

# REVISTA DE DERECHO

**Organo de Divulgación  
y Estudios**



Epoca IV  
Julio - Diciembre /98  
Enero - Junio /99

Números 14 - 15

San Salvador, El Salvador, C. A.



## EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA



El Consejo Nacional de la Judicatura, CNJ, es un organismo creado por la Constitucional 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. JOSE 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

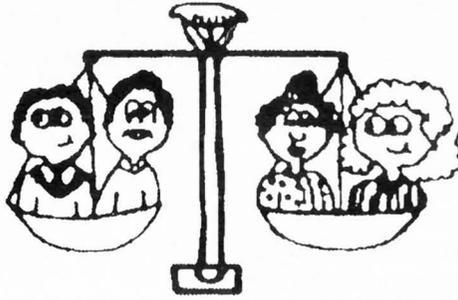


*Imprimiendo sus libros ...  
con imagen*

**Imprenta Universitaria**

**ISBN: 84-5258-340**

**Hecho e impreso en El Salvador  
Printed and made in El Salvador**



# **REVISTA DE DERECHO**

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

**Epoca IV.**

**San Salvador, Julio-Dic. 1998-Enero-Junio 1999**

**No.14-15.**

## **COMITE DE DIRECCION**

**Director:** JOSE RODOLFO CASTRO

**Colaboradores:** JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS †  
JULIO OLIVO GRANADINO.

# INDICE

Pág.

<i>Presentación</i>	
<i>In Memoriam</i> .....	5
<i>Introducción</i>	
<i>Vida Privada y Pública Presidencial:</i> <i>Clinton, Francisco Flores y Hugo Chávez</i> .....	7
<i>Héctor Antonio Hernández Turcios</i>	
<i>Filosofía del Derecho</i>	
<i>DERECHO, ETICA, JUSTICIA E HISTORIA</i> .....	11
<i>Jorge Arias Gómez</i>	
<i>Teoría del Estado</i>	
<i>EL ORIGEN DEL ESTADO DE EL SALVADOR</i> .....	23
<i>Darío Villalta Baldovinos</i>	
<i>Derecho Penal</i>	
<i>LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO PROCESAL PENAL</i> <i>Gilberto Ramírez Melara</i> .....	35
<i>Introducción a la Teoría del Derecho</i>	
<i>EL DERECHO EN TIEMPOS DE TRANSICION ENTRE DOS ERAS</i> ....	39
<i>Carlos Fernández Sessarego</i>	
<i>Ciencia Política</i>	
<i>LA POLITICA YA NO ES LO QUE FUE</i> .....	53
<i>Norbert Lechner</i>	
<i>Derecho Penal</i>	
<i>CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN</i> <i>LA RESPONSABILIDAD PENAL</i> .....	65
<i>Eliás Miguel</i>	
<i>Filosofía de la Educación</i>	
<i>DIAGNOSTICO Y PROPUESTA DE DESARROLLO</i> <i>PARA PAISES COMO EL SALVADOR</i> .....	77
<i>Ovidio Villafuerte</i>	
<i>Taller Literario</i>	
<i>Varios autores</i> .....	83

## **Presentación In Memoriam**

Entregamos este número 14-15 de nuestra REVISTA DE DERECHO, con una nota dolorosa al lamentar la prematura pérdida corporal de nuestro compañero e impulsor de esta tarea, **Doctor JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS**. El distinguido compañero profesor, publicista y constitucionalista, con una formación humanística y humana a toda prueba, se nos adelantó en el viaje a lo desconocido, no sin haber dejado huella imborrable en los que lo conocieron y lo conocimos, de una honradez acrisolada en el ejercicio profesional de Abogado y en la cátedra universitaria; y de una poco conocida vena humorística y un anecdotario que él reservaba para sus buenos amigos en su diario trajinar por las oficinas, aulas y pasillos de su querida Facultad de Derecho.

A él debemos, también, un apoyo incondicional, desde su Decanato en 1991-1995, para sacar adelante nuevas tareas como el del Plan de estudios 1993, y el rescate en su IV época de esta Revista de Derecho.

Vaya para él, en su memoria y con humildad en su homenaje este número de nuestra Revista; y para su familia y amigos los pésames por tan grande pérdida del padre y el compañero.

Agosto 1999.

## **Introducción**

# **Vida privada y pública presidencial: Clinton, Francisco Flores y Hugo Chávez**

**Héctor Antonio Hernández Turcios\***

Me parece que la ética y la política son asuntos de tanta importancia para muchos aspectos de la vida, y que ambos no se encuentran necesariamente en irreconciliable oposición. Así el Estado de derecho garantiza a cada individuo, el *mínimum* de aportes éticos que los hombres se deben entre sí, al imponerlo como deber legal.

En definitiva, hay que estar a favor de la moralización de la política y creer que se impone un continuo control moral del poder político y sus actividades. Así mismo se debe distinguir y no confundir, la ética de la política; pero debe reconocerse que la política debe estar subordinada a los patrones de una ética racional, abierta y pública a partir de lo que consideremos la dignidad humana.

Las distintas posturas que admiten o niegan la existencia de

conexiones entre la ética y la política, del tipo que estas sean, pueden situarse dentro del pensamiento de algunos filósofos, políticos y sociólogos. La primera postura a la que podemos llamar problema Maquiavelo, es la separación tajante entre ética y política. La segunda postura es la distinción entre ética privada y ética pública, que es planteada por J. Stuart Mill. Y la tercera opción es entre una ética política de convicciones o principios y una ética responsabilidad de Weber.

En cuanto al problema Maquiavelo, que es el que voy a exponer primero, la separación de lo moral y la actividad política se debe a los objetivos y los medios para el logro de ellos. La conducta moral está sujeta a criterios y pautas morales, la acción política se rige por el intento de lograr una serie de objetivos como la estabilidad del sistema político, la seguridad y permanencia del poder. El problema es que consideremos que los objetivos políti-

\* Ex Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Profesor de Filosofía del Derecho

cos se consiguen más utilizando medios inadecuados desde el punto de vista moral. De ellos se infiere que un político puede ser visto como "un buen político" siempre que sus acciones sean el mejor instrumento para lograr objetivos y aunque sean reprochables desde la perspectiva moral. La moral y la política en definitiva, se rigen por reglas diferentes, el buen político y el político moralmente bueno, no coinciden.

Para varios moralistas y políticos lo anterior es insostenible porque aún si aceptamos que la política es el reino de la astucia y del cálculo, lo que no cabe duda es que la política se expresa a través de acciones y decisiones humanas, y no hay por qué renunciar a distinguir entre acciones astutas buenas y acciones astutas malas, o lo que es lo mismo, que tales acciones y decisiones humanas caen, como cualquier otra, bajo el juicio moral.

Además, las acciones y decisiones políticas si entran de lleno en asuntos de moralidad como el uso de la violencia, la distribución de recursos, la justicia o la libertad, es decir, se trata de acciones que inciden, directa y gravemente sobre la vida individual y social, y por tanto, sobre la base de la misma moralidad.

En Maquiavelo más que separado el problema política y moral, es una subordinación peligrosa de la ética a la política, y más peligroso aún será considerar al humano para un fin político; peor aún si lo malo se disfraza como bueno y noble.

## **¿Pero entonces, a qué pauta moral someterse?**

Este problema lo resuelve J. S. Mill, para él solamente un individuo en sí es responsable de su conducta ante la Sociedad en aquellos aspectos en que sus acciones privadas causen daños a otros; sino no se da ese caso, la sociedad no puede interferir en la conducta privada de los seres humanos, aunque esa nos parezca repugnante, indebida, reprochable o contraria moralmente; aquí es donde cabría meter la situación sexual de Clinton, la religiosidad de Francisco Flores, la exaltación melagómana de Hugo Chávez, ya que la libertad personal privada tiene el grado de libertad absoluta por excelencia y por hoy más que nunca, ya que las naciones han perdido su soberanía nacional: ¿Por qué la ha de perder el hombre en su individualidad?

Citando, al propio Mill "Sobre si mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano, no sostener esto es incompatible con el respeto a la autonomía moral de los seres humanos".

También es cierto que en esta línea habría que preguntarse ¿Qué acciones de los políticos estamos legitimados para enjuiciar moralmente?, ya que tiene sus objeciones la postura de Mill y que son la de considerar la imagen pública del político como factor educador, la de la incidencia negativa que la conducta privada no aceptada moralmente del

político pueda tener en el electorado y la de la posible incoherencia ante el tipo moral ideal anunciado en los medios y la conducta privada real del político.

Que hay conexión entre política y moral la hay; no sería posible desenlazarles, aunque como se dice: Se puede ser un excelente político conservador y llevar una vida privada libertina, igual que se puede ser un desastroso político socialista y llevar una vida de abnegación y humildad.

Finalmente, el problema lo ve Weber diferenciando entre dos formas de actuación, una según la ética de la responsabilidad o actuación que piensa en la consecuencia de nuestras acciones y decisiones, al parecer lo concreto es actuar conforme a las dos éticas para poder justificar moralmente los medios utilizados, como la propia moralidad de las consecuencias.

Entonces practicando que la vida privada es aliada condicionada a la vida pública y la una es una cosa y la otra será otra, habría que considerar solamente diferencias gustativas de Clinton, Francisco Flores y Hugo Chávez, así como entre unos placeres más nobles que otros; pero no por ello faltos de realidad y significación; pues

parece claro que un político que en su vida privada ejemplifica virtudes como la prudencia, la veracidad, la religiosidad, la lealtad, la responsabilidad o el cumplimiento de sus deberes morales personales está en mejores condiciones para llevar una política honesta que el político que en su vida privada sea un mentiroso, o una persona inmoderada, ambiciosa, hipócrita e irresponsable.

No obstante, también está más que claro en este mundo actual, que las naciones en aras de la economía y el mercado perdieron o vendieron su soberanía e independencia nacional; y es necesario que ante ese agravio del poder mundial, los seres humanos en su individualidad privada no pierdan ni entreguen su soberanía personal.

El político en su vida pública por asuntos de eficacia podría ensuciarse las manos.

El político en su vida privada por asuntos de placer podría lavarse las manos.

No por ello vamos a idealizar que lo mejor hubiese sido no tener manos, lo defendible es mi yo intocable, mi dignidad intangible. ¿O solo cabe obedecer?.



## DERECHO, ETICA, JUSTICIA E HISTORIA\*

Jorge Arias Gómez\*

### I. Palabras Preliminares

La honorable junta Directiva de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, presidida por su Decano, Dr. René Madecadel Perla Jiménez, nos ha dado el honroso encargo de dirigir la palabra a los nuevos alumnos que este día inician sus estudios en esta muy querida y venerable Facultad, que cuenta con más de siglo y medio de existencia. Nuestra intervención sería equivalente a una primera clase, y para tal propósito, hemos escogido el tema de derecho y sus relaciones con la ética, la justicia y la historia.

Antes de empezar, dejamos constancia de nuestra gratitud al Dr. Perla Jiménez y a cada uno de los integrantes de la Honorable junta Directiva de esta Facultad, por su acuerdo de darle cumplimiento tanto a la recomendación del jurado Calificador, que hiciera la valoración de

nuestra tesis de graduación, en el sentido de que ésta fuera publicada, como a la opinión del asesor de tesis, en cuanto a que fuera objeto de reconocimiento y distinción. Estas recomendaciones se plantearon hace casi veintitrés años. Sin embargo, tal como lo decimos en el proemio de la edición, que ha sido presentada, debido al hostigamiento e intervención estatales que sufriera nuestra casa de estudios superiores, en una situación nacional caracterizada por una profunda crisis histórica que, inevitablemente, desembocara en la en la cruenta guerra civil (1980-1992), dichas recomendaciones no pudieron ser llevadas a la práctica. Cuando presentamos nuestra tesis, en mayo de 1976, la Universidad de El Salvador estaba intervenida por el Gobierno. Profesionales, reconocidos por su incondicionalidad, habían sido nombrados a dedo para dirigir los destinos de nuestra Alma Mater.

\* Discurso leído en Acto de inauguración del año lectivo 1999 en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES, 1 de febrero.

\*\* Dr. En Jurisprudencia y CC.SS. Investigador del Departamento de Antropología e Historia de la UES

En esas circunstancias, como lo hemos dicho en reciente entrevista, un señor, de cuyo nombre no quiero

acordarme, puso en ejecución una campaña en cierto diario capitalino, el cual, en primera página destacó, alarmantemente, como si se tratara de una desgracia académica, que en la UES se había presentado una tesis marxista. La finalidad de tal campaña, era, por una parte, retrasar nuestro doctoramiento y, por otra, ponernos ante una pedrea lapidatoria de reconocidos anticomunistas, al parecer descendientes directos del inquisidor Torquemada.

Debemos anotar, que nuestra tesis no es la primera en utilizar el método de análisis marxista. En la historia de nuestra Facultad, podemos contar, por lo menos, cinco anteriores. El autor de la primera, titulada "El Estado centroamericano" (1913), fue el Dr. Sarbelio Navarrete quien, expresamente, dijera que aplica la teoría de materialismo histórico. La segunda (1922), corresponde al Dr. Alirio Augusto Castro, y lleva el nombre de "Datos para la Economía Social Salvadoreña". La tercera, fue escrita por el Dr. Alejandro Dagoberto Marroquín en 1937, y que fuera presentada a la Corte Suprema de Justicia, a fin de que ésta le diera o no su aprobación, previamente a la autorización para ejercer la abogacía. Este alto tribunal, reprobó la tesis, por razones obvias de ese período, en el cual estaba ya instalado en el poder el General Hernández Martínez. La quinta, que trata de la historia de la tenencia de la tierra en El Salvador, fue elaborada, en los años cincuenta, por el Dr. Ricardo Merazo Peralta. De tal manera que nuestra tesis sería, hasta

donde llegan nuestras informaciones, la sexta.

Anotamos lo anterior, a fin de subrayar que en esta Facultad ha habido siempre estudiantes inquietos en ensayar nuevos métodos de análisis, entre ellos el del marxismo, lo que es demostrativo de que en el ámbito académico de nuestra Universidad, no debe haber cortapisas a la libertad de "investigación, que busca caminos, veredas y aun cerradas e intrincadas selvas, para abrir en ellas trochas que puedan conducir al encuentro de la verdad científica.

Cerramos estas palabras preliminares, con nuestros agradecimientos al Lic. Rafael Durán Barraza, por los juicios críticos que vertiera en sus comentarios del libro. El, juntamente con los Dres. José Napoleón Rodríguez Ruiz y José Felipe López Cuellar, integraron el jurado calificador de nuestra tesis. Asesor de esta fue el Dr. Pablo Mauricio Alvergue.

## **II. Breves reflexiones sobre la carrera de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.**

Después de nuestras palabras preliminares, queremos entrar al desarrollo del tema que, tal como lo dijéramos, es el del derecho y sus relaciones con la ética, la justicia y la historia. Antes de comenzar, debemos advertir que nuestros juicios tienen apenas el valor de reflexiones, alejadas de cualquier dogmatismo, abiertos a la crítica.

Ustedes jóvenes estudiantes de primer ingreso, en su meta inmediata se han propuesto obtener su grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y, de esta forma, optar al ejercicio de la abogacía. Una de las varias definiciones de esta profesión, nos la da el profesor Abelardo Torr  1 para quien la "abogacía es la profesión del científico en Ciencias Jurídicas, cuya misión esencial es la defensa (judicial o extrajudicial) de los derechos de las personas, no sólo en función del derecho, sino también en función de la justicia y la moral".<sup>2</sup>

En el "Catálogo Académico", que nuestra Universidad les ha entregado, hay información, clara y precisa, acerca del objetivo general, de los objetivos específicos y de los campos en que su acción profesional podrá ser puesta en práctica. Ustedes las habrán estudiado y hecho sus propias meditaciones, razón que nos ahorra tiempo para no referirnos a esos t picos. Aunque sí es de rigor advertirles, que en el desarrollo de sus cursos habrá hallazgo de conceptos, o sea de categorías totalmente nuevos para su lenguaje corriente. La asimilación de ellos es condición necesaria para hacer un verdadero profesional del derecho y de las ciencias sociales imbricadas a éste. Los conceptos, como se sabe, son las columnas sustentadoras del edificio de cada una de las ciencias. Los conceptos o categorías, son la base del conocimien-

to sistemático, debidamente ordenado. Ciencia quiere decir, sencillamente conocimiento.

Debemos subrayarles, pues, que a ustedes les resultará imposible hacer una carrera sería y exitosa, sino integran sólidamente a su pensamiento las categorías que les compete estudiar. De tal manera, que deben integrar a su conciencia la convicción de que tienen frente a sí un futuro de, por lo menos, seis años para dedicar un apreciable tiempo de sus vidas al estudio y al consiguiente cumplimiento de sus deberes académicos.

### III.  Quid Juris?,  Quid Jus?

En el primero y segundo trimestre de su primer año de estudios, en su curso Jurídico-Filosófico-Político, tendrán su primer encuentro con la conceptualización del derecho. Recordamos el rompecabezas o exprimecerebros que se nos formara al inicio de nuestros estudios, cuando tuvimos el primer encontrón -que no fuera, precisamente, encuentro con la definición del derecho. El Jurista español Adolfo Posada, incluía, en texto obligatorio de la época, una especie de catálogo de varias decenas de definiciones que nos cansaban no pocas angustias existenciales.

Este primer encuentro, que irá profundizando en el transcurso de su carrera, será coronado cuando cursen Filosofía del Derecho. Por el momento, nos permitimos plantear que la afirmación de que el derecho es un objeto

1 Abelardo Torr , *Introducción al Estudio del Derecho*. Undécima edición actualizada. Buenos Aires, 1997

2 Ibidem

de conocimiento científico, no deja de suscitar consideraciones críticas. Esto se halla motivado por la cuestión teórica fundamental de la problemática del derecho, cual es la necesidad de distinguir entre **Ciencia jurídica y Filosofía del derecho**. Unida a esta necesidad, se encuentra la persistente convivencia de una **investigación científica** y de una **investigación filosófica del derecho**.

El Profesor Italiano Umberto Cerroni,<sup>3</sup> señala que en las preguntas de Kant, **quid Juris?** y **quid Jus?** Se basa la distinción, desde cierto punto de vista, entre **Ciencia Jurídica y Filosofía del Derecho**. Las preguntas Kantianas pueden corresponder, respectivamente, a estas otras interrogantes: **¿qué ha sido establecido como derecho por un determinado sistema de normas?** y **¿qué es lo que debe entenderse en general por derecho?** o sea, que en Kant se trata de hallar la legitimación de un doble y distinto trabajo sobre el derecho: el trabajo científico, que estudia y sistematiza el derecho positivo; y el trabajo del filósofo, que define el concepto mismo del derecho y proporciona los criterios últimos de su valoración.

La distinción Kantiana, rompe radicalmente con la tradición medieval que confundía el derecho con la moral. Esta ruptura, es, precisamente, lo que caracteriza a la ciencia jurídica

<sup>3</sup> Umberto Cerroni. *Conocimiento Científico y Derecho*. Este ensayo forma parte de otros dos, recogidos en la obra *metodología y ciencia social*. Ediciones Martínez Roca, S.A. Barcelona, 1971.

moderna, operándose la separación de lo político y lo teológico y, por consiguiente, la laicización del Estado. El filósofo de Koenigsberg, en este proceso de su pensamiento en cuestiones jurídicas, da un paso decisivo en la secularización del derecho cuando afirma que derecho es solamente el derecho positivo, la norma creada por el Estado y por éste sancionada, bajo la amenaza de coerción. Cerroni concluye, al comentar este aporte kantiano, diciendo que «la esfera Jurídica se separa entonces de la esfera ética, cortando el último lazo de unión constituido por el derecho natural».<sup>4</sup>

En nuestra tesis, sostenemos que la distinción kantiana, contenida en las dos preguntas dichas, es un falso problema desde el punto de vista de la filosofía y sociología marxistas. Según nuestro criterio, resulta artificial repartir en compartimentos estancos el estudio del derecho; en uno como objeto científico; y en otro, como objeto filosófico. Aunque añadimos: todo depende de qué filosofía se trate. De aquí, que nosotros consideramos, basados en otros argumentos bastantes extensos, que acerca del derecho puede hacerse enfoques filosóficos, aunque nos parece discutible que haya una disciplina denominada "Filosofía del Derecho". Quede este problema para ser tratado oportunamente.

<sup>4</sup> Umberto Cerroni, *Marx y el Derecho Moderno*. Jorge Alvarez Editor, Buenos Aires, 1965.

#### **IV. Es el derecho un valor en sí?**

Pensamos que ya debemos preguntarnos si el Derecho es un valor en sí; un a priori, de talante kantiano. "que el hombre encuentra en los objetos culturales", como nos lo dice Torr . En el derecho, ciertamente, suelen encontrarse algunos valores, como la justicia, la solidaridad, la cooperación, la paz, la seguridad y otros más. Sin embargo, según nuestro juicio, el encontrarse o no están condicionados por determinadas necesidades históricas. Por ejemplo, la esclavitud deja de ser rentable desde el momento mismo en que las máquinas multiplican la productividad y, por consiguiente, la explotación de la esclavitud deviene antieconómica. Entonces, surge el fenómeno de que una de las potencias, en cuya acumulación primitiva de capital se hallaba precisamente, el comercio de esclavos, se proclama campeona del abolicionismo y defensora de la libertad. Hablamos del imperio inglés.

Según nuestro criterio, el derecho no es aprioristicamente hablando, un valor en sí. Para nosotros, él tiene el mazo y el cincel en manos del escultor. De tal manera, que el derecho, como instrumento, puede y debe servir para promover la justicia, la libertad, la  tica en las relaciones sociales y los valores que caen dentro del campo de la moral. En este caso, el derecho tendría, pues valor instrumental, como medio al servicio de fines éticos. Es aquí en donde nosotros encontramos la conexión entre derecho y  tica.

#### **V. Derecho y  tica**

Filósofos del derecho, y no pocos sociólogos y antropólogos, han tratado este tema de mucha importancia, el cual consideramos necesario plantearse a ustedes, desde el propio inicio de su carrera, aunque sea en sus grandes delineamientos.

Eduardo García Maynez <sup>5</sup> quien didácticamente y con profundidad ha tratado este tema nos dice que  tica y moral, tienen, etimológicamente, igual significado. Ethos, en griego, y mor, en lat n, quiere decir, costumbre, hábito. Por consiguiente, en el sentido etimológico, la  tica sería una teoría de las costumbres. Sin embargo la palabra costumbres no tiene en idioma, el mismo significado que posee en los vocablos griegos y latino. En estas lenguas a las costumbres y a los hábitos se les atribuye el sentido de obligatoriedad o normatividad. El mismo autor nos dice: "Las costumbres que integran lo que se denomina moralidad Positiva de un pueblo o una época, no son simple reiteración de determinadas formas de conducta, sino prácticas a las que se halla unida la convicción, en quienes las realizan, de que lo normal, lo, acostumbrado, es, al propio tiempo, la obligación o debido".

