

2.085  
1.9  
9  
CS.

094896  
E-2.

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

# **Las Garantías Individuales**

TESIS DOCTORAL  
PRESENTADA POR

*Rafael Quiñónez Cassera*

PARA OPTAR AL TITULO DE  
DOCTOR  
EN  
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1979.

**SAN SALVADOR,**

**EL SALVADOR,**

**CENTRO AMERICA.**



TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: Dr.Roberto Romero Carrillo.  
1er.Vocal: Dr.Homero Sánchez Cerna.  
2do.Vocal: Dr.Manuel René Villacorta.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: Dr.Rodolfo Antonio Gómez h.  
1er.Vocal: Dr.Francisco Callejas Pérez.  
2do.Vocal: Dr.José Luis Ayala García.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: Dr.Rolando Calderón Ramos.  
1er.Vocal: Lic.Mario Amílcar García.  
2do.Vocal: Dr.Ismael Castillo Panameño.

ASESOR DE TESIS:

Dr.Rafael Francisco Guerrero.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

PRESIDENTE: Dr.Antonio Orantes.  
1er.Vocal: Dr.Ismael Castillo Panameño.  
2do.Vocal: Dra.Mirna Castaneda de Alvarez.

DEDICO ESTA TESIS:

AL TODOPODEROSO.

A LA MEMORIA DE MI PADRE:

Dr. Miguel Angel Quiñónez, quien infundió en mi corazón la esperanza de ser un hombre útil a la humanidad, así como la fortaleza necesaria y la confianza en la misericordia de un Poder Supremo.

A MI MADRE:

Elena Cassera viuda de Quiñónez, quien ha sido la mujer abnegada que me ha proporcionado siempre la ayuda máxima y a quien debo mi consagración académica y con creción profesional.

A MIS HIJOS:

Beatriz Elena y Rafael Arturo Quiñónez Escobar y Miguel Angel Quiñónez Guirola.

A MIS HERMANOS:

Jaime Enrique, cuyo recuerdo vivirá siempre como ejemplo en mi memoria.

Eduardo y Lorena Quiñónez Cassera y  
Ciro Guillermo Mata.

A MI NANA:

María Luisa Marinero, quien después de mi madre, me ha brindado en todo momento su cariño y comprensión.

A MI TIA:

Mercedes Quiñónez Meléndez, con admiración y sincero cariño.

A MIS AMIGOS:

Doctores Francisco Arturo Samayoa, Mauricio Velásquez Arévalo y Amadeo Artiga Alas, con aprecio y agradecimiento.

## INDICE

	<u>Página</u>
<u>INTRODUCCION</u> , .....	1
La Persona Humana, .....	1
La Noción Jurídica de la Persona Humana y los Derechos del Hombre, .....	4
La Libertad Humana, .....	7
Distintas Clases de Libertades, .....	10
Igualdad ante la Ley, .....	19
Igualdad ante la Justicia, .....	21
Igualdad de Opción a los Cargos Públicos, .....	23
Igualdad ante las Cargas Reales y Personales, .....	24
Igualdad como Garantía Individual, .....	30
Libertad de Conciencia, .....	32
Libertad Individual, .....	32
Libertad Civil, .....	32
Libertad Jurídica, .....	32
Libertad Natural, .....	34
Derecho de Asilo, .....	36
Libertad de Tránsito, Permanencia y Migración, .....	37
Libertad de Trabajo, .....	39
Libertad Religiosa, .....	41
Libertad de Cultos, .....	42
Libertad de Expresión del Pensamiento, .....	43
Libertad de Imprenta, .....	43
Libertad de Asociación, .....	45
Libertad de Reunión, .....	45

Argumentos a favor de la Representación,..... 106

Recursos Internacionales de la Responsabilidad del Estado,108

El Estado de Derecho,.....110

Los fines del Estado: Problemática,.....112

Bien Común y Bien Público.Bien Público y Bien Particular,.115

Elementos Formales y Elementos Materiales del Bien Públi-  
co,.....119

Elementos Formales,.....122

El Estado como medio y como fin, Personalismo y  
Transpersonalismo,.....125

Las Formas del Estado,.....128

Naturaleza Jurídica de las Federaciones y de las Confede-  
raciones,.....133

Naturaleza Jurídica,.....133

Organizaciones Internacionales,.....137

Nacimiento, Modificación y Desaparición del Estado,.....139

Extinción de los Estados,.....140

Modificación del Estado,.....142

Reconocimiento Internacional del Estado,.....143

Origen y Evolución Histórica del Regimen Constitucional,..146

CAPITULO II

ELEMENTOS, CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS GARANTIAS INDIVI-  
DUALES,.....149

CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES,.....149

Cuatro son los elementos que integran la Soberanía,.....154

Elementos, Concepto y Naturaleza de las Garantías Individuales,.....	159
Sujetos,.....	163
Sujeto Activo,.....	163
Sujeto Pasivo,.....	168
Objeto,.....	168
Fuentes de Derecho,.....	173
Concepto de Garantía,.....	174
Principio Constitucional que rige a las Garantías Individuales,.....	175
Origen Formal de las Garantías Individuales por lo que toca a su consagración por el Orden Jurídico Estatal,....	177
Clasificación de las Garantías Individuales,.....	179
Garantías Individuales,.....	183
Garantías Constitucionales,.....	183

## I N T R O D U C C I O N

### LA PERSONA HUMANA

Si analizamos detenida y mesuradamente la vida, los - actos, las aspiraciones, las inquietudes del hombre, podremos observar con facilidad que todo ello gira alrededor de un solo fin, de un solo propósito, tan constante como insaciable: superarse a sí mismo, obtener una permanente satisfacción subjetiva que tal vez brinde la felicidad anhelada.

Si se toma en consideración esta teleología inherente a la naturaleza humana, se puede explicar y hasta justificar cualquier actividad del hombre, quien en cada caso concreto, pretende conseguirla mediante la realización de los fines específicos que se ha propuesto y que se determinan, particularmente de acuerdo con una vasta serie de causas - concurrentes que no es pertinente mencionar.

Podemos decir, sin salirnos de la normalidad que los seres humanos, por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos, por más disímiles sus fines particulares, por más contrarias sus actitudes, coinciden en un punto fundamental: en una genérica aspiración de obtener su - felicidad, que se traduce en una situación subjetiva consciente de bienestar duradero, que no es otra cosa que una satisfacción íntima permanente.

Así para el egoísta, la felicidad estriba en procurarse a sí mismo los mayores beneficios posibles aún en per-

juicio de sus semejantes; para el altruista, para el filántropo, en cambio, la felicidad que se revela, repito, genérica y formalmente como una satisfacción vital subjetiva - de carácter durable, consistiría en hacer bien a sus congéneres, a su pueblo, a la sociedad de que forma parte.

Con toda intención señalo estos dos ejemplos, cuya materia la constituyen precisamente dos tipos opuestos de individuos para subrayar la circunstancia indubitable y apodíctica de que todo hombre tiene un fin supremo, al cual - están subordinados, normalmente, todos los demás fines concretos y sucesivos que se forje: conseguir su propia felicidad. Esta finalidad última del ser humano, esta teleología genérica del individuo, se revela en cada caso concreto mediante los propósitos privativos y particulares que - cada cual conciba y cuya pretendida consecución determina los actos exteriores del sujeto, que en su conjunto constituyen el desenvolvimiento de la personalidad humana.

Creo que todo hombre aspira a algo, que todo ser humano concibe determinados fines por realizar y que implican la manera de conseguir su felicidad particular; que normalmente es imposible siquiera representar a un individuo que no tenga aspiraciones, propósitos y anhelos hacia cuya verifi

ficación encauza sus esfuerzos vitales, subjetivos y objetivos. Por consiguiente, debe colegirse indubitablemente - que la Teleología de la vida del hombre normal es lo substancial a su propia índole y condiciones naturales.

Para Santo Tomás de Aquino, la finalidad que toda persona debe perseguir estriba en la consecución del bien, el cual es co.substancial a su naturaleza de ser racional. Se puede afirmar que el objetivo vital del hombre estriba en desenvolverse a sí mismo y a realizar su propia esencia, y por ende, en actuar conforme a la razón; de allí que se prescribe "obra de acuerdo con los dictados de tu naturaleza racional".

En efecto, se ha dicho que el hombre es persona en - cuanto que tiende a conseguir un valor, a objetivarlo en actos y sucesos concretos e individuales; de allí el concepto de personalidad resulta de la relación entre el hombre como ser real y biológico, esto es el vínculo finalista que el ser humano, como tal, entable con el                   o esfera valorativa o como diría el doctor Recasens Siches: "el criterio para determinar la personalidad es el constituir una instancia individual de valores, el ser la persona misma una concreta estructura de valor". El hombre es algo real, participante de las leyes de la realidad, pero al mismo tiempo

es distinto de todos los demás seres reales y pues tiene - una conexión metafísica con el mundo de los valores, está en comunicación con su idealidad.

### LA NOCION JURIDICA DE LA PERSONA HUMANA Y LOS DERECHOS DEL HOMBRE

La personalidad es el ser mismo del hombre, porque el supuesto es quien propiamente "es". La persona se encuentra implantada en el ser para realizarse. Vivir es vivir con - las cosas, con los demás y con nosotros mismos en cuanto vivientes.

La vida es misión, porque la existencia le está enviada al hombre; éste recibe la existencia como algo impuesto a él. Está atado a la vida, pero esto no significa estar a-tado por la vida. La vida es lo más nuestro, puesto que nos hace ser, pero es lo más otro, puesto que nos hace ser, o - sea, el hombre al existir no sólo se encuentra con cosas - que hay y con las que tiene que hacerse, sino que se encuentra con que hay que hacerse y ha de estar haciéndose; además de cosas, hay también lo que hace que haya.

Esto significa la imposibilidad de que el hombre pueda no ser persona en sentido jurídico; pero la personalidad jurídica no es un concepto contingente, sino necesario; se es

libre de determinar quién es persona en sentido jurídico, pero la existencia de tal personalidad jurídica no depende ni de la libertad ni del arbitrio.

La personalidad jurídica pertenece esencialmente a la persona humana, pero por ser una categoría de la vida social es una realidad normativa y en cuanto a normativa es realidad "construida". Personalidad jurídica es la persona humana en cuanto está en situaciones jurídicas o sea en cuanto es persona "social" bajo cuya condición puede estar en situaciones jurídicas que son situaciones sociales. Por el hecho de estar instalada en sociedad, la persona se encuentra en situaciones distintas, pero también ella se busca sus propias situaciones, se las crea. Estar instalado en situaciones e instalarse en situaciones son las dos notas ontológicas fundamentales de la personalidad.

A la primera dimensión corresponden fundamentalmente los deberes; a la segunda, las facultades, los derechos - subjetivos, aunque también a aquélla corresponden ciertas facultades y en ésta pueden contraerse obligaciones.

Y por eso la esencia de la personalidad jurídica es la libertad jurídica, pues, si en primer aspecto la libertad es la condición del deber, en cuanto a su incumplimiento acarrea sanción, en el segundo es la condición de lo fa

cultativo, en cuanto implica negativamente la no prohibición y positivamente la posibilidad de hacer algo con eficacia jurídica y, ante todo, el crearse el mundo de situaciones en que instalar la propia personalidad.

Ahora bien, la intervención de la norma es decisiva - en cuanto a ella corresponde precisar lo propiamente jurídico dentro de lo social y recortar en sus límites estrictos el ámbito de la libertad metafísica y existencial, definiendo las fronteras del auto señorío. De qué actos es - señora la persona hablando en términos jurídicos? ¿Cuáles son los actos imputados a la persona humana en cuanto ser social como siendo efectivamente suyos y dotados por tanto de una consecuencia jurídica, positiva o negativa, de reconocimiento o de prohibición de un impedimento? Allí es donde interviene la norma, definiendo en cada caso la personalidad jurídica del sujeto. La persona humana, que genéricamente tiene personalidad o subjetividad jurídica es, según los casos "infractor" de una norma sujeto de Derecho, "órgano" del estado de una persona jurídica colectiva o bien carece de personalidad para tal orden de relaciones. De suerte que la persona en sentido jurídico existe puesto que - ciertos actos de la persona humana son imputados como suyos por el Derecho Objetivo y producen una consecuencia ju

rídica, mientras que la situación de la persona en tanto - que órgano lo transforma en una "Estación de Tránsito", de la imputación jurídica, lo que quiere decir que los actos que realiza no le son reconocidos y atribuidos como suyos, no producen consecuencia para ella, sino que son imputados a una unidad real (caso de la representación) o idea (persona general) que está "más allá". Pero el substracto necesario de esta cualidad jurídica es una persona humana en cuanto posee una dimensión social.

#### LA LIBERTAD HUMANA

Uno de los factores indispensables, sine quanon, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y verificando su felicidad, es precisamente la LIBERTAD, concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escoger los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposibles o impracticables los conductos necesarios para la actualización de la teología humana.

Al hacer hincapié en circunstancias de que la persona tiende siempre a realizar su propia finalidad, que por lo general se traduce en el anhelo de operar valores subjetivamente u objetivamente según el caso.

Ahora bien, la calidad y cualidad de los fines particulares de cada quien deben estar de acuerdo con la idiosincrasia y el temperamento específico de cada cual.

Las anteriores afirmaciones se robustecen con la estimación Kantiana acerca de ésta en la que se le aprecia como un "auto fin", esto es que el hombre constituye un fin de sí mismo y no un mero medio para realizar otro propósito que se supone impuesto. En consecuencia, lo estimable de la libertad estriba en el orden de los medios y los fines, esto es de la voluntad misma.

Pero cuando una voluntad determinada obliga a la persona a un objeto limitado por dulces que los lazos sean, el sujeto del querer está en tránsito de no ser persona, de no ser libre, ya sea que la elección de fines le está vedada al convertirse en mera cosa condicionada en esclavitud.

De todo lo asentado con anterioridad se desprende que la libertad de elección de fines vitales es una mera consecuencia no sólo lógica y natural del concepto de la personalidad humana, sino un factor necesario e imprescindible de su desenvolvimiento. Por eso Kant dice: "Personalidad es libertad e independencia del mecanismo de toda naturaleza" y el autor Fichte se ha expresado: "Mi ser es mi querer, es mi libertad; sólo en mi determinación general soy dado a mí mismo como determinado".

Entonces, la personalidad es "autonomía", pues tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo se formulan sus propias que regulan su actividad externa, dirigida a la cristalización de sus fines y su conducta respectiva es normada por disposiciones, reglas o ideas que ella misma se crea o forja o como dice el Dr. Recasens Siches, - "la vida que tiene que hacerse, tiene que hacérsela el yo de cada uno de nosotros, y su estructura es futurición, es decir, en cada momento lo que se va a hacer en el momento siguiente, es la libertad. Pero una libertad no abstracta, como absoluta e ilimitada en determinación. Sino libertad encajada en una circunstancia, entre cuyas posibilidades concretas tiene que optar".

Doctrina de Hans Kelsen. Para el gran maestro de la Teoría Pura del Derecho, la adhesión o la polémica, en los años veinte, y que de nuevo sale a la luz del día tras varios años de silenciación u olvido, la libertad constituye el supuesto básico de la Ciencia Jurídica ¿Qué Libertad?. Se trata, por supuesto, de la libertad del hombre, pero no de la llamada verdad metafísica o libertad existencial, que para Kelsen no tiene sentido; ni menos de la libertad de la voluntad en la concepción indeterminista, que Kelsen sigue rechazando como incompatible con una noción científica del hombre. Se trata únicamente de la Libertad Etico Jurídica,

que representa una construcción, una libertad que no representa una construcción, una libertad que no representa un a tentado contra el determinismo causal, porque se centra en torno al concepto de imputación, "yo no soy un determinista en el sentido usual de esta palabra". Cuando se dice que el hombre es jurídicamente libre de hacer u omitir alguna cosa, porque esta acción u omisión no está jurídicamente prohibida, el ser libre jurídicamente significa tan sólo no estar jurídicamente vinculado. Esa libertad jurídica no tiene que ver lo más mínimo con la libertad ética a la que se refiere Cossio, la libertad del conocimiento ético no puede ser más que indeterminación causal.

#### DISTINTAS CLASES DE LIBERTADES

El Título Décimo de la Constitución Política de El Salvador vigente, trata sobre el REGIMEN DE DERECHOS INDIVIDUALES. Documentos Históricos de la Constitución Política de - 1950."El proyecto reconoce todos los Derechos de la Constitución de 1886 trata bajo el rubro de Derechos y Garantías. Es difícil la clasificación de estos derechos fundamentales, porque no hay nada que sea absoluta y exclusivamente al individuo. Sin embargo, en términos generales consideramos en este título aquellos preceptos que contemplan la persona -

principalmente, sin consideración fundamental a su calidad de miembro de asociaciones, clases o grupos. La ordenación desde el punto de vista lógico es difícil. Pero desde el punto de vista histórico se allana un poco. En general, los derechos individuales son los que obtuvieron universalidad a partir de la Revolución Francesa. Los derechos con que se quiso aminorar las injusticias de la libre empresa y del desamparo del individuo, forman el grupo de los Derechos Sociales. Las denominaciones, si se atiende a la significación estricta de las palabras, son un tanto impropias, pero no hay en uso otras más precisas.

El rubro de este título indica que el carácter de derechos naturales que sostuvieron los teorizantes de hace más de un siglo para las facultades fundamentales del individuo, ha desaparecido".

Art.150 de la Constitución Política:

"Todos los hombres son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no se podrá establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios".

El artículo está consagrado a la igualdad. Los artículos 13 y 14 del anteproyecto quedan englobados en el artículo

lo anterior. El rechazo de empleos y privilegios hereditarios, una de las consecuencias de la igualdad, figura como segundo inciso. No se traslada el bello precepto del anteproyecto sobre que los hombres, "están obligados como seres dignos racionales y conscientes, a obrar con espíritu de fraternidad", porque no se cree propio de la ley.

El anteproyecto indica que no habrá restricciones en los Derechos Civiles; que se basen en diferencia de raza o color. Este último caso se suprime, porque se estima comprendido en el de la raza.

La enumeración que hace el inciso primero es puramente demostrativo y no excluye otros casos. La regla es que no puede haber restricción por motivo alguno en cuanto al goce de los Derechos Civiles.

Este mismo proyecto hace algunas excepciones a la regla general aquí consagrada en el Título del Regimen Económico. En efecto, la propiedad rural queda para los extranjeros limitada por la reciprocidad.

Art.141 de la Constitución Política:

"La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales.

Las compañías extranjeras y las salvadoreñas a que alude el inciso segundo del Art.17 de esta Constitución, es tarán sujetas a esta regla".

Y en cuanto al pequeño comercio y a la pequeña industria quedan reservados a salvadoreños hijos de padre o madre salvadoreños.

Art.12 de la Constitución Política:

"Son salvadoreños por nacimiento:

- 1o.- Los nacidos en el territorio de El Salvador, hijos de padre o madre salvadoreño, u originario de alguna de las Repúblicas de Centro América, o de padres desconocidos;
- 2o.- Los hijos de padre o madre salvadoreño, nacidos en el extranjero;
- 3o.- Los descendientes de hijos de extranjeros nacidos en El Salvador, que dentro del año siguiente a su mayoría de edad no opten por la nacionalidad de sus padres; y
- 4o.- Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante la autoridad competente su voluntad de ser salvadoreños.

Art.146 de la Constitución Política:

"El Comercio y la industria en pequeño son patrimonio

de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. Su protección será objeto de una ley".

La igualdad jurídica consiste en que todos los hombres en El Salvador son iguales ante la ley, aún cuando entre ellos existan diferencias naturales o accidentales. Como consecuencia, para el goce, o sea el ejercicio de los derechos civiles, no se podrán establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

Como consecuencia también de la igualdad jurídica, todos los hombres que reúnan las condiciones que exija la ley, son aptos para el ejercicio de los cargos públicos y no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.

De conformidad al derecho de igualdad jurídica, todos los hombres son tratados o deben ser tratados por la ley, en igual forma, cuando están en igualdad de circunstancias.

Actualmente, el concepto de igualdad ha sufrido interesantes variaciones. Como dice Hessen, el criterio clásico de concebir la igualdad era puramente negativo (fuera de estar restringido a lo político); en cambio, la igualdad de nuestros días supone "oportunidades iguales para todo el mundo", con lo cual el Estado debe intervenir para asegurar efectivamente la igualdad que reconoce y asegura. En

este sentido el Art.150 de la Constitución Política sintetiza las doctrinas que restablece: Todos los hombres son iguales ante la Ley. Para el goce de los derechos civiles no se podrá establecer restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país. Como vemos, se vuelve a un concepto general de libertad e igualdad. La libertad y la igualdad política se transforman en libertad e igualdad jurídica y social, especialmente económica.

Está claro, pues, que una exigencia general indiscriminada de que todos sean tratados de igual manera, sólo significa que el trato acordado a cada persona debe seguir reglas generales. Si tal exigencia está autorizada por el derecho, se toma una cuestión de interpretación determinar si debe hacerse caso omiso de ella, como una formulación meramente ideológica, jurídicamente vacía o si es posible acordarle significado específico en base a un fundamento histórico. Si tal exigencia aparece en la Doctrina, es tarea de la crí

tica demostrar su vacuidad y averiguar qué se ha querido, posiblemente decir con ella.

La situación es distinta si la exigencia recibe un contenido especial, por ejemplo, igualdad no obstante las diferencias de sexo o raza. Tal exigencia tiene un significado. Prohíbe que las leyes que rigen el estatus jurídico de una persona empleen criterios determinados por el sexo o la raza de ella. En este caso, según las circun<sup>o</sup>stancias, pueden surgir problemas de interpretación referentes al exacto alcance de la prohibición; ejemplos que pueden ilustrar:

A) Algunas Constituciones expresan en forma específica que todos los ciudadanos son iguales ante la ley como la - nuestra. Tales cláusulas parecen estar desprovistas de significado específico. Pareciera que sólo pueden significar una de estas dos cosas: 1o.) que la ley, según su contenido, debe aplicarse sin consideración a las personas; ello va de suyo y se encuentra ya en el concepto de norma; 2o.) que la ley no debe basarse en distinciones o características que sean consideradas "irrelevantes" o "injustas". Pero tal prohibición de leyes "injustas" no tienen significado preciso, puesto que "injusticia" en este contexto, es la expresión de un prejuicio emocional que no puede ser definida mediante criterios objetivos.

Si la exigencia de igualdad es calificada mediante una referencia a criterios definidos que no pueden ser usados para introducir discriminaciones, entonces, por el contrario, la cláusula tiene un significado tangible. Excluye la presencia de tales criterios en la legislación ordinaria.

B) A veces se establece un principio abstracto de -- igualdad como una guía para la administración en el ejercicio de su discreción. En principio no contiene ninguna - norma material para el ejercicio de la discreción, sino que expresa únicamente una exigencia formal, a saber, que la de ci si ón sea hecha sobre la base de valoraciones y con si de ra ci o ne s generales, y no en forma caprichosa o arbitraria.

Se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características distintivas que están "bien fundadas", que son "razonables" o "justas" esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser reemplazada por una referencia a lo que se con si de ra "justo" según una opinión subjetiva y emocional. Tal "principio" no es un principio auténtico sino el abandono - de todo intento de análisis racional.

El concepto de igualdad se puede interpretar de diversas maneras o consecuencias que pueden aceptar al orden ju-

rídico. La primera de ellas tiene su origen en la determinación de si la idea de igualdad representa una realidad o una mera teoría. No puede llegarse a una conclusión sin distinguir entre el hombre considerado en sus condiciones naturales, como criatura humana y el hombre en relación a sus características como integrante de una sociedad organizada. En el primer sentido no puede decirse que exista una igualdad, aún cuando se dé una semejanza porque no todas las personas tienen el mismo grado de inteligencia, de fortalesa, de belleza, de iniciativa, de valor, etc. De esas diferencias se deriva una consideración distinta de los hombres frente a la ley, debiéndose tomar esta afirmación en el sentido de que mientras unos tienen plena capacidad para gobernar sus actos por sí mismos, otros en razón de la edad, de la deficiencia mental o de la enfermedad y hasta en ocasiones del sexo no tienen capacidad para actuar jurídica--mente, o la tienen disminuida.

Por eso se ha dicho que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales. Por eso en términos de derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y

las mismas posibilidades. Una consecuencia de esa igualdad ha sido la abolición de la esclavitud y la supresión, en muchas legislaciones ya que no desgraciadamente en todas, de los privilegios de nacimiento. Este sentido de igualdad se ha constituido un ideal logrado a través de muchos siglos y de muchas luchas, se está viendo contrariado en tiempos modernos por aquellas teorías racistas que quieren establecer discriminaciones por razones de raza, de color y aún de ideas religiosas o políticas.

En cuanto a la igualdad podría distinguirse entre igualdad política, igualdad jurídica, igualdad social e igualdad económica. Lo mismo que en el caso de la libertad, seguiremos una clasificación más conocida en general que reconoce tres categorías o grados: 1o.) Igualdad ante la ley; 2o.) - Igualdad ante la justicia, y 3o.) Igualdad ante los cargos públicos.

#### IGUALDAD ANTE LA LEY

Siguiendo el criterio individualista que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, las - Constituciones inspiradas en los principios liberales establecen Declaraciones de Derechos semejantes a la Francesa - de 1789 y, por consiguiente, consideraron la igualdad ante la ley en forma absoluta, como una aspiración constitucional.

