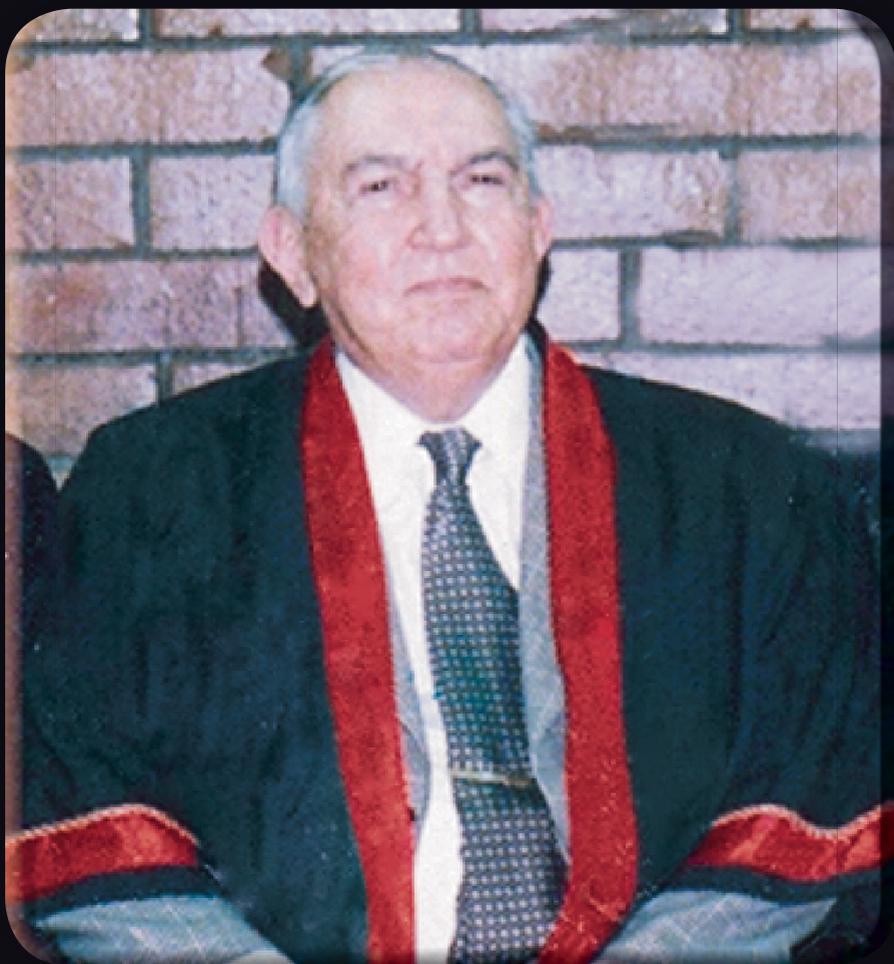


LIBER AMICORUM
IN MEMORIAM
Dr. José Enrique Silva





Dr. José Enrique Silva

(1930 - 2010)



Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Dr. José Enrique Sorto Campbell
Vicerrector

Dr. Fernando B. Castellanos
Vicerrector Académico

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Dr. José Enrique Sorto Campbell
Decano

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

Liber Amicorum

In memoriam Dr. José Enrique Silva

Diciembre 2011

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Coordinación de la edición y diagramación: Iris Hernández
Corrección ortográfico y gramatical: Lic. Gerardo Márquez
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la

**Universidad Dr. José Matías Delgado,
Instituto de Investigación Jurídica,**

Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II
(Ed. Nte. 2º. Nivel) Antiguo Cuscatlán, La Libertad,
El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 Ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 Ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

Sitio web: <http://ijj.ujmd.edu.sv>

El contenido de los artículos es responsabilidad de cada autor.
Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido, por cualquier medio,
sin la autorización escrita del Instituto o en su caso de cada autor.

