diputados electos: 10 de marzo 1991", *Revista de la Universidad Tecnológica*, San Salvador, UTEC, Año.2, No.3, marzo, abril y mayo de 1991, p.112.

²⁷ "Debate sobre la labor de Comisión Política: Asamblea ya no recibe órdenes del Ejecutivo", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 27-12-1994, p.8A.

ARENA tenía otra posición, que era la oficial. Entonces el debate se dio, y dímos el debate: incluso Juan Duch dio el debate. A mí me sorprendió. Pero cuando dijeron "bueno, ahora se somete a votación", él votó igual que todos los demás —miembros de ARENA— en contra de sus propios argumentos. Porque a la hora de votar ahí se aplica la espada de Damocles; a todos por igual.

Por eso yo creo que en la medida en que sean las fracciones pretorianas, o sea que reciban órdenes de arriba, entonces no va a haber verdadero parlamentarismo democrático en este país²⁸.

Este planteamiento puede ser refutado por los jefes de fracción de los demás partidos políticos, incluso por el de ARENA, para comenzar todos los institutos políticos en las Asamblea se autodenominan democráticos y de vocación popular, pero no es más que demagogia, porque una cosa es la que dicen y otra la que hacen, por ejemplo, como indicador podemos tomar las votaciones en las plenarios y en las sesiones de las comisiones legislativas. en las votaciones por regla general ARENA vota por leyes antipopulares y pro oligárquicas.

Es fácil saber identificar a los demagogos con sólo observar quienes votaron con ARENA en los siguientes:

La ley de apoyo a la reactivación del sector agropecuario (decreto 698) y por la ley de reestructuración de la deuda agraria (decreto 699), las cuales consisten prácticamente en conducir al campesino a vender no sólo una parte de sus tierras, sino que a largo plazo lo condiciona a que venda toda sus tierras debido al ciclo del endeudamiento: con esta ley lo que se

pretende es seguir favoreciendo al sector financiero del país.

Para aumentarle tres puntos al Impuesto del Valor Agregado (IVA), con la cual se empobreció más al pueblo salvadoreño y produjo recesión económica en el país.

Por la ley del régimen especial de la tierra en propiedad de las asociaciones cooperativas, comunales y comunitarias campesinas y beneficiarias de la reforma agraria (decreto 719), con la cual, prácticamente liquida y hace desaparecer los escasos beneficios obtenidos de la llamada reforma agraria que surgió en 1980, puesto que, fomenta el desaparecimiento de las cooperativas y la tenencia de las tierras producto de esa misma reforma.

Por el decreto 707, con el cual los alcaldes gozarán de privilegios procesales, que no es otra cosa que otorgarles impunidad a la corrupción cometida por los alcaldes de ARENA.

Por la ley temporal de compensación económica por servicios prestados al Estado, conocida bajo el nombre de (decreto 471), con la cual se dejaron desempleados a alrededor de 15 mil trabajadores del sector público, a la vez para tratar de desarticular y "descabezar" al movimiento sindical.

Por la ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, la cual no sólo representa un retraso en los acuerdos de paz, sino que transgrede la Constitución Política de El Salvador, el ordenamiento jurídico interamericano y el derecho internacional público.

Por la ley que regulará las telecomunicaciones y la radiodifusión salvadoreña, que sólo beneficia a los medios de comunicación que se identifican con la comercialización y el mercado. Esta ley atenta con la libertad de expresión y con el derecho

²⁸ Entrevista realizada al diputado Gerson Martínez jefe de fracción del FMLN, el día 25-07-1995, a las 11:15 A.M., en la oficina del jefe de fracción en la Asamblea Legislativa

que tiene la población a ser informada. Asimismo, es un instrumento jurídico para eliminar a los medios de comunicación comunitarios que se identifican con el beneficio de la comunidad y el servicio a la sociedad.

Por la **ley de privatización de la Administración Nacional de Telecomunicaciones —ANTEL— (decreto 894)**, con la que se garantiza que las telecomunicaciones estén bajo el control y dominio del sector económico poderoso que reside en el país y de las multinacionales, de tal forma, que se prioriza el interés económico de un reducido grupo de oligarcas “salvadoreños” de origen foráneo y del capital extranjero en perjuicio de los salvadoreños de origen cuscatleco.

Por la **ley de pensiones**, con la finalidad de continuar el bienestar y beneficio del sector financiero del sector financiero en perjuicio de los trabajadores.

En este mismo orden, los campesinos y obreros del campo miembros del Foro Nacional para la Defensa y Recuperación del Sector Agropecuario, se preguntan: “¿Hasta cuándo esta Asamblea Legislativa dejará de producir tantas leyes inconstitucionales? ¿Hasta cuándo los diputados asumirán un papel consecuente con su discurso y defenderán la Constitución y constituirán un Estado de derecho?”²⁹.

Con el **decreto 922**, el cual contiene las reformas al Art.215 del Código Electoral, que elimina como requisito previo la presentación del finiquito como condición a los candidatos a alcaldes y diputados, lo que permite legalmente que corruptos puedan ser elegidos. De tal forma, que abre las puertas a los

funcionarios de ARENA involucrados en desfalcos, malversación de fondos, venta ilegal de partidas de nacimientos, cédulas, negociaciones ilícitas, falsedad ideológica, usurpación de funciones, etc.

Ante estas leyes demagógicas y anticonstitucionales, los jefes de fracción esgrimirán que sus partidos son democráticos porque dejan en libertad a sus diputados para que voten como ellos lo consideren conveniente, pero únicamente en aspectos intrascendentes para la población. Al respecto el diputado Alejandro Dagoberto Marroquin (1994-1997), jefe de fracción legislativa del Partido de Conciliación Nacional (PCN), asegura que:

En cuestiones trascendentales en las que viene la línea del partido, ahí no nos podemos mover; pero en cuestiones, vaya, en correspondencia hay 30 piezas de correspondencia (sic) hombre hay 30 oportunidades, alguien no va a estar de acuerdo con alguien, verdad, entonces no vota; pero no trasciende³⁰.

Esta situación autoritaria no se planteara si el partido fuera democrático y, por consiguiente, si la línea político-partidaria dentro de la fracción legislativa fuera general o abierta y no específica o cerrada, de tal forma que al diputado no lo condicionara a votar incluso hasta en contra de sus electores y de su propia voluntad. El autoritarismo de los partidos políticos es una limitante para el desarrollo cualitativo del mismo diputado y un obstáculo a la construcción de la democracia en el país. “El ser independiente de los partidos políticos y del presidente les permite a los legisladores procurar beneficios

²⁹ FORO NACIONAL PARA LA DEFENSA Y RECUPERACIÓN DEL SECTOR AGROPECUARIO, “Tribuna Agropecuaria”, Co Latino, (San Salvador), 20-06-1996, p.8.

³⁰ Entrevista realizada al diputado Alejandro Dagoberto Marroquin jefe de fracción del PCN, el día 20-07-1995, a las 10:04 A.M., en el local de la fracción del PCN en la Asamblea Legislativa.

para sus propios votantes y servir a intereses sectoriales”³¹.

Ante el carácter autoritario de los partidos políticos, además está plantearse la necesidad de realizar audiencias de la sociedad civil, para escuchar y analizar sus puntos de vista sobre determinados proyectos de ley, puesto que al diputado ya se le ha impuesto *a priori* la decisión por qué o por quién votar o no, independientemente del grado en que le afecte y opine la población, a través de sus asociaciones, Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), fundaciones, sindicatos, gremios, comunidades, etc.

Sin embargo, el presidente Armando Calderón Sol, en su discurso pronunciado en la Asamblea Legislativa, en ocasión de celebrar el segundo año de su gestión presidencial, expresó que la Asamblea es un lugar donde: "...la democracia plural y representativa cobra su máxima expresión, porque la democracia consiste, fundamentalmente, en respetar y escuchar a los amigos y a los adversarios"³². En países donde los partidos son democráticos los diputados llaman a los organismos, asociaciones, colegios profesionales, etc., de la sociedad civil para escuchar sus puntos de vista y tomarlos en cuenta al momento de elaborar el proyecto de ley, el dictamen y efectuar la votación en las comisiones o en el plenario. Asimismo, los diputados pueden votar en

contra de la opinión de la dirigencia partidaria respectiva y coincidir en la votación incluso con los rivales partidarios e ideológicos³³.

1.3 El rol del partido y del legislador

La pregunta a formular es para qué se elige a los diputados, será para mejorar las condiciones económicas, políticas, sociales, culturales, etc., de la población, de sus cúpulas partidarias o para beneficio propio. Será que el diputado es el que pierde la noción de algunos términos o será la población la que los confunde, por ejemplo: cuando el diputado dice que lo que hace en la Asamblea Legislativa lo hace para lograr el bienestar de la población o de la nación. Pero los términos población y nación qué realmente significan en "boca" del diputado.

Si el problema se reduce aparentemente a la semántica, significa que en el fondo, lo que ocurre es que el diputado ha dejado de ser el representante de sus electores, por lo que él se encuentra subordinado a otros intereses, pero no a los de la nación.

Es necesario aclarar que así como privatización no es lo mismo que modernización, tampoco población y nación son sinónimos de partido político, clase política, interés personal, ni oligarquía, etc.

La conducta de los diputados se encuentra no sólo condicionada, entre otros, por la naturaleza del partido político al cual pertenece, sino también al tipo de sistema de gobierno que prevalece en la sociedad. No obstante, el diputado debe de responder primero por los intereses de sus electores, ésta es la calidad principal del diputado, ya que él en forma individual encarna la representación de sus compatriotas y su respectivo partido encarna colectivamente el interés de la nación.

³¹ JAMES A. THURBER, "Introducción: las raíces de la democracia dividida". *La democracia dividida*. Buenos Aires. Editorial Heliastás, 1995, p.17.

VIDE, DANIEL MONTERO ZENDEJAS. *Estado, democracia y partido*, México, Costa-Amic, 1979, p.73.

³² ARMANDO CALDERÓN SOL, "Discurso pronunciado por el señor presidente de la República doctor Armando Calderón Sol, en ocasión de celebrar el segundo año de su gestión presidencial", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 03-06-1996, p.38A.

³³ RAMÓN GARCÍA COTARELO y ANDRES DE BLAS GUERRERO, *Op. cit.*, p.47.

En conclusión, ante la disyuntiva de cuál interés es el que debe de primar en las decisiones de los diputados, se debe conceder prioridad al interés de la nación sobre el interés partidario.

Aquí no existe contradicción entre diputado y partido político, puesto que ambos roles son complementarios, el diputado es el representante de la población que lo eligió y el partido es más que un simple vínculo, es el intermediario entre el pueblo y el gobierno. Existe contradicción cuando el diputado o el partido político o ambos dejan de cumplir los roles establecidos.

Habida cuenta, por consiguiente, de que los partidos políticos son los encargados de llevar a cabo tareas fundamentales de intermediación entre el régimen político y la sociedad, y han devenido en elementos imprescindibles para el correcto funcionamiento de la acción de gobierno, su propia operatividad tiene mucho que ver con la gobernabilidad del sistema político³⁴.

Los partidos políticos y los diputados al dejar de cumplir su rol en mención, ponen en peligro el régimen de partidos políticos, porque pierden credibilidad y confianza ante la sociedad civil, de la misma manera, pueden afectar negativamente un proceso de democratización, construcción o reconstrucción democrática o a la democracia misma, cuando ésta ya está institucionalizada.

³⁴ MANUEL ALCÁNTARA SAEZ, "Partidos políticos y gobernabilidad", *Espacios Revista Centroamericana de Cultura Política*, San José, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), No.3, enero-marzo de 1995, p.5.

VIDE, STEFAN ROGGENBUCK, "Instituciones y democracia en América Latina", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 25-11-1996, p.8A.

STEFAN ROGGENBUCK, "Instituciones y consolidación democrática en Latinoamérica", *Instituciones y democracia en El Salvador*, San Salvador, Fundación Konrad Adnauer Stiftung, 1994, p.6.

1.3.1 Diputados representantes de los ciudadanos

Los diputados de los diferentes partidos políticos representan en su conjunto al pueblo, según la Constitución Política de El Salvador, Art.25: "los diputados representan al pueblo entero". Art.85: "el sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno". De tal forma, que la Asamblea Legislativa representa institucionalmente a los ciudadanos y es aquí donde reside la soberanía popular.

Representación viene de representar, verbo que en el teatro o en el Derecho privado designa el hacer uno el papel del otro. Del latín *praes* (que es un derivado del verbo *esse*, ser, el verbo clásico), es decir "poner delante" "mostrar", gira en torno a esa semántica fundamental, en todas sus acepciones: representar un drama, representar unos agravios, representar a una sociedad, etc.³⁵ En el orden jurídico, ese significado básico se matiza con el de la validez de los actos hechos a nombre de otro...³⁶.

Según este concepto se puede inferir que cuando un diputado ha dejado de representar los intereses de sus conciudadanos, reemplazándolos por los partidarios, personales o de algún país extranjero, etc., entonces el diputado ha perdido legitimidad ante la nación y el carácter de representante de los electores, por lo que sus actos carecen de validez.

"...El legislador es representativo por responder ante los problemas legislativos, de

³⁵ CFR, RODRIGO FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La representación pública en la actualidad*, S.f.i., Murcia, 1965, *passim*.

³⁶ MANUEL FRAGA IRIBANE, *Legitimidad y representación*, Barcelona, Grijalbo, 1973, p.169.

igual modo en su conjunto que lo harían sus coterráneos en el distrito electoral³⁷, dentro de esta lógica la población a través del rol de representación con el cual invisten a los diputados, ejerce su voluntad soberana, influencia y control sobre el gobierno. Sin embargo, los diputados al dejar de cumplir la función que les fue delegada a través del sufragio universal, afectan también el equilibrio de poderes del Estado y ponen en peligro la gobernabilidad del país. En este sentido, el divorcio entre el partido político y el pueblo produce abstencionismo electoral, o sea una pérdida de confianza en el poder del voto. Los dirigentes de los partidos políticos cuando están en campaña electoral se presentan como la mejor opción y única alternativa para resolver los problemas que más afectan a la población, pero cuando éstos son elegidos no cumplen lo que prometieron.

Los ciudadanos no sólo se abstienen de hacer uso del sufragio, sino que, además, se retiran o dejan de tener militancia activa en los partidos políticos al sentirse defraudados y desencantados, la sociedad civil se da cuenta que únicamente es instrumentalizada para que los políticos y sus respectivos partidos obtengan beneficios, esta situación conduce a una crisis de credibilidad en los partidos políticos.

Los representantes por los que votamos merecen nuestro apoyo por que llenan uno o más de los siguientes requisitos: actúan como portavoces de nuestra ideología y visión de la forma correcta de gobierno; procuran el bienestar de nuestro territorio (pueblo, ciudad, región, etc.), y posibilitan la sobrevivencia y el mejoramiento de una minoría étnica. El buen sistema electoral es el que establece un vínculo apropiado entre delegación y representación.

³⁷ CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p.117.

El mal sistema, por el contrario, produce injusticia electoral, crea en el elector un sentimiento de distancia y futilidad e induce al ciudadano a creer que votar no vale la pena. De estos pareceres dan cuenta las tasas de abstencionismo y papeletas nulas³⁸.

Según una encuesta realizada en febrero de 1995, por el Instituto de Opinión Pública (IUDOP) de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), en El Salvador, el 81.5% de población tiene poca o ninguna confianza en los partidos políticos³⁹. Este porcentaje no se traduce sólo en una crisis de credibilidad, sino que también en una crisis de representatividad y es un fenómeno que afecta a los partidos políticos como instituciones, asimismo a los políticos tanto de la derecha como de la izquierda. El dirigente sindical José Guadalupe Martínez, presidente de la Central de Trabajadores Democráticos de El Salvador (CTD), considera que: "los diputados del FMLN no están cumpliendo su papel de trabajar en la Asamblea Legislativa en beneficio del pueblo y calificó su desempeño como "nulo"⁴⁰.

