

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS Y HUMANIDADES
MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y EDUCACION
PARA LA PAZ**



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**“ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN
EL SALVADOR A LA LUZ DE LA NORMATIVA PENAL FRENTE
AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS”**

TESIS PRESENTADA POR:

ARAUJO SERPAS, MANUEL ANTONIO

CARNE: AS04042

HERNÁNDEZ VENTURA, FRANCISCO ANTONIO

CARNE: HV97005

**PARA OPTAR AL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS Y EDUCACION PARA LA
PAZ**

ASESORA:

MSC. CRISTINA POSADA VIDAURRETA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, ABRIL DE 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD DE CIENCIAS Y HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA
MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN PARA LA PAZ
RECTOR
ING. RUFINO ANTONIO QUEZADA
VICE – RECTOR ADMINISTRATIVO
MASTER OSCAR NAVARRETE
SECRETARIA GENERAL
LICDO. DOUGLAS VLADIMIR ALFARO

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y HUMANIDADES
DECANO
LICDO. JOSÉ REYMUNDO CALDERON MORÁN
VICE – DECANO
DOCTOR CARLOS ROBERTO PAZ MANZANO

SECRETARIO
MASTER JULIO CESAR NAVARRETE RIVERA
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA
DOCTOR ADOLFO BONILLA

COORDINADOR DE LA MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS Y
EDUCACIÓN PARA LA PAZ
MASTER LUIS GUILLERMO LÓPEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO
LICDA. CRISTINA POSADA VIDAURRETA

INDICE

Págs.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y

DESARROLLO HISTORICO FILOSÓFICO

DE LA LIBERTAD

1.1 Introducción.....	1
1.2 Planteamiento del Problema en General.....	3
1.3 Problema Específico a Estudiar.....	6
1.4 Formulación de la Hipótesis.....	6
1.5 Objetivo de la Investigación.....	7
1.6 Metodología de la Investigación.....	8
1.7 Unidades de Observación.....	8
1.8 Población y Muestra.....	9
1.9 Alcance y Limitaciones.....	9
1.10 Técnicas e Instrumentos.....	10
1. 11 Aproximaciones Conceptuales.....	10
1. 12 Desarrollo Histórico de la Libertad.....	15
1.12.1 La Libertad en la Antigüedad.....	16
1.12.1.1 Grecia y Roma.....	17
1.12.1.2 El Aporte del Cristianismo Primitivo y Patrística.....	21
1.12.2 La Edad Media. 476 D. de C.....	24

1.12.3 Aporte de los Enciclopedistas al Desarrollo de la Libertad...	29
1.12.3.1 Jean Bodin (1530 – 1596).....	30
1.12.3.2 Thomas Hobbes (1588 – 1679).....	32
1.12.3.3 John Locke (1632 – 1704).....	37
1.12.3.4 Análisis comparativo del pensamiento de Thomas Hobbe y John Locke en relación a la libertad.....	45
1.12.3.5 Juan Jacobo Rousseau (1721 – 1778).....	49
1.12.4 La Libertad Individual en las grandes Declaraciones: Francia, Inglaterra y Estados Unidos.....	55
1.12.4.1 La Libertad en las Declaraciones Inglesas.....	55
1.12.4.1.1. La Carta Magna (1215)	56
1.12.4.1.2 La Petition Of Right de 1628.....	58
1.12.4.1.3 El Habeas Corpus Amendment Act (1679).....	59
1.12.4.1.4 Bill of Rights (1689).....	60
1.12.4.2 La Revolución Americana.....	63
1.12.4.3 La Declaración de Independencia de los Estado Unidos (4 de julio de 1776).....	64
1.12.4.4 La Constitución Americana de 1787.....	65
1.12.4.5 La Libertad en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.....	66
1.12.4.6 Desarrollo Histórico Constitucional de la Libertad en el Ordenamiento jurídico salvadoreño.....	73

1.3 Algunas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas que atentan contra la Libertad Individual.....	78
--	----

CAPITULO II. PRESUPUESTOS PARA RESTRINGIR LA LIBERTAD

A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Y NACIONAL DE LOS ESTADOS

2.1 Límites de las Administración Pública en la Constitución salvadoreña de 1983.....	82
a. Principio General de la Libertad.....	95
b. Principio de Legalidad.....	97
c. Principio respecto a la Dignidad.....	98
d. Principio de Igualdad.....	98
e. Principio no retroactivo del Derecho.....	99
2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	103
2. 2.1 Limitaciones o restricciones en condiciones normales u ordinarias a los Derechos Humanos.....	104
2.2.1 Alcance.....	104
2.2.2 Forma.....	106
2.2.3 Las limitaciones a los Derechos Humanos bajo estados de excepción.....	107
2.3.4 Límites a las detenciones Programadas Masivas o Colectivas.	114
2.4 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	117

2.5 La Comisión de Derechos Humanos (ONU).....	118
--	-----

CAPITULO III. ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS

3.1 Análisis e Interpretación de datos.....	121
---	-----

3.1.1 Análisis de los resultados de la Entrevista.....	121
--	-----

3.12.2 Análisis de los resultados de la Entrevista (Aporte de los responsables de la investigación).....	147
---	-----

CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLOGRAFÍA

ANEXOS

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación hace como suyo un tema interesante, actual, en el que se pretende identificar si las nuevas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas están correlacionadas con la Constitución de la República y demás normativa internacional que atañe al derecho de la Libertad Individual.

Sin embargo, no solo se trata de un típico trabajo de investigación orientado a un examen normativo, aunque necesariamente de semejante enfoque no puede estar ausente, sino se pretende contextualizar una época de profunda involución y regresión (en materia de libertades, derechos fundamentales y garantías procesales penales) para situar al menos el problema el cual se representa en la hipótesis o interrogante para la reflexión: ¿En qué medida la Libertad Individual se ve limitada a la luz del análisis de las nuevas reformas penales y disposiciones administrativas frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?.

Sin embargo, tal problemática no es ajena a la idea de que desde hace unos años se observa una estrategia departe del Estado, y en especial el gobierno en lo atinente a la delincuencia, la cual ha venido progresando y se nos presenta como la solución a la problemática de inseguridad, y que la practica más recurrente esta orientada a la utilización cada vez más constante del sistema penal para la regulación y por ende solución de la conflictividad social.

La práctica de las políticas de seguridad ha tomado el campo de atención de toda la sociedad, hasta el punto de convertirse en herramienta del gobierno, en promesa electoral, o como los doctrinarios le denominan modernamente “populismo punitivo”, lo que sucede no solo en El Salvador sino a escala global.

En razón de lo antes expuesto, para lograr los objetivos de este estudio, se ha dividido en cuatro grandes capítulos.

En el primero se presenta algunas aproximaciones conceptuales respecto al derecho humano a la Libertad Individual, tomando en cuenta la aportación de los estudiosos en la materia, además de vertir la aportación y análisis propios de los investigadores respecto a definir la Libertad Personal o Individual.

Asimismo se presenta un recorrido histórico, en lo posible, resaltando los principales hitos del desarrollo de la Libertad como valor jurídico filosófico, la que tiene sus raíces en primer lugar en las reflexiones y los aportes de los antiguos, es decir a los griegos y romanos.

Se incluye el aporte del periodo que corresponde al cristianismo primitivo y patrístico, debido a que sienta un precedente de mucha importancia en el análisis de la temática, sobre todo porque para algunos estudiosos en la materia los Derechos Humanos son fruto del pensamiento cristiano.

No obstante el desarrollo que se puede prever a nivel evolutivo respecto a los Derechos Humanos, la historia ha demostrado que han existido retrocesos, lo que se refleja en el período denominado como de la Edad Media (476 D. de C -

1453 D. de C), y en el que existe un desconocimiento y menosprecio a los mismos.

Enseguida se desarrolla el aporte doctrinario desde el punto de vista filosófico respecto de la Libertad y por ende de los Derechos Humanos a partir del siglo XVII; destacándose el de Thomas Hobbes, John Locke, Jean Bodin, Juan Jacobo Rosseau, entre otros, cuyos escritos son la semilla para que los derechos y libertades del hombre se desarrollen y se reconozcan en textos constitucionales en adelante.

Por lo que el aporte de los filósofos del siglo XVII sirve de fundamento para que posteriormente en el siglo XVIII se materialicen los Derechos Humanos a través de movimientos políticos y declaraciones históricas, como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Revolución Francesa en 1789.

En el siglo XX las democracias incipientes de América Latina insertaron en sus Constituciones el valor jurídico de la Libertad, al menos en el sentido teórico. A su vez, éste fue el siglo que vio consolidarse a una amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales que desarrollaron la Libertad como valor jurídico fundamental.

Por otro lado y en lo que corresponde al segundo capítulo, los responsables de la investigación consignan, lo atinente a los límites para la

restricción de la Libertad Individual, basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Constitución de la República.

Destacándose entre otras cosas, las citas de abundante jurisprudencia de los organismos internacionales, tales como: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, desarrollando algunos criterios que sirven para restringir el derecho humano a la Libertad, y en especial a la Libertad Individual o Personal.

En el capítulo tercero, como suele ser de rigor se registra el Sistema de Hipótesis y la Operacionalización de variables, así como el tipo de investigación, a más de presentar el análisis y la interpretación de los datos obtenidos en el trabajo de campo.

Finalmente, son consignadas las conclusiones y recomendaciones, producto del proceso investigativo, con lo que se prueban las hipótesis en sentido positivo.

CAPITULO I. APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y DESARROLLO

HISTORICO FILOSÓFICO DE LA LIBERTAD

1.1 INTRODUCCIÓN

Habiendo discurrido sobre el concepto libertad según las percepciones que históricamente se han dado, inclusive, el abordaje evolutivo que el término ha tenido, lo cual el equipo ha plasmado en el primer capítulo de este estudio, dentro del cual también se vertieron las aportaciones y análisis propios del grupo investigador, se procede a analizar e interpretar los datos recogidos en el correspondiente trabajo de campo.

A través del abordaje evolutivo de la libertad se describe a grande rasgos la evolución histórica del derecho a la libertad, tomando en cuenta los aportes de los antiguos, es decir a los griegos y romanos,

En ese orden de ideas, el periodo que corresponde al Cristianismo primitivo y Patrístico sienta un precedente de mucha importancia en el análisis de la temática, sobre todo porque para algunos estudiosos en la materia los Derechos Humanos son fruto del pensamiento cristiano.

Sin embargo, la historia no siempre a registrado saltos importantes en el desarrollo de los Derechos Humanos, situación que se refleja en el período que se conoce como de la Edad Media (476 D. de C - 1453 D. de C), puesto que es en este período cuando existe un desconocimiento y menosprecio a los mismos.

Enseguida, se retoma el aporte de los enciclopedistas al desarrollo de la Libertad, debido a que sus obras contribuyeron al desarrollo de los Derechos Humanos a partir del siglo XVII; destacándose algunos de los doctrinarios como: Thomas Hobbes, John Locke, Jean Bodin, Juan Jacobo Rosseau, entre otros, cuyos escritos son la semilla para que los derechos y libertades del hombre se desarrollen.

Por último, es imprescindible considerar las declaraciones francesa, inglesa y norteamericana en relación al derecho a la libertad, sobre todo por el aporte que dan al desarrollo del constitucionalismo moderno.

No obstante, procede reseñar que también en el capítulo anterior se detalló algunos límites a la restricción de la libertad individual, basados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Constitución de la República.

Por lo que se citó alguna jurisprudencia de los organismos internacionales, tales como: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, con la finalidad de sistematizar algunos presupuestos para restringir el derecho humano a la Libertad, y en especial a la Libertad Individual o Personal.

Lo anterior, en buena medida sienta las bases de lo que el equipo investigador pretende corroborar o probar en el presente capítulo, para lo cual, como se verá en el apartado correspondiente, se ha auxiliado de las personalidades que por razón del cargo, de la experiencia, de la preparación

teórico- científica, o de las tres cosas, aportan sus apreciaciones para enriquecer la presente investigación.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN GENERAL.

La Libertad como valor jurídico filosófico tiene sus raíces en primer lugar en las reflexiones Thomas Hobbes, John Locke, Jean Bodin, desde el punto de vista filosófico en el siglo XII; lo cual sería materializado en el siglo XVIII a través de movimientos políticos y declaraciones históricas, como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Revolución Francesa en 1789.

Durante el siglo XIX, tanto en Europa como en América del Norte se da una serie de altibajos en el ámbito práctico respecto a la libertad.

En el siglo XX las democracias incipientes de América Latina insertaron en sus Constituciones el valor jurídico de la Libertad, al menos en el sentido teórico. A su vez, éste fue el siglo que vio consolidarse a una amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales que desarrollaron la Libertad como valor jurídico fundamental.

Pero ésta Libertad se presenta como una potestad inseparable de la naturaleza humana, así como de ser elemento esencial de la persona humana que permite su desarrollo pleno¹, y que constituye la idea rectora del Estado de

¹ www.conabip.gob.ar/sic/sitio/liberta_y_seguridad.htm.

Derecho; consagradas en las Constituciones nacionales, y en las Convenciones Internacionales en materia de Derechos Humanos; razón por la cual se ha visto amenazada, desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos y dictatoriales y autocráticos no solamente en Europa, sino también en América Latina .

En razón de lo anterior, es preciso que se comprenda que la libertad se presenta como una potestad inseparable de la naturaleza humana, con carácter complejo debido a sus múltiples aspectos de aplicación y desarrollo, como también el de ser elemento esencial de la persona que permite su desarrollo pleno,²

Por consiguiente, en el presente estudio investigativo se hace necesario aclarar que si bien el derecho de la Libertad es muy amplio y de muchas facetas, con el desarrollo del presente estudio científico se pretende explorar sobre un ámbito en especial de la Libertad, y es el que corresponde a la Libertad Individual o Personal.

De manera que, el presente trabajo investigativo es motivado por un lado, en contextualizar la obligación del Estado de garantizar la seguridad de las personas, y por el otro, la que corresponde a limitar por parte del Estado ciertos ámbitos de ejercicio de la Libertad Personal en función de garantizar derechos fundamentales, tomando en cuenta los principios rectores dentro de un Sistema Social Democrático que no anule el derecho en análisis

² http://www.conabip.gov.ar/sic/sitio/libertad_y_seguridad.htm

Por otro lado, se trata de investigar posibles consecuencias de las reformas legales y Administrativas, tanto a en el contexto actual como para el futuro, por ejemplo en lo que respecta a la concesión o denegación de la prisión preventiva, clasificación de los reos, traslados, el rol de los jueces penitenciarios, formación educativa, visita intimas entre otras.

En esa línea de pensamiento, y no menos importante se pretende analizar indicios que establezcan si la estrategia de parte del Estado, y en especial si el gobierno a través de las Políticas Públicas y en este caso la Política Criminal, le ha apostado a que la solución al problema de inseguridad está en la práctica, en la utilización cada vez más constante del Sistema Penal para la regulación y por ende solución de la conflictividad social.

Por lo que, también es imprescindible determinar a través de la presente investigación, si la reformas legales y administrativas, están violentando normas o principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

No solo se trata de un típico trabajo de investigación orientado a un examen normativo, aunque necesariamente de semejante enfoque no puede estar ausente. Se pretende contextualizar una época de profunda involución y regresión (*en materia de libertades, derechos fundamentales y garantías procesal – penal*) para situar al menos el problema el cual se presenta en la hipótesis o interrogante para la reflexión: ¿En qué medida la Libertad Individual se ve limitada a la luz del análisis de las nuevas reformas penales y

disposiciones administrativas frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

1.3 PROBLEMA ESPECÍFICO A ESTUDIAR.

¿En qué medida la libertad Individual se ve limitada a la luz de las nuevas reformas penales y disposiciones administrativas frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

1.4 FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

- Hipótesis General.

“Las nuevas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas atentan contra la Libertad Individual, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

1. Variables de la Hipótesis General.

Variable Independiente (VI)	Variable Dependiente (VD)
- Las reformas Penales.	– Atentan contra la Libertad Individual.
- Disposiciones Administrativas.	– Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. Indicadores.

X ₁ Nuevas Reformas Penales	Y ₁ Política Criminal.
X ₂ Disposiciones Administrativas.	Y ₂ Libertad Individual.
X ₃ Legitimidad de Reformas Penales y Administrativas.	Y ₃ Libertad Individual.
X ₄ Reformas Penales	Y ₄ Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
X ₅ Reformas Penales	Y ₅ Política de Prevención.

1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

Objetivo General.

- Identificar si las nuevas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas están correlacionadas con la Constitución de la República y demás normativa internacional que atañe al derecho de la Libertad Individual.

Objetivos Específicos.

1. Analizar las características de la Libertad Individual a través de un recorrido histórico y de la consulta a los tratadistas contemporáneos.
2. Identificar posibles violaciones Penales y Administrativas, respecto de la Libertad Individual en la realidad salvadoreña, principalmente el periodo que comprende del año 2006 al 2007.
3. Determinar en que aspectos las nuevas Reformas Penales riñen con la Constitución de la República y la normativa internacional referida a la Libertad Individual.

4. Determinar en que aspectos las nuevas Reformas Administrativas riñen con la Constitución de la República y la normativa internacional referida a la Libertad Individual.

1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación ha sido realizada mediante procesos de recolección de información secundaria o bibliográfica, es decir, accedendo toda documentación encontrada en libros, tesis, incluso internet, evitando no obstante en la medida de lo posible que ésta se tornase en una investigación meramente teórica.

1.7 UNIDADES DE OBSERVACIÓN

Las principales unidades de observación y de análisis que en gran medida están involucradas en el problema investigado son:

- 1.7. 1Juzgados Primero de Paz de San Salvador;
- 1.7. 2Juzgados de Instrucción de San Salvador;
- 1.7. 3Juzgados de Sentencia de San Salvador;
- 1.7. 4Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos;
- 1.7. 5Procuraduría General de la República;
- 1.7. 6Fiscalía General de la República;
- 1.7. 7Unidad de Estudios Juveniles, de la Corte Suprema de Justicia.
- 1.7. 8Cámara Segundo de lo Penal de San Salvador.

1.8 POBLACIÓN Y MUESTRA

En la presente investigación se ha entrevistado a un juez, de Paz, de Instrucción, de Sentencia, de la Cámara de lo Penal, así como al Procurador Adjunto del Área Penal y Defensoría Pública, de la Procuraduría General de la República, de igual forma se entrevisto al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y al Coordinador de Fiscales, de la Fiscalía General de la República, habiendo un total de ocho entrevistados.

1.9 ALCANCE Y LIMITACIONES

La presente investigación fue realizada entre enero de 2006 y enero de 2007, ya que el interés de la presenta investigación es conocer las variaciones de la problemática en estudio en el transcurso del tiempo, por lo que el carácter de este estudio es longitudinal. Aun cuando para su debida sustentación, necesariamente se ha acudido al referente más o menos inmediato del último quinquenio.

Por haber sido ésta realizada en el área metropolitana de San Salvador, su alcance geográfico incluye solamente la capital salvadoreña.

En cierto sentido, para su realización se enfrentó a la limitante de que algunos Tribunales, se nos presentó la poca disponibilidad y la alta burocracia para obtener la entrevista que obedecía a intereses educativos.

1.10 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Para la recolección de la información primaria o de campo los responsables de la investigación han trabajado, por una parte, con la técnica de la entrevista, la cual, como se verá en los anexos fue dirigida a jueces y abogados, instrumento que contiene preguntas abiertas.

Para fundamentar la parte teórica de este estudio se acudió a abundante bibliografía especializada, la cual se consigna en la parte respectiva de la presente tesis.

1. 11 APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Previo a considerar alguna definición sobre el derecho a la libertad humana, es importante denotar que el mismo es uno de los conceptos prácticos fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser ilimitado debido a que casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con él.

En ese sentido, es imposible caracterizar con mayor precisión la connotación emotiva de la palabra “Libertad”. Quien designa a algo como “libre”, por lo general, no sólo lo describe sino que expresa también una valoración positiva y crea en los escuchas un estímulo para compartir esta valoración. Sin embargo, esta es posiblemente una de las razones de la persistencia de la polémica acerca del concepto de Libertad y de la predilección de que goza su uso.³

³ ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Año. 1993. Pág. 211

En razón de lo antes expuesto, en este apartado se hace imprescindible como responsables de la presente investigación definir qué es la Libertad Individual o Personal, a través de considerar los distintos aportes de la doctrinarios.

Según Ignacio Burgoa, previo a definir la libertad humana, hace las consideraciones siguientes:

- a. Señala la libertad humana como una condición “*sine qua non*”, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su propia personalidad y generando las bases para lograr la felicidad. Esa condición “*sine qua non*” de la libertad en el desarrollo de la propia individualidad, encuentra su sustrato evidente en la misma naturaleza de la personalidad.

En ese sentido, los fines o propósitos deben ser forjados por la propia persona interesada, puesto que sería un contrasentido que le fuesen impuestos, ya que ello implicaría una barrera insuperable en el desenvolvimiento de la individualidad humana, constituyendo la negación a la misma la cual en términos generales “implica totalidad e independencia.”

De ahí que, la estimación Katiana acerca de la personalidad, en la que se le aprecia como una auto – fin humano, esto es, que el hombre constituye un fin en sí mismo y no un mero medio para realizar otros propósitos, que se suponen impuestos.⁴

⁴ BURGOA, Ignacio. “*Las Garantía Individuales*”. Año. 1979. Pág. 20

b. Si imaginamos a la persona humana limitada a realizar ciertos fines determinados, de antemano sin intervención de su libre albedrío, se destruiría la personalidad, ya que en tal hipótesis el sería empleado como un mero medio de realización de otros propósitos no constituyendo, por ende, un fin en sí mismo (*auto – fin*), a través del cual escribe su propia evolución.

En razón de lo antes expuesto, Ignacio Burgoa define a la libertad humana bajo dos puntos de vista:

1) La libertad que considerada como un proceder moral o interno de la persona, la cual implica que: “En la escogitación de medios o conductas para realizar los fines se debe obedecer al juego del libre albedrío del hombre, en cuya práctica consiste la conducta humana, tanto interna (moral) como externa (social).⁵

Tomando como base ésta definición, la persona es “autónoma”, puesto que tanto desde el punto de vista objetivo, en la formulación de sus propias normas que regulen su actividad externa dirigida a la cristalización de sus fines, su conducta respectiva siempre es normada por disposiciones, reglas o ideas que ella misma se crea o forja.⁶

Pero una libertad no abstracta, como absoluta e ilimitada indeterminación, sino libertad encajada en una circunstancia, entre cuyas posibilidades concretas tiene que optar. “Agregando que: por esencia el hombre es independiente y no siervo”⁷

⁵ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 20

⁶ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 20

⁷ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 20

2) La libertad social o externa del hombre. “Es una facultad autónoma de elección de los medios más idóneos para la realización de la teleología humana. Es decir, la facultad de elección frente a un número limitado de posibilidades”.⁸

Dichas posibilidades o libertades específicas, como las llamaremos, que en su conjunto constituyen, el medio general de realización de la teleología humana son, verbigracia, la libertad de trabajo, de comercio, de prensa etc., contenidas a título de derechos públicos individuales en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos.”⁹

Por otro lado, y en lo que toca a la igualdad, ésta es absolutamente necesaria para que se opere una auténtica libertad social humana, puesto que de no existir, esto es, en la hipótesis de que el individuo no se encuentre en un rango o situación equivalentes a los de sus semejantes, la actividad del que esté colocado en un estado desventajoso desde todos los puntos de vista con los demás, estaría coaccionada precisamente por todas aquellas circunstancias que componen la posición favorable, según el lado desde el cual se haga la consideración.¹⁰

Para Robert Alexy, señala que, previo a definir lo que se debe entender por libertad humana, es importante previamente un análisis de todo aquello que ha sido y es vinculado con la expresión “libertad” requiriendo una amplia filosofía jurídica, social y moral, aunque aquí solo interesa las posiciones

⁸ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 20

⁹ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 20

¹⁰ BURGOA. *Ibíd.* Pág. 21-22

jurídicas básicas. En este contexto, uno de los conceptos de libertad, el de la libertad jurídica, figura en primer plano.¹¹

Si se parte de lo antes expuesto, el concepto de libertad jurídica puede ser explicado de dos maneras: a) Se le puede presentar como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad. La primera manera de explicar el concepto de libertad, se simplifica en la relación triádica, entre el titular de una libertad (*o de una no – libertad*), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad.¹²

Es decir, ésta concepción esta referida a la libertad de las personas que en tanto titulares de la libertad. En ese sentido, la libertad de una persona: “es la suma de libertades particulares y la libertad de una sociedad, como la suma de las libertades de las personas que en ella viven.”

b) Se le puede basar directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de permisión jurídica. En esta línea de análisis, el concepto de libertad jurídica es concebido como parte integrante de uno más amplio, el cual ya fue agotado en el literal antes citado.

De manera que, se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. En ese sentido, cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una “libertad negativa en sentido estricto”, es decir, la que surge de la relación triádica de la libertad, colocando como objeto de la libertad alternativas de acción y como obstáculos a

¹¹ ALEXY. Op. Cit. Pág. 211

¹² ALEXY. Ibíd. Pág. 212

la libertad acciones de obstaculamiento por parte de tercero, sobre todo el Estado.¹³

Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la libertad jurídica es sólo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción.¹⁴

Por otro lado, cuando el objeto de la libertad es exactamente una acción, se hablará de “libertad positiva” como un concepto más restringido que el de “libertad negativa”, el cual puede ser representado como una relación triádica.¹⁵

En razón de lo antes expuesto, los responsables de la investigación son del criterio de que cabe establecer en primer término la siguiente definición operativa de lo que es la Libertad Personal o Individual: “Es la facultad inherente a la persona humana, que le permite la libre movilidad y el no estar sujeto a ningún espacio que restrinja o limite (*prive ilegal o arbitrariamente*) su libre tránsito, salvo disposiciones legales en contrario.”

1.12 DESARROLLO HISTORICO DE LA LIBERTAD

Previo al desarrollo de la temática indicada, es importante resaltar que la libertad en su desenvolvimiento práctico en la historia no ha seguido el mismo curso, situación que es reafirmada por algunos autores como Mario Solano¹⁶,

¹³ ALEX Y. Ibíd. Pág. 212

¹⁴ ALEX Y. Ibíd. Pág. 214

¹⁵ ALEX Y. Ibíd. Pág. 215

¹⁶ SOLANO Ramírez, Mario Antonio. “Estado y Constitucionalismo”. Pág.93

quien señala que: “la concepción de la libertad en los tiempos y a través de la historia nunca ha sido la misma”.

En tal sentido, resalta dos momentos históricos en el desarrollo de la libertad: Por una parte, refiriéndose a los antiguos, es decir a los griegos, destaca que la libertad era más vida política (únicamente para los ciudadanos, pues inclusive esos gobiernos de democracia directa descansaban sobre una sociedad esclavista).

Por otra parte, están los pensadores modernos quienes señalan que “...la libertad, los extremos de la libertad y su radicalidad, están en su vida privada (...) olvidándose de lo característico de nuestra libertad contemporánea que además de ser libertad también hay algo de sí en la misma de igualdad...”, y que “...el Estado en nuestros días interviene para protegerla activamente conjugando la libertad de unos con la libertad de otros, conscientes de que la libertad no es tal, sino es una libertad igual...”¹⁷

De manera que, ese alejamiento de la libertad debe intentar llegar a conjugarse. No porque sea lo característico de los estados de nuestros días, sino porque la vivencia histórica lo plantea, para lograr responder con mayor dignidad humana y a las necesidades de los hombres.¹⁸

1.12.1 LA LIBERTAD EN LA ANTIGÜEDAD

Cabe destacar que si bien el uso del término Derecho Humanos es contemporáneo, la preocupación por el hombre como un ser que tiene valor en

¹⁷ SOLANO. *Ibíd.* Pág.94-95

¹⁸ SOLANO. *Ibíd.* Pág.95

sí mismo es mucho más antigua, aunque no se trasladara a instituciones concretas.

1.12.1.1 Grecia y Roma. *La libertad para los griegos es más vida política y para los jurisconsultos romanos Libertad es el poder hacer todo lo que no está prohibido por las leyes.*

La historia de la Edad Antigua comprende principalmente la de los pueblos occidentales, Grecia y Roma, a los cuales caracterizó el modo de producción esclavista, cuyos rasgos fundamentales fueron: la existencia de la propiedad privada, la división de la sociedad en clases antagónicas (*esclavistas y esclavos*), lo mismo que la existencia del Estado y el Derecho.¹⁹

De manera que, en la edad primitiva del mundo no se advierte la existencia de este elemento social. Su primera aparición es coetánea con la formación de Grecia, debido a la emigración de Oriente: allí aparecen síntomas de libertad para la vida civil (*derechos políticos*) y para las bellas artes. En el pueblo de Roma brilla la libertad política (*la libertad como atributo esencial de la persona era de carácter civil y política*), muestra de ello el filósofo Ulpiano decía que: “según el derecho natural todos los hombres son iguales, todos nacen libres”.²⁰

Los juristas romanos siguieron muy de cerca a los estoicos al insistir en la semejanza fundamental y en la igualdad de los hombres, como producto del don de la razón, que le es común, y de su capacidad para desarrollarse y perfeccionarse a pesar de sus diferencias de aptitud. Ciertos juristas romanos

¹⁹ TESIS (1) Pág. 27

²⁰ SANTISTÉBAN, José Silva. “Filosofía del Derecho”. Pág.6

sostenían que ningún hombre es libre sino posee una parte de la autoridad política.²¹

Por otro lado, hay que agregar que no se tiene noticias de que en los pueblos antiguos hubiese existido un régimen gubernativo que de algún modo atendiera los derechos del hombre; aun en aquellos con gobiernos organizados, se ignoró la dignidad personal de los individuos particulares y el respeto que debe prestárseles por su calidad de ser humano.

En ese sentido, los gobiernos en sus múltiples y variadas clases eran autocráticos – teocráticos y despóticos, en los cuales al individuo no se le concedieron ni reconocieron por parte de los gobernantes, alguna clase de derechos dentro del ordenamiento jurídico existente; al hombre le fue negada su calidad de ser humano y los derechos inherentes a esa calidad.

Las desigualdades eran la base de estas sociedades, que se asentaban sobre los aportes de quienes eran iguales, llamados esclavos o no ciudadanos.²²

Sin embargo, se puede notar que en la antigüedad las corrientes de pensamiento de los griegos y romanos, aun cuando no se refirieron específicamente a lo que ahora se conoce como Derechos Humanos, expusieron las primeras ideas relativas a los mismos, resaltando ciertos valores como la dignidad humana, la justicia y la libertad. ²³

²¹ A. DAES, Erica Irene. “La Libertad del Individuo ante la ley”. Pág. 153

²² Tesis. (1) Op. Cit. Pág. 27 - 28

²³ Tesis. (1) Pág. 29

De ahí que, los romanos consideraron que la libertad es el poder hacer todo lo que no está prohibido por las leyes.²⁴

En tal sentido, los jurisconsultos romanos plantean una paradoja, al considerar por una parte, la libertad como la facultad de hacer lo que la ley permite, siendo ello comparable al despotismo establecido por la ley; y por otra, en la realidad el gobierno sigue siendo libre, con tal que el déspota obrase siempre conforme a la ley.

Asimismo, a pesar de los grandes aportes que legaron Grecia y Roma en razón de su filosofía y el derecho, se planteó una contradicción en cuanto al bienestar de sus ciudadanos y por otro sus Derechos Humanos; ya que el primero es producto de la enorme cantidad de esclavos, a los que se consideraba como objetos de derecho al mismo nivel de las cosas que se comerciaban.

Los responsables de la investigación, al haber presentado en este subapartado inicial un breve recorrido histórico de la materia indagada, hace las siguientes valoraciones:

Primero: En el desarrollo histórico de los pueblos de Occidente, Grecia y Roma, se destacan los primeros síntomas en la preocupación del hombre como un ser que tiene valor en sí mismo, al exponer las primeras ideas y resaltar ciertos valores como la libertad, la dignidad y la justicia.

²⁴ YANES, Javier Francisco. "Manual Político Del Venezolano." Año. 1985. Pág. 95

Sin embargo, aun cuando no se refirieron específicamente a lo que ahora se conoce como Derechos Humanos, el aporte está dado al exponer las primeras ideas y los primeros brillos de la libertad.

Segundo: En los pueblos antiguos se plantea una de tantas paradojas en el sentido de que por un lado, no existe un régimen gubernativo organizado que atendiera, concediera ni reconociera alguna clase de derechos al ser humano en el ordenamiento jurídico existente; e incluso en aquellos que carecen de gobiernos organizados, y por otro, aun cuando los gobernantes buscan el bienestar de los ciudadanos, éste sólo es posible mediante los esclavos, quienes eran considerados como cosas.

Tercero: El derecho a la libertad es definida por los romanos como la facultad de hacer lo que la ley permite, claro está que: “ello no es más que un despotismo establecido por la ley, que en la realidad el gobierno sigue siendo libre, aun cuando con tal libertad el déspota obrase siempre conforme a la ley.”²⁵

De manera que, es como considerar al imperio romano como las dos caras de una misma moneda, debido a que en una se dibuja el gobierno despótico establecido por la ley, y en la otra, el ejercicio del despotismo amparado en la ley.

Cuarto: Se ha creído que la libertad para los jurisconsultos romanos debía colocarse en las leyes y en su estricta y rigurosa observancia. “Pero si las leyes

²⁵ YANES. *Ibíd.* Pág. 95

no se cimientan en la justicia y equidad, lejos de ser el fundamento de la libertad, ellas serán el apoyo y sostén de la más dura y odiosa tiranía, pues no hay tiranía más detestable que la que se ejerce a la sombra de la ley y so color de justicia, porque entonces perecen los hombres”.²⁶

Quinto: En la definición de libertad planteada por los jurisconsultos romanos se consagra el principio de que los individuos tienen el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, aporte que se concreta en un principio de garantía, el cual da a entender que ninguno tiene acción de impedir a otro el ejecutar lo que las leyes no prohíben.