Hecho el depósito que manda la ley
Derechos Reservados
ISBN: 978-99961-47-03-6

Impreso en El Salvador



Universidad Dr. José Matías Delgado
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Instituto de Investigación Jurídica

LIBER AMICORUM
IN MEMORIAM
Dr. José Enrique Silva



Índice

In memoriam José Enrique Silva	7
<i>René Fortín Magaña</i>	
Dedicatoria a José Enrique Silva	9
<i>Fernando B. Castellanos</i>	
José Enrique Silva Hombre de Grandes Méritos	11
<i>Pablo Mauricio Alvergue</i>	
La Libertad de Expresión, Extensión, Regulación, Límites y Colisión con otros derechos de las personas	19
<i>Roberto Oliva de la Cotera</i>	
Presentación	19
I. Conceptualización de la Libertad de Expresión	22
II. Medios de ejercer la Libertad de Expresión.	26
III. Prohibición de Censura	32
IV. Derecho de Rectificación o Réplica.	35
V. Derecho Penal y Libertad de Expresión.	36
VI. Derechos Personalísimos	39
VII. Conflictos de los Derechos Personalísimos con la Libertad de Expresión	45
VIII. Garantías de Libertad de Expresión.	47
IX. Acta de Chapultepec y la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	50
El Registro de Comercio su Significación y Funciones	55
<i>Manuel Del Valle Menéndez</i>	
I. Antecedentes Históricos	55
II. Sistemas Registrales	60
III. Organización Legal y Administrativa del Registro de Comercio.....	63
IV. Caracteres y Finalidades del Registro de Comercio	65
V. Control de Exactitud y Legalidad. Facultades del Registro de Comercio	68
VI. Proceso de Inscripción	70
VII. Conclusiones	80



Leyes Ambientales y Jueces Pro-Salud	83
<i>Alonso Castillo Robles</i>	
Introducción	83
I. El Poder Judicial en un Estado Constitucional Democrático de Derecho	86
II. De la Denuncia de Contaminación	89
III. De la Información Ambiental en la Función Judicial Concreta	93
IV. Los Jueces en el Procedimiento Conciliatorio	100
V. Integración de las Normas Procesales (Art. 19 Cp.C.M.)	105
VI. Medidas Cautelares Ambientales Judiciales	108
VII. Respecto del Sugerido Convenio entre la Corte Suprema de Justicia (O.J.), El F.G.R., el Ministerio de Medio Ambiente (O.E.), y las Escuelas de Derecho (Sociedad Civil Organizada y Participativa)	115
VIII. Efectos Judiciales de una Denuncia de Contaminación	116
IX. Tratados Internacionales	124
 La Responsabilidad Civil Médica	 135
<i>Gerardo Arístides Márquez</i>	
I. Introducción	135
II. Requisitos Procesales	140
III. Apéndice	145
 C87 Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, su Desarrollo y Aplicación en El Salvador	 167
<i>Amada Libertad Infantozzi</i>	
Introducción	167
I. Antecedentes Históricos y Estructurales	170
II. La Crisis del Sindicalismo	175
III. Principales Contrastes y Deficiencias en la Aplicación del Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicalización en El Salvador	176
IV. Los Sindicatos y la Contratación Colectiva.	185
V. Informes de Casos Atentatorios Contra el Derecho de Libertad Sindical	189
VI. Conclusiones	196
 La Disfunción Institucional	 201
<i>René Fortín Magaña</i>	

In memoriam *José Enrique Silva*

José Enrique Silva fue, ante todo, un maestro. Es verdad que su multifacética personalidad le permitía hablar con autoridad en muchos campos del saber: en la literatura y en la historia, sobre todo, y en variadas ramas de la enciclopedia jurídica. En sus mocedades fue poeta, y quien sabe por qué disuasivas circunstancias se alejó de Erato y de Calíope. Seguramente, porque lo capturó más el Derecho y, especialmente, el Derecho Penal.

Aún antes de doctorarse, atraía a los alumnos por la profundidad y la amenidad de sus enseñanzas y, después de haber ocupado los más altos cargos públicos, volvió a la cátedra y en ella terminó sus afanosos días. De él puede decirse, como pocos, que discurrió los setenta y nueve años de su existencia con una vida plena. Plena en el desarrollo de su personalidad; en el hogar que formó con su querida esposa Zoila Ninfa Martínez, y en sus hijos y nietos; plena en el ejercicio de su profesión; en su talante de profesor de la más alta categoría; en el servicio público y privado; y en su relación de amigo y compañero.

Cuando inhumamos sus restos, dije algunas palabras en el locutorio de la Iglesia de Cristo Redentor. Con la natural emoción que produce la despedida de un grande y singular compañero y amigo, me salió del alma decir que, si bien lamentábamos profundamente su partida, también podíamos alegrarnos y encender el cielo con luces de colores y gritar ¡tres hurras! al final de su existencia, precisamente por lo que arriba expresé: por haber sido una vida plena, fructífera, productiva y brillante, al contrario de tantas que se truncan en el camino.