Se percibe que la población tiene una concepción negativa de la política, debido a la conducta y comportamiento de los políticos

³⁸ CARLOS GRANADOS CH., "Territorialidad y justicia electoral en Costa Rica", *Revista Parlamentaria*, San José, Asamblea Legislativa de Costa Rica, Vol.2, No.2, diciembre de 1994, p.215.

³⁹ INSTITUTO UNIVERSITARIO DE OPINIÓN PÚBLICA (IUDOP), *La opinión de los salvadoreños sobre la situación política del país*, San Salvador, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA), Boletín de prensa No.2, febrero de 1995, p.4.

VIDE, FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DEL DESARROLLO HUMANO EN EL SALVADOR. "Carta de fundación", *Diario Latino*, (San Salvador), 28-09-1995, p.5.

⁴⁰ OSCAR DÍAZ y TANIA MORENO, "Trabajadores critican a diputados del FMLN", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 12-11-1996, p.7A.

y del papel oportunista y demagógico de sus respectivos partidos, a tal grado, que la connotación de ciencia y arte de la política, ha sido sustituida en El Salvador por ciertos calificativos, entre ellos podemos mencionar los siguientes: "chuca", sucia, traidora, corrupta, impune, autoritaria, sinvergüenza, traficante, mentirosa.

Esta concepción negativa se agrava aún más con el bajísimo vocabulario que emplean algunos políticos y debido a los ataques verbales entre ellos y contra la población salvadoreña, el léxico de los políticos llega a rimar incluso hasta con lo vulgar e inmoral.

Es necesario evitar actitudes que denotan una falta de cultura política del diputado, sobre todo en los debates irrespetuosos o las críticas personales que lesionan la integridad moral de sus contendientes y obligan a la réplica en similares términos. Esto presupone la necesidad de elevar el nivel del debate político, fomentar la autoestima y practicar el respeto mutuo entre todos los diputados⁴¹.

A manera de ejemplo vamos a mencionar solamente un reducido número de términos y expresiones utilizados recientemente por altos funcionarios públicos, diputados del período 1994-1997 y, por el mismo presidente de El Salvador, Armando Calderón Sol:

Altos funcionarios públicos

— Juan José Daboud, presidente de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL): "No, me referí al modelo estatal que consume recursos y defeca una serie de problemas"⁴².

⁴¹ ASAMBLEA LEGISLATIVA, "Madurez democrática: conclusiones del seminario "imagen del diputado"", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 30-04-1996, p.8C.

⁴² "Presidente de ANTEL se retracta", *Co Latino*, (San Salvador), 17-04-1996, p.3.

- Eduardo Interiano, ministro de salud pública y asistencia social, califica de **locas** y además les "receta" **electroshocks** a las mujeres salvadoreñas que le solicitan promover un diálogo y buscar soluciones sobre el aborto⁴³.
- Julio Valdivieso, viceministro del transporte, ante el paro temporal de transporte convocado por la Asociación de Empresarios de Transporte de Pasajeros (ATP), a principios del año, el viceministro: "calificó a los miembros de ATP de **antisociales**"⁴⁴.
- Mario Bettaglio, gobernador político del Departamento de San Miguel, al referirse a Mabel Quintanilla, ex sargento de la Policía Nacional Civil (PNC), lo hizo de la siguiente manera: "yo no voy a ponerme a un dime que te diré con una **prostituta**"⁴⁵.
- Rodrigo Avila, director de la Policía Nacional Civil (PNC), se expresó de la siguiente manera en relación con la persona que supuestamente había entregado un informe sobre la PNC a un medio periodístico: "... los inventos de un **baboso**. Pero se va a **zampar** a un periódico. ¡Esto no es **changaneta!**"⁴⁶.

⁴³ ASOCIACIÓN DE MADRES DEMANDANTES POR LA CUOTA ALIMENTICIA, IMU, LAS DIGNAS y MAM, "Carta al Señor Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, Dr. Eduardo Interiano", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), Asociación de Madres Demandantes por la Cuota Alimenticia, Instituto de la Mujer (IMU), Mujeres por la Dignidad y la Vida (Las Dignas) y el Movimiento de Mujeres Melida Anaya Montes (MAN), 27-07-1996, 43A.

⁴⁴ "Miles de usuarios caminan por paro de buses", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 23-02-1996, p.3A.

⁴⁵ LILIANA FUENTES MONROY, "Bettaglio rechaza informe", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 14-03-1996, p.50A.

⁴⁶ RICARDO VAQUERANO, "Avila alega informe está desfasado", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 04-12-1996, p.5A.

— Mario Eduardo Valiente alcalde de San Salvador (1994-1997), calificó de **payaso** a Max Schneider diputado por el Partido de los Verdes en la Asamblea Federal de Suiza y, especialista en el manejo de desechos sólidos, quien fue invitado a El Salvador por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH); el calificativo en término despectivos e insultante fue, porque el diputado suizo explicó a nivel técnico-científico lo inconveniente y dañino para la salud de la población y el medio ambiente del país, si Valiente construye la planta gasificadora que incinerará la basura del Gran San Salvador⁴⁷.

Los diputados (1994-1997)

— Alejandro Dagoberto Marroquín, diputado por el Departamento de San Salvador, jefe de fracción legislativa del Partido de Conciliación Nacional (PCN), miembro de las comisiones legislativas, política, de hacienda y especial del presupuesto, de relaciones exteriores e Integración centroamericana y del comité técnico, dice: "... yo nunca hablo paja..."⁴⁸.

— Arturo Argumedo h., diputado por la circunscripción nacional miembro del Partido Demócrata Cristiano (PDC), secretario de la comisión legislativa de legislación y puntos constitucionales y miembro de la comisión política de la Asamblea Legislativa: "Ha llegado la

hora de las confesiones **me confieso alcohólico**"⁴⁹.

— Rosa Mélida Villatoro, diputada por el Departamento de Morazán por el PDC, jefa de la fracción legislativa y presidenta de la comisión legislativa de la familia, la mujer y el niño y miembro de las comisiones legislativa: política y de gracias y excusas, expresó que el diputado David Acuña del partido Movimiento de Unidad: "es un **macho sin rienda**"⁵⁰.

— Eduardo Sancho, ex-comandante del FMLN, actualmente es alto dirigente del PD y, secretario de la junta directiva y miembro de la comisión política de la Asamblea Legislativa, él denomina al dirigente político del Partido Liberal Democrático, así: "Kirio Salgado es un **mediocre frustrado** que sólo busca el oportunismo"⁵².

— Norman Noel Quijano, diputado por el Departamento de San Salvador por el partido ARENA, miembro de las comisiones legislativas de trabajo y previsión social y de protección al medio ambiente y salud pública: "...sólo que sea **bruto** no aprende hablar... es bien fácil hablar el **montón de paja** por diez minutos... sólo que sea **tan bruto** que no se le quede..."⁵¹.

— Walter René Araujo Morales, diputado por la circunscripción nacional por el

⁴⁷ GLADYS CAÑAS y CARLOS RAMOS, "Arrecia pugna por gasificadora", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 10-01-1997, p.6A.

⁴⁸ Entrevista realizada al diputado Alejandro Dagoberto Marroquín jefe de fracción del PCN, el día 20-07-1995, a las 10:04 A.M., en el local de la fracción del PCN en la Asamblea Legislativa.

⁴⁹ "Caza de citas", *Primera Plana*, (San Salvador), Año.1, No.35, del viernes 26 de mayo al 1 de junio de 1995, p.2.

⁵⁰ BERNARDO VALIENTE, "El diputado ausente", *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 23-12-1996, p.6A.

⁵¹ "Caza de citas", *Primera Plana*, (San Salvador), Año.1, No.32, del viernes 5 al 11 de mayo de 1995, p.2.

⁵² "Caza de citas", *Primera Plana*, (San Salvador), Año.1, No.17, del viernes 13 al 19 de enero de 1995, p.2.

partido ARENA, secretario de la junta directiva, presidente de la comisión legislativa de legislación y puntos constitucionales y miembro de la comisión política de la Asamblea Legislativa, calificó a los autores del comunicado de la Fuerza Nacionalista “Mayor Roberto D’Abuisson” (FURORA), como: “**cerdos e imbéciles**”⁵³. Asimismo, calificó de **cobardes** a los diputados miembros de los partidos: FMLN, PD, PDC, CD y MU, porque abandonaron el plenario en que ARENA junto con tres diputados “independientes” aprobaron la **ley de telecomunicaciones**, la cual consiste en limitar y amordazar la libertad de expresión en los medios de comunicación⁵⁵.

- Renato Antonio Pérez Castro, diputado por el Departamento de Sonsonate, por el partido ARENA, es miembro de las comisiones legislativas de Justicia y derechos humanos y defensa, calificó a la izquierda como un conjunto de **perros** porque se opusieron a la creación de las juntas de vecinos: “No sé porqué la **jauría** de la izquierda se ha lanzado sobre las juntas de vecinos”⁵⁶.
- José Cienfuegos Mendoza, diputado por el Departamento de San Salvador, por el Partido ARENA, miembro de las comisiones legislativas de legislación y

puntos constitucionales, de justicia y derechos humanos y, de trabajo y previsión social. Calificó a Arturo Arango, ex alto dirigente del partido ARENA, como: “una **basura** que tenían en el ojo y se nuestra **basura** ha sido tesoro del PCN en buena hora”⁵⁷.

- Juan Duch Martínez, ex-alcalde de Santa Ana, actualmente diputado por el Departamento de Santa Ana, jefe de fracción legislativa de ARENA y, miembro de las comisiones legislativas; política y de hacienda y especial de presupuesto y la Srita. Mercedes Gloria Salguero Gross, diputada por la circunscripción nacional por el partido ARENA, presidenta de la Asamblea Legislativa y presidenta de la comisión política de la Asamblea. “Juan Duch y Gloria Salguero Gross calificaron de **terroristas e ingratos** a los diputados del FMLN que no asistieron a la ceremonia del segundo aniversario de la gestión de Calderón Sol”⁵⁸.

Ex-presidente del partido y del Consejo Ejecutivo Nacional de ARENA (COENA)

- Juan José Domenech, al renunciar como presidente del partido y del Consejo Ejecutivo Nacional de ARENA (COENA), debido a señalamientos que le han hecho de involucramiento en narcotráfico, crimen organizado internacional de roba carros, agresión contra una periodista y, corrupción,

⁵³ Entrevista realizada a Norman Noel Quijano, diputado de ARENA, Relator de la Comisión de trabajo y previsión social, el día 07-09-1995, a la 1:45 P.M., en el local de la fracción de ARENA en la Asamblea Legislativa.

⁵⁴ NELSON DUEÑAS, “APES preocupada por amenazas”, *Co Latino*, (San Salvador), 27-06-1996, p.24.

⁵⁵ BERNARDO VALIENTE y CLAUDIA RIVERA, “Discuten fuga de diputados: sector privado en telecomunicaciones”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 13-09-1996, p.5A.

⁵⁶ “Reacciones en la Asamblea: acuerdo genera opiniones encontradas”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 21-09-1996, p.3A.

⁵⁷ “PDC y FMLN en pugna por coalición”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 17-12-1996, p.5A.

⁵⁸ “Los del FMLN son unos ingratos, inadaptados”, *Diario de Hoy*, (San Salvador), 03-06-1996, p.15.

señaló: “Cobarde jamás seré, los tengo bien puestos”⁵⁹.

Presidente de El Salvador

— Armando Calderón Sol, presidente de El Salvador (1994-1999), se refirió a los salvadoreños, que critican la **ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado**, por violar la Constitución Política de El Salvador, el sistema jurídico interamericano y el derecho internacional público, con los siguientes términos: “... una **suciedad política**, porque hay muchos **cerdos políticos**”⁶⁰. De igual

forma, “El presidente calificó de **mal nacidos y pseudo izquierdistas** a los sindicalistas y diputados de la oposición que denunciaron en el extranjero las violaciones al derecho laboral en las empresas maquiladoras...”⁶¹.

El bajo nivel alcanzado por la clase política y sus respectivos partidos, es una de las causas fundamentales para que los ciudadanos se abstengan de emitir el sufragio o que anulen el voto el día de las elecciones e impide que militen en los partidos políticos, porque eso sería para una buena parte de salvadoreños degradarse o rebajarse al nivel de los políticos.

⁵⁹ GUTIÉRREZ EDWARD, “Domenech renuncia a presidencia del COENA”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 08-09-1996, p.3A.

⁶⁰ MARÍA T. PÉREZ, “Calderón llama “cerdos políticos” a los que se oponen al fuero edilicio”, *Co Latino*, (San Salvador), 23-05-1996, p.3. VIDE, “¿Habrà voluntad para hacer pactos?”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 31-05-1996, p.5A. LUIS LÓPEZ PORTILLO, “Calderón Sol el de carne y hueso”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 06-01-1997, p.3B.

⁶¹ “Crónica del mes: noviembre-diciembre”, *ECA Estudios Centroamericanos*, Ed. cit., No.565-566, noviembre-diciembre de 1995, p.1173. ALFREDO HERNÁNDEZ, “Malnacidos quienes hacen falsas denuncias en maquilas”, *La Prensa Gráfica*, (San Salvador), 29-11-1995, p.5A.

*¿Es sencillo ser Marxista en Filosofía?**

Louis Althusser

(Traductor: Jorge Arias Gómez)

* NOTA DEL TRADUCTOR:

LA PENSEE, No. 183 de agosto de 1975, publicó este trabajo y aclaraba que contenía lo esencial de los argumentos con los cuales Louis Althusser presentara, en junio anterior, sus obras seleccionadas para redactar una tesis de Estado en la Universidad de Picardía. Tales obras son: *Montesquieu, la política y la historia*, *Manifiestos filosóficos de Feuerbach*, *La Revolución Teórica de Marx* (en francés, *Pour Marx*) y *Para leer El Capital* (en francés, *Lire Le Capital*).

Mi traducción al español, que data de 1977, quedó entre mis papeles que dejara al tener que salir del país por muchos años. Afortunadamente, con sumo cuidado una de mis hermanas los guardó. Al primer borrador de la traducción le he hecho correcciones y algunas precisiones.

¿Sigue vivo el marxismo? Esta interrogante, según mi entender, tiene una respuesta en el presente trabajo de Althusser, desde posiciones críticas serias. Precisamente, este gran pensador malogrado, víctima de un destino propio de una tragedia griega, en toda su obra, desde novedosas como agudas posiciones críticas constructivas y conscientemente provocadoras, encendió la ira de los marxistas oficiales de todo pelaje y la de aquellos que se oponían al deseo de Marx, expresado en el prefacio de *El Capital*, de que quienes estudiaran esta obra pensaron por sí mismos.

Althusser quiso reverdecer la teoría marxista, que se volvía más gris cuanto más se alejaba de la vida. La originalidad de sus tesis fueron acicates para los que estudiábamos seriamente y seguimos estudiando a Marx en sus propias obras. Su originalidad y sus provocaciones, que sacaron del bochorno a los momificadores del marxismo, las veo hoy, veinte años después de las explicaciones que Althusser hiciera en la Universidad de Picardía revestidas de mayor actualidad de la que tuvieran en el momento en que fueron dadas. La razón por la cual estimo que tienen mayor actualidad, es porque después del derrumbe estrepitoso del «socialismo real», aunque la izquierda adocenada no lo piense, la lucha ideológica ocupa gran parte del proscenio mundial. Me remito a las pruebas diarias.