La igualdad ante la ley no es propiamente un derecho, sino que es el reconocimiento que las Constituciones hacen de la igualdad de los hombres sustentada por los individualistas. Sin embargo, la esclavitud no fue abolida ni, existía el sufragio igual, y aún más, los hombres no eran realmente iguales ante el derecho.

Por esta razón, el principio de la igualdad ante la ley, desde un aspecto puramente político, tuvo que evolucionar. Hoy día se puede decir que los hombres no son iguales, pero que tienen derecho a la igualdad aunque para ello sea necesario establecer ciertos privilegios tal como lo hacen la nueva Legislación Social y la Constitución Política de nuestro país.

El concepto negativo de la igualdad ante la ley tuvo que ceder paso, lo mismo que en la libertad a la concepción positica que pretende para todos los individuos oportuni-des iguales para participar en la vida social y económica, según se ve en el Art.150 de la Constitución Política. En este mismo sentido el Título X Regimen de Derechos Individuales, ha venido a ratificar las Doctrinas de la Declaración Universal de los Derechos del hombre.

El Art.7 de dicha Declaración Universal de los Dere-chos del Hombre, dice: "todos son iguales ante la ley y -

tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

### IGUALDAD ANTE LA JUSTICIA

Este es otro aspecto interesante de la concepción clásica de la igualdad, que vino a llenar una sentida necesidad en la evolución del pensamiento jurídico.

En la época medieval, en los países más adelantados, había tribunales especiales para los diversos estamentos y la justicia la administraban los propios pares, los de la misma clase. Esta, a su vez había sido una conquista que se había obtenido al privar al monarca de la facultad de juzgar. Había que reaccionar en contra de los privilegios del regimen absoluto y se enunció el principio de que todos los hombres debían ser juzgados por los mismos tribunales con arreglo a las mismas leyes, en igualdad de circunstancias.

Esta es la igualdad ante los Tribunales y ante la Ley Penal. Ahora nos parece un principio inobjetable; pero el sistema de los fueros personales (Tribunales Militares, Eclesiásticos, de nobles), impedía el castigo de los delitos y se prestaba para toda clase de atropellos e injusticias.

En la actualidad existen numerosos Tribunales especiales; sin embargo, no se hace excepción al principio que estudiamos. Estos Tribunales especiales constituyen una garan-

tía para los litigantes, porque intervienen Jueces especializados en su materia y con ello es posible obtener una administración de justicia más eficaz y rápida; en relación con la materia de que conocen los Jueces y no con las personas que intervienen (fuero personal), como ocurría anteriormente. Tenemos ahora los Tribunales de lo Penal, de Menores, de lo Civil, de Trabajo, de Hacienda y Administrativos y otros. Ejemplos: 1)-Tribunal de apelaciones, de los Impuestos sobre la Renta y Vialidad; 2)- Tribunal de la Carrera Docente (depende del Ministerio de Educación); 3)-Cámaras de la Corte de Cuentas de la República de El Salvador; 4)- Tribunal de Servicio Civil; 5)-Tribunales Aduaneros. - Asimismo, se eleva a la categoría de norma superior el principio de la irrectroactividad de la ley penal, salvo en lo que fuere más favorable al reo.

Art.172 de la Constitución Política:

"Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

"La Ley no debe establecer sino las penas estrictamente necesarias y ninguno podrá ser castigado sino en virtud de la ley establecida y promulgada con anterioridad al delito igualmente aplicada".(Art.8o.de la Declaración Francesa de 1789).

Art.169 de la Constitución Política:

"Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y - por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

#### IGUALDAD DE OPCION A LOS CARGOS PUBLICOS

"Siendo todos los ciudadanos iguales ante la ley son - igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos según su capacidad, sin más distinción que la de sus virtudes y talentos".(Declaración de 1789 en el Art. 6o.).

Esta disposición resume el anhelo de cambiar una larga época de favoritismo y privilegios para proveer los empleos públicos.En nuestra historia conocemos el ejemplo de la administración colonial que impedía a los criollos el acceso a los cargos públicos de importancia, los que podrían ser - desempeñados únicamente por los españoles.

Esta igualdad tiende a borrar los privilegios y a asegurar a los ciudadanos el acceso a todos los cargos públicos, sean políticos o administrativos, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos por la ley o por la propia Constitución Política. Queda en pie, sin embargo, la exclusión de aquellos individuos que no han logrado alcanzar un grado elevado de instrucción, porque la tenden--

cia actual es de profesionalizar las labores administrativas; de manera que la igualdad es para los que poseen la respectiva especialidad.

Con el incremento de la intervención del Estado en las actividades nacionales los funcionarios públicos también han aumentado y el legislador ha tenido que reglamentar en forma orgánica los derechos de los ciudadanos para optar a los cargos correspondientes. A tanto se ha llegado en este aspecto que, algunas Constituciones establecen el llamado "PODER DE EXAMEN", al que se entrega la misión de ocuparse de los asuntos relativos al examen de los funcionarios públicos, nombramientos, antecedentes personales, hojas de servicio, escalafones y sueldos, promociones, estabilidad en los cargos, menciones honoríficas, recompensa, retiros y pensiones.

#### IGUALDAD ANTE LAS CARGAS REALES Y PERSONALES

Las primeras se llaman impuestos, contribuciones, derechos o tasas, y se cumplen en dinero o en especies. Las últimas se llaman también servicios.

Se ha querido hacer una distinción artificial entre los términos impuesto y contribución. Se dice que los primeros se imponen como su nombre lo indica y son obligatorios; estas últimas serían voluntarias y dependerían del -

arbitrio de los que contribuyen o ayudan. La verdad es que no existen diferencias entre esas cargas, pues ambas se establecen por la ley con carácter obligatorio.

Art.47 de la Constitución Política:

"Corresponde a la Asamblea Legislativa:

15o.-Decretar contribuciones o impuestos sobre toda clase de bienes e ingresos, en relación equitativa; y en caso de invasión, guerra legalmente declarada o calamidad pública, decretar empréstitos forzosos en la misma relación, si no bastaren las rentas públicas ordinarias;

16o.-Facultar al Poder Ejecutivo para que contrate empréstitos voluntarios, dentro o fuera de la República, cuando una grave y urgente necesidad lo demande, y para que garantice obligaciones contraídas por entidades estatales o municipales de interés público. Los compromisos contraídos de conformidad con esta disposición deberán ser sometidos al conocimiento del Poder Legislativo, el cual no podrá aprobarlos con menos de los dos tercios de votos de los Diputados electos.

El Decreto Legislativo en que se autorice la emisión o contratación de un empréstito deberá expresar claramente el fin a que se destinarán los fondos de éste, y, en general, todas las condiciones esenciales de la operación;"

Habla dicho artículo sobre los impuestos y lógicamente abarca el poder de justicia tributaria en relación equitativa a la íntima relación que tiene con el Art.119 de la Constitución Política que trata situaciones referente a impuestos.

Art.119 de la Constitución Política:

"No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público.

Los templos y sus dependencias estarán exentos de impuestos sobre inmuebles".

El inciso segundo se refiere a la exención de impuestos y con íntima relación del Art.122, numeral 3o.

Art.122 de la Constitución Política:

"En el Presupuesto se autorizará la deuda flotante en que el Gobierno podrá incurrir, durante cada año, para remediar deficiencias temporales de ingresos".

Referente a los empréstitos forzosos lo trata el inciso al cual nos hemos referido con íntima relación del Art. 125, numeral 3o.

"Art.125 de la Constitución Política:

"Sólo podrán comprometerse fondos de ejercicios futuros con autorización legislativa, para obras de interés público o administrativo, o para la consolidación o conver-

sión de la deuda pública. Con tales finalidades podrá votarse un presupuesto extraordinario".

La igualdad en materia de impuestos ha ido variando para llegar a una aparente desigualdad que, no obstante, tiende a nivelar la contribución de los que poseen más con la de los que tienen menos. Esta variación ha sido del impuesto proporcional al progresivo. Se dice que un impuesto es proporcional cuando la tasa es constante.

Cargas personales son aquellas que consisten en la - prestación de servicios personales, sea para fines militares o civiles.

Art.113 de la Constitución Política:

"El servicio militar es obligatorio para todos los salvadoreños comprendidos entre los dieciocho y los treinta - años de edad.

En caso de guerra, son soldados todos los salvadoreños de dieciocho a sesenta años de edad, y agotada esa clase, todos los salvadoreños capaces de prestar servicio militar. La fuerza permanente del Ejército será fijada anualmente por la Asamblea. En ningún caso será inferior a tres mil hombres".

Art.182 de la Constitución Política:

"6o.-La jornada ordinaria de trabajo efectivo diurno no excederá de ocho horas, y la semana laboral de cuarenta y cuatro horas.

El máximo de horas extraordinarias para cada clase de trabajo será determinado por la ley.

La jornada nocturna y la que se cumpla en tareas peligrosas o insalubres, será inferior a la diurna y estará reglamentada por la ley.

La limitación de la jornada no se aplicará en casos de fuerza mayor.

La ley determinará la extensión de las pausas que habrán de interrumpir la jornada cuando, atendiendo a causas biológicas, el ritmo de las tareas así lo exija, y las que deberán mediar entre dos jornadas.

Las horas extraordinarias y el trabajo nocturno serán ~ remunerados con recargo;"

"Art.169 del Código de Trabajo:

"Todo trabajo verificado con exceso de la jornada ordinaria, será remunerado con un recargo consistene en el ciento por ciento del salario básico por hora, hasta el límite legal.

Los trabajos que por fuerza mayor, como en caso de incendio, terremoto y otros semejantes, tuvieren que realizarse excediendo a la jornada ordinaria, se remunerarán solamente con salario básico".

Jurídicamente la igualdad es una circunstancia que se traduce en el hecho de que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho Estado. En otras palabras, la igualdad, desde un punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas numéricamente indeterminadas adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran.

La igualdad, está, pues, demarcada por una situación determinada; por ende, puede decirse que dicho fenómeno sólo tiene lugar en relación y en vista de un Estado particular indefinido.

Ahora bien, el individuo, como persona jurídica es susceptible de ser estimado por el orden de derecho bajo diferentes aspectos. Estas distintas maneras de estimación del sujeto por el Derecho se constatan por una multitud de factores imputables o relaciones de diversa índole. Así, una persona, que entabla con otra una relación jurídica en virtud de la cual la energía de esta última está bajo la dirección y dependencia de la primera a cambio de una retribución de-

terminada será considerada como patrón en esta situación - especial. Por otra parte esta misma persona, reputada como propietaria o poseedora jurídica de determinados bienes in muebles, es susceptible de ser causante del impuesto predial respectivo que paga al Estado.

Podemos afirmar, en consecuencia, que la persona jurídica en su aspecto integral y completo de Derecho se revela como susceptible de colocarse en tantas situaciones jurídicas determinadas como relaciones o actos que pueda entablar o cometer. Pues bien, al imponer un ordenamiento los mismos derechos y las mismas obligaciones a cualquier persona colo cada en una determinada situación jurídica por él regulada, que los establece para otros sujetos que en ésta se hallen; surge el fenómeno de igualdad legal. Esta se traduce, por ende, en la imputación que la norma de derecho hace a toda persona de los derechos y obligaciones que son inherentes a una situación determinada en que ésta pueda encontrarse.

#### IGUALDAD COMO GARANTIA INDIVIDUAL

CONCEPTO: Hemos dicho que la igualdad sólo debe tener lugar como relación comparativa, entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma y determinada situación jurídica, la cual se constata por el orden de Derecho mediante - los diversos cuerpos legislativos, atendiendo a factores -

y circunstancias de diferente índole: económicos, sociales, propiamente jurídicos, etc.

La igualdad jurídica como garantía individual está integrada por la propia personalidad humana en su aspecto universal abstracto, en el sentido de descartar toda diferencia entre grupos humanos e individuos desde el punto de vista de la raza, nacionalidad, religión, posición económica. El concepto jurídico de igualdad como contenido de una garantía individual se traduce pues, en un elemento eminentemente negativo: la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales, provenientes de factor alguno. La igualdad como garantía individual es, por ende, un elemento substancial al sujeto en su situación de persona humana frente a sus semejantes todos, independientemente de las condiciones jurídicas parciales y particulares que aquél pudiese reunir. En conclusión, podemos decir que la igualdad como garantía individual traducida en esta situación de negación de toda diferencia entre los hombres, proveniente de circunstancias y atributos originarios emanados de la propia personalidad humana particular (raza, religión, nacionalidad, etc.), es el fundamento de la igualdad jurídica que opera en cada una de las posiciones de los distintos ordenamientos legales.

Art.151 de la Constitución Política:

"Todo hombre es libre en la República, no será esclavo

el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos. Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ningún otro acto que menoscabe la dignidad de la persona".

a) LIBERTAD DE CONCIENCIA.

b) LIBERTAD INDIVIDUAL.- Cabe dentro del artículo antes mencionado, ya que consiste en el derecho de no verse uno privado de la libertad de su persona, excepto en los casos y según las formas determinadas por la ley.

c) También cabe la LIBERTAD CIVIL, ya que es la facultad de hacer todo lo que no es contrario a las leyes.

La abolición de la esclavitud viene de los albores de la Independencia. Muchos autores consideran que en el estado actual del Derecho, es superfluo declarar la abolición de la esclavitud. El precepto se mantiene como disposición tradicional de nuestro Derecho, ya que Centro América fué de los primeros pueblos en abolir la esclavitud.

d) LIBERTAD JURIDICA. Todo hombre es libre en la República, expresa el artículo citado. La libertad del hombre o libertad individual, genéricamente considerada, consiste en la facultad innata de la persona de poder escoger de conformidad a su voluntad. Voluntad es la facultad de querer algo concreto.

El hombre en la sociedad jurídicamente organizada en Estado, no es ni puede ser absolutamente libre, o sea que aunque de hecho tenga libertad material, la Constitución lo que garantiza es la libertad jurídica.

La libertad material consiste en que el hombre puede hacer todo aquello que su voluntad quiera, lícito o ilícito, desde dar una limosna hasta meter a otro hombre.

La libertad jurídica consiste en poder hacer aquello que lícitamente nos es permitido o todo aquello que la ley no prohíbe. Por ello, el Artículo 152 de la Constitución Política agrega que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe".

La libertad jurídica consagrada por la Constitución es un signo de garantía que se da a cada persona, porque sólo reconociendo la libertad jurídica garantizará a esta persona su misma libertad, su vida y todos los bienes materiales y morales de los que él legítimamente goza.

Como consecuencia inmediata de la libertad jurídica que se da a todo hombre, el primer artículo citado agrega dos cosas, a saber: a) que no será esclavo el que entre a su territorio (el de la República) ni ciudadano el que trafique con esclavos; y b) que nadie puede ser sometido a servidum-

bre ni a ninguna otra condición con la que se menoscabe la dignidad de la persona.

Estos tres últimos preceptos constitucionales, son una consecuencia de la libertad jurídica.

La libertad no tiene precio, expresión con que se pondera cuando es querida y cuán bien se está con ella. Es el caso poner a uno en libertad es devolverle su libertad de acción, sacarle de la prisión o del cautiverio. Por eso Justiniano define la libertad como la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo que se lo impida la fuerza o el derecho. Se traduce que acerca de las personas se pueden dividir en libres y esclavos, como también se puede decir de lo anterior que lo opuesto al estado de libertad es la esclavitud.

Art.152 de la Constitución Política:

"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe".

Cabe mencionar que dentro de este artículo podríamos hablar de la LIBERTAD NATURAL, ya que es el poder de que se halla revestido naturalmente el hombre para emplear sus facultades en la ejecución de aquello que le parezca más útil o agradable. Este precepto figura en muchas Constituciones. Define la situación del individuo dentro del ordenamiento jurídico.

Art.153 de la Constitución Política:

"El Salvador concede asilo al extranjero que quiera - residir en su territorio excepto en los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional.No podrá incluirse en los casos de excepción a quien sea perseguido solamente por razones políticas.

La extradición no podrá estipularse respecto de nacionales en ningún caso, ni respecto de extranjeros por delitos políticos aunque por consecuencia de éstos resultaren delitos comunes".

En este artículo cabría la LIBERTAD DE ASILO.

Este artículo consagra, con variantes de redacción el concepto análogo de 1886.

Art.89 de la Constitución Política:

"Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

5a.-Conocer de las causas de presas, y de aquellas que no estén reservadas a otra autoridad; ordenar el curso de los suplicatorios que se libren para practicar diligencias fuera de la República y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados vigentes; y conceder la extradición conforme a la ley;"

## DERECHO DE ASILO

Vale la pena aclarar previamente que el llamado Derecho de Asilo, viene a constituir, más bien, en el momento actual, un derecho de los Estados a otorgarlo, no de los individuos a reclamarlo. Ello no obsta a la afirmación de que el individuo es libre de buscar asilo.

Hecho este breve preámbulo, pasamos a considerar que el Derecho de Asilo, tan desarrollado en América Latina y conocido en varios pueblos antiguos, tiene antecedentes primero en la Biblia y luego en la antigua Grecia, donde se consideraba un crimen capturar una persona o apoderarse de una cosa puesta bajo la protección de una divinidad en un templo o altar. Así fueron consagrados como asilo para los perseguidos cierto número de templos, en cuyo recinto el fugitivo se consideraba seguro.

Cuando los romanos conquistaron los territorios griegos no suprimieron el Derecho de Asilo, pero lo restringieron considerablemente, aunque el principio del asilo se impuso en la misma Roma donde las estatuas de los emperadores, las águilas de las legiones, etc. fueron refugio en el que buscaban protección delincuentes, esclavos maltratados por sus amos. El Cristianismo tomó de Roma el concepto de

asilo y lo practicó en las iglesias, conventos y cementerios, tan es así que se le llamó el sitio de refugio para los delincuentes, otros lo traducían como establecimiento de beneficencia en que se recogen menesterosos y también con un significado de protección y amparo. En algunos países como España, gozaron también de derecho de asilo las Universidades. Actualmente ese tipo de asilo ha desaparecido y está reservado en el Derecho Internacional Público para la posibilidad de que únicamente los delincuentes políticos se refugien en los locales de las representaciones diplomáticas de otros países que lo admitan y de los cuales no pueden ser sacados sin consentimiento del representante diplomático. Es una consecuencia de la discutida ficción de extraterritorialidad diplomática. Dícese también con referencia a los delincuentes políticos que huyen del Estado.

#### LIBERTAD DE TRANSITO, PERMANENCIA Y MIGRACION.

Es el Art.154 comprendido también en el mismo Título mencionado, el que garantiza que toda persona tiene libertad de entrar, permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que establecen la Ley de Migración y algunas leyes secundarias.

Art.154 de la Constitución Política:

"Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca.

Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial. En los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale.

No se podrá expatriar a ningún salvadoreño, ni prohibírsele la entrada en el territorio de la República, ni negársele pasaporte para su regreso u otros documentos de identificación".

El cambio de domicilio obligado, da origen a lo que se llama el confinamiento, o sea, obligar a una persona a vivir en determinado lugar, esto equivaldría casi a una especie de encarcelamiento, injustificado ante el principio ya consagrado de la libertad jurídica individual.

Sin embargo, la misma Constitución establece no sólo los casos de encarcelamiento como pena por delito cometido, sino que también por razones de defensa social, determina que podrán ser sometidos a medidas de seguridad los sujetos que por su actividad antisocial, moral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan un riesgo para todos. Esto es lo que se llama "peligrosidad". En estos casos la Ley de Es

tado Peligroso faculta a los Jueces de Peligrosidad, que son los mismos Jueces de lo Penal, para decretar una especie de temporal de confinamiento mediante el cual se obliga al peligroso a residir en un lugar determinado por el tiempo que acuerde el Juez. (Art.7, letra "B" No.2o. de la Ley de Estado Peligroso."

#### LIBERTAD DE TRABAJO

Art.155 de la Constitución Política:

"Nadie puede ser obligado a prestar trabajos o servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás determinados por la ley.

Art.156 de la Constitución Política:

"La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad del hombre. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro".

Esta disposición viene a ser una limitación a la libertad de contratación que en el sentido de que por ningún motivo se pueda pactar la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad del hombre. Un caso de ello serían aquellas situaciones las cuales un sistema verdaderamente cuando fue

ra necesario en cualquier negociación que fuere en la tortura sino que la libertad podría ser el mantener al hombre como persona, que es lo que digno al principio de mi tesis. En igual circunstancia está quien pacta una forma irrevocable de la pérdida de la dignidad del hombre, si es que se quiere hacer, haciéndose a mi modo de ver también imposible sea temporalmente la dignidad de esa persona; mantener en esa vida que viene de Dios. En igual plano está quien pactara en una forma irrevocable la pérdida de su dignidad de hombre.

Respecto al artículo al cual me estoy refiriendo quiero explicar que en las épocas turbulentas de nuestra historia dentro de los casos y motivos políticos que han existido y sentenciado en el país, estoy determinando que el ciudadano honesto, honrado y decente tiene que tener una gracia especial, los cuales han sido de que toda la vida se ha creído que han pactado a los condenados no siendo así sino que a cambio de la vida de una persona humana, como lo expreso al inicio de mi tesis aceptaría de cualquier atributo humano y de cualquier razón que se pudiera expresar aceptar algo que en mi vida es algo que nunca lo quiero desear pero se llama el destierro.

Creo, sin embargo, que todas las prohibiciones que se estipulan y han sido hechas para dejar meridianamente claro al respecto que el Regimen Democrático Salvadoreño.

Art.157 de la Constitución Política:

"Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas.

No se podrá hacer en ninguna forma propaganda política por clérigos o seculares, invocando motivos religiosos o valiéndose de las creencias religiosas del pueblo. En los templos, con ocasión de actos de culto o propaganda religiosa, tampoco se podrá hacer crítica de las leyes del Estado, de su Gobierno o de los funcionarios públicos en particular".

#### LIBERTAD RELIGIOSA

Consiste en la facultad o libre derecho que tiene toda persona de practicar los principios de su propia religión, siempre que con estas prácticas no se atente <sup>†</sup>contra la moral y el orden público.

Este derecho, como todos los demás relativos a la libertad individual, no es absoluto.

Por el hecho de que antiguamente la Iglesia controlaba oficialmente el estado civil de las personas mediante el asiento de las respectivas partidas, al separarse las funciones eclesiásticas o religiosas de las puramente estatales, se ha estimado que ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil, siendo esto una limitación a la libertad religiosa.

#### LIBERTAD DE CULTOS

Consiste en el derecho de practicar públicamente los actos de la religión que cada uno profesa.

Art.158 de la Constitución Política:

"Toda persona puede libremente expresar y difundir sus pensamientos siempre que no lesione la moral ni la vida privada de las personas. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.

Queda prohibida la propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia.

En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio material destinado a la difusión del pensamiento.

Los espectáculos públicos podían ser sometidos a censura conforme a la ley".

#### LIBERTAD DE EXPRESION DEL PENSAMIENTO

Consiste en una sociedad progresiva como la de El Salvador. Escribe el filósofo Dupont: que por muy grande que sea la acción del gobierno, hay una cosa que es siempre derecho exclusivo del individuo: cual es el pensamiento.

Es así que el Estado podrá intervenir en aquellos actos materiales y aún en aquellas relaciones de que puedan surgir conflictos, pero como los hombres pueden dañarse tanto con la libertad de hablar como con la de obrar, sería una intrusión injusta la intervención del Estado en la región de las ideas. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre y que todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente; salvo la responsabilidad del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

#### LIBERTAD DE IMPRENTA

Consiste en la facultad de imprimir cuanto se quiera sin previa censura, pero con sujeción a las leyes.

Art.159 de la Constitución Política:

"La correspondencia de toda clase es inviolable; interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, - salvo en los casos de concurso y quiebra".

Aquí se refleja la libertad de correspondencia.

Art.160 de la Constitución Política:

"Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse y reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito.

Se prohíbe el establecimiento de congregaciones convtuales y toda especie de instituciones monásticas.

Asimismo se prohíbe el funcionamiento de organizaciones políticas internacionales o extranjeras, salvo las que persigan por vías democráticas, la unión centroamericana o la cooperación continental o universal a base de fraternidad".

La reunión es una agrupación, temporal o pasajera, de personas que no están ligadas por un vínculo común, aún - cuando tengan alguna finalidad individual momentánea para reunirse. Por ejemplo, las personas que asisten a un evento deportivo.

La asociación es una agrupación de carácter permanente, de personas que están unidas por un vínculo común y en

orden a determinado fin colectivo. Este vínculo de carácter permanente en orden a un determinado fin, existe mientras exista la sociedad. Por ejemplo un partido político, una organización cultural, una asociación de carácter benéfico, etc.

El fundamento de toda asociación radica en que el hombre muchas veces no puede conseguir un fin por sí solo, sino que solamente asociado de otros. Además, se parte de la base de que toda persona es un ser eminentemente sociable,

#### LIBERTAD DE ASOCIACION

Consiste en la facultad de reunirse libremente los ciudadanos para tratar de cualquier asunto.

#### LIBERTAD DE REUNION

Consiste en la facultad de organizar reuniones públicas y de tomar parte en ellas.

El contenido del primer inciso viene de 1886 íntegramente. El anteproyecto propone la prohibición de las Congregaciones sin ningún calificativo, o sea, todas. El proyecto siguiendo la Constitución de 1886, sólo prohíbe las Congregaciones Conventuales.