René Fortín Magaña
20 de septiembre de 2011.

Dedicatoria a
José Enrique Silva

Tuve la suerte de haber conocido al Dr. José Enrique Silva, catedrático, que se desempeñó en las disciplinas del Derecho Penal de la Universidad “Dr. José Matías Delgado.”

El Dr. Silva se caracterizó por una vida transparente al servicio de la Universidad y de la sociedad en general.

Fue siempre un acucioso investigador histórico, interpretando acontecimientos pasados, obteniendo valiosa experiencia que servirá en la trayectoria futura pública y privada de los alumnos a quienes enseñaba.

De palabra fácil, expresión cabal de pensamientos trascendentes, sus intervenciones en el aula, en círculos académicos, en el Consejo Directivo de la Universidad y otras instituciones de Derecho, fueron claras, lógicas; pertinentes en el profundo contenido de los temas que trataba.

Hombre sencillo, ajustado a los Valores Éticos, hacían de él una persona sabia, en el sentido de que vivía su vida conforme convicciones morales que corresponden a un ser humano evolucionado.

Nunca escuché de su parte una crítica dura, áspera a persona alguna; más bien, comprendía él, el grado de evolución de las mismas y la razón por la cual actuaban o decían sobre diversos temas; esto es de mucha importancia, porque no propiciaba cuestiones confrontativas, sino que más bien fomentaba la unidad, de los demás, la comprensión a fondo de las causas del hacer y decir de los hombres.

Con sus cualidades de hombre inteligente, de principios morales arraigados, concedor del Derecho, investigador de la historia, abierto



a impartir a los demás en la forma más sencilla y clara, paso su vida como un Maestro, enseñando desinteresadamente lo que creía que era un bien para los demás. Todo lo anterior, constituye las cualidades de un Maestro.

José Enrique Silva no fue un simple instructor, sino que su principal cátedra fue el de la ejemplaridad de su verbo y proceder; hombre humilde, el dió a los demás un ejemplo del contenido esencial de vida, en donde el conflicto de opiniones e intereses provoca situaciones que culminan hasta en el desconcierto.

Pasó por el camino de la objetividad mundana, sin exigencias previas. Hasta el día de su muerte, en el que su inteligencia se elevó y juntó con la influencia universal, que es la verdadera inteligencia de todos los hombres, de la humanidad entera, que se refleja con gran claridad en la medida que nos desmaterializamos.

Sus restos mortales son la forma que en polvo se convierte, su alma y su espíritu, la verdadera realidad, que como en el caso del Dr. Silva, tuvo gran influencia para producir un hombre altamente evolucionado.

Hoy a la Universidad, sus amigos y personas íntimas que tuvieron la feliz oportunidad de convivir con él, no les queda más que el brillante pensamiento que en diversas circunstancias manifestó diversos tópicos de la vida.

Estas frases provocadas por la transformación de Dr. Silva son producto de un cordial sentimiento de compañerismo con un hombre como fue el Dr. José Enrique Silva.

Fernando B. Castellanos

José Enrique Silva

HOMBRE DE GRANDES MÉRITOS

El homenaje tributado in memoriam a José Enrique Silva es lo menos que se puede ofrecer ante la irreparable pérdida de un hombre cuya vida fue un ejemplo de dedicación a actividades valiosas en el campo de la literatura, el derecho penal, la docencia universitaria y la historia, inquietudes intelectuales y artísticas que practicó en forma habitual y sobresaliente.

Haber sido su compañero en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional fue para mi uno de los más afortunados designios, pues me permitió conocer su carácter amistoso, su temperamento literario inclinado a la poesía y su evidente vocación por el derecho penal, a cuya enseñanza, dedicó la mayor parte de su vida profesional. Así como la labor de redactar múltiples textos sobre la materia a fin de facilitar el aprendizaje a sus alumnos. En este sentido, siempre estuvo atento a las frecuentes reformas que la legislación penal experimentaba procurando con ello mantenerse al día con los cambios legislativos en sus actividades docentes. Igual ritmo de actualización observaba en lo que respecta al estudio de las doctrinas penales tanto por su dedicación docente como porque era un verdadero bibliófilo que acumulaba libros en su biblioteca con una avidez que superaba su capacidad de lectura.