Althusser nos dice que su originalidad no le fue perdonada ya que consistió en "criticar el dogmatismo no desde las posiciones de derecha de la ideología humanista, sino desde las posiciones de izquierda del antihumanismo teórico, del antiempirismo y del antieconomismo". (sic)

Pienso que en este trabajo, Althusser responde en lo fundamental, a las críticas que se le hicieran en vida. Su riqueza teórica es tal, que espero que algunos intelectuales que aún guardan legítimo interés por la filosofía marxista en nuestro medio, sean promovidos a la reflexión seria y a la polémica fecunda.

“La forma dialéctica de la exposición no es justa sino cuando conoce sus límites”.

(Marx, *Contribución a la crítica de la economía política*, Editions Sociales, 1972, p. 253).

Yo pienso no asombrar ni afrontar a nadie, confesando que no he escrito jamás ninguno de esos textos, ni el pequeño “Montesquieu” ni los artículos de “Pour Marx”, ni los dos capítulos de “Lire le Capital”, teniendo en mira una tesis. Hace 26 años, sin embargo, en 1949-1950, había puesto en las manos de M. Hyppolite y de M. Jankélévitch, los proyectos de una gran tesis (como se decía entonces) sobre política y filosofía del Siglo XVIII francés, y de una pequeña tesis sobre el Segundo Discurso de J. J. Rousseau. En el fondo, no he abandonado nunca estos proyectos como lo testimonia mi ensayo sobre Montesquieu. ¿Por qué esta evocación? Porque estoy interesado en los textos que han sido sometidos a ustedes. Yo era ya comunista, y sigo siéndolo, pero intentaba también ser marxista, es decir, ensayaba, cómo podía comprender lo que quiere decir marxismo. De esta manera, este trabajo sobre filosofía y política del Siglo XVIII, yo lo entendía como una propedéutica necesaria para la comprensión del pensamiento de Marx. De hecho, comenzaba ya a practicar la filosofía de una cierta manera que nunca he abandonado.

En primer lugar, comencé a practicarla con los autores del Siglo XVIII, *este rodeo teórico* que me parecía indispensable no sólo para la inteligencia de una filosofía, sino también para su existencia. Pues una filosofía no viene al mundo como Minerva en la sociedad de los dioses y de los hombres. La filosofía no existe sino por la posición que ella ocupa, y no ocupa esta posición sino conquistándola en un mundo ya ocupado por

completo. Por consiguiente, la filosofía no existe sino por su diferencia conflictiva, y esta diferencia no puede conquistarla e imponerla sino siguiendo el curso de las sinuosidades de un trabajo incesante en las otras posiciones existentes. Este rodeo es la otra forma del conflicto y lo hace a tino participe en la batalla y sobre esa “Kampfplatz” (Kant), que es la filosofía. Pero si la filosofía de los filósofos es esta guerra perpetua (que Kant quería extinguir con la paz perpetua de su propia filosofía), ninguna filosofía existe en esa relación de fuerza teórica, sino desmarcándose de sus adversarios, y creando la parte de las posiciones que han debido ocupar para asegurar su poder sobre el adversario al que ellos resisten. Si según la extraordinaria concepción de Hobbes, quien hablaba, puede ser, entre bastidores, tanto de filosofía como de la sociedad de los hombres, la guerra es un estado generalizado, sin ningún refugio en el mundo, y si ella produce como resultado su propia condición, que quiere que toda guerra sea por esencia *preventiva*, se puede comprender que la guerra filosófica, en que se confrontan sistemas de ideas, supone ese despojo preventivo de las posiciones, de unas tras otras, y, por consiguiente, el *rodeo* obligado de una filosofía con otras filosofías para definir y tener sus propias posiciones. Si la filosofía es, en última instancia, lucha de clases en la teoría como yo más tarde lo he adelantado, esta lucha toma la forma, propia de la filosofía, de la desmarcación, del rodeo y del trabajo teóricos sobre su diferencia. Yo veo como prueba, después de toda la historia de la filosofía, a Marx mismo, quien no se definió sino apoyándose en Hegel, para desmarcarse. Yo pienso haber seguido de lejos su ejemplo, autorizándome a pasar por Spinoza para comprender por qué Marx había debido pasar por Hegel.

Pero evidentemente, esta concepción de la filosofía como lucha, en última instancia, lucha de clases en la teoría, implica que se atropellaba la relación tradicional entre la filosofía y la política. Yo me ejercitaba entonces, a propósito de los filósofos políticos y de los filósofos a secas, con Maquiavelo hasta Hegel, pasando por Hobbes, Spinoza, Locke, Montesquieu, Rousseau y Kant. Yo profesaba que se debía terminar con una división de poca confianza, que, a la vez, trata a los políticos como subalternos, es decir, como no filósofos o filósofos dominicales, y busca la política de los filósofos únicamente en los textos en que ellos quieren hablar mucho de política. De una parte, yo considero que todo político, aunque él no diga casi nada sobre filosofía, como Maquiavelo, puede ser filósofo a secas, y, de otro lado, que todo filósofo, aunque él no diga nada sobre la política, como Descartes, pueda ser, asimismo, político a secas, puesto que la política de los filósofos, es decir, la política que hace a los filósofos, es muy otra cosa que la concepción política de sus autores. Pero si la filosofía es en última instancia lucha de clases en la teoría, la política que constituye la filosofía, (así como la filosofía que sostiene el pensamiento de los políticos), no se identifica a tal episodio de la lucha política, ni tampoco a las tomas de posición de partido político de los autores. La política que constituye la filosofía conduce sobre una cuestión diferente y gira alrededor de otra cuestión diferente: *la de la hegemonía ideológica de la clase dominante* que trata de constituirla, reforzarla, defenderla o combatirla.

Yo empleo aquí fórmulas que no estaba entonces en disposición de adelantar. Sin embargo, si puedo decirlo, descubrí en ese tiempo, paso a paso, quebrantando ideas establecidas, algo que se parecía a lo que he llamado más tarde una “nueva práctica de la

filosofía”, descubriendo la necesidad de esta nueva práctica, yo la practicaba por allí mismo, dale que dale, pero bastante bien, a pesar de todo, para que ella me diera más tarde un camino de acceso privilegiado a Marx.

Si yo he parecido abandonar esta propedéutica teórica del Siglo XVIII que, en realidad, no ha dejado de inspirarme, no fue, sin duda, exclusivamente, mi hecho personal. Lo que se llama las circunstancias, que evoco en el prefacio de *Pour Marx (La revolución teórica de Marx. Nota de J.A.G.)*, lo que fue bautizado como *una palabra sin concepto*, por el XX Congreso “culto a la personalidad”, y las interpretaciones derechistas que desplegaron entonces sobre el marxismo, celebrando o explotando la liberación o su esperanza de llegar con filosofías del hombre, de la libertad, del proyecto, de la trascendencia, etc., me precipitaron a la batalla. Guardadas, es claro, todas las proporciones, como el joven Marx de *La Gaceta Renana* «forzado a decir su palabra sobre cuestiones prácticas», el robo de leña, o la censura prusiana, yo me hallaba rápidamente forzado, por lo menos a desaprobarme con mi silencio lo que pensaba, de “decir mi palabra” sobre algunas cuestiones candentes de la teoría marxista. Eso me advino por *azar*. es decir la necesidad vanal de una nota bibliográfica en 1960, acogida por *La Pensée*, de una obra internacional consagrada al joven Marx. Tal nota bibliográfica se transformó en un contraataque, que tomó, al menos en parte, al revés las tesis dominantes, por consiguiente, desplazando el terreno del debate, y proponiendo a este efecto un cierto número de tesis que yo no había dejado de retomar y de trabajar, después de rectificar.

Si recuerdo circunstancias, es para introducir una segunda observación sobre el carácter polémico, digamos la palabra, *politico* de mis ensayos filosóficos. Los ensayos que han sido sometidos al juicio de

ustedes, han debido decidir a favor de reconocer abiertamente que la lucha está en el corazón de toda filosofía. Ciertamente, lo que acabo de decir, permitirá comprender que tales ensayos no son ni política en estado bruto, puesto que son filosóficos, ni solo polémica en estado vivo, puesto que ellos son el resultado de una reflexión argumentada, ya que todo el sentido de su esfuerzo es exponer y defender la idea simple de que un marxista no puede batirse sino con lo que él escribe así como con lo que él hace, *sin pensar su combate*, sin pensar las condiciones, los mecanismos y los riesgos de la batalla en la que él se empeña e impulsa. Estos textos son, pues, intervenciones declaradas en una coyuntura definida: intervenciones políticas en la filosofía marxista reinante, al mismo tiempo contra el dogmatismo y su crítica derechista, e intervenciones filosóficas en la política, contra el economismo y su “suplemento” humanista. Pero como ellos, que apelan a la historia del Movimiento obrero y a Marx, no podían reducirse al simple comentario de la coyuntura. Y tengo que decirlo, por más que se piense en sus debilidades y en sus límites, esta intervención filosófica-política ha sido el hecho de un miembro del Partido Comunista, que procede, en primer lugar, igual que si hubiera sido aislado ni siempre comprendido, igual que si no ha sido y permanece criticado en el seno del Movimiento obrero y por él, por consiguiente, el hecho de un militante que ensaya tomar en serio la política para pensar sus condiciones, sus dificultades y sus efectos en la teoría misma; en consecuencia, que ensaya definir la línea y las formas de su intervención. Se convendrá que semejante iniciativa no ha estado libre de exigencias ni de riesgos. Puesto que hablo de riesgos, se me permitirá, pasando en silencio todos los otros, de no retener más que lo que interesa a *la posición* teórica de mis ensayos.

Helo aquí. En el debate en que estoy empeñado, bajo *ciertos* puntos, política y teóricamente estratégicos, yo he tomado conscientemente la decisión de sostener tesis radicales, en las cuales el enunciado literal podía, a veces, rozar la paradoja, hasta llegar a la provocación teórica. Dos o tres ejemplos, para ilustrar este prejuicio.

Yo he sostenido, así, y escrito que “la teoría es una práctica”, y adelanté la categoría de *práctica teórica*, para escándalo de muchos. Ahora bien, esta tesis, debía, como toda tesis, considerarla en sus efectos de demarcación, es decir, de posición en la oposición. Ella tenía, primeramente, por efecto, *contra todo pragmatismo*, autorizar las tesis de autonomía relativa de la teoría, luego el derecho para la teoría marxista de no ser tratada como la “criada para hacer de todo” en las decisiones políticas del día, sino de desarrollarse, en unión con la práctica política y las otras prácticas, sin abdicar a sus propias exigencias. Sin embargo, ella tenía, al mismo tiempo, por efecto, *contra el idealismo de la teoría pura*, marcar la teoría del materialismo de la práctica.

Otra formulación radical: el carácter interno a la práctica teórica de sus criterios de validación. Yo puedo citar de Lenin, quien enuncia, entre otras muchas, una tesis provocadora: “La teoría de Marx es poderosa porque ella es verdadera” (no es porque ella es verificada por sus éxitos o sus fracasos que es verdadera sino porque ella es verdadera es verificable por sus éxitos y sus fracasos). Sin embargo, yo invocaba otros argumentos: que los matemáticos no tienen necesidad de la aplicación física o química de sus teoremas para demostrarlos; que las ciencias experimentales no tienen necesidad de la aplicación técnica de sus resultados para suministrar la prueba. Pues demostración y prueba son el producto de dispositivos y de procedimientos materiales y teóricos

definidos y específicos, internos a cada ciencia. Allí, además, era la autonomía relativa de la teoría la que estaba en juego, esta vez tampoco contra el idealismo de la teoría, sino contra el pragmatismo y el empirismo de una indistinción, en donde, como las vacas en la noche hegeliana, todas las prácticas eran negras. En fin, un último ejemplo: he sostenido la tesis del anti-humanismo teórico de Marx. Tesis precisa, que no se ha querido entender en su precisión y que ha provocado contra mí la Santa Alianza de todo lo que existe de ideología burguesa y socialdemócrata en el mundo, y hasta en el seno del Movimiento obrero internacional. ¿Por qué yo he tomado también posiciones radicales? No me abrigo tras el argumento de mis ignorancias manifiestas, el cual puede siempre servir, aunque a su debido tiempo. Quiero, en primer lugar, defender la práctica de estas posiciones radicales en su mismo principio, pues, es claro, se ha gritado al dogmatismo, a la especulación al menosprecio de la práctica, de lo concreto, del hombre, etc. Por consiguiente, esa indignación no carecía de un cierto picante.

Para mí, un poco instruido acerca de la relación que he indicado entre filosofía y política, me acordaba de Maquiavelo, para quien la regla de método, raramente enunciada, pero siempre practicada, es que uno debe pensar a los *extremos*, entendemos como una posición en donde se enuncia tesis-límites, en las que, para volver el pensamiento posible, uno ocupa el sitio de lo imposible. ¿Qué hace Maquiavelo? Para cambiar cualquier cosa en la historia de su país, digamos en el espíritu de los lectores que él desea provocar a pensar para querer, Maquiavelo explica entre bastidores que se debe contar con sus propias fuerzas, es decir en la especie, no *contar con nada*, ni con un Estado ni con un Príncipe existentes, sino con lo imposible inexistente: un Príncipe nuevo en un Principado nuevo.

Ahora bien, yo retomaba el eco y la razón de esa paradoja provocadora de Lenin. Se sabe que algunos años después del *¿Qué hacer?* y para responder a críticas de sus fórmulas, Lenin respondía con la teoría de la curvatura del bastón. Cuando un bastón está curvado en el sentido malo, decía Lenin, para enderezarlo, es decir para que él regrese y se mantenga recto, se debe primeramente curvarlo en sentido opuesto, luego infligirle con la fuerza del puño una contracurvatura duradera. *Esta fórmula* sencilla me parece que contiene toda una teoría de la eficacia de la verdad, profundamente anclada en la práctica marxista. Contrariamente a toda la tradición racionalista, que *no* tiene necesidad sino de una idea recta para rectificar una idea curva, el marxismo considera que las ideas no tienen existencia histórica sino cuando ellas son tomadas e incorporadas en la materialidad de las relaciones sociales. Detrás de las relaciones entre las ideas simples, hay, pues, relaciones de fuerza, que hacen que tales ideas estén en el poder (es lo que se llama, para decirlo de prisa, la *ideología dominante*) y que otras ideas les queden sometidas (lo que se llama la *ideología dominada*) hasta que cambie la relación de fuerza. Resulta que si se trata, también en este dominio aparentemente abstracto que lleva el nombre de filosofía, de cambiar las ideas históricamente existentes, uno no puede contentarse con predicar la verdad desnuda, y esperar a que su evidencia anatómica “*esclarezca*”, como decían nuestros ancestros del siglo XVII, a los espíritus: uno es forzado, puesto que se debe forzar las ideas a cambiar, a reconocer la fuerza que las mantiene en estado de curvatura, imponiéndoles, como una contrafuerza que anule la primera, la contracurvatura para enderezarlas.

Todo esto nos dibuja la lógica de un proceso social de lucha que rebasa, evidentemente, todo texto escrito. Sin

embargo, en un texto escrito como *¿Qué hacer?* la única forma que puede tomar esta relación de fuerzas, es su presencia, tomarlas en concreto y su anticipación en ciertas fórmulas radicales, que hacen sentir, en el enunciado mismo de las tesis, la relación de fuerza que se halla comprometida entre las ideas nuevas y las ideas dominantes. Si yo puedo, en mi modesto lugar, inspirarme y autorizarme con estos ejemplos, diría: si, conscientemente he afrontado y tratado la relación entre las ideas como una relación de fuerza; si, yo he conscientemente, sobre algunos puntos que juzgaba importantes, “pensado a los extremos”, y curve el bastón en el otro sentido. No por el placer de la provocación, sino para alertar a los lectores sobre la relación de fuerzas, para provocarlos, y para producir efectos definidos, no en función de no se cual creencia idealista en el total poder de la teoría, que ciertos guardianes generosos de la filosofía le han reprochado, sino, todo lo contrario, en la conciencia materialista de la debilidad de la teoría dejada a su suerte, es decir, en la conciencia de las condiciones de fuerza que la teoría debe reconocer y a las cuales ella debe someterse para tener una oportunidad de transformarse en fuerza.