DERECHO DE CONSERVACION Y DEFENSA DE LA VIDA, EL HONOR Y LA  
DIGNIDAD

Art.163 de la Constitución Política:

"Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".

El Art.163 garantiza el derecho de ser protegido en la conservación y defensa de la vida, el honor y la dignidad, entendiéndose ésta como respeto a todo lo que integra la personalidad del hombre, o sea su libertad, trabajo, propiedad y posesión.

Casos en los cuales no hay tratados de reciprocidad - conforme al Derecho Internacional. Ejemplo: Entre los abundantes que existen tendríamos el caso de los países socialistas.

La forma de garantizar estos derechos es múltiple: a) sancionando a quien los vulnere, para lo cual se han establecido los respectivos delitos con sus correspondientes penas en el Código Penal; b) otorgando el derecho a la legítima defensa de la vida y de los demás derechos individuales, como el honor y la propiedad, lo cual se encuentra es-

tablecido en el Código Penal, excluyendo de responsabilidad criminal a quien haga uso del derecho de legítima defensa, y c) consagrando como principio constitucional en el Art. 164 de la Constitución Política, que ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio - con arreglo a las leyes. A esto se le llama el principio de legalidad.

#### LA LIBERTAD FISICA DE LA PERSONA

Se entiende por libertad física de la persona el derecho que todo hombre tiene a que no se le limite o constriña físicamente cuando hace uso de su libertad dentro de lo lícito.

Como consecuencia de lo anterior, puede afirmarse que tenemos derecho a disponer de nuestra persona sin sucesión a otro.

Si alguien (autoridad o persona particular) limita este derecho, la persona tiene entonces el derecho del Habeas Corpus ante la Corte Suprema de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia. Tal es lo que expresa el Art.164 (2o.inciso - de la Constitución).

El Habeas Corpus o exhibición personal es un recurso - mediante el cual la persona a quien se ha limitado o lesio-

nado el derecho a su libertad personal y física, recobra - éste por mandamiento u orden judicial del tribunal superior correspondiente.

Para desarrollar este principio consagrado en la Constitución, existe la ley secundaria denominada: Ley de Procedimientos Constitucionales, en donde está legislado todo lo relativo al Habeas Corpus.

La solicitud de Habeas Corpus o de exhibición personal, puede hacerse por el propio interesado o aún por tercera persona, por escrito, inclusive empleando la vía telegráfica, y en definitiva puede proceder el Tribunal de oficio.

El Tribunal competente (Corte o Cámara), decreta el auto de exhibición personal nombrando un delegado al que se denomina Juez Ejecutivo, para que éste intime a la autoridad o persona que se supone ha violado el derecho a la libertad física del quejoso y se le exhiba.

El Juez Ejecutor da cuenta al Tribunal de su gestión, y si en realidad ha comprobado la restricción a la libertad de la persona en forma ilegal, ordena de inmediato la libertad del favorecido. El Tribunal Superior conoce en grado y puede confirmar o no lo resuelto por el Juez Ejecutor, según fuere de derecho.

Podríamos decir también que el Habeas Corpus es el derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer in-

mediata y públicamente ante Juez o Tribunal para que oyéndole, resuelva si su arresto fue o no legal y si debe alzarse o mantenerse.

Los abusos del poder y de los señores, que retenían - en prisión por largo tiempo a las personas sin causa suficiente o demoraban el ventilar judicialmente el asunto, procedimiento empleado con frecuencia para privar al pueblo de sus caudillos, fueron causa de que, desde antiguo, se admitiese el acudir al Tribunal Supremo para que éste expidiese un mandamiento (que no puede negar), a fin de que la persona que tuviera detenida o en custodia a un salvadoreño, lo condujera a la presencia del Juez a fin de que éste, examinando el asunto absolviese y pusiera en libertad al detenido u ordenara que continuase en detención. Tal mandamiento se llamó de Habeas Corpus, porque la fórmula principal del mismo se expresaba con las palabras Habeas Corpus ad subji-  
ciendum.

Para terminar con esto se dictó una ley, la cual ordenó que en favor del detenido en tales casos se diese sin - dilación, excusa ni pretexto alguno, un mandamiento de Habeas Corpus para que el Juez examinase el asunto en el tér-  
mino de 3 días o sea 72 horas después de requerido.

Art.164 de la Constitución Política:

"Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su

libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

Toda persona tiene derecho al Habeas Corpus ante la Corte Suprema de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad".

Cualquier otro en su nombre puede pedir a la Corte Suprema de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia, al Tribunal correspondiente un mandamiento de Habeas Corpus, el cual debe serle dado en vista de una copia de la orden de prisión o de juramento de que no se ha querido darla. El que se niege a dar tal copia dentro de un tiempo prudencial de haberla pedido, o traslade la custodia del preso incurre en una falta grave administrativamente y al mismo tiempo está haciendo mal uso del cargo que desempeña en ese momento. Presentando el mandamiento al funcionario o persona que tenga en su custodia al preso, debe conducir éste ante el Juez o Tribunal dentro de un número de días proporcional a la distancia presentándolo juntamente con el mandamiento de prisión y haciendo conocer el motivo de ésta. El Juez decidirá en el término de 72 horas o 3 días bien la libertad o bien la continuación de la prisión si ésta -

se funda en causa legal por la que no pueda ser puesto en libertad. Ninguna persona puesta en libertad en virtud del Habeas Corpus puede ser presa de nuevo por la misma causa.

Art.47 de la Constitución Política:

"Corresponde a la Asamblea Legislativa:

27o.-Suspende y restablece las garantías constitucionales de acuerdo con el Art.175 de esta Constitución, en votación nominal y pública, con los dos tercios de votos, por lo menos, de los representantes electos;"

Art.78 de la Constitución Política:

"Corresponde al Poder Ejecutivo:

17o.-Suspende y restablece, en Consejo de Ministros, las garantías constitucionales a que se refiere el Art.175 de esta Constitución, si la Asamblea estuviere en receso. En el primer caso dará cuenta inmediatamente a la Comisión Permanente de la Asamblea, de las causas que motivaron tal medida y de los actos que haya ejecutado en relación con ésta;"

Por otra parte el Art.137 incluido en el Título relativo al Regimen Económico, expresa que se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social, reconociéndose asimismo la propiedad intelectual y artística.

La propiedad o dominio es el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario.

A su vez la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor o dueño, ya sea que el dueño tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar del dueño y a nombre de él.

Las limitaciones al derecho de propiedad a las que se refiere el concepto anterior, son: a) la función social que la misma Constitución impone al derecho de propiedad en el Art.137.

Art.137 de la Constitución Política:

"Se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social.

Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley.

El subsuelo pertenece al Estado, el cual podrá otorgar concesiones para su explotación".

a) La expropiación contemplada en el Art.138 de la Constitución Política por causas de utilidad pública o de interés social; b) las servidumbres que se encuentran tra

tadas en el Código Civil, y c) el subsuelo, que pertenece al Estado, aún cuando el suelo sea propiedad de una persona.

A su vez se garantiza el derecho de propiedad: a) al establecer la Constitución que nadie puede ser privado de la propiedad o posesión sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes (Art.164 que se comenta); b) al prohibir el allanamiento de la morada en el Art.165; c) al sancionar en el Código Penal toda clase de delitos - contra el patrimonio o propiedad.

Son delitos contra el patrimonio: el hurto, el robo, la estafa, el latrocinio, los daños, la usurpación, etc.

Art.174 de la Constitución Política:

"Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes.

Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles".

En este artículo se tipifica la LIBERTAD DE CONTRATACION. La Comisión agrega la LIBRE TESTAMENTIFACCION, esta-

blecida en nuestras leyes secundarias desde hace muchos años. Los demás preceptos vienen de 1886; excepto los referentes a la LIBERTAD DE CONTRATACION, que no figuraba explícitamente, aunque sí implícitamente en la Constitución de ese año. La LIBERTAD DE CONTRATACION no puede declararse en forma absoluta; por eso se establece la regla general y se deja a la ley secundaria la regulación que debe estar basada en el interés social.

Art.202 de la Constitución Política:

"Para ejercer la docencia se requiere acreditar capacidad en la forma que la ley disponga.

En todos los centros docentes públicos y privados, la enseñanza de la Historia, la Cívica y la Constitución debe rá ser impartida por profesores salvadoreños por nacimiento.

Se garantiza la libertad de cátedra."

Aquí opera en este artículo la LIBERTAD DE ENSEÑANZA que consiste en la facultad de hacer cualquier género de estudios sin necesidad de concurrir a los establecimientos oficiales y de revalidarlos luego por lo dispuesto por la ley.

Tenemos también la LIBERTAD POLITICA, cual es la democracia misma.

CAPITULO I

EL INDIVIDUO, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Expuse que el ser humano es el que crea sus propias - normas, que se resuelven en juicios lógicos; para poner en juego los medios tendientes a la cristalización de los fines que se proponga, por lo que se dice que la libertad humana, en los términos genéricos en que la hemos concebido, esto es, como facultad o posibilidad de forjación de fines y de escogitación de los medios idóneos respectivos, subjetivos y objetivos, es eminentemente autónoma, puesto que - ella misma crea sus propias reglas. Esto es, el panorama - que se nos presenta a la observancia aislada y singular de la persona.

Sin embargo, el hombre es un ser esencialmente social, o, como dijera Aristóteles: "un Zoon Polietikon", pues es imposible forjar siquiera su existencia fuera de la convivencia con sus semejantes.

La vida social del ser humano es siempre un constante contacto con los demás individuos miembros de la sociedad, equivaliendo, por tanto a relaciones de diversa índole, - sucesivas y de reaparición indeterminable. Ahora bien, para

que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden para evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales; en una palabra es menester que exista un derecho, concebido formalmente como un conjunto dispositivo. No carece pues, de validez del Estado o de la Sociedad; pero - nunca imposibilitar el ejercicio de esa facultad inherente a la personalidad humana: escogitación de fines vitales y de medios para realizarlos.

Así la libertad jurídica es la adecuación de los medios jurídicos a los fines jurídicos.

Dicho de otra manera, existen dos realidades sociológicas incontrovertibles: la potestad libertaria de que cada sujeto es titular como factor indispensable para que consiga su finalidad vital y la necesaria restricción impuesta normativamente para el derecho, como consecuencia de la ineludible regulación de las relaciones sociales que cada miembro de la comunidad entabla con sus semejantes. En - otras palabras esas dos realidades suscitan el fenómeno de afrentación entre la autonomía de la persona humana, revelada en su capacidad neutral de forjar fines vitales y de

escogitar los medios para su realización y heteronomía o imperatividad del orden jurídico. En consecuencia: la causa final prístina del orden jurídico en una sociedad estriba en regular, como ya se dijo, las muy variadas relaciones - que se entablan en el seno de la convivencia humana.

Tal regulación se establece por modo imperativo; de - tal suerte que las normas de conducta que la constituyen rigen sobre o contra la voluntad de los sujetos a los cua- les se aplica. Sin embargo, desde un punto de vista deonto- lógico, la capacidad normativa del Derecho no es absoluta, esto es, el orden jurídico no está exento de barreras in- franqueables, al consignar las reglas de conducta humana que integran sus diversos ámbitos de normación. Si el de- recho, como puro conjunto normativo, no respetara la esfera mínima de actuación individual a que me refiero, se entro- mizaría en la sociedad la autocracia más execrable y el regimen más odioso de individualismo.

En síntesis, el contenido de la norma jurídica debe - radicar precisamente en la regulación de las relaciones en- tre los hombres, esto se debe encausar en aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juego de intereses recíprocos, bien de particulares entre sí, o entre éstos y los sociales y viceversa, para establecer el orden corres- pondiente, respetando siempre un mínimo de libertad humana

y haciendo invulnerable también los factores extrínsecos de su ejercicio; la igualdad y la propiedad, sin los que - aquélla sería nugatoria.

Cualquier regimen jurídico, social y político, debe - tener siempre presente en su implantación y en su funcionamiento ese mínimo de libertad y los mencionados factores - de ejercicio de ésta, si no se quiere degenerar en la auto-  
cracia y gestar pueblos serviles y abyectos creando su or-  
den jurídico respectivo en atención a las condiciones his-  
tóricas de cada estado en concreto.

### EL ESTADO DE DERECHO

- 1.- Si el Estado y Derecho son la misma cosa, o si son entes diferentes y en caso de que sean entes distintos, cuáles son esas relaciones?
- 2.- Si el Estado puede existir sin el Derecho o si forzosa-  
mente a la par del Derecho tenemos que referirnos al -  
Estado.
- 3.- Si el Derecho puede existir aparte del Estado o si la  
existencia del Derecho implica la existencia del Esta-  
do,

De este análisis pueden concluirse dos temas muy im-  
portantes, así: el uso si el Derecho es un elemento del Es-  
tado que debe figurar al lado del pueblo, el territorio y el

poder; y el otro, cómo se armonizan soberanía y derecho o si soberanía y derecho son incompatibles a las cuestiones de orden jurídico.

Las respuestas han sido dadas por medio de los siguientes grupos de doctrinas:

1. Doctrina Sociológica;
2. Doctrina de la Separación, y
3. Doctrina de la Identificación.

1.-Doctrina Sociológica, Von Wiese el que mejor la ha tratado.

Para esta doctrina, y en particular para Von Wiese, que es el que mejor la ha formulado, el Estado es simplemente un fenómeno social cuyo estudio puede ser agotado - por la Sociología. El Derecho a su juicio es un fenómeno social más. No acepta pues que el Derecho pertenezca a - una esfera distinta cual sería la esfera del deber ser; estima que el derecho pertenece a la esfera del ser y que ha de estudiarse como los demás fenómenos sociales. Para Von Wiese lo esencial del fenómeno social estatal es el mando que está revestido de características peculiares. Estas - características peculiares son las siguientes:

la.-Es un mando que está por encima de las demás formas de mando social, de modo que es superior a todas éstas.

2a.-Es un mando que se vierte por medio de cauces ob  
jetivos predeterminados;

3a.-Es un mando que pretende ser legítimo;

4a.-Es un mando destinado a coordinar y armonizar la  
vida social;

5a.-Aspira a realizar la justicia.

Estas características que presenta Von Wiese no mencio  
nan para nada el derecho y sin embargo lo implica, esto es  
claro cuando habla de que el mando estatal se distingue de  
los otros mandos sociales debido a su superioridad, esta su  
superioridad es una característica jurídica a la que se cono  
ce con el nombre de soberanía.

Además, cuando habla de que el mando propio del Estado  
ha de vertirse por medio de cauces objetivos y predetermi  
nados está refiriéndose al Derecho, porque los aludidos cau  
ces no son sino el derecho que excluye la subjetividad de  
los gobernantes y la improvisación de parte de ellos.

Sin embargo, la doctrina de Von Wiese sigue siendo pu  
ramente sociológica a pesar de sus referencias implícitas -  
al Derecho. Una doctrina sociológica no implica negar la -  
realidad del Derecho, lo cual sería un absurdo, sino verlo  
desde un cierto modo. Aquí resulta el derecho visto no como  
constituyendo una esfera distinta puramente normativa y per  
teneciente al deber ser, sino como parte integrante de los  
fenómenos sociales o sea el ser social.

Autores notables de sociología como Durkheim han ilustrado en cuanto al estudio puramente sociológico del derecho; es más, Durkheim da relevancia al Derecho entre los fenómenos sociales porque es el que produce la mayor cohesión social.

En definitiva, pues, las doctrinas sociológicas no ignoran el Derecho sino que lo ven como un fenómeno social más. Ante el problema de las relaciones Estado y Derecho se deciden, pues por la identificación, pero la identificación por el lado social; pues ven el Estado y el Derecho como fenómenos puramente sociales, como integrantes de una esfera que es la del ser social.

#### TEORIAS QUE SEPARAN ESTADO Y DERECHO

Para estas teorías el Estado y el Derecho son cosas distintas aunque relacionadas. Admiten pues un orden sociológico y un orden normativo a los que reconocen diferente naturaleza existencial. A este grupo pertenece Jellinek, quien ve en el Estado algo propiamente social y algo propiamente jurídico. La teoría de Jellinek por este motivo se ha denominado teoría de las dos vertientes; el problema radica en integrar la vertiente social y la vertiente jurídica en una unidad. Si no se hace dicha integración, el Estado

aparece escindido en dos objetos distintos: el Estado Social y el Estado Jurídico. Desde luego, ese resultado no es satisfactorio y de allí que Jellinek, quien realizó muy bien el análisis sociológico del Estado seguido del análisis jurídico del mismo, presente una teoría incompleta, ya que no pudo integrar lo sociológico y lo normativo en la unidad. Uno de los antecedentes de la doctrina de Kelsen, que ve el Estado sólo como ente jurídico está en los problemas que no pudo resolver la doctrina dualista en la que se inscribe Jellinek.

#### MONISMO JURIDICO

Kelsen no considera el Estado y el Derecho como cosas distintas, sino como una unidad. Para él, Estado y Derecho se identifican, son sustancialmente lo mismo, aunque deben conservarse los dos términos porque aún expresando la misma sustancia, la presentan desde distintos puntos de vista. El Estado es el mismo Derecho visto en unidad, el Estado constituye el centro común de imputación de las normas jurídicas. La personalidad jurídica del Estado consiste en que el centro de imputación abarca todo el orden jurídico. Cuando hay personas de derecho público dentro del Estado, éstas son cen-

tros parciales de imputación de una cantidad limitada de - normas jurídicas.

Kelsen no desconoce que en el Estado hay realidades - materiales como edificios, transportes, cárceles, armas, - pues todas éstas tienen un sentido estatal sólo por medio del Derecho. Vistas en sí esas realidades pertenecen al - mundo del ser, pero su sentido, su significación sólo la obtienen por medio del Derecho. De allí que las realidades materiales tengan que ser entendidas en el Estado por medio del Derecho.

Otro punto que Kelsen reconoce está constituido por la eficacia o aplicación práctica de un orden jurídico. Las normas jurídicas necesitan cierta eficacia, para Kelsen dicha eficacia es psicológica, pues la norma se inserta en el plano de las realizaciones como elementos de juicio en la compleja psicología de los hombres. Sin embargo, Kelsen no reconoce que el orden jurídico se apoye en realidades - sociales como la opinión pública, sino que dice que su apoyo, si bien tiene que ser metajurídico, no es sociológico sino lógico. De este modo constituye un sistema puramente jurídico, en el cual todas sus realidades cobran sentido a la luz del Derecho, cuyo punto de apoyo metajurídico es de tipo lógico. Este juicio lógico es el siguiente: hay -

que cumplir con las normas establecidas por el orden jurídico ordinario y como consecuencia el problema Estado y Derecho no se plantea porque el Estado es el mismo Derecho - unificado, el Derecho personalizado en un centro común de imputación.

Consecuencia de esta tesis:

a) El territorio es el ámbito espacial de validez del orden jurídico positivo;

b) La población es el ámbito humano de validez de dicho orden;

c) La soberanía es la cualidad intrínseca del orden jurídico, la supremacía que se tiene y que es propia de su naturaleza porque sin dicha supremacía no puede el orden jurídico. Por lo tanto, el orden jurídico es soberanía o supremacía, no debe decirse que tiene soberanía como implicando que pudiera no tenerla porque esto último contraría su naturaleza; si es orden jurídico es superior;

d) La historia de los orígenes del Estado se confunden pues con la historia de los orígenes del Derecho.

Frente a este sistema tan elaborado, que inclusive de realidades como el territorio hace algo meramente jurídico, se arguye que lo social desborda lo propiamente jurídico.

He aquí los casos que se señalan como crítica a la teoría de Kelsen:

a) La existencia de realidades sociales como la opinión pública que no puede entenderse jurídicamente, y que sin embargo, son un antecedente de las normas jurídicas, o sea que éstas tienen que estudiarse en relación a esa fuente no jurídica;

b) La existencia de facultades discrecionales en lo administrativo y de arbitrio judicial que permiten tomar en cuenta en cada caso realidades sociales;

c) El problema de la eficacia, pues reconociendo el mismo Kelsen que el orden jurídico necesita cierta eficacia, resulta que la eficacia es cumplimiento, hechos sociales; y por lo tanto, el orden jurídico se apoya en lo social.

#### LA SUMISION DEL ESTADO AL DERECHO

La pretendida contradicción entre la soberanía y la sumisión del Estado al Derecho.

Nadie pone en duda que en todo Estado de cualquier tipo y cualquier tiempo hay Derecho. En los estados rudimentarios o primitivos el Derecho adopta la forma de costumbre jurídica, pero no se conoce un solo Estado en el que falte el Derecho. Esto significa pues, que el modo constante de

expresión del poder estatal es el Derecho. El problema que se plantea no está en si alguna vez el Derecho puede faltar en el Estado porque es sabido que no puede faltar, sino que el problema consiste en determinar la posición del poder estatal respecto al Derecho. Si se estima que el poder estatal es el productor del Derecho, parece anterior a este último, y por lo tanto, no ligado al mismo. Según esto, el poder estatal se expresa por medio del Derecho, pero puede cambiar el Derecho sin limitación alguna.

Esta es la tesis clásica de la soberanía, según la cual, el poder estatal tiene carácter supremo y para ser de veras supremo, no puede estar ligado por el Derecho. En efecto, si el Derecho lo limita ya no es supremo. Pero hay dos modos de entender la superioridad del poder estatal sobre el Derecho, el primero consiste en considerar que el poder político puede pasar por encima del Derecho en caso de necesidad. Esta tesis ha sido sostenida en el Derecho Internacional, entendiéndose que la conservación del Estado es una necesidad primaria que está por encima de las normas jurídicas. Ha sido sostenida también en el Derecho interno donde se conoce con el nombre de "razón del Estado".

La segunda forma en que ha sido entendida la superioridad del poder estatal sobre el Derecho consiste en lo siguiente: el poder estatal es superior al Derecho, y, por tan

to puede modificar éste pero no puede hacerlo sino por canales jurídicos y queda estrictamente ligado al Derecho mientras éste no se modifique. Este modo de ver la superioridad del poder estatal respecto al Derecho responde a una mentalidad jurídica y hace de lo político una fuerza que tiene que expresarse, encauzarse y manifestarse en todo caso aún en el caso del mayor apremio y necesidad, por medio del Derecho.

En la primera posición aludida, el poder salta sobre el Derecho; en la segunda, no puede hacer eso, sino cuando el Derecho es insuficiente; puede modificarlo, pero entonces - siempre se expresará por medios jurídicos.

León Duguit ha señalado que la tesis clásica de la soberanía que hace del poder estatal un poder supremo es incompatible con la sumisión del Estado al Derecho, y uno de los ideales de cultura en materia política es la sumisión del Estado al Derecho. Según Duguit, pues, este ideal del valor innegable encuentra el escollo de la doctrina clásica de la soberanía. Es sabido que Duguit critica la doctrina clásica de la soberanía formulada por Bodino y que una de sus críticas consiste en ser incompatible con la sumisión del Estado al Derecho porque en las dos tesis que hemos examinado el poder estatal carece de límites, ya que inclusive, cuando se

le exige expresarse únicamente por canales jurídicos, puede el poder estatal modificar sin limitación alguna el Derecho.

Frente a estas dos tesis de la soberanía ilimitada se alzan las tesis de las soberanías limitadas, entendiendo que aquéllas son categorías históricas que expresan lo que fué el Estado en el Renacimiento y los primeros tiempos de la modernidad.

La tesis de la limitación del poder estatal soberano se resume en dos tipos: uno es el de la autolimitación. Se dice que el poder estatal es por naturaleza limitado y que por conveniencia social decide limitarse a sí mismo. Contra esto se argumenta que si el poder estatal es por naturaleza absoluto, la autolimitación no puede ligarlo de modo definitivo y eficaz, pues el que se autolimita puede quitarse los límites que él mismo se ha dado.

Hay otra tesis que explica esta sumisión. Según esta tesis, el poder estatal por su propia naturaleza relacionada con los fines para los que está instituida tiene que mantenerse dentro de un marco que no puede rebasar a menos que altere sus finalidades. Según esto, nadie limita al poder estatal sino que él por naturaleza es limitado, limitado a la consecución de sus fines. De modo, pues, que no se trata de imponer límites al poder, sino que éste por naturaleza no lo puede todo, y el derecho tiene que reflejar -

esa naturaleza. Esta doctrina que señala límites al poder, fundados en su propia naturaleza, se opone completamente a la doctrina absolutista del poder.

En los últimos tiempos la pretendida contradicción en tre soberanía y derecho se ha visto colocada bajo bases nuevas. En efecto, si por soberanía se entiende un poder absoluto, pues no hay duda que este poder absoluto no puede estar sometido al Derecho porque si lo estuviese ya no sería absoluto. Pero esa noción de soberanía corresponde a una etapa determinada de la historia del Estado, al Estado del renacimiento y principios de la modernidad. Actualmente, no se piensa en la soberanía como poder absoluto, pues al apareamiento del Estado Federal, el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales y la nueva organización internacional ha hecho que la soberanía se considere un poder supremo dentro de cierta esfera, o sea la soberanía viene a ser una competencia y toda competencia está perfilada por el Derecho.

Así vista la soberanía, no entra en conflicto con el orden jurídico, sino que por su propia naturaleza es una potencialidad abierta para la organización de actividades, pero no es una potencialidad ilimitada, sino una potencialidad condicionada por los fines, lo cual jurídicamente se vierte en competencia.