Hechas éstas y otras aclaraciones, García Maynez nos dice: "El objeto que la  tica, en cuanto disciplinas filosófica, se propone definir y explicar, es la

<sup>5</sup> Eduardo García Maynez. * tica*. Sexta Edición revisada. Editorial Porrúa, S.A., México, 1959.

moralidad positiva, o sea, el conjunto de reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno”.

Por el momento, queremos dejar consignado que la ética, como disciplina filosófica, es para algunos el conjunto de principios con arreglo a los cuales se hace la clasificación de los actos humanos, en buenos y malos, y de normas de conducta basadas en ellos. La moral, entonces, estaría relacionada con la clasificación de los actos humanos en buenos y malos, desde el punto de vista del bien en general. Dicho con extrema simpleza, la ética sería la teoría del bien y del mal, en general; y la moral, la práctica de los principios éticos en la vida diaria.

Recordemos que en la civilización occidental, de hondas raíces que se nutrieran de la culturas judeocristianas y greco latina, Aristóteles funda en el año 325, antes de Cristo, en la antigua Atenas, la escuela peripatética, la cual dejara cuatro tratados de *Ética*. Estos llevan los títulos de *Ética Nicomaquea*, *Ética Eudemiana*, *Gran Ética de las virtudes y los vicios*.

El objeto de hacer las anteriores consideraciones, es para dejar constancia de la pertinaz conducta entre pensadores de diversas estaturas, de preocuparse de la problemática concreta que conllevan las concepciones del bien y del mal. La historia registra que siempre ha habido preocupaciones maniqueas, por esencia aberrantes, conducentes, como se dice, a

ver la realidad solamente en blanco y negro, es decir, sin matices.

Cuando ustedes aborden, la compleja problemática que establece diferencias entre derecho y, ética o derecho y moral -ellos son sistemas normativos de la conducta humana-, tendrán la oportunidad de estudiar las doctrinas y corrientes que se han formado en el campo del pensamiento filosófico. Hay autores que separan, tajantemente, derecho y ética. Nosotros pensamos que entre ambas entidades deben existir relaciones que propendan a la entidad del derecho, a fin de que éste, como instrumento, propenda al cultivo de la moral en la sociedad.

Reconocemos los riesgos interpretativos, que pueden surgir, en torno de nuestra visión, hasta llegarse a pensar que propugnamos la implantación de nuevas inquisiciones.

No. Nuestra visión tiene como norte la realización de la justicia, categoría que provoca múltiples problemas, entre científicos sociales, cuando se trata de definirla conceptualmente vinculada a lo Jurídico. Según nosotros, Justicia y ética deben marchar juntas. Por consiguiente, siendo entre nosotros, la ley la única fuente de derecho, tiene plena vigencia el imperativo social de que los legisladores sean personas calificadas para desempeñar su oficio de hacedores del derecho positivo, así como deben serlo los encargados del poder jurisdiccional o judicial. Resulta evidente que no escapa a esta exigen-

cia, quienes desempeñan el poder ejecutivo.

En cuanto a la categoría justicia, ésta tiene en nuestro mundo jurídico un contenido reduccionista, restringido, limitado a concebirla solamente como la aplicación de las leyes al dirimir un juicio, ya sea castigando o absolviendo. Es decir, como una praxis estrictamente legalista del poder jurisdiccional o judicial; o sea, dicho con la definición de María Moliner,<sup>6</sup> "justicia es la organización de que dispone el Estado para reprimir y castigar los delitos y dirimir las diferencias entre los ciudadanos, de acuerdo con la ley y el Derecho".

A propósito de lo justo, pensamos que resultará muy ilustrativo y, además, provocadores de múltiples reflexiones, los siguientes datos históricos. El primer Código Penal de nuestro país, promulgado el 13 de abril de 1826. Fue copia del español de 1822. Como nos ilustra Napoleón Rodríguez Ruíz,<sup>7</sup> este cuerpo legal recogió nuevas teorías penales que iban abriéndose paso desde principios del siglo XIX y que, por consiguiente, podriase tener como bastante adelantado con las modificaciones que nuestros legisladores le hicieran. El Dr. Rodríguez Ruíz, cita estas peculiaridades introducidas en las circunstancias modificativas del delito. La número 4, de las agravantes, decía literalmente: "La

mayor instrucción y dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquen".

Es decir, que según esta disposición, se tomaba en cuenta la mayor cultura y las relaciones sociales del delincuente para agravar la pena.

Entre las atenuantes, estaba la número 2 que, como comentara nuestro autor citado, tiene "un profundo contenido humano: 2ª La indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebató de una pasión que haya influido en el delito".

Estas citas nos parecen acordes con lo justo y lo ético. Sin embargo como es de la esencia del derecho que éste sea desigual, además, como la corriente liberal, una vez en el poder, tratará de llevar, por medio de reformas a las Leyes, sus principios de igualdad hasta las últimas consecuencias, borró de la legislación penal tales disposiciones.

Si nos pusiéramos a citar otras disposiciones del área del derecho civil, que fueron abolidas y que se hallaban levemente próximas al ideal de lo justo y de lo ético, podríamos hacer un listado muy nutrido. Nos conformaremos con citar solamente algunas.

El primer Código Civil que tuviera El Salvador, -aprobado y ordenado pu-

<sup>6</sup> María Moliner. Diccionario de uso del Español. Editorial Gredos, S.A. Madrid 1997.

<sup>7</sup> Napoleón Rodríguez Ruíz. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas, Primer Tomo. Editorial Universitaria San Salvador, 1959

blicar, autocrática, autoritaria y napoleónicamente, en 1860, no por una Asamblea Legislativa, sino por el Presidente de la República, General Gerardo Barrios, contenía importantes instrucciones que tendían a un acercamiento a lo justo y a lo ético. Por ejemplo, la rescisión de la venta por lesión enorme; ciertas disposiciones relativas al mutuo o préstamo de consumo y las asignaciones forzosas.

### **¿En qué consistían estas figuras jurídicas?**

La lesión enorme se configuraba, cuando el precio que el vendedor recibía era inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vendía; y el comprador la sufría, cuando el justo precio de la cosa que compraba era inferior a la mitad del precio que pagaba por ella. Se disponía que el Justo precio se refería al tiempo del contrato de venta. Si estos extremos se configuraban en la práctica, un contrato de compraventa podía ser rescindido. Cabe preguntarse, ¿Valdrá a favor de la eliminación de la lesión enorme, los argumentos que se esgrimen acerca de la "seguridad jurídica"?

En cuanto al mutuo o préstamo de consumo, que, como se sabe, comprende el préstamo de dinero, había disposiciones en las cuales se establecía un límite a los intereses que podían pactarse (que no excedía del doce por ciento anual). Sin embargo, cuando se estipulaba intereses, sin mencionar la cantidad, la ley disponía que el interés legal era del seis por ciento anual. Había prohibición expresa de estipular intereses de intereses.

Las disposiciones referentes a las asignaciones forzosas, se encontraban en el articulado de la sucesión por causa de muerte. El testador estaba obligado a cumplir con las denominadas asignaciones forzosas, y cuando no las hacía se suplían por Ley, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

### **Asignaciones forzosas eran:**

- 1° Los alimentos que se debían por ley a ciertas personas;
- 2° La porción conyugal;
- 3° Las legítimas;
- 4° La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos.

No entraremos a la descripción de cada una de estas formas jurídicas; nos reduciremos a decir, de manera general, que las asignaciones forzosas perseguían el fin justo de proteger a la prole y al cónyuge sobreviviente que carecía de lo necesario para su congrua sustentación. Cuando hablamos de prole, en ésta se hallaban incluidos los legitimarios o herederos forzosos, entre quienes se contaban los hijos legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales, los hijos espurios, los padres naturales y la madre espuria.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Los hijos espurios eran los concebidos en adulterio o dañado ayuntamiento. Madre espuria era, pues, la procreadora de esta categoría de hijos. Los hijos espurios no podían ser legitimados por el matrimonio posterior de los padres, aunque uno de ellos lo hubiera ignorado al tiempo de la concepción del matrimonio del otro. Al hijo espurio se le denominaba también bastardo.

Debemos anotar que las instituciones brevemente descritas, propendían, unas, a hacer realidad el viejo principio del derecho romano en contra del enriquecimiento sin justa causa; y, otras, a la protección de los hijos, aunque se hiciera entre ellos distinciones propias de la época.

Sin embargo, una vez tomado firmemente el poder por los liberales, (años ochenta del siglo pasado) comienza las reformas a los Códigos existentes, y es en 1901 y 1902 cuando se recoge en las leyes civiles aquellas reformas sustanciales que hicieran desaparecer las instituciones de la lesión enorme, las legítimas (por decretarse la libre testamentación) y la prohibición de pactarse interés sobre los intereses. Precisamente, sobre esto último, se estableció que se podía estipular intereses en dinero o cosas fungibles, sin limitación alguna.

Pensamos que este punto, referente a las reformas liberales de ciertas instituciones de nuestro mundo jurídico, merecían la atención en los programas de estudio de esta Facultad.

## **VI. Derecho e Historia**

De la historia, como ciencia, se ha hablado bastante tanto a favor como en contra. El historiador Británico, Edward Hallet Carr<sup>9</sup>, nos dice que cuando tratamos de contestar la pregunta: ¿Qué es la historia?, "nuestra respuesta, consciente o inconsciente-

mente, refleja nuestra posición en el tiempo, y forme parte de nuestra respuesta a la pregunta, más amplia, de qué idea hemos de formarnos de la sociedad en que vivimos". Asimismo se refiere a cinco reparos en contra de la historia, entre los cuales destacamos el de que "no enseña nada". Esta opinión sería una respuesta, en sentido negativo, a la sencilla pregunta: ¿Para qué sirve la historia?

Sin embargo las objeciones que Carr hace a tal respuesta, las sintetiza en las siguientes palabras, que suscribimos totalmente: "Aprender de la historia no es nunca un proceso en una sola dirección". "Aprender acerca del presente a la luz del pasado quiere también decir aprender del pasado a la luz del presente. La función de la historia es la de estimular una más profunda comprensión tanto del pasado como del presente, por su comparación recíproca".

No es nuestro propósito entrar al tratamiento, ni siquiera somero, de los múltiples problemas que conforman la defensa de la historia como ciencia y de su utilidad para los pueblos. Por consiguiente, y siguiendo al historiador Pedro Salmon,<sup>10</sup> diremos que el historiador, en sus investigaciones, se encuentra con un fárrago de hechos de todo tipo, registrados por los documentos que atestiguan el pasado. De ahí, que él separe aquellos sucesos que no le parezcan significativos - "dignos de convertirse en "históricos" (sic)- y

9. E. H. Carr. ¿Qué es la historia? Editorial Planeta Mexicana S.A. de C.V., México 1988.

10. P. Salmón. Historia y Crítica. Editorial Teide, Barcelona, 1978.

elimine aquellos que, según su parecer, no merecen ser tenidos en cuenta. "Esta selección -nos dice Salomón- se basa en cuestiones que el presente plantea al pasado. Por otra parte, dado que el historiador conoce las consecuencias de la evolución histórica, su visión de los hechos siempre será distinta de la del coetáneo que no podía prever el futuro. El historiador, pues, sustituye una representación vivida por una representación crítica". Y, como lo subraya el mismo autor: Los principios de la crítica histórica forman la base de todo conocimiento.

Hechas estas consideraciones, debemos exponer que al pensum de nuestra Facultad, debía, restituirse la materia de Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas o, que, por lo menos, debía de organizarse cursos, en años intermedios o finales de la carrera.

### **¿Cuáles son las razones que nos asisten para formular tal restitución?**

10. Sin bien el estudio exegético de las leyes, es necesario, pensamos que cada una de las instituciones (por ejemplo, las referentes a la persona, la familia, la propiedad, las obligaciones y contratos, en el campo del Derecho Civil; así como la de otras áreas del derecho) deben ser estudiadas también en su movimiento histórico. El derecho, en general, es un constante devenir, un llegar a ser cuyo cambio no cesa. En este movimiento, la

historia es nuestro mejor auxiliar para comprender las instituciones presentes.

No cabe en nuestra mente la idea de que se pueda obtener una Licenciatura en Ciencias Jurídicas, sin que se conozca la historia de nuestro derecho aunque sea en sus grandes delineamientos.

20. La historia de las instituciones salvadoreñas conduce, indefectiblemente, por vía de comparación del presente al pasado y viceversa, a conocer si el valor justicia y todo aquello que se refiere a los derechos humanos, han tenido vigencia en El Salvador. Sobre este particular, debemos decir, por ejemplo, nuestra vida independiente heredó de la colonia casi todo el cuerpo de instituciones dictadas por el Imperio Español. Basta con leer superficialmente la "Recopilación de leyes de El Salvador en Centroamérica", hecha por el Presbítero, Doctor y Licenciado Isidro Menéndez, e impresa en 1855, para darnos cuenta de que, en general, lo que en ellas domina es un autoritarismo antipopular. Nos reducimos a señalar, para el caso, las leyes contra la vagancia y la holgazanería (que se presentaron para mantener en un puño de hierro a nuestro pueblo) y a aquellas disposiciones relacionadas con tales leyes, obligan a los artesanos, trabajadores agrícolas y jornaleros a inscribirse en cada población, en donde residían. La finalidad era la de responder, en forma inmediata y expeditiva, a las exigencias de mano de

obra de hacendados y finqueros. Los trabajadores, en estas circunstancias, no podían salir de su población e irse a buscar trabajo a otra parte, mientras no eran solicitados. Cuando lo hacían, la fuerza pública les obligaba a retornar, y ¡ay! de quien se fuera debiendo, aunque fueran unos centavos a un patrón contratante, porque se les aplicaba la pena de palos en la plaza pública. A cambio de este servicio de provisión de mano de obra a los hacendados, los alcaldes recibían generosa remuneración. Esta situación inhumana que denominamos “fuerza de trabajo cautiva”, legalmente duró hasta el año de 1906, aunque de hecho, se prolongó muchos años más. En 1941, durante el gobierno del General Hernández Martínez, las disposiciones que normaban el comportamiento de los trabajadores del campo, dispersas en distintas leyes, fueron recogidas en la “Ley Agraria”. Este cuerpo era eminentemente represivo de obreros agrícolas, peones, mozos colonos, etc. Estaba concebido para evitar despóticamente cualquier organización en el agro, aplastar, rápida y violentamente, la más insignificante demanda reivindicativa. Resulta ilustrativo consignar que la aplicación de estas leyes, estaba a cargo de la Guardia Nacional, de la Policía de Hacienda y de los Alcaldes.

La Ley Agraria dejó de tener vigencia hasta en los años sesenta.

La segunda razón que alegamos a favor de la restitución de una historia de nuestras instituciones, tiene por objetivo sensibilizar la conciencia jurídica de los educandos.

Finalmente, para terminar este apartado, tal como lo han dicho grandes pensadores, debería existir un cultivo esmerado de la memoria histórica, tan despreciada, no solo oficialmente, sino también por la sociedad civil. Debía hacerse una especie de jardinería del pensamiento, del recuerdo, cuya finalidad, como dijera, muy acertada y apropiadamente, Antonio Gramsci, debe, ser “la educación histórica del deseo”, para poder proporcionar “una concepción del mundo histórico, dialéctica, que explique el movimiento y el cambio, que reconozca la suma de esfuerzo y sacrificio que el presente ha costado al pasado y que el futuro está costando al presente, y que conciba al mundo contemporáneo como una síntesis del pasado, de todas las generaciones pasadas, que se proyectan en el futuro.”<sup>11</sup>

### **Jóvenes de nuevo ingreso:**

No dudo que ustedes han meditado, profunda y reiteradamente, acerca de su pertenencia a una generación que nació en los inicios de la cruenta guerra civil de doce años. Históricamente, son hijos de esta etapa y de los seis años, corridos ya, desde la firma del acuerdo de Paz de Chapultepec. Además, son actores en un mundo que esta marchando, bajo la batuta de las grandes potencias, hacia la globalización, cuya ideología es el neoliberalismo, total y absolutamente deshumanizado, marcado por el egoísmo que hace mofa y escarnio de la solidaridad de los hombres.

Antonio Gramsci, Escritos desde la prisión.



Psicológicamente, de conformidad a estudio hechos por grandes educadores el paso de la adolescencia a la juventud implica grandes y hasta dolorosa rupturas. Ya en la vida del niño, como señalaba Goethe, llega un momento en el cual "comienza a hacerse sospechosas todas las cosas que hasta entonces veneraba". Nos transformamos en contestatarios de nuestros propios padres. En estas condiciones, es de esperar, de parte de la juventud, el rechazo de mucho de lo que ha sido establecido y que apreciado, desde cierto ángulo, tal rechazo se llame rebeldía. Esta no es, ni más ni menos, sino el ardiente anhelo vital de colmar el vacío que se produce en la conciencia, con cosas consideradas como propias, personal o generacionalmente.

De aquí, que, como lo dijera el pensador español Pedro Laín Entralgo<sup>12</sup> "la delicada trama de vivencias y

acciones verdaderamente personales que integran la vida propia del joven pensamientos, estimaciones, sentimientos, hábitos nuevos, proyectos, obras visibles llena poco a poco el turbador vacío de su intimidad y constituye la sustancia de su naciente persona. La índole y el volumen de esas creaciones personales irán haciendo del joven una persona de "mucha sustancia" o un "hombre insustancial".

Nosotros pensamos que una de las tareas principales que corresponde al personal docente de esta Facultad, es, precisamente, la de cooperar, en este mundo tan rebotante de antivalores, a que ustedes sean personas que se llenen de mucha sustancia, en el sentido que el mismo pensador español la concibiera: "La sustancia propia de una persona está constituida por su repertorio y su capacidad creadora de originalidades".

12. Pedro Laín Entralgo. *Las generaciones en la historia*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945.

## EL ORIGEN DEL ESTADO DE EL SALVADOR

Darío Villalta Baldovinos\*

### **I. Desarrollo Histórico desde el movimiento de Independencia de Centroamérica hasta la muerte de Morazán**

En la época de la colonia no se puede hablar de un Estado de El Salvador, al pertenecer al imperio español. Por tanto carecíamos de un territorio propio, de una población asentada en él y, sobre todo, de un poder político, detentado entonces por España. Administrativamente formábamos parte de la Capitanía General de Guatemala, la que a su vez se enmarcaba en el virreinato de Nueva España, con sede en México, que se vinculaba con la corona española.

En los primeros decenios del siglo diecinueve se gestan los sucesos que

culminaron con la ruptura del dominio colonial español.

En el fondo existían conflictos económicos y políticos entre criollos y españoles, a nivel del sector dominante, que a la postre culminaron con el triunfo de los primeros. Fue un movimiento de los estratos altos terratenientes que luchaban por sus propios intereses oligárquicos. Había que destrozarse el monopolio económico de España y su dominación política para crear las bases de un desarrollo autónomo de Centro América basado en la libertad de comercio e industria, y la liberación de la mano de obra, como principios básicos. No obstante las ideas propias de la Revolución Francesa, la independencia de los Estados Unidos de América y la Constitución de Cádiz que impulsaron a los insurgentes, en última instancia

\* Profesor de Teoría del Estado, Introducción a las Ciencias Políticas, Derechos Humanos del Departamento de Derecho Público.

habían intereses reaccionarios y netamente clásicas a nivel de la dirigencia. Ejemplo de ello es la calidad de terratenientes que la mayoría de los próceres mostraba<sup>1</sup>.

Las ideas revolucionarias cabalgaban sobre una realidad todavía feudal y estamentaria. Alrededor de este trasfondo, se desarrollan los movimientos de independencia.

Los sectores populares, mestizos, indios, mulatos y negros, protagonizaron, dentro de sus respectivas tendencias ideológicas, una agitación constante en contra de los españoles y a favor de la independencia que por momentos tuvo visos de rebelión generalizada, sobre todo en los levantamientos de 1811 y 1814. Pero siempre fueron manipulados por la táctica de los criollos que estimulaban sus manifestaciones para después amortiguarlas, presionando a las autoridades españolas. La falta de organización hizo que los levantamientos tuvieran un carácter espontáneo y explosivo, al que temían los mismos insurgentes

criollos. Por eso sería un error afirmar que solo los criollos y españoles participaron en el conflicto, en la base estaba un fermento revolucionario, sobre todo en los mestizos, que solo esperaban un verdadero líder político y militar para entrar en combate; lo que hubiera convertido a Centroamérica en un campo de batalla, como lo fue en el sur con Bolívar y en el norte con Morelos; más los ímpetus fueron calmados por los criollos para los cuales lo esencial era asegurar su predominio político.

El sacrificio de millares de indios y de mestizos solo apuntaló un nuevo escalón en el ascenso de criollos hacia el control general del Estado salvadoreño, y de Centro América en un amplio sentido.

El Plan de Iguala, el 24 de febrero de 1821, que implica la alianza de los defensores del absolutismo encabezados por Agustín Iturbide, con los insurgentes mexicanos, proclama la independencia de México.

<sup>1</sup> Del informe de don Antonio de Gutiérrez y Ulloa, Estado General de la Provincia de San Salvador, vemos la situación pudiente de la mayoría de los próceres; los cuales eran propietarios de haciendas añileras.

De los datos contenidos en el informe se traslada la siguiente lista, citada por el doctor Alejandro Dagoberto Marroquín en su apreciación Sociológica de la independencia Salvadoreña: a don Manuel José Arce y familia pertenecían las siguientes haciendas. San Lucas e Ychanqueso, en jurisdicción de San Salvador.

Al padre José Matías Delgado y hermanos Buenavista, en jurisdicción de San Salvador, y Santa Cruz, en jurisdicción de San Vicente.

A don José María Villacorta, la hacienda de Matayate, jurisdicción de San Salvador.

Al padre José Simeón Cañas y hermanos, Jalponguita y Paredes, en jurisdicción de Zacatecoluca.

A don Juan Vicente Villacorta, San Antonio jurisdicción de Zacatecoluca y Santa Cruz, jurisdicción de Usulután.

A don Antonio José Cañas, Quinta, jurisdicción de San Vicente.

A don Mariano Prado, Santa Catalina, jurisdicción San Vicente.

A don Juan de Dios Mayorga, Llanitos, San Felipe, San Francisco de Paula, todas en jurisdicción de Metapán.

Al padre Isidro Menéndez, El Pajonal, en jurisdicción de Metapán.

La enumeración anterior no es completa, pues en muchos partidos el informe de Gutiérrez omite los nombres de los propietarios. Sabemos, por ejemplo, que los Arce eran propietarios de las haciendas. El Trapiche, Sihuatán y San Diego, que no figuran en la relación anterior.

Este plan unifica, como reflejo en Centro América, a los sectores monárquicos y reaccionarios, con los criollos liberales. Todos convergían en un solo objetivo: la independencia de España.