Y como prueba de lo que yo he dicho, sostendré voluntariamente, en su oportunidad, la idea de que esta relación de fuerza de la contracurvatura con la curvatura o sea que el *exceso* de la formulación de las tesis, propiamente pertenece a la filosofía, y que, aunque ellas no han enunciado esta ley, como Lenin lo hace de pasada y abrigándose con una pulla, los grandes filósofos siempre lo han practicado bajo, con su denegación idealista o con la luz del día del “escándalo” materialista.

Queda por decir que al curvar el bastón en el sentido opuesto, se corre un riesgo: el de curvarlo, o muy poco, o demasiado, riesgo que corre toda filosofía. Pero en esta situación,

en que fuerzas y cuestiones sociales están en debate, pero que no pueden ser estimadas absolutamente con seguridad, no existe instancia capaz de zanjar. Aquel que interviene de este modo, corre, por consiguiente, el peligro de no encontrar, sin dificultad, la medida justa: por forzar demasiado o muy poco la curvatura, uno pelagra verse relegado en una desviación. Es, puede que se sepa, lo que yo he reconocido públicamente haberme sucedido en parte, reconociendo, desde 1967, y explicando aún recientemente en *Elements d'Autocritique*, que mis escritos de 1965 que a ustedes están sometidos, por lo menos *Lire Le Capital*, estaban afectados de una tendencia teorista, y algo comprometidos en un coqueteo con la terminología estructuralista. Sin embargo, para explicarme en torno a estas irregularidades, era necesario el retroceso en el tiempo, no la simple distancia de un lapso de diez años, sino experiencia de los efectos provocados, del trabajo y de la crítica en sí. Se ha escrito: hay tiempo para comprender. Yo agregaría: sobre todo lo que se ha dicho.

Antes de entrar en su argumento, diré una palabra sobre el objetivo más general de mis ensayos.

Este objetivo se lee en los títulos de mis libros: *Pour Marx*, *Lire Le Capital*. Pues estos títulos son algo así como *consignas*. Yo creo haber podido hablar en estas obras a los hombres de mi generación, que conocieron los tiempos del nazismo y del fascismo, del Frente Popular, de la guerra de España, de la segunda guerra mundial y de la Resistencia, lo mismo que de Stalin. Atrapados en las grandes luchas de clases de la historia contemporánea, nosotros estuvimos empeñados en los combates del movimiento obrero y

queríamos ser marxistas. Ahora bien, no era fácil ser marxista y encontrarse en la teoría marxista, inclusive después del XX Congreso (se refiere al XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética, en el cual se trató el caso Stalin y se denunció el culto a la personalidad, tratando de hacerse un análisis del fenómeno, pero que solamente quedó en la superficialidad. Nota de J.A.G.), pues el dogmatismo anterior subsistía con el contrapunto de los chismorreos filosóficos “marxistas” sobre el hombre. Y como estos chismorreos se apoyaban en la letra de las obras de juventud de Marx, era necesario volver a llegar a Marx para ver un poco claro en un pensamiento oscurecido por las pruebas de la historia. No insisto sobre el sentido político de esta marcha: ésta presentaba esa originalidad que no le ha sido perdonada, de criticar el dogmatismo no desde las posiciones de derecha de la ideología humanista, sino desde las posiciones de izquierda del antihumanismo teórico, del antiempirismo y del antieconomismo. Esta marcha no fue mi único hecho: como me informara más tarde, otros como yo, y no solamente Della Volpe, en Italia, sino también jóvenes investigadores soviéticos, cuyas obras han sido difundidas, estaban asimismo, cada uno a su manera, empeñados en la misma vía. Se trataba de volver a la teoría marxista, tratada por el dogmatismo y el humanismo marxista como la primera ideología acabada, un poco por sus títulos de teoría y de teoría revolucionaria. Marx había deseado, en el prefacio de *El Capital*, “lectores que piensan por sí mismos”. Para intentar pensar lo que Marx había pensado, por lo menos había que volver a él intentando “pensar por nosotros mismos” lo que él había pensado.

Entonces, contra las subversiones a las de e cuales el pensamiento de Marx habla sido sometido, me parecía indispensable insistir con una idea sencilla: el carácter inaudito y

revolucionario del pensamiento de Marx. *Inaudito*, porque Marx había fundado, con un trabajo de elaboración conceptual que comienza con *La Ideología Alemana*, y que culmina con *El Capital*, lo que se podría llamar, en una primera aproximación, la ciencia de la historia. *Revolucionario*, porque este descubrimiento científico que armaba al proletariado en su lucha, provocaba una conmoción en la filosofía: no solamente provocando a ésta a modificar sus categorías para volverlas propias a la ciencia nueva y a sus efectos, sino aún, y sobre todo, atribuyéndole a la filosofía, por el conocimiento de su relación real con la lucha de clases, cómo asumirla responsablemente y transformar su práctica.

Es esta novedad, esta diferencia radical de Marx, revolucionaria en la teoría y en la práctica, la que he querido no sólo hacer sentir, sino aún hacerla percibir, y si posible fuera hacerla concebir, pues la consideraba como política y teóricamente *vital* para el Movimiento obrero y sus aliados, y considero siempre que *esta diferencia fue pensada*. Por eso, no podría sino colocarme al nivel de la nueva filosofía, producida por Marx en su revolución científica, y en un movimiento de pensamiento próximo a Spinoza y autorizado por Marx, intentar pensar esa diferencia partiendo de la verdad conquistada. Sin embargo, para ello, era menester que fuera pensada esta filosofía propia para pensar esa diferencia, era menester ver claro en la filosofía misma de Marx. Ahora bien, cada uno sabe que el Marx maduro no nos ha dejado nada más que la extraordinaria *Introducción* de 1857 (Se refiere a la *Introducción a la crítica de la Economía Política*. Nota de J.A.G.), y la intención, que no se cumpliera, de escribir diez páginas sobre la dialéctica. (Propiamente, Marx, en carta de fecha 14 de enero de 1858, le decía a Engels que si alguna vez tuviera

tiempo de explicar la dialéctica, él tendría gran gusto, en dos o tres pliegos de imprenta o sea unas cuantas decenas de cuartillas, de hacer accesible a la inteligencia humana común lo que era racional en el método que Hegel descubriera, pero que al mismo tiempo mistificara. Este proyecto pedagógico no pudo realizarse. Nota de J.A.G.)

Sin duda, la filosofía de Marx está, como lo indicaba Lenin, contenida en *El Capital*, pero en estado práctico, así como está también contenida en las grandes luchas del movimiento obrero. Yo pensé que era necesario extraerla, y, apoyándome en los fragmentos y ejemplos disponibles, intentar darle una forma que se asernejara a su concepto. Por eso, toda la cuestión de la filosofía marxista se encuentra, naturalmente, en el centro de mi reflexión. No es que yo quiera fijarla en el centro del mundo, ni que ponga la filosofía en el poder, sino porque considero necesario este rodeo filosófico para abordar la radicalidad de Marx.

Esta convicción la tuve siempre. La formularía de otro modo, por ejemplo en *Pour Marx* y en *Lire Le Capital*, pero considero que no me he equivocado designando en su filosofía el lugar en donde Marx puede ser comprendido, porque su *posición* se resume allí.

LA "ULTIMA INSTANCIA..."

Ahora, sugiero a ustedes entrar en mis ensayos por tres caminos desérticos que los atraviesan y entrecruzan.

Señalaré un primer camino, cual es el de la "última instancia".

Se sabe que Marx y Engels han sostenido la tesis de la determinación de la economía en *última instancia*. Esta frasecita no tiene el aire de haber trastornado de hecho toda la concepción de la sociedad y de la historia prevalecientes. No se ha destacado

demasiado la figura o la metáfora con la cual Marx representa su concepción de una sociedad en el Prefacio a la *Contribución* de 1859. (Se refiere a la *Contribución de la crítica de la Economía Política*. Nota de J.A.G.) Esta figura es la de un *tópico*, es decir, de un dispositivo espacial que asigna a realidades dadas lugares en el espacio.

El tópico marxista representa la sociedad con la metáfora de un edificio, donde los pisos descansan, con buena lógica de edificio, sobre la base. Esta es *die Basis* o *die Struktur* (en alemán, en el texto. Nota de J.A.G.) lo que se ha traducido tradicionalmente en francés por *base* o, más a menudo, *infraestructura*: es la economía, la unidad de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción. Sobre el piso de la base, se eleva el piso o los pisos del *Uberbau* (en alemán en el texto. Significa edificio. Nota de J.A.G.), en francés la *superestructura* jurídico-política e ideológica.

Una simple imagen, diríase, configurando realidades. Ciertamente, pero *distinguiéndolas*, lo que ya es importante, por ejemplo, poniendo el derecho positivo, que Hegel coloca en la sociedad civil, al lado de la superestructura, distinguiendo algo más que realidades: su *eficacia* y su *dialéctica*.

Cuando Marx dice que la base, o infraestructura es determinante en última instancia, él entiende que lo que ella determina es la superestructura.

Por ejemplo: "La forma económica específica con la cual el sobre trabajo no pagado es usurpado a los productores inmediatos, determina la relación de dominación de la producción misma, y reacciona a su vez sobre ella de manera determinante".¹

¹ Marx prosigue: "Es sobre ello que se funda completamente la estructuración (*Gestaltung*) de la comunidad económica, salida de las relaciones de producción mismas, y de esta manera al mismo

Sin embargo, la determinación que Marx piensa es determinación *solamente en última instancia*. Como lo dijo Engels (Carta a Bloch): “Según la concepción materialista de la historia el factor determinante en la historia es, en *última instancia*, la producción y la reproducción de la vida real. *Ni Marx ni yo hemos afirmado otra cosa. Si después alguno tortura esta proposición para hacerla decir que el factor económico es el único determinante, se la transforma en una frase vacía, abstracta, absurda*”.²

En la determinación del tópico, la *última instancia* es, de acuerdo, la *última* instancia. Si ella es la *última*, es que hay *otras*, las que figuran en la estructura jurídico-política e ideológica. La mención de la *última instancia* en la determinación tiene, así, una doble función: ella demarca radicalmente a Marx de todo mecanicismo, y abre con la deter-

minación el juego de diferentes instancias, el juego de una diferencia real en donde se inscribe la dialéctica. El tópico significa entonces que la determinación en *última instancia* por la base económica no puede pensarse sino en un todo diferenciado, por consiguiente, complejo y articulado (la “*Gliederung*”), donde la determinación en *última instancia* fija la diferencia real de las otras instancias, su autonomía relativa y su propio modo de eficacia sobre la base misma.

Antes de extraer las consecuencias, quiero señalar la importancia teórica capital de esta categoría de “*última instancia*”, muy a menudo considerada como una aproximación o una recuperación filosófica. Afirmar la determinación en *última instancia por la economía*, es desmarcarse de todas las filosofías idealistas de la historia, es adoptar una posición materialista. Sin embargo, hablar de determinación por la economía en *última instancia*, es también desmarcarse de toda concepción mecanicista del determinismo y es adoptar una posición dialéctica. No obstante, cuando se piensa a la sombra de Hegel, es preciso ponerse en guardia contra la tentación idealista de la dialéctica. Justamente, cuando Marx inscribe la dialéctica en el juego entre las instancias de un tópico, él se desmarca de la ilusión de una dialéctica que sería capaz de producir, por el movimiento espontáneo de su auto-desarrollo, su propia materia. Sometiendo la dialéctica a la coerción del tópico, Marx la somete a sus condiciones reales de ejercicio, él la protege de la locura especulativa, le prescribe ser materialista, luego de reconocer que sus propias figuras están prescritas por la materialidad de sus condiciones. Que esta inscripción y esta prescripción no sean suficientes para damos las figuras de la dialéctica materialista en persona, estoy de acuerdo. Sin embargo, ellas nos preservan, por lo menos, de una tentación: la de buscarlas totalmente entregadas en Hegel.

tiempo su estructura (Gestalt) política específica. Es cada vez en la relación inmediata de los propietarios de las condiciones de producción con los productores inmediatos —relación en la cual cada una de las formas corresponde siempre de conformidad a su naturaleza a un grado de desarrollo determinado modo (Art un Weise) de trabajo, y así a un cierto grado de desarrollo de su forma productiva social— donde encontramos el secreto más interior (innerste Geheimnis) el fundamento (Grundlage) oculto de la construcción social (Konstruktion) entera, y, por consiguiente, también de la forma política de la soberanía, y de la relación de dependencia, en una palabra de cada forma de Estado específica». (*El Capital*, VIII, p. 170-173, Edición francesa).

² Engels prosigue: “La situación económica es la base, pero los diversos elementos de la superestructura, las formas políticas de la lucha de clases y sus resultados, las constituciones establecidas una vez la batalla ganada por la clase victoriosa, las formas jurídicas así como los reflejos de todas estas luchas reales en el cerebro de los participantes, teorías políticas, jurídicas, filosóficas, concepciones religiosas, y su desarrollo ulterior en sistema dogmático, ejercen igualmente su acción en el curso de las luchas históricas, y en muchos casos determinan de manera preponderante la forma”

Por este sesgo, volvimos a encontrar temas desarrollados en mis ensayos y que tienen por objeto demarcar a Marx de Hegel. Yo he dicho en otra parte cual podría tener Marx con respecto a Hegel, y también por qué él debe tomar constantemente el sesgo o desvío para trazar su propio camino.³

Si, Marx estaba próximo de Hegel, pero, en primer lugar, por *razones que no ha dicho*, razones previas a la dialéctica, razones que mantiene con la posición crítica de Hegel con respecto a los presupuestos teóricos de la filosofía burguesa clásica, de Descartes a Kant. Para decirlo con una palabra, Marx está próximo a Hegel por su insistencia en recusar toda filosofía del Origen y del Sujeto, fuera ella racionalista, empirista o trascendental: por su crítica del *cogito*, del Sujeto sensual-empirista, y del Sujeto trascendental, luego por su crítica de la idea de una teoría del conocimiento. Marx estaba próximo a Hegel por su crítica del Sujeto jurídico y del contrato social, por su crítica del Sujeto moral. Dicho brevemente: de toda la ideología del Sujeto, que, cualquiera que sean las variaciones, da a la filosofía burguesa clásica el medio de *garantizar* sus conocimientos, sus prácticas y sus fines, no reproduciendo simplemente, sino elaborando filosóficamente las nociones de la ideología jurídica dominante. Si uno considera el reagrupamiento de esos temas críticos, es muy necesario comprobar que Marx estaba próximo a Hegel porque Hegel era abiertamente heredero de Spinoza, pues todo eso puede ya leerse en *La Ética*, y en el *Tractatus Theologico-politicus*. En general se cubre con un piadoso silencio estas profundas afinidades que constituyen, no obstante, de Epicuro a Spinoza y Hegel, las premisas del materialismo de Marx. Se habla muy poco por la razón, que deja sin defensa, de que Marx

no ha hablado, y se conduce toda la relación Marx-Hegel sobre la dialéctica, porque Marx de ella sí ha hablado! Como si Marx no hubiera sido el primero en enseñarnos que no se debe juzgar a cualquiera por la conciencia que tenga de sí, sino según el proceso de conjunto que, en el revés de su conciencia, produce esta conciencia.