Por lo que se refiere a su afición por la historia, he tenido la fortuna de acceder a su COMPENDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN EL SALVADOR, una obra de breve extensión pero de gran calidad en cuanto a su contenido y de mucha amenidad pues en ella se reflejan las dotes literarias a que antes he hecho alusión.

En estos días en que con motivo del bicentenario del primer grito de independencia se ha despertado un vivo interés por los acontecimientos históricos que significaron el inicio de la gesta independen-



tista, el compendio aludido hace una referencia detallada en cuanto los hombres, que en la época fueron diputados de Centroamérica a las cortes españolas después que entró en vigencia la Constitución de Cádiz de 1812. Tal experiencia fue de gran utilidad a la participación de diputados centroamericanos en las cortes españolas y en la elaboración de la constitución de Cádiz de 1812, fue una valiosa experiencia cuyo ejercicio práctico tuvo lugar en la redacción de la constitución de 1824.

“Los diputados centroamericanos a las Cortes de Cádiz fueron: por Guatemala el presbítero Antonio Larrazábal; por Honduras don Francisco Morejón; por Nicaragua el presbítero Antonio López de la Plata; por Costa Rica el presbítero Florencio Castillo y por San Salvador el presbítero José Ignacio Ávila. El total de diputados fue de 303 de los que los americanos sumaban 63”. Entre el conjunto de diputados por Centroamérica solamente el de Honduras no tenía el título de presbítero lo que evidencia la importancia de la religión católica en la política de España en esa época. A este respecto es oportuna o transcribir el siguiente párrafo: “ Cuatro eran los objetivos fundamentales de las Cortes de Cádiz: 1º) Conservación de la santa religión católica; 2º) la libertad del rey; 3º) continuar la guerra para expulsar a los franceses, y 4º) restablecer y mejorar la constitución fundamental.”

Respecto a la misión encomendada al representante salvadoreño presbítero José Ignacio Ávila, “se concretaba a lo siguiente: en primer lugar, se pedía la creación de un obispado en San Salvador, independiente del de Guatemala y luego, el establecimiento de un centro de enseñanza de categoría superior. Tales peticiones fueron desoídas”.

A continuación se trata el interesante tema de los alcances jurídicos del Acta de Independencia que se inicia con el siguiente párrafo: “Fuera de los alcances históricos y políticos del Acta de la Independencia fechada el 15 de septiembre de 1821, cabe aludir a su



contenido jurídico, especialmente si se acepta, con sobrada razón, que es nuestra primera ley, vale decir, el conjunto de disposiciones que marca el advenimiento del derecho patrio.” En efecto el presbítero y doctor Isidro Menéndez, conocido como el padre de la legislación salvadoreña incluye el Acta de Independencia como ley primera en las preliminares de su recopilación de leyes patrias: Sobre este punto nuestro autor sostiene que no se trata de una mera declaración desprovista de formalidades jurídicas. Antes al contrario con su considerando único y sus dieciocho acuerdos, redactados en forma de artículos, llena la forma de un decreto que tiene como fuente la decisión popular, manifestada por escrito y de palabra y a través de la cual se traducen sus públicos e indudables deseos de independencia del gobierno español. Sobre la validez jurídica del Acta de independencia existe la dificultad de que quienes la proclamaron no constituían un organismo formal aunque si presentaban la voluntad y el apoyo popular y en vista de ello reconocían la necesidad de convocar un congreso con plenas facultades para formalizar jurídicamente lo actuado. En efecto según el acuerdo segundo del Acta se busca que circulen oficios a las provincias por correos extraordinarios, para que sin demora alguna se sirvan proceder a elegir diputados o representantes suyos, y estos concurrirán a esta capital, a formar el congreso que debe decidir el punto de independencia general absoluta, y fijar en caso de acordarla, la forma de gobierno y ley fundamental que deba regir.”

De acuerdo con lo consignado en la misma acta, ésta tendría más bien el valor de una proclama cívico política que si obligaba a sus signatarios a cumplir con los compromisos suscritos, cosa que efectivamente ocurrió como la historia lo atestigua.

El segundo capítulo titulado “Esquema Constitucional y Últimas Reformas” hace un recuento de todas las constituciones que el país ha tenido a partir de 1824, destacando algunos aspectos característicos de cada una de ellas.



Inicia el Capítulo con la siguiente anotación: “De los cinco estados que integraban la Federación Centroamericana, El Salvador fue el primero en promulgar su constitución el 12 de junio de 1824.”