En tal sentido, ese principio de garantía no explica lo que las leyes pueden o no pueden prohibir; y en esto es lo que reside la libertad, la cual no es otra cosa sino aquello que los individuos tienen derecho de hacer, y que la sociedad no puede impedir en manera alguna.

Por último: En la filosofía de los griegos se advierten síntomas de libertad para la vida civil (derechos políticos) y para las bellas artes. En ese sentido, la libertad era más vida política para los griegos.

1.12.1.2 El Aporte del Cristianismo Primitivo y Patristico

Posteriormente y avanzando un poco más en la historia, los padres de la iglesia aun cuando no contribuyeron al desarrollo del derecho y la justicia, si lo hicieron en el sentido de que fue el cristianismo quien había puesto las bases

²⁶ YANES. *Ibíd.* Pág. 95

necesarias para la ciencia, proclamando la igualdad de género humano, la personalidad, y la libertad individual.²⁷

Las corrientes religiosas y entre ellas el cristianismo, budismo, se preocuparon desde sus orígenes por el bienestar del hombre, su libertad, dignidad y por sus valores fundamentales como ser humano, principios que llegaron a plasmarse en documentos antiguos conocidos como; “*El Código de Hammurabi*”, “*Las Tablas de los Diez Mandamientos*”, “*La Ley de las Doce Tablas*”, y en las mismas se condenaba el homicidio y el robo, situación que implicaba la protección de dos valores fundamentales (vida y propiedad), hoy en día tutelados por los Derechos Humanos.

Para el cristianismo Dios ha creado al hombre dotado de un alma razonable y de una voluntad, con un poder de elegir. La voluntad es una facultad esencial del hombre, comunicada por el Creador como instrumento de su felicidad, base de su existencia moral y política. Surge de esta forma la cuestión de la libertad ligada a la del incumplimiento de las leyes divinas y humanas”²⁸.

Entre los notables exponentes de la doctrina cristiana, se puede mencionar a San Agustín con su *Patrística*, Santo Tomas de Aquino con su *Escolástica*, quienes influyeron en el pensamiento político social, planteando la existencia de un derecho natural, anterior y superior al derecho positivo.

El impulso estaba dado por el cristianismo y otras corrientes religiosas. Existían las ideas fundamentales de la ciencia y no faltaba más que el trabajo

²⁷ SEBASTIAN. Op. Cit. Pág.7

²⁸ <http://www.ual.es/~aalvarez/>

de la inteligencia, misión reservada a la modernidad, siendo el siglo XVII el punto de partida, para marchar sin cesar por parte de los pueblos y las instituciones en conquista de la libertad.²⁹

Antes de concluir este subapartado, los responsables de la investigación estiman oportuno pronunciarse acerca del proceso histórico en razón del aporte en torno a la libertad por el pensamiento cristiano:

En primer lugar, cabe destacar que para algunos los Derechos Humanos son fruto del pensamiento cristiano, y de la defensa de que éste hace de la persona humana

En segundo lugar, según la corriente de pensamiento cristiano el ser humano es creado a la imagen y semejanza de Dios, es por tal razón que entre los seres humanos debe existir igualdad y libertad, y todo ello es posible porque deriva de la unidad de filiación del mismo Padre.

Por último, según el pensamiento cristiano Dios ha creado al hombre dotado de un alma razonable y de una voluntad, con un poder de elegir. Es en este punto donde reside la libertad, precisamente en la facultad esencial del hombre, comunicada por el creador como instrumento de felicidad, base de su existencia moral y política.

De ahí que, la libertad surge ligada al incumplimiento de las leyes divinas y humanas. Al respecto, San Agustín reflexiona sobre este punto y señala que:

Las leyes pueden ser injustas en cuanto contrarían al bien divino, como las leyes de los tiranos que inducían a la

²⁹ SOLANO. *Ibíd.* Pág.129

idolatría o a cualquier otro (acto) contrario a la ley divina, y estas leyes no es lícito observarlas en manera alguna, porque, según se dice (Hechos, 4), es preciso obedecer a Dios más bien que a los hombres.³⁰

1.12.2 LA EDAD MEDIA. 476 D. de C.

La historia demuestra que ha existido impulsos importantes en cuanto al reconocimiento de los Derechos Humanos, y el derecho a la libertad en particular; pero también que ha existido retrocesos.

El período de la Edad Media comienza con la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 476 D. de C. *(por el embate de distintas invasiones bárbaras, y posteriormente árabes, que destruyeron la antigua unidad política)*³¹, y se extiende hasta el año 1453 D. de C. en que se derrumba el Imperio Romano de Oriente con la toma de Constantinopla por los turcos.

De tal manera que, dicho período se caracteriza por el modo de producción feudal, cuyos rasgos distintivos son: existencia de la propiedad privada, basando su economía en la tenencia de la tierra; la existencia de dos clases fundamentales *(los señores feudales y los campesinos siervos)* y la existencia del Estado y el Derecho.

En la Edad Media es expuesta la teoría de “las dos espadas”, basada en la interpretación de un pasaje del Evangelio de San Lucas, en la que Dios, Señor

³⁰ MORENO DANIEL. “Clásicos de las Ciencias Políticas”. Año. 1983. Pág. 52

³¹ SANQUINETI. Op. Cit. Pág. 33

del mundo, concedió a la Iglesia dos espadas, que significan el poder espiritual y el temporal.³²

De manera que, una de esas espadas es prestada por la Iglesia al Emperador, que de esta manera se convierte en el titular del poder temporal, y es así, como Bonifacio VIII, refiriéndose a esas dos espadas, dijo: “la una es de la Iglesia, la otra sirve para la iglesia”.³³

En tal sentido, se observa que el hombre en este período no goza de alguna clase de derecho que tuviera respaldo jurídico del Estado, sino que se encuentra sometido a regímenes políticos de carácter absolutista y despótico, en donde la libertad es nula, la venganza privada es el principio que rige entre los hombres.

Además, se caracteriza la etapa feudal por el dominio del poseedor de la tierra, dueño de ella, respecto de aquellos que la cultivan, cuyas relaciones dan origen a la servidumbre, situación que determinó que la propiedad territorial daba derechos sobre los que la trabajaban, quienes rendían homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal.

Dicha facultad derivaba del rey quien les entregaba grandes porciones de tierras (*en virtud de su vasallaje*) por ello se les llamó feudos.³⁴

A finales de la Edad Media surgen algunos acontecimientos relacionados con los Derechos Humanos, que constituyen los pocos antecedentes históricos

³² PORRÚA Pérez, Francisco. “Teoría del Estado”. Año.1991. Pág. 426

³³ PORRÚA. *Ibíd.* Pág. 426

³⁴ Tesis (1) Pág. 34-35.

de los mismos, pudiéndose citar entre otros, *“La Carta Magna Inglesa”* en 1215 dada por el Rey Juan sin Tierra de Inglaterra, en la que se determina derechos y deberes del rey y de los vasallos; de lo que puede citarse lo siguiente: *“Artículo 2º Se respetará a las personas y no se castigará a nadie sino cuando sea condenado por los tribunales.”*³⁵

Cabe destacar que en la Edad Media Santo Tomas de Aquino entre otros, reafirmó la idea central de los estoicos: la idea de una ley superior a la autoridad externa del Estado.

Según Santo Tomas de Aquino: “el Estado está sometido a esa ley superior que determina las relaciones entre el individuo y el Estado”. Así cabe desobedecer un edicto que contravenga la “ley natural”, porque las leyes injustas no tienen validez moral. La libertad se considera como un derecho inalienable del individuo, propio de las sociedades en que prevalece un ordenamiento jurídico.³⁶

De ahí que, aun cuando en la Edad Media ciertos documentos otorgan determinadas concesiones y privilegios en algunos países de occidente, éstos son para una delimitada categoría de personas, no abarcando ni favoreciendo a todo tipo de persona, por ello ese reconocimiento no constituye propiamente la vigencia positiva de los Derechos Humanos por ellos establecidos.

³⁵ Tesis (1) Pág. 36

³⁶ A. DAES. Op. Cit. Pág. 154.

Es importante destacar que durante toda la Edad Media predomina la influencia del pensamiento cristiano, para el cual todos los hombres son iguales por su semejanza con Dios como ya se dijo en párrafos anteriores.

El cristianismo como filosofía religiosa alcanza su esplendor durante esta época, y es declarado como religión oficial del Estado, situación que desemboca en la actitud de absoluta intolerancia para con los demás credos religiosos, instaurando severas sanciones corporales y hasta la muerte para quienes contrajeran dichas creencias.

De manera que, en lo que respecta a la Edad Media, la evolución de los Derechos Humanos no fue muy significativa en lo que se refiere a producción y adopción de instrumentos que reconociesen y garantizaran los derechos, a más de ello no se puede afirmar que haya dejado de existir la desigualdad social.

Sin embargo, cabe destacar que para esta época el pensamiento de Tomas de Aquino entre otros, que reafirmó la idea central de los estoicos: la idea de una ley superior a la autoridad externa del Estado.

En ese sentido, Santo Tomas considera que: “el Estado está sometido a esa ley superior que determina las relaciones entre el individuo y el Estado”. La libertad se considera como un derecho inalienable del individuo, propio de las sociedades en que prevalece un ordenamiento jurídico.³⁷

Concluida la Edad Media y con la formación en el occidente europeo de los grandes estados: España, Francia, Inglaterra, Alemania, y una vez que se ha

³⁷ A. DAES. Op. Cit. Pág. 154.

dejado atrás el dominio de las dos espadas, en alusión a que el poder se encontraba en manos del Monarca y la Iglesia, prevaleciendo esta última, se perfila un sistema político basado en la implantación del Estado absoluto.

En razón de lo antes expuesto, los responsables de la presente investigación, considera oportuno hacer las siguientes valoraciones del subapartado antes apuntado:

Primero: El inicio de la Edad Media trae consigo una inflexión para con los Derechos Humanos, puesto que es en este período cuando existe un desconocimiento y menosprecio a los mismos.

Segundo: La dignidad humana se ve reducida a su mínima expresión, puesto que en este período el ser humano no goza de alguna clase de derecho, que tuviera respaldo jurídico del Estado, lo cual es lógico debido a que el individuo se encuentra sometido a regímenes políticos de carácter absolutistas y despóticos, prevaleciendo entre los hombres el principio de la venganza privada, y que por tal razón, la libertad y los derechos del hombre son casi nulos.

Tercero: La tesis que el gobierno se halla bajo supremacía de la ley es una de las características principales de la teoría política de la Edad Media.

Cuarto: Es importante destacar que a finales de la Edad Media surgen algunos acontecimientos relacionados con los Derechos Humanos, que constituyen los pocos antecedentes históricos de los mismos.

Sin embargo, dichos acontecimientos que otorgan ciertas concesiones y privilegios en algunos países de occidente, reconocen derechos solo para determinadas categoría de personas, por lo que ese reconocimiento no constituye propiamente la vigencia positiva de los Derechos Humanos.

Por último: La evolución de los Derechos Humanos en la Edad Media, no fue muy significativa en lo que se refiere a producción y adopción de instrumentos que reconociesen y garantizaran tales derechos, a más de ello, no se puede afirmar que haya dejado de existir la desigualdad social.

1.12.3 APOORTE DE LOS ENCICLOPEDIISTAS AL DESARROLLO DE LA LIBERTAD

No se puede dejar de lado el aporte de los pensadores, filósofos, juristas y políticos, que a través de sus obras contribuyeron al desarrollo de los Derechos Humanos a partir del siglo XVII; destacándose Thomas Hobbes, John Locke, Jean Bodin, Juan Jacobo Rosseau, entre otros, cuyos escritos tienen íntima vinculación con los derechos y libertades del hombre, y el planteamiento de marcos teóricos de modelos de estados ofrecidos por ellos.

Otro aspecto a destacar en este momento en la historia es la aparición y perfeccionamiento de inventos notables, el gran movimiento literario, artístico y

científico, denominado Renacimiento, que revaloriza la razón humana y la coloca como centro del Universo (*sistema antropocéntrico*).³⁸

El descubrimiento de un nuevo continente por los europeos (*América*); la desintegración del feudalismo como modo de producción, y el advenimiento del capitalismo mercantilista; el desarrollo de la economía basada en el dinero y el crédito; la implantación del absolutismo como sistema político; el comienzo de la reforma religiosa “que minó la unidad religiosa y de directriz espiritual que representó la Iglesia Católica”³⁹; y se genera un proceso de positivación de los Derechos Humanos.

Una vez instaurado el absolutismo como sistema político, se da el nacimiento del Estado Absoluto o Estado Nación, en contraposición al papado.

1.12.3.1 Jean Bodin (1530 – 1596)

A fines del siglo XVI, Jean Bodin escribió *Los Seis Libros de la República* y enunció la teoría del Estado Soberano, definía las bases de la potestad suprema y las señales de la verdadera autoridad. Entre éstas enumeraba las de sancionar y anular la ley, declarar la guerra y la paz, designar los principales oficiales, pronunciar indultos, emitir moneda, establecer impuestos.⁴⁰

Tal paquete de competencias es obviamente importante: se trata de fundar al poder absoluto y perpetuo del Estado. Sin embargo, aun en ese escenario, el

³⁸ PORRÚA. Op Cit. Pág. 86.

³⁹ PORRÚA. Ibíd. Pág. 86

⁴⁰ PEDRO SAGUÉS, Néstor. “Teoría de la Constitución”. Año. 2004. Pág. 5

monarca tenía una importante restricción: no podía alterar la “*legis imperio*”, o las leyes fundamentales, que eran las que tocan al Estado; y establecimiento del reino, inderogables por el príncipe.⁴¹

En razón de lo antes expuesto, el objeto principal que persiguió Bodino con su doctrina fue la consolidación de la monarquía absoluta de su país Francia en el siglo XVI.

Por ello, aparte de la obra antes señalada, destaca la elaboración de la doctrina de la soberanía, que definió como “un poder supremo perpetuo, legal y omnipotente sobre ciudadanos y súbditos no sometidos a la ley”. También la definió como “*la facultad de crear y derogar leyes con potestad suprema*”.⁴²

De manera que, el pensamiento político de Bodino queda reflejado en su teoría de la soberanía. Según dicho autor, en una democracia existe siempre un desorden crónico y, en consecuencia, hay menos libertad real, a la que llama “verdadera libertad popular”.⁴³

Sin embargo, ese poder supremo no entraña el despotismo, pues Bodino considera que por encima del mismo se encuentra el derecho natural: *jus divinum et naturale*, e igualmente el derecho de gentes y las costumbres de los pueblos.⁴⁴

Asimismo decía: que la República puede estar bien gobernada y, sin embargo, verse afligida por la pobreza, abandonada de los amigos, sitiada por los enemigos y

⁴¹ PEDRO. *Ibíd.* Pág. 5

⁴² PORRÚA. *Op Cit.* Pág. 88

⁴³ A. DAES. *Op. Cit.* Pág. 154.

⁴⁴ PORRÚA. *Ibíd.* Pág. 88

colmada de muchas calamidades; el propio Cicerón confiesa haber visto caer en tales condiciones, la República de Marsella, en Provenza, de la que dice la mejor ordenada y la mas perfectas que existieron en el mundo entero.⁴⁵ Con ello Bodin quería fortalecer la idea del Monarca y la del Estado absoluto, siendo éste último el que no tenía que dar cuenta a nadie.

1.12.3.2 Thomas Hobbes (1588 – 1679) *La libertad como ausencia de impedimentos externos.*

En su obra clásica, “Leviatán”, Hobbes acuño esta frase: “La libertad y la necesidad están relacionadas”. Es el soberano quien debe satisfacer las necesidades de sus súbditos y la de concentrar su atención en el comportamiento externo de éstos, sin pretender juzgar sus ideas personales.⁴⁶

Considerado el primer gran pensador político de Inglaterra,⁴⁷ y quien desarrolló en el siglo XVII las bases apuntadas por Maquiavelo y Bodino, llevando a efecto una notable construcción de la doctrina política que influyó grandemente en otros pensadores⁴⁸.

Thomas Hobbes parte de la perversidad esencial del ser humano que vive en permanente lucha. “El hombre es el lobo del hombre.” El deseo incesante de poder en los hombres... sólo cesa con la muerte” (Leviatán XI). La obediencia

⁴⁵ PORRÚA. *Ibíd.* Pág. 89

⁴⁶ A. DAES. *Op. Cit.* Pág. 154.

⁴⁷ SANQUINETTI. Horacio. “*Curso de Derecho Político. Historia del Pensamiento Político Universal y Argentino*”. Pág. 93

⁴⁸ PORRÚA. *Op Cit.* Pág. 91

civil proviene del temor a la muerte, a las heridas, a la pérdida de bienes y honores.⁴⁹

Tanto su obra “El Leviatán” como los otros escritos políticos de Thomas Hobbes, fueron motivados por las guerras civiles, y con la intención de ejercer influencia del lado del rey, estando destinados a apoyar el gobierno absoluto y a juicio de Hobbes esto significaba la monarquía absoluta.

Por lo que, todos los intereses personales le adscribían al partido monárquico y creía que la monarquía era la forma de gobierno más estable, queriendo con ello justificar el poder absoluto, afirmando que en la medida que el hombre se despoje de sus derechos naturales y los deposita en el monarca, gana en seguridad.⁵⁰

El pensamiento de Hobbes pretende la negación del pueblo como factor político. Sin aquél al cual los hombres se han sometido y que es lo único que crea la unidad, no hay más que multitud. Solamente por virtud del rey la multitud se convierte en pueblo.⁵¹

Por tanto, tampoco puede haber pacto alguno entre el príncipe y el pueblo. Cierto es que el rey recibe el poder de la multitud; pero por ese acto, el pueblo deja de ser persona. Con la extinción de esta persona se extingue también, por

⁴⁹ SANQUINETTI. Op. Cit. Pág. 93

⁵⁰ Curso de Filosofía II, Reproducción parcial de algunos capítulos del libro de Sabine, “*Historia de la Teoría Política.*” Pág.337

⁵¹ HOLSTEIN, Gunther. “Historia de las Filosofía Política”. Pág. 229 – 228.

tanto, toda obligación hacia ella. Desde ese momento el Estado está contenido pura y simplemente en la persona soberana.⁵²

En esa línea, el poder del Estado es absolutamente ilimitado; nunca puede ser compartido, siempre está reunido en una sola mano.⁵³El propósito de Hobbes fue justificar la monarquía absoluta.⁵⁴

Por otro lado, Hobbes conservó el antiguo artificio de un contrato, aunque tuvo buen cuidado de excluir la idea de que fuese un contrato que obligare al gobernante, señaló que: “Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernar a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizaréis todos sus actos de la misma manera...” Esta es la generación de aquel gran Leviatán o más bien (*hablando con más reverencia*), de aquel Dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa.⁵⁵

Se constituye entonces, por necesidad, la sociedad mediante un contrato social. Dios ya no es el origen del poder. Y tampoco estamos ante un contrato bilateral de sujeción.⁵⁶

Esta hipótesis haría el contrato revocable, porque si una de las partes considera que la otra no cumple, puede a su vez romperlo; es decir el pueblo puede lanzarse contra el príncipe y motivar nuevas guerras, librar nuevamente

⁵² HOLSTEIN. *Ibíd.* Pág. 229-228

⁵³ HOLSTEIN. *Ibíd.* Pág. 228

⁵⁴ PORRÚA. *Op Cit.* Pág. 92

⁵⁵ Curso de Filosofía II. *Op. Cit.* Pág.346

⁵⁶ Curso de Filosofía II. *Ibíd.* Pág. 346

la decisión “a la espada”. Y eso quiere evitar Hobbes buscando un refugio en el Estado.⁵⁷

La libertad ha de entenderse, según Hobbes: de acuerdo con la significación apropiada de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, *pero no* puede impedirle usar del poder que le queda, de acuerdo con lo que dicten su juicio y razón.⁵⁸

A Hobbes le preocupa mucho destruir el concepto ideal de libertad, que ya habían protegido autores como Aristóteles y Cicerón. Por ello indica que no debe hablarse de la “libertad de los particulares”, sino de “la libertad del Estado”.⁵⁹

Además, no existe en este Estado ninguna libertad de la propiedad sobre la cual el detentador del supremo poder no tenga algún derecho (...) Tampoco existe una libertad espiritual en las cosas políticas.

En las universidades únicamente puede exponerse el derecho del Estado conforme a los textos oficiales. Desde luego no hay libertad de religión. El Estado tiene pleno derecho a ordenar qué doctrinas sobre la naturaleza y poder de Dios han de ser mantenidas y profesadas públicamente. La interpretación de todas las leyes, tanto sagradas como seculares, corresponden al poder del Estado.⁶⁰

⁵⁷ SANQUINETTI. Op. Cit. Pág. 228.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. “*Leviatán*”. Copyright by Nacional. Pág. 198

⁵⁹ SANQUINETTI. Op. Cit. Pág. 93 - 94

⁶⁰ HOLSTEIN. Op. Cit. Pág. 228

Hobbes trata el derecho y la ley, señalando respecto a ellas: “que no hay otra ley natural que la de la razón (*criterio de la razón jurídica, que en el estado de naturaleza es el arbitrio de cada individuo*).⁶¹

Para Hobbes, el mandato de la ley natural es que todo hombre debe desprenderse del derecho que por naturaleza todo hombre tiene sobre todo. Las leyes son limitaciones por las cuales, conforme a nuestro mutuo acuerdo, cercamos la libertad de los demás.⁶²

De manera que los responsables de la investigación consideran la valoración del subapartado en la forma siguiente:

Primero: Thomas Hobbes se consolida como un pensador que justifica el poder absoluto, considerando que en la medida que el hombre se despoje de sus derechos naturales y los deposita en el monarca, gana en seguridad.

En tal sentido, se aferra a la idea del contrato social en la que el hombre se despoja de los derechos naturales y los deposita en el monarca, siendo por este acto por el cual el rey deja de ser persona y se convierte el poder soberano, negando al pueblo cualquier rol importante como factor político.

Segundo: En esta etapa de la historia no se puede hablar de un reconocimiento legal de los Derechos del Hombre y por ende el derecho de la libertad, sobre todo por la existencia del sistema político basado en el dominio absoluto del poder y por otro lado un desconocimiento total de los derechos inherentes a la personal humana.

⁶¹ HOLSTEIN. Op. Cit. Pág. 228

⁶² HOLSTEIN. *Ibíd.* Pág. 229 – 230.

Es decir, que el ejercicio del poder público se encuentra identificado con la voluntad ilimitada del monarca reinante, principalmente en Francia, situación que es reivindicada a finales del siglo XVIII, con la gloriosa Revolución Francesa de 1789 que puso fin al absolutismo francés y marcó la pauta a todas las libertades individuales que existen en la actualidad, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del mismo año.

Tercero: Para Thomas Hobbes la libertad es la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, *pero no* puede impedirle usar del poder que le queda, de acuerdo con lo que dicten su juicio y razón.

Dicha definición considera a la libertad, no como la libertad de la cual gozamos como individuos o personas, sino como la libertad del Estado absoluto concentrada en una persona que no es más que el monarca, destruyendo con ello el concepto ideal de libertad.

1.12.3.3 John Locke (1632 – 1704) *La libertad como el no estar sometido a la voluntad desconocida, arbitraria, de otro y como una actuación movida por la determinación del propio yo”*

Contemporáneo de Hobbes, aunque bastante menor que éste, Locke es considerado su antípoda, y el verdadero fundador de la ideología liberal

moderna.⁶³ Además de ser un teórico de una revolución (*francesa*), pero por ello no es en modo alguno un revolucionario.⁶⁴

Según Holstein en su obra *Historia de las Filosofía Política*, Locke, al tratar sobre el problema de la libertad en el ensayo sobre *El Entendimiento humano*, difiere del que encontramos en el segundo de los dos tratados sobre “el gobierno” y no está relacionado con él. En el primero, Locke define la libertad como una actuación movida por la determinación del propio yo, mientras que en la segunda obra, la libertad consiste en el hecho de no estar “sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida, arbitraria, de otro”.⁶⁵

En razón de lo antes expuesto cabe destacar que Griselda Gutiérrez en su ensayo *Diálogos sobre Filosofía Política* señala que:

El pensamiento de Locke sobre el concepto de “libertad perfecta” o libertad en el estado de naturaleza, incluye tanto noción de libertad positiva, esto es la libertad para actuar, así como la noción de libertad negativa, esto es la ausencia de constreñimientos externos.⁶⁶

En tal sentido, esa diferencia en los dos ensayos de Locke de la que habla Holstein, podría verse conciliada en las nociones de libertad planteadas por Griselda Gutiérrez.

Horacio Sanquinetti en su obra *Historia del Pensamiento Político Universal* señala que Locke parte de dos ideas al analizar la libertad: El estado de naturaleza y el contrato social. Pero hasta entonces ambas nociones servirán al absolutismo. La primera, porque ese estado presocial era

⁶³ SANQUINETTI. *Ibíd.* Pág. 96

⁶⁴ TOUCHARD, Jean. “Historia de las Ideas Políticas”. Año. 1975. Pág. 296

⁶⁵ SARTORI, Giovanni. “Teoría de la Democracia. Dos Problemas Clásicos.” Pág. 367 – 368.

⁶⁶ GUTIÉRREZ Castañeda, Griselda. “Diálogos sobre Filosofía Política”. Año. 1995. Pág. 73

concebido como un estado de guerra, nefasto y odioso, del cual se deseaba salir por cualquier precio. La otra, porque el contrato era entendido, justamente como título de legitimidad del señor y del monarca. Locke va a invertir su sentido, haciéndolos servir a la causa liberal, y preparando el terreno para la elocuente construcción roussoniana.⁶⁷

Locke, en su *Teoría Política*, señala que los conceptos de libertad se muestran en dos contextos: El primero en la libertad natural o libertad en el estado de naturaleza, y el otro, la libertad en el estado civil.

Es importante destacar que en el estado de naturaleza las libertades son de carácter individual.

Respecto al gobierno – escribe Locke – su función consiste menos en gobernar que en administrar y legislar.⁶⁸

Para Locke el estado de naturaleza se define por dos características básicas: libertad perfecta e igualdad. Respecto a la primera de estas características Locke afirma que el estado de naturaleza:

“es un estado de libertad perfecta para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley de la naturaleza sin pedir permiso o depender de la voluntad de cualquier otro hombre”.⁶⁹

En esa línea señala que: “Si el estado de naturaleza es un estado de libertad – afirma, no lo es de ningún modo de licencia”. Ya entonces hay algunas leyes naturales, no se debe de dañar a nadie injustamente y cada uno “debe hacer de su libertad el mejor y más noble uso que exija de él su propia conservación”.⁷⁰

⁶⁷ SANQUINETTI. *Ibíd.* Pág. 97 – 98.

⁶⁸ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 295

⁶⁹ GUTIÉRREZ. *Op. Cit.* Pág. 72

⁷⁰ SANQUINETTI. *Ibíd.* Pág. 98

Las infracciones pueden ser castigadas por cualquiera, lo que de todos modos hace esa existencia azarosa e insegura.⁷¹

En razón de lo antes expuesto, Locke considera que las normas (*ley natural*) que se aplican a los hombres serían en vano si no hubiese nadie que las hiciera cumplir, para castigar a quien transgrede la ley y proteger al inocente. Ya que, por definición, en el estado de naturaleza no hay poder superior de algún hombre sobre otro, el poder de hacer valer y ejecutar la ley natural recae igualmente sobre todos los hombres.

De tal manera que, en el estado de naturaleza “todo hombre tiene derecho a castigar al transgresor y a ser ejecutor de la ley natural”.⁷²

De modo que, la ley de la naturaleza respalda moralmente la libertad de todos los hombres y al mismo tiempo les provee del poder necesario para preservar esa libertad natural.

Consecuentemente la libertad natural en Locke no sólo es derecho a gobernarse a sí mismo con la sola destrucción de la ley de la naturaleza, sino también un poder para determinar el propio curso de vida.

En ese sentido, el hombre tiene dos poderes: El primero es hacer lo que él considere conveniente para la preservación de sí mismo, y de los demás de lo que es permisible en la ley natural. El otro poder que el hombre tiene en el

⁷¹ GUTIÉRREZ, Op. Cit. Pág. 73

⁷² GUTIÉRREZ, Ibíd. Pág. 73

estado de naturaleza es el de castigar los crímenes cometidos contra las leyes naturales.⁷³

De ahí que, la ley natural que rige esa situación primitiva es la razón, que establece en primer lugar, como consecuencia de la igualdad e independencia fundamental de todos los seres humanos, que ninguno debe hacer daño a los demás en su vida, salud, libertad o posesiones. Y en segundo lugar, confiere a todos los hombres el derecho de defender sus privilegios fundamentales a la vida, libertad y posesiones, castigando a quienes no lo respeten.⁷⁴

Pero esta situación hacía que cada hombre fuese el juez de su propia causa y el ejecutor de sus decisiones de reparación. La consecuencia fue la verificación de muchas injusticias y por ello se hizo necesario crear, por el acuerdo de todos, una sociedad política (*libertad civil*) en la que en su totalidad residiese el poder soberano, pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas.

La libertad de los individuos en el estado de naturaleza se explica en el poder de gobernarse a sí mismo y en el poder de ejecutar la ley de la naturaleza.

En tal sentido, Locke plantea que el estado civil implica una renuncia parcial y transformación del primer tipo de poder (*poder legislativo*) y una renuncia y delegación total del segundo (*poder ejecutivo*).

⁷³ GUTIÉRREZ. *Ibíd.* Pág. 73 - 74

⁷⁴ PORRÚA. *Ibíd.* Pág. 92

En razón de lo antes expuesto, la teoría política de John Locke reconoce tres dimensiones o sentidos de la libertad de los hombres en sociedad:

- a. Un sentido individual y residual que corresponde a las nociones de libertad negativa. En este primer sentido la libertad es ante todo un conjunto de derechos, en el ámbito privado, que los individuos *pueden (tienen la posibilidad)* de ejercer sin intromisión del poder político.
- b. Un sentido positivo e individual de libertad que consiste en el ejercicio de los derechos individuales, gracias a lo cual las personas deciden su propio curso de vida en el ámbito privado.
- c. Un sentido positivo, colectivo y político de libertad que consiste en la participación de la comunidad política en prescripción de las leyes, esto es, en la participación del poder político (*legislativo de la comunidad*).

Esta última para Locke es la garantía de una república legítima y la garantía de la vigencia de las libertades privadas de los individuos, en un sentido negativo.⁷⁵

Además, Locke considera respecto a este sentido de la libertad que esta participación y/o consentimiento de los gobernados, en la aprobación de las leyes a las que han de someterse, es la principal libertad que los hombres tienen en el estado civil y, de hecho, la considera la libertad sustitutiva de la libertad natural.

⁷⁵ GUTIÉRREZ, Op. Cit. Pág. 79

En razón de lo anterior, Locke plantea la necesidad que existan controles sobre los gobernantes, y en ese sentido, auspicia una cierta separación o diferenciación de poderes de la sociedad política, que es la única manera posible de limitar el poder.

De ahí que, Locke es considerado el creador ostensible de la teoría de la división de poderes en cuatro: El Parlamento o Corte, el rey no absoluto sino constitucional, el Poder Legislativo (*elegido por el pueblo*), el Poder Ejecutivo y Federativo que se ocupará de las relaciones exteriores: guerra y paz, tratados internacionales etc. El poder judicial se encuentra implícitamente también en la doctrina de Locke, quien al hablar de éste se refiere a un órgano del Estado que dirima las controversias. (*Los jueces no revisten, a su entender, categoría de verdadero poder político*).⁷⁶

Del subapartado antes desarrollado los responsables de la investigación ameritan oportunas las valoraciones siguientes:

Primero: Para Locke el derecho a la libertad gira en dos contextos: El primero que considera a la libertad como natural o en el estado de naturaleza, y el segundo, la libertad en el estado civil.

En ese sentido, la libertad natural o en estado de naturaleza significa que el hombre puede gobernarse a sí mismo, con la facultad de conducir el rumbo de su vida, teniendo como límite algunas leyes naturales, como la que no se debe

⁷⁶ SANQUINETTI. *Ibíd.* Pág. 99-98.

de dañar a nadie injustamente y cada uno debe hacer de su libertad el mejor y mas noble uso que exija de él su propia conservación.

En tal sentido, el hombre en la idea de libertad natural goza de dos poderes que le facultan: por una lado, a hacer lo que el desee con el ánimo de la conservación de sí mismo, y por otro, el poder de castigar los crímenes que se cometen contra la ley natural.

Pero tal situación haría que cada hombre fuese el juez de su propia causa y el ejecutor de sus decisiones de reparación.

Es por ello que, Locke considera que la libertad natural trae consigo muchas injusticias, y que por lo tanto se hace necesario la libertad civil que significa, la creación de una sociedad política en la que en su totalidad residiese el poder soberano, siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas, en la que el hombre renuncia parcialmente y transforma los poderes concedidos en el estado de naturaleza, y los delega a la sociedad política en la forma siguiente:

Así el primero, que consiste en la facultad de gobernarse a sí mismo se transforma en poder legislativo, y el segundo que recae sobre la facultad de ejecutar sus propias acciones para reparar la violación a la ley natural, con ello renuncia y delega totalmente el poder ejecutivo a la sociedad política.

Segundo: Destaca que en el estado de naturaleza las libertades son de carácter individual.

Tercero: Para Locke la libertad contiene tres dimensiones o sentidos: El primero referido a la libertad negativa (*sentido individual y residual*), que se

reduce al ejercicio de los derechos en el ámbito privado, sin intromisión del poder político.

El segundo sentido, radica en el de la libertad en sentido positivo o individual, que significa el ejercicio de los derechos individuales, dejando la potestad a las personas para decidir el curso de su vida privada.