Se me excusará que insista sobre este punto, porque conlleva éste la solución de muchos problemas, reales o imaginarios, concernientes a la relación de Marx con Hegel, y en Marx *la relación de la dialéctica con el materialismo*. En efecto, yo considero que la cuestión de la dialéctica marxista no puede plantearse sino bajo la condición de *someter la dialéctica al primado del materialismo*, y de ver cuales formas debe tomar ella para ser dialéctica de este materialismo. Desde este punto de vista, se puede comprender entonces que la idea de la dialéctica haya podido imponerse a una filosofía como la de Hegel, no sólo porque las dramáticas conmociones de la revolución francesa y de sus consecuencias le dieron la dura lección, sino porque la dialéctica era el único medio de pensar en una filosofía que, aun cuando ella les restaura transfigurándoles, había fuertes razones para rehusar en primer lugar el recurso y la garantía del Origen y del Sujeto. Por supuesto, Hegel no se puso a la búsqueda de la dialéctica una vez rechazados el Origen y el Sujeto. En un mismo movimiento, él ha forjado la dialéctica que necesitaba para desmarcarse de los filósofos clásicos, y para hacerla servir a sus fines, Hegel, como dice Marx, ha "mistificado la dialéctica". Sin embargo, no impide que la mistificación hegeliana misma, testimonie sino una relación constante desde Epicuro, y puede ser que de otros antes de éste, entre el materialismo, que no puede plantearse más que desmarcándose de toda la filosofía (el Origen, ya sea del Ser, del Sujeto, o del Sentido, y *la dialéctica*. En

³ Cf. Marx ante Hegel, en Lénine et la philosophie. Cf. *Éléments d' Autocritique*. Obras de Louis Althusser.

una palabra, para volver la cosa más clara, cuando se rechaza el origen radical de las cosas, cualquiera que sea la figura, debe forjarse en forma total otras categorías para pensar categorías clásicas que han sido transferidas, tales como esencia, causa o libertad.

Cuando se rehusa el origen como banco de emisión filosófico, uno se halla constreñido a rehusar la moneda, y se debe poner otras categorías en circulación: las de la dialéctica. Tal es, en sus grandes delineamientos, la relación profunda que religa esas premisas del materialismo que se hallan en Epicuro, Spinoza y Hegel, que inspira y rige a toda la dialéctica, y que inspira y rige la dialéctica misma.

Es esto lo que me parece importante, mucho más que las “conclusiones sin premisas” como son algunos juicios con los cuales Marx ha hablado de Hegel al plantear solamente y por sí misma la cuestión de la dialéctica. Se sabe que él lo hace para reconocer a Hegel el mérito de haber sido, yo cito, “el primero que expresó el movimiento de conjunto de la dialéctica”, lo que es justo y, por lo menos, muy reservado, y para afirmar esta vez sin reserva que Hegel la había “mistificado”, y que su dialéctica (la de Marx), no sólo era la dialéctica de Hegel, sino “su antítesis”. Sin embargo, se sabe también que Marx afirma que para desmistificar la dialéctica hegeliana, basta con darle vuelta. Yo he discutido bastante para mostrar que esta inversión no venía a cuento y no era más que la metáfora de una verdadera transformación de las figuras de la dialéctica, de la cual Marx nos prometió veinte páginas que él nunca escribió. El necesitaba, sin duda, reajustar conclusiones con las premisas materialistas de la dialéctica, y partiendo de ellas pensar, a secas, las nuevas categorías que ellas provocan, y que uno encuentra como muestra en *El Capital* y en Lenin, pero que no llevan siempre su nombre o no lo llevan todavía.

Yo he ensayado, buscando, en su proximidad misma, cual podría ser la diferencia entre Marx y Hegel. Pues es demasiado evidente que si Marx ha tomado en préstamo la palabra y la idea de la dialéctica de Hegel, él no podía haber abrazado esta dialéctica doblemente mistificada no sólo en su estatuto idealista, cuando ella produce su propia materia, sino también, y sobre todo, en las figuras que realizan el milagro de su autodeterminación: la negación y la negación de la negación o *Aufhebung*. Pero si la dialéctica hegeliana recusa todo Origen, lo que puede leerse al principio de la *Lógica*, donde el Ser es inmediatamente idéntico a la Nada, ella la proyecta en el fin de un Télos que hace, de regreso, de su propio proceso, su propio Origen, su propio Sujeto. No hay Origen asignable en Hegel, más es porque el proceso, enteramente, cumplido en la totalidad final, está en él mismo, indefinidamente, en todos los momentos que anticipan su fin, su propio Origen. No hay Sujeto en Hegel, pero esto es porque el devenir-Sujeto de la sustancia, como proceso de negación de la negación cumplida, es el Sujeto del proceso mismo. Si luego Marx ha vuelto a tomar de Hegel la idea de la dialéctica, él no solamente la ha “invertido” para desembarazarla de la pretensión o del fantasma idealista de la auto-producción, él ha debido también transformar las figuras para que ellas cesen de producir los efectos. Lenin no ha dejado de repetir en los años 1918-1923: si el socialismo no logra transformar la pequeña propiedad mercantil, en tanto que ella exista, la pequeña propiedad mercantil reproducirá el capitalismo. Podriase decir, asimismo: en tanto que el marxismo no logre transformar las figuras de la dialéctica mistificada por Hegel, en tanto que ellas existan, estas figuras reproducirán los efectos de la mistificación hegeliana. Ahora bien, esta *transformación* no estaba en mi cabeza, ni por asomo, sino, aunque parezca imposible, con

toda claridad, en 105 textos de Marx y de Lenin y en la práctica de la lucha de clases proletaria.

Con lo que de esta manera ya existía en estado práctico, me contenté con intentar formularlo conceptualmente.

Es así, tomando la cosa por este sesgo, que he sostenido que Marx no se hacía la misma idea que Hegel acerca de la naturaleza de una formación social, y yo he creído poder manifestar su diferencia diciendo que Hegel piensa una sociedad como una *totalidad*, mientras que Marx la piensa como un *todo* complejo, estructurado *con dominante*. (En francés, Althusser escribe *á dominante*. Esta categoría, acuñada por Althusser, ha sido traducida al español por Martha Harnecker como *a dominante*. Yo la traduzco *con dominante*. Nota de J.A.G.)

Si yo me permitiera ser un poco provocador, me parece que se puede dejar a Hegel la categoría de *totalidad*, y reivindicar para Marx la categoría de *todo*. Se dirá que no es más que un matiz verbal. Yo no lo creo así del todo. Si he preferido para Marx la categoría de *todo* a la de *totalidad*, es porque en el corazón de la totalidad él vigila siempre una doble tentación: la de considerar como una esencia actual que abraza exhaustivamente todas sus manifestaciones, y, lo que viene a ser lo mismo, la de descubrir como en un círculo o una esfera, de que las metáforas no se reexpiden a Hegel, un centro que es la esencia.

Sobre este punto, he creído encontrar una diferencia significativa entre Marx y Hegel. Para Hegel, la sociedad como la historia son círculos de círculos, esferas de esferas. Sobre todo en su concepción rige una idea de la totalidad expresiva, donde todos los elementos son partes totales, que expresan cada una la unidad interna de la totalidad que no es jamás, con toda su complejidad, sino la objetivación-alienación de un principio

simple. De hecho, cuando se lee la *Rechtsphilosophie*, uno ve desplegarse, en la dialéctica del Espíritu objetivo que los produce, las esferas del derecho abstracto, de la Moralidad y de la *Sittlichkeit*, y cada una producir a la otra por la negación de la negación para hallar su verdad en el Estado. Hay muchas diferencias, pero su relación siendo siempre “verdad”, las diferencias no se afirman sino para negarse y pasarse en otras diferencias, y ellas lo pueden porque en cada diferencia vigila ya el en-sí de un para-sí futuro. Y cuando se lee la *Introducción a la Filosofía de la Historia*, es el mismo proceso, podríase decir el mismo procedimiento: cada momento de desarrollo de la Idea existe en Estados, que realizan un principio simple, la bella individualidad para Grecia, el espíritu jurídico para Roma, etc. Y volviendo a tomar de Montesquieu la idea de que en una totalidad histórica todas las determinaciones concretas, ya sean éstas económicas, políticas, morales, inclusive militares, expresan un solo y mismo principio, Hegel piensa la historia bajo la categoría de totalidad expresiva.

Para Marx, las diferencias de esferas son reales; éstas no son solamente diferencias de esferas de actividad, de prácticas, de objetos, sino que son diferencias de eficacia. La última instancia opera aquí para hacer estallar la tranquila figura del círculo o de la esfera. No es por azar que Marx abandona la metáfora del círculo por la del edificio. Un círculo es cerrado, y la noción de totalidad que le conviene supone que se puede abrazar exhaustivamente todos los fenómenos, para agrupárseles en la unidad simple de su centro. Marx nos muestra, al contrario, un edificio, una base, un piso o dos, esto no está precisado. El no ha dicho nada más que todo debe estar comprendido, y que todo sea o infraestructura o superestructura. Podríase, asimismo, sostener la idea, esencial en *El*

Capital, que la teoría marxista de las sociedades y de la historia implica toda una teoría de sus gastos y de sus desperdicios. Está dicho solamente que se debe distinguir que las distinciones son reales, irreductibles, que en el orden de la determinación, la parte no es igual entre la base y la superestructura, y que esta desigualdad *con dominante* es constitutiva de la unidad del todo, que no puede más todavía, ser la unidad expresiva de un principio simple, en el cual todos los elementos serían los fenómenos.

He aquí por qué yo he hablado *de un todo*, para marcar que en la concepción marxista de una formación social todo se contiene, que la independencia de un elemento no es nunca sino la forma de su dependencia, y que el juego de las diferencias está regulado por la unidad de una determinación en última instancia. Más he aquí por qué no he hablado de una *totalidad*, porque el todo marxista es complejo y desigual, marcado de desigualdad por la determinación en última instancia. Es ese juego, esa desigualdad, que permiten pensar que pueda advenir algo de real en una formación social, y de tener asidero para la lucha política de clase en la historia real. Yo lo he dicho de pasada: uno no ha visto jamás que el mundo político se inspire en Hegel. Porque ¿dónde está el asidero sobre el círculo cuando se está cogido dentro del círculo? Formalmente, el tópico marxista da la respuesta designando: *he aquí* lo que es determinante en última instancia, la economía, por consiguiente la lucha de clases económica, prolongada en la lucha de clases política para la toma del poder del Estado, y *he aquí* como la lucha de clases de base se articula (o no se articula) con la lucha de clases de la superestructura. Sin embargo, esto no es todo. Indicando eso, el tópico marxista reenvía a quien lo interroge la indicación de su lugar en el proceso histórico: *he aquí* el lugar que tú ocupas, *he aquí* hasta donde tú debes

desplazarte para cambiar las cosas. Arquímedes no quería más que un punto fijo para mover al mundo. El tópico marxista designa el lugar en donde se lucha y por qué se lucha, para transformar el mundo. Pero este lugar no es un punto y, además, no es fijo: es un sistema articulado de posiciones regidas por la determinación en última instancia.

Todo eso permanece en el campo formal, nadie discordará con el Prefacio a la *Contribución* a la cual hice alusión. Pero el *Manifiesto* (se refiere al *Manifiesto del Partido Comunista de 1848*. Nota de I.A.G.) había llamado las cosas por su nombre y *El Capital* no cesa de volverlo a decir. *El Capital* no deja de pensar en la figura del tópico. Por él, la determinación teórica puede convertirse en decisión práctica, porque dispone las cosas para que los trabajadores, a quienes Marx se dirigía, se agarren de ahí. El concepto de asidero (*Begriff*) deviene en Marx el dispositivo teórico-práctico de un tópico, el medio de toma de conciencia práctica sobre el mundo.

Se concibe sin inconveniente que, en este nuevo todo, la dialéctica que juega no sea casi nada hegeliana. Yo he creído poder mostrarlo a propósito de la contradicción, señalando que si se tomaba en serio la naturaleza del todo marxista y su desigualdad, debíase de allí llegar a la idea de que esta desigualdad se reflejaba necesariamente en la forma de la *sobredeterminación* o de la *sub-determinación* de la contradicción. Es claro, no se trata de concebir la sobre-determinación o la sub-determinación en términos de suma o de resta de una cuantía de determinación agregada o substraída a una contradicción preexistente, que conducirá a cualquier parte una existencia de derecho. La sobredeterminación o la sub-determinación no son excepciones con respecto a una contradicción pura. Así como Marx dice que el hombre no

puede aislarse más que en la sociedad, así como Marx dice que la existencia de las categorías económicas simples es el resultado excepcional de la historia, asimismo una contradicción en estado puro no existe sino como producto determinado de la contradicción impura.

Esta tesis no hace ninguna otra cosa que cambiar las referencias con las cuales se piensa la contradicción. Y, en particular, ella toma sus distancias con respecto a lo que yo he llamado la contradicción simple, digamos, para precisar la contradicción en el sentido lógico del término, que opone dos entidades iguales, simplemente afectadas del signo contrario, + o —, A y no A. Luego, si pude aquí rebasar lo que he sostenido en mis primeros ensayos, pero en la misma línea, diré que la contradicción, tal como se le encuentra en *El Capital*, presenta esta particularidad sorprendente de ser *desigual*, de poner en juego contrarios que no se obtienen afectando el otro de signo opuesto al primero, porque ellos son tomados en una *relación de desigualdad* que reproduce sin cesar sus condiciones de existencia del hecho mismo de esta contradicción. Yo hablo, por ejemplo, de la contradicción que da existencia al modo de producción capitalista y lo condena tendencialmente, la contradicción de la *relación de producción* capitalista, la contradicción que divide las clases en clases donde se enfrentan dos clases en forma completamente desiguales: la clase capitalista y la clase obrera. Pero la clase obrera no es lo negativo de la clase capitalista, la clase capitalista afectada del signo menos, privada de sus capitales, y de sus poderes; y la clase capitalista no es la clase obrera afectada del signo menos, el de la riqueza y del poder. Ellas no tienen la misma historia, ellas no tienen el mismo mundo, ellas no tienen los mismos medios, ellas no conducen la misma lucha de clase, y sin embargo ellas se enfrentan y es,

por completo, una contradicción, puesto que la relación de *su enfrentamiento reproduce las condiciones de su enfrentamiento*, en lugar de rebasarlos con la bella elevación y reconciliación hegeliana.

Yo creo que si se tiene en cuenta este carácter singular de la contradicción marxista de ser *desigual*, uno extraerá conclusiones interesantes, no sólo sobre *El Capital*, sino también sobre la lucha de la clase obrera, sobre las contradicciones a veces dramáticas del Movimiento obrero y sobre las contradicciones del socialismo. Pero para comprender esta desigualdad, uno estará constreñido, siguiendo a Marx y a Lenin, a tomar en serio las contradicciones materiales y estructurales que definen lo que yo he llamado el todo complejo *con dominante*, y se percibirá allí las bases teóricas de la tesis leninista del desarrollo desigual. Pues en Marx, todo desarrollo es desigual y allí tampoco se trata ni de suma ni de resta que afecte un desarrollo denominado igual, se trata de un carácter esencial. Todo desarrollo es desigual porque es la contradicción la que mueve el desarrollo, y que la contradicción es desigual. Por eso, en alusión al discurso sobre el origen de la desigualdad de Rousseau, quien es el primer teórico de la alienación antes de Hegel, yo había inscrito hace poco tiempo, en subtítulo a mi artículo sobre la dialéctica materialista, esta frase: *de la desigualdad de los orígenes*, significando con el plural *orígenes* que no hay, en el sentido filosófico del término. Origen, pero que todo comienzo está marcado por la desigualdad.