Para comprender esa insospechada posición hay que resaltar que este Plan establecía la independencia de una manera transaccional: declara la independencia absoluta pero otorgando garantías suficientes al clero católico y a los españoles peninsulares, el sector más alto de la colonia; reconocía la religión católica "sin tolerancia de otra alguna"; al clero regular y secular le conservaba todos sus fueros y propiedades y a los peninsulares (los odiados gachupines) les concedía la ciudadanía y les garantizaba también sus "personas y propiedades"; finalmente, el Plan establecía, no un gobierno republicano, sino uno monárquico "templado por una constitución análoga al país". El trono se ofrecía a Fernando VII, o a cualquier otra testa coronada europea <sup>2</sup>.

Semejante programa tuvo la virtud de vincular posiciones divergentes: el sector absolutista antes pro-español, que temía el liberalismo proveniente de la madre patria a raíz del levantamiento liberal de Riego y Quiroga en 1820, que obligaban a Fernando VII a restablecer la constitución de Cádiz, por lo que había que salvar a Centro América del odiado liberalismo que, según ellos enfermaba a España; y por

otro lado el exaltado ideal independentista de los liberales. De esta forma, sin batallas espectaculares, sin derramamiento de una gota de sangre, parlamentariamente, se proclama la independencia de Centro América. Así el Capitán General de la Capitanía Gabino Gaínza, el 15 de septiembre de 1821, convoca a las autoridades y funcionarios públicos, en su palacio, para consultarles aspectos políticos, especialmente el caso Chiapas, perteneciente a Guatemala, que se anexó a México adhiriéndose al Plan de Igualta. La Junta que presidió el propio Gaínza, proclamó entonces la independencia de España. Uno de los firmantes del Acta, fue el Padre José Matías Delgado (1787-1832), miembro salvadoreño de la diputación provincial, que había animado los movimientos insurgentes desde 1811. San Salvador, jura la independencia el 21 del mismo mes.

Hubo un interregno a partir del Acta de Independencia. México propugnaba por mantener el predominio heredado del virreinato, tratando de someter a toda Centro América al imperio creado por Agustín Iturbide. El absolutismo de Iturbide en lucha contra las ideas liberales de la mayoría de los próceres. Se produce la invasión de las tropas mexicanas bajo el mando del General Vicente Filísola. El istmo se conmueve: México o Centro América. En última instancia la anexión a los Estados Unidos de América que resulta infructuosa. Una consulta organizada por Gabino Gaínza, dio por resultado la adhesión

<sup>2</sup> Marroquín, Alejandro Dagoberto, "Apreciación Sociológica de la Independencia Salvadoreña, Editorial Universitaria, UES 1964. San Salvador, Pág. 80.

de Guatemala a México, el 5 de enero de 1822; pero cuando los mexicanos recibieron en Gualcincse, la capitulación de San Salvador, cuyo ejército comandaba Manuel José Arce, el imperio de Iturbide sucumbió. Resulta un hecho significativo que el propio Filísola invitó a las provincias de la Capitanía General a enviar a sus diputados a Guatemala, para que la primera constituyente abriera sus sesiones el 24 de junio de 1823. Eligió como Presidente al Padre José Matías Delgado.<sup>3</sup>

La constituyente proclamó la total independencia, tanto de España como de México, el 1° de julio de 1823, y dio al país el nombre de Provincias Unidas de Centro América. En San Salvador, se proclama la nueva entidad política, no soberana, que se nominó Estado del Salvador y Juan Manuel Rodríguez asumió constitucionalmente su jefatura. Al proclamarse la primera Constitución Centroamericana (22 de noviembre de 1824), las provincias Unidas de Centro América se volvieron Federación de Centro América y Manuel José Arce (1787-1847), fue elegido Presidente.

Desde el principio los liberales y conservadores se enfrentaron en el Parlamento Federal. Y su encono hizo que se disputaran despiadadamente el poder, ya fuere Federal o de cada uno de los cinco Estados. Arce, el héroe defensor de la República contra el imperio mexicano, y uno de los principales artífices de la independencia de

Centro América, desprestigiado, se vio obligado a dimitir ante el embate de las bajas pasiones de los dos bandos contrarios.

Surge la figura del hondureño Francisco Morazán. (1792-1842), con una ideología liberal a ultranza. Al estallar la guerra civil, Morazán, con el auxilio de tropas salvadoreñas, especialmente, se impone a las circunstancias, y ocupa Guatemala (13 de abril de 1829), con duras represalias contra sus enemigos políticos.

El 16 de septiembre de 1830 fue elegido presidente de la Federación, enfrentándose a una situación compleja al no encajar la Federación con los localismos de los Estados Federados.

En El Salvador estalla una sublevación indígena encabezada por Anastasio Aquino que puso en aprietos al gobierno central de El Salvador.

Al final triunfan las tropas gubernamentales y Aquino es fusilado (1833).

Morazán es reelecto Presidente de la Federación por otros cuatro años (1834); la capital federal se trasladó de Guatemala a San Salvador.

La lucha entre liberales y conservadores continuaba desangrando a la Federación; las clases oligarcas de cada provincia o estado pertenecientes al sector conservador, pugnaban por una separación, con la excepción de El Salvador.

<sup>3</sup> Barón Castro, Rodolfo. Enciclopedia Metódica Larousse, Pág. 276. Edición 1979, México.

Desgraciadamente, las condiciones subjetivas y objetivas estaban lo suficientemente maduras para propiciar el error político más grande de la nación centroamericana. Por decreto dictado el 30 de mayo de 1838, el Congreso Federal dejó en libertad a los diversos Estados para constituirse según su voluntad: "son libres los Estados para constituirse del modo que tengan por conveniente, conservando la forma republicana popular representativa o división de poderes" (o sea que se disuelve la Federación de Centro América).

Fue el resultado final de un país empobrecido y en desorden, que no estaba preparado para la unión: Nicaragua se separó en 1838, y sucesivamente lo hicieron Honduras, Costa Rica y Guatemala.

El Salvador se convertía así en un estado solitario. Morazán termina su segundo mandato (1° de febrero de 1839), regresa de Guatemala a El Salvador tras una paz de compromiso y al llegar repele una agresión hondureño-nicaraguense, con el objetivo de destruir de una vez por todas al símbolo del unionismo centroamericano. Morazán derrota al general hondureño Francisco Ferrera y al nicaragüense Bernardo Méndez en la histórica batalla de la hacienda del Espíritu Santo (5 y 6 de abril de 1839). El Salvador que se mantenía dentro de la Federación, le elige Jefe del Estado en sustitución de Antonio José Cañas (8 de Junio).

El Salvador, bastión incansable del unionismo Morazánico, invade Honduras con tropas del general Trinidad Cabañas. Vuelve Ferrera y ataca nuevamente, derrotándolo Morazán en San Pedro Perulapán.

Los flancos de Honduras y Nicaragua estaban salvados por el momento, solo quedaba Guatemala, reducto ultraconservador y verdadera plaza fuerte en la cruenta guerra civil. Dominar Guatemala era reunificar Centro América por la fuerza de las armas. El resentimiento en la clase dirigente guatemalteca era notorio, recordando la derrota y las represalias de 1829.

Morazán tenía que enfrentarse en esta ocasión a Rafael Carrera (1814-1865), líder inculto con una intuición política y militar admirable, convertido en el caudillo del separatismo conservador, con un respaldo absoluto de las masas indígenas. Morazán se dirige a Guatemala en un camino de éxitos parciales, ocupando por segunda vez Guatemala (9 de marzo de 1840).

Carrera sitia Guatemala, cercando las tropas de Morazán. Este al ver la causa perdida se expatrió (5 de abril de 1840).

En 1841, El Salvador se declara soberano e independiente.

Morazán vuelve de su destierro, organiza sus tropas y toma el poder en Costa Rica. No obstante fue víctima de un motín popular y es ejecutado en San José el 15 de septiembre de 1842. Por

voluntad del Gran Caudillo, sus restos reposan en El Salvador desde 1849.

## **II. Relación Constitucional y Política sobre el origen del Estado Salvadoreño.**

El primer acto jurídico que se produce es el Acta de Independencia, el 15 de septiembre de 1821, redactada, magistralmente, por José Cecilio del Valle, sabio personaje salido de las filas del sector aristocratizante, por no decir monárquico; y fiel a su carácter moderado y enemigo de los cambios bruscos, refleja en el Acta su personalidad contraria a la declaración inmediata de independencia y a su vez, tomando en cuenta la coyuntura histórica que presionaba un cambio político decisivo; "Siendo la independencia del Gobierno Español, la voluntad general del pueblo de Guatemala..... El Señor Jefe Político la mande publicar, para prevenir las consecuencias que serían terribles, en el caso de que la proclamase de hecho el pueblo". La primera cláusula es un reconocimiento a la real voluntad del pueblo por alcanzar la independencia, a cualquier precio; y el temor del sector dominante ante el movimiento general de las masas, aspecto en que concordaban los criollos y monárquicos.

La cláusula segunda demuestra que no se quiere declarar de inmediato la independencia, remitiendo al Congreso que se convocará, para que este decida "El punto de la independencia general absoluta y fijar en caso de acordada, la forma de gobierno y ley

fundamental que deba regir". Tomando en cuenta esta disposición todo quedaba en suspenso; no pertenecíamos a España, pero tampoco nos independizamos; las autoridades españolas, incluyendo al Jefe Político, continuaron en el desempeño de sus cargos, tomando como base la Constitución de Cádiz (Cláusula 7° y 8°); se mantienen los privilegios de la Iglesia Católica y de sus sacerdotes; es decir se prolonga el statu quo.

Pero se creaba una Comisión Consultiva, con atribuciones imprecisas, con la inclusión en ella de reconocidos monárquicos-aristocráticos, como el propio José Cecilio del Valle, el marqués de Aycinena y el doctor Angel María Candina, que en la práctica no podrían limitar, por razones obvias, la autoridad del Capitán General. Hasta la cláusula décima el Acta no refleja ningún cambio fundamental en Centro América. En este momento es que estallan violentas manifestaciones populares de indios y mestizos, liderados por criollos como Barrundia, que en "calles, plazas, corredores y antejala" del palacio de Gobierno, atemorizaron a los congresistas. El pueblo exige la independencia y que el Jefe Político preste "Juramento de Independencia y fidelidad al Gobierno Americano que se establezca". La exigencia popular se concretiza y efectivamente el Jefe Político presta juramento al Alcalde Primero de la ciudad de Guatemala (cláusula 13ª). La exigencia popular determina la obligación de que preste análogo juramento, la Junta Provisio-

nal el Ayuntamiento y demás altas autoridades civiles y eclesiásticas.<sup>4</sup>

Así se logra la plena independencia, indicándose al pueblo como jurarla y se ordena la acuñación de una moneda única. En virtud de esta reforma la cláusula segunda del Acta queda anulada parcialmente, pues la independencia está acordada y jurada; el Congreso determinará únicamente la forma de gobierno y su ley fundamental.

La independencia de Centro América se proclama, pero falta la ley constitucional que le de vida jurídica al nuevo Estado.

El congreso Federal, con carácter de constituyente, reunido a instancias de Filisola, discutía la nueva Constitución.

Al mismo tiempo en San Salvador se reunió un Congreso que presentó no solo a los diputados de los pueblos de la Intendencia de San Salvador, si no también a los de la Alcaldía Mayor de Sonsonate -uno de estos, Manuel Romero, fue elegido Presidente- y proclamó la Constitución el 12 de junio de 1824, adhiriéndose a la futura Constitución Federal: y designándose "Estado del Salvador". El Poder Legislativo, al igual que el creado posteriormente por la Constitución Federal, no tenía las características de un sistema bicameral propiamente dicho. Para algunos autores era unicameral, para otros era un híbrido entre el sistema

uni y bicameral; y según otros era intermedio entre el Ejecutivo y el Legislativo. En todo caso el sistema bicameral es sui generis: la función legislativa la ejerce un Congreso; pero existe un Consejo Representativo encargado de sancionar las Leyes y de prestar su anuencia para la derogación de la ley.

El Poder Ejecutivo reside en el Jefe Supremo del Estado, quien para el despacho de los negocios públicos nombra un Ministro General. Se contempla la figura de un Vicejefe. El Poder judicial se confiere a una Corte Superior de Justicia y se otorga a los Alcaldes funciones judiciales.

Consagró por vez primera la independencia del Poder Judicial en los siguientes términos: "El poder Judicial es independiente de los otros dos: a él sólo pertenecen la aplicación de las leyes en las causas civiles y criminales" (Artículo 46). Estableció la elección popular de los jueces de la Corte Superior de Justicia y su destitución por acción popular (Artículos 47 y 53).

El artículo 1 expresa, que el Estado es y será siempre libre e independiente de España y de México y cualquier otra potencia o gobierno extranjero, y no será jamás patrimonio de ninguna familia o persona.

El artículo 3 declara que el Estado es libre, soberano e independiente, en su interior administración y gobierno.

<sup>4</sup> Marroquín Alejandro Dagoberto, Op. Cit. Págs. 82 y 83

Las demás constituciones estatales federadas fueron dictadas, la de Guatemala el 11 de octubre de 1825, la de Honduras el 11 de diciembre de 1826, la de Costa Rica, el 21 de enero de 1825, la de Nicaragua el 8 de abril de 1826.

El primer Congreso Federal promulgó el 22 de noviembre de 1824, una constitución escrita que creaba un Estado Federal. Se estableció que el nombre de la República será "Federación de Centro América".

Esta organizó un Poder Legislativo bicameral que residía en un Congreso y un Senado. La figura del bicameralismo en la Federación recibe las mismas críticas que ya se proporcionaron en el caso de la Constitución de El Salvador de 1824.

El Poder Ejecutivo residía en un Presidente y un Vicepresidente electos popularmente por cuatro años. El artículo 161 determina que cada uno de los Estados que la componen es libre e independiente en su gobierno y administración; y les corresponde todo el poder que por la Constitución estuviere conferido a las autoridades federales. Reconoce en su título X garantías de la libertad individual, donde se destaca el debido proceso.

En el título XI se recoge la libertad de pensamiento, la de la palabra, la de la escritura y la de la imprenta, el derecho de petición, libertad de tránsito, propiedad en función social:

hay libertad de reunión y secreto de correspondencia. Prohíbe las vinculaciones y dar títulos de nobleza, se impide el tormento, confiscación de bienes, azotes y penas crueles. Se libera a los esclavos.

La soberanía plena residía en la Federación de Centro América<sup>5</sup>.

La situación de El Salvador era similar a la que actualmente tienen California en los Estados Unidos de América, o Jalisco en los Estados Unidos Mexicanos.

Pero en la práctica, hubo un abuso del articulado que en las respectivas Constituciones conferían autonomía en lo administrativo y gubernativo. Cada Estado compartía su propio aparato coercitivo y un importante plantel de fuerzas armadas con los que le competían al Estado Federado.

5. El Estado Federal, llamado también compuesto o complejo, es una forma descentralizada. Los poderes políticos fundamentales están distribuidos en órdenes gubernativas diferentes. Están fundados por la unión de dos o más Estados, que pueden estar unidos en relaciones de coordinación, de subordinación o bien, de una combinación de ambas.

El Estado Federal es una unión de estados de derecho político interno, investida de soberanía, que forma una unidad política.

Características:

1. Surge de una Constitución;
2. Posee Soberanía, es decir, el poder supremo le corresponden;
3. Ejerce su poder sobre toda la población en forma directa, sin perjuicio del poder propio de los Estados miembros;
4. Su poder lo ejerce en todo el territorio, constituido como unidad, por la suma de los territorios de los Estados miembros;
5. Es sujeto de derecho internacional, con personalidad propia, no siéndolo los Estados que la conforman.

El fragor de la guerra civil entre conservadores y liberales, luchando por el control político de cada uno de los Estados y de la propia Federación, propició el caudillismo y los caciques locales, fomentadores del sentimiento separatista, cuyo ejemplo clásico es Rafael Carrera de Guatemala. Se produjo entonces la presencia de dos fuerzas en conflicto, unos manteniendo la República Federal y otros tratando de desintegrarla.

Los indios por otra parte, que apoyaron sin protagonismo los movimientos de independencia, bajo el comando de Anastasio Aquino en El Salvador recobran la conciencia de su propia identidad y fuerza; y al final son derrotados y su jefe ajusticiado. Económicamente las relaciones entre cada Estado no eran fluidas debido a la falta de infraestructura adecuada, lo que produjo el aislamiento entre un Estado y otro. No había un mercado general sino mercados locales, que impedían una integración económica, bajo un comando central.

El feudalismo era la relación de producción predominante, no obstante las prédicas liberales de las constituciones, especialmente la Federal. Desapareció la encomienda, pero se fortaleció la hacienda, el latifundio que fundamentaron intereses locales no regionales, que promovían la preservación de los privilegios de los sectores dominantes de cada Estado Federado. Esto fue reforzado por la repulsa de los nobles de Guatemala en contra del liberalismo, que preferían la

ruptura de la Federación antes que el sistema liberal triunfara y se consolidara en Guatemala.

Este caldo fue aprovechado y fomentado por las potencias internacionales, especialmente Inglaterra, los Estados Unidos de América y Francia. Geopolíticamente hablando Centro América es una de las zonas estratégicas más importantes del mundo. Permite el vínculo entre América del Norte y del Sur, es la llave del mar Caribe que propicia el control del Océano Atlántico; y su estructura geográfica es ideal para la conexión entre los dos océanos. Había que romper la unidad centroamericana, fomentar la lucha entre Estados Federados, estimular su debilidad y atraso para justificar una intervención y posterior colonización.

Todo este cuadro nos recuerda la poliarquía de la Edad Media. El Presidente de la Federación no detentaba un verdadero poder real, por lo tanto la soberanía solo existía en la Constitución no en la realidad política. Cada Estado Federado constituía un poder relativamente autónomo, jurídicamente, que tampoco tenía concreción por la pugna entre liberales y conservadores. No hubo monismo político, es decir centralización del poder según las diversas competencias, sino un verdadero dualismo de poderes que impedían la formación concreta de un Estado, en la concepción moderna de la palabra.

Para muchos, se hubiera logrado mayor cohesión a través de un

*gobierno fuerte centralizado y unitario, tipo Francia y España, evitando así la desintegración, aunque, parafraseando a Ortega y Gasset, corrimos el peligro de ser una Centro América invertebrada. Utilizar para el istmo la tesis de Maquiavelo para la Italia de su tiempo, que solo surtió efecto siglos después con Garibaldi. Podría ser, aunque esta teoría es discutible por las mismas condiciones socio-políticas de la Centro América de la época.*

*Ante esta crisis la única forma que encontraron en la coyuntura histórica existente, ante la anarquía predominante y el peligro de perder sus propios privilegios locales, fue la separación.*

*La figura del Estado Unitario<sup>6</sup> no era válida para toda Centro América, pero sí para los intereses económicos, sociales y políticos de cada una de las parcelas que formaban la Federación. De esta manera la forma de Estado Unitario no sirvió para constituir una sola nación, como en Inglaterra, Francia o España del Renacimiento, sino para desintegrarla.*

*El origen de los Estados centroamericanos, se fundamenta en líneas generales, en la necesidad de un aparato de dominación oligárquica, que evitara los peligros de un movimiento que excediera los marcos*

<sup>6</sup> El Estado Unitario. Esta forma de estado es centralizada y se conoce también como simple o monolítico. Los poderes fundamentales se hallan concentrados o reunidos en un solo núcleo de autoridad.

Todos los individuos se encuentran colocados bajo su soberanía, obedecen una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes.

*estrictamente políticos, profundizándose a un conflicto social de las masas desposeídas, que tuviera impredecibles consecuencias; ya había un atisbo de ello en la rebelión indígena de Anastasio Aquino.*

*En 1838, los diputados del Congreso Federal, ya llevaban mandato para crear el decreto que posibilitaría la disolución de la Federación de Centro América.*

*El 30 de mayo del mismo año se promulga un decreto escueto, pero con consecuencias desastrosas para la Federación: "Son libres los Estados para constituirse del modo que tengan por conveniente conservando la forma republicana popular, representativa y división de poderes". Se da la separación sucesiva de los Estados Federados, según el orden ya mencionado en este trabajo. Solo queda El Salvador, como portador de una llama a punto de apagarse. La guerra civil prosigue hasta la muerte de Morazán en San José Costa Rica en 1842.*

*Previamente, el 24 de julio de 1840, mediante decreto Legislativo, se fijan las bases de la Constitución que iba a promulgarse.*

*El 22 de febrero de 1841, es promulgada nuestra primera Constitución que nos dio un carácter de Estado Unitario, soberano e independiente, cuyo nombre era "Estado del Salvador".*

*Así el artículo 65 dice que "el pueblo del Salvador es soberano, libre*

*e independiente y le corresponde el derecho esencial y exclusivo de gobernarse así mismo, y de arreglar, modificar, reformar o variar su Constitución Política y administración interior cuando convenga a su bienestar”.*

*Esta Constitución fue reformada por decreto de 1843, siendo la enmienda más importante la que establece la modalidad de las reformas por decreto legislativo. De ahí en adelante tuvo reformas por legislaturas ordinarias los años 1846, 1847, 1849, 1852, 1853, 1859. En esta última reforma, aparte de ampliar el periodo presidencial de dos a seis años, se establece expresamente a El Salvador como Estado Soberano e independiente.*

*El artículo 1 determina el territorio: “El Salvador se compone de las antiguas provincias de San Salvador, Sonsonate, San Vicente y San Miguel. Tiene por límites al Este la Ensenada de Conchagua; al Oeste el río Paz; al Norte el Departamento de Chiquimula y el Estado de Honduras; y al Sur el Mar Pacífico”.*

*El artículo 2 señala la forma de gobierno: El Gobierno es Republicano, Popular Representativo y será ejercido por tres poderes distintos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial.*

*El Poder Legislativo estaba radicado en dos Cámaras. La de Diputados y la de Senadores. Hay un bicameralismo claramente establecido. El Poder*

*Ejecutivo se ejercerá por un Presidente; no contempla el cargo de vicepresidente, pero sí el de designados a la presidencia. El periodo presidencial es de dos años y prohíbe la reelección. Primer Presidente, el hondureño Juan Lindo.*

*El artículo 95 destaca la vocación centroamericanista que siempre le ha caracterizado al expresar: “El Salvador contribuye con todas sus capacidades y esfuerzos a la reorganización de la República de Centro América. La Constitución o pacto que se dicte en su consecuencia por la Convención Nacional, por una Asamblea o Congreso Constituyente o por cualquier otra autoridad legítima que emane del pueblo o de los Estados en capacidad de tales, formará parte de la del Salvador, para ser religiosamente cumplida y ejecutada después de obtener la ratificación de su Poder Legislativo. Pero si agotados sus empeños no se consiguiese aquella reorganización, continuará en el pleno ejercicio de su absoluta independencia y soberanía externa, erigiéndose en república hasta conseguir la reunión nacional”.*

*Confirió la calidad de ciudadano a los salvadoreños mayores de veintiún años, si concurría cualquiera de estas condiciones: ser padres de familia, cabezas de casa, saber leer y escribir o que tuviera propiedad que designaba la ley (artículo 5). Estableció las causas de suspensión de los derechos del ciudadano.*

*Se prohíbe que los mismos jueces actúen en diversas instancias (artículo 90).*

*La policía de seguridad no podrá ser confiada sino a las autoridades civiles en la forma que la ley establezca (artículo 88).*

*El nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, correspondía al Poder Legislativo.*

*En el título 16 se encuentran los derechos individuales entre los que se destacan la vida y la libertad para adquirir y disponer de sus bienes y para procurar su felicidad sin daños de terceros; libertad de expresión sin previa censura; libertad de reunión; el derecho de audiencia y el debido proceso; y libertad de tránsito. Además*

*consagró el juicio previo (artículo 76); proporcionalidad de las penas (artículo 79); juicio por jurado en los delitos de traición, rebelión y del orden público (artículo 85); y el de no poder ser llevado a dar testimonio contra sí mismo ni contra los parientes próximos y a su defensa en materias criminales. La esclavitud es abolida en El Salvador.*

*La Constitución de 1841 es la primera que le da carácter a El Salvador de Estado unitario, soberano e independiente; y el verdadero origen de nuestro Estado. Se consolida el poder político entendido como la fuerza de que disponen los representantes del sector gobernante para mantener un orden económico y social mediante una organización jurídico-política, ejercido sobre un territorio propio y una población determinada.*

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO PROCESO PENAL**

**Gilberto Ramírez Melara\***

### **INTRODUCCIÓN**

Mucho se ha dicho en nuestro medio sobre las medidas cautelares, se ha criticado constantemente por la prensa, el hecho de que se aplican por parte de los jueces dichas medidas, sin tomar en consideración que se trata de "delinquentes"; sin embargo, es menester aclarar que los jueces se deben a la constitución de La República y a las leyes de la misma, como lo dice el art.172 de nuestra Carta Magna, disposición que no debe obviarse cuando se invoca también el art.144 del mismo cuerpo legal, ya que es ahí en donde radica la obligación de los jueces en la aplicación de las Medidas Cautelares o Medidas Sustitutivas de la Detención.