Por último, la libertad en sentido positivo, colectivo y político que no es más que la participación de la comunidad política en la creación de leyes

1.12.3.4 Análisis comparativo del pensamiento de Thomas Hobbe y John Locke en relación a la libertad

Tal como se había señalado en líneas anteriores, los conceptos de libertad en la *Teoría Política* de Locke se muestran en dos contextos: El primero en la libertad natural o libertad en el estado de naturaleza, y el otro, la libertad en el estado civil.

El pensamiento de Locke respecto de la libertad en los dos contextos antes señalados coincide en mucho, pero no totalmente, con la visión de Thomas Hobbes, debido a que en el primero reserva para la sociedad la soberanía política y con ello el derecho a la revolución, y el segundo la concentra en el

monarca o soberano. Con esta noción positiva Locke se aleja de las visiones absolutistas del estado, de corte hobbesiano.⁷⁷

Pero el reconocimiento de que habla Locke a los gobernados del derecho a sublevarse no tiende a realizar las aspiraciones populares, sino a defender o a restaurar el orden establecido.

Por lo que, el reconocimiento del derecho de resistencia es un medio para hacer reflexionar al príncipe y para hacer respetar la legalidad, permitiendo con ello alejar el peligro de una revuelta popular, pero no constituye en absoluto una invitación a la sublevación, sino un llamado a la prudencia y al compromiso.⁷⁸

Sin embargo, tanto el pensamiento de Locke como el de Hobbes coinciden bastante en lo que respecta al concepto de ley de la naturaleza, debido a que no es sólo una norma moral sino también conlleva implicaciones coercitivas para su ejecución, ya que siguiendo el *dictum* hobbesiano de que: “las leyes sin espada son solamente palabras”

Locke considera que las normas que se aplican a los hombres serían en vano si no hubiese nadie que las hiciera cumplir para castigar a quien transgrede la ley y proteger al inocente. Ese alguien recae precisamente como mandato de la ley natural en el poder que el hombre tiene en el estado de naturaleza al castigar los crímenes contra la ley natural.⁷⁹

⁷⁷ GUTIÉRREZ. Op. Cit. Pág. 72

⁷⁸ TOUCHARD. Op. Cit. Pág. 296

⁷⁹ GUTIÉRREZ. Op. Cit. Pág. 73

Contrariamente a Hobbes, Locke estima que el estado de naturaleza es un estado pacífico, o al menos relativamente pacífico. La naturaleza no es para él ni feroz, como para Hobbes, el estado de naturaleza es un estado de hecho, una situación perfectible.⁸⁰

No obstante lo anterior, Hobbes considera al estado de naturaleza en el sentido de que en esa situación primitiva (*estado de naturaleza*), los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones, disponer de sus posesiones, y persona en la manera que les parezca conveniente, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir consentimiento o depender de la voluntad de ningún otro hombre.⁸¹

Sin embargo, la libertad natural interpretada por Hobbes es absoluta, ya que no está limitada por ley alguna, y por ello mismo es egocéntrica puesto no hay obligación alguna de salvaguardar la vida de los semejantes sino sólo la de uno mismo.⁸²

Tal carácter absoluto y egoísta de la libertad en el estado de naturaleza hace que en la perspectiva hobbesiana se identifiquen estado de guerra y estado de naturaleza.

Para Locke no es a causa de la libertad natural por lo que el hombre entra en estado de guerra, sino precisamente es por transgredir la ley de la

⁸⁰ TOUCHARD. Op. Cit. Pág. 295

⁸¹ PORRÚA. Op Cit. Pág. 92

⁸² GUTIÉRREZ. Op. Cit. Pág. 74

naturaleza y por ende perder su libertad, por lo que los hombres entran en estado de guerra.⁸³

De manera que, sea una u otra la causa del estado de guerra, ambos autores consideran que la supervivencia de los hombres sólo puede estar asegurada en el estado civil y que la constitución de tal estado requiere una reducción significativa de la libertad natural.⁸⁴

Asimismo, para Locke la libertad natural no es una amenaza directa para la preservación de la vida de la especie humana, como lo es para Hobbes.

En lo que sí vuelven a unificar sus puntos de análisis ambos autores es en dos ideas: La primera, en señalar que la constitución de un poder superior y legítimo entre los hombres es una condición necesaria para la vida, salud y propiedades de los hombres, y por otro lado, en justificar las restricciones de la libertad de los individuales a cambio de seguridad debido a que

la libertad está supeditada a los derechos prioritarios de la vida y la propiedad y por ende debe limitarse en todo a aquello que directa o indirectamente obstaculice el establecimiento de un poder político que garantice la seguridad de los hombres en el estado civil.”⁸⁵

A pesar de que Locke y Hobbes coinciden en justificar la restricción de libertad individual a cambio de seguridad, es en la manera en cómo han de fijarse los términos donde difieren radicalmente.

⁸³ GUTIÉRREZ. *Ibíd.* Pág. 74

⁸⁴ GUTIÉRREZ. *Ibíd.* Pág. 74

⁸⁵ GUTIÉRREZ. *Ibíd.* Pág. 75

Es importante recordar que para Locke la libertad de los individuos en el estado de naturaleza consiste en el poder de gobernarse a sí mismo y en el poder de ejecutar la ley de la naturaleza.

En tal sentido, Locke plantea que el estado civil implica una renuncia parcial y transformación del primer tipo de poder (*poder legislativo*) y una renuncia y delegación total del segundo (*poder ejecutivo*).

Al respecto, Thomas Hobbes considera que los hombres serán más libres en un estado regido por leyes despóticas, y cree y defiende la idea de que la monarquía es la forma de gobierno más estable justificando con ello el poder absoluto, afirmando que en la medida que el hombre se despoje de sus derechos naturales y los deposite en el monarca, gana en seguridad

1.12.3.5 Juan Jacobo Rousseau (1721 – 1778)

Una vez superado el absolutismo, basado en que la justicia es la del más fuerte y en donde no hay Derechos Humanos y leyes que limiten el poder, surgen nuevas corrientes en el período de la ilustración intelectual, entre ellas la de Juan Jacobo Rousseau, con su obra El Contrato Social, en la que da origen al culto romántico del grupo, y esto constituye la diferencia fundamental entre su filosofía social, y el individualismo contra el que se rebeló⁸⁶.

Para Rousseau, quien le da un resurgimiento y se perfila como representante de la Escuela Clásica del Derecho Natural, que era originaria del

⁸⁶ Curso de Filosofía II, Reproducción parcial de algunos capítulos del libro de Sabine, "*Historia de la Teoría Política.*" Pág. 435

estoicismo griego, “el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee”,⁸⁷

Lo anterior como producto del *Pacto o Contrato Social*, en donde cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible de todo.⁸⁸

El hombre, dice Rousseau, ha nacido libre y vive en todas partes esclavizado. Es esta una verdad que sólo pueden desconocerla aquéllos que desoigan la voz de la razón, o deseen la humillación de la especie humana.⁸⁹

De manera que, la libertad es atributo esencial del hombre; y cuando la naturaleza ha dado a todos los sentidos que bastaban para su conservación, de modo que ninguno necesita de los otros para existir, es evidente que todos los hombres son naturalmente libres, sin estar necesariamente sujetos uno a otro, ni tener derecho para dominarle. Por esta propia razón, los pueblos o naciones que no son más que la reunión de esos mismos hombres, son libres y gozan de una entera libertad para gobernarse del modo que mejor les parezca.⁹⁰

Otro aspecto que no debe dejarse de lado, es que Rousseau no dice, ni le preocupa, que ese pacto haya existido expresamente, o sea el resultado de un convenio tácito.

⁸⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo. “El Contrato Social”. Editorial jurídica salvadoreña. Pág.28

⁸⁸ ROUSSEAU. Op. Cit. Pág.23-24

⁸⁹ YANES. Op Cit. Pág. 91

⁹⁰ YANES. Ibíd. Pág. 91

Rousseau en lo que si es puntual es en que: “el consentimiento, este acuerdo de los hombres para ceder su libertad natural al Estado, a cambio de que le garantice la libertad civil, hace que la obediencia a la Ley, que uno mismo se ha obligado a acatar, sea una manifestación de la libertad, pues haciendo uso de esa libertad es como la voluntades de los hombres se han puesto de acuerdo dando vida a ese contrato. En esa línea la libertad se establece por ley, y se fundamenta en la ley”⁹¹

El problema para Rousseau graficado así: “comparable a la cuadratura del círculo en geometría (es) situar a la ley por encima del hombre, ya que solo sobre esa base puede el hombre ser libre, cuando obedece a las leyes, no a los hombres.”⁹²

Rousseau estaba más seguro de esto que de cualquier otra cosa “la libertad – escribió en las cartas escrita desde la montaña – comparte el destino de la leyes, el que reine o perezca con ellas. No hay nada de lo que esté más seguro que de esto”⁹³

Rousseau considera: “que las leyes debía ser con L mayúscula – esto es, unas pocas leyes supremas, muy generales, fundamentales, antiguas y casi inmutables, ya que el hecho de legislar lo menos posible evita que se pierda la

⁹¹ PORRÚA. *Ibíd.* Pág. 416.

⁹² SARTORI. *Op Cit.* Pág. 384

⁹³ SARTORI. *Ibíd.* Pág. 384

democracia, como paso en el pueblo ateniense quienes perdieron su democracia porque cada uno proponía leyes a su capricho.”⁹⁴

De manera que, las leyes dimanen de la voluntad general, voluntad racional guiada por la razón, que esta ubicada no como lo señala Diderot “la voluntad general es, en cada individuo, un acto de puro entendimiento, de razonamiento en el silencio, ubicado precisamente en cada individuo (*enfoque individualista*)”; sino más bien la voluntad general “siempre constante, inalterable y pura” y no puede ser reducida a nada, ni corrompida, es comprable “con el espíritu del pueblo”. Lo que es tanto como decir que es un ente de la razón que no sufre vicisitudes de la voluntad humana, o de las voluntades particulares.⁹⁵

No obstante, se nota que la libertad es planteada por Rousseau de manera ambigua y hasta cierto punto paradójicamente, argumentos que se deducen de sus palabras al señalar que: “A fin de que este pacto no sea, pues, una vana fórmula, él encierra tácitamente un compromiso” (...) “que cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo; lo cual no significará otra cosa sino que se le obligará a ser libre.”⁹⁶

Es por ello que la libertad se convierte en una palabra “honorífica”, nombre de un sentimiento con el que quieren bautizarse hasta los ataques a la libertad, siendo legítimo señalar que algunas libertades no son buenas, que la libertad en una dirección puede comportar la pérdida de la libertad en otra, o que hay

⁹⁴ SARTORI. *Ibíd.* Pág. 384.

⁹⁵ SARTORI. *Ibíd.* 387

⁹⁶ ROUSSEAU, *Ibíd.* Pág.27

otros valores políticos que en algunas circunstancias se tienen en mayor estima que la libertad.⁹⁷

Es decir que: “obligar a un hombre a ser libre es un eufemismo que oculta el hecho de hacer prestar obediencia ciega a la masa o al partido más fuerte”.⁹⁸

Además, incurre en otra contradicción profunda, pues la voluntad de la mayoría es subjetiva y dimana meramente de la voluntad de todos, mientras que la voluntad para Rousseau es una voluntad moral objetiva compuesta de elementos cualitativos; debe ser - general-, en esencia, en su origen y en su objetivo, queriendo con ello neutralizar los más y los menos de las voluntades individuales, eliminando las posiciones individualistas.⁹⁹

En razón de lo antes expuesto los responsables de la investigación consideran valorar el subapartado antes expuesto:

Primero: Para Rousseau el derecho a la libertad gira en dos momentos: El primero, referido a la libertad natural, y al respecto considera de que el ser humano ha nacido libre, por ello se considera como atributo esencial del hombre, que la misma naturaleza le ha dado para su propia conservación al no depender de otro hombre para existir; es evidente que todos los hombres son naturalmente libres y los pueblos que no son más que la reunión de hombres, son libres y gozan de plena libertad para gobernarse.

⁹⁷ Curso de Filosofía II. Op. Cit. Pág.434

⁹⁸ Curso de Filosofía II. Ibíd. Pág.434

⁹⁹ SARTORI. Op. Cit. Pág. 389.

En el segundo, la libertad natural y el derecho ilimitado a cuanto desea y puede alcanzar, se transforma y se ve limitado a la figura de la libertad civil, como producto del Pacto o Contrato Social en donde cada uno pone en común su persona y poder bajo la suprema dirección de la voluntad general.

En ese sentido, hay consentimiento, y acuerdo de los hombres para ceder su libertad natural al Estado, a cambio de que le garantice la libertad civil.

De manera que, la obediencia a la ley está garantizada en ese consentimiento de los hombres, y esta no es más que una manifestación de la libertad, puesto que haciendo uso de esa libertad es como las voluntades de los hombres se han puesto de acuerdo dando vida al contrato. En esa línea, la libertad se establece por la ley, y se fundamenta en la ley.

Segundo: En su análisis, Rousseau considera a la ley por encima del hombre y que sólo sobre la fórmula que los hombres obedecen las leyes y no a los hombres, pueden ser libres. Se pronunció de manera tan segura de que la libertad y las leyes, que no deben ser muchas, son las dos caras de una misma moneda, con una total correspondencia en razón del que reinen o fracasen.

De manera que, las leyes dimanen de la voluntad general y no se ve corrompida de la voluntad humana, o de las voluntades particulares. Rousseau con ello quiere evitar cualquier enfoque individualista.

1.12.4 LA LIBERTAD INDIVIDUAL EN LAS GRANDES DECLARACIONES: FRANCIA, INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS

Previo a considerar las declaraciones francesa, inglesa y norteamericana en relación al derecho a la libertad, es importante adelantar que en el contexto histórico filosófico del siglo XVIII, se marca un avance de mucha trascendencia en lo atinente al reconocimiento de los Derechos Humanos, basados en la idea de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

Asimismo, el origen del constitucionalismo contemporáneo no tiene una gestación pacífica. Se inicia en tres revoluciones liberales: La inglesa, la norteamericana y la Francesa.¹⁰⁰

De manera que, los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII, dieron un importante aporte a los Derechos Humanos; sobre todo en lo que respecta a la corriente de pensamiento filosófico inglés, el movimiento revolucionario político-filosófico francés, y el movimiento independentista norteamericano; surgiendo a la vida política y jurídica de manera concatenada y con íntima vinculación, generando las condiciones favorables para el desarrollo de los Derechos del Hombre.

1.12.4.1 La Libertad en las Declaraciones Inglesas

La historia de Inglaterra presenta una continuidad asombrosa, sobre todo si la comparamos con la trayectoria seguida por otros pueblos.

¹⁰⁰ PEDRO. Op. Cit. Pág. 11

Sin embargo, esa continuidad no debe entenderse en términos absolutos, en razón de que el régimen político inglés moderno tiene una fecha relativamente reciente, con gran similitud al resto de Europa; el Estado es una forma de organizar la vida política post-medieval.

En tal sentido, durante la Edad Media la organización inglesa tiene caracteres feudales, pero con características propias, debido a que en Francia, el monarca goza de plena libertad para imponer normas de gobierno a su pueblo. Lo que no sucede en Inglaterra, debido a que el rey necesita de un cierto consentimiento de los gobernados para su labor política.

El desarrollo histórico del régimen británico suele arrancar del siglo XIII (*vida británica del medioevo*): concretamente del 1215, año en que Juan sin Tierra acuerda con los estamentos del reino la Carta Magna¹⁰¹.

Sin embargo, a lo largo de la historia inglesa una serie de documentos han formalizado determinadas facetas esenciales de los sucesivos regimenes en relación a la libertad de las que se destacan:

1.12.4.1.1. La Carta Magna (1215)

La Carta Magna fue suscrita por Juan Sin Tierra en Inglaterra en el año de 1215. Considerada en nuestros tiempos como la declaración que da la pauta del reconocimiento positivo de algunos Derechos Fundamentales. En este instrumento confirmado, 44 veces entre 1327 y 1442, el rey expresó: “Todos los hombres libres de nuestro reino” (...) “que hemos otorgado para Nos y para

¹⁰¹ JIMENEZ DE PARGA, Manuel. “Los Regimenes Políticos Contemporáneos”. Pág. 260

nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades, para que las tengan y las posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos”¹⁰²

El catálogo de derechos que instrumentó la Carta se refería principalmente a la libertad corporal y de circulación. De ahí su importancia para la afirmación del Habeas Corpus, al debido proceso y a un adecuado servicio de justicia, entre otros.¹⁰³

Sin embargo, para autores como Manuel Jiménez de Parga: “La Carta Magna no contiene, por tanto, una declaración abstracta de derechos, al estilo de las finales del siglo XVIII, o de las contemporáneas a nosotros”.¹⁰⁴

De la Carta Magna se puede destacar el mismo carácter limitado que tiene la expresión *hombre libre*. También McKechnie lo ha subrayado: *homo liber* era entonces sólo el barón; únicamente él pasaba por tal o, incluso, por *homo*.¹⁰⁵

Las cláusulas más recordadas son la 39 y la 40. Se dice en la primera:

Ningún hombre libre será detenido ni encarcelado, ni desposeído de su feudo, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni dañado en forma alguna, y no procederemos contra él, ni ordenaremos acción alguna contra él, sin un juicio legal de sus iguales, conforme a la ley del país”. La cláusula 40 proclama: “No venderemos ni rechazaremos ni diferiremos a nadie el derecho a la justicia”.¹⁰⁶

En tal sentido, la Carta Magna se convierte en el texto que ampara los derechos primarios de los ingleses, y que la proyección de la misma en razón de su eficacia fue difícil de prever por sus redactores. Sir Henry Spelman (1564

¹⁰² PEDRO. Op. Cit. Pág. 6

¹⁰³ PEDRO. Ibíd. Cit. Pág.

¹⁰⁴ JIMENEZ DE PARGA Op. Cit. Pág. 272.

¹⁰⁵ JIMENEZ DE PARGA Ibíd. Pág. 272.

¹⁰⁶ JIMENEZ DE PARGA Ibíd. Pág. 272 -273

– 1631) la define como “el más augusto instrumento y áncora sacrosanta de las libertades inglesas”. Es en nombre de la carta de 1215, por último, que se independiza América del Norte, y, evocándola, se busca una comunidad espiritual con los ingleses.¹⁰⁷

El viejo texto en suma, deja de ser un documento histórico y se convierte en un mito, que a partir del siglo XVIII parece condensar el espíritu que anima todo el edificio constitucional.

1.12.4.1.2 La Petition Of Right de 1628

Después de la revolución puritana y la dictadura de Cromwell, Carlos I, por imposición del Parlamento, se vio precisado a expedir este documento, que viene a confirmar y ampliar las garantías reconocidas en la Carta Magna.

Así, la Petition of Right significa recordarle al rey lo que sus antecesores se comprometieron a respetar (*derechos concretos enumerados en la Carta Magna 1215*) y lo que últimamente a pesar de ello se viene haciendo.

Es así como se solicita de forma particular entre otras cosas: “Que ningún hombre libre sea detenido arbitrariamente” (...) “Además que ordene que todo lo hecho así, procedimiento, sentencias y ejecuciones, en perjuicio de nuestro pueblo, no servirá de consecuencia ni ejemplo en lo venidero...”¹⁰⁸ Es en ese sentido, que los Lores espirituales y temporales y los comunes, reunidos en el parlamento presentan y piden al soberano confirmar los derechos ya reconocidos en la Carta Maga de 1215.

¹⁰⁷ JIMENEZ DE PARGA *Ibíd.* Pág. 273.

¹⁰⁸ JIMENEZ DE PARGA *Ibíd.* Pág. 348-350.

1.12.4.1.3 El Habeas Corpus Amendment Act (1679)

Inglaterra creó el primer recurso legal contra las detenciones arbitrarias por medio de una ley de Carlos II en 1679¹⁰⁹. De acuerdo con lo establecido en la Carta Magna, se establece que los soberanos ingleses no podían “vender, rehusar o diferir el derecho ni la justicia a nadie”.

Pero el compromiso de no diferir la aplicación de la justicia era fácil de burlar, ya que no se fijó en el documento medieval un plazo máximo a las detenciones y a las causas, y tampoco se articuló *ad hoc* un sistema de recursos. ¹¹⁰ El Acta de *habeas corpus*, vino a llenar esa laguna, no creando un derecho nuevo sino mayor efectividad a las garantías contra las detenciones arbitrarias.

Disponía entre otras cosas que: “todos los sheriffs, que conformaban el jurado para presentarle la querrela, carceleros y otros ministros, a quienes se presentare algún escrito de Habeas Corpus, la obedecerán dentro de tres días, llevando el preso a la corte o juez, por quien ha sido expedido el escrito y certificando ante él las verdaderas causas de la detención y encarcelamiento, bajo la multa de cien libras por la primera contravención y por la segunda de doscientas y privación perpetua del empleo”¹¹¹.

En síntesis se ordena: que cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un carcelero en favor de un individuo puesto bajo su

¹⁰⁹ YANES. Op Cit. Pág. 100

¹¹⁰ JIMENEZ DE PARGA. Op Cit. Pág. 275

¹¹¹ YANES. Op Cit. Pág. 101

custodia, el funcionario de la prisión está obligado en un plazo que oscila entre los tres y los veinte días (*según la distancia*) a presentar al detenido ante los jueces, declarando sobre las causas de la privación de libertad. El carcelero que incumpla lo ordenado en el Habeas Corpus, pagará una multa considerable.¹¹²

Sin embargo, no todos los detenidos eran amparados por este Acta, había ciertas excepciones en la misma. Pero fue en el siglo XIX con el Habeas Corpus Act, 1816 cuando se tuteló plenamente el derecho de la libertad personal.

1.12.4.1.4 Bill of Rights (1689).

El *Bill of Rights* puso fin al absolutismo de la Corona y sentó las bases del Parlamento británico.

De ahí que, con este documento, el Parlamento se impone formalmente como órgano de control político. La Declaración, por otra parte, sigue el estilo británico de consignar derechos concretos y ratificar los de los antepasados.

En 1689 se reclaman, entre otros derechos, los siguientes: "...El derecho de los súbditos a participar con libertad en las elecciones parlamentarias" (...) "El derecho de los parlamentarios de actuar y pronunciarse con libertad en las cámaras".¹¹³

Antes de agotar este subapartado, los responsables de la investigación estiman oportuno pronunciarse acerca del proceso histórico del derecho a la libertad en Inglaterra.

¹¹² JIMENEZ DE PARGA. Op Cit. Pág. 275.

¹¹³ JIMENEZ DE PARGA Ibíd. Pág. 275-276.

En primer lugar, dentro de la historia del constitucionalismo de Occidente fue en Inglaterra donde emergió el primer documento significativo que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado.

Sin embargo, se enuncian derechos para el pueblo, es decir no se fundan en derechos inherentes a la persona humana, sino en conquistas de la sociedad.

En segundo lugar, la Carta Magna de 1215 significa el texto que ampara los derechos primarios de los ingleses, al concebir a la libertad en el sentido de que: “Ningún hombre libre será detenido ni encarcelado, ni desposeído de su feudo, ni declarado fuera de la ley...”, lo hace de manera reducida, debido a que, por una parte, solamente se refiere a la libertad corporal y de circulación. Y por otra, el carácter limitado que tiene la expresión *hombre libre*, solamente se refiere al barón. Sin embargo, dicho enfoque tuvo mucha importancia para que posteriormente se afirmara el Habeas Corpus y otras garantías.

Tercero: La *Petition Of Right* de 1628 significa una manera de solicitarle y recordarle al rey entre otras cosas, lo que sus antecesores se habían comprometido a cumplir en la Carta Magna de 1215, que se traducía en derechos concretos para los ingleses.

En tal sentido, entre otras cosas se solicita al rey respecto a la libertad: “Que ningún hombre libre sea detenido arbitrariamente”.

En cuarto lugar, el *Bill of Rights* aparte de poner fin al absolutismo de la Corona y sentar las bases del parlamento británico, sigue consignado y a la vez

ratificando derechos de anteriores declaraciones, dentro de los cuales se destacan los derechos de carácter político al participar los súbditos en las elecciones del parlamento, y el derecho de los parlamentarios de actuar y pronunciarse con libertad en las cámaras.

En quinto lugar, si bien las primeras declaraciones carecen del estilo de las de finales del siglo XVIII, o de las contemporáneas, no se puede negar que los instrumentos o declaraciones que integran el legado con el que los ingleses de ahora hacen su vida política, aparecieron como una reacción contra los excesos de autoridad que negaba los derechos, frente a sus súbditos, convirtiéndose en los precursores de las modernas declaraciones.

De ahí que, las declaraciones inglesas constituyen un freno al poder absoluto del soberano, y por ende, un avance decisivo en la historia, en el camino del hombre hacia un efectivo respeto de sus derechos fundamentales.

En último lugar, es en Inglaterra donde se crea el primer recurso legal contra las detenciones arbitrarias, denominado “Habeas Corpus Amendment Act de 1679” orientado a garantizar la libertad personal.

Sin embargo, en su origen carecía de un término para pasar al detenido a la orden de la autoridad, y no todos los detenidos eran amparados por esta Acta, pero que tal instrumento significó un paso muy importante en la creación de una garantía que diera eficacia al derecho de la libertad personal. Es con el pasar del tiempo que se establece el término para poner a la orden del juez al detenido.

Asimismo, fue en el siglo XIX “Habeas Corpus Act, 1816” cuando se tuteló plenamente el derecho de la libertad personal sin ninguna distinción a quien le corresponde su ejercicio.

1.12.4.2 La Revolución Americana

La revolución americana tuvo orígenes económicos, políticos, religiosos e intelectuales.

Asimismo, contribuyó el violento conflicto de intereses que recae en primer lugar, entre los gobernadores y las asambleas de las colonias por motivos de oposición que son cada vez más frecuentes. En segundo lugar, la distribución de las cargas fiscales, ya que el Parlamento inglés trata de fijar impuestos aun más gravosos a los colonos americanos.

De manera que, la revolución americana se realiza bajo el impulso de los hechos. Ni está precedida – como la Revolución Francesa – de una larga maduración ideológica, ni es el producto ni el crisol de doctrinas originales, sino mas bien hasta el comienzo de la guerra el problema que domina los debates es el impuesto, siendo más común la interrogante ¿puede imponer tributos un Parlamento en el que no se esta representado?.¹¹⁴

Al triunfar la insurrección en Norte América la misma se transforma en un modelo para los Estados de América Latina, que a medida adquieren la independencia, adoptarán Constituciones directamente inspiradas en la Constitución americana. En la misma Europa la influencia de la revolución

¹¹⁴ TOUCHARD. “Historia de las Ideas Políticas”. Año. 1985. Pág. 353

americana es profunda, formando una imagen de América todavía más mítica que la imagen de Inglaterra que había inspirado la revolución americana.¹¹⁵

La revolución americana es, en el siglo XVIII, el primer ejemplo de una revolución triunfante, en la que motivada por el derecho natural las colonias llegan a ser independientes, y con la moral en que lleguen a ser económica y políticamente poderosas. Es por ello, que la revolución signifique el paso de la especulación a la acción, y presenta un modelo que sirva de referencia que será ampliamente utilizado en América Latina.

1.12.4.3 La Declaración de Independencia de los Estado Unidos (4 de julio de 1776.)

La declaración de independencia, redactada por Jefferson, procede del deseo de justificar a las colonias sublevadas ante el tribunal de las naciones; presupone la validez eterna de la ley natural. Afirma que los hombres poseen ciertos derechos inalienables: la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La función del Gobierno consiste en preservar estos derechos naturales: si incumple esta misión, los gobernados tienen el derecho de sublevarse.¹¹⁶

En ese sentido, la Carta de Derechos cuya primera cláusula proclama que “Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos de los cuales, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con lo

¹¹⁵ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 353

¹¹⁶ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 354

medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.¹¹⁷

1.12.4.4 La Constitución Americana de 1787

La Constitución americana es el producto de tendencias diversas:

- a. Admiración por el sistema inglés y fidelidad hacia los principios del gobierno mixto y de la separación de poderes.
- c. La desconfianza hacia la masa, cuyos errores deben ser prevenidos mediante un derecho de sufragio inteligentemente reglamentado.
- c. Desconfianza inicial respecto al Gobierno federal, pero conciencia de las necesidades políticas, y sobre todo económicas, que conducen a reforzar el poder central.¹¹⁸

En ese sentido, la constitución de los Estados Unidos de América de 1789 y sus enmiendas, han definido los derechos de la Carta de 1776 con más detalle. Se especifica la libertad de palabra y de imprenta y el derecho de los individuos a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros o incautaciones que no sean razonables, y el derecho a la libre práctica de la religión.¹¹⁹

Por otro lado, la Constitución americana es el fruto de un compromiso entre grandes y pequeños Estados; entre partidarios entre un poder fuerte y

¹¹⁷ A. DAES. Op. Cit. Pág. 155.

¹¹⁸ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 355

¹¹⁹ A. DAES. Op. Cit. Pág. 155.

partidarios de las libertades locales, entre quienes estimulan la industrialización y quienes se apoyan en la agricultura. Se enfrentan así dos concepciones de la democracia: la democracia autoritaria de los “federalistas” y la democracia liberal de Jefferson. Ninguna de estas concepciones es de origen popular, pero sus bases filosóficas y sociológicas son diferentes.¹²⁰

Las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos constituyen una verdadera declaración de los derechos del hombre, en la línea de Locke. Esta declaración difiere de las declaraciones europeas en el sentido de que sus prescripciones son aplicables por los tribunales. Aporta, por consiguiente, una garantía efectiva, y no una simple declaración de intenciones.¹²¹

1.12.4.5 La Libertad en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789

Durante este movimiento a finales del Siglo XVIII se consolida el Sistema Capitalistas, basado principalmente en la existencia de la propiedad privada, la desigualdad en la producción, distribución y consumo de la riqueza, la existencia de las clases sociales: Burguesía y el Proletariado.

La Revolución Francesa trae consigo que la Asamblea dicte el 26 de agosto de 1789 *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* siendo promulgada en noviembre del mismo año en Paris, la cual es la expresión más

¹²⁰ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 355

¹²¹ TOUCHARD. *Ibíd.* Pág. 355

precisa, más exacta y perfecta de la doctrina individualista, en la que la sociedad política se propone como fin la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, los cuales son en este contexto histórico la libertad, la seguridad y la propiedad.¹²²

De ahí que, en el preámbulo de la Revolución Francesa se reafirme que: los representantes del pueblo francés, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, de los gobiernos, han resuelto exponer en un documento solemne los Derechos Naturales, inalienables y sagrados del hombre. Los primeros artículos afirman que: los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos, y que el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, la libertad, propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.¹²³

No obstante lo anterior, el italiano Ruggiero, citado por Marcelo Catala Ruiz, interpreta que no se puede hablar de la Revolución Francesa de manera singular ya que: “entre 1789 y 1793 hay tres revoluciones, aunque sólo triunfa la liberal y burguesa que sobrevive al terror...”¹²⁴

Sin embargo, es importante señalar que cualquiera que sea la interpretación más correcta en razón de considerar la singularidad o no de la Revolución Francesa, el movimiento revolucionario se inició por las precarias condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas en que se encontraba el pueblo francés, además del gobierno monárquico y despótico.

¹²² LEON Duguít, M. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Año. 1926. Pág. 203

¹²³ A. DAES. Op. Cit. Pág. 356

¹²⁴ CATALA. Ruiz, Marcelo. “*Historia y Doctrina Política Social*”. Año.1952 Pág. 135

Por lo que las ideas que prevalecieron en esa época fue lo que originó el movimiento revolucionario, que se inicia en este país a partir de 1784, época en que se empezaron a difundir las ideas que llevaron al pueblo a la Revolución Francesa, en la que se afirma entre otras cosas que: "...todos los hombres son por consiguiente, no tan sólo libres, sino igualmente libres", situación que es reafirmada en el artículo uno de la declaración, el cual establece que: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"¹²⁵

La Declaración Francesa recoge algunos principios afirmados en la Declaración de Derechos de Virginia (*junio de 1776*), en la Declaración de Independencia y otros instrumentos legados de la revolución americana.

En ese sentido, es notable que aunque con un alcance mucho más amplio la Declaración Francesa tiende a ser influenciada por la revolución americana, siendo considerada en sí misma una brillante manifestación de universalismo, triunfo del derecho natural – enumera los derechos "naturales e imprescriptibles" del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. (*La Declaración de Independencia americana hablaba de "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad"*).¹²⁶

De manera que, la libertad es concebida en la declaración en el artículo 4º como: "el poder hacer todo aquello que no perjudique a otro (*una definición negativa de la libertad ya que se define por sus límites*); así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren

¹²⁵ LEON. Op. Cit. Pág. 203.

¹²⁶ TOUCHARD. Op. Cit. Pág. 359

a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley”. Asimismo, reconoce también la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento, la libertad religiosa.¹²⁷

Al respecto Mario Bernashina señala, refiriéndose al concepto de libertad de la declaración que:

es un concepto clásico de la libertad individual, en donde se mira el interés del hombre frente a otro u otros hombres. La colectividad no se toma en cuenta, porque según el criterio de los inspiradores de la Revolución Francesa, el fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.”¹²⁸

Por otro lado, la declaración establece que los límites a los derechos no pueden ser sino por la ley, basados en el no perjuicio a los derechos de los demás, ni de la seguridad pública, siendo curioso que en la misma declaración “no se señale la regla en cuanto al reconocimiento explícito y terminante que los derechos individuales vienen a limitar los poderes del Estado.”¹²⁹

En consecuencia, el bien común es el que viene a ser un límite indeterminado de la libertad individual, que el legislador puede interpretar a su arbitrio; como, igualmente, fijar cuáles son las acciones nocivas a la sociedad.¹³⁰

¹²⁷ LEON. Op. Cit. Pág. 203.