Si bien El Salvador fue el primero en aprobar una constitución en 1824, queda una especie de incógnita respecto a lo ocurrido en Centroamérica entre el 15 de septiembre de 1821 y el 12 de junio de 1824. La respuesta a esta interrogante aparece en una historia de reciente publicación denominada: “El Salvador Historia Mínima” una colección de artículos de diferentes autores uno de los cuales cuyo autor es Adolfo Bonilla afirma que “la independencia absoluta de México de España fue declarada en 1823. El acta del 15 de septiembre de 1821 no significó la independencia absoluta de las antiguas provincias del Reino de Guatemala.”

“Al conocer la declaración de 15 de septiembre, las diferentes provincias, las ciudades de León, Cartago y Comayagua, la aceptaron pero simultáneamente se anexaron a México. En cuanto a esta decisión solo San Salvador y San Vicente votaron en contra de la anexión”

Las complejas circunstancias que surgieron como consecuencia de la anexión a México, gobernado por Agustín de Iturbide auto nombrado emperador, no se resolvieron cuando Iturbide fue depuesto de tan elevado título y fue entonces que tuvo lugar la declaratoria definitiva. Según el artículo citado: “La anexión a México no funcionó como se esperaba por tres razones. En primer lugar, para los mexicanos fue imposible establecer el imperio mejicano. No contaban con la base aristocrática que es el fundamento natural de una monarquía. El rechazo de un miembro de la dinastía de los borbones a asumir la corona mejicana obligó a proclamar emperador a Agustín de Iturbide. Este cometió el error de marginar del gobierno a los insurgentes. Estas razones dejaron sin apoyo al emperador, quien fue forzado a abdicar el 19 de marzo de 1823.



En segundo lugar en América Central se pensaba que la riqueza mejicana ayudaría a solventar los problemas económicos centroamericanos. Todo lo contrario: México empezó a exigir contribuciones que no se estaba en posición de aportar. En tercer lugar, la oposición de San Salvador y San Vicente a la anexión a México fue férrea y tuvo que resolverse por la vía militar. El desarrollo de esta lucha creó las condiciones internas para que una vez colapsado el imperio mejicano se convocara a la Asamblea Nacional constituyente, la que el 1 de julio de 1823 declaró la independencia absoluta de las provincias unidas de América Central....Con razón se define a San Salvador como la cuna de la independencia...”

La Constitución de 1823 declaraba en su artículo primero: “El Estado es y será siempre libre e independiente de España y de México y de cualquiera otra potencia o gobierno extranjero, y no será jamás el patrimonio de ninguna familia o persona.” El territorio se dividía en la Constitución en cuatro departamentos: San Salvador, Sonsonate, San Vicente y San Miguel.

La segunda Constitución contenía como característica diferencial la de que “El poder legislativo sería ejercido por dos cámaras una de diputados y otra de senadores.”

La tercera Constitución mantenía el sistema bicameral del poder legislativo y en abierto apoyo al derecho natural, expresaba en su Art. 76: “El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas”. En cuanto a la reforma de la Constitución establecía que las reformas parciales solo podían acordarse por los dos tercios de votos de representantes electos. Se trataba en consecuencia de una Constitución flexible.

La cuarta Constitución trajo como novedad un sentido centroamericano en virtud del cual podían ser electos para la presidencia de la república “Los hijos de las otras secciones de Centroamérica siempre que llenaran los siguientes requisitos: tener quince años



de vecindario, poseer en El Salvador bienes raíces libres de todo gravamen que no bajen de veinticinco mil colones y haberse casado con salvadoreña”.

La quinta Constitución fue consecuencia de un golpe de Estado dado por el mariscal Santiago González quien convocó a una asamblea constituyente con el fin de reformar la constitución vigente. La reforma más sobresaliente fue la expansión del periodo presidencial de dos años a cuatro años sin reelección inmediata.

La sexta constitución fue dictada durante la presidencia del doctor Rafael Zaldívar y siguiendo la tónica adoptada por el doctor Silva, en este caso dice: “Con esta Constitución se confirmó la tristemente célebre frase de que “por esta sola vez,” que ha servido para encubrir reelecciones. En efecto, el Art 131 de carácter transitoria, decía: “Por esta sola vez la Asamblea Nacional Constituyente elegirá y posesionará directamente al Presidente de la República para el primer período constitucional, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los tres designados.”