### **I. ANTECEDENTES**

Si se habla de medidas cautelares, en particular, debemos entonces hacer

una mención histórica, pues el Derecho a La Libertad, forma parte de los llamados Derechos Civiles y Políticos (o de Primera Generación), los "que comienzan a perfilarse en los fueros castellanos, leoneses y aragoneses de los siglos XI y XII, que modelaron y regularon la autoridad del monarca e instituyeron algunas garantías personales, en la España medieval".

Entre los más destacados tenemos la primera parte del "Código Catalán", conocido con el nombre de "Usatges"(1604) y la Carta Leonesa (1188).

La Carta Magna otorgada por el Rey Juan Sin Tierra, el 17 de Junio de 1215 en Inglaterra, vino a constituir un reconocimiento por parte del poder público a los Derechos Humanos, convirtiéndose así en el más importante instrumento político escrito de su época.

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

Es a partir de todos estos documentos, vinculados en forma estrecha a los movimientos revolucionarios de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, de los siglos XVII y XVIII, que se inicia una etapa de reconocimientos y declaraciones, constituidas por dos afirmaciones fundamentales:

1. El individuo es dueño de una esfera de libertad personal, en la que no debe intervenir el Estado,

2. La actividad del Estado debe estar sometida a normas jurídicas precisas, a efecto de limitar el ejercicio del poder y así garantizar una vigencia plena de los Derechos Humanos.

Dicho de otra manera, los mencionados derechos deben ser respetados, pues son inherentes a la persona, ya que nacen con él, son naturales a él y lo que es más importante aún son anteriores y superiores al Estado, por lo que éste no los crea sino que los debe reconocer.

## **II. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN NUESTRO PAIS**

Así las cosas, aún cuando los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran aprobados desde hace ya algunos años en nuestro país no es sino hasta el año de 1996, a mediados del mismo, que se empiezan a sustituir las detenciones por otras medidas con el objeto de garantizar la comparecencia de los procesados al juicio, siendo dicha aplicación en una forma tímida por

parte de los juzgadores. Se empieza entonces a darle una verdadera vigencia a dichos tratados a través de lo establecido en el art.144 de la Constitución de La República; posteriormente con el nuevo ordenamiento penal, a través de la ley adjetiva, se plasma en el Libro Segundo, Título I en el capítulo VIII, con el acápite "**MEDIDAS CAUTELARES**", el art.295 pr.pn., dándole vigencia a la aplicación de "Medidas Sustitutivas a la Detención" contenidas en **EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS** en su art.9.3 inc.2° y **LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS** art.7.5, disposiciones que en resumen establecen **QUE LA LIBERTAD DE UNA PERSONA PUEDE ESTAR SUPEDITADA O CONDICIONADA A GARANTÍAS QUE ASEGUREN LA COMPARECENCIA DEL PROCESADO EN EL JUICIO.**

1. A este respecto es importante decir que aún cuando la detención no debe ser la regla general, esta podrá adoptarse siempre y cuando concurren los presupuestos de la misma, siendo éstos los siguientes: el "periculum in mora"-también llamado "peligro de fuga", constituido por diversas circunstancias como son haber producido alarma social, la frecuencia con que se cometen hechos análogos y por otra parte la gravedad del delito cometido.
2. El "fumus boni iuris"-también llamado apariencia de buen derecho- que no es más que la existencia de los elementos

objetivos y subjetivos del delito, dicho de otra forma que existan elementos de convicción suficientes para sostener, que el procesado es probablemente autor o participe del hecho que se le impute, como lo dice el art. 292 pr.pn.

Sobre la base del respeto que debe tenerse de las garantías fundamentales de las personas, tales como la libertad y la presunción de inocencia, se impone el derecho del procesado a sustituirle la detención por cualquiera de las contempladas en el art.295 pr.pn. Pero debe tomarse en cuenta lo contemplado en el art.294 pr.pn. Es decir debe considerarse que no exista peligro de fuga, demostrando que existe arraigo de la persona y la inexistencia de elementos que puedan indicar entorpecimiento de la investigación, con esto se estaría; cumpliendo con la finalidad de evitar la frustración del proceso

### **III. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

De acuerdo con FENECH, los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio, los primeros también son llamados actos cautelares personales y los segundos actos cautelares reales.

#### **1. Las Medidas Cautelares Personales**

Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia

del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, para garantizar su comparecencia ante el juez y así evitar su inasistencia y consecuente frustración del proceso.

El principal problema que plantea este tipo de medidas es lograr un punto de equilibrio entre dos intereses contrapuestos en el proceso penal; por una parte el respeto a los derechos del imputado (a la libertad, contemplado en el art.2 de La Constitución de La República), y la eficacia en la represión de los delitos como medio para que se restablezca el orden y la paz social. Es por esta razón que la libertad debe ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, pues ello entraría en pugna con la naturaleza cautelar de la medida.

#### **2. Las Medidas Cautelares Reales o patrimoniales**

Estas tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal.

En nuestro medio el art.295 pr.pn. Plantea en su redacción como medidas de carácter personal las establecidas en los ordinales 1 al 6; y como medidas de carácter patrimonial cualquiera de las circunstancias del ordinal 6.

## IV. CONCLUSION

En Nuestro medio más parece que la prisión debe ser la regla general, pues el juzgador se ve en algunas veces obligado a garantizar alguna medida que el poder del Estado no sea socavado, por los altos índices delincuenciales, llegando en alguna medida a invocar, en ocasiones, la privación de libertad, aún en aquellos delitos que

perfectamente pueden gozar del beneficio de una sustitución de tal medida, ya sea por no existir indicios de responsabilidad o bien por considerar que la detención no es proporcional al delito que se ha cometido, es decir que la detención adoptada en esa forma, viene a ser una forma represiva del Estado a través de los jueces, para demostrar el imperium de que goza.

## BIBLIOGRAFIA

- Derecho Procesal Penal, José María Asencio Mellado, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, primera edición.
- Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Alejandro D. Carrio, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina. tercera edición, primera reimpresión.
- Lecturas Sobre Derechos Humanos, Publicación de ONUSAL Y PDDH. Artículos: Génesis y origen de los Derechos Humanos (Dr. Jorge Antonio Giammatei Aviles); La Cuestión de los Derechos Humanos en El Salvador(Dr. José Luis Lovo Castelar); Los Derechos Fundamentales y su Desarrollo Histórico Constitucional en El Salvador(Dr. Alvaro Magaña); Constitución y Derechos Humanos(Dr. Francisco Bertrand Galindo); La incorporación de Las Normas Internacionales en la legislación Interna (Dr. Victor Hugo Mata Tobar); La Responsabilidad de los jueces en la Aplicación de la Normativa Internacional sobre Derechos Humanos (Dr. José Enrique Silva).
- La Prisión Provisional, José María Asencio Mellado, Editorial TIRANT LO BLANCH, Valencia España, primera edición.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, Fco. Peláez Sanz y Juan Miguel Bernal Neto. (artículo publicado en "noticiasJurídicas.com, Derecho Español en Internet.

## **EL DERECHO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN ENTRE DOS ERAS**

**Carlos Fernández Sessarego\***

### **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN LA CRISIS EN LA LITERATURA JURIDICA**

En la literatura jurídica de las últimas décadas encontramos que, periódicamente, algunos notables pensadores se han referido a una supuesta crisis del derecho. Recordemos que años atrás los más importantes exponentes de la cultura jurídica italiana del momento se reunieron en un Congreso en la Universidad de Padua, dedicado al diagnóstico y al análisis de tal crisis. Estuvieron presentes en aquella oportunidad renombrados juristas como Capograssi, Carnelutti, Calamandrei, Ravá, entre otros. Por lo demás, es también famoso y citado el ensayo que sobre el tema escribiera José Castán Tobeñas.

Los hombres de derecho del presente siglo han formulado diversos planteamientos, no siempre completos y acabados, con la pretensión de dar cuenta y razón de este singular fenómeno. Ellos la ubican en el tiempo, se pronuncian sobre sus síntomas y caracteres, ensayan hipótesis sobre sus causas, indagan por sus inicios, aventuran predicciones sobre sus proyecciones, evalúan su profundidad y alcances. No obstante, no hallamos entre los juristas una posición homogéneas sobre tan variados tópicos.

La ausencia de unanimidad de pareceres sobre los resultados de la investigación que han emprendido en torno a los múltiples aspectos que involucra la crisis del derecho, hace que ella se constituya en un problema. Resulta ser una cuestión que necesita de alguien que la piense, que la estudie

\* Tomado de: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Los Andes, Venezuela, 1993, pp 217-229. Director del Centro de Investigación jurídica, Universidad de Lima Perú.

y para quien exista. El problema exige, con urgencia y premura, saber "algo" o compaginar verdades discordantes.

## **II. La crisis como problema: Su concepto**

El primer y fundamental problema que se presenta al respecto es el de precisar los alcances del concepto mismo de "crisis". Se sostiene, con frecuencia, que esta noción significa una ruptura dentro de la normal evolución de un determinado proceso histórico. Ruptura que, obviamente, responde a previos cuestionamientos y que genera, como inexorable secuela, cambios de diversa magnitud en cualesquiera de las actividades de los seres humanos o en la entera civilización.

La actitud crítica conduce y obliga a un replantamiento de supuestos, de principios y de dogmas, con la definida tendencia a redimensionarlos, superarlos o sustituirlos por otros. La crisis constituye, por ello, un momento decisivo en el cual produce una confrontación con una verdad admitida, lo cual exige una reflexión cautelosa por lo mucho e importante que está en juego.

La crisis deviene así en la ruptura de una cierta concepción del mundo, de un determinado orden de ideas o sistema de principios, de un preexistente estado de cosas que desemboca, ineludiblemente, en la formulación de nuevos postulados y, por consiguiente, en inéditos comportamientos, los que

conllevan cambios profundos, de considerables proporciones, que abren nuevas perspectivas en el devenir histórico.

La crisis no se erige en un estado permanente, sino que se desenvuelve en lapsos más o menos prolongados. En la historia de la humanidad se observan períodos de cierta estabilidad y de relativa duración seguidos de otros en los que la crisis se hace presente.

No todo cuestionamiento y consiguiente cambio origina una crisis. Para que se pueda hablar de crisis se requiere asistir a un proceso de hondas rupturas y de transformaciones de notoria magnitud que incidan en el acaecer de la humanidad. Las rupturas y las transformaciones son situaciones normales en cualquier sociedad, por el simple hecho que la vida misma es proyectiva y dinámica. Todo cambia, todo se transforma. Pero, para sostener que nos enfrentamos a un estado de crisis es imprescindible que tales cambios sean significativos y decisivos en la historia de los pueblos.

## **III. La crisis del mundo contemporáneo: Su integralidad**

La crisis actualmente emerge como un proceso continuo, a menudo contradictorio y conflictivo. Los cuestionamientos, las rupturas, las transformaciones, se suceden a gran velocidad. Como algún autor nos lo recuerda, "la aceleración y el carácter

acumulativo del progreso técnico hacen conscientes, en una sola generación, experiencias y cosmovisión que requerían antaño decenas o centenas de vidas sucesivas". Las exigencias de la vida conducen a repensar antiguos planteamientos para adecuarlos al ritmo del veloz acontecer. El jurista, regulador de conductas inéditas y deshacedor de conflictos, se halla envuelto y comprometido con la crisis que afecta a la ciencia jurídica.

Son escasos los pensadores que dudan que el mundo contemporáneo esté en crisis. Como con acierto lo anota Bunge, el siglo XX parece ser el "más denso en cambios profundos de todo tipo, muy pocos de los cuales fueron pronosticados, ya sea por científicos o por adivinos". No es este el lugar ni la ocasión para hurgar en las causas de la crisis -que son plurales- o en buscar su razón de ser. Es para todos evidente que en este siglo se advierte una aceleración significativa, constante y sostenida del proceso de evolución permanente, lo que hace que nuestro tiempo esté signado por la novedad, la movilidad y la incertidumbre.

La crisis a la que asistimos es integral. Compromete de raíz a la humanidad. Como lo señala Castán Tobeñas, en coincidencia con Jaspers, las anteriores crisis fueron presumiblemente menos extensas y radicales que aquella en la estamos sumidos. Para el autor hispano la actual, en cambio, "marca un período de transformación que se puede calificar de

revolucionario, más profundo que ninguno de los que en la historia moderna le han precedido".

La crisis por la que atraviesa la humanidad es de tal magnitud que todo hace suponer que estamos por abandonar una era para ingresar a otra. Es probable, sin embargo, que los que compartimos esta intuición no coincidamos cuando se trata de precisar el instante en que se inició este proceso y, menos aún, en qué momento del mismo nos encontramos. Como anota Fromm, es difícil localizar nuestra exacta posición en el arco de la historia.

No obstante lo expresado, y a pesar de que la crisis constituye un proceso de larga gestación, que a menudo transcurre inadvertido, nos atreveríamos a señalar el período que corre las dos últimas guerras mundiales como aquel en que la crisis se evidencia fundamentalmente a través del pensamiento de un extraordinario grupo de pensadores y filósofos que, acicateados por los estragos de la conflagración bélica, buscan afanosamente nuevos horizontes para la humanidad.

Si bien la humanidad se mueve, con contradicciones, retrocesos y dificultades, hacia un mundo signado por el humanismo, se hace patente que aún no hemos ingresado, plena y definitivamente, en la nueva era que vislumbramos. Estamos apenas atravesando el amplio, impreciso y difuso umbral que nos hace permitir acceder

a un nuevo tiempo histórico. Como señala el propio Fromm, la humanidad se está dirigiendo hacia un nuevo tipo de sociedad de la cual "ahora vemos solo el inicio y que rápidamente, se está acercando". Por todo ello nos atrevemos a sostener que asistimos a un momento de transición entre dos tiempos históricos.

#### **IV. El contexto de la crisis y la Filosofía de la existencia**

La era que avizoramos no ha de ser solo el resultado de las transformaciones a las que nos lleva el vertiginoso y deslumbrante desarrollo de la ciencia y de la técnica, que debe ser puesta al servicio del ser humano, sino también, y en gran medida, el producto de los reclamos y de las urgencias sociales puestas de manifiesto a partir del siglo XIX. Pero, no por último es menos importante considerar los ricos y esclarecedores aportes generados como consecuencia del espectacular vuelco experimentado por el pensamiento filosófico a raíz de los desgarramientos y atrocidades que comportaron las guerras mundiales desatadas en el presente siglo.

Es ocioso referirse a los prodigiosos avances científicos y tecnológicos. Ellos nos impresionan cotidianamente. Lo mismo puede decirse de las acuciantes exigencias sociales de todo orden, con particular incidencia en la búsqueda de mayores espacios de libertad, participación a nivel de decisiones, moralidad en el manejo de la administración pública, igualdad

real, justicia y paz. El surgimiento y la crisis del marxismo y la constante erosión del gélido capitalismo dentro de un proceso por otorgarle "rostro humano", la defensa de los derechos humanos, constituyen hechos que comprueban este aserto.

De otro lado, la estructura del Estado moderno es cuestionada en diversas latitudes. La soberanía se limita cada vez más dentro de un proceso de integración que tiende a la desaparición de las fronteras cuando están en juego los valores fundamentales de la persona humana.

No obstante, son pocos los que advierten la trascendencia del pensamiento filosófico como uno de los factores decisivos de la crisis en la que nos hallamos inmersos. La filosofía de la existencia cuestiona y se aleja radicalmente del clásico enfoque de la Metafísica, mediante el cual se trataba, con esterilidad de resultados, evidenciar el ser de las cosas. Por el contrario, la filosofía de la existencia tiene el indiscutible mérito -no suficientemente valorado hasta hoy- de iniciar una seria y provechosa reflexión ya no sobre el ser de los objetos sino sobre el ser mismo del hombre.

El radical vuelco de la filosofía permite mostrar la estructura del ser humano como la de un ente libre y coexistencial. Se ponen de manifiesto inéditas facetas que facilitan una cada vez mejor comprensión de la complejidad de la persona. Aunque el conocimiento del ser humano es y será

inagotable, los aportes de la filosofía de la existencia contribuyen de modo notable a este propósito. Como consecuencia de sus aportes es posible fundamentar una certera crítica al individualismo, al patrimonialismo y al unidimensionalismo jurídicos. Se abre así una nueva era para el derecho.

El escueto panorama que hemos trazado, como antecedente insoslayable si se pretende abordar la crisis del derecho, resulta ser el contexto en el que se desenvuelven los esfuerzos destinados a sustentar los nuevos fundamentos de la ciencia jurídica. Estos remozados supuestos han propiciado un repensamiento a gran escala de las construcciones jurídicas heredadas de la dogmática tradicional, en particular aquellas elaboradas por la pandectística.

## **V. La crisis del Derecho**

Como es obvio, nuestra principal preocupación es conocer los probables alcances y repercusiones de la crisis en el ámbito jurídico. A este respecto se suele sostener por la generalidad de los autores que han tratado el asunto, que la crisis del derecho es el reflejo de otras crisis, de mayor envergadura y amplitud, como es la que envuelve al mundo contemporáneo. En este sentido se pronuncian, entre otros, Castán Tobeñas y Ravá. El jurista Argentino Manuel A. Laquis escribía, no hace mucho, que todo estudio de la crisis del derecho es infecundo si no se liga con los movimientos de carácter social que afectan al mundo moderno, los

mismos que han influido en el derecho.

Nosotros disentimos de esta vinculación de causa a efecto entre la crisis de la humanidad y la que padece el derecho. El planteamiento del cual discrepamos se ha elaborado, a nuestro entender, a expensas de una unidimensional concepción formalista del derecho, entendida ésta como aquella que lo reduce simplemente al aparato normativo, es decir, al ordenamiento jurídico positivo. Esta óptica constituye, desde nuestro punto de vista, un equivocado enfoque impuesto por el positivismo que considera que el derecho es sólo exclusivamente la ley, la norma jurídica escrita.

Como es notorio, corresponde a Hans Kelsen el haber llevado el formalismo a su más depurada elaboración, al desarrollar una magistral teoría de la vertiente formal-normativa del derecho. No obstante el brillo y el rigor de su discurso, Kelsen llega a una conclusión extrema y excluyente al desechar tanto a la vida humana social como a los valores en ella vivenciados como ingredientes del derecho, a los que calificó de meta-jurídicos.

Como es sabido, a fines de la década de los 40 e inicio de los 50, simultáneamente en el Brasil y en el Perú, se reaccionó contra esta formulación unidimensional del derecho y, principalmente, contra la conclusión a que arribara Kelsen, luego de su

coherente exposición sobre la dimensión formal de lo jurídico. En estos dos países surgió, a partir de diversas fuentes e inspiraciones y con distinta fortuna, la Teoría Tridimensional del Derecho.

Esta teoría, después de un explicable período de desconcierto, ha sido paulatinamente aceptada por la generalidad de los autores quienes encuentran en ella una respuesta capaz de ofrecer una comprensión total del fenómeno jurídico. Para el tridimensionalismo el derecho es el resultado de la interacción dinámica de tres elementos, la ineludible conjugación de tres dimensiones, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. El derecho, para los que propugnamos esta explicación de lo jurídico, no se agota en ninguna de estas tres dimensiones pues, si bien no se puede prescindir de alguna de las mismas, tampoco es posible limitarlo a solo una de ellas. No hay derecho sin la simultánea dinámica presencia de conductas humanas intersubjetivas, normas y valores.

Cabe añadir a lo dicho, por ser de extrema importancia para la comprensión global de lo jurídico, que el derecho es una exigencia existencial por lo que integra la estructura misma del ser humano en cuanto ente de naturaleza coexistencial. De otro lado, y como consecuencia de lo dicho, es del caso también señalar que, si bien no se puede dejar de lado alguna de tales dimensiones, la vida humana social constituye el elemento primario

del derecho. Sin vida humana carece de sentido referirse a la valoración y a la normatividad.

No es esta la oportunidad para extendernos en una mayor caracterización de esta teoría de lo jurídico, la misma que guarda correspondencia con la experiencia e ilumina la totalidad del fenómeno jurídico. Baste expresar, en apoyo de lo dicho, que ella no se reduce a una mera construcción conceptual, desligada de la realidad, sino que es de aplicación constante en el intento de esclarecer la estructura de las instituciones jurídicas. Es por ello que encuentra concreción normativa en la parte correspondiente a la persona jurídica del Código Civil peruano de 1984.

Si el derecho no se agota ni se reduce a lo formal normativo sino que, al mismo tiempo, está integrado por la vida humana social y por los valores, no tiene sentido afirmar que la crisis jurídica es un "reflejo", de la crisis general que agobia al mundo contemporáneo. La crisis de la vida social es, de suyo, la crisis del derecho en cuanto ella, como se ha sostenido, es la dimensión primaria del derecho. El derecho es vida o no es.

La crisis, que incide en la costumbre, origina de hecho una modificación en el comportamiento jurídico, el mismo que concluye concretándose en el nivel de la legalidad. De ahí que la crisis del derecho, en tanto éste es primariamente vida humana social no es,

como generalmente se suele expresar, un mero "reflejo" de la crisis general sino que ella se presenta conjunta y simultáneamente con ésta última.