¹²⁸ BERNASHINA González, Mario. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Año. 1951. Pág. 481.

¹²⁹ SEBASTIAN. Op. Cit. Pág. 5

¹³⁰ Curso de Filosofía II. Op. Cit. Pág. 482

Por lo que dicha situación y en relación a estos límites, no fueron aplicadas de acuerdo con su verdadero sentido, y sólo se interpretaron para beneficio de las clases dirigentes (*burguesía*), quedando al margen del bien común gran parte de los individuos, para los cuales, por su número, los actos legislativos resultaban nocivos para el grupo social, desde el momento en que eran dictados por la minoría que había asumido el título de representantes del pueblo.¹³¹

Sin embargo, es notable resaltar que este movimiento revolucionario permitió aparte del surgimiento de la Declaración Francesa, la incorporación a la Constitución Francesa de 1791 otorgándole rango constitucional, tal reconocimiento marca el inicio de la incorporación de los Derechos Humanos a nivel de Constitución. En 1793 se adopta la “Segunda Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano”, la cual amplía el reconocimiento de los derechos y libertades respecto de la primera declaración.

En razón de lo antes expuesto, los responsables de la investigación, consideran oportuno hacer las siguientes valoraciones del subapartado antes apuntado:

Primero: El movimiento revolucionario se inició en este país a partir de 1784, época en que se empezaron a difundir las ideas que llevaron al pueblo a la Revolución Francesa de 1789.

¹³¹Curso de Filosofía II. *Ibíd.* Pág. 482

Segundo: La Revolución es producto de las precarias condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas en que se encontraba el pueblo francés, además del gobierno monárquico y despótico, así como las ideas que prevalecieron en esa época fue lo que originó la Revolución Francesa.

En razón de lo antes expuesto, no se puede dejar de mencionar que en la Declaración se consagra la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, los cuales son en este contexto histórico la libertad, la seguridad y la propiedad. En tal sentido, es de rigor aclarar que no se trata de derechos para el pueblo francés, sino para la nueva clase social triunfante, inteligente y progresista como es la Burguesía, situación que da para considerar que el cambio que hubo no fue más que un cambio de opresor (*Monarquía – Burguesía*).

Tercero: Los derechos humanos que se reconocen son desde el punto de vista individuales, limitándose a enunciar los derechos individuales, sin expresión correlativa, ni reconocimiento explícito y terminante que los derechos individuales vienen a limitar los poderes del Estado siendo propio de la época. Por ello, la Declaración Francesa es considerada una declaración de tipo Democrática, individualista y liberal.

Cuarto: La trascendencia a nivel Europeo y Mundial que ejerció la declaración francesa en orden al reconocimiento de los derechos individuales, que incluso sobrepasó al *Bill of Right*, es el haber ofrecido a todos los pueblos de Europa, que aun se hallaban sujetos al régimen absoluto, un modelo teórico

de libertad, en el cual se inspiraron, mejor que ningún otro para su reivindicación política.

Desde entonces, en mayor o menor grado, las constituciones de los pueblos civilizados, han ido acogiendo el reconocimiento y protección por diversos medios, de los derechos fundamentales de las personas.

Quinto: la libertad en la Declaración es concebida como: “el poder hacer todo aquello que no perjudique a otro”, por lo que tal definición tiene una connotación negativa de la libertad, ya que se define por sus límites. Es decir, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley.

En síntesis, la libertad en sentido negativo se refiere a un espacio privado donde los individuos pueden ejercer sus derechos individuales sin interferencia de otros individuos, ni coerción del poder público. Se trata, pues, de un concepto negativo en cuanto ausencia de obstáculos o constreñimientos para actuar de acuerdo a la voluntad individual.

Es por ello, que para algunos autores la libertad en la Declaración es un concepto donde se mira el interés del hombre frente a otro u otros hombres, no tomándose en cuenta la colectividad.

De ahí que, se trate de un concepto espacial en cuanto se refiere al ámbito en el que individuo es soberano, y que en tal calidad se sustrae al ámbito del poder y la coerción social.

Sin embargo, la libertad en sentido negativo, pueden objetarse en el sentido de que, si bien puede asegurar el goce de ciertos derechos individuales, no garantiza un sociedad ni un gobierno democrático.

Sexto: Las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagran la soberanía popular y el papel de la ley como expresión de la voluntad general, reconocen la igualdad ante la ley, la libertad personal, religiosa, de opinión y de imprenta, las garantías procesales de resguardo de la seguridad personal, la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento, la libertad religiosa.

Por último: Cabe mencionar que la Declaración es un instrumento que se funda en derechos inherentes a la persona humana.

1.12.4.6 Desarrollo Histórico Constitucional de la Libertad en el Ordenamiento jurídico salvadoreño

La libertad se nos presenta como una potestad muy compleja, ello significa que presenta múltiples aspectos de aplicación y desarrollo. Es por ello, que al considerar la libertad en su desenvolvimiento histórico en el ordenamiento jurídico salvadoreño, resulta imprescindible hacer referencia a cada una de sus manifestaciones en el contexto que corresponda.

No obstante lo antes expuesto, los responsables de la investigación no pretenden agotar el estudio en lo que respecta al desenvolvimiento histórico de

las Libertades, sino dibujar a grandes rasgos un panorama en lo que respecta al ordenamiento jurídico salvadoreño frente a la libertad.

Sin embargo antes de desarrollar la temática antes apuntada, es necesario considerar la premisa de que la esclavitud fue abolida en Centroamérica por lo decretos de 17 y 23 de abril de 1824, emitidos por la Asamblea Nacional Constituyente a propuesta del Dr. José Simeón Cañas, lo que marca el camino al reconocimiento constitucional. Siendo de advertir, dice Gallardo que “por Orden Legislativa de 25 de mayo de 1824, y contrariamente a lo que sucedió en la República federal, el 17 de abril de 1824, la abolición de la esclavitud y el tráfico de esclavos se efectuó en El Salvador.”¹³²

En ese sentido, a partir de la primera Constitución Federal de 1841 aparece un título, el XVI, dedicado a la “Declaración de los derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular”, en su articulado se reconoce en una forma amplia las libertades. Cabe destacar la garantía de la libertad personal, o sea el hábeas corpus, la que fue reconocida en el artículo 83 de la antes referida Constitución Federal.¹³³

En el año de 1864 se reconoció en la Constitución en el Art. 76, derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, los cuales tenían como principio, entre otras la libertad. Este principio, se vio fuertemente influenciado por el impacto que produjo la obra de Juan Jacob Rousseau, puesto que en

¹³² BELTRAN Galindo y otros, Francisco. *“Manual de Derecho Constitucional”*. Año. 1999. Pág. 737

¹³³ BELTRAN Galindo y otros,. *Ibíd.* Pág.731.

palabras de Gallardo: es “calcado, como uno de los principios del Contrato Social de Rousseau.”¹³⁴

Para el año de 1871 se estableció por primera vez, la libertad de enseñanza en el Art. 127, en la de 1880 se garantizó la libertad de cultos en el Art. 4.

La libertad de intimidad en lo que respecta a la inviolabilidad del domicilio y el secreto en sus diferentes manifestaciones, había sido reconocidas por las constituciones anteriores (*Constitución Federal de 1824 Art. 168, la de 1871, 1872, 1880, 1883 todas en los artículos 66, 77, 83, 110, 28, 24 y 20, y la de 1898 Art. 31 y 1921 Art. 51 y 56.*) Sin embargo, fue hasta la Constitución vigente que este derecho apareció consagrado por primera vez en el Art. 2 inc. 2º.¹³⁵

Por otra parte, la libertad de circulación y de domicilio y de residencia, aparece por primera vez regulado en la Constitución federal de 1824, la que fue ampliada en las Constituciones Federales de 1898 y 1921.

En lo que respecta al reconocimiento a nivel constitucional como Estado independiente fue contemplada por primera vez en 1841 y únicamente en lo relativo al derecho de emigrar y retornar al país. Las constituciones de 1871 (*Arts. 17 y 18*), 1872, (*Arts. 20 AL 22*), 1880, (*Arts. 17 y 18*), 1883, (*Arts. 13 y 15*), 1886, (*Arts. 11 y 13*) y 1945, (*Arts. 11 y 13*), reconocieron la libertad de

¹³⁴ BELTRAN Galindo y otros. *Ibíd.* Pág. 731

¹³⁵ BELTRAN Galindo y otros., *Ibíd.* Pág. 747

emigrar, volver al territorio, transitar en el mismo sin necesidad de pasaporte, mudar de domicilio o residencia por sentencia ejecutoriada.¹³⁶

La libertad de expresión, de difusión del pensamiento, de prensa, derecho de respuesta y réplica, aparecen por primera vez en el Título XI, de la Constitución Federal de 1824, “prohibía a todas la autoridades, Congreso o Asamblea, coartar en ningún caso ni por pretexto alguno la libertad de pensamiento, la de palabra, la de escritura y la de imprenta.”¹³⁷

Aparece por primera vez en la Constitución de El Salvador de 1841, la que contempla la libertad de expresión y de opinión en sus Arts. 73 y 75. Las constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944 se limitaban únicamente a la libertad de expresión. (*Arts. 79, 105, 24, 19, 29, 47, 46, 29, 158*)

Por otro lado, en lo que respecta a la libertad de religión o culto en la Constitución de 1824, no admitía la libertad de culto, debido a que para la época la religión oficial era la católica, apostólica y romana, con exclusión de cualquier otra. Esta libertad fue reconocida con más amplitud en la Constitución Federal de 1898, la cual establecía el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límites que los trazados por la moral y el orden público.

Sin embargo, no fue hasta la Constitución de 1883 cuando se introdujo por primera vez, la libertad de culto Art. 14. En la Constitución de 1945 se reconoció

¹³⁶ BELTRAN Galindo y otros., *Ibíd.* Pág. 760

¹³⁷ BELTRAN. Galindo y otros, *Ibíd.* Pág. 770

la personería jurídica de la Iglesia Católica (...) pudiendo las demás Iglesias obtener el reconocimiento de su personería de conformidad con la ley.¹³⁸

En lo que respecta a la libertad de reunión y asociación fueron reconocidos por primera vez en la Constitución de 1824, pero más como una facultad a las autoridades de que en caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada podían, impedir las reuniones populares (...) Las constituciones de El Salvador de 1841 y 1871, reconocían en sus Arts. 73, 80 y 106, la libertad de reunión. A partir de la Constitución de 1872 recogía además, del derecho de reunión Art. 25, el de asociación Art. 44.¹³⁹

Por último, la libre disposición de los bienes y libertad de contratación reconocida por primera vez en la Constitución de 1824 en el Art. 175 ord. 4º estableciendo que no podía ni el Congreso, las Asambleas ni las demás autoridades: “Tomar la propiedad ni ninguna persona, ni turbarla en el libre uso de sus bienes, sino en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada, y garantizándose previamente la justa indemnización”. Las de 1898 y 1921 contemplaron la libertad de disposición en sus Arts. 16 y 42, respectivamente.¹⁴⁰

A partir de la Constitución de 1886 se reconoció en el Arts. 17 el derecho que toda persona tiene a la libre administración de sus bienes, de terminar sus

¹³⁸ BELTRAN. Galindo y otros, *Ibíd.* Pág. 776-777

¹³⁹ BELTRAN. Galindo y otros, *Ibíd.* Pág. 782 - 783

¹⁴⁰ BELTRAN. Galindo y otros, *Ibíd.* Pág. 793

asuntos civiles por transacción o arbitramento (...) En 1939 se consagró por primera vez la libertad de contratación.

Por otra parte, en 1950 se introdujo la libertad de testar, la cual ya se encontraba establecida en las leyes secundarias.¹⁴¹

En lo que corresponde a la Libertad personal, individual o física, la Constitución de la República vigente desde el año de 1983, es reconocida en los artículos 1, 2, 4, 11, 12, 13 y 27 inc 2.

1.3 ALGUNAS REFORMAS PENALES Y DISPOSICIONES

ADMINISTRATIVAS QUE ATENTAN CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL.

REFORMAS PENALES	Publicación en el Diario Oficial.
1. Artículo 294 inciso 2º Código Procesal Penal – No procederá la sustitución por otra medida cautelar...	1. D.L No 458, del 7 de Octubre del 2004, D.O No 207, Tomo 365, del 8 de noviembre de 2004.
2. Artículo 45 Código Penal: “la pena de prisión será de setenta y cinco años...” (Penas consideradas como Perpetuas, lo que atenta contra la Constitución de la República.)	2. D.L No 486 del 18 de julio de 2001, D.O 40, Tomo No 352 del 31 de julio de 2001.
3. Artículo 129 Código Penal. “En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión” (Penas inhumanas, consideradas por algunos como perpetuas.)	3. D.L No 486 del 18 de julio de 2001. D. O. No 144, Tomo No 352 del 31 de Julio de 2001.
4. Artículo 149 – A “... con prisión de diez a veinte años.” (Política Criminal eminentemente represiva en cuanto aumento de penas.)	4. D.L No 280 del 18 de febrero de 2001 D. O. 223, Tomo 350, del 13 de febrero de 2001.
5. Artículo 348, inciso segundo (Desordenes Públicos, - Penas desproporcionadas en razón del bien jurídico el orden.	5. D.L No 385 de fecha 16 de Agosto de 2007, publicado en el diario oficial No 163, tomo 376 del 5 de Septiembre de 2007.

¹⁴¹ BELTRAN. Galindo y otros, *Ibíd.* Pág. 793

REFORMAS PENALES.	VIOLACIÓN A CONVENIOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.
<p>1. Artículo 294 inciso 2º Código Procesal Penal – No procederá la sustitución por otra medida cautelar...</p>	<p>1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9.3).</p> <p>2. Violación a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 7.5),</p>

Disposiciones Administrativas que le corresponden a la Dirección General de Centros Penales.	Hechos violatorios a la Libertad Individual por parte de la Dirección General de Centros Penales (DGCP).
<p>1. Artículo 1 Reglamento de la Ley Penitenciaria. La que señala entre otras cosas: “Que el Juez de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución de la Pena correspondiente, otorgará la libertad condicional a los condenados...” (D.L 445, del 31 de octubre de 2007, D. O. No 221, Tomo 377, del 27 de noviembre de 2007.)</p> <p>Sin embargo, la Dirección General de Centros Penales le corresponde informará cuales internos reúnen los requisitos para aplicar el beneficio de la libertad condicional...” (D.L 445, del 31 de octubre de 2007, D. O. No 221, Tomo 377, del 27 de noviembre de 2007.)</p> <p>2. Artículo 23 de la ley Penitenciaria, respecto al los Estado de Emergencia.</p>	<p>1. Existe una pugna entre los jueces de Vigilancia Penitenciaria y la DGCP, en lo que respecta al goce de parte de algunos reos del beneficio de la Libertad Condicional Anticipada, provocando un retardo y negligencia en el envío de los informes a los Consejos Criminológicos.</p> <p>2. Cuando se declaran las emergencias se restringe ciertos derechos, que pueden justificarse en algunos casos, pero en otros no. Pero sin duda es preciso que la administración debe sujetarse a la ley, y a los controles por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero en muchos casos la Administración de Centros Penales no toma en cuenta dichos parámetros.</p>

Disposiciones Administrativas que corresponde a la Fiscalía General de la República.	Publicación en el Diario Oficial.
<ol style="list-style-type: none">1) Acceso a la justicia. Art. 11 Cn.2) Libertad Personal Art. 2 Cn.	<p>Según el informe de la labores de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos del periodo junio 2007 al periodo mayo 2008.</p> <p>La institución que más ha sido señalada como presenta violadora de Derechos Humanos, se ubica la Fiscalía General de República con 210 señalamientos, de los cuales el acceso a la justicia, obtuvo 64 señalamientos, y en lo que corresponde a la libertad personal obtuvo 17 señalamientos.</p>

CAPITULO II. PRESUPUESTOS PARA RESTRINGIR LA LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LOS ESTADOS

Al iniciar este capítulo es preciso considerar como primera premisa que los derechos humanos y la libertad, no es un derecho absoluto, sino puede ser objeto de determinadas restricciones.

De ahí que, los Derechos Humanos pertenecen a todas y cada una de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado y corresponde a éste diseñar las normas que permitan a todos ellos la coexistan en armonía. Esto significa que el Estado tiene la facultad de regular estos derechos, lo que implica su restricción. Los derechos humanos, desde este punto de vista, no son absolutos.¹⁴²

La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el derecho Internacional y Nacional de los Estados, que exigen el cumplimiento de ciertas condiciones cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones Internacionales y Nacionales del Estado (sic)¹⁴³.

En ese orden de ideas, los requisitos que se desarrollaran y que son indispensables a la hora de restringir o limitar los Derechos Humanos, permitirán tener los elementos para considerar si las restricciones aplicadas son constitucionales o no.

De ahí que, a través de este capítulo se pretenda estudiar cada uno de esos criterios establecidos en la jurisprudencia, doctrina, la Constitución y leyes,

¹⁴² AUTORES VARIOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo 1979-2004. Año. 2005. Pág. 257

¹⁴³ AUTORES VARIOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo 1979-2004. Año. 2005. Pág. 257

tanto en el plano doméstico como el internacional, que limitan la facultad de restringir o limitar los derechos.

2.1 Límites de la Administración Pública en la Constitución salvadoreña de 1983

En principio la obligación primaria y original de protección a los Derechos Humanos le corresponde a los Estados nacionales (*Art. 1 CN*). Sin embargo, dicha obligación depende en última instancia de la manera cómo se administran esas constituciones y esas leyes, y en cómo los Estados regulen la libertad y los derechos del hombre que permitan la coexistencia en armonía.

Precisamente, el presente subapartado pretende considerar la respuesta más común y sencilla que los Estados dan cuando limitan o restringen los derechos del hombre, al señalar que están facultados para hacerlo a través del ministerio de la ley.

En ese sentido, el punto de análisis no es tanto que el Estado pueda o no limitar los Derechos y libertades del ser humano, sino más bien hasta qué punto y bajo qué parámetros podría limitar el ejercicio de esos derechos.

Es por ello que, el concepto de restricciones de un derecho nos parece familiar y no problemático, debido a que en lo que respecta a que los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser un conocimiento evidente (sic).¹⁴⁴

¹⁴⁴ ALEXY. Op. Cit. Pág. 267

Algunas de las interrogantes que se presentan en razón de lo antes expuesto es que: “No obstante, el Estado a través del poder Ejecutivo, Órganos de la Administración Pública y el Legislativo pueden y según sea el caso, en algunas ocasiones amenazar, restringir y aniquilar la libertad de los ciudadanos”¹⁴⁵.

Sin embargo, el punto de análisis de este capítulo radica en las interrogantes siguientes: ¿Hasta dónde llega esa facultad del poder de acción del Estado en lo que a materia de restricción y límites de derechos corresponde haciendo énfasis en el derecho a la libertad individual? y ¿Qué establece la Constitución de la República de El Salvador de 1983 al respecto?

De manera que, las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado, sino acerca de cuál es su contenido.¹⁴⁶

Previo a considerar alguna respuesta a las interrogantes planteadas, es de rigor citar el artículo 1 de la Constitución de la República (CN), que sirve como parámetro para interpretar las normas del sistema jurídico.

Dicha norma fundamental, gira en torno a una concepción eminentemente personalista de la organización jurídico política de la sociedad, en la que el fin último del Estado es la persona humana, alejándose con ello de planteamientos que consideran al ser humano como un medio para la realización de fines.

¹⁴⁵ A. DAES. Op. Cit. Pág. 161.

¹⁴⁶ ALEXY. Op. Cit. Pág. 269

En razón de lo antes expuesto, si la persona humana como miembro de la sociedad, es el fin último del Estado, es éste el obligado a garantizar los derechos humanos. La libertad en general es uno de esos Derechos del Hombre, que se impregna y se conjuga con los valores justicia, seguridad y el bien común (*Art. 1 inc. 2º CN*).

De ahí que, no podemos hablar de la libertad individual sin que dicho reconocimiento sea en una norma justa, ni que en el contenido de la ley se refleje el concepto de bien común al considerar que la libertad de unos enfrenta la libertad de otros, ni que se pueda prescindir de la seguridad jurídica al aplicar la ley bajo parámetros de igualdad, en fin es un mismo orden jerárquico de normas jurídicas con carácter complementario y no antagónico.

Es por ello que, los Derechos Humanos y por ende la libertad no son absolutos, más bien traen aparejada la idea de que están sujetos a restricciones o límites.

No obstante y tal como antes se apuntó, la facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho Internacional y Nacional de los Estados, al exigir el cumplimiento de ciertas condiciones cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima, y por lo tanto, violatoria de las obligaciones del Derecho Internacionales y Nacional de los Estados.

En sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95, Considerando XIII; la Corte Suprema de Justicia considera respecto de la libertad que tal derecho, "aún en conexión con la dignidad de la persona, no es un derecho absoluto, como [no lo son]

la mayoría de los derechos fundamentales (...). No se trata, pues, de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. (Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95 – Corte Suprema de Justicia)

Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera. Dicho en otras palabras, en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada a hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes – consagración normativa de protección de terceros o de interés general– no justifiquen una restricción a la libertad. (Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95 – Corte Suprema de Justicia)

Por otro lado, la necesidad de que se justifique cualquier limitación o restricción por el Estado, trae el riesgo de que el poder del Estado, pueda suprimir o restringir arbitrariamente la libertad del individuo, situación que esta latente.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia señala que: en el caso específico de los derechos de libertad, se ha resaltado su *carácter de límites al poder público*: "los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen auténticos y legítimos límites a la soberanía de los Estados y a las actuaciones de los poderes públicos, circunstancia que conforma un verdadero Estado de Derecho" (Sentencia de 13-VI-1995, Inc. 4-94, Argumentación 3ª).

La posición definitiva abstracta aquí relevante, consiste en el derecho del individuo a que su libertad general de acción no sea restringida por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución, y el Derecho Internacional.¹⁴⁷

En ese sentido, el tema de las restricciones de derechos y libertades humanas podría dar lugar a ciertos actos arbitrarios si no se toma en cuenta el orden constitucional de los Estados. De ahí que se hace necesario el siguiente análisis a la temática planteada:

Primera: La Constitución de la República vigente reconoce el derecho a la libertad, su protección y conservación, en los Art. 1 inc. 3º y 2 inc. 1º; declara que toda persona es libre en la República en el Art. 4; y desarrolla la protección de la libertad y dignidad humana en cada una de las manifestaciones en los Arts. 5, 6, 7, 9, 20, 22, 23 y 25 de la Constitución, que configuran en términos generales las libertades jurídicas.

En esa línea, toda limitación, restricción o injerencia en el ejercicio de los derechos deben regirse a la Constitución o al sistema jurídico preexistente. De no ser así, no se podría dar una restricción si las normas no fueran formal o materialmente conformes con la Constitución, debido a que violarían entonces el derecho en abstracto y, por lo tanto, serían inconstitucionales. Es por ello

¹⁴⁷ ALEXY. *Ibíd.* Pág. 270

que, la violación de un derecho fundamental es algo muy diferente a sus restricciones.¹⁴⁸

De ahí que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia considere a la Constitución como:

“una norma jurídica, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el orden jurídico. Por ello el Tribunal Constitucional español ha señalado –en gráfica expresión- que la Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico.” (Sentencia de Amparo. Corte Suprema de Justicia /1992)

Sin embargo, el principio de supremacía constitucional citado anteriormente, “bajo ningún aspecto puede significar que los derechos que ella establece y garantiza no pueden ser reglamentados por las leyes ordinarias. Precisamente estas leyes deben regular el ejercicio de tales derechos. La misma Constitución reconoce que los derechos consagrados en ella pueden y deben ser regulados en su ejercicio por las leyes secundarias, tal como lo dispone el artículo 246 CN; siempre y cuando no se alteren los principios que establece la misma y se respete la esencia del derecho garantizado constitucionalmente.” (Sentencia de Amparo. Corte Suprema de Justicia /1986)

Segundo: Es importante aclarar que una norma puede estar sujeta y a la vez ser una restricción o limitación de derecho fundamental, sólo si es constitucional. Si no lo es así, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención o violación, pero no de una restricción o limitación. De ahí que, una de las características es que las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son constitucionales.¹⁴⁹

¹⁴⁸ ALEX Y. Ibíd. Pág. 270

¹⁴⁹ ALEX Y. Ibíd. Pág. 272

La Corte Suprema de Justicia considera que lo antes planteado se logra, sólo si en un Estado de Derecho, “todo funcionario actúa en virtud de las atribuciones y competencias que le confiere el pueblo, depositario de la soberanía, por medio de la ley; a lo que un funcionario no está facultado expresamente no puede realizarlo, pues se lo ha reservado el mismo pueblo o se lo ha conferido a otra autoridad...Es un principio general del Derecho Constitucional, que todo lo que un funcionario realiza en exceso de sus facultades o atribuciones es nulo.” (Sentencia de Amparo. Sala de lo Constitucional/1993)

Tercero: Al considerar los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de normas con rango constitucional.¹⁵⁰

Sin embargo, la Sala de lo Constitucional sostiene que “la regulación de un derecho constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución, sólo puede hacerse en virtud de una ley”. (Sentencia. CSJ. De 13-VI-95, Inc. 4-94).

Pareciere una contradicción al considerar por un lado, que los derechos pueden ser limitados o restringidos por normas con rango constitucional, y por otro, la Corte Suprema de Justicia sostiene que la regulación solamente puede hacerse en virtud de la ley. Precisamente no es que exista tal contradicción, sino más bien en razón de su competencia estamos ante dos tipos de restricciones.

Según Robert Alexy, en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, las restricciones pueden ser de dos tipos: la primera, que le denomina Restricciones Directamente Constitucionales; y la segunda, las Restricciones

¹⁵⁰ ALEXY. *Ibíd.* Pág. 277

Indirectamente Constitucionales, Inferiores a la Constitución o Infraconstitucionales.¹⁵¹

Las restricciones directamente constitucionales en razón de la competencia se encuentran establecidas en el Artículo 248 CN. Dicho precepto establece el presupuesto de legitimación para proponer la reforma en períodos consecutivos, es decir, la segunda votación la realizará la Asamblea que sigue a la que realizó la primera aprobación. En ese sentido, dicha reforma en primer término está sujeta a límites denominados formales o procesales, entendidos estos como los procedimientos que se tienen que cumplir a la hora de reformar y limitar el ejercicio de un derecho, puesto que de una manera más o menos rígida, se le sujeta a un procedimiento para la modificación del texto constitucional.¹⁵² (*Art. 248 inc. 1º y 2º CN*)

Si embargo, tal atribución establecida por la Constitución no debe entenderse como ilimitada, sino que está sujeta a restricción que es conocida en la doctrina como material o sustancial, o cláusulas pétreas o de intangibilidad, los cuales se orientan a que no podrá tener como objeto la modificación de los aspectos esenciales del sistema. (*Art. 248 inciso final.*)

De manera que: “la consecuencia de que los Derechos Humanos o garantías individuales gozan de naturales y jerarquía constitucional, es que a éstos, sólo puede establecerse excepciones la misma Constitución,... El legislador secundario sólo puede hacerlo cuando está expresamente facultado para ello, también la Constitución y dentro de lo estrictamente permitido por ella y que resulte

¹⁵¹ ALEX Y. *Ibíd.* Pág. 277

¹⁵² MENDOZA, G, Lissette Beatriz. *Constitución Explicada.* Año. 1983

compatible con la interpretación armónica de sus disposiciones.” (sic) (Sentencia de Inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia. /1990)

Por otro lado, las Restricciones Indirectamente Constitucionales, precisamente son las que se realizan a través del ministerio de la ley o leyes secundarias, y se circunscriben a regular el ejercicio de tales derechos. (*Art. 246 CN*)

Es decir, que comprende entre otros aspectos, el establecimiento de la titularidad, las manifestaciones y alcances de los derechos, así como las condiciones para su ejercicio y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado directamente por la Constitución o por las normas infraconstitucionales provenientes de aquellos entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello (sic).¹⁵³

Cuarto: En la misma línea de análisis es preciso aclarar el panorama planteado en párrafos anteriores, a través de distinguir dos conceptos: El primero, que tiene que ver con la regulación, y el segundo referido a restricción o limitación de derechos constitucionales. Para algunos autores tanto la regulación, limitación o delimitación de los Derechos Humanos, implica restricción.¹⁵⁴

Sin embargo, otros autores hacen la distinción siguiente en relación a los siguientes conceptos: el primero que corresponde al concepto de regulación de

¹⁵³ MENDOZA. *Ibíd.* Constitución Explicada. Año. 1983

¹⁵⁴ AUTORES VARIOS. CIDH. *Op. Cit* Pág. 257

un derecho el cual no debe implicar la limitación del mismo, sino más bien corresponde a la idea de establecer la titularidad, condiciones de ejercicio, manifestaciones y alcances del derecho, así como sus garantías, pudiendo hacerse por cualquier norma de carácter general y por los órganos públicos con potestad para hacerlo.

De ahí que, la regulación de derechos se realiza a través de cualquier norma de carácter general, impersonal y abstracta, siempre y cuando sea emitida por los órganos estatales o entes públicos con potestad para hacerlo, con la salvedad de que no tiene que alterar el núcleo de los principios y derechos esenciales. Art. 246 inc. 1º CN.¹⁵⁵

En lo que respecta a limitar o restringir los derechos fundamentales, únicamente se podrá realizar, por la ley en sentido formal, o sea aquella norma jurídica que independientemente de su contenido, fue creada por el Órgano Legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de formación de ley, y tomando en cuenta si lo que se trata es de restringir una norma constitucional o una ley secundaria, tal situación determinará el procedimiento a seguir.

Por lo que, aquellos aspectos de la regulación normativa que implican obstaculización o reducción de las posibilidades de ejercicio de los derechos, son encomendados al Órgano Legislativo, pues tal se encuentra regido por la Constitución que comprende los principios orientadores e informadores que más adelante se desarrollarán.

¹⁵⁵ ALEXY. Op. Cit. Pág. 277

Asimismo, si bien el legislador o cualquier otro órgano estatal o ente público con potestad normativa reconocida por la Ley Suprema, puede regular normativamente o, excepcionalmente, imponer restricciones (Estado de Excepción - Órgano Ejecutivo - ver Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96, Considerando VIII), para el ejercicio de un derecho constitucional y en el caso de esta investigación en especial a la libertad, es importante tener en cuenta que la Constitución prohíbe con carácter general toda regulación que vaya en contra del núcleo de los derechos y principios establecidos por la misma.¹⁵⁶

La Corte Suprema de Justicia en razón a lo antes expuesto considera que el régimen de excepción o suspensión de garantías constitucionales aparece en nuestra Constitución (...) como un ordenamiento de reserva, que permite afrontar algunas de las llamadas situaciones excepcionales, es decir, aquellas situaciones anormales, extraordinarias y temporarias derivadas de acontecimientos caracterizados por cierto nivel de gravedad -guerra, calamidad pública, invasión, rebelión, sedición, catástrofe, grave perturbación del orden y otros-, las cuales hacen necesario revestir a los órganos estatales -especialmente al Ejecutivo- de facultades igualmente extraordinarias para hacer frente de manera pronta y eficaz a dicha situación. (Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96, Considerando VIII).

En nuestra Constitución, tal régimen de excepción se encuentra regulado, en su detalle, en los Art. 29 a 31, los cuales prescriben los supuestos y las medidas para afrontar las situaciones excepcionales allí señaladas (...). Y en la misma sección se establece que la medida a adoptar para afrontar tales situaciones, es la suspensión de garantías constitucionales o, dicho de manera más correcta, la limitación del ejercicio de ciertos derechos fundamentales. (Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96, Considerando VIII).

¹⁵⁶ MENDOZA. *Ibíd.* Constitución Explicada. Año. 1983

Quinto: Por otro lado es necesario considerar el que si bien el Estado tiene la facultad de regular, limitar o en términos generales la de restringir, tal potestad no es discrecional, sino que esta limitada por el Derecho Internacional y Nacional de los Estados, evitando con ello el ejercicio arbitrario del poder público.

Es por ello que, el propósito jurídico-político de los derechos humanos es, pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado, para que la persona se realice. (Sentencia de Inconstitucional. Corte Suprema de Justicia /1990)

Por otro lado, desde la perspectiva del órgano competente facultado para limitar el ejercicio de los derechos, tiene algo de restringente. Dicha facultad en el ordenamiento jurídico salvadoreño le corresponde casi exclusivamente a la Asamblea Legislativa Art. 131 ord. 5º CN (Excepto en el caso del Órgano Ejecutivo – Estados de Excepción Art. 29 inc. 2º), siempre y cuando se haya contabilizado el número de votos necesarios para la aprobación de la misma de conformidad al artículo 123 CN.

De manera que, las restricciones o limitaciones a los Derechos Humanos solamente pueden hacerse efectiva por ministerio de ley, excluyendo con ello que cualquier institución pública lo pueda hacer por vía decreto o reglamento (Órgano Ejecutivo Art. 167 Ord. 14 CN). Parece bastante claro que la

salvaguardia tiene por objeto prevenir la imposición de restricciones por meros decretos ejecutivos.¹⁵⁷

Por lo que, a la hora de restringir o limitar los Derechos Humanos se hace necesario considerar las normas de competencia que fundamentan la facultad del Estado para dictar norma. Es decir que, el alcance de la competencia de los órganos estatales corresponde el alcance de su sujeción bajo normas dictadas de conformidad con esta competencia.¹⁵⁸

En esa línea, para el cumplimiento de las atribuciones y competencia que la Constitución otorga a cada uno de los Órganos del Gobierno, se hace imprescindible que los funcionarios que por mandato constitucional lo representa y en su nombre ejecutan las mismas, estén rodeados de la seguridad necesaria para que en su ejercicio mantengan la debida independencia en relación con los demás Órganos de Gobierno y se les respete la autoridad de que están investidos. (Sentencia de Amparo. Corte Suprema de Justicia /1985)

Sexto: Una de las tareas más importante en lo que respecta a limitaciones y restricciones a los Derechos Humanos por parte del Estado, se simplifica en mantener el equilibrio entre los intereses del individuo y los de la sociedad, y entre los derechos individuales, colectivos e inclusive los de naturaleza difusa.