En el curso del Siglo XIX se comprendió la necesidad de pensar que el poder estatal soberano tenía que desarrollarse dentro de ciertos cauces. Esto se reflejó en el Derecho Constitucional y de allí que muchas Constituciones declarasen que la soberanía estaba limitada a lo "justo, honesto y conveniente a la sociedad".

### CLASES DE SOBERANIA Y SUMISION AL DERECHO

Muchos autores hablan de dos clases de soberanía, la soberanía interna o inmanente, llamada por algunos también autonomía; y la soberanía externa o transeúnte, llamada a veces independencia. La primera es la capacidad de mando dentro del territorio del Estado, la segunda es la capacidad de acción en la esfera internacional. Cuando la soberanía se entendió como poder absoluto, este carácter se le daba tanto en la esfera interna como en la esfera externa. Actualmente se piensa que aunque limitada la soberanía es un poder de mando con supremacía dentro de su esfera en lo que se refiere al orden interno. Pero en lo que se refiere al orden externo dicha supremacía no existe porque todos los Estados son jurídicamente iguales; la tesis de que en la esfera externa también hay soberanía choca con el principio de la igualdad jurídica de los Estados y con

las instituciones del Derecho Internacional y, por lo tanto, hoy más se habla de soberanía interna y lo que antes se llamaba soberanía externa hoy se llama capacidad de acción internacional.

Los Estados tienen soberanía interna y a veces tienen también capacidad de acción internacional. De modo que se explica que ciertos autores reduzcan actualmente la soberanía a la esfera interna ya que en la esfera internacional no se manda a nadie sino que se negocia y se contrata en plano de igualdad. En la esfera interna el poder estatal tiene superioridad sobre los súbditos, mientras que en la esfera internacional el poder estatal trata con sus iguales. En lo interno pues, hay una relación de supraordenación, mientras que en la esfera internacional hay coordinación. En la esfera internacional la acción del Estado está sometida al Derecho Internacional y en lo interno el poder estatal si bien es soberano tiene soberanía limitada por su naturaleza y el cumplimiento de sus fines.

Los límites se pueden ver desde el punto de vista positivo y negativo. Desde el punto de vista negativo consiste en no sobrepasar su esfera de fines y desde el punto de vista positivo consiste en realizar todo aquello que quede dentro de sus fines. Puede decirse que los fines del Esta-

do se engloban bajo un solo rubro: el bien público temporal. Desde luego depende de las filosofías políticas el alcance que se dé al bien público temporal. En un punto coinciden - todas ellas: el Estado debe realizar lo necesario para mantener la paz y el orden en la sociedad; pero fuera de esa coincidencia las discrepancias son notorias en cuanto a lo demás que debe hacer el Estado. Así mientras el liberalismo cree que el Estado debe tomar una actitud abstencionista en cuestiones económicas y sociales y que el mejor servicio que puede prestar es la abstención, las filosofías - que acentúan el papel social del Estado le asignan una participación en lo económico y lo social. Las soluciones varían desde el moderado intervencionismo hasta la participación total en estas materias. Pero en general se acepta que el Estado no debe intervenir en los asuntos puramente privados de las personas y que debe respetar los derechos fundamentales del hombre. Por lo tanto, la tesis más reciente es la de la limitación de la soberanía, limitación que no - le viene de fuera sino de su propia naturaleza.

RECURSOS JURIDICOS Y POLITICOS PARA ASEGURAR LA SUMISION  
DEL ESTADO AL DERECHO. COMBINACION Y OPERACION DE DICHS  
RECURSOS.

El Derecho de Resistencia.

Frente a la importante cuestión de hallar los recursos prácticos que permitan dar efectividad a la doctrina de que

el poder estatal debe estar sometido al Derecho; se han usado los medios más diversos de Derecho interno unos y de Derecho Internacional otros. Ninguno de los medios aludidos - basta aisladamente para resolver el problema y aún todos -- ellos juntos no pueden asegurar de modo definitivo la aludida sumisión al Derecho. Los medios se clasifican en nacionales e internacionales y en jurídicos, políticos y sociales.

Los medios internacionales van adquiriendo importancia después de la Primera Guerra Mundial, pero son todavía imperfectos; se ha pensado en ellos porque los recursos nacionales se han comprobado frecuentemente ineficientes; ejemplos de estos recursos tenemos en la protección de los derechos de las minorías internacionales para la protección de los derechos humanos fundamentales que encuentran hasta hoy su expresión más completa en la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el plano nacional responden a esa intención diversas instituciones como la responsabilidad ministerial, la división del poder legislativo en dos cámaras, la división de los poderes del gobierno. Todos éstos son recursos políticos que buscan que unos órganos del Estado controlen la actividad de otros órganos del mismo dando posibilidad a tra-

vés de ese mecanismo de que la acción estatal se mantenga dentro de límites jurídicos.

Hay otros recursos que sirven a la misma finalidad - como la elección periódica de ciertos altos funcionarios a quienes los votantes pueden negar la reelección en caso de que haya traspasado sus competencias jurídicas. También puede servir a esta finalidad la institución del referéndum y el derecho que a veces se concede a los electores, - de destituir a su representante. Desde luego, estas instituciones responden a varias finalidades, pero pueden servir y sirven como modo de mantener la actividad de los órganos más altos del Estado dentro de cauces jurídicos.

Para someter el poder estatal al derecho se han creado también recursos puramente jurídicos; entre estos recursos figura el control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley secundaria, el amparo constitucional y los recursos de responsabilidad contra la actuación de los funcionarios públicos; el recurso de responsabilidad es uno - de los que mejor configura el estado de derecho y la sumisión del poder estatal al órgano jurídico.

Art.210 de la Constitución Política:

"Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser

fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes".

En el Estado contemporáneo se entiende que toda actividad pública conlleva responsabilidad de parte de los funcionarios y que dicha responsabilidad puede ser deducida por canales jurídicos predeterminados.

Art.219 de la Constitución Política:

"La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley; y las responsabilidades en que incurran los funcionarios públicos con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron".

El recurso jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la ley tiene por objeto mantener la supremacía de la Constitución sobre las leyes secundarias, coloca el cuidado de dicha supremacía en un órgano distinto del que emite las leyes secundarias. Desde luego, en este caso es siempre un órgano del Estado el que vela por la aludida constitucionalidad.

Art.96 de la Constitución Política:

"La Corte Suprema de Justicia será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las le yes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de - cualquier ciudadano".

En cuanto al recurso de amparo constitucional, tiene por objeto mantener la actuación concreta de los funcionarios, de acuerdo con la Constitución.

Art.3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

"Toda persona puede pedir amparo ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución.

El conocimiento y fallo del juicio de amparo corresponde a la Sala de Amparo". .

En este caso también es un órgano del Estado el que ve la por el mantenimiento del orden jurídico. Los artículos del 12 al 37 de la Ley de Procedimientos Constitucionales trata de estos dos recursos juntamente con la declaratoria general de la superioridad de la Constitución sobre las le yes secundarias configuran el regimen de supralegalidad, - que es uno de los recursos ideados para mantener la sumisión del poder estatal al Derecho. Este regimen de suprale

galidad constitucional se inició en el Siglo XVIII y caracteriza al Estado moderno a partir de entonces. Sin embargo, nótese que no es un recurso perfecto porque es el Estado mismo el que tiene la decisión última, jurídicamente hablando el regimen de supralegalidad está en manos del Estado aunque dentro de éste el órgano que tiene la decisión final es distinto de aquel que emitió la decisión controvertida.

Se ha pensado también que el modo más eficaz de someter el Estado al Derecho no es jurídico sino metajurídico, la opinión pública. No hay duda que una opinión pública madura y bien orientada tiene influencia decisiva en la sumisión del Estado al Derecho. En definitiva, el orden jurídico descansa en opinión pública, es ésta la última fuente de eficacia del mismo. Si bien la eficacia de la norma aislada radica en la coercibilidad. La eficacia del orden jurídico como conjunto no puede radicar en la coercibilidad, su asidero es la opinión pública o, para usar la terminología de Hauriou, el consentimiento consuetudinario. En efecto el apoyo consensual para los ordenamientos jurídicos, los regímenes y los gobiernos es a veces expreso pero con más frecuencia es un consentimiento consuetudinario tal como lo describe Hauriou. Siendo esto así, la mejor garantía

de la sumisión del poder estatal al Derecho es metajurídico, pero aún ésta no ofrece eficacia segura porque la opinión pública es amorfa a veces, tardía o aún indiferente otras veces.

Como expresión de opinión pública se tienen todos los recursos morales y también el llamado Derecho de Resistencia. Este derecho está a veces consagrado en las leyes siguiendo el ejemplo de la primera declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. El derecho de resistencia tiene diversos grados que son: la resistencia pasiva, la resistencia activa y la insurrección. Los jus naturalistas proclaman desde la Edad Media con Santo Tomás de Aquino que el derecho de resistencia es un derecho natural. La doctrina constitucionalista francesa acepta en general que el derecho de resistencia existe aunque no esté consagrado en las leyes positivas, pero todos están de acuerdo en que no cabe la resistencia aislada e individual a las decisiones del poder estatal. El derecho de resistencia no es, pues, un derecho propiamente individual sino un derecho colectivo, aún cuando lo colectivo tenga que configurarse por una multitud de actos individuales.

Además el derecho de resistencia se ejercita frente a circunstancias muy graves. En definitiva pues, no hay sino

grandes líneas para configurar este derecho; en la confrontación entre los que ejercitan la resistencia y el poder público no hay una medida jurídica posible y son los hechos - los que harán variar las consecuencias jurídicas, en efecto, frente a los que resisten el estado dispone de toda la maquinaria primitiva y si gana en la aludida confrontación - puede sancionar a los resistentes, pero si estos últimos - triunfan pueden invocar como justificativo dentro de ciertas circunstancias el derecho natural de resistencia y a veces las autorizaciones positivas al respecto.

De lo dicho resulta que ningún recurso es suficiente para garantizar la sumisión del poder estatal al derecho, que para conseguir ese objetivo se usan como recursos - pero que aún así siendo tan grande la fuerza del poder no puede obtenerse garantía plena de que esté definitivamente sometido al Derecho.

Art.7 de la Constitución Política:

"Se reconoce el derecho del pueblo a la insurrección. El ejercicio de este derecho no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes y estará limitado en sus efectos - a separar en cuanto sea necesario a los funcionarios del - Poder Ejecutivo, los que serán sustituidos en la forma establecida en esta Constitución".

Art.112 de la Constitución Política:

"La Fuerza Armada está instituida para defender la integridad del territorio y la soberanía de la República, hacer cumplir la ley, mantener el orden público y garantizar los derechos constitucionales. Velará especialmente porque no se viole la norma de la alternabilidad en la Presidencia de la República".

El Art.112 trata sobre argumentos a través de la representación. Se entiende por representación de la relación de una persona con otra o varias en virtud de la cual, la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.

A menudo tanto en el lenguaje de las leyes como en el de la ciencia, se usa una expresión por la cual se atribuye a los órganos la facultad de representación del Estado.

#### PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO

Thomas Hobbes fué el primero en plantear la Personalidad Jurídica del Estado.

Actualmente se sostiene que el Estado es persona jurídica, o sea que es un ente capaz de derechos y obligaciones y se comporta en el mundo del Derecho como una persona más.

La personalidad jurídica del Estado explica dos hechos fundamentales en la vida del Estado que son unidad y continuidad. La unidad del Estado cohesiona sus múltiples actividades, el Estado hace muchas cosas al mismo tiempo y por medio de diversos representantes, esa actividad quedaría dispersa e incoherente si no fuese porque toda ella pudiera atribuirse a un solo ente jurídico. Así es un solo ente el que actúa al mismo tiempo en los más diversos campos y por medio de distintos representantes.

El principio de continuidad hace que las actuaciones jurídicas, los derechos y las obligaciones, que el Estado adquiere, se mantenga en el tiempo. Los funcionarios pasan pero el ente estatal permanece y por eso los derechos y las obligaciones se mantienen en el tiempo. El Estado no podría cumplir sus finalidades de servicio social si los derechos y obligaciones que adquiere se extinguen con la vida de los funcionarios que las contrajeron. La continuidad en el tiempo es indispensable, unidad y continuidad permiten el funcionamiento apropiado del Estado; la unidad representa además la unidad del poder estatal; la personalidad jurídica del Estado es la versión jurídica de las dos modalidades fundamentales de unidad y continuidad. Si bien en el plano sociológico y político dichas modalidades admiten otra ex-

plicación, en el plano jurídico esta teoría de la personalidad jurídica del Estado es la que mejor la explica.

Aparentemente la teoría de la personalidad jurídica - del Estado no ofrece problemas, sin embargo, se ha negado que exista dicha personalidad jurídica y entre los que afirman que existe se ha entablado debate para precisar su naturaleza. La idea de que el Estado es una persona jurídica - es tardía en el derecho público y data del siglo XIX, antes no se pensaba en el Estado como persona jurídica; en el siglo XIX la concepción del Estado-Derecho que somete la actividad de los más altos funcionarios del Estado al orden jurídico y el estudio que se realizó sobre la naturaleza de los entes jurídicos colectivos prepararon el camino para - considerar el Estado como persona jurídica. Se dice que fué Albrecht el primero que tuvo la idea de sostener que el Estado es una persona jurídica, inmediato se abrió debate sobre este tema, algunos pretendieron reducir la naturaleza - toda del Estado a la personalidad jurídica. Otros le mantuvieron un contenido social y político aunque dándole en su expresión jurídica la calidad de persona jurídica. Así - Esmein dice que "el Estado es el pueblo jurídicamente organizado". La organización jurídica es su personalidad. Desde que Albrecht sostuvo que el Estado era persona jurídica

vino la preocupación por explicar dicha personalidad y por comparar ésta con los demás entes jurídicos colectivos. No hay duda que la personalidad jurídica, aunque tenga base sociológica, se configura por el reconocimiento del Estado, en efecto, esos entes colectivos son personas jurídicas - sólo desde el momento en que el Estado los reconoce, pero respecto al Estado cabe preguntarse: ¿en qué momento se inicia su personalidad jurídica y quiénes se la reconoce?

El tema ha dado origen a mucho debate y algunos han hallado en este problema, argumento para negar la existencia de dicha personalidad jurídica en el Estado.

La solución más aceptable es la de que el Estado se dá a sí mismo su propia personalidad jurídica en el momento en que se garantiza como tal. El nacimiento mismo del Estado conlleva el nacimiento de su personalidad jurídica porque es de su esencia el expresarse en el Derecho y para esto necesita ser un ente de Derecho o sea una persona jurídica.

Algunos han supuesto que la personalidad jurídica del Estado nace del reconocimiento internacional, pero esto no es admisible porque aún faltando dicho reconocimiento el Estado puede actuar en el orden interno, adquirir derechos y obligaciones y por lo tanto ser una persona jurídica. Posponer la personalidad jurídica del Estado hasta el momento

del reconocimiento internacional es dejar en la inseguridad la actuación interna del Estado que puede verse desenvuelto antes de dicho reconocimiento. El problema más serio sobre la personalidad jurídica del Estado lo ha planteado León Duguit, quien deseando fundarse sólo en los hechos ha realizado la crítica de varias nociones fundamentales del Derecho Público. Una de estas nociones que somete a dura crítica es la de la personalidad jurídica del Estado.

Crítica de León Duguit a la Teoría de la Personalidad Jurídica del Estado.

Tesis Negativa:

Para Duguit el Estado no es persona. Siguiendo su método de basarse en los hechos argumenta así: toda persona en el Derecho tiene voluntad propia; los individuos son personas porque tienen voluntad propia, dicha voluntad es pues, una voluntad síquica, un hecho síquico y por lo tanto una realidad. En el Estado, dice Duguit, por mucho que se busque, no se encuentra una voluntad propia sencillamente porque falta la voluntad síquica, esto es claro porque el Estado se sirve de la voluntad síquica de sus funcionarios. El Estado se expresa por medio de la voluntad individual de sus funcionarios. El Estado se expresa por medio de la voluntad individual de sus funcionarios por eso se puede decir que -

el Estado radica en los gobernantes, ya que sólo éstos tienen voluntad síquica propia. Careciendo el Estado de voluntad, carece también de la base fáctica (de hecho) para declararlo persona jurídica, por eso el Estado se confunde con el hecho de que existen gobernantes y gobernados. Los gobernantes hacen su voluntad, desde luego dentro de lo que prescribe la regla de Derecho, pero aún así limitados tienen un campo muy grande en el que operan, interpretan y toman iniciativas según su propia voluntad. Como consecuencia de esto Duguit declara que la personalidad jurídica del Estado carece de fundamento y que la unidad y continuidad del Estado se explican por la unidad y continuidad del poder sin que se necesite declarar que el Estado es persona jurídica. Un hecho histórico abonaría esta tesis: durante centenares de años no se había pensado que el Estado fuese persona jurídica, y sin embargo, entonces el Estado también operaba bajo los grandes principios de unidad y continuidad. Duguit concluye que esta teoría es falsa pero al fin admite que por lo menos es cómoda pues permite representar de modo sintético la unidad y la continuidad que son tan importantes en el Estado. Sobre este punto, Duguit sostuvo una famosa polémica con Jellinek que era partidario de la personalidad jurídica del Estado. Para Jellinek

el Estado es persona jurídica, el mismo Estado es el autor de su personalidad jurídica, la cual se inicia en el momento en que se organiza y establece el primer ordenamiento jurídico, en adelante según Jellinek, el Estado queda definitivamente ligado al orden jurídico que él mismo ha creado y por lo tanto opera como una persona más en el Derecho, pues aunque el Estado crea el orden jurídico originariamente, queda ligado a dicho orden.

#### DIVERSAS TESIS QUE EXPLICAN LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL ESTADO

Cuando en el Siglo XIX Albrecht subrayó de modo claro y preciso que el Estado es una persona jurídica hizo culminar un largo proceso que preparó el jus naturalismo jurídico desde el Siglo XVII. Las afirmaciones de la personalidad jurídica del Estado ya se habían hecho pero de modo esporádico. No se les había profundizado, ni se les había dado posición preminente en la teoría del Estado. Ya Hobbes había dicho, que el Estado es persona jurídica; sin embargo, en Inglaterra, hasta recientemente no se había asentado la personalidad jurídica del Estado. Allí la continuidad estatal estaba representada en la Corona y la Corona es la sucesión de los reyes; pero recientemente se ha declarado por ley la personalidad jurídica del Estado. Lo mismo ha -

sucedido en U.S.A., actualmente todos los países reconocen por ley positiva dicha personalidad. Cuando Albrecht precisó la teoría, la presentó como la fundamental del derecho público y durante muchas décadas siguiendo esta línea los tratados que estudiaban el Estado principalmente los que lo estudiaban bajo la forma del derecho político consideraron la personalidad jurídica del Estado como el tema fundamental de la materia. En verdad si se va a hacer el estudio meramente jurídico del Estado, el tema de su personalidad jurídica es el fundamental porque los demás fluyen como una consecuencia de éste.

Sin embargo, hoy que se hace el estudio del Estado como ente cultural y político, el tema de la personalidad jurídica ha sido desplazado de su posición preeminente y esta última le ha sido concedida al tema del poder. Sin embargo, no ha desaparecido, ni puede desaparecer el interés por la personalidad jurídica del Estado, esta personalidad que primeramente explicada por Savigni como una ficción. Para Savigni la personalidad jurídica de todos los entes colectivos se explica por una ficción. Según esto, los entes colectivos inclusive el Estado carecen de las condiciones reales para ser personas, pero el Derecho finge que las tienen y lo hace así como un recurso de técnica jurídica para responder a ciertas necesidades.

Frente a Saviny se alza la teoría realista de Gierke, quien dice que en el Estado hay realidades humanas colectivas y realidades de intereses que son simplemente reconocidos por el Derecho. El Derecho no crea pues la personalidad jurídica como en la teoría de la ficción sino que la reconoce que acepta, no pudiendo hacerla de otro modo otra realidad social.

#### TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA PERSONA JURIDICA ESTATAL

Que el Estado es persona jurídica, ha sido generalmente aceptado, inclusive ha sido aceptado en las legislaciones positivas en las que se declara expresamente que el Estado es persona jurídica. Desde luego, en la teoría del Estado no se estima que la doctrina de la personalidad jurídica del mismo sea la noción fundamental de la cual derivan las demás nociones. Sin embargo, se estudia el tema y es una noción básica para el estudio propiamente jurídico del Estado. El mismo León Duguit que es el crítico más penetrante de la personalidad jurídica del Estado termina por decir que es una doctrina por lo menos cómoda. La crítica de Duguit se funda en que el Estado no tiene voluntad siquiera propia. A su juicio el ser persona en el Derecho necesita como antecedente la posesión de una voluntad síquica propia. Contra es

to, puede argumentarse que la voluntad jurídica no es igual a la voluntad síquica aunque tenga cierta relación con ésta, siempre las manifestaciones de voluntad tiene que hacerlas - un ser humano, pero esa manifestación vale como la voluntad de otro sujeto. Eso sucede en el Derecho privado, por ejemplo, tratándose de aquellas personas que dada su incapacidad no pueden ejercitar actos voluntarios jurídicamente vá lidos. Lo mismo sucede tratándose del Estado que es una per sona que carece de voluntad síquica propia, pero que en cam bio tiene voluntad jurídica propia. Los funcionarios del Es tado tienen voluntad síquica y ésta vale como voluntad del Estado, convirtiéndose así dicha voluntad síquica en voluntad jurídica. Esto no es algo creado exclusivamente para el Estado sino que es un modo de operación general del Derecho y, por lo tanto, perfectamente aplicable al Estado.

Se justifica pues, que el Estado sea una persona jurídica, ya que tiene voluntad jurídica. El error de Duguit - consiste en no saber distinguir la voluntad síquica de la - voluntad jurídica. Desde luego, la voluntad jurídica necesita siempre como vehículo de expresión la voluntad síquica, pero esto sucede en el Estado porque los funcionarios le - proporcionan la voluntad síquica que, sin embargo, jurídica mente, no es de ellos sino del Estado a quien pertenece.

Afirmada pues, la personalidad jurídica del Estado, - estudiaremos algunas teorías que la explican.

Una de las teorías más antiguas es la de la ficción - debida a Savigny, según la cual la aludida personalidad jurídica es pura creación del Derecho. Esta teoría niega que detrás de la personalidad jurídica exista algo sustancial. Otra explicación es de tipo sustantivo según la cual hay - una realidad social que la personalidad jurídica reconoce, así había pues una personalidad social como antecedente de la personalidad jurídica. El Derecho no haría sino reconocer dicha personalidad social. Esta tesis es completamente contraria a la de la ficción. Es sostenida por Hauriou.

Esta realidad social a que alude Hauriou, es una realidad institucional porque a su juicio el Estado es una - institución; ya son conocidos los elementos negativos y positivos que según Hauriou configuran la institución Estado. Según eso, el Derecho no crea la personalidad jurídica del Estado, sino que simplemente la reconoce y está obligado a reconocerla dado que no puede ignorar una realidad social tan patente y tan fuerte como es la realidad de la institución Estado.

Otra teoría explicativa de la personalidad jurídica - del Estado se debe a Kelsen. Para éste existe la personalidad jurídica del Estado, pero la realidad de la misma -

no es sino la realidad del derecho. El Derecho se agrupa - alrededor de varios puntos de unificación y además hay un punto de unificación que abarca la totalidad de un orden - jurídico determinado. Cuando se trata de unificaciones parciales se tiene las personas jurídicas colectivas como las corporaciones, los entes jurídicos descentralizados y en general las numerosas personas jurídicas que actúan dentro del Estado. Cuando se unifican las unificaciones parciales y todas aquellas normas que no han quedado incorporadas a ninguna personalidad jurídica en particular se tiene el Estado. El Estado es la unificación del orden jurídico positivo y dicha unificación se representa por la personalidad jurídica del Estado.

Según esto, pues, la personalidad jurídica del Estado es el Derecho mismo, no es ni una ficción ni una realidad social, es el mismo Derecho, el mismo Derecho que necesita un centro que lo unifique, esta unificación es tanto una necesidad racional para pensarlo y explicarlo y una necesidad práctica para coordinar la vida jurídica de un pueblo y realizar la unidad y la continuidad que le son indispensables.

#### EN EL ESTADO HAY UNA O VARIAS PERSONALIDADES JURIDICAS?

La antigua teoría habló a veces de que en el Estado -

hay varias personalidades jurídicas. Ha sido frecuente ver en el Estado por lo menos dos personalidades jurídicas: la privada y la pública. La primera se expresa cuando el Estado actúa en condición jurídica similar a la de cualquier particular; la segunda, cuando actúa utilizando su poder de imperium o soberanía. Otras veces se ha hablado inclusive de que en el Estado hay más personas jurídicas, así se dice que el Fisco es una persona jurídica, al lado de ésta se señala la persona jurídica administrativa que se encarga de los servicios públicos y la persona jurídica propietaria de los bienes de uso público. Los partidarios de esta tesis dicen que la fiscalidad, la administración de servicios y la propiedad de bienes de uso público son cosas muy distintas que tienen que estar a cargo de distintas personas jurídicas.