Siempre bajo la presidencia del doctor Rafael Zaldívar fue promulgada la séptima Constitución, la que trajo como novedad la supresión de la disposición que prohibía la reelección presidencial.

La octava Constitución fue la dictada durante la presidencia del general Francisco Menéndez, quien a decir del doctor Silva se constituyó en un dictador militar por la sola voluntad popular y la característica principal de dicha Constitución fue la de ser de corte eminentemente liberal. Su primer manoseo lo recibió durante la presidencia del General Maximiliano Hernández Martínez , en 1939 y se trató de una reforma que entre otras cosas autoriza una reelección, basándose en el Art. 91 que en la parte correspondiente decía: “Excepcionalmente y por exigirlo así los intereses nacionales, el ciudadano que deberá ejercer la Presidencia de la República del primero de marzo del corriente año hasta el primero de enero de

1945, según esta Constitución será electo por los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, sin que por esta única vez tengan aplicación las incapacidades a que se refiere el artículo 94.” Dicho artículo expresaba: El ciudadano que hubiere ejercido la Presidencia de la República en propiedad no podrá ser reelecto Presidente de la República, ni electo designado sino después de haber transcurrido igual periodo, que comenzará el primero de enero del año de la renovación”.

En febrero de 1944 hubo una nueva reforma de la Constitución de 1939, uno de los motivos que dio origen el levantamiento de 2 de abril del mismo año, acontecimiento que curiosamente no se menciona en el compendio no obstante su relevancia histórico política.

La décima Constitución fue considerada la misma de 1886 a la que una Asamblea Constituyente le hizo reformas y estuvo en vigencia hasta octubre de 1948 en que ocurrió el Golpe de estado de la llamada Junta Revolucionaria de Gobierno .

La décima primera Constitución fue la denominada Constitución del 50 sobre la cual de manera inexplicable el doctor Silva no formuló comentarios no obstante que fue considerada una Constitución de avanzada en materia económica y social y estableció las bases para una política de mayor intervención del Estado en la economía

Respecto a la décimo segunda Constitución, solamente se señaló la fecha en que fue decretada y que se trataba de pequeñas reformas a la Constitución de 1950. La verdad que también en este caso se trataba de un golpe de estado y la principal reforma se refería a la posibilidad constitucional de que uno de los miembros del gobierno de facto pudiera ser candidato a la presidencia de la República.

La décimo tercera Constitución es la actualmente vigente a la cual el autor le atribuye muchas innovaciones importantes entre

las que menciona la Sala de lo Constitucional, el Consejo Nacional de la Judicatura; la prevalencia de los tratados sobre la legislación secundaria; regulación del régimen de excepción y cambios en la estructura del texto constitucional dando primacía a los derechos fundamentales, respecto a la parte orgánica.

El capítulo finaliza haciendo alusión a las reformas constitucionales introducidas con motivo de los acuerdos de paz.

Las referencias y comentarios hechos a los dos primeros capítulos si bien constituyen una breve introducción al Compendio de la Historia del Derecho de El Salvador, por una parte son suficientes para poner en evidencia lo interesante y oportuno de los temas tratados y por la otra, la necesidad de concluir el artículo debido al limitado espacio disponible en el *Líber Amicorum* de que formará parte.

Culmino este Comentario, recomendando a sus lectores la lectura del Compendio tanto por su amenidad como por su brevedad pero más que todo por la valiosa información histórica que contiene respecto a los acontecimientos que configuraron la independencia patria como el origen y desarrollo del derecho salvadoreño que sin duda constituyó otra expresión de la independencia salvadoreña. En este aspecto no debemos olvidar que jurídicamente hasta que logramos la independencia definitiva estuvimos sometidos a la legislación española.

Pablo Mauricio Alvergue



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EXTENSIÓN, REGULACIÓN, LÍMITES Y COLISIÓN CON OTROS DERECHOS DE LAS PERSONAS

*Roberto Oliva de la Cotera**

PRESENTACIÓN

La libertad de expresión y los derechos personalísimos como honor, intimidad u imagen, son instituciones que se insertan en un cuerpo común más amplio, que denominamos derechos del hombre. Estos derechos del hombre constituyen una preocupación propia de los tiempos modernos; hace apenas dos siglos que ellos han empezado a ser reconocidos de manera expresa y más o menos sistemática.

En la antigüedad algunos pueblos más adelantados culturalmente disfrutaban de ellos de hecho, sin tenerlos explícitamente consagrados.