159

Es por ello que la libertad individual debe armonizarse con la libertad de los demás individuos, y con las exigencias razonables de la comunidad. Ello se logra, en la medida que los derechos y libertades de los individuos cedan frente

¹⁵⁷ AUTORES VARIOS. CIDH. Op. Cit. Pág. 257

¹⁵⁸ ALEX Y. Ibíd. Pág. 270

¹⁵⁹ A. DAES. Op Cit. Pág. 75

a las necesidades vitales del Estado; como por ejemplo la satisfacción de justas exigencias a la moral, orden público y del bienestar general del país.

Asimismo, los límites y restricciones a los derechos solamente pueden ser impuestos por la autoridad pública, y aplicarse de conformidad con las normas establecidas de antemano, es decir, acordes con las disposiciones promulgadas legalmente. De esta manera, se garantiza que los seres humanos no sean gobernados de conformidad al arbitrio de sus gobernantes.

Por esa razón, es axiomático el que los derechos del individuo están limitados por los derechos de los demás individuos, y que sean tan importante para una sociedad armonizar los derechos del individuo por una parte, con las necesidades de la comunidad por la otra.

Séptimo: Para evitar arbitrariedades es oportuno considerar la observancia de principios generales establecidos en la Constitución salvadoreña, y que enuncian en términos generales las limitaciones admisibles, que rigen la prerrogativa del Estado para aplicar dichas restricciones a los derechos y libertades humanas, a más de ello, exigen una protección más amplia de la libertad general, de los cuales se consideran algunos:

a) Principio General de la libertad (Art. 8 CN)

El principio general de la libertad, presupone que nadie estará sujeto a ninguna clase de restricción, salvo las que establece la ley. Tal definición esta

en completa concordancia con el aforismo que dice: “Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”.

En ese sentido, a través de este principio se puede comprender el auténtico alcance jurídico de la ley, y por consiguiente de la libertad, al enmarcar su ejercicio a la ley, entendida esta como la declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (Art. 1 Código Civil).¹⁶⁰

b) Principio de Legalidad (Art. 15 CN)

El principio de legalidad o *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, expresión latina que quiere decir “no hay crimen ni pena sin ley previa”. Constituye una garantía individual, el cual reconoce estrictamente el respeto del derecho y se aplica a todas las actividades estatales en un Estado regido por el derecho (*Estado de derecho*).¹⁶¹

Asimismo, en virtud del principio de legalidad no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo y sujeto a sanción penal, si no ha sido expresado como tal en una norma anterior.

Por lo tanto, se consolida como un freno al actuar arbitrario de la administración y los tribunales, puesto que la legalidad se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas.

¹⁶⁰ Código Civil.

¹⁶¹ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 148

Por lo que, el principio de legalidad garantiza que el Estado determinará de forma clara, en la ley, y para el caso de las infracciones cuáles constituyen delito y cuáles constituyen falta en la ley penal; y a la vez señala las sanciones y medidas de seguridad que se aplicarán en cada caso de violación de la norma.¹⁶²

c) Principio del respeto a la dignidad (Art. 10 CN)

A través de este principio, la ley no puede ir en contra de la dignidad inherente a todo ser humano, puesto que la ley debe estar acorde con los ideales más altos de justicia. Es por ello que la Constitución prohíbe la celebración de actos o contratos que lesionen a la dignidad humana.

En sentencia de 20-VIII-2002, Amparo. 25-S-95, Considerando II, la Sala de lo Constitucional sostuvo que:

la dignidad humana es la premisa básica de los derechos fundamentales: "Indisolublemente relacionada con los derechos fundamentales se encuentra la dignidad humana como premisa básica que les es inherente (...); tomando como premisa que la dignidad es un elemento perteneciente, por definición, a la persona humana, y siendo ésta el sustento de la estructura que conforma el cúmulo de derechos garantizados por el Estado (...), éstos están destinados a la persona humana que nace, crece y se desenvuelve bajo el andamiaje de la estructura jurídica de un Estado"

¹⁶² Constitución de la República de 1983.

d) Principio de Igualdad (Art. 3 CN)

Este principio presupone, primero, ser un derecho en virtud del cual se reconoce y garantiza a los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad y sin discriminación; segundo, al considerarse un principio, ello trae consigo un mandato para que los poderes públicos actúen a favor de una igualdad real y efectiva; y por último, es un límite, de manera que no admite situaciones contrarias a este principio.

De tal manera que, se garantiza a todas las personas la protección igual y efectiva contra cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹⁶³

Sin embargo, en lo que respecta al trato diferencial solamente se justifica si tiene una finalidad objetiva, derivada del interés público, y si las medidas de diferenciación no excedan una relación razonable con respecto a ese objetivo. Por ejemplo, la distinción y la discriminación entre nacionales y extranjeros podrían estar permitidas en condiciones específicas, y de hecho lo está en lo que respecta al ejercicio del sufragio, derecho reconocido para los nacionales.¹⁶⁴

De ahí que, el principio de igualdad, tanto en el sentido de igualdad ante la ley como de igual protección por la ley, debería generalmente considerarse como un requisito previo básico para la protección de los Derechos Humanos.

¹⁶³ A. DAES. Op Cit. Pág. 150

¹⁶⁴ A. DAES. Ibíd. Pág. 150

e) Principio no retroactividad del derecho (Art. 21 CN)

El principio básico de que nadie será condenado por actos que al momento de cometerse no fueren delictivos, y que exige que el delito esté definido y sea comúnmente como tal delito.

De manera que, la irretroactividad es la regla general, sin embargo, la retroactividad puede ser aplicada en los casos establecidos por la ley y de forma excepcional.

El artículo citado establece dos situaciones: la primera, en el que se admite la retroactividad establecida por la ley, tal es el caso en materia penal donde se pretende aquella ley que suprima el delito o venga a atenuar la pena. La segunda, la retroactividad se justifica en el caso del orden público.

Octavo: El reconocimiento de las limitaciones o restricciones en el ejercicio de ciertos derechos y libertades humanos a nivel de Derecho Internacional figuran, primero, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (*Art. 29, párr. 2; Art. 30*) y, segundo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Art. 4, Art. 8, párr. 1, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*), (*art. 19, párr. 3; art. 14, párr. 1; art. 18, párr. 3; Art. 19, párr. 3; Art. 21; Art. 22, párr. 2*) y otros instrumentos internacionales.

Los Pactos antes apuntados, explican detalladamente los derechos garantizados y especifican las condiciones que justifican las restricciones o limitaciones en su ejercicio. Así, el Art. 5 párr. 1 común de los dos Pactos, busca evitar toda falsa interpretación de cualquiera de las disposiciones de los

Pactos Internacionales a que pudiera recurrirse para justificar la infracción de cualesquiera de los derechos y libertades reconocidos en dichos Pactos.¹⁶⁵

Dicho párrafo tiene por objeto evitar que el Estado, un grupo o un individuo realicen actividades encaminadas a la destrucción de cualesquiera de los derechos o libertades reconocidos en los Pactos, o a su limitación en medida mayor que la prevista en ellos. Ningún Estado, grupo o individuo que realice esas actividades puede invocar los Pactos internacionales para justificarlas.¹⁶⁶

En esa línea, cabe señalar que el citado párrafo 1 del artículo 5 común de los dos Pactos Internacionales tienen el mismo significado que el artículo 30 de la Declaración Universal por cuanto contiene una norma interpretativa explícita y obligatoria en el sentido de una garantía absoluta de la sustancia de los derechos humanos.

De ahí que la norma interpretativa del párrafo 1 del artículo 5 de los Pactos Internacionales prohíba toda interpretación no razonable de las limitaciones a los Derechos Humanos que se prevén, por ejemplo, en los artículos 4 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los artículos 4, 12, 14, 18, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁶⁷

Además, se consigna en el párrafo 2 del artículo 5 común a los Pactos Internacionales, se establece por un lado, que la norma en caso de conflicto

¹⁶⁵ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 75.

¹⁶⁶ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 75.

¹⁶⁷ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 75 - 76.

entre los Pactos Internacionales y las leyes, reglamentos, costumbres de un Estado Parte, se deben aplicar las disposiciones que otorgan la máxima protección de los derechos y libertades del individuo.¹⁶⁸

Por otro lado, también prohíbe a todo Estado Parte la limitación de los derechos de que gozan los individuos en su territorio a pretexto de que los Pactos Internacionales no reconocen dichos derechos o los reconocen en menor grado.¹⁶⁹

Por último, es importante precisar las formas procesales o procedimientos establecidos en la ley en lo que corresponde a la detención personal frente al derecho a la libertad humana, algunos de los más relevantes son:

1. Orden emanada de autoridad competente. Por regla general sólo el juez en el ejercicio de sus funciones puede dictar orden de privación de libertad. (Art. 13 CN)

En lo que corresponde a los tipos de detención se establece según el órgano que la dicte, que puede ser: administrativa, si emana del Órgano Ejecutivo, en virtud de su potestad sancionatoria contenida en el Art. 14 CN; o judicial, cuando ésta emana del Órgano Judicial.

En lo que corresponde a ésta última tipo de detención, puede ser de cuatro clases: Detención en Flagrancia (*En éste tipo de detención, los agentes policiales, al igual que cualquier otro persona, están autorizados para ordenar arrestos en ciertos casos especiales contemplados en la ley. Art. 288 Pr. Pn.*),

¹⁶⁸ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 76.

¹⁶⁹ A. DAES. *Ibíd.* Pág. 76

Detención Administrativa (Art. 13 inc. 2º CN, y Art. 289 Pr. Pn), Detención para Inquirir (Art. 13 inc. 3º CN, y Art. 291 Pr. Pn.), y Detención Provisional (Art. 292 Pr. Pn.).¹⁷⁰

En lo que corresponde a la Detención Provisional deberán concurrir los siguientes requisitos:

- 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito, y que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado, es con probabilidad, autor o participe;
- 2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo limite máximo sea superior a tres años, o bien que aún cuando sea la pena inferior considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

En sentencia de 16 – VII – 1997, Hábeas Corpus número 76 - 97, la Sala de lo Constitucional sostuvo que:

En lo que corresponde al *carácter excepcional de toda detención*, ha afirmado la jurisprudencia constitucional que "el hecho de no haber solicitado u ofrecido el imputado o su defensor una medida cautelar de tipo personal o pecuniaria, no justifica de ninguna forma razonable la aplicación automática de la detención provisional, cayendo así en una infracción al art. 13 de nuestra Constitución que

¹⁷⁰ AUTORES VARIOS "Manual para la Calificación de violaciones a los Derechos Humanos." Año. 1997. Pág. 159

ordena que toda orden de detención debe ser de conformidad con las leyes, y por tanto deberá observarse, además de la legislación específica en materia penal, también los tratados internacionales ratificados por El Salvador" ¹⁷¹

2. La orden de detención debe constar por escrito y ser exhibida debidamente al detenido. (*Art. 13 inc. 1º CN*)
3. La privación de libertad debe llevarse a cabo en los lugares destinados por la ley a tales efectos.
4. Los plazos de la detención policial o administrativa, así como el de la detención judicial para inquirir no podrán exceder de 72 horas. (*Art. 13 CN*)¹⁷²

2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cabe mencionar que el derecho de los Derechos Humanos, tanto en el plano doméstico como en el internacional, autoriza limitaciones a los derechos protegidos. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado dos tipos de circunstancias distintas: "...En condiciones normales, cada derecho puede ser objeto de ciertas restricciones fundadas sobre distintos conceptos que pueden resumirse en la noción general de orden público. Por otra parte, en casos de emergencia, los gobiernos están autorizados para suspender las garantías. ¹⁷³

¹⁷² AUTORES VARIOS. "M.C.V.D.H". Pág. 159

¹⁷³ AUTORES VARIOS. "Estudio sobre Derechos Humanos.". Año.2004. Pág. 60

2. 2.1 Limitaciones o restricciones en condiciones normales u ordinarias a los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos pueden ser legítimamente restringidos. Sin embargo, en condiciones normales, tales restricciones no pueden ir más allá de determinado alcance y debe expresarse dentro de ciertas formalidades.¹⁷⁴

2.2.1 Alcance.

En principio la formulación legal o reconocimiento legal de un derecho humano en una norma, contiene normalmente una referencia a las razones que, legítimamente, pueden fundar limitaciones a los mismos.

En consecuencia, la primera restricción en condiciones normales no debe de ir más allá de determinado alcance, pretendiendo con ello evitar cláusulas restrictivas generales, aplicables a todos los derechos humanos en su conjunto y se ha optado, en cambio, por fórmulas particulares, aplicables respecto de cada uno de los derechos reconocidos, lo que refleja el deseo de ceñir las limitaciones en la medida para asegurar la máxima de protección al individuo.¹⁷⁵

En consecuencia, las limitaciones están normalmente referidas a conceptos jurídicos indeterminados, como son las nociones de “orden público” o de “orden”; de “bien común”, “bienestar general” o “vida o bienestar de la comunidad” de “seguridad nacional”, “seguridad pública” o “seguridad de todos”; de “moral pública”; de “salud pública”, o de “prevención del delito”.¹⁷⁶

En razón de lo antes expuesto, cada una de las nociones señaladas tratan de sugerir la relación entre la autoridad del Estado y los individuos a su jurisdicción, por lo que todas ellas podrían ser reducidas a un concepto singular

¹⁷⁴ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 60

¹⁷⁵ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 60

¹⁷⁶ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 60

y universal, como lo es el orden público, concepto que no responde a un contenido estable ni plenamente objetivo.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos trata de resolver tal dificultad y define al “orden público” como: “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”¹⁷⁷.

De manera que, se plantea una cuestión muy peligrosa para los derechos humanos, debido a que esos “valores o principios”, precisamente de una sociedad establecida, no deben de escapar en la interpretación de la noción de “orden público” de acuerdo con los *standars* de una sociedad democrática.

Tal situación podría representar una vía para privar de contenido real a los Derechos Humanos internacionalmente protegidos, ya que en nombre del “orden público”, dominado por principios antidemocrático, cualquier restricción podría ser legítima.

De ahí que, las limitaciones a los Derechos Humanos y en especial a la libertad no pueden afectar el contenido esencial del derecho tutelado. Todas las nociones antes apuntadas deben interpretarse en estrecha relación con el derecho al que están referidas y deben de tener en cuenta las circunstancias del lugar y del tiempo en que son invocadas e interpretadas.

En tal sentido, la Corte también ha dicho que nociones como la de “orden público” y la de “bien común” no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana de los Derechos

¹⁷⁷ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 61

Humanos, y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y el fin de la Convención.”¹⁷⁸

2.2.2 Forma

La Corte es clara en lo que respecta a este punto, al señalar que las limitaciones a los derechos sólo pueden emanar de leyes en un Estado de derecho. Se trata de una materia sometida a la reserva legal, de modo que el poder ejecutivo no está facultado para aplicar más limitaciones que las que previamente hayan sido recogidas en una ley del poder legislativo.

Tal principio de carácter universal del orden constitucional democrático, expresado, entre otros textos por el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual las restricciones que la Convención autoriza para el goce de los derechos por ellas reconocidos, sólo podrán emanar de “leyes que se dictan por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.¹⁷⁹

Al respecto del artículo antes señalado, la Corte ha interpretado: “que la palabra leyes... significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los Estados Partes para la formación de leyes.”¹⁸⁰

Por lo que, el requisito de existencia de una ley para que se puedan limitar los derechos es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que

¹⁷⁸ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 61

¹⁷⁹ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 62

¹⁸⁰ AUTORES VARIOS. *Ibíd.* Pág. 62

la expresión “ley” implica requisitos de forma y materiales. En vista de la realidad política del continente americano parece bastante claro que la salvaguarda tiene por objeto prevenir la imposición de restricciones por meros decretos ejecutivos.¹⁸¹

Sin embargo, la Corte tendrá, naturalmente, que revisar esta jurisprudencia, para adecuar a los países del *common law*, que tienen un sistema jurídico diferente que permite la creación de normas a través de la costumbre y de los precedentes judiciales¹⁸².

2.2.3 Las limitaciones a los Derechos Humanos bajo estados de excepción

Esta clase de limitaciones representa la situación en la que los derechos humanos garantizados pueden verse expuestos a limitaciones excepcionales, frente a ciertas emergencias que entrañen un grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado. En tales circunstancias el gobierno puede suspender las garantías. (Art. 27 CADH)

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que, dentro del Sistema de la Convención, se trata de una medida excepcional (...) y que la suspensión de garantías no comporta la suspensión temporal del Estado de derecho, ni autoriza a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse, pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir “algunos de los límites legales de la actuación del poder público” (Sic).¹⁸³

¹⁸¹ AUTORES VARIOS. CIDH. Op. Cit. Pág. 258

¹⁸² AUTORES VARIOS. CIDH. Ibíd. Pág. 259

¹⁸³ AUTORES VARIOS. Ibíd. Pág. 62-63

La suspensión de garantías esta sujeta, a ciertas condiciones, entre las que destacan: La Estricta necesidad, Proporcionalidad, Temporalidad, publicidad y el Respeto a la esencia de los Derechos Humanos.

En lo atinente al respeto de los Derechos Humanos, cabe mencionar que existe un núcleo esencial de derechos cuyas garantías no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia, a este núcleo de derechos es que la doctrina le denomina “núcleo duro de derechos”.

La Convención Americana de los Derechos Humanos dispone en el artículo 27 la lista más amplia de garantías no suspendibles de los Derechos Humanos. Entre los que se destaca el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y de retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (*Amparo y Habeas Corpus*)

De manera que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece límites a la restricción de los Estados en materia de Derechos Humanos de las que se consideran:

- a. El primer límite de toda restricción es que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción del ejercicio de un

Derecho Humano, deben de estar establecidas por la ley. Art. 7, 12, 13, 16 y 30 CADH.

- b. El segundo límite de toda restricción es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en la Convención, ya sea como norma general o bien de manera específica para ciertos derechos.¹⁸⁴ Generalmente todas las causales podrían ser reducidas a un concepto singular y universal, como lo es el orden público.

Todas estas causales son actualmente contenedoras semivacios a los que los legisladores y el poder judicial nacionales, y la Comisión y la Corte, deberán dar un contenido concreto a nivel regional. Algunos de ellos serán seguramente objeto de controversia.¹⁸⁵

- c. En el sistema interamericano existe una tercera limitación en el sentido de que sólo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión, libertad de asociación y libertad de movimiento (Art.15, 16 y 22 CADH).

Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito, ambos establecidos en el preámbulo, y del Art. 29 c) CADH.

¹⁸⁴ AUTORES VARIOS. CIDH. Op. Cit. Pág.258

¹⁸⁵ AUTORES VARIOS. CIDH. Ibíd. Pág. 259

La expresión “necesaria en una sociedad democrática” ha sido profusamente interpretada por la Corte Europea de Derecho Humanos, y una interpretación similar ha sido dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, en su *Opinión Consultiva 5/85*, hizo un símil con la jurisprudencia europea y la incorporó al sistema.¹⁸⁶

Al respecto la Corte sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”; y (iii) la restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (*Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie No 5, párr. 46*). Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir salvaguardar el valor que se puede proteger mediante restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin sino la de restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción.¹⁸⁷

- d. La cuarta restricción comprende la del Estado de Excepción, en la que los derechos humanos garantizados pueden verse expuestos a limitaciones excepcionales, frente a ciertas emergencias que entrañen un grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado. En tales circunstancias el gobierno puede suspender las garantías.

¹⁸⁶ AUTORES VARIOS. CIDH. *Ibíd.* Pág. 261

¹⁸⁷ AUTORES VARIOS. CIDH. *Ibíd.* Pág. 261

De ahí que, la Corte ha sido especialmente estricta en limitar las facultades de los Estados, de tomar medidas que puedan afectar los derechos de las personas, en particular aquellos derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse de acuerdo a la Convención (Art. 27 CADH)

De ahí que, la Corte señale que: 1.) Deben considerarse como garantías indispensables no susceptibles de suspensión...el Hábeas Corpus (art. 7.6 CADH), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (Art. 25.1 CADH), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Constitución; 2.)

También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (Art. 29 CADH), previsto en el derecho interno de los Estados Partes como idóneo para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 CADH, y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos; 3) Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.¹⁸⁸

De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece claramente los requisitos a través de los cuales se autoriza las limitaciones a los derechos protegidos tanto en situaciones normales y de emergencias.

En esa misma línea de análisis, es importante considerar que el artículo 7 reafirma lo antes planteado, al regir claramente la forma en que es legítima la

¹⁸⁸ Corte I.D.H. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Art. 27.2, 25 y 8 CADH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 41.

restricción a la libertad personal en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, el citado artículo Art. 7 CADH en su inciso 2, consagra una norma de carácter general que: nadie puede ser privado de su libertad física sino por las causas y las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por leyes dictadas conforme a ellas. El inciso 3, estipula que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

El requisito de legalidad implica que los Estados sólo podrán restringir legítimamente el derecho a la libertad personal mediante una norma con categoría de leyes que regulen las causales que permitan dicha restricción, asimismo los procedimientos para llevarla a cabo.

La privación de la libertad exige, además la ausencia de arbitrariedad, tanto de la ley que regula su procedencia como de su ejecución por parte de los agentes competentes.

Por tanto, esta disposición contiene como garantías específicas descritas en el artículo 7 incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones a arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según tales supuestos normativos, en el primero de ellos, nadie puede verse privado de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (*aspecto material*), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (*aspecto formal*).¹⁸⁹

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 47.

En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aún calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los Derechos Fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o falta de proporcionalidad.¹⁹⁰

En ese sentido, la Corte sostiene que las medidas de privación de libertad no sólo deben ser dictadas de acuerdo con la legislación interna, sino que deben de pasar un test de razonabilidad y proporcionalidad de forma tal que no sean arbitrarias a la luz de cada situación, lo que implica que “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo de las investigaciones ni eludirá la acción de justicia”.¹⁹¹

Una de las cuestiones a destacar de la sentencia en el caso Gangaram Panday, que aborda el problema de las detenciones ilegales, es la forma en que la Corte determinó que la detención de la víctima fue ilegal.

En ese sentido, la Corte condenó a Suriname por la detención ilegal del señor Panday no sobre la base de pruebas directas sino de inferencias lógicas¹⁹². Pues le resultó imposible determinar si la detención fue realizada por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política del Estado demandado o por leyes dictadas conforme a ella, o si tal Constitución o leyes eran compatibles con las ideas de razonabilidad,

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 47.

¹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 90

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 44 y siguientes.

previsibilidad y proporcionalidad, que deben de caracterizar a toda detención o retención legal a fin de que no se le considere arbitrarias.

De ahí que, la Corte en su jurisprudencia ha sostenido que, “en los procesos sobre violaciones a los derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.” Y debido a la omisión de Suriname de proporcionar los textos oficiales de la Constitución y de las leyes sustantivas y sobre procedimiento legal vigentes en su territorio a la fecha de la detención de la víctima, la Corte infirió que su detención fue ilegal y no encontró necesario, en consecuencia, pronunciarse sobre la arbitrariedad de la privación de libertad y sobre la demora en el traslado del detenido ante la autoridad judicial competente. La Corte condenó a Suriname por violación a los deberes de respeto y garantía del derecho a la libertad personal del artículo 7.2 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, y fijó un indemnización compensatoria por tal violación.¹⁹³

2.3.4 Límites a las detenciones Programadas Masivas o Colectivas.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto a ¿Qué requisitos deben concurrir para que una persona sea privada de libertad mediante detenciones colectivas y programadas? En ese sentido, en sentencia del Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, la Corte tuvo ocasión de analizar con detalle los límites a la actividad policial para controlar los delitos mediante detenciones colectivas y programadas, que no diferencia en nada con las detenciones individuales ya que estos requisitos son plenamente aplicables a las primeras.

¹⁹³ AUTORES VARIOS “*Manual C. V. D. H.*” Año. 1997. Pág. 164-165

En estos casos la Corte comparte con el Estado la idea de que las detenciones colectivas pueden ser necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, pero en dichos eventos es necesario que “el Estado cuente con los elementos para acreditar que la actuación de cada una de las personas afectadas se encuadra en alguna de las causas de detención previstas por sus normas internas en concordancia con la Convención. Es decir, que existan elementos para individualizar y separar las conductas de cada uno de los detenidos y que, exista el control de la autoridad judicial”.¹⁹⁴

Esta consideración de la Corte es central y busca conjugar dos importantes cuestiones. En primer lugar, reconoce la necesidad de tomar medidas efectivas para controlar el orden público y la seguridad pública, lo cual legitima acciones como la detención colectiva o las detenciones programadas.

En segundo lugar, establece claros límites a esta actividad ya que obliga al Estado a proceder con estas detenciones colectivas sólo en la medida que pueda acreditar que las personas afectadas han incurrido en una causal de privación legítima a la luz de la legislación interna y de la propia Convención.

Asimismo, que también exige la existencia de un control de la autoridad judicial. En tal sentido, en lo que respecta a las detenciones programadas masivas o colectivas deben reunir los mismos requisitos de forma y fondo que cualquier privación de libertad compatible con la Convención.

Por lo tanto, la Corte es clara al considerar que no hay excepciones ni un razonamiento menos estricto en este tipo de detenciones. Si el Estado dispone

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, párr. 90

restricciones a la libertad que no cumple con los requisitos que la propia Convención establece, incurre en una violación a ella.

Es rescatable la valoración de la Corte respecto al caso analizado (*Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152), en donde el Estado había dirigido su actividad contra grupos de jóvenes a quienes se hacía responsables de la de la situación de inseguridad que vivía el país.¹⁹⁵

En razón de lo antes expuesto, la Corte: “Advierte que, en atención al principio de igualdad ante la ley u no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes ni fomentar en al sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia, o necesariamente vinculados al aumento de la inseguridad ciudadana. Esa estigmatización crea un clima propicio para que aquellos menores en situaciones de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.¹⁹⁶

Por lo tanto, este último párrafo donde se recoge la consideración de la Corte se desprende algunos aspectos:

En primer lugar, el Estado no puede estigmatizar a ningún grupo como responsable de la violencia que puede vivir la sociedad. Asimismo, el Estado debe controlar las actuaciones de sus agentes y no debe guiarse bajo ese paradigma discriminatorio.

Por último, en lo que respecta a las detenciones colectivas o programadas que no se encuentren fundadas en la individualización de conductas punibles y

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párr.110

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párr. 112.

que carecen de control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforma la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna”.¹⁹⁷

2.4 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en adelante la “Comisión”, ha considerado en jurisprudencia que: En relación al Art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos la detención es arbitraria cuando¹⁹⁸:

“...la consideración de la prueba recogida durante la investigación policial fuere hecha con total desprecio por los requisitos procesales de verificación y conformación del hecho como prueba material del delito, en total detrimento de las garantías constitucionales y las normas procesales, lo cual constituyó una detención arbitraria.”¹⁹⁹

Asimismo, la Comisión considera que: “la detención se torna arbitraria en razón de su prolongamiento sin que se haya presentado prueba de que en realidad se ha cometido el delito alegado”²⁰⁰

Además, en las valoraciones hechas en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador consideró que “...la presunta víctima permaneció bajo prisión arbitraria

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párr. 96

¹⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. párr. 118

¹⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. párr. 120

²⁰⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. párr. 121

por más de cinco años sin condena judicial que justificara su detención. La excesiva prolongación de la detención arbitraria desconoció su carácter excepcional y la convirtió en un castigo”.

Por otro lado, la Comisión se ha pronunciado (*caso Acosta Calderón vs. Ecuador*) en relación a la prisión preventiva en el sentido de que: “...la presunta víctima permaneció en detención preventiva en tanto el Estado trataba de hallar pruebas para sustanciar la causa en su contra. En ningún momento el Estado demostró la existencia de circunstancias excepcionales que justificaran el ordenamiento de la detención preventiva.” (...) Por lo tanto, “...la aplicación injustificada y prolongada de la prisión preventiva viola el principio de inocencia.”²⁰¹

Otro aspecto a destacar, es el de que: “la garantía a un recurso sencillo y efectivo consagrado en la Convención no se materializa por la mera existencia formal de recursos adecuados para obtener una orden de liberación. Estos recursos deben ser efectivos, pues su objetivo es obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o detención”.²⁰²

2.5 La Comisión de Derechos Humanos (ONU)

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU en adelante la “Comisión”, ha considerado que la libertad personal puede ser violada por cualquier forma

²⁰¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. párr. 122, 123, 124.

²⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. párr. 140

de afectación ya sea: ilegal o arbitraria y por amenazas a la misma. No es necesaria que se produzca la captura de una persona para que exista una violación al derecho a la libertad, pues basta que no se le permita salir de su casa, de un lugar específico o que existan motivos suficientes para creer que la víctima va a ser privada de su libertad.²⁰³

En razón de lo antes expuesto, la Comisión ha sido muy clara y contundente al considerar que la detención o prisión, será arbitraria cuando se efectúa:

- a) Por motivo o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o
- b) conforme a una ley cuya finalidad sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y a la seguridad, lo que debe de interpretarse asimismo en términos de incompatibilidad con la dignidad del ser humano.²⁰⁴

Se considera también arbitraria aquella detención que, pese a cumplir los requisitos legales, se realiza para impedir el ejercicio legítimo de uno de los derechos contemplados en la normatividad internacional de los Derechos Humanos.²⁰⁵

²⁰³ AUTORES VARIOS. M.C.V.D.H. *Ibíd.* Pág. 154

²⁰⁴ AUTORES VARIOS. M.C.V.D.H. *Ibíd.* Pág. 154

²⁰⁵ AUTORES VARIOS. "M. Calificación de Violaciones D. H". Pág. 154

En ese sentido, se esta en presencia de una detención ilegal cuando no se observan las formalidades prescritas en la Constitución o la ley o no se respetan las garantías o derechos del detenido durante la privación de libertad.

Por otro lado, es importante aclarar que tanto la captura ilegal y captura arbitraria, son dos conceptos que en el lenguaje usual tiende a considerarse como sinónimo. En ese sentido, no es lo mismo hablar de una detención ilegal, que una detención arbitraria, debido a que lo ilegal no es sinónimo de arbitrario.

En razón de lo antes expuesto, la detención permitida por la ley puede, no obstante, ser arbitraria, en la medida que la ley menoscabe el derecho a la libertad o se oponga a las normas internacionales.

Y por otro lado, la detención ilegal no necesariamente se produce en el momento de la captura de una persona, puesto que una detención absolutamente legal puede llegar a convertirse en una privación ilegal cuando se restringen garantías constitucionales y legales o cuando se mantiene una detención luego de probarse plenamente cualquier hecho que motive la puesta en libertad del detenido.²⁰⁶

²⁰⁶ AUTORES VARIOS. "M. Calificación de Violaciones D. H". Pág. 160 -161

CAPITULO III. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

3.1 ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

3.1.1 ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

En el presente sub apartado se presentan, según el orden en que fueron redactadas, las preguntas de la guía de entrevista, así como el análisis de cada una de las respuestas aportadas por el sujeto entrevistado.

El orden en que se presenta específicamente cada cuestión es el siguiente: Se enuncia la pregunta o ítem, se presenta el cuadro respectivo con las opciones, la frecuencia y los porcentajes relativos, para que al final aparezca el análisis y las conclusiones a que arriban los responsables de la investigación con relación a las respuestas obtenidas.

Pregunta N° 1: ¿Usted tiene un concepto claro de la Libertad Individual?
¿Qué es?

Tabla No. 1: Lo que se entiende de Libertad Individual.

Tabla No 1 Y Gráfico No 1

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	8	100 %
NO	0	0 %
TAL VEZ	0	0 %
TOTAL	8	100 %



En el presente ítem por unanimidad los entrevistados respondieron afirmativamente, pero aun cuando el 100 % aseguró tener claridad sobre el asunto que se le preguntó, se pueden hacer las siguientes valoraciones: En primer lugar, de las ocho personas a las cuales se les formuló la pregunta, cuatro expresaron con un alto grado de claridad y solvencia lo que debe entenderse por Libertad Individual, representando un 50 % dentro de la totalidad de la muestra entrevistada.

En segundo lugar, al definir a la Libertad Individual algunos de los especialistas en la materia, delimitan al derecho en análisis a un ámbito de aplicación determinado o una de las ramas del Derecho como lo es el Derecho Penal, por ello es que de entrada consideren importante señalar que la definición que proporcionaron tiene sentido en el ámbito penal o “en sentido penal”, aunque dentro de la totalidad las definiciones con esta característica corresponda solamente a un 25 % de la muestra entrevistada.

En razón de lo anterior, los responsables de la investigación son del criterio de que carecen de puntualidad la respuesta de alguno de los entrevistados al definir a la Libertad Individual en “sentido penal” o en un ámbito del Derecho, que en este caso es el Derecho Penal, debido a que la pregunta esta dirigida ha si ¿Usted tiene un concepto claro de la Libertad Individual?; pero nunca se les consulto si tenían tal conocimiento bajo un ámbito específico del Derecho.

De manera que, no es que sea un error el definir al derecho en análisis en “sentido penal”, sino mas bien es la interrogante la que determina que algunas de las respuestas de los entrevistados no tenga puntualidad, puesto que la Libertad Individual o Personal es un derecho consustancial a la persona humana y no a una materia determinada del Derecho.