La crisis general, que es también crisis del derecho, repercute, más tarde o más temprano, en el ordenamiento jurídico positivo. Mientras ello ocurre, debemos interpretar los nuevos fenómenos derivados de la crisis recurriendo a los principios generales del derecho, a las cláusulas generales y abiertas que permiten a los jueces resolver conflictos en ausencia de expresa norma jurídica escrita. De otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, si la hubiere, contribuyen, en este caso, a facilitar la delicada tarea del juzgador.

Es comprensible que para los juristas formalistas, que equiparan y confunden "derecho" con "ley", se deba considerar que la crisis general solo ingresa al derecho cuando se genera una nueva legislación reguladora de los nuevos fenómenos que ella comporta.

## **VI. Alcances de la crisis del Derecho**

La crisis del derecho compromete sus supuestos. El humanismo o personalismo jurídico, que signa nuestro tiempo de crisis, erige al ser humano en el centro de su preocupación e interés. Es en este planteamiento, conjuntamente con los reclamos de la realidad social y las nuevas tecnologías, que debemos encontrar la clave

de lectura de lo que ha de ser un nuevo modo de concebir y de hacer derecho.

Mientras que desde Boecio se definía al ser humano como el "individuo de sustancia racional" privilegiando de este modo uno de sus ingredientes síquicos, la jusfilosofía, retomando el pensamiento cristiano, presenta al ser humano en su bidimensionalidad como siendo al mismo tiempo, de un lado, individuo radicalmente libre y, por ende, estimativo, creativo y proyectivo, idéntico a sí mismo, único e intrasferible y, del otro, como un ser coexistencial, que necesita de los "otros" para ser. Es decir, como un ser estructuralmente social.

Este planteamiento, por ser fundamental, origina una lógica y necesaria radical revisión de la institucionalidad jurídica en su conjunto. El tránsito de una era a otra de diverso signo conlleva la superación, total o parcial, de aquellos institutos ahora vigentes para modificarlos, sustituirlos o redimensionarlos de conformidad con los nuevos postulados.

Hacer del hombre el centro de la reflexión jusfilosófica equivale a considerarlo, un fin en sí mismo y no un mero instrumento. A esta posición se le conoce como humanista.

Una visión humanista conduce a un redimensionamiento de los fundamentos tradicionales del derecho como son, de un lado, el individualismo exacerbado y, del otro, el

patrimonialismo extremo. Pero, al mismo tiempo, obliga a superar, por insuficiente, toda explicación unidimensional del derecho como lo pretenden el jusnaturalismo, el formalismo positivista y el sociologismo realista. A esta última finalidad contribuye, de modo decisivo, el tridimensionalismo jurídico.

### **VI.1 Redimensionamiento y superación del unidimensionalismo, del individualismo y del Patrimonialismo Jurídicos**

La era que paulatinamente estamos abandonando está dominada por el pensamiento individualista que, recogido por el derecho, hace abstracciones de lo social, margina a los demás. Para el individualismo el ser humano está encerrado en sí mismo, asomado a su ego, incomunicado, encloastrado en un superlativo egoísmo. La clásica concepción del derecho subjetivo se fraguó, precisamente, como un exclusivo poder de su omnimoda voluntad. En la dimensión contractual esta posición se reflejaba en la más absoluta autonomía de ésta misma singular voluntad. El derecho se concebía al servicio del individuo con casi absoluta prescindencia de los "otros" con los cuales cada ser humano "realiza" su vida, cumple su proyecto existencial.

El patrimonialismo, que guarda sustancial coherencia con el individualismo, antepone la protección del haber de cada uno sobre el derecho de

los demás seres humanos en cuanto tales. Se privilegia la protección de las cosas, que son meros instrumentos, sobre la tutela de la persona humana. El "haber", dentro de esta dimensión, vale más que el "ser".

La concepción humanista, bajo cuya influencia ha de discurrir la nueva era hacia la cual estamos encaminándonos, redimensiona los excesos de un individualismo desenfrenado, que afirma descomedidamente el "ego" con desmedro del "nosotros", y de un patrimonialismo que hace de las cosas fines en sí mismas. Es indudable que no podrá jamás negarse o desconocerse la pretensión de cada cual a realizarse como individuo, a afirmar su identidad personal, ni tampoco podrá soslayarse la racional protección del patrimonio, que es indispensable para esta realización personal. Lo que se trata es, de un lado, conciliar el derecho de cada cual con el de los demás dentro del bien común y, del otro, privilegiar la tutela jurídica del ser humano sobre la del patrimonio instrumental.

### **VI. 2 El Replanteo de la Institucionalidad Jurídica.**

La crisis de supuestos nos conduce a la luz de un humanismo personalista, como está dicho, a un profundo, detenido y amplio repensamiento de numerosos conceptos e instituciones jurídicas.

Dentro de esta nueva óptica, como tema central, la tutela preventiva,

unitaria e integral del ser humano dentro del contexto social. No puede perderse de vista que él constituye un fin en sí mismo, que es el creador y el protagonista del derecho.

El privilegiar la protección de la persona humana, en una dimensión de coexistencialidad, supone dejar de lado los criterios y las técnicas tradicionales hasta ahora empleadas, las mismas que la concebían como un objeto más y no como el sujeto del derecho. El mostrar la especial calidad ontológica del ser humano ya puesto de manifiesto que tales criterios y técnicas, válidas para la tutela del patrimonio, no pueden ser aplicadas para su protección.

La calidad radical de ser libre que ostenta la persona humana hace de ella un ser proyectivo, lo que la convierte en un ser impredecible. El ser humano, a diferencia de las cosas del mundo, no es algo acabado, terminado, inmóvil, inanimado. La complejidad de su estructura, la multiplicidad de intereses que le son inherentes, su eterna capacidad creativa, hace del todo imposible protegerlo sólo a través del conjunto de normas que integran un determinado ordenamiento jurídico positivo. De ahí la importancia que asumen las cláusulas generales y abiertas, como la del artículo 4 de la Constitución peruana de 1979, que tutela no sólo los derechos subjetivos reconocidos expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, sino cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona humana.

### **VI.3 Revisión crítica del concepto de Propiedad y de la Clasificación del Derecho en Público y Privado.**

Algunos conceptos e institutos de la ciencia jurídica han sido ya materia de revisión crítica a la luz de los nuevos supuestos suministrados tanto por el personalismo como por el tridimensionalismo jurídicos. Ello está ocurriendo, de modo casi natural, conforme los juristas dotados de una sólida formación teórica han ido tomando conciencia de los nuevos fundamentos que deben sustentar la estructura de la ciencia del derecho. Dichos conceptos e institutos, en cierta manera, constituirían la avanzada de la nueva era.

No es difícil identificar algunos de dichos conceptos e institutos. Sin pretender agotar su enumeración podemos citar, entre ellos, los conceptos de derecho público y derecho privado, derecho subjetivo, sujeto de derecho, propiedad, abuso del derecho, autonomía de la voluntad, persona jurídica. En proceso de revisión se encuentra, como es sabido, el instituto de la responsabilidad civil. Estimamos, además, que muy pronto la atención de los más lúcidos juristas someterá a análisis tanto el concepto mismo de acto jurídico como la cuestión relativa a la capacidad.

La noción de propiedad, tal vez por ser clave dentro de la ciencia jurídica en cuanto representativa de valores tradicionales, fue la primera que

evolucioó desde una posición en la que se le consideraba como un derecho absoluto, inviolable y sagrado, hacia aquella que lo concibe como un derecho en función social. Es decir, se cumplió con adecuarla a la realidad misma del ser humano que, como lo hemos subrayado, no es solo individuo singular sino que también es, simultáneamente, un ente coexistencial.

Junto con la propiedad fueron materia de reflexión los conceptos de derecho público y derecho privado. Ellos, también en atención a la estructura bidimensional del ser humano, dejaron de ser absolutamente contrapuestos. En efecto, no cabe formular una distinción tajante entre el interés personal y el interés del sujeto, ambos simultáneamente presentes en la vida de todo ser humano. Por ello, en toda situación jurídica subjetiva, coexisten ambos intereses aunque en ciertos casos prevalezca el uno sobre el otro. Puede concluirse recordando que todo lo que interesa a la parte repercute, en alguna medida, en el todo y, a la inversa, lo que interesa al todo, también con diferente intensidad, interesa a la parte. En síntesis, la aprehensión de la coexistencialidad connatural al ser humano ha despojado a esta clásica clasificación, de su sustento ontológico para devenir en un concepto auxiliar de índole predominantemente didáctico.

#### **VI.4 Reformulación de la Subjetividad Jurídica**

El concepto tradicional de derecho subjetivo, entendido como "poder de voluntad" o como "interés jurídicamente tutelado", ha resultado insuficiente y diminuto por lo que ha sido redimensionado dentro de los alcances de la intersubjetividad del derecho, la misma que se sustenta en la dimensión coexistencial del ser humano. En efecto, ha quedado comprobado que no existe derecho subjetivo absoluto en cuanto el ser humano no se comporta como un ente aislado sino como uno comprometido con el interés de los demás. De ahí que se haya elaborado una noción más rica y completa, en correspondencia con esta realidad de la vida, la misma que se suele designar como "situación jurídica subjetiva".

Todo sujeto jurídicamente situado no solo tiene derechos e intereses sino que está simultáneamente sometido a deberes. Estos surgen tanto de la naturaleza misma de todo derecho subjetivo pero pueden también derivar de los principios generales que obligan a todo sujeto que ejercita o deja de usar un derecho a respetar el derecho o el interés ajeno. Es decir, todo derecho subjetivo comporta un cierto deber; así lo tocante a esta última hipótesis, en los derechos del deudor, los mismos que recientemente están mereciendo la atención de ciertos autores.

*Las necesidades que emergen tanto de la realidad como de la técnica jurídica han obligado también a los hombres de derecho a distinguir conceptualmente lo que antes se confundía en una misma noción. Nos referimos a los conceptos de sujeto y persona. Entre ellos existe una diferencia formal de género a especie en tanto que en el primero no solo aparece esta última, ya sea como natural o jurídica, sino que también se involucra al concebido y a la organización de personas no inscritas.*

*Las designaciones de persona natural y persona jurídica conservan su identidad tradicional como especies dentro de la más amplia connotación de sujeto de derecho. Es importante anotar, sin embargo, que esta distinción conceptual y lingüística no se traduce en la raigal dimensión ontológica, ya que a cualquiera de aquellas categorías de sujeto de derecho corresponde siempre, y sin excepción, un mismo ente como es el ser humano. Esta situación se refleja en el Código Civil peruano de 1984 que se constituye en el primer cuerpo legal que la recoge y regula.*

*Como no podía ser de otra manera, la discutida figura del abuso del derecho ha dejado el ámbito de la licitud, en el que se le había confinado por el individualismo al considerarlo tan solo como un exceso, descomedimiento o irregularidad en el ejercicio de un derecho, para calificársele como ilícito sui generis que supone el incumplimiento de un deber genérico*

*de respeto de un interés ajeno de naturaleza patrimonial. La evolución histórica de la institución del abuso del derecho nos permite comprender mejor las rupturas y los cambios que se vienen produciendo en una época de transición a una nueva era.*

*La insuficiente y limitada concepción formalista de la persona jurídica, que la presenta tan sólo como un mero centro ideal de referencia para la imputación de situaciones jurídicas subjetivas, ha sido superada gracias a la contribución de la teoría tridimensional del derecho. Ella ha permitido poner al descubierto la completa trama estructural de la persona jurídica mostrándola no solo en su dimensión formal normativa sino como, primariamente, una organización de personas que, a través de una actividad común, persigue una finalidad valiosa.*

*La persona jurídica se estructura como la interacción dinámica de la vida humana social, representada por la organización de personas que real y efectivamente la integran y actúan, de los valores jurídicos ínsitos en la finalidad escogida y vivenciada en la sección común de sus miembros y de la normatividad que la regula con el propósito de lograr, por un proceso de abstracción mental, reducirla a una unidad puramente ideal para el plural efecto tanto de facilitar la imputación de situaciones jurídicas a un centro de referencia como para obtener una relativa limitación de responsabilidades y para diseñar su organiza-*

ción y gobierno. De este modo se supera una innecesaria ficción y se evita recurrir a subterfugios tales como el de "descorrer el velo" de la persona jurídica para llegar al nivel de los seres humanos que la componen.

La nueva concepción tridimensional de la persona jurídica ha sido recogida, por primera vez en el derecho comparado, en el Código Civil peruano de 1984.

No nos detendremos en el análisis de la evolución del concepto de autonomía de la voluntad en la medida que ha sido materia de un amplio tratamiento de parte de la doctrina jurídica. De igual modo nos abstendremos de comentar la revisión a que han sido sometidos conceptos tales como la lesión, la excesiva onerosidad de las prestaciones y otras estipulaciones como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

### **VI.5 De la Responsabilidad Civil al Derecho de Daños**

Un instituto en actual discusión es el relativo al de la responsabilidad civil. Una visión marcadamente individualista lo reduce, fundamentalmente, a la búsqueda y a la gradación de la culpa. El haberse aceptado la centralidad de la persona humana ha obligado a un sector de juristas a un repensamiento del instituto, lo que ha originado un viraje importante en su tratamiento. En efecto, dentro de una nueva óptica personalista lo que interesa básicamente no es tanto la

determinación de la culpa sino la protección de la víctima a fin de que no se le prive de una adecuada indemnización frente a un daño injustamente sufrido.

El proceso de despatrimonialización del derecho ha influido también para que en tiempos recientes se centre la preocupación de un sector de juristas en la tutela de todas las manifestaciones de la personalidad humana y se repare, por consiguiente, todo daño a la persona o daño subjetivo aunque éste carezca de traducción en dinero, con especial énfasis en aquel que compromete el proyecto de vida del sujeto. Al ser humano no se le aprecia solamente en su dimensión de propietario o de generador de renta sino se le trata y considera por lo que él representa como un valor en sí mismo.

Es del caso apuntar, aunque sea de paso, que el denominado daño moral, que afecta la esfera sentimental del sujeto, se integra dentro de la más amplia categoría de daño a la persona. Esta clarificación conceptual no pudo, por su novedad, traducirse normativamente dentro del Código Civil vigente.

### **VI. 6 Asedio del Concepto de Acto Jurídico y Depuración de la Noción de Capacidad.**

Finalmente, cabe señalar que en la actualidad existe una explicable inquietud entre un sector de hombres de derecho por iniciar la revisión del

concepto de acto jurídico, en tanto se le considera como una construcción conceptual que no guarda total correspondencia con la realidad de la vida.

De igual modo, se tiende a depurar la noción de capacidad jurídica al efecto de eliminar, también por una ausencia de sintonía con la experiencia personal, la clásica distinción entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Estimamos que el concepto de capacidad de goce, tal como ocurre con la noción de personalidad, es superfluo en tanto ambos se confunden e integran en la categoría de sujeto de derecho. De ahí que solo cabría hacer referencia a la capacidad llamada de ejercicio debiendo procederse a un repensamiento integral y científico de esta categoría a fin de otorgarle un tratamiento que tutele adecuadamente al incapaz sin condenarlo, genéricamente, a una innecesaria limitación en el ejercicio de ciertos derechos.

En síntesis, el vivenciamiento de los principios personalistas y la aplicación del tridimensionalismo

jurídico, que suponen una fiel conceptualización de la experiencia, obligan a los juristas a un nuevo modo de hacer derecho en un mundo donde las fronteras, al menos en determinados campos, parecen desdibujarse.

Es por ello que el derecho, dentro de la etapa de transición en que se encuentra la humanidad, ha de cumplir fundamentalmente una doble función. De un lado, regular valiosamente, con celeridad no exenta de cautela, los fenómenos derivados de la crisis y las nuevas tecnologías para su mejor aprovechamiento por el ser humano y, del otro, evitar que estas últimas se constituyan en un peligro de deshumanización de las relaciones sociales que pudieran frustrar el pleno vivenciamiento de los nuevos valores que alumbran la era por venir.

Tal vez, por todo lo expuesto, no resulta difícil advertir que el nuevo período histórico, en el cual ya se encuentra instalada la humanidad, está signado por la indiscutible y plena tutela del ser humano en cuanto eje y centro del derecho.

## LA POLÍTICA YA NO ES LO QUE FUE

Norbert Lechner \*

### Introducción

La preocupación prevaleciente por la transición democrática hace perder de vista que la misma política se encuentra en transición. A raíz de la antinomia autoritarismo-democracia, tan presente en toda América Latina, la atención se centra en la transición hacia la democracia y en los obstáculos a dicha transición; se toma a la democracia como el punto de llegada, dado por sentado un destino fijo y unívoco. Una vez conquistados ciertos elementos mínimos del régimen democrático, la teoría democrática se vuelve extrañamente inocua para dar cuenta de los nuevos retos.

Percibimos que no es lo mismo tener democracia que gobernar democráticamente. La atención se desplaza a la política para descubrir que el

Gobierno democrático parece obedecer a criterios diferentes al credo democrático. Una cosa es la democracia como sistema normativo de organización y legitimación del poder político y otra cosa el abigarrado campo de las dinámicas, interacciones y constricciones en que se deciden (o no se deciden) las políticas democráticas. La política democrática tiene que ver no sólo con quién y cómo se decide, sino igualmente con la forma en que está organizada determinada sociedad y la forma con que concebimos y percibimos la intervención política en la vida social. Es decir, no podemos analizar los problemas y desafíos de una política democrática en nuestros países sin tener en cuenta las condiciones sociales e históricas en las cuales tiene lugar.

También en los países Latinoamericanos actúan en mayor o menor grado un conjunto de megatendencias que están configurando un nuevo contexto. El predominio absoluto de la

\* Profesor Investigador de FLACSO, sede México, tomado de la Revista Nueva Sociedad N°144, Julio-Agosto 1996, Caracas Venezuela.

*economía capitalista de mercado y los procesos de globalización, el colapso del comunismo y del sistema bipolar, el redimensionamiento del Estado, el nuevo "clima cultural" y la misma preeminencia de la democracia liberal, conforman un nuevo marco de referencia para cualquier política. No se trata, empero, de un simple marco de condiciones externas. Cabe suponer, por el contrario, que cambia no solamente el contexto de la política sino la política misma; de la cual conviene, pues, someter a revisión nuestra concepción.*

*Por largo tiempo, prevaleció una visión estática de la política que contrasta con la fácil distinción entre diversos estilos artísticos o incluso de estilos de desarrollo económico. A la luz de una idea a la vez inmutable y difusa de la política, se prestaba gran atención a los cambios políticos, pero no a los cambios de la política. Es hora de analizar los cambios en la manera de hacer y de pensar la política. La tesis central del trabajo consiste en argumentar que las grandes transformaciones en curso conllevan una transformación de la propia política. A continuación llamo la atención sobre algunos de los factores.*

*Antes, sin embargo, no está de más señalar dos advertencias. Se trata de una descripción muy esquemática que pretende resaltar algunas tendencias generales, pero que requiere múltiples matizaciones respecto a los factores mencionados y su vigencia en los diversos países latinoamericanos.*

*No me refiero a mutaciones radicales que de golpe cambien la faz de la sociedad; los cambios suelen ser cuestión de grados, de mayor o menor énfasis, pero tales mudanzas acaso menores en ritmos y tonalidades son las que hacen la melodía. Es igualmente obvio, por otro lado, que los cambios señalados implican riesgos y oportunidades. Conllevan amenazas para las frágiles democracias de la región, pero también abren nuevas opciones para una profunda reforma de la sociedad.*

### **I. La Nueva Complejidad Social**

*Las sociedades contemporáneas, incluyendo las latinoamericanas, están viviendo un profundo proceso de diferenciación social y funcional. La industrialización y urbanización de nuestros países producen una continua diferenciación de la estructura social que disuelve el rígido orden jerárquico de clases y estamentos y establece múltiples roles para cada individuo.*

*A la diferenciación social, operando de larga data, se añade ahora la diferenciación funcional de los diversos campos o "subsistemas" sociales -economía, derecho, arte, ciencia, etc.- que adquieren creciente autonomía, con racionalidades específicas y difícilmente conmensurables entre sí. La nueva complejidad social conlleva dos consecuencias cruciales para nuestro tema. La pluralidad de espacios más y más autónomos, regulados por criterios contingentes y*

flexibles, segmenta los intereses materiales y mina los principios universales y las creencias colectivas que servían de anclaje a las identidades colectivas. Estas se diluyen en un sinnúmero de pequeñas "tribus" transitorias entre las cuales los individuos deambulan como nómadas compartiendo en cuotas segmentadas los intereses y las emociones del respectivo grupo. Por otra parte, la multiplicación de "lógicas" específicas debilita la "unidad" de la vida social a un punto tal que la sociedad carece de noción de sí misma. Luhmann y otros advierten el advenimiento de una sociedad sin centro, o sea sin un núcleo rector que coordine y regule los distintos "subsistemas" de la vida social. Nuestras sociedades despliegan una diversidad radical que acentúa la anterior "heterogeneidad estructural". Ello plantea un problema fundamental de nuestra época: el cuestionamiento del Estado y de la política como instancias generales de representación y coordinación de la sociedad.

En este contexto se vislumbran dos transformaciones profundas de la política. En términos de espacio social, se encuentra en entredicho su centralidad. La nueva diversidad estructural pone en jaque la función integradora de la política, que pierde fuerza como vértice ordenador de la sociedad. En la medida en que una coordinación policéntrica acota el ámbito de la política como instancia coordinadora de los procesos sociales, queda por redefinir no solo el lugar sino el valor mismo de la política. Vale

decir: ¿para qué sirve la política y qué podemos esperar de ella? Puesto que ya no opera como instancia unificadora de la vida social, al menos puede articular las diferencias. Pero tal construcción de un "orden de diferencias" también es problemático si consideramos, por otro lado, la dimensión temporal. Si los diferentes campos sociales obedecen más y más a racionalidades propias y diferenciadas, ello implica que también desplegarán dinámicas específicas. Es en este sentido funcional (y no solo de espacios regionales) que nos acercamos a una "sociedad a múltiples velocidades". De ser así, la política no solo no marca el ritmo del desarrollo social sino que, estructuralmente, se encuentra desfasada con las dinámicas de otras áreas sociales. En lugar de pensar en una "correspondencia" entre desarrollo político y desarrollo económico, cultural, tecnológico, etc., habrá que asumir una asintonía estructural entre los diferentes campos.

## **II. Sociedad de Mercado y Nueva Sociabilidad**

El mercado no es algo nuevo en América Latina, pero sí la gravitación social que adquieren sus mecanismos. Los países latinoamericanos tienen no solo una economía capitalista de mercado, sino que se dirigen con pasos más o menos grandes hacia una sociedad de mercado; o sea, una sociedad con normas, actitudes y expectativas conformes al mercado. La mercantilización de las más diversas

relaciones sociales moldea un nuevo tipo de sociabilidad. Prevalece el cálculo racional-instrumental del intercambio mercantil-el "tomaydaca" del mercado (el *do ut des* o "*doy para que des*" del derecho romano) -imprimiendo a las relaciones sociales un sello más individualista- egoísta. No es casual que, cuando todo parece transable, el dinero se constituye en el "equivalente general" de todos los bienes, relegando al ámbito privado consideraciones de amor, amistad, solidaridad. A la vez, tiene lugar precisamente un proceso de privatización, un retiro hacia "lo privado" como esfera privilegiada de la vida social. Tal desplazamiento puede ser visto como causa y efecto de la interpelación neoliberal a los intereses individuales, rompiendo con la tradición comunitaria creada en torno al ámbito y los bienes públicos.