En etapas históricas como la edad media no se desconoció la dignidad del hombre que declaraba la fe cristiana, pero tampoco se formularon esos derechos en forma explícita y completa. En cambio, prosperaron prácticas abiertamente contrarias a ellos, como la esclavitud.

Curiosamente, las luchas religiosas posteriormente a la Reforma son las que originan la necesidad, para superarlas, de admitir la libertad de conciencia y de imponer un clima de tolerancia y respeto

* Roberto Oliva de la Cotera, es Licenciado en Derecho por la Universidad José Matías Delgado, ha realizado diversos cursos de especialización y post-grado en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de Salamanca, España, y posee estudios de Doctorado en la misma universidad española. Actualmente es Docente de la Universidad Dr. José Matías Delgado y de la Universidad Francisco Gavidia, es también miembro y socio de la firma de Abogados Oliva & Oliva, dedicándose fundamentalmente a la elaboración y sustanciación de Procesos Contenciosos Administrativos y Procesos Constitucionales, así como brindar asesoría relacionada con el Derecho Público.



para creencias disidentes. La Ilustración asociará posteriormente la libertad religiosa y de creencias con otras libertades civiles.

La declaración de Independencia Americana, del 4 de julio de 1776, proclama que “los hombres son iguales y fueron dotados por Dios de derechos inalienables, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; para ello establece gobiernos cuya autoridad deriva del consentimiento de los gobernados. Esos poderes se organizan para procurar la seguridad y el bienestar de todos.” Posteriormente, en 1791, se introducen a la constitución americana de 1787 diez enmiendas que tienen por objeto complementar con nuevos derechos civiles y políticos desarrollados lacónicamente en la sección IX del capítulo I de la referida Constitución.

La revolución francesa por su parte aprueba el 29 de agosto de 1789 la llamada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 17 artículos donde “los derechos de los hombres”, son “naturales, imprescriptibles e inalienables”, los cuales consisten en la igualdad de libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Esta declaración precisa muchos de los derechos individuales que hoy denominamos derechos civiles y políticos.

La corriente política liberal que triunfa en una parte importante de las naciones occidentales, hace que esa declaración de derechos se transcriba en la mayor parte de las constituciones políticas.

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea de las Naciones Unidas, reunida en París, aprueba la declaración Universal de los Derechos del Hombre, moderno documento concebido en 30 artículos, en el que se propone una concepción más amplia y actualizada de los derechos humanos. No solamente contiene en ella los derechos civiles y políticos, sino también nuevos derechos económicos, sociales y culturales, de gran importancia para el desarrollo actual de la humanidad. La idea de los derechos civiles y políticos, llamados también derechos liberales, fue impulsada por las tendencias



liberal-individualistas y por la revolución francesa; la de los derechos sociales, por las doctrinas socialistas y la revolución de octubre.

Igualmente, varias organizaciones regionales de Estados han aprobado convenciones sobre derechos humanos. Tal es el caso de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del hombre, aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana, del convenio de Salvaguardia Europea de los Derechos del hombre, aprobada en Roma el 14 de noviembre de 1950 y de la Convención Americana sobre derechos Humanos aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

La importancia de la libertad de expresión y de los derechos de personalidad surge de que con estos se contribuye al cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevando su nivel cultural.

No obstante, un problema en su aplicación, es la correlación entre los deberes y derechos de las personas, pues el ejercicio de estos estará limitado por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En cuanto a la libertad de expresión, entendemos que la degradación del hombre proviene de la imposición del silencio, de prohibir que se externen los sentimientos, ideas u opiniones, obligándolo a que los conserve en su fuero íntimo.

Los pueblos condenados a no manifestar su pensamiento son serviles y abyectos, incapaces de experimentar ningún progreso cultural. En este orden de ideas los regímenes en los que impera la libre emisión de las ideas, la libre discusión y la sana crítica, se establecen las condiciones para que la sociedad pueda crecer intelectualmente.



Es claro que en los regímenes autoritarios la libre emisión del pensamiento constituye una amenaza contra el mantenimiento coactivo y represivo del Estado. Es evidente que dicha libertad, factor imprescindible de la cultura, solo puede concebirse como un derecho subjetivo dentro de los auténticos regímenes democráticos. Por ende en los Estados donde existe un único contenido social, económico o político y se prohíben otros, la libre manifestación de ideas no es posible.