En tercer lugar, se define a la Libertad Individual incorrectamente reduciéndosele a categorías tales como “Es una posibilidad, una garantía, una actitud, tiene muchas perspectivas y ventanas, es algo muy amplio”. Dicha forma de pensar demuestra en buena parte de los entrevistados, un concepto

con bastante deficiencia o hasta cierto punto paupérrimo en cuanto a conocimientos se refiere de lo que es la Libertad Personal, situación que se torna un poco preocupante en la medida que tal deficiencia se observa en más de un especialista en la materia y que se agudiza cuando tiene la calidad de juzgador por la función jurisdiccional que desempeña.

Por otro lado, cabe destacar que algunas definiciones sobre el tema que nos ocupa en este análisis, están orientadas, por un lado, a definir no a la Libertad Individual, sino a la libertad en sentido amplio, y por otro, a definirla como fundamento de un determinado sistema de vida, lo que a todas luces resta puntualidad en alguna de las respuestas de los entrevistados.

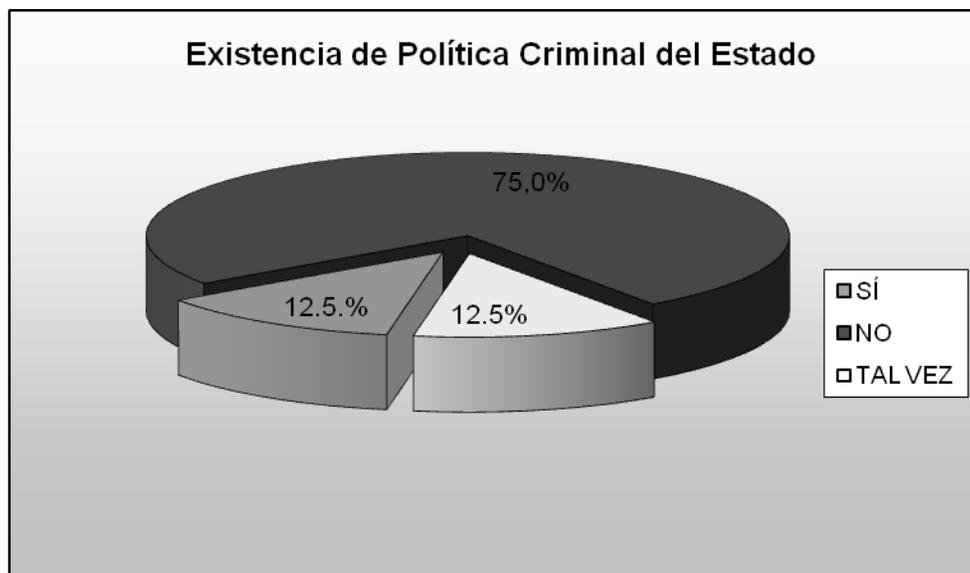
Sin embargo, existe un punto en común entre la mayoría de personas entrevistadas, y es el criterio de que la Libertad Individual no es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado por la ley. De ahí que, la Libertad es el fundamento no ya de un sistema de vida, sino de la organización del Estado, siendo ésta una de las razones por las cuales la Libertad resulte siempre desconocida y atropellada por los regímenes totalitarios, tiránicos, dictatoriales y autocráticos.

Pregunta N°. 2: ¿Tiene el Estado una clara Política Criminal? ¿Por qué?

Tabla N°. 2: Existencia de Política Criminal del Estado.

Tabla No 2 Y Gráfico No 2

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	1	12,5 %
NO	6	75 %
TAL VEZ	1	12,5%
TOTAL	8	100%



Los responsables de la investigación son de la idea de que respecto de este ítem, los especialistas se pronuncian arrolladoramente, en el sentido de que el Estado no tiene una clara Política Criminal para enfrentar el fenómeno delincencial lo que equivale a un 75 % de la muestra entrevistada.

En ese sentido, cada uno de los entrevistados son contundentes al pronunciarse de que: “no es una verdadera política”, “no tiene claridad”, “no tiene claro los parámetros para restringir derechos” “no se sabe a donde y que

es lo que pretende, ni qué bienes jurídicos quiere proteger, ni por qué”. De manera que el Estado salvadoreño carece de una auténtica Política Criminal que proporcione las herramientas para conocer y analizar los factores y formas de la criminalidad en un contexto social específico, con la finalidad de recomendar responsablemente las medidas que arrojen como adecuadas para dar respuesta al fenómeno delincencial.

De ahí que, no se puede seguir con el análisis poco serio sobre el fenómeno delincencial, al considerar que dicho fenómeno tiene su origen o “su *única causa, la pérdida de valores morales y espirituales existentes en la sociedad*”²⁰⁷, o por otro lado y de manera concluyente de que la criminalidad es producto de la pobreza en la sociedad entre otros.

Estos argumentos o puntos de vista no se pueden validar ni rechazar en su totalidad, aunque cuando ya se cae en la absolutización del mismo se está haciendo un análisis reduccionista del fenómeno delictivo, pues ello deja de lado otros elementos propios de la esfera socioeconómica que también tiene su importancia en la reflexión del fenómeno delictivo. Ni solo la pérdida de valores, ni solo la pobreza son causas del fenómeno delincencial delictivo.” ²⁰⁸

En razón de lo anterior, las respuestas contra la delincuencia por parte del Estado surgen cuando los hechos delictivos han acontecido, retardando soluciones de raíz a los problemas de la criminalidad que terminan

²⁰⁷ Joaquín, ZALDIVAR y otros. “*Revista de Política Criminal*”. Volumen III. Abril - Año. 1997

²⁰⁸ Joaquín, ZALDIVAR y otros *Ibíd.* Pág.230

obstaculizando los pocos proyectos de carácter económico, social y educativos en el país.

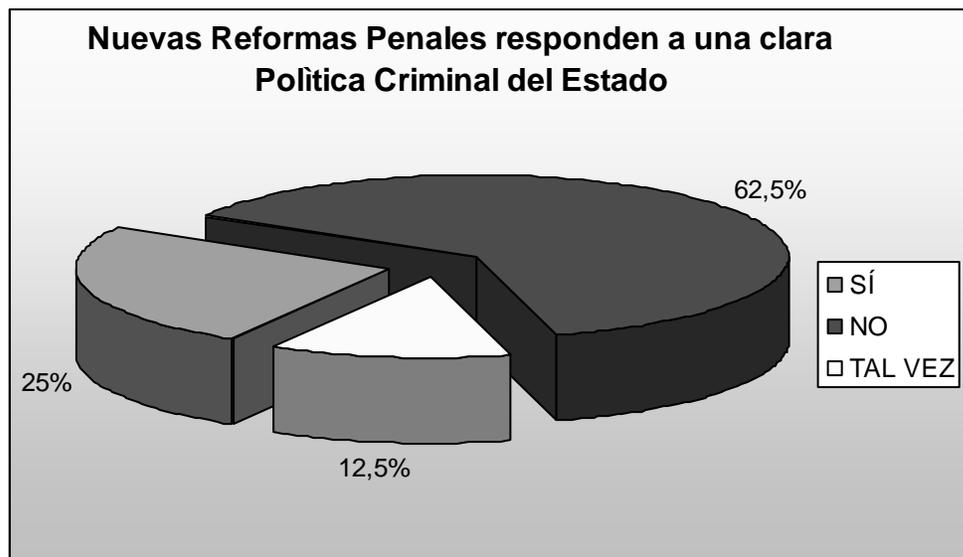
Por otra parte, alguno de los entrevistados confirman de que si existe una Política Criminal, lo que equivale a un 25% de la muestra entrevistada, argumentando entre otras cosas de que la Política Criminal está dirigida hacia un solo camino, es decir, la única manera de hacer frente al problema delincencial es restringir las libertades individuales de las personas, bajando los niveles de garantía.

Pregunta N°. 3: ¿Las nuevas Reformas Penales responden a una clara Política Criminal del Estado? ¿Por qué?

Tabla N°. 3: Nuevas Reformas Penales responden a una clara Política Criminal del Estado.

Tabla No 3 Y Gráfico No 3

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	2	25%
NO	5	62.5%
TAL VEZ	1	12.5%
TOTAL	8	100%



A lo expresado en el presente ítem los responsables de la investigación consideran de que, aun cuando solo el 25% responden que sí, y el 12,5% respondió bajo la incertidumbre del Tal Vez, en relación con el 62,5% de los entrevistados que asegura que las nuevas reformas penales no responden a

una clara Política Criminal, por lo que se da la credibilidad a la declaración antes citada.

Por lo tanto, las Reformas Penales no responden a una clara Política Criminal, sino mas bien y como alguno de los entrevistados lo sostienen al considerar de que las reformas penales se perfilan a: “generar impacto ante un hecho determinado”, “no es el endurecimiento a las leyes las que lo resolverán”, “están orientadas a reprimir” entre otras.

De manera que, y como lo sostiene el Dr. Jorge Mera Figueroa: “La Política Criminal de un moderno Estado de Derecho democrático, están representados por los principios valòricos en los que ella se funda, los cuales deben ser desarrollados consistentemente por la legislación penal sustantiva, procesal penal, y penitenciaria, e implementados en forma coherente por todos los actores y operadores del sistema penal”.²⁰⁹

“Dichos presupuestos de carácter ético social, están constituidos por los principios garantistas del Derecho Penal, concebidos dentro de nuestro ámbito cultural, desde el Siglo XVIII en adelante, como límites del “ius puniendi”. Se trata de los principios de necesidad de la intervención penal - del que derivan los de última ratio, de mínima intervención y subsidiariedad -, de legalidad (Art. 2 C. Pr Pnal), lesividad (Art.3 C. Pnal), culpabilidad, proporcionalidad (Art.6 inc. 2º C. Pr. Pnal), presunción de inocencia (Art. C. Pr. Pnal.), derecho penal de acto, prohibición de la prisión por deudas, y de

²⁰⁹ Joaquín, ZALDIVAR y otros Ibíd. Pág.223

*tratos crueles, inhumanos y degradantes
(Art. 2 C. Pnal)²¹⁰.*"

Por lo tanto, la actual Política Criminal le apuesta a reprimir la delincuencia, "desvistiendo" a la persona humana de las garantías fundamentales, ante la investida del Estado a través de su poder represivo, creando un estado de indefensión.

Tal situación abona a la idea de que las reformas penales no responde a una Política Criminal del Estado, debido a que para enfrentar la delincuencia se impulsan medidas desordenadas, sin un por qué y un para qué, desconociendo principios fundamentales consagrados en la Constitución de la República, leyes y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que atentan contra la Libertad Personal.

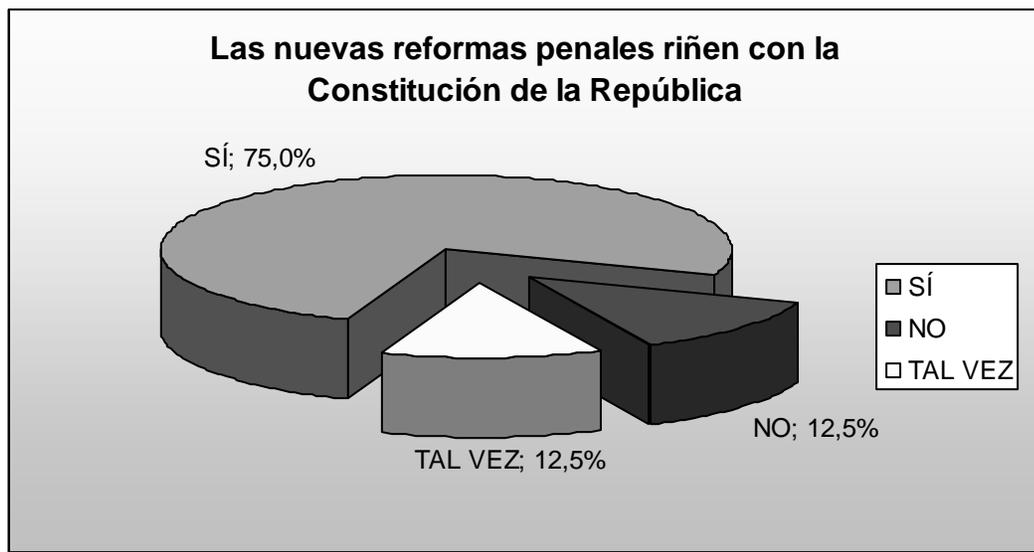
²¹⁰ Joaquín, ZALDIVAR y otros *Ibíd.* Pág.223-224

Pregunta N°. 4 ¿Riñen las nuevas Reformas Penales con la Constitución de la República? ¿Por qué?

Tabla N°. 4: Las nuevas reformas penales riñen con la Constitución de la República.

Tabla No 4 Y Gráfico No 4

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	6	75 %
NO	1	12.5%
TAL VEZ	1	12.5%
TOTAL	8	100%



Al analizar el resultado de los datos o gráficos contenidos en la tabla anterior, es relativamente fácil arribar a la conclusión de que las Reformas Penales riñen con la Constitución de la República debido a que un 75% de los entrevistados lo respaldan, aunque apenas un 12,5% cree que sí, y un porcentaje similar opte por un Tal Vez.

En razón de lo anterior, cabe aclarar en primer lugar, de que no se puede generalizar de que todas las Reformas Penales riñen con la Constitución de la República; aunque es inevitable de que algunas si lo estén haciendo.

Sin embargo, la gravedad del caso gira en razón de que tales reformas están despojando de ese escudo de protección a la persona humana (*derechos y garantías*) ante el poder del Estado, llevando a la persona a un estado de indefensión.

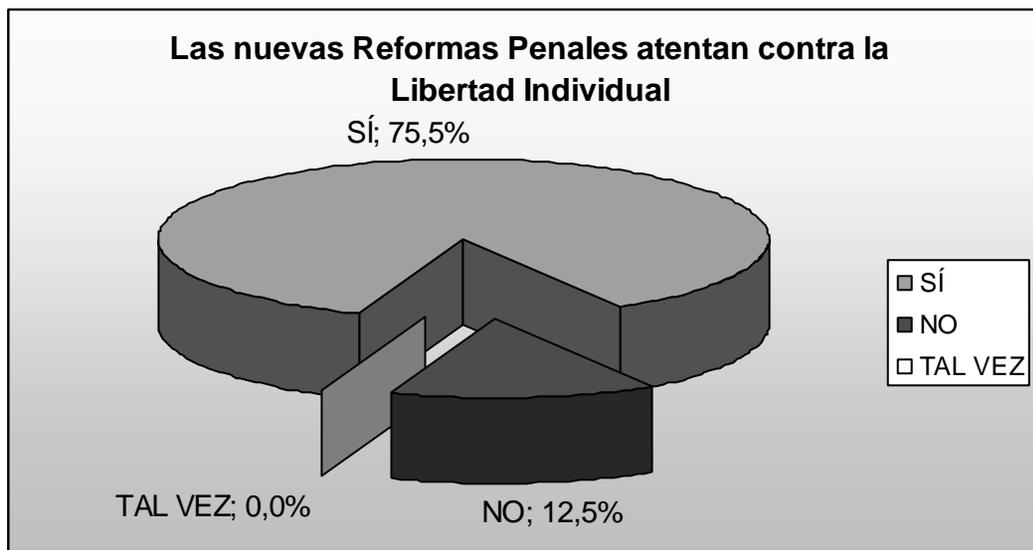
Por lo tanto, al violentarse el derecho de defensa, lesión del bien jurídico, cuando se establecen criterios generalizados para regular la prisión preventiva, juicio previo, entre otros, riñen con la Constitución de la República ya que dichos principios se encuentra consagrados en la misma.

Pregunta N°. 5: ¿Atentan las nuevas Reformas Penales contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano? ¿Por qué?

Tabla N°. 5: Las nuevas Reformas Penales atentan contra la Libertad Individual.

Tabla No 5 Y Gráfico No 5

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	7	75,5 %
NO	1	12.5 %
TAL VEZ	0	0%
TOTAL	8	100%



Al analizar los resultados contenidos en el cuadro anterior, es contundente arribar al criterio de que atentan las nuevas Reformas Penales contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano, debido a que un 75,5 % de la muestra entrevistada lo respalda.

El Código Penal y Procesal Penal vigentes desde al año de 1998, introduce un cambio radical en el tratamiento del imputado, trasladándose a las leyes penales y procesales el respeto y la salvaguarda de los derechos

básicos de la persona en el tratamiento que los órganos oficiales han de dispensar al imputado. Pero también el ordenamiento jurídico consagra algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como la presunción de inocencia (Art. 4 C. Pr. Pnal), el derecho a no declarar o el derecho a la defensa (Art. 9 C. Pr. Pnal), dan un vuelco definitivo al proceso²¹¹.

De ahí que, una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrina de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho Penal de autor al Derecho Penal del hecho, de modo que la represión no tenía como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las inquisiciones generales.²¹²

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de los Códigos Penal y Procesal Penal en año de 1998, se han venido improvisando una serie de reformas, que están cambiando el espíritu que les inspiró y dio vida,

Y que tiene su sustento histórico en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, que merece como centro de la sociedad, aparecer adornado de toda una serie de garantías fundamentales para ser libre, con lo cual se confecciona el catálogo de derechos fundamentales.²¹³

No obstante lo anterior, la cantidad de reformas penales más que fortalecer el espíritu que inspiró a los Códigos Procesal y Penal, sumado a la creación de instrumentos jurídicos (*leyes de carácter represivas*), están neutralizando las

²¹¹ Casada Pérez, JOSE MARIA y otros. “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”. Corte Suprema de Justicia. Año 2000. Pág. 4

²¹² Casada Pérez, JOSE MARIA y otros. *Ibíd.* Pág.4

²¹³ Casada Pérez, JOSE MARIA y otros. *Ibíd.* Pág.3

garantías del debido proceso, al establecer como por ejemplo criterios generalizados para regular la prisión preventiva, que eliminan la posibilidad de que en cada caso deba haber una valoración o juicio de moderación que tiene una trascendencia constitucional.

Debido a que la presencia de Juez permite diseñar su efectiva intervención para la adopción de cualquier medida necesaria para la investigación penal que suponga un menoscabo a los derechos más preciados del imputado, de tal modo que la intervención judicial garantice su ejecución sólo en la medida en que resulte indispensable, y sólo entonces se verá despojado de sus derechos o limitado en su ejercicio.²¹⁴

²¹⁴ Casada Pérez, JOSE MARIA y otros. *Ibíd.* Pág.4

Pregunta N°. 6: ¿Atentan las nuevas Disposiciones Administrativas contra la Libertad Individual, en tanto Derecho Humano? ¿Por qué?

Tabla N°. 6: Atentan las nuevas Disposiciones Administrativas contra la Libertad Individual.

Tabla No 6 Y Gráfico No 6

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	7	75.5 %
NO	1	12.5%
TAL VEZ	0	0%
TOTAL	8	100%



En virtud de que el 75% de los especialistas entrevistados son de la idea de que atentan las nuevas disposiciones Administrativas contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano, se da con toda contundencia como válida dicha declaración, muy a pesar que la mayoría de entrevistados en su comentarios se refirieren específicamente a las facultades administrativas en el

área penitenciaria. Las repuestas de Tal vez y la de No, siguen el orden de las respuestas en cuadro anteriores.

En la etapa de ejecución de la pena en materia penitenciaria, priva la arbitrariedad, lo cual afecta el derecho a la Libertad Individual y al principio de reserva de ley, que sumado a que el interno no se le garantiza plenamente sus derechos en el interior de los penales, ha provocado una crisis al interior de los Centros Penales profundizándose cada vez más,

Por otro lado, existe una pugna de carácter institucional entre los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Dirección General de Centros Penales (DGCP), en lo que respecta al beneficio de la Libertad Condicional Anticipada, debido a que hay internos que ya cumplieron los requisitos para optar a un beneficio como la Libertad Condicional, y debido a criterios de política interna el Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, a través de la DGCP no envían los informes a los Consejos Criminológico, quedando detenidos más tiempo injustificadamente.

En lo que respecta a los procedimientos Administrativos que siguen la Fiscalía y la Policía, especialmente en las capturas atentan contra la Libertad Personal, debido a que en muchos casos son arbitrarias, fundamentadas por razones tales como: “tiene un tatuaje”, “estaba en una esquina”, “estaba reunido con tres personas” entre otras causas. Por lo que, desde que se detiene en una esquina o en cualquier lugar aunque sea mínimo el tiempo se violenta el derecho a la Libertad Personal.

Pregunta N°. 7: ¿Para Usted son legítimas las Reformas Penales y Disposiciones Administrativas tocantes a la Libertad Individual? ¿Por qué?

Tabla N°. 7: Legitimad de las Reformas Penales y Disposiciones Administrativas tocantes a la Libertad Individual.

Tabla No 7 Y Gráfico No 7

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	1	12.5%
NO	6	75 %
TAL VEZ	1	12.5%
TOTAL	8	100%



De los resultados contenidos en el presente ítem que equivalen al 75 % de la muestra entrevistada, los responsables de la investigación, son del criterio de que las reformas penales y disposiciones administrativas tocantes a la libertad individual no son legítimas, por lo que se da por acreditada en ese sentido la declaración.

Aunque hay que aclarar en primer lugar, de que no se puede generalizar de que todas las reformas penales y disposiciones administrativas tocantes a la Libertad son ilegítimas.

En segundo lugar, aunque desde el punto de vista formal para alguno de los entrevistados son legítimas, no se puede afirmar lo mismo desde el punto de vista sustancial, debido a que violentan y atentan contra principios y garantías fundamentales.

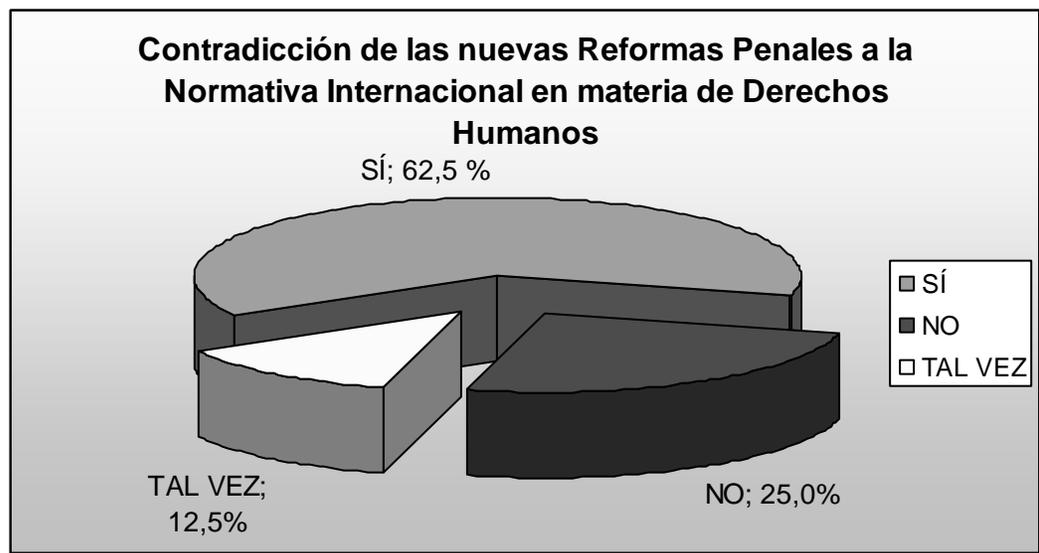
Por lo que las leyes deben de ser razonables, es decir, en función del bien común, del interés general, porque si sucede lo contrario y se crea una ley, pero no del bien común, del interés general y son arbitrarias, tales reformas no son legítimas desde el punto de vista sustancial.

Pregunta N°. 8: ¿Contradican las nuevas Reformas Penales a la Normativa Internacional en materia de Derechos Humanos? ¿Por qué?

Tabla N°. 8: Contradicción de las nuevas Reformas Penales a la Normativa Internacional en materia de Derechos Humanos.

Tabla No 8 Y Gráfico No 8

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	5	62.5 %
NO	2	25 %
TAL VEZ	1	12.5 %
TOTAL	8	100%



En virtud del 62,5 % de los especialistas en la materia se le da la credibilidad a esta declaración, en el sentido de que las nuevas Reformas Penales contradicen a la Normativa Internacional en materia de Derechos Humanos.

Por lo antes descrito, los responsables de la investigación son del criterio, de que las violaciones a la normativa internacional en materia de derechos

humanos de algunas reformas penales, son el resultado en principio de políticas estatales dirigidas a priorizar el uso de la fuerza como regla general.

De ahí que, se establecen por ejemplo criterios generalizados que prohíben para algunos delitos medidas sustitutivas a la detención (*Art. 294 Pr. Pnal.*), argumentando de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*artículo 9.3*), y la Convención Americana de Derechos Humanos (*artículo 7.5*), si bien reconocen la excepcionalidad a la detención, no se establece para que tipo de delitos tendrá o no aplicación, ello deja la posibilidad para poder regular la prohibición de la prisión preventiva para algunos delitos.

Sin embargo, tal manera de retorcer la realidad atenta contra algunos principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al Principio de inocencia artículo 8 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) , y el Principio que obliga a: *“que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos, fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado (Interpretación extensiva y no restrictiva).”* Artículo 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

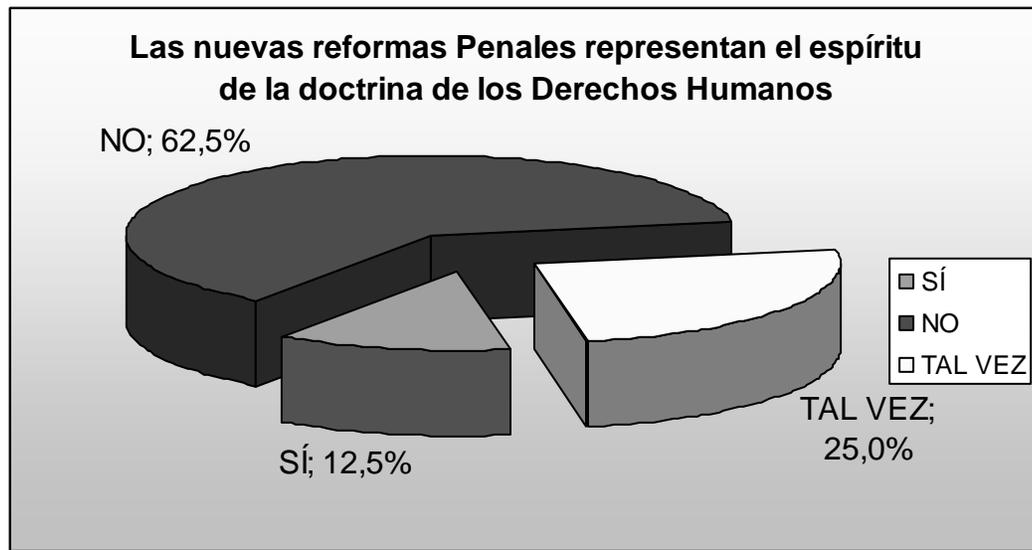
Es notable que la prisión preventiva se aplica como la regla general en detrimento de la Libertad Personal (*Art. 294 Pr. Pnal.*), por ello se esta afectando la independencia judicial, al prescindir de la valoración judicial que tiene trascendencia constitucional (*Art. 14 Constitución Política.*)

Por otro lado, la creación de Tribunales especializados que en la mayoría de casos son anuentes a las políticas del Ejecutivo, afectan contra el principio de que la persona debe ser juzgada por un Tribunal Imparcial, pero en la práctica con este tipo de reformas que juicio justo recibirá!!!. (Artículo 9 número 2 del PIDCP)

Pregunta N°. 9: ¿Representan las nuevas Reformas Penales, el espíritu de la doctrina de los Derechos Humanos? ¿Por qué?
 Tabla N°. 9: Las nuevas Reformas Penales representan el espíritu de la doctrina de los Derechos Humanos

Tabla No 9 Y Gráfico No 9

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	1	12.5 %
NO	5	62.5 %
TAL VEZ	2	25 %
TOTAL	8	100%



De los resultados obtenidos en las respuestas al penúltimo de los ítems contenido en la entrevista y que equivale a un 62,5% de la muestra entrevistada, se da por acreditada la declaración, en el sentido de que las nuevas reformas penales no representan el espíritu de la doctrina de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos tienen como centro a la persona humana, sin ninguna distinción bajo cualquier razón. La Constitución, la Ley, Tratados en materia de derechos humanos hablan de persona imputada y de víctima. Sin embargo, las reformas son parcializadas y que en la mayoría de casos están orientadas exclusivamente a tutelar los derechos y garantías de las víctimas.

De ahí que, las nuevas reformas penales no representan el espíritu de la doctrina de los derechos humanos, debido a que si bien el imputado ha violado una norma jurídica, también él es sujeto de derecho y que por lo tanto el Estado constitucionalmente se encuentra en la obligación de garantizar los derechos y garantías fundamentales. No obstante, el Estado a través de su Política Criminal de carácter represiva, está dirigiendo su accionar exclusivamente a la manera y forma de cómo castigar al delincuente.

Pero el problema no es el castigo en sí mismo, sino más bien que la sanción no debe de ser a cualquier costo, es decir, el Estado debe de respetar la dignidad de la persona humana y los mecanismos de juzgamiento al debido proceso, pero no solamente desde el punto de vista formal o de seguir el procedimiento o las etapas del mismo, sino desde el punto de vista sustancial,

porque se le puede nombrar defensor, pero en la realidad una verdadera garantía es que el imputado tenga la posibilidad de resultar absuelto, porque si no es así, que le pongan la pena y que se prescindan del juez.

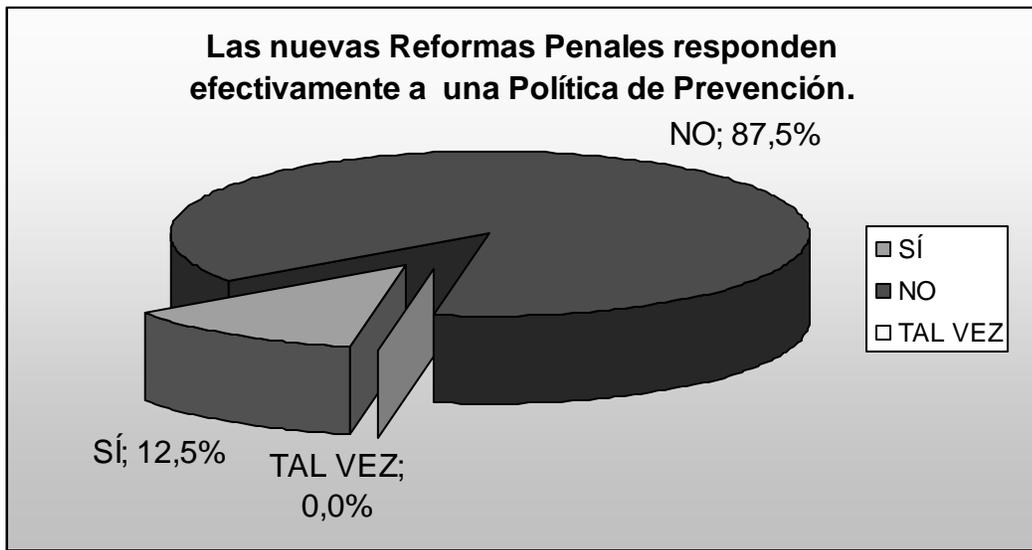
Por otra parte, toda ley, Código Penal, Código Procesal Penal, Ley Penitenciaria entre otras, son y deben ser instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos. De manera que, cuando una reforma no va orientada a garantizar derechos de la persona humana, carece de coherencia con la doctrina de los derechos humanos, ya que tal doctrina establece el respeto a la dignidad, la no discriminación, la igualdad y la libertad de la persona humana.

Pregunta N°. 10: ¿Responden las nuevas reformas penales efectivamente a una Política de Prevención? ¿Por qué?

Tabla N°. 10: Las nuevas reformas penales responden efectivamente a una Política de Prevención.

Tabla No 10 Y Gráfico No 10

OPCIONES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	1	12,5 %
NO	7	87,5 %
TAL VEZ	0	0 %
TOTALES	8	100%



A la declaración contenida en el presente ítem contundentemente se le da el peso que los responsables de la investigación desean, al tener un respaldo de parte de los entrevistados de un 87,5 % de la muestra entrevistada, en el sentido de que las nuevas Reformas Penales no responden efectivamente a una Política de Prevención, destacándose una peculiaridad en común en cada

una de las respuestas de los entrevistados, al señalar de que más que prevención en la Política Criminal del Estado hay represión.

La idea predominante a la hora de criminalizar o sancionar una conducta, es que el ciudadano se va abstener de cometer esa conducta de carácter delictiva en cuanto mayor sea la pena, algo que difícilmente se puede probar en lo que respecta al Derecho Penal.

De ahí que, el Derecho Penal es el instrumento jurídico de la Política Criminal represiva del Estado, pero no de la Política Criminal Preventiva que se realiza mayormente a través de la política social o cultural. Sin embargo, tal planteamiento no indica que sean dos cosas diametralmente distintas, sino más bien ambas son necesarias y forman parte inseparable de la prevención del delito o prevención general del delito. *Desde esta posición resulta una verdad el que una buena política social es la mejor política criminal, Agrega el Dr. Zipf.*²¹⁵

En razón de lo antes expuesto, la Política Criminal del Estado salvadoreño tal como se ha señalado en párrafos anteriores es eminentemente represiva, y ello se simplifica en la idea de Maquiavelo de que: *“el fin justifica los medios”*. De manera que, al Estado no le interesa el costo para enfrentar la delincuencia o criminalidad, aun cuando ese costo signifique violentar derechos y garantías fundamentales.