No se trata en ninguno de estos casos de distintas personas jurídicas sino de diferentes modos de expresión de la misma persona jurídica que es el Estado. Si el Estado no fuese una sola persona jurídica, el orden jurídico positivo quedaría fraccionado y se plantearían muchos problemas en cuanto a las relaciones de las varias personas jurídicas en que se dividiría el Estado. Por ejemplo, en virtud de qué proceso jurídico y de qué títulos, la persona jurídica Fis-

co sufragaría los gastos de la persona jurídica administración.No se explicaría tampoco por qué el Estado se dividiría en persona privada y persona pública.La tesis que prevalece hoy es la que el Estado es una sola persona jurídica que actúa a veces dentro del Derecho Privado y a veces dentro del Derecho Público, que se expresa en la fiscalidad, en la administración, en la propiedad de bienes de uso público sin perder su unidad porque es obvio que la misma persona puede tener esas diversas expresiones.

La unidad de la persona jurídica Estado, explica satisfactoriamente por ejemplo cómo el Fisco sostiene la administración y mantiene los bienes de uso público porque se trata de distintas actividades de una misma persona.Desde luego que puede seguirse hablando de Fisco y de administración pública,por ejemplo,y a veces es cómodo y necesario porque se precisa el tipo de actividad de la persona jurídica Estado; sin embargo, cuando se usan se da por supuesto que se habla de la persona jurídica Estado que está expresándose en una actividad determinada,pero en ningún caso que el Fisco o administración sean personas jurídicas por sí mismas.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ESFERAS DE DICHA RESPONSABILIDAD. LA TUTELA INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una de las consecuencias de la personalidad jurídica del Estado es su responsabilidad por los actos que realiza

como ente que actúa en el mundo del Derecho; responde de sus actos. Si el Estado es una persona jurídica es lógico que responde de sus actos, como el Estado no tiene voluntad propia desde el punto de vista síquico, sino que utiliza la voluntad individual de sus representantes y de los agentes de éstos. La teoría penal clásica sostiene que el acto del representante estatal que consiste en un abuso del Derecho que conlleva la responsabilidad personal del representante o agente y no compromete la responsabilidad del Estado. Según esto el representante o agente representa al Estado sólo mientras actúa dentro del Derecho y en cuanto se sale de éste, actúa por cuenta propia y su conducta aún realizada en el ejercicio de sus funciones, no produce responsabilidad al Estado, ni siquiera responsabilidad pecuniaria. Como se ve, esta teoría clásica penal está implícita en los Códigos Clásicos de Derecho Penal donde se tipifican los delitos que pueden cometer los representantes del Estado y sus agentes, lleva a negar la responsabilidad jurídica del Estado. Esto de que el Estado no responde jurídicamente tiene una larga historia y la referida teoría penal no es sino expresión jurídica de una teoría política. En efecto, hasta la revolución francesa era inconcebible pensar que el Estado pudiera tener alguna responsabilidad por sus ac

tos. No se creaba compatible con la superioridad del poder estatal el deducírsele responsabilidad por sus actividades. Algunos decían que dicha responsabilidad era incompatible con la soberanía, porque siendo la soberanía un poder supremo e incontrastable, el deducirle responsabilidad iría contra su naturaleza dado que entonces ya no sería supremo e incontrastable. Algunos decían que el Estado era el creador del Derecho, que era por lo tanto anterior y superior al Derecho, que entonces no era concebible que se le dedujese responsabilidad jurídica. Otros argumentaban que el Estado es una personalidad ética y que por tanto no tenía responsabilidad, esto equivalía a afirmar que las acciones del Estado son siempre defendibles y justificables. A partir de la revolución francesa principalmente, se inició la corriente que proclama la responsabilidad jurídica del Estado, pero ésta se ha abierto paso muy lentamente, tiene diversas expresiones y grados según las esferas del poder y en muchos Estados no está reconocida o está sólo reconocida de modo imperfecto. En la esfera administrativa que es donde más abundan los casos en que podría deducirse responsabilidad jurídica al Estado, una labor teórica y práctica que ha significado real progreso en lo que concierne a la responsabilidad jurídica del Estado y la consiguiente seguridad y p\_

tección de los particulares se debe al Consejo de Estado francés. En el año 1873 el Consejo de Estado Francés emitió la famosa resolución que se conoce con el nombre de ARRET BLANCO en la cual, reconoció que el Estado tenía que indemnizar al propietario de una casa averiada por un vehículo conducido por un empleado estatal. El Arret Blanco marca una nueva época en la historia de la responsabilidad jurídica del Estado.

#### ESFERAS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Estado no tiene en todos los casos el mismo tipo de responsabilidad, sino que las modalidades de ésta dependen de dos condiciones: la clase y la jerarquía de los órganos o funcionarios; y la segunda, el tipo de acción de la que se deriva la aludida responsabilidad. Según esto, la responsabilidad del Estado se expresa de distintos modos, según los órganos que realiza la correspondiente actividad y el contenido y alcance de esta última. Así cuando la acción infractora del Derecho proviene del Poder Legislativo, la calificación de dicha acción, proviene de compararla con la ley fundamental. El Poder Legislativo pues, puede vulnerar el orden jurídico establecido por la Constitución o puede actuar sin las formalidades apropiadas. En ese caso la responsabilidad estatal por la infracción del orden constitu-

tucional no lleva al Poder Legislativo una responsabilidad ordinaria, lo que sucede es que otro órgano del Estado puede declarar inoperante la ley mediante el recurso de inconstitucionalidad o que los distintos funcionarios con capacidad de decisión pueden negarse a acatarla, fundándose en la superioridad de la Constitución. La responsabilidad del Estado en este caso es de tipo legal y se expresa por medio de canales legales; si un funcionario aplica la ley inconstitucional porque nadie hace uso de los recursos legales destinados a impedir la aplicación de dicha ley, dicho funcionario, estaría exento de responsabilidad y el Estado como tal también lo estaría en cuanto a las consecuencias concretas que se desprenden de la ley aludida.

Tratándose del Poder Judicial, el Estado puede sufrir las consecuencias de errores que le sean imputados. En este caso su responsabilidad se expresa casi siempre por medio de la indemnización pecuniaria y la rehabilitación moral. En este caso el Estado carga con las consecuencias de los errores de aquellos que lo representan, también carga con las consecuencias de las acciones dolosamente cometidas por sus representantes y sus agentes, siempre que dichas acciones se hayan realizado en uso de la investidura oficial que éstos tienen. En materia administrativa la responsabilidad -

del Estado ha venido siendo crecientemente reconocida a partir de la famosa resolución del Consejo de Estado Francés, que se conoce con el nombre de Arret Blanco, aquí queda establecido que el Estado responde de toda clase de perjuicios que resulten de la actividad de sus representantes y sus agentes aún cuando dicha actividad no sea dolosa. Se entiende, pues, que el Estado se toma el cargo de los riesgos de su actividad, que responda directamente y de modo primario por las consecuencias de la conducta de sus representantes y sus agentes, y que no le corresponde al dañado el reclamar al representante o agente sino al Estado. El Estado responde por los daños, luego el Estado puede a su vez reclamar al representante o agente infractor.

En este momento países que eran reacios a aceptar que el Estado cargase con los riesgos todos de la actividad de sus representantes y de sus agentes han aceptado la responsabilidad estatal; por ejemplo en los Estados Unidos de Norte América, cada vez que alguien pretendía reclamar responsabilidad al Estado, tenía que pedir autorización especial al Poder Legislativo. Las autorizaciones solicitadas eran tan numerosas que se terminó por dar una ley admitiendo en general que se pudiese reclamar al Estado. La responsabilidad estatal también se refiere a la esfera contractual, el

Estado responde de las cláusulas del contrato que suscribe, las controversias pueden ser dilucidadas por los tribunales ordinarios competentes o, lo que es muy frecuente, por árbitro, cuando así se establece en una cláusula contractual.

Es también frecuente cuando el Estado contrata con empresas extranjeras, que se estipule que las consecuencias del contrato y su cumplimiento queden sujetas a arbitraje, pero en cuanto al modo de hacer efectiva la indemnización a que el Estado pudiere ser condenado no es posible el embargo de los bienes estatales. Se entiende que aún cuando la ley positiva no los declara inembargables la doctrina favorece la inembargabilidad de los mismos, de modo que el último momento de la ejecución forzosa contra el Estado se sienta en la buena fe de éste, en la conveniencia que tiene en mantener su crédito y en el beneficio general que se deriva de la eficacia de un orden jurídico.

#### REPRESENTACION DEL ESTADO- JELLINECK.

Siendo el Estado un ente social y jurídico la representación es el modo normal de su actividad, el Estado necesita de personas individuales, pero éstas no actúan a nombre propio sino a nombre de aquél. Cuando una persona actúa por cuenta y a nombre de otra, se da el caso de la representación, entendiendo ésta en el sentido más amplio; pero

como el Estado tiene muchísimas actividades, en todas éstas se da la representación, simultáneamente el Estado está - siendo representado y esas actividades que se realizan en lugares diversos y aún distantes son actividades suyas en virtud de que es una persona jurídica. Tratándose del Estado, la representación adopta dos formas típicas para denominar las cuales se han aceptado en términos específicos. Estas dos formas de la representación entendida en el sentido más general son: la delegación y la representación propiamente dichas. La delegación representa en el Derecho Público el mandato del Derecho Privado. En efecto, en el mandato privado el mandatario representa al mandante, pero está obligado a seguir las instrucciones de éste. En el Derecho Público la delegación es una figura política, según la cual los funcionarios del Estado lo representan pero están obligados a seguir las instrucciones concretas emanadas de quien tenga la titularidad del poder. Se entiende, pues - que los funcionarios elegidos por el pueblo reciben de éste las instrucciones para el desempeño de su cargo. Históricamente la delegación se inicia en la Edad Media. La representación en sentido estricto tiene otro alcance, en efecto se entiende que el funcionario representa al titular del poder, pero que es libre en cuanto al ejercicio de sus actividades,

es decir, no recibe instrucciones de parte del titular y, por consiguiente, goza de iniciativa y de libertad para apreciar las circunstancias, la oportunidad y la conveniencia de sus actos. Cuando se da el caso de delegación existe lo que se llama mandato imperativo y revocación del mandato, la delegación queda constituida por medio de esas dos instituciones típicas. Hay mandato imperativo cuando los electores dan instrucciones a los elegidos y éstos están jurídicamente obligados a acatarlas. Hay revocación del mandato cuando está jurídicamente permitido que los electores puedan hacer cesar en sus funciones al elegido antes de que éste termine su período. Cuando hay representación está prohibido el mandato imperativo y prohibida e ignorada la revocación del mandato.

El fenómeno de la representación no se produjo claramente sino a partir de la Edad Media, esto se debe a que en la antigüedad griega y romana prevaleció el gobierno directo. Cuando hay gobierno directo el pueblo resuelve por sí mismo los asuntos estatales y, por lo tanto no tiene necesidad de nombrar representantes. En los gobiernos directos de la antigüedad se demostró que por mucho que se exagere el gobierno directo siempre se necesita nombrar algunos representantes. Así en Atenas se nombraba a los jefes de los

ejércitos que tenían poderes muy amplios y a los miembros de los jurados populares, sin embargo, en el gobierno directo una parte considerable de los asuntos públicos es decidida por los ciudadanos mismos y desde luego respecto a estos asuntos no cabe ninguna representación.

La representación supone el gobierno indirecto o por lo menos el llamado semi directo. En la Edad Media al considerarse el feudalismo se realizaban asambleas donde asistían los representantes de los distintos estamentos. Los que asistían a esas Asambleas llevaban instrucciones precisas sobre cómo debían actuar frente a los diversos problemas. Todavía en Francia a finales del Siglo XVIII los Estados Generales de 1789 se reunieron bajo el principio de las instituciones precisas recibidas de parte de los electores, éstos son los famosos Cahiers o cuadernos.

Esto significa que hasta entonces imperaba lo que hemos llamado "Delegación". Los Estados Generales de Francia se reunieron bajo el principio de la delegación pero pronto desestimaron las instrucciones que habían recibido de parte de sus electores y se proclamaron Asamblea Nacional, bajo el principio de que representaban tanto por sí mismos a todos los franceses y no solamente al grupo que los había elegido. Representando a todos los franceses,

las instrucciones que habían recibido de parte de los grupos de electores resultaban imperantes y entonces la repudiaron y comenzaron a actuar por cuenta propia. Los Estados Generales se transformaron en Asamblea Nacional. Los poderes no estaban limitados por las instrucciones y cuyos miembros actuaban libremente.

Así nació la representación y las justificaciones que al respecto se dieron, constituyeron la teoría de la representación. El teórico de este cambio fué Sieyes, quien es también el teórico de la Teoría del poder constituyente y los poderes constituidos.

En la representación el funcionario elegido actúa libremente, pues no está obligado a seguir instrucciones de los electores, ni de los partidos políticos ni de los grupos de presión. Sin embargo, los electores mantienen sobre la conducta del funcionario elegido cierta vigilancia y de modo indirecto, pueden actuar sobre él cuando llega el momento de nuevas elecciones. En efecto, los electores si bien no pueden dar instrucciones jurídicamente válidas, a los elegidos dentro del sistema de representación, aprecian la conducta del funcionario en el momento de la nueva elección, y es entonces, al negarle sus votos cuando demuestran su inconformidad. De modo que el funcionario que tiene interés en reelección cuida de aproximar

su conducta oficial a la opinión de sus electores.

Sin embargo, todo este caso gira alrededor de la totalidad del comportamiento del funcionario y no concierne a la actividad de éste en los casos singulares.

### VENTAJAS DE LA DELEGACION Y LA REPRESENTACION

Para algunos autores el sistema de delegación es insuperable pues coloca directamente en manos del titular de la soberanía la conducción de los asuntos públicos. Para ellos la titularidad de la soberanía conlleva la decisión de todos los casos concretos en que se expresa el poder público. Uno de los más grandes defensores de la delegación es Rousseau; para éste el pacto social del que puede hipotéticamente derivarse la sociedad, dado su carácter racional exige que el titular de la soberanía decida sobre los asuntos públicos de modo directo. No se le escapa a Rousseau que esto sólo es posible en Estados bastante pequeños, sin embargo, este es el tipo de comunidad política que él prefiere. Rousseau tiene que reconocer que algunas actividades del Estado por su naturaleza no son compatibles con el gobierno directo, se conoce esto principalmente en lo que concierne a las actividades del Poder Ejecutivo. Admite, pues, ya una restricción aceptando para el Poder Ejecutivo la representación.

Pero Rousseau estima que la actividad legislativa debe ser ejercida directamente por el titular de la soberanía, en este caso del Poder Legislativo, le parece totalmente - improcedente la representación y prefiere la acción directa del titular de la soberanía o a lo más la delegación, o sea que los funcionarios actúen a nombre del soberano pero siguiendo instrucciones precisas de éste.

En cuanto al Poder Judicial estima que el sistema del jurado significa la intervención directa del pueblo en la - administración de justicia.

Para Rousseau, cuando se adopta la representación en todas las esferas de la actividad estatal incluyendo particularmente el Poder Legislativo, el pueblo ya no es realmente el soberano porque a su juicio la soberanía es más - que una mera palabra a que la fuente del poder y tiene un contenido que se vierte en las decisiones concretas. En la teoría de representación, este contenido de la soberanía - ya no pertenece al pueblo, sino a los funcionarios elegidos.

Comentando el regimen inglés que ya por entonces era de representación, dado que el pueblo elegía el parlamento y luego éste actuaba con plena libertad en todos los asuntos; comentaba que el pueblo inglés solamente era libre -

el día de las elecciones y que enseguida era esclavo, o no era nada, políticamente hablando, debido a que el parlamento decidía los asuntos de Estado a su gusto.

#### ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REPRESENTACION

Los partidarios de la representación no niegan las ventajas del gobierno directo cuando esto es posible, o sea, en comunidades pequeñas en las que dominen los ciudadanos capaces y honestos y a falta de gobierno directo la delegación se presenta como un ideal porque permite que el titular de la soberanía no sólo elija sino también que disponga en los casos concretos. Sin embargo, en ninguna época ni lugar, ni aún en las pequeñas ciudades-estados en Grecia - se ha podido llevar el gobierno directo a plenitud.

Además la actividad estatal es tan grande que los electores necesitarían todo su tiempo para seguir los asuntos del Estado, aún la actividad legislativa que antes era intermitente, se ha convertido hoy en continua. Desde luego es mucho más fácil elegir un representante que darle instrucciones que tengan un valor intrínseco. Además, las circunstancias cambian a cada momento y, en consecuencia, las instrucciones aún supuestas apropiadas para el momento en que se dan pueden devenir completamente inapropiadas ante

nuevas circunstancias, esto último exige que el representante goce de libertad de decisión. Sin desconocer el peso de estos argumentos se ha propuesto que los electores tengan una intervención intermitente en los asuntos públicos, así se ha establecido el referendum o consulta a los electores para que ratifiquen o impugnen una ley aprobada por el Poder Legislativo.

Se ha pensado también en la revocación del mandato - que no conlleva instrucciones previas sino que permite juzgar a posteriori los actos de los elegidos, pero el sistema de representación, si bien no tiene un canal jurídico - preciso para que los electores dispongan lo que han de hacer los elegidos, cuenta con el recurso de la opinión pública. En efecto, la opinión pública presiona los actos de los representantes, los encauza y les sugiere soluciones. Desde luego, los representantes tienen jurídicamente libertad completa para apartarse de los requerimientos de la opinión pública. Esto influye sociológicamente y no jurídicamente en el caso de la representación. Además, es de la misma esencia del sistema de representación que los mandatos se den por término limitado, lo cual conlleva elecciones periódicas; es con motivo de dichas elecciones y por medio del voto que los electores pueden aprobar o improbar -

las decisiones de los elegidos. Es natural que éstos traten de actuar en cierta consonancia con la opinión de los electores frente a las elecciones periódicas, de modo que jurídicamente sigue siendo cierto que el representante decide libremente, pero desde el punto de vista sociológico esa libertad si bien sigue existiendo está bastante matizada y se puede decir hasta disminuida por la opinión pública. Dado que en los Estados modernos es físicamente imposible que funcione el gobierno directo y que la delegación tiene también serios problemas para producir un gobierno eficaz y de acción rápida, se ha preferido la representación. Sin embargo, siempre que la madurez política de las comunidades lo permite se le ha atemperado por medio del referéndum y de la revocación del mandato. Además, a medida que la opinión pública tiene mejores canales de expresión el sistema representativo va haciéndose más eficaz en cuanto interpreta las ideas de los electores.

#### RECURSOS INTERNACIONALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el moderno Derecho Internacional se señalan los medios para que los Estados respondan en lo que concierne a las actividades que realizan cuando se ponen en relación con otros Estados.

Cuando falta el cumplimiento voluntario y espontáneo se recurre a la negociación, la mediación, el arbitraje y aún las cortes internacionales. Casi siempre cuando el Estado contrata con particulares desde luego tiene la responsabilidad por las consecuencias de dicho contrato. Para este caso casi siempre se prevé en el contrato mismo que las controversias deben someterse a arbitraje, y allí mismo se estipula el procedimiento para nombrar los árbitros y las facultades de éstos. También se solicita a veces por medios internacionales la responsabilidad del Estado, cuyos agentes han realizado actos fuera del territorio nacional. A veces también los Estados han respaldado a los acreedores privados nacionales que han concedido empréstitos a Estados extranjeros. Algunas grandes potencias han pretendido apoyar estas demandas en actos de fuerza y aún de guerra abierta.

Uno de los principios más importante, precisamente nacido en América es el que sostiene que dichos cobros no debían respaldarse en la fuerza de ningún caso. Recientemente se ha pretendido enmendar este principio categórico agregándole la excepción siguiente: "a menos que un Estado se niegue a someterse a los procedimientos arbitrales que se usan para la solución pacífica de los conflictos". Desde luego

agregado es inadmisibile porque chcca contra las más recientes orientaciones del Derecho Internacional.

En los últimos tiempos la responsabilidad del Estado desde un punto de vista internacional se ha proveído de nuevas instituciones de control y ha ampliado considerablemente su esfera. Por ejemplo, la protección de los derechos humanos fundamentales ya no está a cargo solamente de las autoridades de cada Estado, sino que además se ha organizado diversos tipos de instituciones internacionales, para garantizar su cumplimiento. En Europa, por ejemplo, existe una Corte de Derechos Humanos.

La responsabilidad derivada de los tratados internacionales casi siempre se ventila ante el tribunal internacional de La Haya o Corte Internacional de Justicia.

### EL ESTADO DE DERECHO

En todo Estado hay derecho porque el derecho es el modo normal de expresión del poder estatal. Cuando se habla del Estado de Derecho no se alude a ese fenómeno sino a una situación particular del Estado. El término Estado de Derecho fué introducido por Kant y desde entonces se ha usado aún con diferentes acepciones; Kant acuñó el término para condensar su idea de que en el Estado lo esencial es el Derecho, que todo en el Estado está dentro del Derecho

y que la actividad del Estado se expresa invariablemente por medio del Derecho. Sin embargo, esto no siempre ha sucedido así, porque se tiene el caso, por ejemplo, del Estado despótico en el cual la actividad de los gobernantes no siempre se encauza por medio del Derecho. Cuando Kant habló del Estado de Derecho, habló más bien de un ideal. En este sentido para lograr el ideal era necesario regular las facultades del Estado y eso se consiguió por medio de las constituciones y además era necesario definir la responsabilidad de los funcionarios del Estado, inclusive de los más altos y los modos de hacer efectiva dicha actividad.

La formación del Estado de Derecho exigía principalmente que los que ejercían el poder estatal al más alto nivel quedasen sometidos a regulaciones jurídicas.

Es en este punto donde el Estado de Derecho que se inicia en el Siglo XVIII expresándose en las constituciones y en las declaraciones de Derecho, en el que difiere de las formas anteriores de Estado. En efecto, anteriormente los funcionarios más altos no estaban sometidos a regulaciones precisas ni se habían previsto los recursos de responsabilidad por los excesos que pudieran cometer. El más alto funcionario era casi siempre jurídicamente irresponsable, esto se aplica tanto al regimen absoluto como a la

Asambleas democráticas de la antigüedad que no estaban encauzadas por normas jurídicas en cuanto al contenido de muchas de sus decisiones y cuya responsabilidad era completamente inexistente, tanto en el hecho como en el Derecho. Esa situación cambió radicalmente con el Estado de Derecho, el cual puede considerarse un positivo avance en la evolución del Estado.

#### LOS FINES DEL ESTADO: PROBLEMÁTICA

Como toda obra cultural el Estado responde a fines: - cuales sean esos fines, es cosa de mucha discusión, pero - casi siempre se llega al acuerdo sobre un común denominador mínimo cual es la defensa colectiva, la paz y la seguridad interna y el cumplimiento del orden jurídico establecido para regular las relaciones entre los particulares. Pero más allá de ese mínimo la controversia es muy profunda y la aceptación o el rechazo de determinados fines para el - Estado depende de la filosofía política que se adopte. Mientras algunos pretenden reducir los fines del Estado al común denominador mínimo, otros amplían su esfera de acción a las más variadas actividades humanas y le asignan una responsabilidad definida en materia de educación, salud, trabajo, economía y aún de investigación científica en los últimos tiempos. Cuando el Estado se reduce al mínimo posible,

se produce lo que se llama el Estado Gendarme que fué el - ideal durante buena parte del Siglo XIX y cuyas finalidades se reducían a lo siguiente: guerra, policía, justicia. Al decir guerra se entiende lo que hoy se denomina con más propiedad, defensa nacional; por policía se entiende la actividad de Estado destinada a prevenir las infracciones del Derecho; por justicia se entiende las decisiones concretas sostenidas coercitivamente en los casos de infracciones al Derecho vigente. Dentro de la idea del Estado Gendarme, la estructura política y administrativa tiene que reducirse a la consecución eficaz de los objetivos señalados. El orden jurídico además se reduce a regular relaciones entre particulares, mas bien a coordinar la libertad de éstos, dejando a su cuenta lo que concierne a educación, salud, trabajo, economía, etc., sin ninguna intervención estatal. Frente al Estado Gendarme y como tipo de otro extremo, se presenta - el llamado Estado de Policía, nombre que se da en cierta literatura política al Estado que tiene una intervención a fondo en todas las actividades humanas que son susceptibles de organización colectivizada. Entre el Estado Gendarme y el Estado Policía se presenta una gama de posibilidades según las cuales los fines del Estado por diversos medios y matices tienen una intervención en las actividades sociales

de una comunidad. Esta intervención puede consistir a veces en meros estímulos, por ejemplo, respecto al desarrollo económico científico; otras veces, pueden ir más lejos cuando el Estado tiene instituciones que le permiten controlar de modo más o menos directo ciertas actividades sociales. Otras veces el Estado tiene directamente a cargo un área completa de la actividad social y entonces se dice que dicha área está nacionalizada. Al Estado se le asigna mayor o menor actividad y responsabilidades según la idea que se tenga de los fines que debe cumplir, aunque hay en los detalles importantes discrepancias. En general, en el Estado contemporáneo se perfila un tipo específico de Estado que se denomina "el Estado promotor del bien público", que a veces se denomina con el término inglés más breve "Welfare State". Se reconoce en este tipo de Estado que no puede dejarse abandonada la educación, la salud, la prosperidad económica, el trabajo, la justicia social, etc. Se entiende que el Estado tiene una responsabilidad que lo lleva a estimular todas estas áreas, a suplir en ellas la actividad privada, cuando ésta es débil y eventualmente a dirigirla y aún en casos muy apremiantes a sustituirla. Desde luego las soluciones prácticas varían, pero podemos presentar como conclusiones de una experiencia muy generalizada que el Estado

contemporáneo ha tomado a cargo la construcción y a veces la operación de la subestructura económica y luego se ha planteado metas definidas para el desarrollo económico y social. De modo que dicho desarrollo es algo pensado y conscientemente querido y que ya no se deja a fuerzas espontáneas. En el Welfare State se entiende que debe promover una elevación constante del nivel de vida representado globalmente por un porcentaje de crecimiento del producto nacional bruto sobre el porcentaje del crecimiento de la población. El producto nacional bruto es todo lo que se produce en un país, bienes, servicios, productos, etc., debe crecer en el Welfare State adelantándose en este crecimiento al de la población.