El cambio de sociabilidad, más visible en las grandes ciudades, señala un desplazamiento mayor: la reestructuración de la relación entre esfera privada y pública. Actualmente, el ámbito público tiende a ser mucho menos determinado por la política que por el mercado. Vale decir, lo público ya no es primordialmente el espacio de la ciudadanía; en cambio el mercado adquiere un carácter público y sus criterios (competitividad, productividad, eficiencia) establecen la medida para las relaciones públicas. Por supuesto, no se trata de un vuelco total y el proceso debe ser matizado. El hecho es que cuando todos los límites establecidos se ven cuestionados,

también la frontera entre lo público y lo privado se difumina. Vemos, por otra parte, que múltiples asuntos que formaban parte del mundo privado ahora ganan visibilidad pública: desde la condición de género, la identidad étnica o las preferencias sexuales hasta la indefensión del consumidor en el mercado. Es decir, la agenda pública comienza a estar teñida de experiencias privadas, haciendo valer la dimensión política de la vida cotidiana.

Todo ello parece indicar cierta redefinición de la ciudadanía. Su ejercicio ya no queda restringido al ámbito público y, en cambio, se nutre de una subjetividad que, a su vez, tampoco queda recluida al fuero interno y, por el contrario, se incorpora al debate público. Se trata de un proceso incipiente, pero torna visible la diferencia con la democracia liberal. Mientras ésta se apoya en la escisión entre *citoyen* y *bourgeois*, donde la igualdad de los ciudadanos prohíbe la discriminación según raza, sexo, religión, ahora la cultura étnica, la identidad sexual o las prescripciones religiosas integran los estatutos de identificación ciudadana.

### **III. Nueva Relación entre Estado y Sociedad**

Frente a la preeminencia avasalladora del mercado conviene recordar la paradoja neoliberal: los casos exitosos de liberalización económica no descansan sobre un desmantelamiento estatal sino, muy por el contrario,

presuponen una fuerte intervención del Estado. Pero ya no se trata del anterior modelo estatal; en mayor o menor medida tiene lugar una reforma del Estado sobre la base de reducir las empresas públicas, reorientar las políticas sociales, descentralizar y desburocratizar al aparato estatal, racionalizar la gestión pública y una reglamentación frondosa, en fin, incrementar la eficiencia económica de la acción estatal. Todo ello redimensiona el papel del Estado y, en particular, de las políticas públicas; éstas ya no se refieren tanto a la integración social como a la "competitividad sistemática" del país en los mercados mundiales. Me parece importante resaltar este giro (impulsado por la victoria absoluta de la economía capitalista de mercado y la menor amenaza nuclear) que por ahora caracteriza la política; toda decisión política se encuentra, por así decir, "sobredeterminada" por su eventual impacto económico. La misma prioridad atribuida a las funciones económicas, sin embargo, inhibe ver otras dimensiones. Al enfocar exclusiva y unilateralmente la relación entre Estado y mercado se escamotea el problema de fondo: la nueva relación de Estado y sociedad. Quiero decir, las profundas transformaciones de la sociedad latinoamericana requieren un nuevo tipo de Estado. El mencionado proceso de diferenciación pone en duda al Estado en tanto "síntesis de la sociedad civil" (Marx). ¿Cómo llevar a cabo la unifica-

ción (normativa, simbólica, lingüística) de la vida social de cara a la creciente diversidad?

Bien visto, la reorganización estatal supone una redefinición, una nueva concepción del Estado. Ni el viejo estatismo ni el nuevo antiestatismo ofrecen una perspectiva adecuada. Me parece más fructífero asumir las transformaciones en curso como punto de partida para reformular los objetivos. En realidad, el doble movimiento -diferenciación de la sociedad y redimensionamiento del sector público- plantea amenazas a la integración social, pero también oportunidades para una profunda reorganización social. De hecho, los procesos en marcha limitan tanto el exceso de demandas dirigidas al Estado como su propia intervención indiscriminada. En este sentido, un papel más acotado del Estado puede favorecer una mayor autonomía de los ciudadanos. Señalo la tendencia con suma cautela porque observo una apología del ciudadano autónomo y racional que, en el fondo, repite la utopía del mercado. Dicho con prudencia, existen condiciones favorables (no sé si necesarias y suficientes) para "ciudadanizar" la política, desplazando su eje del ámbito estatal al ciudadano. Existe, en buenas cuentas, la oportunidad de reformular las metas de una reforma y apuntar a un Estado concebido como la comunidad de ciudadanos. Tal perspectiva permite conciliar la tradición liberal, haciendo hincapié en los derechos ciudadanos de cara al poder estatal, con la tradi-

ción comunitarista que valora al Estado como totalización simbólica de la comunidad. De hecho, es notorio por doquier el desarrollo de una nueva conciencia de los derechos ciudadanos, de la dignidad del ciudadano(a) y, en definitiva, de la ciudadanía como fundamento de la acción estatal. Queda pendiente empero, cómo tal exigencia de una relación "adulta" entre ciudadanos y su Estado se traduce en instituciones y estilos políticos.

### **III. Nuevos Procesos de Comunicación**

La preeminencia de la palabra, de los grandes relatos y aun de los discursos políticos ha sido desplazada en años recientes por la imagen. Vivimos inmersos en una cultura de la imagen que altera la idea que nos hacemos de la política. Para bien y para mal, ya no podemos pensarla al margen de la televisión. Cuando el don de la palabra es restringido por el manejo de la imagen, cambian las estructuras comunicativas sobre las que se apoyan tanto las relaciones de representación como las estrategias de negociación y decisión. Los dispositivos del marketing no reemplazan, pero modifican la deliberación ciudadana. Mientras que los políticos compiten denodadamente por la atención, siempre limitada, del televidente, éste ha de enfrentar mudo una invasión de estímulos. Fragmentada en miles de instantáneas inconexas, la política ha de ser reconstruida como un caleidoscopio de flashes. Existe una sobreoferta de

información que no hace sino resaltar la erosión de los códigos de interpretación. Ello nos remite a los desafíos que enfrentan las culturas políticas.

Más allá de su impacto estrictamente político, la televisión ilustra la descomposición de las claves con que habitualmente interpretamos el mundo. Una catarata de imágenes fugaces y repetitivas diluye la realidad a la vez que la vuelve avasalladora. El desconcierto de nuestro "sentido de realidad" refleja el redimensionamiento de las nociones de espacio y tiempo. Por un lado, una comunicación planetaria cuestiona el provincianismo reinante y los límites establecidos, abriendo nuevos horizontes y, por ende, nuevas opciones. Simultáneamente, no sólo difumina la frontera entre espacio privado y espacio público; además, la globalización de las comunicaciones desterritorializa el universo simbólico, poniendo en entredicho los sentimientos de pertenencia y arraigo. Por otro lado, la televisión refleja bien la aceleración del tiempo en nuestra época. Un ritmo más y más vertiginoso consume vorazmente cada instante. No hay otro tiempo que el tiempo presente, un presente omnipresente. Ya no hay tiempo para procesos de aprendizaje y maduración; los plazos se acortan y solo aceptan metas cercanas. La misma política se retrotrae a lo inmediato, sin lograr elaborar horizontes de futuro compartido.

De las muchas y complejas consecuencias de esta reestructu-

ración destaco solo un aspecto. Cuando la gente ya no comparte las nociones similares de espacio y tiempo o, más exacto, cuando se ensancha desmesuradamente la brecha entre los diversos grupos sociales en relación a sus respectivos horizontes temporales y referentes espaciales, se hace más difícil la conformación de un sentido común. Se resquebraja el piso de "evidencias" compartidas acerca de lo que es "normal y natural" sobre el cual se levanta la comunicación cotidiana y, en concreto, el debate político. Se acentúan las tendencias centrífugas favoreciendo un escenario babélico en el que cada actor tiene su propio lenguaje sin entender a los demás. En caso que lleguen a cristalizar tales racionalidades particulares, sin denominador común, el valor de las instituciones y de cualquier regla de juego deviene precario, incitando conductas no institucionales. Ello ayuda a comprender los obstáculos que enfrentan hoy en día los actores políticos en la elaboración de consensos y, por tanto, en la construcción de vinculaciones recíprocas mediante las cuales enfrentar en conjunto los avatares del futuro.

## **V. Las Nuevas Incertidumbres**

Basta recordar la infancia tan cercana, todavía marcada por pautas rurales y frecuentemente señoriales, para vislumbrar la rapidez y magnitud de los cambios sociales ocurridos en los últimos años. Continuamente se vienen abajo las interpretaciones que tan esforzadamente elaboramos al

punto que al final ya no sabemos qué es lo que en realidad vivimos. La realidad titila cual "fata morgana" (espejismo o ilusión óptica) y aún su violencia más dolorosa levita como una pesadilla aterradora y a la vez incierta. Quiero decir, la vida pierde sus límites claros y precisos y, usando una expresión del novelista Javier Marías, descubrimos que estamos hechos en igual medida de lo que fue y de lo que pudo haber sido. Somos también lo que no hemos sido. Si resulta costoso hilvanar una biografía hecha de tan diversos retazos, tanto más arduo es aseverar quiénes somos "nosotros". Las identidades colectivas se fragmentan a la par con la disgregación de los valores y hábitos, las creencias y experiencias que estructuraban la trama social. El proceso de secularización descompone las religiones y, por ende, las respuestas heredadas a los interrogantes básicos de la vida. Predomina una situación de desamparo en que las certezas tradicionales se desmoronan, se diluyen los anclajes simbólicos y las ataduras normativas pierden obligatoriedad sin reemplazo. Entonces los individuos, abandonados y aislados, se aferran fanáticamente a las verdades históricas sedimentales como "naturales"; o bien, elaboran arreglos ad hoc que sirvan de refugio provisorio mientras buscan un destino verosímil. Ni así los cambios dan tiempo a que se consolide algo duradero. En suma, reina la incertidumbre. A las viejas incertidumbres que plantea la vida, las transformaciones en curso, más cargadas de amenazas que de promesas, agregan

nuevas incertidumbres, generando ese clima de temor difuso en que todo es posible y nada pasa (todavía). Se trata de un clima o ambiente indeterminado en que nada es previsible y, por lo mismo, cualquier cambio causa alarma.

En tal situación adquieren supremacía dos consignas siempre presentes en política. Por un lado, la anterior demanda de cambio social es relegada por la demanda de estabilidad. Ya no se trata tanto de revolucionar estructuras anquilosadas como de exorcizar la sensación de lo efímero y asegurar algo perdurable en el tiempo. Cuando todo se mueve y ningún movimiento es previsible, la creación de referentes firmes resulta indispensable para evitar el vértigo y desarrollar conductas mínimamente predecibles. Por eso, en países con elevada tasa de inflación o violentos vaivenes políticos el deseo de estabilidad prevalece al punto de desplazar otras preferencias, incluyendo las mejoras económicas, a un rango secundario. La misma democracia ha de justificarse por sobre todo como un orden calculable, o sea de conflictividad acotada. Más que en la época anterior, la estabilidad representa un prerrequisito de la acción política y, en definitiva, una condición básica de racionalidad. Por otro lado, se agudiza la demanda de protección. Sea cierto o no el incremento de la criminalidad o del costo de la vida, en todo caso crece el sentimiento de amenaza a la integridad física y seguridad económica. Pero los riesgos no son solo materiales; tras la violencia y la

guerra, el sida y el desempleo, rápidamente se sospecha de fuerzas oscuras. La percepción de inseguridad se potencia en un clima de incertidumbre que, finalmente, solo se apacigua con certezas. La demanda de protección apunta tanto a las condiciones materiales de vida como a la seguridad simbólica y normativa. Al fin y al cabo, se requiere de ciertos criterios por sobre toda sospecha para manejar la vida cotidiana.

Se trata de demandas poderosas, pero sin contenido ni destinatario preciso. Ambas invocan la política en tanto instancia garante del orden. El sistema político se ve pues confrontado a exigencias que las instituciones y los procedimientos democráticos no suelen procesar, al menos en términos explícitos. No basta entonces aducir una "sobrecarga" del régimen democrático; hay que encauzar tales demandas so pena de que desencadenen "soluciones" no políticas. Ello nos remite a un último aspecto.

## **VI. Las Transformaciones de la Política**

Finalmente cabe mencionar en este breve recuento las transformaciones de las instituciones políticas y, en particular, de la misma política. En parte por las razones antes mencionadas, en parte por dinámicas internas, la política ya no es lo que era. Un rasgo sobresaliente ya fue mencionado: el **descentramiento de la política**. Vale decir, se debilita el lugar central que la política ocupara en la organización

social. La política institucionalizada ve restringido su campo de maniobra porque son más limitados los recursos disponibles y más arriesgadas las apuestas acerca de los resultados pre-  
visibles de una decisión (o sea, más difíciles de determinar las opciones viables). Pero además se restringe la capacidad política de intervenir en otras áreas porque éstas obedecen más y más a cánones específicos que escapan al control de la "lógica" política.

¿Qué asegura la "unidad" de la vida social en tanto sociedad? Existen mecanismos de interdependencia e integración sistémica, por cierto, pero nada dicen acerca de la dirección que toman las dinámicas. La capacidad de conducción política se encuentra sí en entredicho en el momento mismo en que se vuelve más acuciante la pregunta ¿hacia dónde vamos? Ilustrativo de ello son las dificultades de la política no solo por decidir el rumbo del desarrollo económico o científico-tecnológico sino, en general, por definir un proyecto de futuro para el país.

La pérdida de centralidad va acompañada de una informalización de la política. Quiero decir, la política realmente existente desborda las relaciones formalizadas del sistema político, permeando los límites entre lo político y lo no político. Ejemplos de ello son las redes informales entre instancias gubernamentales y actores sociales o la reformulación de los derechos ciudadanos a partir de la esfera

civil. La informalización acorta la distancia entre política y sociedad, pero simultáneamente provoca cierto vaciamiento de las instituciones políticas. Ellas ya no escenifican las grandes alternativas acerca del desarrollo nacional; ahora los clivajes se desmigajan en múltiples microdecisiones tomadas ad hoc. Ello da lugar a una situación paradójica: la nueva complejidad de los procesos sociales produce una fuerte demanda por conducción política, al mismo tiempo que dificulta elaborar políticas de Estado que condensen consensos a largo plazo.

En este contexto hemos de situar a quienes son los agentes privilegiados de una política democrática: los partidos políticos. Estos viven por doquier, indistintamente de su signo ideológico, una fase crítica de redefinición pues carecen de discurso y de estrategias de cara a las grandes transformaciones en marcha. Se han quedado sin discurso en tanto interpretación global que permita ordenar la realidad en un panorama inteligible y estructurar la diversidad de intereses y opciones en torno a algunos ejes básicos. Carecen no solo de "discurso ideológico" sino igualmente de "discurso pragmático" en tanto propuesta de futuro. Con la aceleración del tiempo y el consiguiente desvanecimiento del futuro, les resulta difícil elaborar un proyecto de país que aglutine y canalice las energías en determinada perspectiva. Parafraseando una conocida tesis de Downs, se podría afirmar que los partidos no ganan elecciones

para llevar a cabo sus programas; formulan programas para ganar las elecciones y una vez en el gobierno verán día a día lo que pueden hacer. No corresponde, empero, culpar a los partidos; ellos solo expresan de manera especialmente cruda la perplejidad de estos tiempos. En períodos dominados por la contingencia son muchas las dificultades en diseñar estrategias razonablemente consistentes. Bajo las nuevas condiciones, los partidos y, mucho más el gobierno, están obligados a ser sumamente flexibles en la selección de sus metas y acotar los resultados intencionales a los breves plazos previsibles, renunciando a líneas de acción de más largo alcance. Ni las "planificaciones globales" ni las "alternativas globales" tienen asidero (lo cual no elimina tales intentos). La fuerza de los hechos acota las opciones viables y, por tanto, favorece estrategias de conflicto limitado. Las decisiones acerca de lo que es y puede ser el orden social siguen siendo políticas, pero se restringe el campo de lo políticamente decidible.

Ello no elimina las diferencias interpartidistas, pero les hace más difícil a los partidos tener un perfil nítido. De allí un sinfín de polémicas y polarizaciones artificiales que minan la de por sí débil identificación ciudadana. Cabe entonces interrogarse acerca de la forma tradicional del partido político. Considerando las tendencias prevalecientes parece necesario adecuar las modalidades organizativas para articular las

relaciones de cooperación y competencia tanto al interior del partido y del sistema de partidos como en relación al gobierno. Falta revisar, por otra parte, la inserción social de los partidos. Su legitimación depende, en buenas cuentas, de su capacidad de armonizar el nuevo protagonismo de la ciudadanía con el carácter representativo de la democracia, configurando una relación "adulta" entre lo que los ciudadanos esperan de la política democrática y lo que ella puede ofrecer al ciudadano.

## **VII. A modo de Conclusión**

He reseñado algunos de los elementos que me hacen pensar en una transformación de la política. Al enfocar dicha transformación salta a la vista el desfase entre las imágenes estáticas que tenemos de la política y las nuevas modalidades del quehacer político. Tal desajuste es en parte inevitable, pero tiene efectos inconvenientes. Por un lado, crea falsas expectativas acerca de lo que la política puede hacer y distorsiona las "medidas dadas" con las cuales evaluamos el desempeño político. Por el otro, la acción política se guía por imágenes obsoletas o criterios de orientación inadecuados y, por tanto, no está en condiciones de discernir los objetivos factibles y de ver las nuevas oportunidades. Ello conduce a esa aparente ausencia de alternativas que caracteriza nuestra época. No deja de ser desconcertante, en efecto, que precisamente en nuestro tiempo lleno de cambios, parecería no haber otra opción

que "más de los mismo". Ahora bien, el desconcierto no es atenuante en política y, por el contrario, obliga a una reflexión más aguda.

En el fondo, necesitamos una redefinición de la política; no en el sentido de una definición taxonómica, sino de una comprensión más cabal de la(s) "lógica(s)" que condicionan la acción política en nuestras democracias. Un paso inicial hacia la elaboración de una nueva concepción de la política consiste, a mi entender, en precisar las principales tendencias en juego. A modo de conclusión y de prospectiva pongo a discusión dos posibles ejes estratégicos. Pienso, en primer lugar, en los procesos de diferenciación funcional que, bajo el impacto de la globalización, hacen saltar en añicos la antigua "unidad" de la sociedad. Por otra parte, la vida social no puede prescindir de mecanismos de cohesión social. Transformar la diversidad fáctica en una pluralidad democrática supone un ordenamiento: un orden articulado de las diferencias. A la luz de esta tensión irreductible entre diferenciación e integración social me pregunto por el locus o estatuto de la

política como instancia central de representación y coordinación de las relaciones sociales. ¿En qué medida y de qué forma puede la política democrática cumplir el papel de ámbito articulador de procesos tendencialmente autónomos?

Tal fragmentación me hace pensar, en segundo lugar, en una asintonía estructural entre la política y otras esferas de la vida social. Me refería arriba a las "sociedades a velocidades múltiples" que, según parece, ya no son sincronizadas por la política. Vale decir, los procesos políticos ya no pueden ser enfocados "en correspondencia" con los procesos económicos, culturales, tecnológicos, etc., sino que deberían ser analizados acorde a sus propios ritmos. Considerando esas dinámicas particulares, ¿En qué medida y mediante qué mecanismos existe todavía alguna sintonización política de los distintos tiempos sociales?

Valgan esas alusiones tentativas para insinuar el tipo de reflexiones y exploraciones que me parecen necesarias para renovar nuestras formas de pensar y de hacer política.

## CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Elías Miguel \*

### **Panorama desde el nuevo Código Penal Salvadoreño.**

Con justa razón, Manuel de Rivacoba y Rivacoba señala que tanto el pensamiento como el que hacer científico se han desviado respecto de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, lo cual, según él, - y para comenzar - se refleja por la ausencia de definiciones.

### **1. Definiciones**

1.1 "Por circunstancias del delito se entienden, pues, los elementos objetivos o subjetivos que influyen sobre la cualidad de la infracción, haciéndole más o menos grave" (Antón).

1.2 "Circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia. Circuns-

tancias atenuantes y agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad, sin suprimir ésta" (Jiménez de Asúa).

1.3 "Las circunstancias modificadoras, sean de atenuación o de agravación, consisten en factores que modifican en un caso particular la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él interviene, o influyen en el poder de evitarlo, o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente" (Novoa Monreal).

1.4 "Aquellos estados personales o situaciones objetivas que concurren en el cometimiento del delito que, aún cuando (sic) por su carácter circunstancial no constituyen la esencia misma del hecho, determinan su agravación o

\* Estudiante de Ciencias Jurídicas. El trabajo ha sido recomendado para publicación.

atenuación y por ende la mayor o menor responsabilidad del delincuente" (Arrieta Gallegos, 1972)

## **2. Diversas Denominaciones**

De Rivacoba y Rivacoba (1988) las denomina "circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal". Otros, en lugar del calificativo "modificatorias" utilizan "modificativas". Hay quienes las llaman "Circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad penal". Se les ha denominado también "elementos accidentales del delito" (derivado de accidentalía delicti).

## **3. Razón de ser**

La razón de ser de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal reside en la *NECESIDAD DE ESTIMAR LA RESPECTIVA MAYOR O MENOR GRAVEDAD* del caso delictivo en su concreción e individualidad, dentro del género a que pertenezcan. En términos generales, lo fundamental para estimar dicha gravedad es el mayor o menor injusto del caso en cuestión y su mayor o menor reprochamiento. Se habla, entonces, de los niveles circunstanciales e intencionales que concurren en la realización del hecho punible.

## **4. Clasificaciones**

4.1 Una de las más pretéritas clasificaciones latinoamericanas (Argentina, 1928) dividió a las circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas como grupo, en dos categorías:

Por las circunstancias de la infracción y por las condiciones del infractor.

4.2 Implícita en la anterior está la clasificación tradicional, que es la que incluso recoge nuestro nuevo Código Penal Salvadoreño, la cual distribuye en tres grupos a las circunstancias: *ATENUANTES* (Art. 29), *AGRAVANTES* (Art. 30) y *MIXTAS O AMBIVALENTES* (Art. 31).

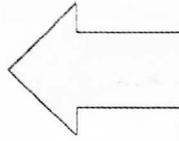
4.3 También se conocen clasificaciones antiguas que hablaban de circunstancias genéricas o generales (aplicables en principio a toda clase de delito) y especiales (sólo a algunos), calificadas o muy calificadas, etc.