La delincuencia es uno de los fenómenos sociales más sentidos por la población, en buena medida por ser un hecho tangible en los diferentes sectores de la sociedad

²¹⁵ Joaquín, ZALDIVAR y otros. Op. Cit. Pàg. 225

y además por ser la noticia del momento en los diferentes medios de difusión colectiva.²¹⁶

Sin embargo, la importancia de consensuar las opiniones, actitudes colectivas y acciones concretas que el conjunto de organizaciones dirigidas y gerenciales en el ámbito privado, solidaridad ciudadana o gremial, pueden realizar ante el hecho delictivo. Lo anterior es importante, pues sin la participación ciudadana el Estado no lograra prevenir, ni disuadir el fenómeno delictivo.²¹⁷

Por lo tanto, si bien la sociedad salvadoreña atraviesa una problemática social que afecta a la mayoría, ello no debe ser motivo para que el Gobierno como ente idóneo y obligado para hacer frente al fenómeno delincencial, violente los derechos y garantía de la persona humana justificando el combate a la delincuencia. El Estado debe tener claro de que para lograr prevenir y disuadir el fenómeno delictivo, es necesaria e imprescindible la participación ciudadana dentro lo que se concibe como una Política Criminal integral.

3.1.2 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

La presente investigación tiene como objetivo general Identificar si las nuevas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas están correlacionadas con la Constitución de la República y demás normativa internacional que atañe al derecho de la Libertad Individual.

²¹⁶ Joaquín, ZALDIVAR y otros. *Ibíd.* Pág. 168

²¹⁷ Joaquín, ZALDIVAR y otros. *Ibíd.* Pág. 168

Dentro del mismo objetivo general se subsumen los objetivos específicos que consisten en analizar las características de la Libertad Individual a través de un recorrido histórico y de la consulta a los tratadistas contemporáneos; Identificar posibles violaciones Penales y Administrativas, respecto de la Libertad Individual en la realidad salvadoreña, principalmente del último bienio; Determinar en que aspectos las nuevas Reformas Penales riñen con la Constitución de la República y la normativa internacional referida a la Libertad Individual; y la de determinar en que aspectos las nuevas Reformas Administrativas riñen con la Constitución de la República y la normativa internacional referida a la Libertad Individual.

En ese sentido, en el presente apartado se consignan los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a Jueces, al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, al Procurador Adjunto del Área Penal y Defensoría Pública, de la Procuraduría General de la República, al Jefe de Fiscales Auxiliar, del señor Fiscal General de la República de San Salvador, al Coordinador de la Unidad de Estudios Juveniles, de la Corte Suprema de Justicia; actividad llevada a cabo durante los meses de enero a abril de dos mil ocho.

La estrategia metodológica que se siguió en la recolección de los presentes datos puede ser sintetizada de la siguiente manera:

- 1.- Habiendo operacionalizado debidamente la hipótesis específica y teniendo los indicadores respectivos, los responsables de la investigación

elaboraron la entrevista con preguntas abiertas mixtas y cerradas la cual constó de diez ítems (Ver anexo);

2.- Se elaboró un listado de ocho especialistas en la materia que ejercen su profesión en San Salvador con quienes se concertaron entrevistas, las cuales se desarrollaron en sus respectivos despachos o centros de trabajo;

3.- Las grabaciones fueron debidamente sistematizadas, sintetizando con la mayor fidelidad posible las respuestas vertidas por cada profesional. Fueron entrevistados: el Lic. Rafael Rivas de la Unidad de Estudios Juveniles, de la Corte Suprema de Justicia; Lic. Sergio Luís Rivera, Magistrado de la Cámara Segundo de lo Penal de San Salvador; el Lic. Martín Rogel Zepeda, Juez de Sentencia de San Salvador; el Lic. Levis Italmir Orellana, Juez de Instrucción de San Salvador; el Lic. Francisco Alberto Sermeño, Procurador Adjunto del Área Penal y Defensoría Pública, de la Procuraduría General de la República; el Lic. Jorge Bolaños Paz, Jefe de Fiscales, Auxiliar del Señor Fiscal de la República; Lic. Marta Lilian Villatoro, Juzgado Primero de Paz de San Salvador; Lic. Oscar Alberto Luna, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

Es así como a continuación se presenta cada una de las preguntas, las respuestas de mayor trascendencia y una conclusión por parte de los responsables de la investigación que incluye valoraciones personales al tenor del cúmulo de conocimientos adquiridos durante el trayecto del presente estudio.

1.- ¿Usted tiene un concepto claro de la libertad individual? ¿Qué es?

Respuestas:

- 1) *En sentido penal, es la libertad de movimiento, de tránsito.*
- 2) *Es la posibilidad de un ser humano de poder ejercer aquellas facultades que la misma calidad de ser humano le hace ser titular.*
- 3) *Es la capacidad que tiene el sujeto de poder deambular libremente, de no estar sujeto a ningún espacio que restrinja o limite su libre movilidad, eso te lo digo más enfocado al ámbito del Derecho Penal.*
- 4) *Es un derecho fundamental que tenemos todos los ciudadanos de la República y que podemos gozar sin restricciones, salvo disposiciones legales en contrario, como la comisión de un hecho delictivo.*
- 5) *Todas aquellas garantías de las cuales está rodeada toda persona que le sirve para poder establecer y ejercer derechos, deberes y atribuciones.*
- 6) *Tiene, bajo mi opinión muchas perspectivas, muchas ventanas, es algo muy amplio, pero la resumo en la aptitud que tiene todo ser humano de gozar de los derechos fundamentales que le otorga la Constitución y el Derecho Internacional.*
- 7) *Un derecho fundamental mediante el cual la Constitución garantiza la libre movilidad de una persona y el ejercicio de todas sus facultades sin ninguna restricción.*

De las principales definiciones proporcionadas por cada uno de los entrevistados, la primera, tercera y séptima, son las más completas a juicio de los responsables de la investigación. Si embargo, en lo que respecta a la segunda, cuarta y la sexta, definen a la libertad individual erróneamente por las siguientes razones: 1) Son definiciones genéricas, escuetas y poco precisas, al asignarles adjetivos tales como: “Es una posibilidad, una garantía, una aptitud, tiene muchas perspectivas y ventanas, es algo muy amplio”, respuestas que se

quedan a un nivel de calidad en cuanto a conocimiento se refiere muy pobre y poco precisas de lo que es la Libertad Individual, lo cual a juicio de los responsables de la investigación preocupa, debido a que la deficiencia no es de una persona no versada en la materia, al contrario se trata de especialistas que cuando tiene la calidad de juzgador por la función jurisdiccional que desempeña se ve agravada; 2) Asimismo, algunas definiciones sobre el tema en análisis, están orientadas a definir no a la Libertad Individual, sino al derecho a la Libertad en sentido amplio o general.

Por último, y en lo respecta a la quinta definición de lo que es la Libertad Individual, yerra en la medida de que se sigue utilizando en sentido amplio, pero ya no como Libertad en general, sino como Libertades Individuales o Derechos Individuales, que no es más que un criterio de clasificación de los derechos fundamentales en primera, segunda y tercera generación. En tal sentido, al definirle como un derecho fundamental, se hace una redundancia en este punto, al confundir el derecho a la Libertad Individual, con el criterio de clasificación de los Derechos fundamentales en derechos de primera generación, es decir, las Libertades Individuales o Derechos Individuales, pero que en el fondo no dice que es en esencia la Libertad Individual o Personal.

2.- ¿Tiene el Estado una clara Política Criminal? ¿Por qué?

Respuestas.

- 1. No, porque si tuviera claro los parámetros bajo los cuales esta se debe de restringir, parámetros que deben de provenir del derecho penal liberal, existiera una Política Criminal distinta.*

2. *No, porque no es una verdadera Política Criminal, ya que esta es un concepto amplio o macro, es decir, es todo un esquema ordenado.*
3. *Si, pero es una Política Criminal que la única manera para controlar el problema delincencial es restringir las libertades individuales de las personas, bajando los niveles de garantía que pueda tener las personas.*
4. *No, porque hay una modificación sustancial a la Constitución Republica en el sentido de que: a) Ciertas facultades que le pertenecen al Órgano Judicial y que solo pueden ejercer los jueces y se están trasladando a la Fiscalía General de la República, esto podría generar un conflicto de poderes, órganos. B) Podría degenerar en un problema de afectaciones a los derechos humanos, debido a que la constitución de la República habla de un proceso judicial y no un debido procedimiento administrativo de carácter fiscal*
5. *No, no tiene una clara política criminal desde el momento que el Código Penal y Procesal Penal que surgió a partir de 1998 nunca entro básicamente en vigencia sino que fue modificado constantemente a través de la coyuntura política que se iba dando y que iba marcando el paso de la aplicación del Código Penal y Procesal Penal.*
6. *Si porque en la práctica se mantienen operativos constantes para combatir la delincuencia (Policía), vemos en otro lado el Gobierno Central inaugurando los lugares de recreación, dándole opción a la juventud que se alejen de la delincuencia.*

En lo que respecta al análisis de las respuestas primera, segunda, cuarta y quinta, los responsables de la investigación son del criterio de que la Política Criminal tiene las características siguientes: a) más que orientadas a establecer una respuesta ordena, sistemática, preventiva y estable ante el fenómeno delincencial; se orienta mas bien hacia una política desorganizada, asistemático, programando políticas públicas represivas que solo le hacen reaccionar cuando los hechos delictivos ya han acontecido; b) Además, se caracterizada por dar respuesta demasiado desordenadas ante ciertos

acontecimientos que impactan a la sociedad; c) y por último, poco garantista debido a que para restringir la Libertad Personal no se toma en cuenta el Derecho Penal Liberal o Garantista;

Por lo que, los responsables de la investigación son del criterio de que el Estado carece de una Política Criminal en el sentido de que no esta definida y es poco clara.

En tal sentido, el Estado no asume la obligación de llevar adelante una verdadera Política Criminal, que involucre no solamente la participación del Estado, sino también que sea inclusiva de otros sectores de la sociedad que aporten a la misma, puesto que en esencia es un concepto amplio o macro, que se desarrolla a través de políticas públicas orientadas a la gestión de la conflictividad las cuales contengan a parte del componente represivo y sobre éste, el preventivo que permita dar complementariedad a la misma.

En lo que respecta a la quinta respuesta, se reconoce la existencia de la Política Criminal del Estado, pero que la misma se caracteriza por el control del fenómeno delincencial a través de restringir las Libertades Individuales, bajando los niveles de garantía que puedan tener las personas. De ahí que, aun cuando se reconozca la existencia de una política criminal, la misma esta orientada a que las garantías de las personas sean atropelladas y manoseadas sin mayor respeto, aun en ciertos casos bajo el aval de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional.

En último lugar, se registra en la respuesta seis de uno de los entrevistados un Tal Vez, con marcada incertidumbre, la que se refleja en su respuesta que es bastante peculiar y superficial, debido a que reconoce la existencia de una Política Criminal del Estado, la que reduce en la práctica a través de los operativos policiales para combatir la delincuencia, y la inauguración por parte del gobierno central de lugares de recreación para la juventud.

3. ¿Las nuevas reformas penales responden a una clara Política Criminal del Estado? ¿Por qué?

Respuestas.

- 1) *Sí Responden a una Política Criminal, pero no una política garantista o propia de un Estado Social de Derecho, sino corresponde a una política criminal que se circunscribe a lo que es conocido como Populismo Punitivo.*
- 2) *Sí pero a una política de garrote, de carácter inquisitivo, violentado derechos y garantías fundamentales establecidas en al Constitución de la República.*
- 3) *No responden a una Política Criminal, sino más bien para generar impacto ante un hecho determinado.*
- 4) *No, Están orientadas a reprimir la delincuencia.*
- 5) *No, Hay ciertas facultades que pertenecen a los jueces que se están trasladando a la FGR, pudiendo generar un conflicto de poderes y afectación a los derechos humanos.*
- 6) *No es el endurecimiento o las reformas a las leyes las que van a solventar el índice de la criminalidad.*
- 7) *Tal vez, porque el problema de la Política Criminal es una disciplina muy independiente, de manera que al tener un Código Penal y Procesal Penal. Post – guerra y diseñado para proteger derechos individuales (Garantista), en ese esfuerzo no se prevee el auge delincencial*

después de la Post – guerra, entonces esto crea un divorcio entre la política criminal y las leyes secundarias.

Las nuevas reformas penales no responden a una clara Política Criminal del Estado, situación que se ve respaldada por la respuesta tercera, cuarta, quinta y sexta de los entrevistados.

De manera que, los responsables de la investigación son de la idea de que las reformas penales no responden a una clara Política Criminal, sino más bien están orientadas a reprimir la delincuencia, y algo que parece demasiado peligroso para el Estado de Derecho y el sistema democrático, es el que hay ciertas facultades como lo reconoce uno de los especialistas, que pertenecen a los jueces y que están siendo trasladadas a la Fiscalía, situación que generaría un conflicto de poderes y la afectación a los derechos humanos, debido a que la Constitución de la República establece un proceso judicial y no un debido procedimiento administrativo de carácter fiscal,

De tal manera que, en principio no es el endurecimiento o las reformas a las leyes los que van a disminuir los índices de la criminalidad, pero si se producen tales reformas es necesario que sean resultado de un estudio profundo y de una discusión amplia y no sólo de un sector determinado.

1. Por otra lado, al analizar la respuesta primera y segunda, aun cuando los entrevistados son de la idea de que las reformas penales responden a una Política Criminal, esta carece de legitimidad, claridad y es casi inexistente, porque la misma no responde a un Estado Social de

Derecho, sino más bien a lo que se ha dado en llamar por uno de los entrevistados como *Populismo Punitivo*, es decir, aquella tendencia en la que los gobiernos, utilizan como promesa electoral, como herramienta al Derecho Penal para resolver la conflictividad social, aun cuando el derecho penal no tiene los instrumentos necesarios para resolver la conflictividad.

Por último, y al analizar la respuesta séptima de la incertidumbre de un Tal Vez por parte de algunos entrevistados, a los responsables de la investigación les parece un tanto superficial su respuesta, debido a que dicha idea está más orientada a legitimar las reformas penales implementadas o que se quieren implementar por parte del Ejecutivo, para combatir la criminalidad a través de leyes que restrinjan las libertades individuales, bajando los niveles de garantía que puedan tener las personas.

De manera que, no es que se haya que oponer a los cambios en las leyes porque los mismos son necesarios, sino más bien se tiene que tomar en cuenta que el Derecho Penal como instrumento de control social, no tiene todos los medios necesarios para resolver la conflictividad social de un país.

4. ¿Riñen las nuevas reformas penales con la Constitución de la República? ¿Por qué?

Respuestas.

- 1) Tal vez, podría ser que algunas. Aunque no hay pronunciamientos específicos que conozca. Hay algunas reformas que están riñendo con principios constitucionales tales como la lesión de bien jurídico.*

- 2) *Si, pero algunas. Por ejemplo en el régimen de protección a testigos hay unas cláusulas demasiadas autoritarias en el sentido de que prácticamente es nugatoria el derecho de defensa del imputado.*
- 3) *Sí, algunas, pese a que la Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que son constitucionales algunas normas.*
- 4) *Si, cuando se pretende trasladar atribuciones del Órgano Judicial, a la Fiscalía, por lo que no se puede hacer; ya la misma Constitución establece que la forma de gobierno no se puede reformar, son llamadas cláusulas pétreas.*
- 5) *Sí, hay varias que incluso nos pueden llevar a un estado de indefensión, producto de las reformas que están despojando de ese escudo de protección del poder del Estado.*
- 6) *No, por un lado veo un control efectivo de las instituciones de derechos humanos a través de los recursos (inconstitucionalidad), pero antes de esto han pasado por el filtro de la Asamblea Legislativa. Claro que algunas reformas han sido o han provocado una especie de vulneración de algún derecho.*
- 7) *Sí, porque violentan principios, garantías y derechos constitucionales..*

Cabe señalar que en las respuestas segunda, tercera, cuarta y séptima de los entrevistados, consideran que sí riñen las reformas penales con la Constitución de la República, con la salvedad de que son algunas, por las razones siguientes:

- 1) Se establecen criterios generalizados para regular la prohibición preventiva, en ausencia de una valoración o juicio de ponderación que tiene una trascendencia constitucional;
- 2) se pretende trasladar atribuciones del Órgano Judicial a la Fiscalía, violentándose la Constitución de la República debido a que la forma de

gobierno no se puede reformar, a estas cláusulas se les conoce como cláusulas pétreas.

3) Se está creando un estado de indefensión, debido a que las reformas están despojando de ese escudo de protección del poder del Estado.

Por otro parte, y en lo que respecta a la respuesta sexta, es pertinente pronunciarnos como responsables de la investigación, debido a que su respuesta parece interesante reflexionar en el sentido siguiente:

a) No es posible que en una sociedad supuestamente civilizada como la nuestra se aplique aquel principio maléfico que concibió Nicolás Maquiavelo a través de su obra “El Príncipe”, que se reduce a la formula de que el fin justifica los medios;

b) En la respuesta que ocupa el presente análisis se observa en la forma de pensar del entrevistado, que no importa si las reformas violentan o no principios constitucionales, pero de lo que si está seguro el especialista es de que es un mal necesario, y que en las sociedades civilizadas se dan ese tipo de respuestas. De ahí que, para esto no se puede alegar ignorancia y mucho menos si su calidad es la de ser supuestamente autoridad pública o especialista en la materia.

5. ¿Atentan las nuevas reformas penales contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano? ¿Por qué?

Respuestas.

1. *Sí, hay algunas. Debido a que si la restricción a la libertad se hace de manera arbitraria estamos ante una grave violación. Ahora cada vez la política criminal se ve en la tendencia del Estado en quitar o disminuir*

todas aquellas garantías tradicionales que han rodeado a la libertad individual tales como el principio de inocencia, el derecho a la defensa técnica.

- 2. Si, algunas. Por eso mencionamos el caso del régimen de la prisión preventiva cuando se establece una generalidad para ciertos delitos.*
- 3. Sí, porque no tienes un juicio justo si por ejemplo a una persona la mantienes en detención siempre, irrespetas el principio de inocencia, le das un tratamiento de culpable sin haberlo oído y vencido en juicio, esta afectando la excepcionalidad en la restricción de derechos, esa restricción de derechos debe de estar fundamentada, razonada, estar de acuerdo con el principio de proporcionalidad.*
- 4. Si, porque hay disposiciones que permiten a la Fiscalía y a la Policía realizar actos de investigación sobre las personas sin control jurisdiccional.*
- 5. Sí atentan, no solamente la libertad individual sino los derechos de reunión, asociación y otros.*
- 6. No, porque muchas de ellas son necesarias, lo único es que deberían tener un mayor control.*

En el análisis y reflexión de las respuestas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima, es notable la contundencia de los entrevistados respecto a que las nuevas reformas atentan contra el derecho humano a la Libertad Individual.

Sin embargo, en la mayoría de respuestas, hay una prudencia o aclaración en el sentido de que no son todas las reformas penales las que atentan contra la Libertad Individual, sino algunas, en las que el Estado tiende a implementar reformas que en algunos casos quitan o disminuyen todas aquellas garantías tradicionales que han rodeado a la libertad Personal, tales como el debido proceso, principio de inocencia entre otros.

Asimismo, casos como el de la prisión preventiva en las que se establece una generalidad para ciertos delitos, manteniendo en detención e irrespetando principios constitucionales como el de inocencia, además de darle tratamiento de culpable sin haber sido vencido y oído en juicio, afecta el principio de excepcionalidad en la restricción del derecho, el cual señala que las restricciones a la Libertad Personal deben estar fundada, razonadas y de acuerdo al principio de proporcionalidad por un Juez.

Por otro lado, no podemos pasar por alto la respuesta sexta, y al respecto los responsables de la investigación son del criterio en el sentido de que hay necesidad de reformas en las leyes como en cualquier otro país civilizado y democrático, las cuales deben de tener mayor control institucional.

No obstante lo anterior, los responsables de la investigación son de la idea, de que existe un completo desacuerdo de que se impulse cualquier tipo de reforma, por lo que dicho planteamiento sentaría un precedente horroroso, debido a que con la bandera o el argumento de que se va a combatir la delincuencia se impulsarían reformas que sean necesarias, aun cuando violenten principios, derechos y garantías fundamentales, colocando a la persona humana en una situación de indefensión.

**6. ¿Atentan las nuevas disposiciones Administrativas contra la Libertad Individual, en tanto Derecho Humano? ¿Por qué?
Respuestas.**

1. *Sí, en materia penitenciaria, se violenta el derecho a la libertad y el principio de reserva de ley por este tipo de reformas.*

2. *Hay algunas disposiciones administrativas que pudieren aplicarse a algunos reos, pero muchas veces se generalizan. (Resaltado por los responsables de la investigación).*
3. *Si, en materia penitencia priva la arbitrariedad afectando lo que es el principio de legalidad, normalmente se declaran las emergencias y estas restringen ciertos derechos que pueden estar justificadas, pero en otras no.*
4. *Si, en materia Penitenciaria el único fenómeno que conozco es la pugna entre los Jueces de Vigilancia Penitencia y la Dirección General de Centros Penales, en lo que respecta a beneficio de la Libertad Condicional Anticipada.*
5. *Cuando se confunden principios religiosos para regular la conducta humana o con normas de carácter jurídico.*
6. *No, se está haciendo un esfuerzo real por parte de las instancias administrativas de Centros Penales, y desde luego en estos casos donde no hay un esfuerzo de readaptación y el Estado ha hecho un esfuerzo en readaptarlo, realmente es válido que la ley debe ser menos flexible.*

En lo que corresponde a las facultades Administrativas del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, a través de la Dirección General de Centros Penales, la declaración está acreditada en el sentido de que las Disposiciones Administrativas, que corresponde a materia penitenciaria atentan contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano, por las razones siguientes:

3. En materia penitenciaria priva la arbitrariedad violentando el derecho a la Libertad Personal y al principio de reserva de ley, debido a que por distintos argumentos se implementan sanciones por parte de la Administración hacia los reos.
4. Cuando se declaran las emergencias se restringe ciertos derechos, que pueden justificarse en algunos casos, pero en otros no. Pero sin duda es

preciso que la administración debe sujetarse a la ley, y a los controles por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero en muchos casos la Administración de Centros Penales no toma en cuenta dichos parámetros. De manera que, no solamente existen violaciones a la Libertad Individual, sino algunos derechos económicos, sociales y culturales.

5. Existe una pugna entre los jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Dirección General de Centros Penales, en lo que respecta al goce de parte de algunos reos del beneficio de la Libertad Condicional Anticipada. No obstante priva criterios de política interna por parte del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, a través de la Dirección General de Centros Penales, provocando un retardo y negligencia en el envío de los informes a los Consejos Criminológicos.

En lo que respecta a las facultades de la Fiscalía las Disposiciones Administrativas atentan contra la Libertad Individual en tanto Derecho Humano dado los argumentos siguientes:

1. Cuando existe reformas que tratan de trasladar facultades que le corresponden constitucionalmente al Órgano Judicial, y se están trasladando a la Fiscalía, cambiando en su esencia el principio del Debido Proceso Judicial, a un Debido Procedimiento Administrativo de carácter fiscal, violentando la Constitución de la República.

2. Las facultades de la Fiscalía en lo que respecta a exámenes corporales cuando se quiere sacar sangre a causa de la prueba de ADN sin que quiera la persona. Asimismo, en el caso de violaciones cuando se verifican bellos púdicos y se utilizan como evidencias, en algunos procesos judiciales.

De ahí que, de lo antes expuesto se tiene por acreditada la declaración, en el sentido de que algunas de las facultades Administrativas asignadas tanto a la Fiscalía y a la Administración Penitenciaria, atentan contra la Libertad Personal.

Por otra parte, los responsables de la investigación son del criterio respecto a la respuesta sexta, de que no hay justificación alguna que legitime el crear leyes que den un trato desigual especialmente en lo que respecta a la readaptación de las personas condenadas por cualquier delito, porque se estaría en completa contradicción con la Constitución de la República.

7. ¿Para Usted son legítimas las reformas penales y disposiciones Administrativas tocantes a la Libertad Individual? ¿Por qué?

1. Tal vez, puede ser que estén riñendo con el principio de libertad fundamental o contra lo que es el derecho constitucional.
2. Sí algunas reformas son legítimas, pero hay otras que no como la de la prohibición absoluta de la prohibición preventiva, debido a que el legislador prácticamente esta decidiendo el tema de la detención.
3. No, hay que aclarar que si sigue el proceso de formación de ley uno puede decir que sí, pero desde el punto de vista sustancial o esencial, me parece de que no.

4. No son legítimas desde el momento que no existe una política adecuada de reinserción social sino mas bien el Estado ha implementando la prevención especial, aumentando las penas desproporcionadamente.
5. No, sobre todo se trata de controles en donde el Estado está reaccionando ante un fenómeno delincencial.
6. Sí, Legítimas desde el punto de vista formal tal vez, pero ilegítimas de hecho porque violentan o atentan, contra principios, garantías y otros derechos constitucionales.

Los responsables de la investigación son del criterio de que no se puede generalizar respecto de que todas las reformas penales y disposiciones administrativas tocantes a la Libertad Individual son legítimas, hay algunas reformas que no las son.

En ese sentido, la legitimidad que se refleja muchas veces a través de los medios de comunicación y defendida en muchos casos por Funcionarios Públicos que dicen representar al pueblo, tiene sus raíces en argumentos a su conveniencia y se reducen a la formación de la ley y su aprobación por parte del Órgano Legislativo, aun cuando las mismas visitas desde el punto de vista sustancial o esencial atenten contra derechos y garantías constitucionales.

Caso emblemático, es el que tiene que ver con las prohibiciones absolutas respecto a la prisión preventiva, en la que el legislador prácticamente esta decidiendo el tema de la detención, y que bajo el punto de vista formal es legítima, legal y se sigue aplicando en los Tribunales, no obstante desde el punto de vista sustancia o esencial, es una clara violación a la Constitución de la República y a Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos,

debido a que el juez se ve excluido de esta decisión la cual tiene una inspiración constitucional.

8. ¿Contradican las nuevas reformas penales a la Normativa Internacional en materia de Derechos Humanos? ¿Por qué?

1. Tal vez, no puedo citar en estos momentos concretamente.
2. Si algunas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.3, y el artículo 7.5 de la Convención Americana Derechos Humanos, establecen el carácter general de la detención.
3. Sí, en el caso de la libertad personal la detención se convierte en una regla, la presunción de inocencia esta afectada, asimismo, en el caso independencia judicial cuando se crean Tribunales especializados, no hay un Tribunal imparcial, entonces que juicio justo recibiría con un juez que no es imparcial.
4. Si, sobre todo a la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que ya fue interpretado o tiene interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
5. No lo creo que exista violación.
6. Si, porque la normativa internacional tiene un carácter mas progresista en cuanto defensa de los derechos humanos.

Por lo antes expuesto los responsables de la investigación se pronuncian en el sentido de que algunas de las nuevas reformas penales contradicen a la normativa internacional en materia de derechos humanos, debido a que la normativa internacional tiene la característica de ser progresista en cuanto a la defensa de los derechos humanos. En ese sentido, el Estado está reaccionando con leyes represivas violentando algunos Tratados Internacionales como la

Convención Americana de Derechos Humanos (*en adelante, CADH*), y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (*en adelante, PDCP*) en los casos siguientes:

- a. El de la Libertad Individual cuando se establece la detención como la regla. Art. 7.5 CADH y Art. 9.3 PDCP.
- b. Cuando se crean Tribunales especializados, violentado el principio de imparcialidad e independencia Judicial. Art. CADH y Art. PDCP.

9. Representan las nuevas reformas penales, el espíritu de la doctrina de los Derechos Humanos? ¿Por qué?

1. *No, porque lo que es un Estado Social y Demócrata de Derecho se fundamentó en esa ideología de lo es el respeto a los derechos fundamentales, y esto implica una serie de categorías que se han estipulado que no pueden ser restringidas de manera arbitraria como el derecho a la vida, a la libertad individual y otros.*
2. *No, porque los derechos humanos tienen como centro la persona sin ningún tipo de distinción, tanto a las víctimas como a los victimarios. Los instrumentos sobre derechos humanos te hablan de persona imputa o de víctima, en cambio las reformas son parcializadas en el sentido que solo pretende tutelar derechos de la víctimas*
3. *No, porque la doctrina de los derechos humanos con respecto a las nuevas reformas penales y penitenciarias, a través de un acuerdo, establece que la ley esta sobre cualquier otro acuerdo, y aun así se han implementado medidas que riñen con la constitución y con tratados internacionales,*
4. *Tal vez, es fácil para un gobierno aplicar y respetar derechos humanos, como en un país donde no hay mayor convulsión social, mayores índices delincuenciales, como en nuestro país que hay una violencia generalizada... en esa línea se hace mas difícil para las instituciones el goce de los derechos humanos, situación que mantiene estresado a los órganos de persecución del delito.*
5. *Tal vez, porque no toda reforma penal va a favor de la persona humana, lo que ocurre es que las normas, un Código que esta compuesto por disposiciones legales forma parte de todo un instrumento jurídico de protección de derechos humanos... entonces cuando una reforma no va orientada a garantizar derechos de la persona entonces si realmente no es*

coherente con la doctrina de los derechos humanos porque la doctrina de los derechos humanos nos habla del respeto a la dignidad, la no discriminación, la igualdad.

Al respecto, los responsables de la investigación son de la idea de que la respuesta primera, segunda y tercera, respaldan la declaración de que las reformas penales no representan el espíritu de la doctrina de los derechos humanos, por las siguientes razones:

1) La doctrina de los derechos humanos tiene como centro a la persona humana, sin ninguna distinción, nos habla del respeto a la dignidad, la no discriminación, la igualdad.

2) Toda Ley, Código Penal, Código Procesal Penal etc. Es un instrumento jurídico de protección de los derechos humanos, por lo que las reformas penales cuando violenta principios, derechos y garantías fundamentales, no son coherente con la doctrina de los derechos humanos.

3) En el proceso penal se habla tanto de imputado como de víctimas. Sin embargo, las reformas que se han impulsado son parcializadas, tutelando los derechos de la víctima, a costa de los derechos del imputado.

En lo que respecta a la pregunta cuatro y cinco quienes respaldan la respuesta del Tal Vez, los responsables de la investigación son del criterio, de que no es posible justificar a través del argumento de que los países de primer mundo les es más fáciles garantizar los derechos humanos por parte de las instituciones estatales porque existe menos convulsión social, y que en países como El Salvador donde hay mayor convulsión social, mayores índices

delincuencias, violencia generalizada, genere en las instituciones que persiguen el delito “estrés”, y que por lo tanto se violente derechos fundamentales.

En esa línea de pensamiento, se reconoce en primer lugar que los índices delinCUencias han sobrepasado la capacidad de las instituciones para hacerle frete, y por otro, el hecho de que ante tal incapacidad lo único que queda es el uso de la fuerza represiva del Estado, aun cuando se traduzca en violación a los derechos humanos, y al Estado Social de Derecho que se funda en esa ideología del respeto a los derechos fundamentales.

10. ¿Responden las nuevas reformas penales efectivamente a una Política de Prevención? ¿Por qué?

- 1. No, no es una política de prevención, sino de represión, de hecho el derecho penal difícilmente va a desarrollar una política criminal de prevención, de hecho el derecho penal es reactivo, es decir, actúa cuando el delito ya ha sucedido*
- 2. No, porque cuando hablamos de prevención, hablamos de prevención del delito a través de una adecuada investigación, de una normativa que asegure una verdadera readaptación de los condenados.*
- 3. No, porque en realidad es una política de represión, porque la prevención implica o nos lleva a trabajar en otros ámbitos que no solo tienen que ver con el de ley, sino con el social,*
- 4. No, porque mientras no se erradique el problema al que me he referido que es de carácter socioeconómico, ninguna reforma o ninguna otra nueva ley va a lograr contrarrestar el índice de criminalidad, porque la mayoría de personas delinquen por intereses de carácter patrimonial más que de carácter político.*
- 5. No, porque son de carácter más represivo. Lo que hace falta es una verdadera Política Criminal.*

En razón de lo antes expuesto, los responsables de la investigación son del criterio, de que no existe una auténtica Política Criminal que desarrolle el

componente preventivo, sino más bien en la realidad es una Política de de carácter represiva.

En esa línea de pensamiento, no se puede apostar a resolver el problema de la criminalidad a través del Derecho Penal, debido a su carácter reactivo, es decir, que actúa cuando el delito ya ha sucedido y carece de las herramientas necesarias para asegurar la readaptación de los condenados.

De manera que, y tal como lo sostiene el Dr. Zipf expresa que así como es preferible poder prevenir una enfermedad a tener que curarla, así es más ventajoso afrontar la delincuencia mediante prevención del delito en lugar de punirla represivamente.²¹⁸

Sin embargo, la actual Política Criminal del Estado salvadoreño tiene un componente estrictamente represivo, que difícilmente resolverá el problema delincencial, porque las medidas que se toman por parte del Estado para combatir la delincuencia carecen del componente preventivo.

La Política de Prevención prioriza medidas antes de que el delito se haya cometido, a través de crear mejores condiciones para las personas, estructurando condiciones de tipo social, que tenga que ver con la cultura de la educación, con la salud, orden económico, y las reformas a la normativa Penitenciaria, que creen una normativa que asegure una verdadera readaptación a los condenados

²¹⁸ Joaquín, ZALDIVAR y otros. Op. Cit. Pàg. 225

Por lo que, tales condiciones son necesarias no en sí mismas, sino también sobre todo en lo que respecta a las instituciones del Estado las cuales tienen que responder a su verdadero mandato constitucional.