Otros de los objetivos del Welfare State es el pleno empleo que en cierta forma constituye un estímulo para el desarrollo económico sostenido; la seguridad social que cubre los riesgos más frecuentes que perjudican al trabajador, y por último la justicia social.

#### BIEN COMUN Y BIEN PUBLICO. BIEN PUBLICO Y BIEN PARTICULAR

La determinación de los fines del Estado es una tarea fundamental, tanto en la teoría como en la práctica porque según los fines que se le asignen al Estado así serán las competencias de sus funcionarios y la estructura de sus -

órganos y la amplitud y variedad de sus servicios. Es indudable que el Estado sería mucho más simple si se propone solamente tener como fin la defensa, la policía y la justicia, que si toma a su cargo la promoción del bien público en economía, trabajo, educación, salud, etc. Esto último necesita que los funcionarios tengan competencias bastante amplias y que las estructuras gubernamentales sean más complejas, porque es sabido que los medios deben ser proporcionales a los fines.

En general, se dice que los fines del Estado pueden englobarse en un solo gran fin: el bien público. Sin embargo, el bien público puede ser entendido de diversas maneras porque producido como en el Estado Gendarme a unas pocas esferas de acción mientras se deja todo lo demás a la responsabilidad de los particulares; o de un modo amplio que puede en ciertos casos llegar a sustituir la esfera encomendada a los individuos por la acción estatal, dando origen a lo que se llama el Estado totalitario. El modo específico de entender los fines del Estado y particularmente el modo específico de entender el bien público da origen a los distintos regímenes. Así en el Estado contemporáneo, por ejemplo, dentro de ciertos lineamientos comunes cabe hacer la tipología de los regímenes contemporáneos. Las di--

ferencias entre estos regímenes son de alguna consideración y tiene impacto en el modo de vida político y social, de modo que el estudio de las líneas generales del Estado contemporáneo es insuficiente y tiene que ser complementado por la tipología de los regímenes políticos contemporáneos. Toda asociación está orientada a la realización de determinados objetivos que por no saber el bien de cada uno en particular sino el bien de los que la integran o el bien de muchas personas que no forman parte de la asociación, recibe el nombre de bien común. En todas las asociaciones hay un bien común de por medio, aún en cuanto se trate de asociaciones privadas de interés lucrativo o de asociaciones privadas de beneficencia. El bien común, pues, es el término genérico que representa los intereses y los beneficios de cualquier clase de asociación. Es sabido que el hombre necesita asociarse porque es completamente insuficiente su esfuerzo individual para la satisfacción de ciertos fines. El bien común representa pues todo aquello que el hombre no puede realizar aisladamente y para cuya consecución necesita asociarse. El bien público es una especie de bien común, pertenece al género bien común; el bien público es aquella parte del bien común que por su naturaleza específica sólo puede realizarlo por un tipo específico de asociación que es el Estado.

Desde luego, el bien público no se identifica por el sujeto que lo tiene a cargo que es el Estado, sino que el Estado lo tiene a cargo porque dada su naturaleza sólo la institución estatal puede realizar. El bien público era llamado por Aristóteles "bien de la multitud", Hauriou, haciendo un ligero matiz en la expresión le llama "bien del público" como para particularizar el sujeto poseedor de dicho bien. El bien público no es de nadie en particular sino de todos los miembros de la comunidad. En él concurren los intereses de los miembros de esa comunidad, aunque la solución no es sencilla porque a veces los miembros de la comunidad tienen intereses opuestos y otras veces lo que se entiende por el bien público ha de realizarse en contra de los intereses inmediatos de algunos miembros de dicha comunidad. Es muy difícil señalar el ámbito del bien público y de allí que los distintos modos de entenderlo den lugar a distintos tipos de regímenes políticos. Aún siendo difícil precisar los límites se distingue entre bien público y bien particular. Se entiende por bien particular el que de modo directo beneficia a los individuos o a sectores o grupos de individuos dentro de la comunidad; desde luego indirectamente el bien público y el bien particular se enlazan porque la satisfacción del bien público genera la satisfacción del bien particular.

## ELEMENTOS FORMALES Y ELEMENTOS MATERIALES DEL BIEN PUBLICO

El bien público puede descomponerse en sus elementos constitutivos, unos llamados formales y otros materiales. Los elementos formales: a) el establecimiento de la paz y la seguridad; b) la coordinación de las actividades privadas; c) la ayuda a las actividades privadas y la suplencia y aún la sustitución de éstas.

Como se ve, esta forma del bien público tiene un gran contenido y en gran parte por convencionalismo pueden denominarse formales. Los elementos materiales del bien público conciernen al contenido mismo de las disposiciones - a través de las cuales se realiza la paz y la seguridad, la coordinación y la ayuda, la suplencia y la sustitución de las actividades privadas. Lo material del bien público se refiere principalmente a los siguientes contenidos: la economía, la ciencia, la cultura y la religión.

En cuanto a los elementos materiales se cuestiona si la economía o una parte de la economía queda incluida en el bien público, si la ciencia y la cultura son actividades privadas o en qué medida el Estado ha de promoverlas en cuanto tienen en ellas un interés definido todos los miembros de una comunidad; y si el Estado tiene que participar

de algún modo en cuestiones religiosas. Los modos y la amplitud con los que estos contenidos económicos, científicos, culturales y religiosos, se entiende que forman parte del bien público, contribuyen a formar los distintos tipos en que se vierten los regímenes de gobierno. Por consiguiente las soluciones son muy variadas, pero dadas las condiciones del Estado contemporáneo puede señalarse ciertos principios generales mínimos sin los cuales es difícil que el Estado contemporáneo responda a la creciente complejidad de sus problemas. Así no puede desentenderse por completo de la economía, al respecto puede por lo menos señalar y tomar a cargo lo que se llama las normas económicas, dejando a los particulares la realización de las actividades económicas propiamente dichas. En materia de economía se presenta al Estado uno de los problemas más difíciles en cuanto definir su actitud. Para el Estado contemporáneo ya no se propugna el total abstencionismo de la época de la economía liberalista sino que se le pide dar las normas económicas o sea la legislación o el derecho económico. Desde luego, aún aquí en este principio general - caben las discrepancias que contribuyen a configurar los distintos regímenes políticos.

En cuanto a ciencia y cultura se recomienda que el Estado contemporáneo adopte una actitud de promoción, ésta

se manifiesta ofreciendo servicios docentes y otros servicios encargados del acrecentamiento del saber. En este sentido no sólo ha de estipular sino que en los últimos tiempos inclusive hace inversiones económicas pues la ciencia por sus aplicaciones tecnológicas es una inversión rentable, sin embargo, es recomendable que tanto cuando el Estado estimule como cuando establezca y maneje servicios propios ha de propiciar la mayor libertad de investigación, de expresión y de creación, dado que aquí están unos de los motores para el acrecentamiento del saber y el uso de las actitudes creadoras individuales. Pero la ciencia y la cultura no pueden en el Estado contemporáneo quedar bajo el simple mecenado privado.

En cuanto la religión que durante mucho tiempo fué uno de los objetivos del Estado bajo la idea de que el Estado era al mismo tiempo una comunidad religiosa, en general, en el Estado contemporáneo, queda a la conciencia de los individuos. Sin embargo se estima que dentro del bien público figura la necesidad de crear las condiciones jurídicas para proteger esa libre conciencia religiosa y mantener tolerancia y respeto al respecto.

De lo dicho se desprende que para realizar el bien público, el Estado, ha de tener una política económica, una

política educativa y cultural, una política de salud, etc. En el Estado contemporáneo no se concibe el abstencionismo frente a esos contenidos y, por consiguiente, debe tener una política respecto a los mismos, una política que no puede consistir en la mera abstencia que ha de vertirse en acciones y estas acciones tienen que expresarse en normas, en servicios y en empresas según los casos.

#### ELEMENTOS FORMALES

Los elementos formales son aquellos que se llenan de diversos contenidos y se resumen en lo siguiente:

- a) Mantenimiento de la paz y la seguridad;
- b) Coordinación de las actividades privadas; y
- c) Ayuda, suplencia de las actividades privadas y en algunos casos sustitución de éstas.

El mantenimiento de la paz y la seguridad se refiere tanto al interior como al exterior.

Es tal vez, una de las funciones más importantes del Estado; algunos inclusive dicen que el Estado nació para mantener la paz y la seguridad en el interior y en el exterior. Esta noción implica la prevención de los actos que puedan alterar la paz y la seguridad que es lo que se denomina la actividad de policía; y la reparación de las perturbaciones a dicha paz y seguridad que es lo que se de

nomina administración de justicia. Esta modalidad del bien público la realiza el Estado en primer lugar por medio de normas jurídicas y luego por medio de órganos y servicios idóneos. Desde luego la paz y la seguridad no se establecen apropiadamente con los solos órganos policiales y de administración de justicia sino que dicha paz y seguridad está vinculada a los elementos materiales del bien público. Es decir, no se funda apropiadamente si el Estado no puede realizar los diversos contenidos del bien público dentro de una idea de justicia.

Hoy la coordinación de las actividades privadas es otro de los elementos formales del bien público. En efecto, los particulares no tienen ideas ni intereses siempre coincidentes, de allí que se necesita una actividad coordinadora que pueda encauzarla dentro de ciertos límites imprimiéndoles un sentido de unidad dentro de la diversidad. Casi siempre en este caso el Estado actúa por medio de normas como cuando coordina las actividades de patronos y trabajadores o los intereses de productores y consumidores; a veces, sin embargo, el Estado para coordinar, no sólo actúa por medio de normas sino que también establece servicios como cuando funda instituciones para que intervengan en el mercado con la finalidad de estabilizar precios.

La ayuda a la actividad particular la suplencia de éste y aún la sustitución de la misma en algunos casos es uno de los modos del bien público que mayor desarrollo ha tenido en el Estado contemporáneo. La ayuda a la actividad particular se manifiesta frecuentemente por medio de servicios técnicos que el Estado presta gratuitamente o al costo por medio de servicios crediticios y a veces con disposiciones proteccionistas, exenciones de impuestos, etc. El Estado suple la actividad privada cuando ésta es deficiente o inepta, para cubrir una cierta área de la actividad nacional o local. A veces inclusive sustituye dicha actividad privada cuando - por la naturaleza misma de los servicios éstos necesitan - una extensión, un volumen que tiene un impacto muy grande - en la vida de un pueblo; la suplencia y la sustitución de - la actividad privada tienen muchos matices y su amplitud - contribuye a configurar los distintos tipos de régimen político. Todas estas actividades formales y materiales que integran el bien público han de depender de una condición fundamental que el Estado se conserve y que se provea de las - estructuras apropiadas para realizar el bien público; por - eso se dice que uno de los deberes fundamentales del Estado es el deber de conservación y el deber de crecer de modo apropiado. Esto coloca un dilema: o el mero mantenimiento de estructuras anticuadas a la hipertrofia y el burocratismo,

desde luego, entre estos dos males el Estado tiene que elegir un desarrollo apropiado, tecnificado bajo los principios de administración nacional, pero no puede dejar que sus estructuras se envejeczan y se hagan ineptas si desea realizar el bien público. Los fines condicionan la organización de los medios.

EL ESTADO COMO MEDIO Y COMO FIN, PERSONALISMO Y TRANSPERSONALISMO

Si se investiga por medio de las ciencias auxiliares de la teoría del Estado, tales como la Sociología y la Etnología y aún un poco de la historia primitiva, resulta que el Estado nace para cumplir ciertos objetivos, principalmente la paz y la seguridad tanto internas como externas. Según esto, el Estado aparece como un medio para realizar ciertos fines, fines que no pueden ser otros que los de los miembros que lo componen. Hay una tesis muy generalizada según la cual el Estado es siempre un medio, un medio para cumplir fines que en definitiva pertenecen a los hombres concretos, a los individuos. Esta tesis no niega que el fin del Estado sea el bien público, pero entiende que la raíz del bien público está en los individuos que son los únicos titulares últimos de fines. El bien público estaría constituido por aquellos fines que los individuos no pueden realizar aisladamente y que por lo tanto necesitan

de una gestión y una organización colectiva, por lo tanto, el Estado no sería sino el vehículo para realizar esos fines que necesitan la gestión colectiva y, cuando se dice - que el fin del Estado es el bien público, se está indicando que el Estado tiene la titularidad inmediata de ciertos fines, pero es una titularidad con carácter intermediario o instrumental, dado que la titularidad última y definitiva corresponde a los hombres concretos o individuos. Sin embargo, ya desde la antigüedad se ha visto el Estado de un modo distinto, ya no como instrumento o medio sino como titular de fines propios. Las teorías organicistas han sostenido esta tesis porque si el Estado es un organismo ha de tener fines propios.

Platón en "La República" sostuvo la tesis antes mencionada que conlleva la idea de una oposición entre Estado e individuos y resuelve dicha oposición dando la primacía al Estado. Si el Estado es titular último de fines propios, entonces puede exigir verdaderos sacrificios a los individuos y plantearse como objetivos propios la gloria, el poder mundial, su fortalecimiento total y aún la intervención y la supervisión de todas las actividades individuales. Casi siempre esta tesis del Estado como fin propio tiende a

la absorción completa del individuo y al establecimiento del Estado totalitario, uno de cuyos modelos más antiguos aparece en la República de Platón.

La primera tesis, la del estado como medio para satisfacer finalidades de los individuos que necesitan una gestión colectiva, es el resultado de una doctrina de filosofía política que se conoce con el nombre de personalismo. Para el personalismo la titularidad última de todos los fines pertenece a las personas individuales y el Estado es solamente un medio para satisfacer aquellos fines individuales que necesitan gestión colectiva. La persona en este caso no es sino el individuo visto desde el punto de vista ético y jurídico como titular de fines propios y de una esfera de autonomía personal, en la cual solamente él es responsable y en la que el Estado no puede intervenir. El personalismo supone limitaciones al Estado, pues éste sólo puede hacer aquello que necesite gestión colectiva y además le está vedado intervenir en la esfera autónoma de cada persona. El personalismo llega a su culminación cuando proclama los derechos fundamentales del hombre. Por el contrario, el transpersonalismo es una doctrina de filosofía política según la cual siendo el Estado titular de fines propios concibe la actividad del Estado y sus funcio-

nes sin ninguna limitación frente a las personas. Para el transpersonalismo el Estado satisface sus fines aún con sacrificio completo de los individuos; para el transpersonalismo no existen límites preestablecidos respecto a la acción estatal sino que el Estado se autolimita si lo quiere y mientras lo quiera.

Uno de los grandes sostenedores del transpersonalismo fue Hegel, quien ve al Estado como ente de cultura, muy superior a los individuos. De Hegel vienen las teorías modernas que deifican al Estado totalitario.

#### LAS FORMAS DEL ESTADO

Hay que distinguir entre formas de Estado y formas de gobierno. Las formas de Estado dicen relación a la estructura global y más general del Estado, mientras que las formas de gobierno. Las formas de Estado se agrupan así: estados simples y estados compuestos.

El Estado simple es el Estado unitario regido por un solo gobierno. No se opone a la calidad de unitario el que exista descentralización administrativa de los servicios estatales. Así en el Uruguay por ejemplo, la descentralización administrativa ha sido llevada muy lejos y, sin embargo, es un Estado unitario.

Los Estados compuestos son de varias clases, pueden -

en primer lugar formarse dos grupos: unión personal, unión real, federación y confederación.

En los Estados compuestos en pie de desigualdad aparecen los Estados vasallos y los protectorados. De modo que las formas del Estado son en primer término Estado unitario y Estado compuesto. Entre estos últimos se encuentran los siguientes: unión personal, unión real, federación, con federación, estados vasallos, estados protegidos. De todas estas formas las más importantes para la teoría política - son el Estado unitario, la federación y la confederación. De estas dos últimas especialmente han provocado grandes - discusiones para tratar de determinar su naturaleza jurídica. Otras formas como la unión personal y la unión real - han desaparecido, sólo tienen interés histórico. El vasallaje y el protectorado están en franca decadencia. La con federación se estima una forma transitoria que tiende a - consolidarse en federación al disolverse en sus elementos componentes. De modo que las dos formas de mayor interés - son en este momento el Estado Unitario y la Federación.

Por unión personal se entiende la situación en que se encuentran dos o más Estados independientes por el hecho - de tener el mismo monarca. Los Estados así unidos conservan su organización, su regimen jurídico y su personalidad in-

ternacional, lo único que tienen en común es el mismo monarca. Como ejemplo se señala el caso de Gran Bretaña y el Ducado de Hannover, el cual se inició cuando un duque de Hannover fué elegido rey de Inglaterra, lo mismo sucedió con España y Alemania bajo Carlos V.

La unión real va más lejos pues además de tener el mismo monarca, los Estados ponen en común ciertas funciones principalmente las relaciones exteriores y la defensa, además casi siempre tienen una unión aduanera y libre desplazamiento para sus ciudadanos. En la unión real el Estado actúa internacionalmente como una persona, pero cada miembro conserva su estructura y funcionamiento propio. La unión real se dió en Austria-Hungría y concluyó cuando desapareció el Imperio Austro-Húngaro al final de la Primera Guerra Mundial. La unión real supone la existencia del régimen monárquico y si bien internacionalmente actúa como una persona en el interior todas las decisiones se toman por la concurrencia de la voluntad de los miembros. No es pues, una federación sino que está en situación intermedia entre la unión personal y la federación.

Las otras dos formas de Estado compuesto en pie de igualdad son la federación y la confederación. La confederación es una sola persona jurídica ante el derecho internacional, funciona como una asociación de Estados, en la -

que cada Estado miembro conserva su personalidad propia. Es regla de las confederaciones que sus actos cuenten con el voto positivo de todos sus Estados miembros, por lo tanto una sola voz disidente paraliza las decisiones, de allí que algunas vean en esta forma de Estado más bien una alianza de Estados con una sola personalidad en el Derecho Internacional. La confederación casi siempre da cierta unidad a las relaciones exteriores pero los Estados miembros conservan el derecho de representación diplomática.

Como consecuencia de las relaciones exteriores comunes, la confederación puede también utilizar una defensa común, pero esta defensa común se realiza sumando las potencialidades de los Estados miembros y no por medio de la organización específica de la defensa común. En la federación hay un nuevo Estado que coordina los Estados miembros y se superpone a ellos, de modo que una organización específica para realizar las tareas puestas en común como son las relaciones exteriores, la defensa y ciertas tareas de promoción económica. De esto se deriva que la federación tenga fuerzas armadas propias y finanzas propias. Los funcionarios de la federación representan no a los Estados miembros sino al Estado Federal. Los funcionarios de la confederación son más bien plenipotenciarios de Estados soberanos en los

que cada Estado miembro se obliga por su voluntad o sólo en la medida de su voluntad como sucede en las reuniones - internacionales.

Tratándose de Estados en pie de desigualdad el vasallaje consiste en que un Estado esté obligado a pagar tributo a otro, fuera de ese pago, que representa la sumisión del vasallo, éste se desenvuelve en lo interno y en lo externo con libertad, pero el Estado vasallo no puede participar en alianzas políticas que de algún modo sean hostiles al Estado de quien depende.

En el caso del protectorado, la potencia protectora - toma a su cargo las relaciones exteriores, la defensa y la dirección administrativa del Estado protegido. En el resto de actividades estatales, el Estado protegido mantiene sus propios funcionarios y dispone por sí mismo en los asuntos de interés general; por consiguiente, el Estado protegido es un verdadero Estado, cuya soberanía ha sido limitada - por la intervención de una potencia extranjera. La calidad de Estado protegido se deriva de un tratado internacional.

En cuanto a las colonias, no poseen una organización propia sino que todo el poder está en manos de la potencia colonizadora. Las colonias no tienen personalidad internacional ni son propiamente Estados, pues su organización po

lítica es una prolongación de la organización política de la metrópoli; desde luego, el status de colonia tiende a evolucionar hacia una integración igualitaria con la metrópoli o hacia una separación respecto a esta última.

#### NATURALEZA JURIDICA DE LAS FEDERACIONES Y DE LAS CONFEDERACIONES

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza jurídica de estas dos formas de Estado. En cuanto a la confederación se discute si es una mera alianza internacional de Estados o sea un Estado simplemente formado por la integración de los otros Estados o si se trata de Estados superpuestos. Esto último significa que se estima que el Estado federal no es la mera integración de los estados federados, sino que es un Estado que se yuxtapone a éstos. La teoría de que la federación es un estado de estados ha sido sostenida principalmente por Laband. La teoría de que el Estado federal se yuxtapone a los estados federados se debe principalmente a Carré de Malberg.

#### NATURALEZA JURIDICA

En general puede decirse que el estudio de la naturaleza de la confederación y de la federación se hace sobre

situaciones típicas porque en la práctica no siempre se dan a cabalidad los rasgos de dichas situaciones típicas. Además, ya en el campo de las aplicaciones no hay que dejarse sorprender por los nombres que se dan a los Estados compuestos, sino que hay que examinar el fondo de su constitución; así oficialmente Suiza es una confederación; sin embargo, reúne las características propias de la federación. Tratándose de la confederación se dan los siguientes rasgos: a) es una asociación de Estados; b) todas las decisiones de la confederación deben ser ratificadas unánimemente por los Estados miembros; de modo que la regla que preside la confederación es la de la unanimidad; c) los estatutos federados mantienen la plenitud de soberanía y, por lo tanto, el derecho de representación diplomática; d) los Estados confederados tienen el derecho de sucesión, o sea pueden separarse legítimamente cuando lo deseen, esto mismo indica que la confederación es más bien una alianza de Estados; e) la confederación actúa como una unidad en los asuntos internacionales y está más bien llamada a realizar una política internacional que podrían realizar por separado los Estados miembros. Sin embargo, la confederación no tiene autoridad propia hacia el interior, sino que en este campo

depende por completo de los Estados miembros, ya que sus decisiones tienen que ser unánimemente ratificadas por éstos.

En cuanto a las federaciones no hay duda que constituyen un nuevo tipo de Estado. En las federaciones se dan los siguientes rasgos:

a)-El gobierno federal tiene órganos y competencia jurídica propios, cuya utilidad se deriva directamente del pueblo y no de los Estados federados;

b)-El territorio federal y el pueblo federal están sometidos simultáneamente a dos potestades estables: la potestad del Estado federal y la potestad de los estados federados. Es decir sobre el mismo territorio y el mismo elemento humano gravita al mismo tiempo dos clases de poder estatal; esto es posible porque estos dos poderes estatales tienen distintas competencias;

c)-El poder federal tiene en el fondo superioridad sobre los Estados federados y esto se demuestra en lo siguiente: los conflictos de competencia que se producen entre los Estados federados y el poder federal son resueltos por un órgano federal que tiene autoridad propia, que no se deriva ni directa ni indirectamente de los Estados federados.

Otro caso que demuestra la superioridad del poder federal es el siguiente: este poder puede acrecentar su competencia a expensas de la competencia de los Estados federados, aunque necesita la ratificación de una mayoría apreciable de Estados miembros. Aquí nuevamente se nota una diferencia importante respecto a la confederación, pues mientras ésta está regida por la unanimidad, regla necesaria - dentro de la idea de la soberanía estatal, la cual es incompatible con el principio de soberanía plena;

d)-El poder federal no sólo representa de modo unitario a los Estados federados en las relaciones exteriores, sino que tiene autonomía propia en lo interno, dentro de sus competencias y dispone de medios coercitivos para imponer directamente sus decisiones sin necesidad de la ratificación y ni siquiera de la intermediación de los Estados miembros;

e)-Los Estados federados no tienen derecho de sucesión, esto indica que en el Estado federal hay una autoridad política propia y que se trata de una forma específica de Estado que no es ni una alianza ni una suma de estados federados.

## ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

El Siglo XX ha visto el desarrollo de las organizaciones internacionales, después de la Primera Guerra Mundial apareció la sociedad de las Naciones y se iniciaron las organizaciones técnicas especializadas, como la Organización Internacional del Trabajo y la Corte Permanente de Justicia Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial aparece la Organización de las Naciones Unidas y numerosas organizaciones especializadas. Aunque el inicio de este movimiento ha sido el mantenimiento de la paz; pronto se comprendió que la paz tenía que fundarse en relaciones internacionales justas y, que a veces la guerra tenía por origen la competencia económica. En tales circunstancias se extendió la colaboración internacional a los campos económicos, financieros, educativos, técnicos, etc. Las organizaciones existentes no son Estados, por el momento representa, el interés de la sociedad internacional por la consecución de objetivos básicos y comunes, pero no se trata de una mera alianza de la unanimidad, sino bajo la regla de la mayoría. Esto último indica que las organizaciones internacionales aún sin ser Estados representan intereses propios y han tomado a cargo la satisfacción de aquellos fines que los Estados no pueden realizar aisladamente. Representan en cier

ta forma una modificación al concepto tradicional del Estado y como tienen y sirven intereses políticos específicos han venido a demostrar que el Estado no es la forma última del desarrollo político. Recuérdese que para Hegel y para muchos autores hasta hace poco el Estado representaba la forma excelente y definitiva del desarrollo político. Ahora resulta que el Estado es insuficiente para realizar todos los fines de la sociedad humana y que se están presentando nuevas formas para realizar aquellos fines respecto a los cuales el Estado es insuficiente. No puede seguirse diciendo que, como Aristóteles y repitiéndose como se ha repetido por siglos que el Estado es la comunidad perfecta. Las organizaciones internacionales que benefician a los poderosos y a los débiles lo demuestran. Su mera existencia está diciendo que el Estado es insuficiente para realizar la plenitud de fines que el hombre tiene en la comunidad, pero esto no significa que las organizaciones internacionales sean nuevos Estados, precisamente para completar lo que falta a los Estados han de ser distintos de los Estados son nuevas formas políticas, son nuevos entes de cultura en los que Hegel no pensó. Estos nuevos entes han obligado a redefinir la soberanía y a reajustar las ideas tradicionales sobre el Estado; se trata pues de formas nuevas en el desarrollo político que representan la solidaridad

común entre los pueblos, la correlación de sus intereses y la exigencia de relaciones más profundas dentro de los nuevos medios técnicos de enlace internacional.

Las condiciones del desarrollo científico y tecnológico llevan relaciones más activas entre los pueblos y hacen imposible la existencia de islas de paz y seguridad; de allí que la idea básica de las organizaciones internacionales consiste en que la paz y prosperidad son indivisibles y que todos los Estados no importa su desarrollo y su poder, tienen intereses comunes. A esos fines básicos responden las organizaciones internacionales.

#### NACIMIENTO, MODIFICACION Y DESAPARICION DEL ESTADO

No se trata en este caso de estudiar el origen histórico del Estado como institución, sino de investigar cómo puede hacer, modificarse o extinguirse los Estados concretos y determinados. No se trata, pues, del nacimiento del Estado en general sino del nacimiento de éste o de aquel Estado. Clotpal, distingue dos formas fundamentales en cuanto al nacimiento de los Estados concretos: la formación primaria y directa y la formación secundaria. La formación primaria se llama también originaria y se produce cuando en determinado territorio no existía formación política algu-

na o las formaciones políticas existentes eran tan elementales que no se acercaban al Estado. En la formación originaria se distinguen dos modos de operación, el uno por impulso propio de los hombres que allí se asientan, y el otro por impulso de otros Estados. La formación originaria, pues, se produce en zonas despobladas ó en zona muy poco pobladas, cuyos habitantes no han evolucionado políticamente hasta constituir un Estado.

La formación indirecta se produce cuando un Estado nace de algún modo conectado con otros u otros Estados preexistentes. De esta conexión puede derivarse de que se extingan antiguos estados agrupándose en uno solo, o de que un antiguo Estado se fraccione en varios nuevos Estados.

#### EXTINCIÓN DE LOS ESTADOS

Desaparecen los Estados al extinguirse totalmente algunos de sus elementos fundamentales. Así cuando falta completamente el pueblo o si pierde totalmente el territorio, o se hunde el poder. En segundo lugar desaparecen los Estados por alguno de estos procedimientos: fusión, incorporación y fraccionamiento. El caso de la formación indirecta de los Estados tiene gran interés jurídico porque se plantea el problema de si el nuevo o los nuevos Estados suceden al anterior o anteriores en los correspondientes derechos y -

obligaciones. Hay acuerdo en que el nuevo Estado debe respetar los derechos y obligaciones de los particulares, adquiridos dentro del regimen jurídico del Estado desaparecido. Pero en cuanto a las obligaciones del Estado nuevo, la situación es más delicada, se dice que el nuevo Estado no tiene técnica ni jurídicamente un vínculo con el anterior porque el Estado nuevo nace por propia voluntad. Algunos llegan a decir que el nuevo estado sucede en los derechos y deberes internacionales del Estado desaparecido - en caso de que haya una convención internacional firmada por el Estado desaparecido. Esto es sencillamente absurdo porque dentro de la teoría indicada todas las obligaciones del Estado anterior se extinguen y no hay vínculo jurídico para que el nuevo Estado se haga cargo de las obligaciones del anterior. Lo que puede suceder es que el nuevo Estado acepte voluntariamente suceder al anterior en sus derechos y obligaciones. Es conveniente esta decisión en cuanto a las obligaciones económicas pero no puede exigirse al nuevo Estado que mantenga las obligaciones políticas del Estado anterior. Es una medida de prestigio y buen gobierno que el nuevo Estado acepte las obligaciones no políticas del Estado desaparecido, en especial, debe aceptar - las deudas de éste. Así sucedió en Centro América cuando al

disolverse la Federación, los nuevos Estados resolvieron dividir en cinco partes la responsabilidad por el empréstito que la República Federal había contratado con inversionistas ingleses.

### MODIFICACION DEL ESTADO

Un Estado determinado se modifica cuando se altera alguno de sus elementos fundamentales. Así se modifica cuando pierde parte de su población si ésta pasa a otro Estado, o cuando aumenta su población incorporando habitantes que antes estaban bajo otro Estado. Pero el mero aumento o disminución de la población de un Estado no lleva por sí mismo una modificación. Por ejemplo el Estado griego no se modifica porque su población pase de cinco o siete millones de habitantes, como consecuencia del natural aumento de la población o de la llegada de inmigrantes. Pero el Estado griego se modifica cuando por razones políticas tiene que recibir un millón de personas de origen griego que estaban en territorio turco. El Estado también se modifica por alteraciones en su territorio, desde luego se entiende que hay modificación cuando existen alteraciones parciales en la población y en el territorio porque cuando se extingue totalmente la población o el territorio al mismo tiempo se -

extingue el Estado. También, el Estado se modifica cuando se altera el poder, pero distinto es el cambio en el gobierno, pues éste no modifica la estructura del Estado, aquí se trata de cambio en la estructura y las funciones del Estado mismo.

### RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

En la doctrina se considera que el reconocimiento internacional no es condición indispensable para que se tenga por existente el Estado. Se entiende que el Estado existe por una fuerza propia, desde el momento en que alguna organización con voluntad de dominación, o sea con voluntad de imponer decisiones para el bien de la comunidad por medio o por medios coercitivos, por lo tanto el Estado existe cuando se dan estas dos condiciones: a) Organización y b) Voluntad de dominación, o sea voluntad de imponer por medios coercitivos las decisiones que dicha organización tome para realizar el bien común.

El reconocimiento internacional no es constituyente, ni condicionante del nacimiento del Estado, pero si lo incorpora a la sociedad de Estados, a las relaciones exteriores. Se entiende que aunque el Estado nazca por una fuerza interna, tiene vocación natural para relacionarse con otros Estados. Es más, necesita de estas relaciones para -

desenvolver satisfactoriamente sus finalidades. La autarquía o autosuficiencia que era el ideal de la Polis Griega nunca pudo realizarse y hoy ningún Estado puede seriamente acariciar ese ideal. Pero el hecho de que el Estado tenga vocación natural para relacionarse con otros Estados y necesidad de mantener y acrecentar dichas relaciones, no significa que la existencia de un Estado depende de que otros Estados lo reconozcan; sin embargo, este reconocimiento, sobre todo si va acompañado de colaboración, puede ayudar a que el nuevo Estado se consolide. El nuevo Estado - que nace por fuerza interna si logra mantenerse por dicha fuerza interna termina por recibir el reconocimiento internacional. Muchas veces este reconocimiento ha llegado bastante después de que un Estado existe porque tiene organización y voluntad de dominación. Pero el Estado aunque se constituye por una fuerza interna puede a veces deber formalmente su existencia a una decisión internacional, tal es el caso de Israel, cuya calidad de Estado se debe a una decisión de las Naciones Unidas. Sin embargo, en este caso la decisión de las Naciones Unidas reconoció una realidad sociológica que se mantuvo y constituyó por una fuerza interna. El nuevo Estado tiene que aceptar el derecho internacional existente como una totalidad, siendo nuevo es na-

tural que no haya contribuido a la formulación de dicho de recho. Sin embargo, tiene que aceptarlo en bloque: desde - luego el derecho internacional contractual sólo le obliga en cuanto suscribe tratados o convenciones, pero el dere- cho internacional consuetudinario le obliga de modo direc- to o inmediato y sin necesidad de declarar expresamente - que lo acepta. Algunos Estados como Italia declara expre- samente que aceptan el quedar sometidos al Derecho Interna- cional consuetudinario, esto aparece en la Constitución de la República Italiana. Pero este tipo de declaración no es frecuente; sin embargo, se entiende que aún sin ella el de recho internacional consuetudinario obliga a todos los Es- tados sin excepción e inclusive a los nuevos Estados. Esta es una condición sin la cual no podría operar la sociedad internacional y constituye el principio obligado para el - funcionamiento de la misma. Los Estados aún sin aceptación expresa tienen que ir aceptando la costumbre internacional e invocándola a su favor, tenemos así el caso de normas - jurídicas que no han sido formalmente promulgadas por el - Estado y que sin embargo obliga a éste, lo cual es prueba de que en el campo del Derecho el Estado está en alguna ma nera condicionado por las regulaciones del orden interna- cional.

## ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DEL REGIMEN CONSTITUCIONAL

En el sentido material todo Estado tiene una Constitución o sea un específico modo de ser político, pero a veces ese modo de ser político se concreta en instrumentos jurídicos y entonces el Estado tiene formalmente una Constitución. Entendida la constitución en sentido material, nace con el Estado y el estudio de sus orígenes se confunde con el estudio de los orígenes del Estado. Pero en el sentido formal, la constitución tiene una historia que puede ser investigada.

Ha habido dos grandes períodos de constitucionalismo, el primero en Grecia cuando hubo constituciones escritas entre las que se cuenta como muy célebre la de Solón para Atenas y la de Licurgo para Esparta. En ese período cuando los griegos fundaban una nueva ciudad comenzaban a redactar una Constitución, pero ésta era invariablemente la obra personal de un hombre sabio a quien los ciudadanos de la nueva ciudad confiaban esa tarea como el más alto honor. Ese período constitucional desapareció con la cultura antigua.

El nuevo período constitucionalista es el de nuestro tiempo, que comienza a florecer en la segunda mitad del Siglo XVIII aunque tiene antecedentes bastante más lejanos.

En el Siglo XVIII se promulgó la Constitución de los Estados Unidos y las primeras constituciones francesas. Ese ejemplo ha sido imitado, y a estas horas todos los Estados tienen una constitución totalmente escrita o por lo menos parcialmente, como sucede en Gran Bretaña. Los antecedentes de este segundo período constitucionalista son bastante lejanos y se citan en Inglaterra: la Carta Magna de 1215, el "Instrumento de gobierno" de Oliverio Cromwell, la declaración de derechos ingleses de 1689. Si citan también antecedentes en los Estados Unidos, en efecto los primeros colonos que desembarcaron en el Mayflower celebraron previamente un pacto escrito que regiría la colonia que estaba por fundar. Otras colonias siguieron el mismo ejemplo y esos son los antecedentes para que cuando los Estados Unidos obtuvieron su independencia pusieron por escrito la organización fundamental del nuevo Estado, o sea formularon una constitución.

El ejemplo norteamericano inspiró a los franceses, quienes se dieron su primera Constitución en 1791. El ejemplo francés que rápidamente imitado, durante algunos años hubo partidarios de las constituciones escritas que se llamaron constitucionalistas, y adversarios de dichas constituciones que se llamaron anticonstitucionalistas. --

Los primeros terminaron por triunfar. El entusiasmo por las constituciones fue enorme y muchos pelearon y creyeron que sólo las constituciones podrían resolver todos los problemas políticos. Se crearon teorías sobre la constitución y el poder constituyente, y se fué afinando una técnica para la formulación de esos instrumentos. La importancia de las constituciones fue tanta que en países como Francia, el estudio del Estado se redujo al estudio del Derecho Constitucional. Desde luego, actualmente se reconoce que el Derecho Constitucional es una parte importantísima del estudio jurídico del Estado, pero que no agota el estudio del Estado.

## CAPITULO II

### 1. ELEMENTOS, CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

- a) Sujetos.
- b) Objeto.
- c) Fuentes de Derecho.
- d) Concepto de Garantía.
- e) Principio Constitucional que rige a las Garantías individuales.
- f) Origen formal de las Garantías Individuales, por lo que toca a su consagración por el Orden Jurídico Estatal.

### 2. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

Hemos afirmado anteriormente que la obligación estatal que surge de la relación jurídica que se traduce en la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo en favor del gobierno por parte de las autoridades del Estado. Al respecto, pues, que éste, por conducto de sus autoridades todas, debe observar frente al individuo o gobernado, se puede manifestar en una mera abstención o no hacer o en la realización de prestaciones positivas. Consiguientemente, desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que denota la garan

tía individual, ésta puede ser negativa (en tanto que impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no -- prohibir, etc.) o positiva (en tanto que las autoridades es tatales y el Estado, por mediación representativa de éstas, están obligados a verificar en beneficio del titular del de recho subjetivo público o gobernado una serie de prestacio nes, hechos, actos, etc., o sea, a desempeñar un comporta miento activo, tal como la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un comportamiento previo para poder privar a una persona de la vida, de la libertad, etc.)

Tomando en consideración el segundo punto de vista a que aludimos con antelación, esto es, el consistente en el contenido del derecho subjetivo público que para el goberna do se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan - las garantías individuales, éstas pueden ser: de igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. En efec to, todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del sujeto obligado frente a su titular. Este "algo" cons tituye, pues, el contenido de exigencia del derecho subje tivo (v.gr.: la entrega de una cosa, de una suma de dinero, de transmisión del uso de un bien, etc.).

Por ende, podemos decir que la vida en común, que la convivencia humana, son sinónimos de relaciones sociales entre los miembros de una determinada sociedad.

Lógicamente, para que sea dable y posible el desarrollo de esa vida en común para que puedan establecerse las relaciones sociales, para que, en una palabra, pueda existir la sociedad humana, es menester que la vida de cada - quien esté limitada en tal forma que su ejercicio no ocasione el caos y el desorden, cuya presencia destruyen la convivencia. Esas limitaciones a la conducta particular de cada miembro de la comunidad en sus relaciones con los demás sujetos que la integran, se traducen en la aparición - de exigencias y obligaciones mutuas o recíprocas, cuya imposición no sólo es natural, sino que necesaria, obra del derecho, que sociológicamente responde como el medio imprescindible de satisfacer esa necesidad de regulación.

El contenido normativo del derecho, bien plasmado en disposiciones legislativas, expedidas por órganos determinados, bien como substratum de una práctica social constante y con fuerza de obligatoriedad, forzosamente debe estar garantizado, en cuanto a su imperatividad, por un poder superior a la voluntad de cada individuo, de tal suerte que

la aplicación de lo jurídico no quede supeditada al arbitrio de éste. Ese poder, que también recibe el nombre de autoridad, considerado este concepto no en su acepción de órgano estatal dotado de funciones de ejecución y decisión, sino como actuación suprema, radica en la comunidad misma, en el propio grupo social, y es ejercido por entidades creadas a posteriori; a las cuales expresamente se les ha conferido esa facultad.

La autoridad en un Estado (el cual constituye la forma de organización política y jurídica de una sociedad humana, pueblo o nación), en la connotación que hemos atribuido al concepto receptivo, implica, pues, un poder, o sea, un conjunto de facultades y actos pendientes tendientes a garantizar el orden de derecho mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad; asegurando así el orden social (aún cuando su atribución indebida en muchas hipótesis históricamente dadas, sirva de medio a la arbitrariedad despótica).

De la importante misión que tiene ese poder social - cuyo titular es el Estado como organización formal, jurídico, política de la sociedad humana y cuya depositaria es ésta (de acuerdo con las Doctrinas actuales unánimemente aceptadas), se desprende con evidencia una de sus caracte-

rísticas elementales, a saber: la de ser soberana.

La soberanía cuyo término deriva de la conjunción "su peromnia" o sea sobre todo, es un atributo del poder del Estado, de esa actuación suprema desarrollada por y dentro de la sociedad humana que supedita todo lo que en ella existe, que subordina todos los demás poderes y actividades que se desplieguen en su seno.

Pues bien, el Estado como forma en que se organizan un pueblo o una sociedad humana, al adquirir sustantividad propia, al revestirse con una personalidad jurídica y política sui géneris, se convierte en titular del poder soberano, que sin embargo, como ya dijimos permanece radicado en uno de sus elementos, que es la comunidad. Por consiguiente, podemos decir que la soberanía (entendiendo ya por tal no sólo un atributo del poder estatal, en virtud de su personalidad propia, artificial y real y socialmente, en la sociedad o pueblo, entendido éste en su acepción jurídica, no sociológica, o sea, como conjunto de individuos con derechos cívicos, activos y pasivos.

La soberanía popular, llamada así porque es en el pueblo en quien efectivamente radica, según las doctrinas modernas es como dijera Jellineck, aquella potestad suprema - "que no reconoce ningún otro poder superior así, es el poder supremo e independiente". De esta concepción acerca de

la soberanía podemos derivar cuatro elementos que integran la soberanía definiéndola que soberanía es: un atributo ca racterístico del Estado mediante el cual éste hace valer - su voluntad y su poder como voluntad y poder supremos; con entera independencia de toda otra voluntad o poder que - exista o pueda existir dentro o fuera del mismo. Consiste pues, en la voluntad y poder supremos del Estado.

#### CUATRO SON LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA SOBERANIA

a) Supone ante todo una voluntad; o sea, una facultad de querer algo concreto; y a la vez supone que esa voluntad lleve consigo un poder; o sea la fuerza necesaria para realizar lo que la voluntad quiere. Así sucede también con toda persona natural.

b) Esa voluntad y ese poder del Estado es supremo, lo cual quiere decir que está por encima de toda otra voluntad o poder individual o colectivo que exista en la agrupación humana denominada Estado. Esta voluntad dotada de un poder supremo se concreta en definitiva en el Poder de mando que tiene el Estado y para que sea obedecido dispone y está respaldado por la fuerza.

Debe advertirse que el Estado hace valer su voluntad me diante su Poder Supremo; para el cumplimiento de su elevado fin, cual es que el decreto rija en las relaciones humanas.

c) Este Poder Supremo o Soberanía es independiente de todo otro poder que esté dentro o fuera del Estado mismo. Lo anterior es una consecuencia del carácter supremo que tiene el poder, pues si está sobre los demás poderes que dentro de él pueden existir, no podría depender de ellos, tiene que ser independiente de los mismos. En lo que respecta a las soberanías de otros Estados, el poder de cada uno de ellos es independiente del otro u otros, de donde resulta que ningún Estado puede imponer su voluntad a otro.

d) La soberanía reside en el pueblo. El Artículo No.1 de la Constitución Política de la República de El Salvador dice:

"El Salvador es un Estado soberano. La Soberanía reside en el pueblo y está limitada a lo honesto, justo y conveniente a la sociedad".

El Artículo No.6 de la misma Constitución Política dice:

"Todo poder Público emana del pueblo. Los funcionarios del Estado son sus delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley".

Pero esta voluntad y poder supremos no son ilimitados; están limitados por el mismo orden jurídico del Estado -- (Constitución). No puede el Estado hacer aquello que vaya contra los principios de la honestidad y la justicia que de

be haber en todo conglomerado social ni aquello que sea in conveniente al mismo conglomerado. De ser así, el Estado - terminaría por destruirse a sí mismo. Por ello el Artículo 1 de la Constitución al declarar que El Salvador es un Estado soberano, que la soberanía reside en el pueblo, agrega, que ésta tiene por límites lo honesto, lo justo y conveniente a la sociedad.

De la noción de soberanía así explicada se deducen las siguientes consecuencias:

PRIMERA: La soberanía es una; o sea, que en un mismo territorio y en un mismo pueblo no puede haber más que una sola soberanía y el pueblo mismo no puede estar sometido mas que a la soberanía de un solo Estado.

SEGUNDA: La soberanía es indivisible; o sea, que en un Estado no puede atribuírsela un solo hombre; aún cuando fuese el monarca o el dictador de ese pueblo; ni la puede detentar una familia, dinastía ni grupo, pues reside esencialmente en el pueblo que integra al Estado y como consecuencia no admite división para ser compartida.

TERCERA: La soberanía es inalienable; o sea, que no puede ser enajenada; y

CUARTA: Es imprescriptible; lo cual quiere decir que no puede ser adquirida por prescripción; pues el Art.9 de la Constitución Política dice:

"Ninguno de los Poderes constituidos podrá celebrar - o aprobar tratados o convenciones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno establecida, o se menoscabe la integridad del territorio o la soberanía del Estado".

De todo lo dicho se concluye que la soberanía con todos sus caracteres apuntados puede ser considerada en su - ejercicio por el Estado, desde dos aspectos diferentes en - los interior y lo exterior, o sea en sus relaciones con sus súbditos o habitantes en sus relaciones con los demás Estados. A la primera se le llama Soberanía Inmanente y a la segunda Transeúnte.

No se trata de dos soberanías diferentes; en el mismo Derecho en dos distintos ejercicios; el interior y el exterior.

En consecuencia, en virtud de la Soberanía Inmanente, mediante la Ley Constitucional y demás leyes secundarias, creadas por el Estado mismo; éste se organiza diciendo en el Art.3 que:

"El Gobierno es republicano, democrático y representativo".

Crea sus órganos mediante los cuales ejerce su poder.

El Art.4 manifiesta:

"El Gobierno se compone de tres Poderes: Legislativo,

Ejecutivo y Judicial, que actuarán independientemente dentro de sus facultades, las cuales son indelegables, y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas".

El Art.2 dice:

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

O sea que garantiza a sus habitantes el goce de sus derechos.

El Art.112 dice:

"La Fuerza Armada está instituida para defender la integridad del territorio y la soberanía de la República, hacer cumplir la ley, mantener el orden público y garantizar los derechos constitucionales. Velará especialmente por que no se viole la norma de la alternabilidad en la Presidencia de la República".

O sea hacer cumplir las leyes. Los aplica en los casos concretos o determinados.

El Art.81 dice:

"El Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. Corresponde a este Poder la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo

juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral, así como en las otras que determine la ley".

En virtud de la soberanía Transeúnte, mantiene relaciones de toda índole con los otros Estados, norma sus representantes ante ellos, guarda la paz exterior, celebra tratados y ejerce todos los derechos que le son propios sin interferir en la vida interna de los otros Estados.

Pues bien, si es el propio Estado el que se autolimita en cuanto al Poder que le es inherente para cumplir sus fines; evidentemente que esta autolimitación se traduce en una serie de restricciones jurídicas, impuestas a la actividad de las autoridades estatales. Por tal motivo, la soberanía, por lo que ve el Estado, implica una autolimitación en los términos ya indicados y por lo que concierne a las autoridades, una limitación a su actividad desplegada en el ejercicio del Poder Estatal.

#### ELEMENTOS, CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

La autolimitación y, por ende, las limitaciones o restricciones a la conducta de las autoridades se establecen por todo el orden jurídico del Estado; independientemente de la índole jerárquica de las distintas normas que la integran, siguiendo diferentes criterios a diversos factores

que no son del caso mencionar. Ahora bien, directa y primariamente, frente a los miembros singulares del Estado - o gobernados, la autolimitación estatal y las limitaciones jurídicas a la actuación de las autoridades se revelan en las garantías individuales. Por tanto, éstas se traducen - jurídicamente en una relación de derecho existente entre - el GOBERNADO como persona física o moral y el ESTADO como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades, cuya actividad en todo caso se desempeña en ejercicio del Poder y en representación de la Entidad Estatal. En realidad, los sujetos inmediatos y directos de - la relación jurídica que implica la garantía individual es tán constituidos por el gobernado, por una parte, y las au toridades del Estado, por la otra; puesto que es la conduc ta de estas mismas la que está limitada o restringida de - modo directo por dicho vínculo de Derecho; sin embargo, co mo una autoridad no debe ser reputada como una entidad o - funcionario; esto es, que traduzca una voluntad propia en cuanto al desempeño de su actuación pública, sino que siem pre se la debe considerar como representante del Estado, a quien se encomienda el ejercicio del poder de éste. Hablando con propiedad las limitaciones que comprende la relación jurídica que entraña la garantía individual, y que inmedia

ta y directamente se imputan a la conducta autoritaria, repercuten en la potestad del Estado, ya que la primera no se traduce sino en el ejercicio o desempeño de éstas.

En la vida de cualquier Estado o Sociedad existen tres fundamentales tipos de relaciones: Primero, las de coordinación, Segundo, las de supraordinación y Tercero, las de supra a subordinación.

Las primeras son vínculos que se entablan entre los mismos gobernados limitando la actividad que recíprocamente desarrollan y cuando tales relaciones se regulan por normas jurídicas articuladas en uno o varios sistemas, éstos constituyen las distintas ramas del derecho privado. Las relaciones de supra-ordenación se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno o de un Estado o Sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos; y si esta normación se consagra por el Derecho Positivo, la rama de éste que la instituye configura tanto el Derecho Constitucional como el Administrativo en sus aspectos orgánicos. A diferencia de los dos tipos de relaciones que hemos mencionado, que reconocen siempre una situación igualitaria o de paridad entre sus sujetos (gobernados entre sí o autoridades entre sí), las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva; o sea que

surjen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, es decir, entre el Estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado y el gobernado - por el otro. En dichas relaciones la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercibilidad. Ahora bien, cuando las relaciones de supra o sub-orientación se regulan por el orden jurídico, su normación forma parte tanto de la Constitución como de las leyes Administrativas principalmente - implicando en el primer caso las llamadas "Garantías Individuales". En consecuencia, éstas, de conformidad con lo expuesto, se traducen en relaciones jurídicas que se entablan entre el gobernado, por un lado, y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata, por el otro.