4.4 Miguel Alberto Trejo y otros, firmantes del Manual de Derecho penal, edición auspiciada por el Ministerio de Justicia, aseveran que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal pueden ser de dos clases: personales y materiales. Retomando a Jiménez de Asúa, tales autores anotan que "las personales afectarán a aquellas en quienes concurren, pues guardan estrecha relación con la culpabilidad del sujeto". Las materiales, por su parte -agregan-, afectan a todos los que las han conocido de ellas (sic) aunque, no hayan intervenido en relación a ellas.<sup>1</sup>

4.5 Rodríguez Devesa divide las agravantes en un primer grupo, a aquellas que determinan una mayor antijuricidad.

<sup>1</sup> Trejo, Miguel Alberto y otros. Manual de Derecho Penal. P. 482.

**1. Por la técnica de  
comisión del delito**



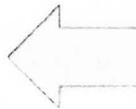
*Alevosía  
Publicidad  
Disfraz  
Abuso de Superioridad  
o medio que debilite la  
defensa  
Abuso de Confianza  
Prevalerse del cargo o  
carácter público.*

**2. Por el tiempo en  
que se comete**



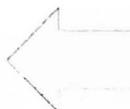
*Con ocasión de  
calamidad o  
desgracia  
  
Nocturnidad*

**3. Por el lugar**



*Despoblado  
  
Morada del  
ofendido*

**4. Por la mayor  
gravedad del  
resultado**



*Ensañamiento  
  
Ofensa de la  
autoridad  
  
Desprecio de la  
dignidad o edad*

Por la mayor intensidad del dolo (premeditación).  
Por motivación abyecta (precio, recompensa o promesa).  
Por exigibilidad más elevada (recidiva).

En otro grupo, el mismo autor clasifica a las Agravantes que representan una mayor culpabilidad<sup>2</sup>.

- 4.6 De Rivacoba y Rivacoba clasifica las atenuantes así:
- 4.6.1 Por menor injusto: Provocación o amenaza previa;
- 4.6.2 Por menor culpabilidad;
- 4.6.2.1 Por disminución de la imputabilidad: embriaguez no habitual; ser menor de 18 años; arrebató u obcecación.
- 4.6.2.2 Por insuficiencia del dolo: preterintencionalidad.
- 4.6.2.3 Por menor reprochabilidad de los motivos: vindicación próxima de ofensa grave; motivos morales, altruistas o patrióticos.
- 4.6.3 Por menor punibilidad o semi-excusas absolutorias: arrepentimiento espontáneo.
- 4.6.4 El mismo autor clasifica las agravantes así;
- 4.6.4.1 Agravantes por mayor injusto: medios catastróficos, publicidad; ensañamiento; ofensa de la autoridad; desprecio de la dignidad, edad o sexo; morada del ofendido y lugar sagrado.
- 4.6.4.2 Agravantes por mayor culpabilidad
- 4.6.4.2.1 Por mayor intensidad del dolo: premeditación.
- 4.6.4.2.2 Por motivación particularmente reprochable: precio, recompensa o promesa.
- 4.6.4.2.3 Por exteriorizar una personalidad o actitud opuesta al Derecho y jurídicamente desaprobada: alevosía, astucia, fraude o disfraz; abuso de superioridad; medios que debiliten la defensa, abuso de confianza; prevalecimiento del carácter público; ocasión de calamidad o desgracia; auxilio de otros; nocturnidad; despoblado, cuadrilla y reincidencia.

## **5. Nomenclatura en el Código Penal Salvadoreño**

Los elementos amplificadores o modificadores del delito están contenidas en el Capítulo III del título II,

<sup>2</sup> "Reparación de una enfermedad después de haber transcurrido un periodo más o menos largo de salud completa". Larousse Diccionario Manual.

Hecho Punible y Responsabilidad Penal, del Libro I: Parte General del Código Penal. Dicho Capítulo III se subdivide en dos secciones: la primera trata las circunstancias agravantes (arts. 29 y 30, respectivamente). Dentro de la sección segunda hay un apartado para las circunstancias ambivalentes (Art. 31).

## **6. Circunstancias Atenuantes**

Semánticamente, “que atenúan” – concepto que determina que el delito puede haberse realizado en circunstancias de una menor peligrosidad o de una menor maldad en el agente, en cuyo caso no desaparecería, pero si reduciría su responsabilidad. Según el Art. 29 del Código Penal, son circunstancias que atenúan la responsabilidad penal:

**6.1 Inferioridad Psíquica por Intoxicación:** Según el Art. 29, numeral 1) esta atenuante tiene validez si:

- a) Tal intoxicación –alcohólica o de otra índole- no es preordenada al hecho;
- b) No llega a tener plenitud de efectos sobre el sujeto.

*Ejemplo: Juan, alegre porque le acaban de dar el aguinaldo y después de “echarse unos tragos”, llega a casa. Al no hallar allí a su esposa e hijos se enoja. A la media hora que ella regresa, la golpea.*

El código penal anterior al de 1973 establecía en su Art. 8 “No delinque y

por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que por cualquier razón independiente de su voluntad se halle privado totalmente de razón (...)”.

En esta última parte cabría la embriaguez, la cual, médicamente se ha clasificado en fisiológica o común y patológica. Legalmente se ha clasificado, en cuanto a su causa, en fortuita, culposa, voluntaria y preordenada.<sup>3</sup>

**6.2 Exceso en las causas de Exclusión de la Responsabilidad Penal.** Esta se refiere, como el mismo numeral 2) lo dice, al “exceso de los límites establecidos para las causas de exclusión de la responsabilidad penal, comprendidas en los números: 1), 2) y 3) del Art. 27” del Código Penal, cuando no lo ocasionare una excitación o perturbación que lo hicieren excusable. El ejemplo lo pondremos con base al Art. 27, numeral 2) literal b):

*A Julio Romero, ex combatiente del Ejército, lo agrede Jorge García, sin motivos aparentes, con un machete. Habiéndolo dominado y después de herir la mano derecha al agresor con su misma arma, el ex combatiente*

<sup>3</sup> En la fortuita, el sujeto se embriaga sin intención de hacerlo y sin que medie imprudencia o negligencia. En los culposos si media imprudencia o negligencia del sujeto que, pese a que no quiere ni pretende embriagarse, sin embargo lo hace por su falta de previsibilidad. En la voluntaria el individuo “toma” precisamente para emborracharse, pero no con algún fin ulterior.

dispara 3 veces contra el otro, estando éste ya en el suelo, y con lo cual le provoca heridas severas en los muslos.

**6.3 Estados Pasionales:** También se atenúa la responsabilidad a quien actúa en un momento de arrebató, obcecación<sup>4</sup> o bajo el impulso de intensa emoción, provocado por un hecho injusto efectuado contra él, su pareja, ascendiente, descendiente o hermanos. Ejemplo: Gerald W. recién se entera que el profesor de matemática acaba de reprobar en el examen final al hermano de aquél, entonces corre al parqueo, y con una pedrada destroza el vidrio trasero del auto de dicho profesor.

**6.4 Disminución del daño:** Esta consiste en haber procurado espontánea y eficazmente evitar o atenuar las consecuencias dañosas del delito. Ejemplo: Carlos (a) "El Renegado", secuestra al empresario Luis Albuquerque, pero lo deja voluntariamente en libertad a las 48 horas de haberlo privado de ese derecho, sin haber obtenido los fines específicos de tal secuestro (Art. 151 C. Pn.) En este caso, Carlos "El Renegado", podría ser condenado (sin la atenuante, con pena de 10 a 20 años), según los Arts. 149 y 151 C. Pn., a prisión por un tiempo reducido hasta en una tercera parte del máximo.

<sup>4</sup> Arrieta Gallegos nos ayuda a diferenciar ambos términos: "El arrebató es furor, exaltación de ánimo, que ataca la mente con mayor o menor intensidad y que se produce rápida y momentáneamente. La obcecación es ese furor en forma tenaz y persistente". En *Lecciones de Derecho penal*, p. 381.

**6.5 Atenuantes por Interpretación Analógica:** También es atenuante "cualquier otra circunstancia de igual entidad, que ajuicio del tribunal debe ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones personales del agente o de su ambiente". Aquí la doctrina registra, entre otras posibilidades, la del que padece ataques epilépticos y el hurto impulsado por estado angustioso. Ejemplo: El señor Juan Pérez (200 libras de peso), quien padece de epilepsia cae sobre un menor que eventualmente visitaba su casa y le ocasiona lesiones en el brazo derecho que lo incapacita por 20 días de sus labores habituales.

## **7. Circunstancias Agravantes**

Una clasificación común de las agravantes es la que las divide en generales o determinadas y en especiales. Son agravantes generales las comprendidas en los distintos numerales del Art. 30. Son especiales las que el legislador determina para ciertos delitos en particular, y están comprendidos en la Parte Especial del Código.

En Derecho Penal el calificativo "agravante", presenta una especial importancia por cuanto afecta a la calificación del delito, determinada por la mayor peligrosidad o la mayor maldad en el agente. Tomando como referente a Mir, Bacigalupo afirma categóricamente que "los elementos objetivos, deben ser conocidos por el autor".

El Art. 30 del nuevo Código penal Salvadoreño las enumera: “Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal:

**7.1 Alevosía:** “Cometer el delito con alevosía”. Esta existe “cuando, en los delitos contra la vida o la integridad personal, el hechor provoca o se aprovecha de la situación de indefensión de la víctima, para prevenir el ataque o defenderse de la agresión, sin riesgo de su persona”. Ejemplo: Antonio Z. Agrede con arma blanca a Luís M., menor de 14 años y minusválido, aprovechando de que a las tres de la tarde él está solo, y el vecindario está distraído.

**7.2 Premeditación:** Se da “cuando se planea con la anticipación necesaria, reflexiva y persistentemente, la realización del delito”. En sentido lato es meditar de antemano. En sentido estricto consiste en meditar de antemano una vez tomada la resolución de cometer el hecho, en forma reflexiva y persistente, como lo expresa la ley, privando los criterios cronológicos, psicológicos e ideológicos.<sup>5</sup> Ejemplo: la banda de “Los Cachorros”, que opera entre “Los Chorros” y “El Poliedro” (solo es un ejemplo),

quiere secuestrar a la esposa del Alcalde de Colón. Para ello, ha comenzado a vigilar sus pasos, con quiénes se lleva, lugares que accesa, hora de entrada y de salida de su casa. Aquí hay premeditación.

**7.3 Insidia:** Es “cometer el delito por cualquier medio insidioso”. En términos generales, insidia es sinónimo de asechanza y ésta es el “engaño o artificio que se hace para perjudicar a otro”. Ossorio, aparte de definirla así agrega que ofrece especial importancia respecto a los delitos contra las personas: la estafa, la falsificación, la falsedad. Ejemplo: para quedarse con la herencia de su abuela, Juana M., coloca en el lugar a donde la anciana tiene su medicina, y en un frasco similar, un sustancia herbicida, a sabiendas que la señora toma el supuesto medicamento cada noche antes de acostarse.

**7.4 Peligro Común:** “Cometer el delito empleando explosivos, fuego u otros medios capaces de producir un peligro común” (Art. 30, 4). El peligro común es el riesgo de un mal, daño o perjuicio al que se expone a cierto grupo de personas o comunidad. Ejemplo: Salvador Mina acaba de trasladarse de un mesón situado en la Colonia Quiñonez, a un apartamento de la Zacamil. Un par de enemigos de su ex vecindario, con sed de vengarse,

<sup>5</sup> El cronológico se caracteriza por mediar un tiempo prudencial entre resolución y ejecución; el psicológico, por la frialdad y tranquilidad de ánimo en el agente previa a la ejecución del delito; el ideológico se caracteriza por la reflexión persistente (Ver Arrieta Gallegos, P. 417)

al asegurarse en cual edificio vive ahora "Chamba" con su familia, le tiran dos granadas fragmentarias desde la azotea de un edificio vecino.

**7.5 Abuso de Superioridad:** "Abusar de superioridad en el ataque o emplear medios que debiliten la defensa del ofendido". Esta agravante requiere, por un lado, superioridad física y personal del hechor sobre la víctima, y por otra parte, abuso de la misma. El Doctor Arrieta Gallegos también incluye la superioridad numérica, es decir, la de dos o tres (o más) contra uno (la víctima). Ejemplo: Julio Pérez, cabo de la P.N.C. tiene una serie de deudas y decide robar a cinco obreros de la construcción que recién reciben pago y lo hace con uniforme, bien armado y con dos agentes sub alternos a corta distancia.

**7.6 Artificio para lograr impunidad:** Esta circunstancia tiene dos manifestaciones:

- a) Hacer uso de cualquier artificio destinado a facilitar la comisión del delito o dificultar el descubrimiento del hecho o del agente o para facilitar la fuga inmediata de éste (Ejemplo: Adolfo mata a un menor de 14 años y luego lo tira a un pozo de 20 metros de profundidad);
- b) Cometer el delito para asegurar la ejecución, la ocultación o la

impunidad de otro delito, tal es el caso, por ejemplo, de la "Banda de Rufino", que va a asaltar el Banco Nosotros Los Pobres, pero primero mata a tres de sus vigilantes.

**7.7 Aprovechamiento de facilidades de orden natural.** Es decir, "Cometer el delito buscando de propósito la noche o el despoblado". Aquí se está en circunstancias similar a la alevosía. ¿Cuándo es noche? Cuando falta la luz del sol "se está al desamparo de la oscuridad más o menos intensa". Lo cual implica indefensión. Por despoblado entiéndase todo lugar solitario, donde no concurre gente o viviendas que suponga presencia de individuos. Ejemplo: Chepe no quiere a su padrastró Inés porque toda la vida lo ha maltratado. El 6 de mayo don Inés está a solas en el cementerio, a eso de las 11:30 a.m., a punto de terminar una fosa. Chepe llega y le da muerte a balazos.

**7.8 Menosprecio de autoridad:** Consiste en ejecutar el delito en presencia de agentes de autoridad en ejercicio de sus funciones. Ejemplo: el que roba a cinco metros de una agente de la PNC en la Plaza Cívica.

Respecto de esta agravante, su descripción se queda corta en el sentido de que, a la luz del Art. 39 Pn. para efectos penales se consideran y mencionan "funcionarios públicos", "autoridad

pública”, “empleados públicos y municipales”, “agente de autoridad y los agentes de la PNC.” Así, surge una cuestión: ¿Qué pasaría si el delito se cometiera no en presencia de una agente sino de un Juez o Alcalde?

**7.9 Irrespeto Personal:** Aunque esta es una agravante que se apreciará discrecionalmente por el Juez, la misma consiste en cometer el delito en perjuicio de personas que merezcan consideración o respeto especial (un maestro, alguien de la tercera edad). La Ley abre espacio al Juez para apreciar discrecionalmente esta aparente “de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y modo de las relaciones entre uno y otro”. Así esta agravante perdería eficacia si, por ejemplo, un alumno de 18 años ataca sexualmente a su profesora de Inglés, cuando todo mundo sabe que la “víctima” (35 años y recién divorciada) amén de llegar siempre a clases vestida provocativamente, coqueteaba con cierto grupo de varones, entre los que estaba el agresor, a quien además, perdonaba tareas y daba “una que otra ayudita” en las pruebas objetivas.

Aquí viene al caso la observación sabia del Dr. Arrieta G.: “(...) debe entenderse que el móvil de la agravante no existe cuando ella misma (en este caso la maestra) ha destruido la barrera del respeto que por su ser debe merecer” (“Lecciones....” P. 412).

**7.10 Irrespeto de lugar:** Esta agravante consiste en ejecutar el delito en lugar que merezca respeto (una iglesia, una alcaldía, una escuela), o en la morada del ofendido. Ejemplo: tres delincuentes hieren con disparos a un coronel cuando sale de un servicio religioso en una iglesia cristiana en la ciudad de Santa Ana.

**7.11 Abuso de Situaciones Especiales:** “Cometer el delito en abuso de relaciones domésticas, de cohabitación, o de hospitalidad”. Aunque según el sentido más vinculado con el derecho es la vida marital de pareja, la primera acepción de habitar es la “acción de habitar justamente una persona con otras”. Ejemplo: Don Juan y su esposa han contratado los servicios domésticos de María, quien apenas tiene 14 años y es oriunda de Polorós. Una madrugada Don Juan se introduce al cuartito de Mary y la viola.

**7.12 Servicia:** Consiste en “aumentar, deliberadamente, los sufrimientos de la víctima”. Es decir, los sufrimientos de carácter físico. También es definida como la “dureza y crueldad excesivas”. Ejemplo: A don Toño M., lo van a matar por una venganza personal. Primero, hacen que su auto se salga de la carretera; después, sangrando de la frente lo sacan a puntapiés del auto. Lo obligan a desnudarse y después de violarlo le arrancan una oreja, y lo obligan a comérsela. El se les arrodilla y

les implora. Los matones le cortan una mano y comienzan a hundirle el puñal en el pecho, abdomen y cuello.

**7.13 Ignominia:** Consiste en “emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan ignominia a los efectos propios del hecho”. Es decir, dañar, maltratar moralmente. Ejemplo: a doña Filomena Buendía de Nóchez, antes de violarla en su propia casa, la amarran con una “cuerda de San Francisco”. Luego abusan sexualmente de ella antes sus 2 hijos de 14 y 10 años, mientras afuera se oyen los gritos de su moribundo esposo, que ha sido herido de muerte. La ignominia, en esencia es la afrenta pública, padecida con causa o sin ella.

**7.14 Móvil de Interés Económico:** Que es la agravante por la cual se comete el delito mediante precio, promesa, recompensa, o esperanza de ventajas económicas. Esta agravante está clasificada entre aquellas que demuestran un móvil bajo o brutal. Para que la misma se concrete es necesario que concurran dos o más hechos y que haya convenio de pago. Ejemplo: Dos agentes de la PNC han sido ofendidos por “El Chele René”, de la Mara 18; éstos contratan a José Luis (a) “El Tigre”, para que “desaparezca” al “Chele”. Aparte de prometerle en regalo una “9 mm.”, le dan \$1,000.00 (un mil colones exactos).

Cabe recalcar que no es necesario que tal promesa se cumpla, basta la existencia de la misma para que se de la agravante.

**7.15 Móviles Fútiles o Viles:** Son los de escasa importancia o bajos. Ejemplo: Juan mató a Mirian porque le caía mal y aprovechó robarle \$50.00 y un anillo de fantasía. Ver Art. 129, 7 Pn. Entre 20 y 25 años de prisión esperan a Juan.

## **A Modo de Conclusión**

No se puede cerrar este trabajo sin observar que las circunstancias agravantes superan cuantitativamente a los atenuantes en proporción de 15 contra 5. Además, la agravantes no admiten en nuestro Código la analogía, como es el caso de las circunstancias atenuantes.

Como las atenuantes disminuyen el grado de responsabilidad del actor, las circunstancias agravantes, como su nombre ya lo dice, son generales o especiales, aumentan el grado de responsabilidad del delincuente.

Respecto al anterior, el nuevo Código Penal salvadoreño un poquito más a tono con las nuevas realidades sociales, mantiene en esencia las mismas circunstancias que agravan la responsabilidad penal. Lo anterior pese a que cuantitativamente, tanto las atenuantes como aquéllas, han disminuido su número.

## **Bibliografía**

*ARRIETA GALLEGOS, Manuel.*

*Lecciones de Derecho Penal. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador s. f. e.*

*TREJO, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal. Parte General. Centro de Información jurídica. Ministerio de Justicia. El Salvador, 1997.*

*CODIGO PENAL VIGENTE (1998)*

*CODIGO PENAL DEROGADO (1973)*

*SEIK, Francisco, Editor.*

*Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XXVIII. Barcelona.*

*OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Sociales. Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires s. e. f.*

*DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel.*

*"Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito", En: Doctrina legal: Teoría y práctica en las ciencias penales. Revista Trimestral. Año 11, número 41 al 44. Edición Depalma. Buenos Aires. 1988*

*BACIGALUPO Z. Enrique Manual de*

*Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, S. A. 4ª. Rei. 1998. Santa Fe de Bogotá, Colombia.*

## DIAGNÓSTICO Y PROPUESTA DE DESARROLLO PARA PAÍSES COMO EL SALVADOR

Ovidio Villafuerte\*

*“Ninguna Sociedad podrá ser floreciente y dichosa si la mayoría de ella es pobre y miserable” (Adán Smith. Padre del Liberalismo)*

Este trabajo nace de la necesidad de destacar la causalidad histórica, que en consecuencia da origen a la dominación de otros países poderosos sobre países como el nuestro. Y esto, por los borregos intelectualizados de la izquierda y de la derecha, que casi semejan ser la misma cosa, al perfilarse en la concepción del sistema, en una democracia para las minorías y una dictadura para las mayorías, adecuándose o adaptándose con ello, a los lineamientos del capitalismo a nivel mundial, aunque esto vaya en detrimento de casi toda la población humana, y por qué no decirlo, de la habitabilidad de la tierra por el hombre y demás seres vivos. En tal sentido, derechistas e izquierdistas

ofrecen al pueblo las “Bases para el desarrollo de un Plan de nación” en el que no se conciben las posibilidades de otro tipo de desarrollo que no sea el de la globalización neoliberal, como un proceso insoslayable ante el que nada se puede hacer y hay que alinearse. La búsqueda y la creación de condiciones para ir perfilando un desarrollo autónomo ni siquiera se piensa en estas bases que ponen ante las grandes potencias del sistema en relaciones de servidumbre a países como el nuestro.

De otra parte, se debe considerar que la diferenciación política de izquierda y derecha es despreciable en relación a lo reaccionario y revolucionario de los contenidos históricos en los que se ubican los hombres en lo referente al desarrollo o línea de progreso que tiende a convertirse en beneficio de toda la sociedad humana, sin distinción de raza, credos, clases y naciones. En este contexto, los hombres son reaccionarios o revolucionarios.

\* Filósofo con Maestría en Enseñanza Superior. Profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad de El Salvador.

La presente exposición se divide en dos títulos que se formulan bajo la forma de preguntas:

1. ¿Qué somos? (diagnóstico); y
2. ¿Qué deberíamos ser? (propuesta)

En el primero, como la pregunta lo indica, se pretenden recoger de manera sucinta, las necesidades que nos permiten formular la situación diagnóstica y en el segundo, titulado ¿qué deberíamos ser?, se configura la propuesta, con base a los aportes de la formación humanística, al estudio y resolución de problemas específicos, expresos o implícitos en ella.

### **1. ¿Qué somos? (diagnóstico)**

El Salvador cuenta con una población estimada de 5.5 millones de habitantes y una extensión territorial aproximada de 20,600 Km<sup>2</sup>. La historia de El Salvador, constituido en Estado independiente, data desde el 2 de febrero de 1841. "Para entonces, ya se han dado a nivel regional los procesos históricos de la conquista, la colonia, la Independencia y la ruptura del Pacto Federal, Pacto del que la república de El Salvador, fue la última en disgregarse, (...)"<sup>1</sup>

De su historia se destacan antecedentes importantes, tales como el del desplazamiento de la economía natural o doméstica, que regía la existencia de nuestros antepasados,

<sup>1</sup> Villafuerte, Ovidio. Ponencia: Concepción de la Propuesta Curricular Global para la Universidad de El Salvador. Limitaciones y posibilidades. Ciudad Universitaria, octubre 1992.

por el modo de producción capitalista, mediado por el "modo de producción colonial". La relevancia de este desplazamiento radica en que se deja de producir para la satisfacción de las necesidades internas y se comienza a producir para la exportación, desatendiendo en consecuencia cada vez más, las necesidades básicas demandadas por la población salvadoreña, que ahora llega al grado de consumir a precios que no están al alcance de la mayoría, productos agrícolas importados.