De ahí que, la política de prevención del delito – o prevención general del delito, explica Dr Zipf, conduce al ámbito de la Política Social y de la Política Cultural. A la Política Criminal generalmente se le considera, en ésta perspectiva, como parte de la Política Social. Desde esta posición resulta una verdad el que una buena política social es la mejor política criminal.²¹⁹

Si insertamos de tal modo la Política Criminal en la Política Jurídica, y a través de ésta en la Política general, cultural y social, esto es “coordinación” que modifica la independencia de la Política Criminal, su objeto específico, ni el empleo de los medios que se adecuan a ella. Si bien el político criminal acepta la significación de la Política Social, en cuanto reprime la delincuencia, en su concepción, con ello no está admitiendo que la Política social, en su concepción, con ello no está admitiendo que la Política Social sea asunto de su competencia, agrega el Dr. Zipf.²²⁰

²¹⁹ Joaquín, ZALDIVAR y otros. Ibid.. Pàg. 225

²²⁰ Joaquín, ZALDIVAR y otros. Ibid.. Pàg. 225

CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a. CONCLUSIONES

1. Respecto a la Hipótesis general la cual reza de la siguiente manera: “Las nuevas Reformas Penales y Disposiciones Administrativas atentan contra la Libertad Individual, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Los responsables de la investigación son del criterio de que se da por aprobada positivamente la hipótesis por las razones siguientes:
 - A. El Estado salvadoreño carece de una autentica política criminal que haga más viable el enfrentar el fenómeno delincencial, y que le permita conocer y analizar los factores y formas de la criminalidad en un contexto social específico, que le permita recomendar responsablemente las medidas que arrojen como adecuadas para dar respuesta al fenómeno delincencial.
 - B. Al no tener definida claramente una Política Criminal se producen respuestas desordenadas, que se traducen en reformas penales que atentan contra los principios constitucionales dentro de un moderno Estado de Derecho democrático, y que “desviste” a la persona humana de todas aquellas garantías que sirven como límite al *“ius puniendi”* del Estado.
 - C. Por lo que, alguna de las reformas penales al no responder a una clara Política Criminal del Estado, produce medidas desordenas, sin un por

qué y un para qué, desconociendo principios fundamentales, al violentarse el derecho de defensa, lesión del bien jurídico, cuando se establecen criterios generalizados para regular la prisión preventiva, juicio previo, entre otros, riñen con la Constitución de la República y por ende contra la Libertad Individual.

D. Alguna de las nuevas reformas penales atenta contra la Libertad Individual debido a que más que fortalecer el espíritu que inspiró a los Códigos Procesal y Penal, sumado a la creación de instrumentos jurídicos (*leyes de carácter represivas*), están neutralizando las garantías del debido proceso, al establecer como por ejemplo criterios generalizados para regular la prisión preventiva, que eliminan la posibilidad de que en cada caso deba haber una valoración o juicio de moderación por parte del juez que tiene una trascendencia constitucional.

E. Asimismo, algunas de las nuevas Disposiciones Administrativas atentan contra Libertad Individual, entendida las mismas, las que corresponde a la Fiscalía General de la República y las facultades en materia penitenciaria, porque en ambos casos y según corresponda, priva la arbitrariedad, se violenta el principio de reserva de ley, se violenta el derecho a los internos al retrasar el beneficio de la Libertad Condicional Anticipada, se violentan derechos en lo que respecta al procedimiento administrativo que sigue la Fiscalía y la Policía, especialmente en cuanto

a las capturas debido a que en muchos casos son arbitrarios atentado contra la Libertad Individual.

- F. De manera que, alguna de las nuevas reformas penales y administrativas en cuanto a la Libertad Individual, carecen de legitimidad ya que muchas de ellas no están en función del bien común, ni del interés general.
 - G. Por otra parte, alguna de las nuevas Reformas Penales contradicen a la Normativa Internacional en materia de Derechos Humanos, al violentar normas y principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
 - H. Porque alguna de las nuevas Reformas Penales no representa el espíritu de la doctrina de los Derechos Humanos, debido a que en muchos casos no se respecta la dignidad, la igualdad y la libertad de la persona humana, la cual es un pilar en que se funda la doctrina de los derechos humanos al tener como centro a la persona humana.
 - I. El Estado salvadoreño carece de una auténtica política de prevención porque predomina una política de represión a través del Derecho Penal, y que en definitiva hará difícil resolver el problema delincencial.
2. Con el análisis de los Derechos Humanos y la libertad en particular, los acontecimientos, principios y textos del pasado, de que se ha hecho mención, tienen interés porque nos dan ideas de los esfuerzos realizados para salvaguardar los derechos y libertades de los individuos. No

obstante, a la hora de garantizar constitucionalmente los Derechos Humanos, estos principios y disposiciones son menos interesantes que los instrumentos modernos, debido a que las constituciones, como leyes fundamentales que responden a requisitos especiales de forma y validez jurídica, son un producto del siglo XVIII.

3. En lo que respecta al desarrollo histórico de la libertad y los Derechos Humanos, a quedado claro que el fundamento sustancial de toda la viabilidad de los derechos humano es la parte política, es decir, si eliminamos del tema de los derechos humanos la dimensión política no tiene ninguna vivencia, fuerza, eficacia; son teoría pura, solamente la política como participación ciudadana, como manejo del poder, permite la existencia real de los derechos humanos. Es decir que, la vida solo la garantiza los derechos humanos, y no ningún gobierno.
4. Al considerar la temática de los limites o restricciones a los Derechos Humanos, se estableció que la libertad y los Derechos Humanos en general, no son absolutos y están sujetos a restricciones. En ese sentido, los Derechos Humanos pueden ser regulados, limitados o restringidos, siempre y cuando se respeten la esencia de los de los derechos como establece la Constitución en el Art. 246 CN. De manera que, lo importante de considerar es que las restricciones en términos generales, a través del derecho deben estar volcadas a esa consonancia con la justicia, y deben ser aplicados a la par con las Instituciones del Estado,

solo y en esa medida se podrá lograr ese equilibrio entre la libertad de la persona individualmente considerada y la sociedad en general.

5. En la sociedad salvadoreña es notable que la ley como expresión soberana del pueblo, obedece a principios meramente formales (proceso de formación de ley), En consecuencia, en algunos casos y en especial en lo atinente al tema de estudio que ocupa esta investigación, el Estado prescinde del mandato constitucional que le obliga a la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común; principios orientadores que provocan la creación de normas justas, y el desatender normas injustas, situación que se debe de reflejar en la regulación, restricción o limitación de el ejercicio de los derechos.

b. RECOMENDACIONES

Anteriormente se tenía una Dirección de Política Criminal, la cual era parte del Ministerio de Justicia, dicha institución desapareció y con ella trajo consigo en materia de Política Criminal un retroceso. No obstante que algunas instituciones como la Policía Nacional Civil, especialmente si tienen departamentos que monitorean alguna parte del comportamiento criminal, no es suficiente.

En razón de lo antes expuesto, el Estado salvadoreño carece de una autentica política criminal que haga más viable enfrentar el fenómeno delincencial, surge la necesidad imperiosa de una institución o ente con amplias facultades en la materia, compuesto de un recurso humano

multidisciplinario, a más de incluir los aportes de los sectores sociales, que se encargue de proponer, coordinar, ejecutar, dirigir y plantear un plan operativo para construir una Política Criminal en El Salvador,

En tal sentido, es necesario una Política Criminal que no solo involucre el componente represivo a través de reformas penales y administrativas las cuales no disminuirán el fenómeno delincencial, sino más bien que priorice en la práctica políticas que tiendan a prevenir el delito, y que por ende disminuyan y disuadan las conductas delictivas.

Algunas Políticas de prevención que pueden impulsarse son: Desarrollo de Programas preventivos en los que previo diagnóstico determinen el segmento poblacional de donde provenga fundamentalmente la delincuencia, Campañas televisivas en las que se involucre a la sociedad civil en la colaboración de la prevención del delito; Programas de acceso a la educación y al trabajo; los cuales no solo deben involucrar al Estado sino a la empresa privada; una mayor atención a la familia como base de la sociedad a través de programas educativos, Programas que involucren estudios de carácter científico sobre el conocimiento del delito entre otras.

Sin embargo, la necesidad de una auténtica Política Criminal no solo se centra en una institución o ente especializada en la materia, sino que también requiere a más de las políticas gubernamentales, Políticas de Estado que involucre a los demás órganos estatales las cuales se proyecten a disminuir el fenómeno delincuencia en el país, debido a que este es un problema de la

sociedad salvadoreña que involucra a toda la maquinaria estatal y por ende a la sociedad civil salvadoreña.

4.8 MARCO CONCEPTUAL

Para fines de la presente investigación, se presenta continuación por parte de los responsables de la investigación, los conceptos más usuales en ésta son los siguientes:

Atentar: Proceder de modo ilícito contra algo o contra alguien.

Criminalidad: Calidad o circunstancia que hace que una acción sea criminosa.

Constitución: Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado. Ley fundamental de la Organización de un Estado.

Doctrina en Derechos Humanos: Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos de los Derechos Humanos, que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Rama del Derecho Internacional Público que regula, reglamenta, norma la protección de los Derechos Humanos.

Derechos Humanos. Facultades inherentes a la persona y que se afirman frente al Estado y frente a los Estados

Disposiciones Administrativas: Facultades que le corresponden a la Fiscalía General de la República y las que corresponden a la Dirección General de Centros Penales.

Jurisprudencia: En términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.

Hombre: Término inclusivo tanto del hombre y la mujer.

Legitimidad: De lo que es conforme a las leyes, es decir, aquello que se otorga o se realiza de acuerdo a las leyes.

Libertad Personal o Individual: “Es la facultad inherente a la persona humana, que le permite la libre movilidad y el no estar sujeto a ningún espacio que restrinja o limite (*prive ilegal o arbitrariamente*) su libre tránsito, salvo disposiciones legales en contrario.”

Libertad: Estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.

Prevención: Preparación, disposición anticipada de lo necesario para un fin. Anticipado conocimiento de un mal o perjuicio.

Política Criminal: El conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose tanto de los medios penales (pena) como de los de carácter asegurativo (medidas de seguridad).

Reforma: Forma nueva, cambio, modificación, enmienda.

Reformas Penales: Todas aquellas normas y disposiciones que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado.

BILIOGRAFÍA. LIBROS

- . DAES, Erica Irene. “La Libertad del Individuo ante la ley”. Sin año.
- BURGOA Ignacio. “Las Garantía Individuales”. 12º Edición. Editorial Porrúa, S.A. ciudad de México. Año. 1979
- Varios Autores. “Comisión Internacional de Juristas Ginebra. *“Imperio del Derecho y Derechos Humanos”*. Año. 1967.
- BENOSCHINA GONZÁLEZ, Mario. “Manual de Derecho Constitucional”. Editorial Jurídica de Chile. Año. 1951.
- LEÓN Duguit, M. “Manual de Derecho Constitucional.” 2º Edición. Librería Española y Extranjera Príncipe. Año. 1926.
- OSSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta S.R.L.
- Varios Autores. “Diccionario de la Lengua Española”. Ediciones Océano Éxito, S.A. España 1990.
- SOLANO RAMÍREZ, Mario Antonio. “*Estado y Constitucionalismo.*” Publicación #28 de la Corte Suprema de Justicia. Año. 1
- BRAZTRESCH, Luís. “Garantías Constitucionales”. Editorial Porrúa, 3ª Edición. Año 1961.
- JOAQUIN, Zaldívar y otros. “*Revista de Política Criminal*”. Volumen III. Abril - Año. 1997
- CAMPOS BIDAR, Germán J. “Derecho Constitucional”. Editorial EDIAR. Tomo I.
- CASADA PÈREZ, José María y otros. “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”. Corte Suprema de Justicia. Año 2000
- Varios Autores. “Curso de Filosofía II”, Reproducción parcial de algunos Capítulos del libro De Sabine, “Historia de la Teoría Política.”
- HOBBS, Thomas. “Leviatán”. Copyright by Nacional. Año: 1979

- PORRÚA PÉREZ, Francisco. "Teoría del Estado". *Editorial Porrúa*, S.A México. Vigésima Edición Revisada. Año. 1999
- SANQUINETTI, Horacio. "Curso de Derecho Político. Historia del Pensamiento Político Universal y Argentino." 3ra Edición. Editorial ASTREA. Buenos Aires 1988.
- SARTORI, Giovanni. "Teoría de la Democracia. Dos Problemas Clásicos." Editorial Alianza. Versión española.
- SANTISTÉBAN, José Silva. "Filosofía del Derecho". Sin año.
- HOLSTEIN, Gunther. "Historia de las Filosofía Política". Editorial Gráficos González. 2da Edición. Madrid. Año: 1953
- JIMENEZ DE PARGA, Manuel. "Los Regimenes Políticos Contemporáneos".5ta Edición. Editorial TECNOS Madrid.
- MARCELO CATALA, Ruiz. "Historia y Doctrina Político Social". Volumen I, Editorial TECNOS Madrid. Año: 1952
- MORENO, Daniel. "Clásicos de la Ciencia Política". 2º Edición. Editorial Porrúa, S. A. Ciudad de México. Año. 1983
- GUTIÉRREZ CASTAÑEDA. "Diálogos sobre Filosofía Política". Editorial sociación Filosófica de México, A. C. Año. 1995
- TOUCHARD JEAN. "Historia de las Ideas Políticas". Editorial TECNOS Madrid. Año. 1985
- Varios Autores. "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de Siglo 1979-2004." 1º Edición. Año. 2005
- Varios Autores. "Manual para la Calificación a los Derechos Humanos". 1º Edición. PNUD. Año.1997
- PEDRO SAGUÉS. Néstor. "Teoría de la Constitución". 1º Edición., Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. Argentina. Año. 2004

- ALEXY, ROBERTO: "Teoría de los Derechos Fundamentales". Año. 1993
- YANES, Javier Francisco. "Manual Político Del Venezolano." Año. 1985.
- BELTRAN Galindo y otros, Francisco. "*Manual de Derecho Constitucional*". Año. 1999
- MENDOZA, G, Lissette Beatriz. Constitución Explicada. Año. 1983

SITIOS WEB

Tomado de. http://www.conabip.gov.ar/sic/sitio/libertad_y_seguridad.htm. el 3 de Septiembre 2005

<http://www.ual.es/~aalvarez/>

www.conabip.gob.ar/sic/sitio/liberta_y_seguridad.htm.

ANEXO

DESARROLLO DE ENTREVISTAS

Pregunta.	<i>Lic. Rafael Rivas. Unidad de la Unidad de Estudios Juveniles de la Corte Suprema de Justicia.</i>	Lic. Sergio Luis Rivera. Magistrado de la Cámara 2° de lo Penal de San Salvador.	<i>Martín Rogel Zepeda. Juez del Tribunal de Sentencia, de San Salvador. Juez de Sentencia, de San Salvador.</i>
1	“ Si , en sentido penal “es la libertad de movimiento, de tránsito”. No en sentido amplio, definidos en términos limitados al Derecho Penal.	Si , es la posibilidad de un ser humano de poder ejercer aquellas facultades que la misma calidad de ser humano le hace ser titular, de manera tal que podemos ejercer derechos como la libertad ambulatoria, la posibilidad de ejercer derechos como el de expresión, de tránsito.	“ Si , normalmente se visualiza o se reduce a lo que es la capacidad que tiene el sujeto de poder deambular libremente, de no estar sujeto a ningún espacio que restrinja o limite su libre movilidad, eso te lo digo más enfocado al ámbito del Derecho Penal, que tú no estés circunscrito a ningún tipo de restricción, que te podas desplazar o deambular sin ningún tipo de restricción, mas que la ley.
2	“ No , porque si tuviera claro la libertad individual o los parámetros bajo los cuales esta se debe de restringir, parámetros que deben de provenir del derecho penal liberal.	No , porque cuando hablamos de una clara política criminal estamos hablando de aquel rol que asume el Estado frente a la comisión de algunos delitos, que sea estable y no sobre la base de ciertos hechos estar dando respuesta.	Básicamente es un poco discutible con todos los proyectos que el Estado ha diseñado para enfrentar el problema de la delincuencia y la restricción de las libertades individuales de las personas, el Estado ha estado cambiando y cambian de proyecto en proyecto sobre la base de prueba y error, entonces uno llega a la conclusión de que No hay una política criminal definida.
3	Sí responde a una política criminal, pero no necesariamente una política criminal garantista o que corresponda a un Estado Social de Derecho, sino que corresponde a una política criminal que se circunscribe dentro de lo que se viene conociendo como <i>populismo punitivo</i> .	No , porque responden en gran parte al hecho de generar un impacto por ejemplo tenemos el caso de ciertos delitos, como el caso de los delitos sexuales que tuvieron respuesta ante un caso que se le atribuye a un abogado y que eso genero un escándalo y lo llevo a reformar.	“ No , la idea es reprimir la delincuencia a como de lugar, en detrimento de las garantías de las personas, el infractor de la norma es como un enemigo y a partir de que se establezca de que es un enemigo no le tenes que respetar derechos.”

Pregunta.	<i>Lic. Rafael Rivas. Unidad de la Unidad de Estudios Juveniles de la Corte Suprema de Justicia.</i>	Lic. Sergio Luis Rivera. Magistrado de la Cámara 2º de lo Penal de San Salvador.	<i>Martín Rogel Zepeda. Juez del Tribunal de Sentencia, de San Salvador. Juez de Sentencia, de San Salvador.</i>
4	Tal vez , podría ser qué algunas. Aunque no hay pronunciamientos específicos que conozca. Porque hay algunas reformas están riñendo con principios constitucionales tales como la lesión de bien jurídico .	Si , pero algunas. Por ejemplo en el régimen de protección a testigos hay unas cláusulas demasiadas autoritarias en el sentido de que prácticamente es nugatoria el derecho de defensa del imputado.	Sí algunas , pese a que la Sala de Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que son constitucionales algunas normas, me parece que nuestra sala ha perdido completamente la independencia y esta en consonancia con las políticas criminal del Ejecutivo, quien la controla.
5	Sí , hay algunas. Debido a que si la restricción a la libertad se hace de manera arbitraria estamos ante una grave violación.	Si , algunas. Por eso mencionamos el caso del régimen de la prisión preventiva cuando se establece una generalidad para ciertos delitos.	Sí , en realidad no tienes un juicio justo si por ejemplo a una persona la mantienes en detención siempre, irrespetas el principio de inocencia, le das un tratamiento de culpable sin haberlo oído y vencido en juicio, esta afectando la excepcionalidad en la restricción de derechos, el Estado puede restringirte los derechos por supuesto, porque los derechos no son absolutos, pero esa restricción de derechos debe de estar fundamentada, razonada, estar de acuerdo con el principio de proporcionalidad.
6	Sí , en lo que tiene que ver con las reformas penitenciarias. Porque en lo que respecta al derecho a la libertad, el principio de reserva de ley, pues se ve cada vez más violentados con este tipo de reformas.	Sí , porque nosotros tenemos un problema debido a que el sistema penal no es capaz de establecer un régimen penitenciario de verdad, debido a que los Centros Penales están saturados, hay una sobrepoblación en los penales y que ha llevado a que el Estado pierda prácticamente el control, y más bien el Sistema Penitenciario sean unas jaulas para tratar a unas personas, de manera que, el control interno lo ejercen los mismos reos al interior.	Si , en el caso de materia penitencia priva la arbitrariedad afectando lo que es el principio de legalidad, el hecho que una persona halla sido condenada se le ha limitado un derecho fundamental como es la libertad, no le inhibe a que conserve otros derechos..”

Pregunta.	Lic. Rafael Rivas. Unidad de la Unidad de Estudios Juveniles de la Corte Suprema de Justicia.	Lic. Sergio Luís Rivera. Magistrado de la Cámara 2º de lo Penal de San Salvador.	Martín Rogel Zepeda. Juez del Tribunal de Sentencia, de San Salvador. Juez de Sentencia, de San Salvador.
7	Tal vez , desde un examen superficial en términos de la teoría del delito o en términos de dogmática penal y el derecho constitucional, puede ser que estén riñendo con el principio de libertad fundamental o contra lo que es el derecho constitucional.	Si, algunas. Dependen de que las normas sean flexibles o inflexibles. La primera, consiste en aquellas normas que le permiten al juez interpretar al juez el campo de la afectación de los derechos fundamentales.	No , Hay que partir ¿qué es la legitimidad? Es decir, si sigue el proceso de formación de ley uno puede decir sí, pero desde el punto de vista sustancial o esencial, me parece de que no. formalmente ellos han limitado derechos, han devalado el nivel de garantía de la persona, es decir en el fondo están quitándole el contenido a esas normas.
8	Tal vez , no puedo citar en estos momentos concretamente.	Si algunas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.3, y el artículo 7.5 de la Convención Americana Derechos Humanos, establecen el carácter general de la detención y hay que concretar en cada caso si la necesidad lo amerita en cada caso de llevarla a cabo	Sí , podemos ver en el caso de la libertad personal la detención se convierte en una regla, la presunción de inocencia esta afectada.
9	En términos generales No , porque lo que es un Estado Social y Democrata de Derecho se fundamentó en esa ideología de lo es el respeto a los derechos fundamentales.	No , porque cuando hablamos de derechos humanos estamos hablando que en buena medida, si estamos hablando de un proceso penal que lleva en sí la afectación de derechos fundamentales, pero quizás el problema linda en el campo de lo prohibido en la medida que no se tomen en cuenta o se siga criterios claros.	No , porque los derechos humanos tienen como centro la persona sin ningún tipo de distinción, tanto a las víctimas como a los victimarios.
10	No , no es una política de prevención, sino de represión, de hecho el derecho penal difícilmente va ha desarrollar una política criminal de prevención, de hecho el derecho penal es reactivo, es decir, actúa cuando el delito ya ha sucedido y es bastante controversial o difícil de probar de que el derecho penal se legitime por esto de la prevención general positiva	No , porque cuando hablamos de prevención, hablamos de prevención del delito a través de una adecuada investigación, de una normativa que asegure una verdadera readaptación de los condenados. No responde a ese esquema, más bien es una respuesta para generar un impacto.	No , porque en realidad es una política de represión, porque la prevención implica o nos lleva a trabajar en otros ámbitos que no solo tienen que ver con el de ley, sino con el social

Pregunta.	Lic. Levis Italmir Orellana. Juez de Primera Instancia de Instrucción, de San Salvador.	Lic. Francisco Alberto Sermeño Ascencio. Procurador Adjunto del Área Penal y Defensoría Pública, de la Procuraduría General de la República.	Lic. Jorge Bolaños Paz. Coordinador de Fiscales. Fiscalía General de la República
1	Sí , es un derecho fundamental que tenemos todos los ciudadanos de la República y que podemos gozarnos sin restricciones salvo disposiciones legales en contrario, como la comisión de un hecho delictivo tal vez, que permite a la autoridad judicial restringir la libertad de las personas.	Si , todas aquellas garantías de las cuales esta rodeada toda persona que le sirve para poder establecer y ejercer Derechos, Deberes y atribuciones. Sobre la base de los derechos de las demás personas.	Si , la libertad individual tiene bajo mi opinión muchas perspectivas, muchas ventanas, es algo muy amplio, pero la resumo en la actitud que tiene todo ser humano de gozar de los derechos fundamentales que le otorga la Constitución y el Derecho Internacional entre ellos la libertad individual
2	No , porque el Estado tiene entre cinco a diez años de estar programando políticas de carácter represivas en materia criminal, entonces la política criminal no puede tener naturaleza represivo sino también preventivo,	No , no tiene una clara política criminal desde el momento que el Código Penal y Procesal Penal que surgió a partir de 1998 nunca entró básicamente en vigencia sino que fue modificado constantemente a través de la coyuntura política que se iba dando y que iba marcando el paso de la aplicación del Código Penal y Procesal Penal.	Tal vez , creo que anteriormente se tenía una Dirección de Política Criminal, la cual era parte del Ministerio de Justicia, esta institución desaparece hace unos siete u ocho años, con eso creo que se da un retroceso en cuanto esto que se estaba ganando mucho.
3	No , porque hay una modificación sustancial debido a que hay ciertas facultades que le pertenecen al Órgano Judicial y que solo pueden ejercer los jueces y se están trasladando a la Fiscalía General de la República, esto podría generar un conflicto de poderes, órganos dentro de lo que es la organización del Estado y degenerar en un problema de afectaciones a los derechos humanos	Si , pero responde a una política criminal de garrote nada mas de carácter inquisitivo, las que se han dado han ido orientadas a violentar derechos y garantías fundamentales, siendo una política inquisitiva en la que se le esta dando toda la potestad, posibilitando la violación de normas fundamentales establecidas en la Constitución a la Policía	Tal vez , porque el problema de la Política Criminal es una disciplina muy independiente, de manera que al tener un Código Penal y Pr. Pnal. Pos – guerra y diseñado para proteger derechos individuales, en ese esfuerzo no se prevee el auge delincencial después de la Pos – guerra, entonces esto crea un divorcio entre la política criminal y las leyes secundaria
4	Si , podrían estar en contra debido a que en esencia se pretende modificar la forma de gobierno, porque la constitución establece tres órganos fundamentales de gobierno el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada uno tiene atribuciones concretas entonces con las reformas lo que se pretende es crear o trasladar atribuciones de un órgano a otro	Sí , más que todo en pruebas anticipadas, testigos claves, incluso el sistema de protección de testigos encubiertos, es viciado porque esta en manos de una comisión interna de la UTE (<i>Unidad Técnica del Sector Justicia.</i>), que es manejada casi por Ministerio de Gobernación y no debería de ser así en cualquier país civilizado del mundo cualquier sistema de protección de testigos esta en manos del órgano jurisdiccional porque es el juez quien determina las condiciones viables como para poder determinar la protección de testigos	No , por un lado veo un control efectivo de las instituciones de derechos humanos a través de los recursos (inconstitucionalidad), pero antes de esto han pasado por el filtro de la Asamblea Legislativa, claro que algunas reformas han sido o han provocado una especie de vulneración de algún derecho

Pregunta.	<i>Lic. Levis Italmir Orellana. Juez de Primera Instancia de Instrucción, de San Salvador.</i>	<i>Lic. Francisco Alberto Sermeño Ascencio. Procurador Adjunto del Área Penal y Defensoría Pública, de la Procuraduría General de la República.</i>	<i>Lic. Jorge Bolaños Paz. Coordinador de Fiscales. Fiscalía General de la República</i>
5	Si , porque hay disposiciones que permiten a la Fiscalía y a la Policía realizar actos de investigación sobre las personas sin control jurisdiccional y en algunos casos a la Policía se le permite restringir el derecho a la libertad deambulatoria de las personas solo con la justificación de tratar de identificarlas.	Sí atentan, no solamente la libertad individual sino los derechos de reunión, asociación y otros, casos específico los testigos protegidos hay casos graves donde se han dado y hay experiencias de compañeros donde tienen el mismo testigo para incriminar otros casos mas.	No , porque muchas de ellas son necesarias lo único es que deberían tener un mayor control, que al mayor queja de la comunidad jurídica es el excesivo poder que se le da al órgano persecutor del delito que es la Fiscalía.
6	Si , en materia Penitenciaria el único fenómeno que conozco es la pugna entre los Jueces de Vigilancia Penitencia y la Dirección General de Centros Penales, sobre todo a los reos que ya tiene beneficios penitenciarios, creo que es el caso emblemático.	Sí , atentan, porque si hubiere el Estado de Derecho ya tiempo hubiere habido un amparo, hay disposiciones de carácter internacional violentándose una convención de carácter penitenciaria para los penados, e incluso la convención para la eliminación de la tortura, que esta ratificada por nuestro país, cuando se prohíbe al interno tener visita intima, tener absceso a sus amistades.	No , yo creo que hay que hacer un esfuerzo real por parte de las instancias administrativas de Centros Penales, los juzgados de Educación de la Pena los cuales mantienen un control efectivo.
7	No , porque no están de acuerdo con la Constitución, solo la Constitución puede legitimar una cosa así.	No , son legítimas sobre la base de que no se le dio posibilidades al antiguo Código de poder funcionar, no son legítimas desde el momento que no existe una política adecuada de reinserción social en el caso de los condenados, ni existe una prevención de carácter general que pueda cortar un montón de situaciones que se estaban dando.	No , sobre todo se trata de controles en donde el Estado esta reaccionando ante un fenómeno delincencial que significa el segundo país con la tasa de homicidio en América Latina.
8	Si , sobre todo a la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que ya fue interpretado o tiene interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Si colisiona , con la CADH y otros. Si condiciona con la Constitución y con las garantías mismas que garantiza, como no va ha colisionar con Tratados.	No , no lo creo que exista violación.

9	<p>No, porque esta en contra del espíritu de los derechos humanos.</p>	<p>No, porque la doctrina de los derechos humanos con respecto a las nuevas reformas penales y penitenciarias, a través de un acuerdo, establece que la ley esta sobre cualquier otro acuerdo, y aun así se han implementado medidas que riñen con la constitución y con tratados internacionales.</p>	<p>Tal Vez, porque los derechos humanos son Universales, Internacionales, de rango mundial, tienen aplicación en Dinamarca, Holanda, Canadá etc. Son aplicables como le nuestro, pero el problema es fácil para un gobierno aplicar y respetar derechos humanos, como en un país donde no hay mayor convulsión social, mayores índices delincuenciales, como en nuestro país</p>
10	<p>No, es más de represión porque mientras sean reformas al Código Penal y Procesal Penal, son disposiciones que se aplican cuando una persona ya ha delinquido, entonces son medidas represivas y no preventivas.</p>	<p>No, se necesita una política de prevención que sea general y no especial, que no este encima la PNC, ni los organismos de represión del Estado, porque tiene que se una política de carácter integral y multidisciplinaria, ello para empezar, y para continuar no es posible solo participación de la PNC o la Fiscalía, sino todas las instituciones del Estado.</p>	<p>Si la hay, aunque falta mucho que hacer.</p>

Pregunta.	Lic. Marta Lilian Villatoro. Juzgado Segundo de Paz de San Salvador. Juez de Paz.	Lic. Oscar Humberto Luna. Procurador. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
1	Si , es un derecho fundamental regulado en la Constitución de la República y que se refiere a la capacidad que tiene todo individuo de <u>ejercer sus demás</u> derechos y obligaciones de acuerdo a las leyes preestablecidas y también a los usos y costumbres de la sociedad en que este se desenvuelva.	Sí , es un derecho fundamental mediante el cual la Constitución garantiza la libre movilidad de una persona y el ejercicio de todas sus facultades sin ninguna restricción.
2	No , porque los problemas de criminalidad no necesariamente se resuelven endureciendo y creando más leyes, sino acompañándolos con políticas de carácter social y de readaptación de aquellos que por diversas circunstancias delinquen.	No , porque a lo largo quizás de los últimos años y a partir de la vigencia de los actuales Códigos Penales y Procesales Penales en el año 1998, se han venido improvisando una serie de instrumentos jurídicos, leyes.
3	No responden, porque no es el endurecimiento o las reformas de las leyes las que van a solventar los problemas o el índice criminalidad, sino la desatención o marginación que sufre el pueblo.	No , no responden a una clara Política Criminal del Estado porque el problema es que una de las cuestiones que tiene que ver con la Política Criminal es la parte de la prevención.
4	Sí , porque violentan principios, garantías y derechos constitucionales. Por ejemplo la reformar del Art. 294 parte final Pr. Pnal. Que estableció un estándar de delitos que no admitía medidas sustitutivas a la detención.	Si algunas...
5	Si, por las razones que ya mencione.	Sí , porque otras de las reformas que se han estado dando y que tiene que ver con la pregunta anterior es el caso de Prisión Preventiva, en relación con las medidas cautelares. El PDCP Y CADH dicen que la prisión preventiva no debe de ser la regla general, pero los acusados podrán estar sometidos a garantías a efecto de asegurarse su comparecencia en el juicio.

Pregunta.	Lic. Marta Lilian Villatoro. Juzgado Segundo de Paz de San Salvador.	Lic. Oscar Humberto Luna. Procurador. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
6	Si , porque la mayor parte de violaciones a los derechos fundamentales que experimentan las personas que son detenidas por delitos comunes o complejos, han sido recibidas por autoridades administrativas, por autoridades en los centros penitenciarios que también estarían dentro del rubro administrativo, por juzgadores y por Fiscales.	Si atentan, digamos en materia penitenciaria que es la etapa de ejecución de la pena lo que ocurre es que al interno no se le garantizan plenamente sus derechos en el interior de los penales, si usted revisa la ley penitenciaria establece un conjunto de derechos para los internos, pero muchos de ellos no tienen plena vigencia
7	Sí , Legítimas desde el punto de vista formal tal vez, porque tienen vigencia a partir de su aprobación, pero ilegítimas de hecho porque violentan o atentan, contra principios, garantías y otros derechos constitucionales.	No , con la aclaración de que toda reforma penal o disposición administrativa atenta contra la Constitución y la libertad no es legítima, porque las reformas vienen a ser parte de un cuerpo legal y las leyes deben de ser razonables, en función del bien común, del interés general y no deben de ser arbitrarias, una ley que no se hace en función del bien común es arbitraria, por lo tanto es ilegítima
8	Si , porque la normativa internacional tiene un carácter mas progresista en cuanto defensa de los derechos humanos, y es precisamente por eso que ante la imposibilidad de aplicar en determinados casos en cuanto leyes sustantivas se aplica la normativa internacional con el objeto de favorecer los derechos de los individuos.	Sí contradicen, bueno hay varias cosas por ejemplo al revisar nosotros las últimas reformas y algunas que se quieren implementar, algunas diligencias o actos procesales que tiene demasiada discrecionalidad para la fiscalía o la policía, y que no están sujetas al control judicial atentan contra el principio de legalidad y al atentar con este principio, están atentando contra instrumentos internacionales.
9	No , atentan contra ellos por todo lo anteriormente dicho.	Tal Vez , porque no toda reforma penal va a favor de la persona humana, lo que ocurre es que las normas, un Código que esta compuesto por disposiciones legales forma parte de todo un instrumento jurídico, pues este Código y esta ley en el tema de los derechos humanos.
10	No, porque mientras no se erradique el problema al que me he referido que es de carácter socioeconómico, ninguna reforma o ninguna otra nueva ley va ha lograr contrarrestar el índice de criminalidad, porque la mayoría de personas delinquen por intereses de carácter patrimonial más que de carácter político.	No , porque son de carácter más represivo.