Pues bien, entre ambos sujetos pueden mediar diversas categorías de relaciones jurídicas, que, sin embargo, no son Garantías Individuales. Por ende, si bien es verdad que éstas son siempre relaciones jurídicas entre el gobernado y las autoridades estatales inmediatamente y el Estado en forma mediata, no toda clase de vínculo de Derecho entre tales

extremos de la relación denotan una Garantía Individual.

#### A. SUJETOS

La relación jurídica de supra a sub-ordinación en que se manifiesta la Garantía Individual consta de dos sujetos, a saber: el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

##### a) Sujeto Activo. (Idea de "gobernado").

Este precepto está íntimamente ligado al de acto de autoridad. En efecto, frente a cualquier persona se pueden desempeñar diferentes actividades, tanto por los particulares como por los Organos Estatales, formándose en el primer caso las llamadas "relaciones de coordinación", ajenas a la - garantía individual. Cuando el acto que un órgano del Estado realice frente a una persona no sea unilateral, imperativo y coercitivo es decir, cuando no sea de autoridad en los términos en que he expuesto esta idea, las relaciones respectivas que entre ambos sujetos se entablan no son de supra a - sub-ordinación, esto es, de gobierno, sino también, como en la hipótesis anterior, de coordinación, pues la entidad Estatal a través de dichos órganos no opera soberanamente (jus-imperi) sino como particular (jure-gestionis), buscando la colaboración voluntaria de su co-sujeto, mediante la concer

tación de actos bilaterales de diversa índole. En las relaciones de coordinación que se formen entre el Estado y sus órganos, por un lado, y los particulares por el otro, éstos no tienen la calidad de gobernados, ya que esta condición supone necesariamente una relación de gobierno o de supra o subordinación, la cual se constituye por verdaderos actos de autoridad, es decir, por actos emanados de tales órganos en ejercicios de las funciones estatales que para existir no requieren el consentimiento de la persona frente a la que se despliegan (unilateralidad), se imponen a la voluntad contraria de ésta (imperatividad) y la obligan coactivamente a obedecerlos (coercitividad). En conclusión, si para que una persona tenga el carácter de gobernado es menester que respecto de ella se desempeñen actos de autoridad y si éstos generan las relaciones de supra a sub-orientación, tal carácter sólo existe en los mencionados vínculos. Consecuentemente, por "gobernado" o sujeto activo de las Garantías Individuales debe entenderse a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a algún órgano Estatal de índole unilateral, imperativa y coercitiva. Las personas morales de Derecho Privado (Sociedad y Asociaciones); las de Derecho Social (Sindicatos y Uniones Sindicales); las de Derecho Público, personas morales, (Oficiales) y los organismos descentralizados.

El gobernado o sujeto activo de la Garantía Individual está constituido por todo habitante e individuo que viva en el territorio nacional independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etc. El término "individuo" que encarna al sujeto gobernado cuando éste se revela en una persona física, equivale a ser humano en su substantividad biológica, con independencia, como ya aseveré, de sus atributos jurídicos o políticos. La extensión de las garantías individuales en beneficio de las personas morales ha sido corroborada constantemente e invariablemente por la jurisprudencia que existe en nuestro país de los hechos pasados, ante la Corte Suprema de Justicia, así como constatada indirectamente por la Sala de Amparos al tratar la cuestión de la personalidad y la representación en el Juicio Constitucional.

La cuestión de que si las personas morales deben considerarse o no como titulares de Garantías Individuales ha sido un tema sobre el que alguno de nuestros más antiguos juristas emitieron variadas y opuestas opiniones. Al comentar el eminente jurisconsulto don Ignacio L. Vallarta, sostuvo que las corporaciones tienen derechos civiles, propiedades y capacidad para celebrar contratos, y que, a pesar de que solamente los individuos tienen derechos naturales de que gozan en su condición de hombres, las "Compañías" también pueden disfrutar

de tales derechos, porque "esas personas morales pueden ser juzgadas como cualquier individuo, y sus propiedades están bajo la protección de la Ley Constitucional, protección que necesitan contra los actos arbitrarios, lo mismo que cualquier individuo.

Las opiniones sobre si las personas morales deben o no gozar de Garantías Individuales sólo representan en la actualidad un mero interés histórico, pues tomando en cuenta que el concepto de "Derechos del Hombre" se sustituyó en nuestra Constitución Política vigente por el título de REGIMEN DE DE RECHOS INDIVIDUALES y que dentro de él se trata el de Garantías Individuales. Que son las Garantías otorgadas por la propia Ley fundamental de nuestro Gobierno, y que la persona física como tal no es ni debe ser el único ente al que como gobernado pertenezca la titularidad de las mencionadas garantías, las entidades morales de cualquier índole pueden ser y son sujetos activos de la relación jurídica que éstas entrañan, según he afirmado.

Pero no solamente la titularidad de las Garantías Individuales, es decir, su subjetividad activa, corresponden a las personas físicas y a las morales de Derecho Privado, sino que se extiende a las personas morales de Derecho Social y aún a las de Derecho Público. El concepto de "INDIVIDUO" a que se

refiere nuestra Constitución al decir (toda persona), equivale a la idea de "gobernado", o sea, el sujeto físico o moral cuya esfera jurídica es susceptible de constituir el objeto total o parcial de actos de autoridad imputables a los órganos estatales.

En resumen, las Garantías que con el título de "Individuales" instituye nuestra Constitución Política, se refieren propiamente a todo sujeto que tenga o pueda tener el carácter de gobernado en los términos que expuse este concepto. Consiguientemente, la denominación Garantías "Individuales" que - se atribuye a las Garantías que debe tener todo gobernado no corresponde a la verdadera índole jurídica de éstas y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia en la actualidad y que, por otra - parte, ha sido objeto de críticas destructivas injustificadas provenientes de ideologías socialistas o colectivistas que - se sustentan en nuestro medio. Por tanto, para evitar dichas críticas que sólo se basan en un error puramente terminológico consistente en haber denominado a las multicitadas Garantías con un adjetivo que únicamente traduce a uno de los sujetos activos de la relación jurídica que implica (individuo o persona física), es del todo indispensable que el nombre de "Garantías Individuales" se sustituya por cualquier - otro nombre que se adecúe al título antes mencionado y dis-

cutido por un sin número de tratadistas, los cuales no han llegado a la conclusión de ponerle el concepto o la titularidad la cual critican.

b) El Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo de la relación jurídica que implica la garantía individual está integrado, ya lo dije, por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo. Estas, según también aseveramos, son las directamente limitadas en cuanto a su actividad frente a los gobernados por las garantías individuales como manifestaciones de la restricción jurídica de la soberanía, siendo el Estado el sujeto pasivo mediato de la relación de derecho respectiva. Por ende, el gobernado titular de las garantías individuales tiene el goce de disfrute de éstas inmediata o directamente frente a las autoridades y mediata e indirectamente frente al Estado, el cual, como persona moral de Derecho Público que es, tiene necesariamente que estar representado por aquellas quienes, a su vez, están dotadas del ejercicio del poder soberano en su distinta esfera de competencia jurídica.

B. OBJETO

La relación jurídica que existe entre los sujetos mencionados genera para éstos derechos y obligaciones que tie-

nen un contenido especial. En efecto, las garantías individuales se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguardia de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. En consecuencia, los derechos y obligaciones que implica o genera la relación que existe entre gobernados y gobernantes o entre aquéllos y el Estado (en los términos ya apuntados), tiene como esfera de gravitación esas prerrogativas sustanciales del ser humano, cuyos fundamentos filosóficos expusimos en otra ocasión, considerándose como aquellas la Libertad, la Igualdad, la Seguridad Jurídica y la Propiedad.

Pues bien, desde el punto de vista de la relación jurídica en que se revela la garantía individual, ésta implica para dicho sujeto un derecho, esto es, una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al Estado en forma mediata y de manera inmediata frente a las autoridades de éste, surgiendo para el sujeto pasivo o sea, para estos dos elementos "Autoridad y Estado", una obligación correlativa.

Siendo las prerrogativas fundamentales del hombre inherentes a su personalidad lo que constituye el objeto tutelado por las garantías individuales, principalmente el derecho

que se establece por la relación jurídica en que éstas se traducen consiste en una exigencia imperativa que el gobernado reclama del sujeto pasivo de la aludida relación (autoridades y Estado), en el sentido de que se le respete un mínimo de actividades y de seguridad indispensable para el desarrollo de la personalidad humana.

La potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto activo de la relación jurídica multicitada o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público.

En efecto dicha potestad es un derecho, esto es, tiene el calificativo de jurídica, porque se impone al Estado y a sus autoridades, o sea, porque estos sujetos pasivos de la relación que implica la garantía individual están obligados a respetar su contenido, el cual, como ya advertimos se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano.

En este sentido, la potestad del gobierno de exigir a las autoridades estatales y, por ende, al Estado, el mencionado respeto a la indicada observancia, no es un mero hecho o una simple posibilidad de actuar del titular de la garantía individual y cuyo cumplimiento y acatamiento podrían eludirse.

Por el contrario, dicha potestad prevalece contra la voluntad estatal expresada por conducto de las autoridades, la cual debe acatar las exigencias, los imperativos de aquélla por estar sometida obligatoriamente.

En segundo lugar, la potestad de referencia es un derecho subjetivo, porque implica una facultad que la ley (en este caso la Constitución), otorga al sujeto activo (gobernado) para reclamar al sujeto pasivo (autoridad y Estado), determinadas exigencias, ciertas obligaciones. En este particular, la locución "Derecho Subjetivo", está empleada en oposición a la expresión "Derecho Objetivo", que se identifica con el término "Norma Jurídica" abstracta e impersonal.

Por último, la multicitada potestad es un derecho subjetivo público porque hace valer frente a un sujeto pasivo de esta índole, como son las autoridades estatales y el Estado mismo, según ya quedó expresado anteriormente.

Ahora bien, en cuanto a su existencia para el individuo, los derechos subjetivos pueden ser originarios o derivados. En el primer caso el nacimiento de los mencionados derechos se opera Per-sec, esto es, sin la verificación de un acto o hecho jurídico previo, bien sea porque sean inherentes a la personalidad humana o bien porque se imputen directamente por la ley a una persona. Por el contrario --

cuando se trata de derechos subjetivos derivados, su caución proviene de un acto o de un hecho jurídico previo o necesario como sucede con los derechos que nacen de un contrato, de un testamento, de la prescripción adquisitiva o positiva.

En otras palabras, los derechos subjetivos originarios son aquellos que corresponden a una situación jurídica concreta para cuya formación no es menester el cumplimiento o la realización de un hecho o de un acto jurídico particular y determinado, sino que resulta de la imputación directa que hace la ley a una persona acerca de una situación jurídica abstracta, imputación o referencia que personaliza o particulariza a ésta. A diferencia de los derechos subjetivos originarios, los derivados pertenecen a una situación jurídica concreta que se crea por un acto o un hecho concreto y previo, el cual reproduce, entre partes y sujetos determinados, una situación jurídica abstracta. Los derechos públicos subjetivos que nacen de la relación jurídica que implica la garantía individual, son evidentemente originarios, puesto que existen para el gobierno desde que éste nace, o sea, desde el momento en que es persona, independientemente de sus condiciones o circunstancias peculiares. En otras palabras, la titularidad de los derechos que integran el objeto

de las garantías individuales surge por una imputación inmediata y directa que hace la Constitución a los individuos - respecto a las situaciones jurídicas abstractas, cuyos substratum son las prerrogativas fundamentales del sujeto.

### C. FUENTES DE DERECHO

Se ha afirmado que la garantía individual se traduce - en una relación jurídica que se entabla entre el gobierno - como persona física o moral por un lado, y las autoridades estatales y el Estado por el otro. Ahora bien, la juridicidad de este vínculo y, por ende, de la garantía individual descansa en un orden de derecho, es decir, en un sistema - normativo que rige la vida social.

En orden a ese derecho, en cuanto a su forma, puede - ser escrito o consuetudinario. Por consiguiente, la fuente formal de las garantías individuales puede ser, o bien la costumbre jurídica, o bien la legislación jurídica, como - acontece entre nosotros.

Sin embargo, no a todo esto debe reputarse como fuente de las garantías individuales, sino a una categoría especial de normas que integran un todo preceptivo. En efecto, estimándose que los derechos fundamentales del hombre son los factores indispensables para el desenvolvimiento de la

personalidad de éste y, por ende el progreso material y - cultural de la sociedad a que pertenece, se las consagró en el ordenamiento fundamental o básico del orden jurídico estatal, es decir en la Constitución. Por ello es que esta es la fuente formal de las garantías individuales, que no son, en relación con los derechos sustanciales de la personalidad humana, sino la manera de consagración jurídica de los mismos traducida en la relación de derecho de que ya hemos hablado. Es, en la Ley Fundamental, esto es, en el ordenamiento en que primariamente se revela el orden jurídico del Estado y que obliga a gobernantes y gobernados y encauza el poder soberano, en la que se plasmaron las relaciones jurídicas que implican las garantías individuales y de las que forman parte los llamados "Derechos del Hombre" como Derecho Público Subjetivo.

#### D. CONCEPTO DE GARANTIA

Reuniendo en una proposición lógica los diversos factores y elementos que concurren en la caracterización de la garantía individual, diremos que ésta se traduce en una relación jurídica que existe entre gobernado, por un lado, y el Estado y sus autoridades, por el otro (sujetos activos y pasivos), en virtud de la cual surge para el primero

el derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad (objeto), relación cuya fuente formal es la Constitución.

De esta concepción de las garantías individuales se infiere la relación lógica que media entre ellas y los derechos de hombre. Estos son, en términos generales, potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consustanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídica positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico positiva de esos derechos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro.

E. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL QUE RIGE A LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Siendo nuestra Constitución Política la fuente de las garantías individuales, o sea el ordenamiento en el cual están consagradas, formando, por ende, parte de la Ley Fundamental, es lógico y evidente que están investidas de los principios esenciales que caracterizan al Cuerpo Normativo Supremo respecto de la legislación secundaria. Por consiguiente, las garantías individuales participan del principio de supremacía constitucional (tipificada en el Título X Regimen de Derechos Individuales de la Constitución Política de El Salvador), en cuanto que tiene una prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades todas deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria.

Por otra parte, las garantías individuales, que forman parte integrante de la Constitución están, como ésta, investidas del principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas y reformadas por el Poder Legislativo Ordinario (o sea por la Asamblea Legislativa Ordinaria del país), sino por un poder extraor-

dinario integrado por una Asamblea Constituyente, siempre que respeten los principios republicanos y democráticos y que se garanticen plenamente los derechos esenciales de los individuos y de las asociaciones.

F. ORIGEN FORMAL DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES POR LO QUE TOCA A SU CONSAGRACION POR EL ORDEN JURIDICO ESTATAL

Por origen formal de las garantías formales entendemos aquella manera o forma como el Estado o Sociedad política organizada incorporó en el orden jurídico constitucional los derechos públicos subjetivos cuyo contenido lo constituyen las prerrogativas fundamentales del gobierno o sea, el acto por virtud del cual dichos derechos se plasmaron en la Constitución. Para resolver esta cuestión existen tres soluciones.

La primera de ellas afirma que, siendo los derechos del hombre inseparables de su naturaleza y consustanciales a su personalidad, y, sobre todo superiores y preexistentes a toda organización social, el Estado debe respetarlos teniendo la ineludible obligación de incorporarlos al orden jurídico por él establecido, (Tesis Jus Naturalista).

La segunda de las mencionadas soluciones asienta que, si bien los derechos del hombre son anteriores a la socie-

dad, ellos no tendrían validez o efectividad si el Estado no los reconociera. De acuerdo con este punto de vista, el Estado ya no asume un papel de mero respeto u observancia frente a los derechos fundamentales del sujeto, sino que por un acto soberano los reconoce, reconocimiento sin el cual no tendrían imperatividad (Teoría del Reconocimiento).

La tercera solución propiamente parte de un criterio contrario al sustentado por la doctrina Jus Naturalista. En efecto, se afirma que sobre el poder del pueblo o la nación no existe ninguna potestad individual. Por ende, el sujeto particular no tiene ningún derecho que oponer al Estado, que es la forma política y jurídica en que se organiza el pueblo. Pero, para obtener la felicidad y el bienestar de la comunidad es menester procurar que sus partes integrantes, los individuos, sean dichosos. Y por ello es que el Estado en ejercicio del deber soberano cuyo titular es el pueblo, otorga, crea o concede a los gobernados determinadas prerrogativas que le coloquen al amparo de los desmanes, arbitrariedades e inniquidades de las autoridades que obran en representación de aquél (Tesis del otorgamiento o creación de las garantías individuales). En conclusión, según esta tercera solución, el establecimiento de las garantías individuales constituye parte integrante de la finalidad general del Estado determinadas por postu

lados éticos, como son los concernientes a la procuración del bienestar de la sociedad por medio de la obtención de la felicidad de sus miembros individuales, para cuya consecución se otorga a éstos ciertos derechos o prerrogativas fundamentales.

Como se ve, en relación con la cuestión que estamos tratando propiamente hay dos posiciones opuestas: el Jus Naturalismo (del cual en realidad es una variante la segunda solución, pues ésta considera que efectivamente existen derechos propios e inseparables a la persona humana, pero que sólo son válidos para el Estado cuando éste los ha reconocido en el orden jurídico), y la que podíamos llamar del Estatismo, para la cual las prerrogativas fundamentales del individuo son creadas por el Estado en el orden jurídico y no simplemente reconocidas o respetadas con toda necesidad.

## 2. CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Para clasificar en términos generales las garantías individuales disponemos de dos criterios fundamentales: uno que parte del punto de vista de la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual y otra que toma en conside-

ración el contenido mismo de los derechos públicos individuales que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.

No hay que confundir la clasificación de las garantías individuales propiamente dichas, y a la que nos referimos en esta ocasión, con la división que de las garantías en general ha elaborado Jellineck. En ambas clasificaciones el objeto es diverso puesto que en la que formularemos, ésta se constituye por las garantías individuales como relaciones jurídicas existentes entre el gobernado como sujeto activo y las autoridades estatales y el Estado como sujetos pasivos con los elementos y notas que ya hemos indicado; en cambio, el objeto de la clasificación hecha por Jellineck versa, no sobre las garantías individuales propiamente dichas, sino respecto de los medios que establecen un control o una salvaguardia al regimen de derechos en general y a los derechos de los gobernados en particular. Jellineck afirma que hay tres especies de garantías (o medios de preservar el orden jurídico): las Sociales, las Políticas y las propiamente Jurídicas. Las primeras están constituidas por todos aquellos factores culturales, por todas aquellas ideas religiosas, tendencias sociales, económicas, etc., que determinen en el ánimo de los gobernantes

tes o legisladores, la creación de un orden de derecho determinado, el cual, de esta guisa, se reputa como un mero producto cultural. Tales factores, ideas, tendencias, etc. cuando reflejan ideales éticos, significarán una influencia en la                      de los forjadores del orden de derecho, en el sentido de proscribir las arbitrariedades, inniquidades e injusticias legislativas, administrativas y judiciales. Las garantías políticas equivalen para Jellineck a un sistema o regimen de competencias y de limitación de poderes entre las distintas autoridades del Estado, de tal suerte que cada entidad autoritaria a cada funcionario se vea constreñido a actuar dentro de su órbita competencial creada por la Ley. Las garantías jurídicas se traducen para Jellineck en todos aquellos medios de derecho de que el gobernado dispone para proteger sus derechos frente a los gobernantes o autoridades, tales como el juicio de responsabilidad, las instituciones de fiscalización, los recursos legales ante la jurisdicción.

Hemos afirmado anteriormente que la obligación estatal que surge de la relación jurídica que se traduce en - la garantía individual puede consistir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer - positivo en favor del gobernado por parte de las autorida-

des del Estado. El respeto, pues, que éste, por conducto de sus autoridades todas, debe observar frente al individuo o gobernado, se puede manifestar en mera abstención o no hacer o en la realización de prestaciones positivas. Consiguientemente, desde el punto de vista de la naturaleza - formal de la obligación estatal que surge de la relación - jurídica que denota la garantía individual, ésta puede - ser negativa (en tanto que impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc.), o positiva (en tanto que las autoridades estatales y el Estado, por la mediación representativa de éstas, están obligadas a verificar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado, una serie de prestaciones, hechos, actos, etc., o sea, a desempeñar un comportamiento activo, tal - como la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un comportamiento previo para poder privar a una persona de la vida, de la libertad, etc.)

Tomando en consideración el segundo punto de vista a - que aludimos con antelación, esto es, el consistente en - el contenido del derecho subjetivo público que para el gobernado se deriva de la relación jurídica en que se manifiestan las garantías individuales, éstas pueden ser: de -

igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica. En efecto, todo derecho subjetivo tiende a exigir o reclamar algo del sujeto obligado frente a su titular. Este "algo" constituye pues, el contenido de exigencia del derecho subjetivo (v.gr. la entrega de una cosa, de una suma de dinero, la transmisión del uso de un bien, etc.etc.).

#### Garantías Individuales:

Medios que la sociedad asegura a todos sus individuos para que se respeten los derechos que ha reconocido a cada uno de ellos.

#### Garantías Constitucionales:

En la vida política, sea cualquiera la forma de gobierno que encauce los destinos del país, son perceptibles con mayor o menos intensidad dos factores que si se relacionan normalmente producen el orden jurídico, y que, por el contrario, le alteran cuando no engranan y se asisten con reciprocidad no alterada por ninguna circunstancia, ni condición.

Por exclusión venimos a parar al marco en que se desenvuelven las llamadas garantías constitucionales, no se puede pensar en ellas en ninguno de los dos supuestos a que acabamos de referirnos, porque cuando impera la autocracia, que es la tiranía de la autoridad, no hacen falta

para nada garantías de libertades, que no existen, y del mismo modo cuando impera la anarquía, que es la tiranía de la libertad, las garantías tampoco tienen ambiente, porque en todo caso quien había de necesitarlas era la autoridad proscrita y encarnecida por suponerla atentatoria a la propia dignidad humana; ¡Como si ésta no precisara ordenación concreta de sus manifestaciones múltiples que son todas y cada una de las en que se desdobra aquella personalidad generadora de derechos naturales!

De lo dicho inferimos lógicamente que el ambiente propio para hablar de garantías constitucionales es el de los gobiernos templados lo mismo de forma monárquica como republicana, y como los gobiernos templados vienen producidos por el desenvolvimiento del regimen representativo o constitucional, es en este regimen en el que se generan las garantías que se apellidan constitucionales precisamente por el medio político en que se afirman y producen.

Ahora bien, la representación que da vida al moderno constitucionalismo expresa por sí misma las líneas generales de la llamada garantía constitucional que en su manifestación simplista expresa fácilmente una doble modalidad y por ello una doble acepción. Unas veces se entiende por garantía constitucional la que reconoce el poder soberano

a las libertades en sus diversos sectores (es decir las llamadas garantías individuales), es decir las públicas, civiles y políticas para que puedan desenvolverse en la vida social. Otras veces la acepción se restringe y recota y entonces sin perder su sentido inicial refiérese única y exclusivamente a los dos primeros grupos de libertades, prescindiendo, por tanto, de las políticas. Tanto - es garantía para que la vida pública no pierda su ritmo, que el pensamiento pueda emitirse sin ingerencias del poder, salvo el excepcional de determinados casos, o que el domicilio sea inviolable, como que la representación alcance el mayor grado de perfección y la responsabilidad de los funcionarios la más fácil posibilidad de exigencia y, sin embargo, en el supuesto aludido nada menos que existen supuestos de categoría y significación diferente porque en él se menciona una libertad individual, la libre emisión del pensamiento, una libertad civil, la inviolabilidad del domicilio y otras, en fin políticas, la representación, y como secuela de su función lógica la responsabilidad de - los funcionarios que son los que pueden con su ineptia, - negligencia o perversidad falsear la Ley en el preciso momento de su cumplimiento y aplicación.

En síntesis podría decirse que se garantizan las li-

bertades antes dichas contra posibles atentados particulares, pero más caracterizadamente de los poderes públicos, y que esas garantías aparecen escritas en la llamada parte dogmática de las Constituciones modernas.

## BIBLIOGRAFIA

1. HANS KELSEN, Teoría General del Estado. Editora Nacional. México, D.F. 1965. Edición No.185.
2. IGNACIO BURGOA, Tópicos del Derecho Constitucional. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1954. No.2.
3. HERMAN HELLER, Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1947. Edición No.2.
4. JORGE JELLINECK, Teoría General del Estado. Compañía Editorial Continental S.A. México, D.F. 1958. Edición No.2.
5. REYNALDO GALINDO POHL, Apuntes de Teoría General del Estado. Versión del alumno Pedro Escalante Mena.
6. MARIO BERNASCHINA GONZALEZ, Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile.
7. ARTURO SAMPAY, Introducción a la Teoría del Estado. Bibliográfica Omeba. Argentina. 1961. No.2.
8. PORRUA PEREZ, Teoría del Estado. Editorial Porrúa. México, D.F. 1976.