Es otro antecedente histórico trascendente, el de la fundación de la Universidad de El Salvador, el 16 de febrero de 1841. Debiendo "su creación, no a la voluntad ni a la iluminación de determinadas personalidades, sino a las necesidades histórico-concretas que se le plantean a la Sociedad Salvadoreña, al constituirse en un Estado independiente. Así, la existencia de la Universidad se concibe como el resultado histórico de la creación de una Institución de Educación superior, de la que no podría prescindir la superestructura de la formación económico-social de El Salvador, esto por una parte, y de otra, el que las corrientes de pensamiento teológico y filosófico de la Colonia y de la Independencia se perfilarán en determinadas situaciones, en sustentadoras del "ideal pedagógico" del orden político vigente". (...) <sup>2</sup>

Con el mercantilismo o "capitalismo comercial" surge en tanto ideolo-

<sup>2</sup> Villafuerte, Ovidio. Ob. Cit, pág. 2

gía política, el liberalismo "puro" o "liberalismo clásico". En el país, "las reformas liberales establecen constitucionalmente, el respeto a la propiedad privada, la separación de la Iglesia del Estado, la laicidad de la enseñanza, la libertad de cultos, la libertad de comercio y las garantías o derechos individuales, etc., que se encuentran articulados en la Constitución promulgada el 13 de agosto de 1886. (...)”<sup>3</sup>

El liberalismo y el neoliberalismo en la actualidad, no son más que expresiones ideológicas, que ha servido y sirven para la reproducción de las relaciones sociales de producción del sistema capitalista, que como parte de sus paquetes oferta a los pueblos "en vías de desarrollo", la Democracia concebida como el resultado político de una forma de gobierno que se legitima por la vía electoral, pero sin que esta alcance para cubrir en términos económicos, las necesidades materiales de existencia de los trabajadores y de la mayoría de la población.

En nuestro país en lo educativo, actualmente los institutos tecnológicos reconocidos son 24, con ellos se cubre el 25 por ciento de las carreras técnicas y el 74 por ciento de la población estudiantil estimada en 4,350 alumnos. El Instituto Tecnológico Centroamericano (ITCA), es la Institución Estatal de más importancia, atiende el 46 por ciento de la demanda. Las instituciones restantes,

privadas y estatales integran aproximadamente el 3.8 por ciento de los estudiantes del nivel superior con un estimado de 114,000.

En lo que concierne a las Universidades, dos son estatales (4.8 por ciento) y 39 universidades privadas activas de 40 autorizadas para funcionar (95.2 por ciento). El número de las carreras identificadas alcanza a una 175, pertinentes a 9 Facultades. La cantidad global de estudiantes atendidos en pregrado, grado y post-grado suman unos 109, 650 de los cuales el 30 por ciento se ubican en las universidades estatales y el 70 por ciento en las universidades privadas (70%).<sup>4</sup>

El ideal pedagógico, es de acuerdo a la nueva situación, orientado "a la luz de los cambios en las relaciones entre los países mediante la globalización".<sup>5</sup> Esto es producto de las condiciones que los organismos internacionales le imponen a los pueblos como el nuestro, y lo cual como se recordará, se plantean como soluciones al pago de la deuda externa, teniendo entre estas: la reducción del gasto público, la modernización del aparato productivo, la eliminación de barreras arancelarias, el impuesto al consumo, la privatización de servicios públicos, etc.

En síntesis, de todo lo antes expuesto, se destaca que con la susti-

4 Campos, Adalberto E. Ponencia del Director Nacional de Educación Superior, presentada en el Panel Forum denominado "Crisis de la Educación Superior y Propuestas de Solución para el 2000". Universidad de El Salvador, 24 de Agosto de 1996.

5 Campos, Adalberto E., Ob. Cit. Pág. 4

tución de la economía natural por la implantación del modo de producción capitalista y por su vinculación al mercado mundial, los pueblos como el nuestro pierden la posibilidad de experimentar un desarrollo autónomo y en consecuencia, naturalmente sustentable.

Al respecto se puede observar que en El Salvador, como reflejo del "nuevo orden", la educación no varía en su orientación, pues apunta en la dirección de la producción y no en la relación de esta con los intereses de toda la sociedad, que no es lo mismo que Estado.

De ahí que cobren estatus las corrientes administrativas puestas en boga por la Globalización, tales como la Planeación estratégica (como si toda planeación en su propósito no lo fuera), la reingeniería, la calidad total, etc., todas generadas por el neoliberalismo y más preocupadas por "el cliente" en función del mercado y de la competitividad de la producción, que de la esencia misma de la educación, ya de por sí, mercantilizada. Al respecto, tal como lo expresaba Engels en su tiempo, "el volumen de la producción no lo determina la cantidad de estómagos hambrientos, sino la cantidad de bolsillos que pueden pagar" <sup>6</sup>. En tal sentido, las nuevas tendencias de las elites económicamente poderosas, son las de convertir en técnicos capacitados para el mane-

jo de máquinas de producción, a los jóvenes, que al transformarse en apéndices de las máquinas, también serán despojados de su calidad humana. Esta es, nos guste o no nos guste, una realidad innegable, que debe de cuestionar a los educadores, que por ignorancia o por oportunismo, dejan de lado la caracterización humana de la educación, de esa calidad humana no incluida en el mero crecimiento económico, pero que si propugna el desarrollo humano.

También es importante distinguir, que el conocimiento científico de nuestra realidad social y natural, se ha visto mermado por el temor a los "riesgos políticos", y por la dependencia de la investigación amarrada a los paquetes de tecnología de desecho, transferida a nuestros países, con todo y asesores.

En lo político, los Acuerdos de Paz no han ido más allá, que de la solución parcial, a los problemas pertinentes de las partes involucradas directamente en el conflicto armado; y no de toda la sociedad Salvadoreña que cargó y cargará con los estragos y las secuelas de guerra.

En resumen, lo expuesto constituye la situación diagnóstica de una sociedad nacional, apremiada y acosada por el desarrollo del capitalismo a nivel mundial, pero sin dejar por ello, de continuar a la zaga del mismo como todos los países de la región y, porque no decirlo, de todos los países aglutinados en el grupo de los no alineados o tercer mundistas, que es

<sup>6</sup> F. Engels, citado por F.V. Konstantinov en Fundamentos de la Filosofía Marxista, Grijalbo, México, 1960, p-372.

como generalmente se les denomina o se les conoce.

## **2. ¿Qué deberíamos ser?**

De acuerdo al referente de los países empobrecidos por la desigualdad del intercambio, producida a través del comercio internacional en el mercado mundial, que es el instrumento por medio del cual las potencias y con ellas las transnacionales, determinan no solo lo que se debe de producir para la exportación, sino hasta lo que se debe de crear y legislar para que ellas puedan invertir en la región centroamericana y en otras naciones.

En tal sentido, deben de profundizar en el estudio de las posibilidades, de que los países del tercer mundo, aunque a muchos les parezca utópico, muy a pesar de que ya existen antecedentes como el de los "no alineados", independientemente de la forma de gobierno y de Estado, por los que se rijan, deben tentativa y definitivamente buscar la unidad con base a sus intereses comunes de naciones pobres.

La unidad de tales países, debe de plantearse en primer lugar, que la producción satisfaga las necesidades de su población, y que el excedente sirva para el intercambio equitativo entre ellas. En segundo lugar, la unidad debe fortalecerse con la exigencia del respeto a la soberanía nacional y al principio de no intervención y libre autodeterminación de todos y cada uno de sus pueblos.

En cada uno de los países de la unidad, la democracia como forma de

gobierno, no deberá limitarse a "la contemplación estática de sus altas concepciones -expresa Walter Montenegro- ético-jurídico-políticas, sino que, en respuesta a una demanda perentoria, tiene que ahondar hasta la entraña del problema económico"<sup>7</sup>.

En lo educativo, el proceso enseñanza-aprendizaje debe de priorizar objetivamente, las causas del por qué de la pobreza y el atraso cultural de cada uno de sus pueblos y propiciar la investigación científica de cada una de sus realidades sociales y naturales, con el objeto de incorporar tecnologías alternativas y apropiadas para el desarrollo de la producción. Sin olvidar por ello, que el ideal pedagógico de los países de la unidad, deberá de hacer énfasis en la relación educación-sociedad y en el crecimiento económico al servicio del desarrollo humano. La misión de la educación llevará a la consolidación de los países de la unidad a concretarse en una sociedad justa y próspera, en la que prevalecerá la comunión de la sociedad con la naturaleza. El respeto a los derechos de la mujer, del niño, de las personas de la tercera edad y de los derechos humanos en general.

La propuesta estima, que es inconcebible que unas cuantas potencias decidan el destino del grueso de la humanidad, o que sean los organismos internacionales, los que determinen la orientación y las decisiones, de la política económica que marca el atraso de los países pobres.

<sup>7</sup> Montenegro, Walter. *Introducción a las doctrinas político-económicas*. Fondo de Cultura Económica, México 1984 (Colec. Biblioetca Joven N° 19)

## Taller literario de Derecho

*Sin la mas mínima intención de remedar Dinosaurios del pasado, volvemos a la palabra y a la estrella. Lo hacemos por dos caminos: uno el de la poesía: forma en que intentamos recrear la realidad dada, al no estar conformes con la misma, la recreamos e inventamos, ya que sin más deber el escritor sale sobrando. El otro camino es el del hacer cotidiano del hombre y la mujer en un solo misterio y un solo reposo. Nuestra praxis poética que taladra los días y los años, los siglos para apuntar los nombres mas rojizos del aire.*

*La historia que salta de los labios de este tiempo hasta la luz, no es una historia extraña, sucede que la Facultad de jurisprudencia y Ciencias sociales que guarda en sus paredes los ecos de la voces violentas, romanceras y solitarias de poetas, de abogados o estudiantes de derecho de nuestro país, quiso congraciarse una vez más con la poesía -claro está a empujones nuestros-y dar cabida al "Taller Literario de derecho", creado en 1985 en seno*

*de la Asociación de Estudiantes de Derecho, integrado por varios estudiantes que hoy se reincorporan en su carácter de abogados o docentes de las Ciencias Sociales.*

*Así se viene encima esta página literaria, que toma por asalto premeditado la Revista de Derecho con miras a pervertirla, tocarla con las manos limpias de nuestra palabra. En todo caso es un esfuerzo por abrir espacios a las letras de los estudiantes o profesionales del Derecho y las Ciencias Sociales para que puedan expresar en lenguaje poético sus razones de existir o inexistir, su manera de andary desandar el mundo, para echar sus flores en el laberinto de estos días de nadie, aplicar el ácido sulfúrico al vientre de la muerte: Globalización del hambre y de los profundos olvidos. Para poner nuevas raíces a la historia con lunas e infinitos. Para colocarle de nuevo la letra "A" a la palabra Patria, Amor..."Vaya". También a esta Esperanza.*

## **ANTE UNA VENUS DE CARNE**

*Recorro tu cuerpo fresco  
Con suavidad de rosa mañanera  
Contemplo la armónica curvatura  
De tus caderas venusinas  
Mientras dos volcanes  
Se yerguen como conos perfectos*

*Luego admiro un remanso  
De cabellos partiendo de la comba  
Hermosa de tu frente  
Que se despeñan abruptos  
Sobre una blanca espalda marmoleada*

*Manos*

*Pies*

*Muslos*

*Conforman una fina sinfonía  
En que sexo y poesía  
Se entrecruzan con la bella policromía  
De tus ojos  
Que de color varían  
Cuando el sol se complace en jugar con ellos.*

*Así te admiro bella amada mía;  
Y no sonrías cuando escuches estos versos  
Pues me detengo en tu boca  
Y no tendría adjetivos para esos labios  
Y dientes hechos para el amor*

**Darío Villalta Baldovinos**

## **A VECES**

*A veces el cielo se pone tenso  
Duro  
Saca a relucir  
Su fuego y su sarcasmo*

*A veces el cielo es una piedra  
Y sus calores llegan  
A esta mano abierta  
A esta piel  
Reseca  
Que vuela en sus fantasmas*

*Sin embargo a veces  
El cielo azul  
Transita en un avión ruidoso  
En esa lluvia tantas veces esperada  
En la marea verde de las  
Esperanzas  
En tus ojos  
Pequeños y punzantes*

*Y el pájaro rojo del atardecer  
Disfruta de su nube*

*Y vuela  
En su cielo  
Hacia la noche  
Mientras tomo tu talle y caminamos  
Hacia el negro firmamento de la  
oscuridad gozosa  
Hacia tu cielo que bebo trago a trago*

*A veces  
El cielo llega despacio  
Con pasos de gato blanco  
Sobre la aurora  
A veces tú eres mi cielo  
Donde me hundo y me sumerjo  
Donde me encuentro y desencuentro  
Donde me canto y desencanto*

*Sin embargo  
A veces el cielo se pone tenso  
Pero te busco allí  
Azul  
Como el iris  
Que florece*

**Heriberto Montano**

## MORUCHA

A Silvia Patricia.

*El ángel de tu gracia  
tocó las alas de mi vida,  
hizo dulce mi tiempo.  
El aroma de tu ternura,  
envidia de las flores,  
hizo cabriolas en el rostro del viento  
y navegaron travesuras  
en el mar limpio de mi amor.  
Tocabas mi puerta y soltabas tu risa,  
que se alejaba envuelta en bullicio  
y se acomodaba felizmente  
en mi corazón.*

*Tocabas mi puerta  
y alineabas las rosas,  
separabas las mariposas  
del tedio.*

*Te bañabas en gracia....  
Sí, tu luz, Inquilina eterna  
tocabas mi puerta para unirte al hilo  
de la existencia,  
justamente,  
cuando el mundo  
desgarraba al dolor.  
Tu estrella,*

*-que agradezco fervientemente-  
me regaló un paréntesis,  
una canícula, un descanso,  
hizo de tu gracia mi alimento  
y bebieran mis ojos tu ternura.  
Tocabas la puerta de mi vida  
Y llevabas tu ángel de algodón,  
dejabas que el viento  
fiesta hiciera en tu cabello,  
con sus dedos de felpa hacia rizos  
y quedabas tiernamente insoportable.  
Hoy... abrazo la cintura del día  
y el horizonte me grita el atardecer,  
oigo tus pasos,  
cubren la hojarasca  
que deja mi presente,  
mientras tu luz disipa mis sombras,  
Morucha corazón de rosa,  
algarabía de cuentos,  
desfile de travesuras,  
porción despierta de mi andar,  
suspiro rojo de mi río,  
cristal de ilusión...  
Tiernamente insoportable...*

## **SORBIENDO LAS HORAS**

He bebido muchas horas de camino  
y el cansancio toca mis fortalezas.  
he sentido llover sangre  
en mi memoria e inundarse  
la flor en lágrimas,  
y con este rostro,  
imagen huérfano del mundo,

he amado profundamente  
sin esperar que me saquen  
tu espina de mi dolor  
ni que mis ojos sean cerrados  
cuando mi silencio se derrame  
en todo mi cansancio.

**Leonardo Ramírez Murcia**

## **CUARTO CRECIENTE**

Decime si escuchas mi canto en tu llovizna  
si aún andan descalzos mis pies sobre tu tiempo

¿Por qué me estás doliendo hasta en la sombra?  
¿por qué está tu paisaje guardado en mis ojeras?  
¿Por qué siguen tus niños de mesones  
pudriéndose en la ausencia...?

¿Por qué no traje mayo tus pardos ojos de agua...?  
¿Por qué no encuentra faros  
en tu puerto la esperanza...?

¿Por qué lloran tus ríos el invierno...?

Por qué no se sonrojan tus mejillas  
y el amor anda sucio  
con su rostro de niño  
dormido en las aceras..

Decime si tu tiempo aún guarda mis segundos  
si el mañana se sigue pareciendo a vos..  
muchacha con senos de volcán  
sumergida en la hierba.

**Julio Alfredo Olivo G.**

## **DEL OUDIO Y SUS DESAGÜES**

*Odio la quietud de un Cementerio  
La pobreza en las alas de un Milagro  
Odio las madrugadas sin tí  
el frío adiós de un barco sumergido*

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

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

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

*Odio los días amargos del Obrero  
La mejilla que besa el asesino  
Los héroes cuando esconden el cariño  
Y los ojos apagados de los muertos*

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

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

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

*Odio el amor y todas sus diabluras  
La noche cuando apaga sus estrellas*

*El Odio con todos sus diluvios*

*Odio, esta palabra: OUDIO*

**Julio Alfredo Olivo G.**

## **AMOR EN AZUL\***

*Adivino tu rostro  
Encarnado de mañana amanecida,  
Tu bello andar.  
Azul energía y vida  
Tu espigado cuerpo azul.*

*¡ Ah, mi pequeña chispa azul !  
Que ilumina la tarde azul,  
Cuando el amor derriba  
En besos la tristeza cotidiana  
De mirada tersa azul.*

*¡ Te quiero azul,  
en verano cernido en azul!  
Te quiero en noche clara azul  
De aroma de abejas  
De oro que reaniman  
El interminable azul.*

*Se fijó en la mejilla  
Este corazón desvalido  
De trastorno amoroso azul.*

*En el resguardo profundo  
Del azul de tu mirada  
De claridad azul, azul, azul.*

**Alberto Orellana Ramírez**

---

\* Del libro "Antología de la Locura".

## **SILUETA ANTIGUA**

*Evocación del tiempo en que eras un sueño,  
No obstante que ya existías;  
Recuerdo impreciso del espacio  
En que nos emborrachábamos de sol  
En la arena caliente del ocio;  
Se esfumó la silueta antigua  
De carnes bronceadas;  
Pero al murmurar tu nombre  
éste atrae el recuerdo de la arena,  
cálida en las rodillas,  
huidiza y apretada  
en el hueco de las manos...*

**Tito Alba**

## **MAREA ALTA**

*La gran marea portadora de lluvia  
Rompe el frágil nudo de mis recuerdos,  
El viento se esfuerza en agitar  
Las picadas olas  
Que besan las arenas  
Y surcan la playa de espumas y ventisca  
Formando una franja de arco iris,  
Que te hace flotar en las aguas paralelas;  
Oigo el monótono tronar del flujo y reflujo;  
Y sus blancos corceles desenfrenados nos asustan;  
Ya no desafiamos los flecos arenosos  
Que bailotean impotentes  
En las escarpadas orillas de la playa...;  
Huimos del estaño jaspeado del cielo  
Y del lívido plomo del mar...*

**Tito Alba**

## **ESCUCHA HIJO**

### **Para todos los jóvenes del mundo**

Hijo, eres joven  
De cuerpo y espíritu  
Y vistas galas  
De la mejor edad.

Estás en la época de la rebeldía,  
Del cambio continuado,  
De la evolución constante;  
Eres la flor que emerge de la  
primavera.

Para tí toda quimera  
Se puede convertir en realidad  
Y toda la utopía es real,  
Los sueños no existen, son verdad.

Te felicito; pero recuerda,  
Esa juventud termina con los años,  
Es un divino tesoro que se extingue  
Como la noche extermina al día.

Pero hay una juventud, que tú la  
tienes,  
Más poderosa, que no finaliza  
Sino con la muerte  
Cuando ésta nos llama

Es aquélla que no nace con la edad,  
Se hace con el lama, con el  
pensamiento,  
Renaciendo siempre a través de los  
años,  
Viviendo cada día un nuevo

amanecer.

Aquélla que ve siempre molinos de  
viento  
Que vencer, entuertos que lavar,  
Pobres que ayudar  
Y conocimientos que alcanzar.

Aquélla que convive con el tiempo,  
Que siempre está a la vanguardia;  
Pero no de las causas injustas  
Sino de las nobles y hermosas.

Aquélla que hace que llores por el  
débil,  
Que niega la injusticia  
Dándole arrojo para combatirla,  
Y te hace creador como un nuevo  
Prometeo.

Aquélla que te dice que si todo  
cambia  
Tu también has de cambiar;  
La que te dice que todo se renueva  
Y el fin del conocimiento no existe.

Esa juventud hijo, no termina  
Cuando la primavera llega a ser  
invierno;  
Esa juventud no finaliza,  
Está siempre contigo, si lo quieres.

**Dario Villalta Baldovinos**



Esta revista se terminó de imprimir en la Editorial e Imprenta de la Universidad de El Salvador, en enero del año 2000. San Salvador, El Salvador, C. A.

Cantidad: 600 ejemplares.

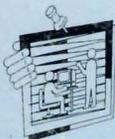


# DERECHO



## INDICE

	<b>Pág.</b>
<i>Presentación</i>	
<i>In Memoriam</i> .....	5
<i>Introducción</i>	
<i>Vida Privada y Pública Presidencial:</i> <i>Clinton, Francisco Flores y Hugo Chávez</i> .....	7
<i>Héctor Antonio Hernández Turcios</i>	
<i>Filosofía del Derecho</i>	
<i>DERECHO, ETICA, JUSTICIA E HISTORIA</i> .....	11
<i>Jorge Arias Gómez</i>	
<i>Teoría del Estado</i>	
<i>EL ORIGEN DEL ESTADO DE EL SALVADOR</i> .....	23
<i>Darío Villalta Baldovinos</i>	
<i>Derecho Penal</i>	
<i>LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO</i> <i>PROCESO PENAL</i> .....	35
<i>Gilberto Ramírez Melara</i>	
<i>Introducción a la Teoría del Derecho</i>	
<i>EL DERECHO EN TIEMPOS DE TRANSICION</i> <i>ENTRE DOS ERAS</i> .....	39
<i>Carlos Fernández Sessarego</i>	
<i>Ciencia Política</i>	
<i>LA POLITICA YA NO ES LO QUE FUE</i> .....	53
<i>Norbert Lechner</i>	
<i>Derecho Penal</i>	
<i>CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN</i> <i>LA RESPONSABILIDAD PENAL</i> .....	65
<i>Elías Miguel</i>	
<i>Filosofía de la Educación</i>	
<i>DIAGNOSTICO Y PROPUESTA DE DESARROLLO</i> <i>PARA PAISES COMO EL SALVADOR</i> .....	77
<i>Ovidio Villafuerte</i>	
<i>Taller Literario</i>	
<i>Varios autores</i> .....	83



Imprentando sus ideas ...  
con imagen

**Editorial e Imprenta Universitaria**

CHAPTER 10

10.1

Let  $f(x) = x^2 + 2x + 1$ . Then  $f(x) = (x+1)^2$ .  
The graph of  $f(x)$  is a parabola opening upwards with vertex at  $(-1, 0)$ .  
The x-axis is the line  $y = 0$ . The graph of  $f(x)$  is above the x-axis for all  $x \neq -1$ .  
The only point where the graph touches the x-axis is at  $(-1, 0)$ .