Yo no he hecho más que esbozar algunos temas: yo quería simplemente indicar la importancia capital de la tesis de la última instancia para entender a Marx. Uno sospecha que toda interpretación de la teoría marxista compromete, este es otro de los riesgos teóricos, riesgos políticos e históricos. Esas tesis sobre la última instancia, sobre el todo

estructurado *con dominante*, sobre la sobredeterminación, sobre la desigualdad de la contradicción, tenían primeramente un objetivo inmediato, que regla su enunciado: el de reconocer y marcar el lugar y el papel de la teoría en el Movimiento obrero marxista, no sólo subrayando la frase célebre de Lenin, “sin teoría revolucionaria no puede haber movimiento revolucionario”, sino entrando en el detalle para desmarcar la teoría de sus confusiones y manipulaciones. Pero más allá de este primer objetivo, esas tesis tenían otros más importantes, pues ellas conducen a tentaciones que acechan al Movimiento obrero. La tentación de un idealismo mesiánico o crítico de la dialéctica, que frecuenta a los intelectuales sublevados, desde el joven Lukacs y también a los jóvenes hegelianos antiguos y modernos, y la tentación de lo que yo he llamado el hegelianismo del pobre, el evolucionismo que siempre ha tomado, en el Movimiento obrero, la forma de economismo. En estos dos casos, la dialéctica funciona sobre el viejo modo de la filosofía premarxista, como la garantía de la revolución y del socialismo. En los dos casos, el materialismo es o bien escamoteado (en la primera hipótesis), o bien reducido a la materialidad mecánica y abstracta de las fuerzas productivas (en la segunda). En todos los casos, la práctica de esta dialéctica tropieza con la sanción implacable de los hechos: no es en Inglaterra del Siglo XIX, ni en Alemania de principios del Siglo XX que la revolución ha tenido lugar, no es en los países más avanzados, sino en otra parte, en Rusia, más tarde en China, en Cuba, etc. ¿Cómo pensar el desplazamiento de la contradicción principal del imperialismo sobre el eslabón más débil, y correlativamente cómo pensar el estancamiento de la lucha de clases en los países en donde ella parecía triunfante, sin la categoría leninista del desarrollo desigual, que reenvía a la desigualdad de la contradicción,

a su sobre y a su sub-determinación?. Insisto de propósito sobre la sub-determinación, porque algunos fácilmente han convenido en que se agregue un suplemento fácil a la determinación, pero no han soportado la idea de la sub-determinación, es decir de un umbral de la determinación, que ésta no traspasa, que hace que revoluciones aborten, que movimientos revolucionarios se estanquen o desaparezcan, hace que el imperialismo pueda, en lo principal, desarrollarse, etc. Si el marxismo es capaz de registrar estos hechos, pero no es capaz de pensarlos, si no puede concebir, en sentido estricto, esta verdad evidente de que las revoluciones conocidas son o prematuras o abortadas, con una teoría, es decir, de la normatividad, entonces está claro que algo no está del lado de la dialéctica, y que aún se halla aquejada de una cierta idea que no ha arreglado definitivamente sus cuentas con Hegel.

He aquí por qué yo pienso que se debe, para ver más claro en su diferencia, retroceder un poco con relación a los términos inmediatos con los cuales *Marx* expresó su relación con la dialéctica hegeliana. Para hacer eso, es menester primeramente considerar como se expresa el materialismo de *Marx*, de lo cual depende la cuestión dialéctica. Y para eso, existe una vía bastante buena, que vengo ensayando en seguirla: la de la determinación en última instancia.

SOBRE EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

Yo quería ahora marchar, mucho más rápido, otro camino haciéndolo en diagonal, para llegar a otro grupo de tesis desarrolladas en mis ensayos a propósito del “conocimiento”.

No escondo que me he apoyado muy fuertemente, en esta materia, en Spinoza. Yo dije, hace un momento, que *Marx* estaba

próximo a Hegel por su crítica de la idea de una teoría del conocimiento. Pero esta crítica de Hegel está ya en Spinoza. ¿Qué quiere decir en sustancia Spinoza, cuando él escribe la frase célebre: "*Habemus enim ideam veram?*" ¿Que nosotros tenemos una idea verdadera? No: toda la frase recae sobre "*enim*". En efecto, porque, y solamente porque nosotros retenemos una idea verdadera, es que podemos reproducir otras, según su norma. Y es, *en efecto*, porque y solamente porque nosotros retenemos una idea verdadera, que nosotros podemos saber que ella es verdadera, puesto que ella está "*index sui*". ¿De dónde nos viene esta idea verdadera? Es una pregunta diferente. Sin embargo, es un hecho que nosotros la retenemos (*habemus*) y cualquiera que sea la cosa, aunque este hecho sea el resultado, tal hecho rige todo lo que puede ser dicho de él partiendo de él. Por ese medio, Spinoza inscribe *por adelantado* toda teoría del conocimiento, que *raciocina* (de *raciociner* raciocinar). Este verbo en francés tiene sentido irónico. En cambio, en español, es sinónimo de *razonar*. Nota de J.A.G.), sobre el *derecho* de conocer, bajo la dependencia del *hecho* del conocimiento retenido. Por ese medio, todas las cuestiones de Origen, de Sujeto y de Derecho del conocimiento, que sostienen las teorías del conocimiento, son recusadas. Pero eso no impide a Spinoza hablar del conocimiento: más no para pensar el Origen, el Sujeto, el Derecho, sino para fijar el proceso y sus momentos, los célebres "tres géneros" que son muy extraños, por lo demás, como para mirarlos más o menos de pasada, puesto que el primero es propiamente el mundo vivido, y el último bastante bien hecho para pensar "la esencia de lo singular", Hegel diría en su lenguaje "lo universal concreto" del pueblo judío el cual es heréticamente problematizado en el *Tra- tado teológico-político*.

Me siento afligido de caer en las propias redes de eso que algunos consideran por oportunismo teórico, como una herejía, pero diré que Marx, no sólo el Marx de la *Introducción* de 1857, que combate de hecho a Hegel por medio de Spinoza, sino el Marx de *El Capital* y también Lenin, no están, en sus posiciones, sin sostener una relación profunda con las posiciones de Spinoza. Pero si rechazan toda teoría que quiere pensar el Origen, el Sujeto y el Derecho del conocimiento, *ellos hablan igualmente* del conocimiento. El hecho de que Lenin reivindicque para el marxismo la expresión «teoría del conocimiento» no es muy embarazoso, cuando se ve que él define como... la dialéctica. De hecho, Marx y Lenin hablan del conocimiento en términos muy generales, para describir la actitud general de su proceso. Debe desconfiarse de esos pasajes en donde Marx enuncia, así, generalidades. Hay, por lo menos, entre otros, en que él se ha explicado: el de la "*producción*". Es a la vez para dar caracteres generales de la producción, y para decir inmediatamente que la producción general y a fortiori la producción en general no existen, pues sólo existen modos definidos de producción y en formaciones sociales concretas. Manera (le decir que todo se mueve en la estructura concreta de los procesos singulares, pero que para acceder, es preciso, sin embargo, el auxilio de este *minimum* de generalidad inexistente, sin que el discernimiento y el conocimiento de lo existente sean ellos-mismos imposibles. Pues bien, creo que la *Introducción* de 1857 es de esta naturaleza. Yo creo que ella no pone en su lugar ni una "teoría del conocimiento" ni su sucedáneo como es una epistemología: creo que ella enuncia solamente ese *minimum* de generalidad sin el cual el discernimiento y el conocimiento de los procesos concretos de conocimiento serían imposibles. Pero así como el concepto general de la producción,

el concepto general de conocimiento no está allí sino para desaparecer en el análisis concreto de los procesos concretos: en la historia compleja de los procesos de conocimiento.

En todo este asunto, me he apoyado también, tan cerca como me fue posible, en la *Introducción* de Marx de 1857 y si he extraído algunos efectos de provocación teórica necesarios, creo que yo he permanecido inspirado directamente, al pie de la letra, en Marx, quien emplea en muchas repeticiones el concepto de “producción” de los conocimientos para adelantar mi tesis central: la idea del conocimiento como *producción*. Evidentemente, yo tenía también en mi cabeza el eco de la “producción” spinozista, y extraía ventaja del doble sentido de un vocablo que, al mismo tiempo, señala hacia el trabajo, la práctica, así como también la exhibición de la verdad. Sin embargo, para lo esencial, y para provocar al lector, me situé lo más cerca posible, diría mecánicamente del concepto marxista de producción, que, a la letra, sugiere un proceso, y el trabajo de instrumentos sobre una materia prima. Yo mismo apostaría más que otro, sobre la generalidad de Marx que expone un concepto general de la “práctica”, que reproducía el concepto de proceso de trabajo de *El Capital*, y, volviendo a la práctica teórica, yo he utilizado y sin duda forzado algún poco el texto de Marx, para desembocar en la distinción de tres generalidades: la primera, juega el papel de la materia prima teórica; la segunda, de instrumentos de trabajo teórico; y la tercera, lo concreto-de-pensamiento o conocimiento. Confieso que Spinoza se encontraba también implicado en este asunto, por causa de sus “tres géneros”, y del papel central del segundo: las abstracciones científicas.

Lo que me interesaba, en sumo grado, en el texto de Marx, era la doble oposición radical de Marx al empirismo y a Hegel. Contra el empirismo, Marx sostenía que el conocimiento no va de lo concreto a lo abstracto, sino de lo abstracto a lo concreto, y todo eso sucede, yo cito, “*en el pensamiento*” aunque el objeto real, que da lugar a todo ese proceso, existe fuera del pensamiento. Contra Hegel, Marx sostenía que ese proceso de lo abstracto a lo concreto no era producción de lo real, sino de su conocimiento. Y en toda la exposición, lo que me fascinaba *era que se comienza por lo abstracto*. Ahora bien, como Marx escribiera: “El conocimiento es... “*un producto de la elaboración (ein Produkt der Verarbeitung) de conceptos que parten de la intuición y de la representación*”, y como por otra parte él había escrito: “Me parece que el buen método sea el de *comenzar por lo real y concreto*,... por ejemplo: en economía política por la población... Sin embargo, mirando más de cerca, se percibe que es un error. *La población es una abstracción*”, yo he concluido que la intuición y la representación estaban tratadas por Marx como abstracciones. Y he dado a esta abstracción el estatuto de lo concreto o de lo vivido que se halla en el primer género de conocimiento spinozista, es decir, según mi lenguaje, el estatuto de lo ideológico. Seguramente, yo no he dicho que las Generalidades II, que trabajan sobre las Generalidades I, no trabajen sino sobre lo ideológico, puesto que ellas podrían trabajar, asimismo, sobre abstracciones ya elaboradas científicamente, o sobre las dos. Más, quedaba, a pesar de todo, ese caso-límite de una materia prima puramente ideológica, en la que la hipótesis me ha permitido situar en un lugar la pareja ciencia/ideología, y la ruptura epistemológica, que Spinoza designa entre el primer género y el segundo, mucho antes que Bachelard, y de extraer cierto número de efectos ideológicos, que no eran,

como yo lo he indicado en mis *Elements d'autocritique*, puros de todo teoricismos.

Pero naturalmente, teniendo, como dije, un poco cerca de mí a Rousseau, "la debilidad de creer en la fuerza de las consecuencias", yo no me quedé allí, y apoyándome siempre en el texto de Marx, he extraído una distinción importante: *la del objeto real y del objeto de conocimiento*. Esta distinción está inscrita en las frases mismas en donde Marx trata del proceso del conocimiento. De manera materialista, él sostiene que el conocimiento es el conocimiento de un objeto real (Marx dice: sujeto real), que, yo cito, "*antes como después* subsiste independientemente fuera del espíritu". Y, más abajo, a propósito de la sociedad que se estudia, él escribe, cito citando: "que ella queda constantemente presente en el espíritu como presupuesto". Marx plantea, por consiguiente, como presupuesto de todo proceso de conocimiento de un objeto real, la existencia de este objeto real, fuera del pensamiento. Pero esa exterioridad del objeto real es afirmada al mismo tiempo que es afirmado el carácter propio del proceso de conocimiento, que "produce por un trabajo de elaboración" conceptos que parten de la intuición y de la representación. Y al fin del proceso, lo concreto-de-pensamiento, la totalidad-de-pensamiento, que es el resultado, se presenta como el conocimiento del concreto-real. La distinción entre objeto real y el proceso de conocimiento es incontestable en el texto de Marx, como incontestable es la mención del trabajo de elaboración, y la diversidad de sus momentos, como incontestable es también la distinción del concreto-de-pensamiento y del objeto real, del cual él da el conocimiento.

Yo he sacado argumentos no para fabricar una "teoría del conocimiento", sino para hacer mover algo en las evidencias ciegas con las cuales cierta filosofía marxista cree muy a menudo protegerse de sus adversarios. Yo he

sugerido que si todo conocimiento, cuando es adquirido, es aproximadamente el conocimiento de un objeto real que queda "*antes como después*" independiente del espíritu, no era, puede ser, inútil interrogarse sobre el intervalo que separa este "antes" de este "después", que es el proceso de conocimiento mismo, y de reconocer que ese proceso, definido por el "trabajo de elaboración" de formas sucesivas, se inscribía justamente, del principio al final, en una transformación que no descansa sobre el objeto real,⁴ sino sobre sus reemplazos, sobre las intuiciones y representaciones iniciales, luego sobre los conceptos ulteriores. De allí, mi tesis: si el proceso de conocimiento no transforma el objeto real, sino solamente su intuición en conceptos o sea en concreto-de-pensamiento, y si todo ese proceso sucede, como lo repite Marx, "*en el pensamiento*", y no en el objeto real, esto es, por consiguiente, que con motivo del objeto real, y para conocerlo, el "pensamiento" trabaja sobre *otra "materia"* así como sobre el objeto real: él trabaja sobre las formas transitorias que le designan en el proceso de transformación, para producir finalmente su concepto, lo concreto-de-pensamiento. Yo he designado el conjunto de estas formas, inclusive la última, producidas por ese trabajo, como la categoría de objeto de conocimiento. En el movimiento que hace pasar el pensamiento, de la intuición y la representación espontáneas al concepto del objeto real, cada forma conduce ventajosamente el objeto real, pero sin confundirse con él nada más que al final lo concreto de pensamiento no se confunde, tal como lo quería Hegel, y

⁴ "Y por esto también hace largo tiempo que el espíritu tiene una actitud puramente especulativa, puramente teórica" (Marx). Marx distingue la actitud teórica (conocimiento del objeto real) de la para actitud práctica (transformación del objeto real).

que Marx denuncia por esta razón, con lo concreto real.

Era evidentemente, una vez más, encontrar de nuevo a Spinoza, cuyas palabras fustigan la memoria: la idea del círculo no es el círculo, el concepto de perro no ladra, en pocas palabras, no se debe confundir lo real y su concepto.

Seguramente, si esta distinción necesaria no está sólidamente apuntalada, ella puede conducir al nominalismo, hasta el idealismo. Estimase generalmente que Spinoza cedió al nominalismo. En todo caso, él tomó sus previsiones para guardarse del idealismo, con su teoría de una sustancia con los atributos infinitos, y con el paralelismo de los dos atributos de extensión y pensamiento. Marx se guarda, por otra parte, y más seguramente, con la tesis del *primado del objeto real sobre el objeto de conocimiento*, y con el *primado de esta primera tesis sobre la segunda: la distinción entre el objeto real y el objeto de conocimiento*. Quédase, por allí, en ese *mínimum* de generalidad, es decir, en la especie, tesis materialistas, que demarcándose del idealismo, abren un espacio a la investigación de los procesos concretos de la producción de conocimientos. Y, finalmente, para quien quiera, en forma aproximada, hacer la comparación, esa tesis de la distinción entre el objeto real y el objeto de conocimiento “funciona” poco más o menos como la distinción de Lenin entre verdad absoluta y verdad relativa, y a fines enteramente próximos.

Lenin escribía: “Esta distinción entre la verdad absoluta y la verdad relativa es vaga, dirá usted. Yo les respondería: tal distinción es del todo justa, demasiado “vaga” para impedir que la ciencia llegue a ser un dogma en el peor sentido de esta palabra, cosa muerta, congelada, osificada; sin embargo, es demasiado precisa, como para trazar entre nosotros y el fideísmo, el agnosticismo, el

idealismo filosófico, la sofística de los adeptos de Hume y de Kant, *una línea de demarcación decisiva e indeleble*”. Quiero decirlo claramente: nuestra tesis es demasiado precisa para no echarse en brazos del idealismo, demasiado precisa para desmarcarse del idealismo, pero demasiado “vaga”, es decir demasiado justa en su generalidad, para defender la libertad viviente de la ciencia contra su entierro en sus resultados.

Por ese camino va, guardadas todas las proporciones, mi tesis sobre la diferencia entre el objeto real y el objeto de conocimiento. Sus materias no eran despreciables. Se propugnaba impedir que se tratara la ciencia producida por Marx “como un dogma en el peor sentido de la palabra”, se trataba de volver *viviente* el prodigioso trabajo de crítica y de elaboración efectuado por Marx, sin el cual él no habría podido, yo hablo aquí su lenguaje que sigue siendo clásico, descubrir bajo la apariencia de las cosas, y de sus antípodas, la esencia desconocida de sus “relaciones íntimas”. Se trataba de hacer comprender y sentir qué ruptura inaudita Marx debió efectuar con sus apariencias recibidas, es decir, con las evidencias masivas de la ideología burguesa dominante. Y puesto que nosotros mismos estábamos en entredicho, se trataba de volvernos viviente y activa esta verdad, que teníamos que romper con otras evidencias, algunas veces recubiertas con el mismo vocabulario de Marx, que la ideología dominante o las desviaciones del Movimiento obrero hablan podido apartar de su sentido. Se trataba de llamar a que si, como lo dijo Lenin, “el alma viva del marxismo es el análisis concreto de una situación concreta”, el conocimiento de lo concreto no está al comienzo, sino que está *al final del análisis*, y el análisis no es posible sino sobre la base de los conceptos de Marx, y no de las

evidencias inmediatas de lo concreto, del cual no puede pasarse, sino a condición de no llevarse su conocimiento sobre la apariencia.

Se trataba, en fin, y esto no es lo menos esencial, de recordar una vez más con Marx que el conocimiento de lo real «cambia» algo a lo real, puesto que él le agrega, justamente, su conocimiento, pero todo sucede como si esta adición se anulara a sí misma en su resultado. Como su conocimiento pertenece por anticipado a lo real, puesto que él no es sino su conocimiento, él no le agrega algo, más que con la condición paradójica de no agregarle *nada*,⁵ una vez producido el conocimiento, éste vuelve de pleno derecho y desaparece en él. El proceso de conocimiento agrega a cada paso a lo real su propio conocimiento, pero a cada paso lo real lo embolsa, puesto que es lo suyo. *La distinción entre objeto de conocimiento y objeto real presenta así esa paradoja de que tal distinción no está planteada sino para ser anulada.* Pero ella no es nula, porque para ser anulada, ella debe ser constantemente planteada. Esto es normal, es el ciclo infinito de todo conocimiento, que no agrega a lo real su conocimiento sino para devolverlo, y ese ciclo no es ciclo, y viviendo *es como él se reproduce*, porque sólo la producción de nuevos conocimientos conserva con vida a los antiguos. Las cosas pasan poco más o menos como en Marx, quien dice: es necesario que el trabajo vivo “agregue un valor *nuevo* a las materias”, para que el valor del “trabajo muerto”, contenido en los medios de producción, sea conservado y transmitido al producto. Yo cito: “*es por la simple adición de un nuevo valor que se mantiene lo antiguo*”. (*Le Capital*, Editions Sociales, Tomo I, p. 199).

⁵ Cf. Engels: “El conocimiento de la naturaleza tal como ella es, *sin agregado extraño*”. Cf. La tesis leninista del *reflejo*.

¿Qué es lo esencial de esta tesis? Tomemos la ciencia marxista y supongamos que las condiciones políticas sean tales que ya no se trabaja más, que ya no se agrega más conocimiento nuevo. En ese caso, los antiguos conocimientos que la realidad ha embolsado, están allí, en ella, bajo la forma de evidencias enormes y muertas, como máquinas sin trabajadores, aún más, máquinas pero, al fin, cosas. Nosotros no estamos entonces muy seguros de poder “impedir, como dice Lenin, a la ciencia que llegue a ser un dogma en el peor sentido de esta palabra, cosa muerta, congelada, osificada”. Manera de decir que el mismo marxismo corre el peligro de repetir verdades que no son más que el nombre de las cosas, cuando el mundo exige nuevos conocimientos, *sobre el imperialismo, sobre el Estado, sobre las ideologías, sobre el socialismo, sobre el Movimiento obrero mismo.* Es una manera de volver a la asombrosa expresión de Lenin: *Marx no ha hecho más que poner las piedras angulares de una teoría que nosotros debemos, a toda costa, desarrollar en todos los sentidos.* Dicho de otra forma: la teoría marxista puede demorar en la historia, y retrasarse en ella misma, si algún día cree haber conseguido sin propósitos.

MARX Y EL HUMANISMO TEORICO

Un último camino diagonal, muy breve, para probar otra tesis provocadora: la del antihumanismo teórico de Marx. Por el concierto de fanfarrias ideológicas con las cuales se me ha pagado, diría que si yo no hubiera sostenido esta tesis, habría debido inventarla.

Es una tesis seria, con la condición de leerla seriamente, y ante todo tener en cuenta seriamente una de las dos palabras que ella comporta, la que no es, sin embargo, el demonio: la palabra *teórico*. He dicho y he

repetido que el concepto de hombre no desempeña en Marx un papel teórico. Pero se debe creer que *teórico* no quería decir nada para quienes no querían entender.

Ensayemos, pues, a entender.

Para ello, primeramente, una palabra sobre Feuerbach, de quien yo he traducido algunos textos. Nadie discutirá que la filosofía de Feuerbach sea abiertamente humanista teórica. Feuerbach dice: toda filosofía nueva se anuncia con una palabra nueva. La filosofía de los tiempos modernos, mi filosofía, se anuncia con la palabra Hombre. De hecho, el Hombre, la esencia humana es el principio central de toda la filosofía de Feuerbach. No es que Feuerbach se desinterese de la naturaleza, ya que él habla del sol y de los planetas, así como de las plantas, de las libélulas y de los perros, sin olvidarse de los elefantes para decir que éstos no tienen religión. Sin embargo, él pone, si yo puedo decirlo, primeramente la mano sobre la naturaleza, exponiéndonos serenamente que cada especie tiene un mundo para ella, el cual no es sino la manifestación de la esencia. Ese mundo está constituido de objetos, entre los cuales existe un objeto por excelencia en donde se cumple y se satisface la esencia de la especie: su objeto esencial. Así, cada planeta tiene como objeto esencial el sol, el cual es también el objeto esencial del planeta, etc.

Así, colocados en esta posición, nosotros podemos pasar al hombre. Este es el centro de su mundo como al centro de su horizonte absoluto, de su *Umwelt*. No hay nada en su mundo que no sea *para él*; o más bien, nada en su mundo que no sea *él*, pues todos los objetos de su mundo no son sino sus objetos, en la medida en que ellos son la realización y la proyección de su esencia. Los objetos de su percepción no son más que su modo de percibirlos, los objetos de su pensamiento más que su modo de pensarlos, de su afección más que su modo de ser afectados. Todos sus objetos

son esenciales en la medida en que ellos lo que dan no es nunca más que su propia esencia, proyectada en ellos. El hombre es, así, Sujeto, y sus atributos esenciales, objetivos bajo forma de objetos, no le reexpiden nunca más que a su propia esencia. El hombre está siempre en el hombre, el hombre no sale nunca del hombre, porque fracesita sin misterio que el joven Marx ha copiado de Feuerbach, y sobre la cual los participantes en el Congreso Hegel del último otoño en Moscú, han discutido doctamente el mundo es el mundo del hombre y el hombre es el mundo del hombre. El sol y las estrellas, las libélulas, la percepción, la inteligencia, la pasión no son allí más que equivalentes a transiciones para conducirnos al umbral de las verdades decisivas: lo propio del hombre, con la diferencia de las estrellas y de los bichos, es tener su propia especie, la esencia de la especie, su esencia genérica enteramente como objeto, y en un objeto que no debe nada a la naturaleza, a la religión. Con el mecanismo de la objetivación y de la inversión, la esencia genérica del hombre se da al hombre, desconocido en persona, bajo la forma de un objeto exterior, de otro mundo, en la religión. En ésta, el hombre contempla sus propios poderes, sus fuerzas productivas como los poderes de un otro absoluto delante del cual él tiembla, se arrodilla para implorar piedad. Eso es perfectamente práctico, puesto que constituye la consecuencia de todos los rituales del culto, y hasta la existencia objetiva de los milagros, que tienen más o menos lugar en ese mundo imaginario puesto que ellos no son, según las palabras de Feuerbach, yo cito: sino “la realización de un deseo” (*Wunscherfüllung*). El sujeto absoluto, que es el hombre, encuentra, así, lo absoluto en Dios, pero él no sabe que lo que encuentra *es a él*. Toda esta filosofía, que no se limita a la religión, sino que se extiende al arte, a la ideología, a la

filosofía, y también, se sabe bastante poco, a la política, a la sociedad y asimismo a la historia, descansa, así, sobre la identidad de la esencia entre el sujeto y el objeto, y esta identidad explica el poder total de la esencia del hombre de proyectarse en la realización de sí, como son sus objetos, y en la alienación que separa el objeto del sujeto, vuelve el objeto exterior al sujeto, lo codifica, e invierte la relación de esencia, puesto que, escandalosamente, el Sujeto se ve dominado por él mismo, bajo la forma de un Objeto, Dios o el Estado, etc. que no es, no obstante, sino él.

No debe olvidarse que este discurso, del cual no he dado aquí nada más que las premisas, tenía su grandeza, puesto que él llamaba a derribar la inversión producto de la alienación religiosa o política; dicho de otra forma, llamaba a derribar la dominación imaginaria de los atributos del sujeto humano sobre el sujeto humano mismo; llamaba al hombre a entrar, en fin, en posesión de su esencia, alienada con la dominación de Dios o del Estado; llamaba al hombre a realizar, en fin, no más en lo imaginario de la religión, en el «cielo del Estado», o en la abstracción alienada de la filosofía hegeliana, sino en la tierra, aquí y ahora, en la sociedad real, su esencia humana verdadera que es la comunidad humana, el “comunismo”.

El hombre centro de su mundo, en el sentido filosófico del término, esencia originaria y fin de su mundo, he aquí lo que se puede llamar un humanismo teórico, en sentido estricto.

Se me recordará que después de haber expuesto muy profundamente su problemática de la esencia genérica del hombre y de la alienación, Marx ha roto con Feuerbach y que esta ruptura con el humanismo teórico de Feuerbach marca de manera radical la historia del pensamiento de Marx.

Sin embargo, yo querría ir más lejos. Porque Feuerbach es un extraño personaje filosófico, que presenta esa particularidad, que se me perdone la expresión, de “*manger le morceau*”. (Dicho popular francés que significa: “Denunciar a los cómplices”. Nota de J.A.G.) Feuerbach es un humanista teórico *declarado*. Pero él tiene en su derredor una gran herencia de filósofos quienes por no haberse declarado como él, no trabajaron menos filosóficamente con el hombre, aunque esto fue bajo una forma menos abierta. Lejos de mí la idea de denigrar esta gran tradición humanista de la cual el mérito es de haber luchado contra la feudalidad, contra la Iglesia y sus ideólogos, y de haber dado al hombre dignidad y cualificación. Pero lejos de nosotros, yo pienso, la idea de poner en duda que esa ideología humanista, que ha producido grandes obras y grandes pensadores, sea separable de la burguesía en ascenso con la cual ella expresaba las aspiraciones, traduciendo y transponiendo las exigencias de una economía mercantil y capitalista sancionada por un nuevo derecho, el antiguo derecho romano corregido como derecho mercantil burgués. El hombre sujeto libre, el hombre libre sujeto de sus actos y de sus pensamientos, es, en primer lugar, el hombre libre de poseer, de vender y de comprar, el sujeto de derecho.

Pongo fin a esta parte, y pretendo que, salvo ciertas excepciones intempestivas, la gran tradición de la filosofía clásica ha tomado en las categorías de sus sistemas *el* derecho del hombre a conocer, del cual ella ha hecho el sujeto de sus teorías del conocimiento, del *cogito* al sujeto empirista y al sujeto trascendental; *el* derecho del hombre a obrar, del cual ella ha hecho el sujeto económico, moral y político. Yo creo, lo que no puedo evidentemente demostrar aquí, estar en el derecho de sostener que, bajo las especies de diferentes sujetos donde ella se

distribuye y disimula al mismo tiempo, la categoría de hombre, de esencia humana, o de especie humana, juega un papel *teórico* esencial en las filosofías clásicas pre-marxistas, y cuando hablo del papel *teórico* jugado por una categoría, yo entiendo que ella forma cuerpo con las otras categorías, que ella no puede ser suprimida del conjunto sin alterar el funcionamiento del todo. Creo, por consiguiente, poder decir que, salvo excepciones, la gran filosofía clásica representa, bajo formas abiertamente declaradas, la tradición de un humanismo teórico incontestable. Y si, a su modo, Feuerbach "denuncia a sus cómplices", si él pone resueltamente la esencia humana en el centro de todo, es que él cree poder, en fin, escapar a la razón que hacía disimular a los filósofos clásicos el hombre, que ellos distribuían en muchos sujetos. Esta división del hombre, digamos, para simplificar, en dos sujetos, el sujeto del conocimiento y el sujeto de la acción, que distingue a la filosofía clásica, y le prohíbe la declaración fantástica de Feuerbach, el mismo Feuerbach piensa poder reducirla: él sustituye a la pluralidad de los atributos en el sujeto humano, y él cree reglamentar otro problema políticamente importante, la distinción entre el individuo y la especie, por la sexualidad, que suprime el individuo puesto que él necesita siempre, por lo menos, dos, lo que es ya la especie. Quiero decir: en la forma con la cual él procede, se ve lo que estaba en discusión antes de Feuerbach. Era ya el hombre, pero dividido entre varios sujetos, dividido entre el individuo y la especie.

Resulta que el anti-humanismo teórico de Marx va mucho más lejos que un arreglo de cuentas con Feuerbach: pone en discusión conjuntamente las filosofías de la sociedad y de la historia existentes, así como la tradición filosófica clásica, y, por consiguiente, a través de ellas, toda la ideología burguesa.

Yo diré, entonces, que el anti-humanismo teórico de Marx es, precisamente, un anti-humanismo *filosófico*. Si lo que acabo de decir tiene alguna verosimilitud, es suficiente para unirlo con lo que ya adelanté, más atrás, sobre las afinidades de Marx con Spinoza y Hegel contra las filosofías del Origen y del Sujeto, para que se imponga la conclusión. Y de hecho, si se examina los textos que se puede tener como demostrativos de la filosofía marxista, no se ve sino la categoría de hombre; o cualquiera que sean sus disfraces pasados o posibles, se le halla ahí. Las tesis materialistas y dialécticas que forman, y que caben en el hueco de la mano, el todo de la filosofía marxista, pueden dar lugar a toda especie de comentarios. Yo no veo que ellas pueden prestarse a la menor interpretación humanista: todo lo contrario, están hechas para impedirlo, como una variedad de idealismo entre otros, y para invitar a pensar de una manera *enteramente* distinta.

Sin embargo, nosotros no hemos terminado con eso, porque queda por vémosla con el anti-humanismo teórico del materialismo histórico, es decir, con la eliminación del concepto de hombre como concepto central para la teoría marxista de las formaciones sociales y de la historia.

¿Deberá, previamente, superarse dos objeciones? Sin duda, puesto que ellas renacen sin cesar. La primera, saca la conclusión de que una teoría marxista concebida en esa forma, desemboca en el menosprecio de los hombres, y a paralizar su lucha revolucionaria. Sin embargo, *El Capital* está lleno del sufrimiento de los explotados, desde los horrores de la acumulación originaria hasta el capitalismo triunfante, y está escrito para la liberación de la servidumbre de clase. Lo que no solamente no impide a Marx, sino que obliga a Marx, en el mismo *El Capital*, a que analice los mecanismos de su explotación, a hacer abstracción de los individuos concre-

tos, y a tratarlos teóricamente como simples “soportes” de relaciones. La segunda objeción, opone al anti-humanismo teórico de Marx, la existencia de las ideologías humanistas, que si bien sirven, por regla general, a la hegemonía burguesa, pueden, asimismo, en ciertas circunstancias y en ciertas capas sociales, y también bajo una forma religiosa, expresar la revuelta de las masas contra la opresión y la explotación. Sin embargo, esto no representa ninguna dificultad, desde que se sabe que el marxismo reconoce la existencia de las ideologías y las aprecia según el papel que ellas juegan en la lucha de clases.

Lo que está en discusión es otra cosa muy diferente: la pretensión *teórica* de una concepción humanista de explicar la sociedad y la historia, partiendo de la esencia humana, del Sujeto humano libre, sujeto de necesidades, del trabajo, del deseo, sujeto de la acción moral y política. Yo sostengo que Marx no pudo fundar la ciencia de la historia y escribir *El Capital*, sino con la condición de romper con la pretensión *teórica* de todo humanismo de ese género.

Contra toda ideología burguesa, penetrada de humanismo, Marx declara: “Una sociedad no está compuesta de individuos” (*Grundrisse*), “Mi método analítico no parte del hombre, sino del período económico dado” (Notas sobre Wagner), y contra los socialistas humanistas y marxistas que habían proclamado en el *Programa de Gotha* que “el trabajo es la fuente de todo valor y de toda riqueza”, él afirma: “Los burgueses tienen excelentes razones para atribuir al trabajo este total poder de creación”. ¿Se puede concebir una ruptura más precisa?

Se puede leer los efectos en *El Capital*. Marx muestra que lo que determina en última instancia una formación social y lo que da el conocimiento, no es el fantasma de una esencia o naturaleza humana, no es el hombre, no son tampoco “los hombres”, sino una

relación, la relación de producción, que hace con la Base, la infraestructura. Y, contra todo idealismo humanista, Marx muestra que esa relación no es una relación entre los hombres, una relación entre personas, ni inter-subjetiva, ni psicológica, ni antropológica, sino una doble relación: una relación entre grupos de hombres que concierne a la relación entre esos grupos de hombres y cosas, los medios de producción. Es una de las más grandes mistificaciones teóricas que existen, pensar que las relaciones sociales son reductibles a relaciones entre hombres, o también de grupos de hombres: porque es de suponer que las relaciones sociales son relaciones que no ponen en discusión sino hombres, cuando ellos ponen en discusión también cosas, los medios de producción, extraídos de la naturaleza material. La relación de producción es, dice Marx, una relación de distribución, ella distribuye a los hombres en clases al mismo tiempo y según como atribuya los medios de producción a una clase. Las clases nacen del antagonismo de esta distribución que es, al mismo tiempo, una atribución. Naturalmente, los individuos humanos son beneficiarios pero activos en esa relación, en primer lugar, lo son en tanto que ellos forman parte de esa relación. No es porque ellos sean beneficiarios, como en un contrato libre, que forman parte de esa relación, sino que ellos por formar parte de esa relación, es que se benefician. Es muy importante ver por qué Marx considera entonces a los hombres únicamente como “soportes” de una relación, o «cargadores» de una función en el proceso de producción, determinada por la relación de producción. No es en forma total que Marx reduzca a los hombres en su vida concreta a simples “mozos de carga de funciones”, que él los considera como tales, porque la relación de producción capitalista los reduce a esta simple función dentro de la infraestructura, dentro de la producción, es decir de la

explotación. Efectivamente, el hombre de la producción, considerado como agente de la producción, no es sino eso para el modo de producción capitalista, determinado como simple “soporte” de relación, simple “cargador de funciones”, completamente anónimo, intercambiable, puesto que él puede ser lanzado a la calle como obrero, hacer una fortuna o quebrar si él es capitalista. En todos los casos, él está sometido a la ley de una relación de producción, que es una relación de explotación, por consiguiente, relación antagónica. Si no se somete a un “sufrimiento” teórico las determinaciones individuales concretas de los proletarios y de los capitalistas, su “libertad” o su personalidad, no se comprenderá nada del terrible “sufrimiento” práctico al cual la relación de producción capitalista somete a los individuos, que no los trata sino como a cargadores de funciones económicas, y nada más.

Pero el tratar a los individuos como a simples cargadores de funciones económicas, no termina allí sin que haya consecuencias para los individuos. Porque no es el teórico Marx quien los trata así ¡es la relación de producción capitalista!. Tratar a los individuos como a cargadores de funciones intercambiables, es, en la explotación capitalista, que es la lucha de clase capitalista fundamental, determinarlas, *marcarlas* de una manera irremediable en su carne y en su vida, es reducirles a no ser sino apéndices de la máquina, lanzar a sus mujeres y a sus niños en el infierno de la fábrica, alargar su jornada de trabajo al máximo y darle justamente con que reproducirse, es asimismo constituir el gigantesco ejército de reserva de donde se extraen los otros cargadores anónimos para hacer presión sobre los cargadores en función, que tienen la oportunidad de tener trabajo.

Sin embargo, es, al mismo tiempo, crear también las condiciones de una organización

de la lucha de clase obrera. Pues es el desarrollo de la lucha de clase capitalista, es decir que es la explotación capitalista la que crea esas condiciones. Cuántas veces Marx no ha insistido sobre el hecho de que era la organización capitalista de la producción, es decir de la explotación, la *que educaba con la violencia a la clase obrera para la lucha de clase*, no solamente concentrando masas obreras en el lugar de trabajo, no sólo frangollándolas, sino también, y sobre todo, imponiéndoles una terrible disciplina de trabajo y de vida común, que los obreros deben sufrir para devolverla en acciones comunes contra sus amos.

Sin embargo, para eso, es necesario que los obreros sean, al mismo tiempo, beneficiarios y partícipes en *otras relaciones*. Porque la formación social capitalista no se reduce únicamente a la relación de producción capitalista, o sea a su infraestructura. La explotación de clase no puede durar, es decir reproducir sus condiciones sin el socorro de la superestructura, sin las relaciones jurídico-políticas y las relaciones ideológicas, que son determinadas en última instancia por la relación de producción. Marx no entró en este análisis, salvo con algunas breves explicaciones. Sin embargo, todo lo que él ha dicho nos pone en el camino de concebir que esas relaciones tratan también a los individuos concretos como “mozos de cordel”, “cargadores” de relaciones, de «soportes» de funciones, en donde los hombres no son beneficiarios sino porque ellos forman parte de la relación.

De esta manera, las relaciones jurídicas hacen absolutamente abstracción del hombre concreto para tratarlo, en cambio, como simple “cargador de la relación” jurídica, como simple sujeto de derecho, capaz de propiedad, aunque él no tenga más que su fuerza de trabajo monda y lironda, sin ningún adorno. Así, las relaciones políticas ha-

cen abstracción del hombre vivo, para tratarlo como simple “soporte” de relación política, como libre ciudadano, aunque con su voto se refuerce su servidumbre. Así, las relaciones ideológicas hacen abstracción del hombre viviente para tratarlo como un simple sujeto sumiso o rebelde a las ideas dominantes. Pero todas estas relaciones, en que cada una de ellas hacen del hombre concreto su soporte, no determinan y no marcan menos, todo como la relación de producción, a los hombres en su carne y su vida. Y como la relación de producción es una relación de lucha de clase, es la lucha de clase la que determina en última instancia las relaciones de la superestructura, sus contradicciones, y la sobredeterminación con la cual ellas marcan la infraestructura.

Y así como la lucha capitalista crea, en la producción, las condiciones de la clase obrera, asimismo se ve a las relaciones jurídicas, políticas e ideológicas contribuir a su organización y a su conciencia, con su coerción misma. Porque la lucha de clase proletaria, aunque parezca imposible ha sido educada para la política en las relaciones burguesas y por la lucha de clase burguesa misma. Cada uno sabe bien que la burguesía no ha podido cambiar completamente el antiguo régimen en Francia, su relación de producción y su Estado, sin comprometer en su lucha a las masas populares; cada uno sabe bien que la burguesía no pudo haber conseguido su victoria sobre los terratenientes más que enrolando a los proletarios en su batalla política, aunque los masacrara enseguida. Con su derecho y su ideología, así como con su metralla y sus prisiones, la lucha burguesa los ha educado también para la lucha de clase política e ideológica, forzándolos a comprender que la lucha de clase proletaria no tenía nada que ver con la lucha de clase burguesa ni secundar el juego de su ideología.

Es allí que la última instancia, y el juego contradictorio que ella se reserva en el

“edificio”, interviene para rendir cuenta de la dialéctica de esos fenómenos paradójicos que Marx piensa no con la ayuda del irrisorio concepto del hombre, sino con distintos conceptos: relación de producción, lucha de clase, relaciones jurídicas, políticas, ideológicas. Teóricamente, el juego de la última instancia permite rendir cuentas con la diferencia y la desigualdad de las formas de la lucha de clases, desde la lucha económica hasta la lucha política e ideológica, luego del juego existente entre esas luchas, y de las contradicciones que existen en esta lucha.

El anti-humanismo teórico de Marx en el materialismo histórico es, por consiguiente, el rechazo de fundar con un concepto de hombre una pretensión teórica, es decir como *sujeto originario* de sus necesidades (*homo economicus*), de su pensamiento (*homo rationalis*) de sus actos y de sus luchas (*homo moralis, juridicus y politicus*) la explicación de las formaciones sociales y de su historia. Porque cuando se parte del hombre, no se puede evitar la sensación idealista de la omnipotencia de la libertad o del trabajo creador, es decir no se hace nada más que sufrir, con toda “libertad”, la omnipotencia de la ideología burguesa dominante, que tiene por función enmarcar e imponer, bajo las especies ilusorias de libre potestad del hombre, otro poder de otro modo real y poderoso, el del capitalismo. Si Marx no parte del hombre, si él rechaza engendrar teóricamente la sociedad y la historia partiendo del concepto del hombre, es para romper con esta mistificación que no expresa sino una relación de fuerza ideológica, fundada en la relación de producción capitalista. Marx parte, pues, de la causa estructural que produce ese efecto ideológico burgués que conserva la ilusión que se deberla partir del hombre: Marx parte de la formación económica dada, en la especie, en *El Capital*, de la relación de producción capitalista, y de

las relaciones que él determina en última instancia en la superestructura. Y cada vez, él muestra que esas relaciones determinan y marcan a los hombres, y cómo éstas los marcan en su vida concreta, y cómo a través del sistema de lucha de las clases, los hombres concretos son determinados por el sistema de estas relaciones. En la *Introducción* de 1857, Marx decía: "lo concreto es la síntesis de múltiples determinaciones". Se puede retomar su palabra y decir: los hombres concretos están determinados por la síntesis de múltiples determinaciones de las relaciones de las cuales ellos forman parte y son sus beneficiarios. Si Marx no parte, por lo tanto, no del hombre, que es una idea vacía, es decir sobrecargada de ideología burguesa, es para llegar a los hombres concretos; si él pasa por el rodeo de esas relaciones en las cuales los hombres concretos son los "portadores", es para llegar al conocimiento de las leyes que rigen su vida y sus luchas concretas.

Se habrá notado que, en ningún momento, este rodeo por las relaciones no ha alejado a Marx de los hombres concretos, puesto que en cada momento del proceso de conocimiento, es decir de su análisis, Marx muestra cómo cada relación, desde la relación de producción capitalista, determinante en última instancia, hasta las relaciones juridico-políticas e ideológicas, marca a los hombres en su vida concreta, comandada ésta por las formas y los efectos de la lucha de clases. Cada abstracción de Marx corresponde a "la abstracción" que impone a los hombres esas relaciones, y esa "abstracción", terriblemente concreta, es lo que hace de los hombres, ya obreros explotados ya capitalistas explotadores. Se habrá notado, asimismo, que el término final de este proceso de pensamiento, lo "concreto-de-pensamiento" al cual desemboca, es esta síntesis de múltiples determinaciones que define lo concreto real.

Marx se situaba, así, en posiciones de clase, y él tenía en cuenta los fenómenos de masa de la lucha de clases. El quería dar a la clase obrera la comprensión de los mecanismos de la sociedad capitalista y descubrirle las relaciones y las leyes bajo las cuales ella vivía, para reforzar y orientar su lucha. No tenía otro objeto que la lucha de clases, para ayudar a la clase obrera a hacer la revolución, y suprimir enseguida, al llegar al comunismo, la lucha de clase y las clases mismas.

Todo lo que se ha podido objetar de poco serio a este antihumanismo teórico de Marx, tiene que ver, yo lo reconozco honestamente, con textos que retoman, en *El Capital*, el tema de la alienación. Yo digo adrede el tenía, pues no creo que los pasajes en donde ese tema fuera retomado, tengan un alcance teórico. Sugiero, de esta manera, que la alienación no figura como un concepto verdaderamente pensado, sino como sustituto de realidades que no están aún bastante elaboradas como para que Marx pueda echar mano de ellas, por ejemplo en el horizonte las formas de organización y de lucha de la clase obrera. El tema de la alienación en *El Capital* ocuparía, así, el lugar de un concepto o más bien de conceptos que no están aún formados, por que las condiciones históricas objetivas no han producido todavía su objeto. Si esta hipótesis está fundada, podría ser comprender que La Comuna, que responde a la expectativa de Marx, haya vuelto superfluo ese tema, como lo volvió superfluo toda la práctica política de Lenin. De hecho, después de La Comuna, en Marx, como en la inmensa obra de Lenin, no hay ya más problematización sobre la alienación.

Por tanto, es un problema que no compromete únicamente a la teoría marxista, sino a las formas históricas de su fusión con el Movimiento obrero. Este problema es hoy abiertamente planteado: debería examinársele bien.

Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres de Imprenta Criterio de El
Salvador, en febrero de 1997. San
Salvador, El Salvador, C.A.
Cantidad 600 ejemplares.

DERECHO

Índice

Presentación.....	144
Editorial.....	7
DERECHO ALTERNATIVO Los Métodos Alternos de Resolución de los Conflictos.....	4
DERECHO DE MENORES-LEY DE EMERGENCIA ¿Contraviene la Ley de Emergencia sobre la Delincuencia y el Crimen Organizado al Régimen Jurídico Especial del Derecho de Menores?.....	17
DERECHO PENITENCIARIO Sistema Penitenciario: Problemas y Soluciones.....	20
DERECHO PROCESAL PENAL Ficciones y Distinciones del Ministerio Público Penal.....	43
INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO El Lenguaje y los Conceptos del Derecho.....	98
SOCIOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Virtudes y Dilemas del Constitucionalismo en la Economía Globalizada.....	73
CIENCIAS POLÍTICAS El Poder Legislativo y sus Partidos Políticos.....	81
CIENCIAS FILOSÓFICAS ¿Es Similiter ser Marxista en Filadelfia?.....	100