Por otro lado, el derecho al honor, intimidad, propia imagen se justifican dado que el ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad por lo que es necesario la salvaguardada efectiva de estos derechos.

En definitiva es necesario la existencia de una teoría que sirva de balanza entre estos derechos dado que el ejercicio desproporcionado de uno puede erosionar por completo al otro.

I. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Por libertad de expresión debe entenderse la facultad o potestad de los hombres de manifestarse o expresar sus ideas, pensamientos y opiniones. Es el derecho que tenemos todos a comunicar sin trabas nuestros pensamientos y opiniones.

El pensamiento es una actividad intelectual del ser humano, consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones. En este sentido, el ser humano necesita comunicar sus pensamientos a otros, y además conocer el contenido de los pensamientos de otras personas que conviven en la Sociedad.

Esta facultad puede ser ejercida por varios medios que suelen considerarse subespecies de la libertad de expresión, como lo son la libertad de pensamiento, de prensa o imprenta, libertad

de información, libertad de conciencia y religiosa, de asociación y reunión, entre otros.

La importancia de la libertad de expresión es que esta se constituye en una de las condiciones esenciales de cualquier régimen democrático. La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los Estados democrático modernos.

Siguiendo esta línea de pensamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva marcada OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de periodistas expuso que: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”

La libertad de expresión posee dos vertientes: la individual, que se manifiesta en el sentido toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente sus pensamientos, y la social, que da a toda persona el derecho a conocer y ser receptor noticias y opiniones ajenas.

Sobre estas dimensiones la Corte Interamericana ha manifestado que “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.” (Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de

Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985).

Por otro lado “En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia” (Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985).

La importancia de la libertad de expresión ha llevado a protegerla mediante diversas constituciones y Cartas fundamentales. En efecto desde la declaración de Virginia de 1776 se reconoció la libertad de conciencia y de prensa así como en la Primera Enmienda hecha a la Constitución de los Estados Unidos donde se consagra que “El Congreso no hará ley alguna...que coarte la libertad de palabra o de imprenta...”

Por su parte, la Declaración francesa de 1789 recogió la libertad de expresión, en su artículo 11, con las siguientes palabras: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

De igual forma, en el siglo recién pasado la ley fundamental de Bonn de 1949 instituyó en su artículo 5º que “Todos tienen derecho a expresar y difundir su opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información radiofónica y



cinematográfica. No se podrá establecer la censura. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.”

En España la Constitución de 1978 dispone en su artículo 20 que se reconocen y protegen los derechos: “A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción...”. “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.”

En El Salvador la Constitución de la República expresa que “toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. 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.”

En el ámbito internacional, la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce y regula el derecho a la libertad de expresión, en su Art. 13. Éste dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Finalmente, Bidart Campos entiende que la libertad expresión comprende también la de no expresarse, o derecho al silencio. El derecho al silencio, en ciertas circunstancias, puede ser incluso más significativo que el derecho a expresarse, cuando esa expresión,

en determinado contexto factico, puede provocarle a la persona sanciones o daños.

II. MEDIOS DE EJERCER LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Como hemos dicho la libertad de expresión puede ser ejercida por varios medios que suelen considerarse subespecies, entre ellos encontramos, la libertad de pensamiento, prensa o imprenta, libertad de información, libertad de conciencia y religiosa, de asociación y reunión, entre otras.

A) LIBERTAD DE PENSAMIENTO

La libertad de pensamiento prohíbe las imposiciones de ideas o de doctrinas, la obligación de aprender de memoria, principios de un partido o movimiento, las coerciones psíquicas, los métodos de lavado de cerebro y llamados delitos de pensamiento, por los cuales se incriminan el mero hecho de adherirse a una ideología o profesar cierto sentimiento.

B) LIBERTAD DE PRENSA O IMPRENTA

Siempre como modalidad del derecho de expresión, el derecho de prensa comprende a su vez una serie de manifestaciones: prensa escrita (diarios, semanarios, mensuarios, revistas, libros, etc.), oral (radio), audiovisual (cine, televisión), etcétera. Cualquiera de estas involucra, a su vez, los derechos siguientes:

1) DERECHO DE LA INDUSTRIA O COMERCIO DE LA PRENSA

Se lo llama también derecho de prensa: a fundar, administrar, dirigir, lucrar, etc., con el establecimiento o medio de difusión dedicado a practicar la prensa escrita, oral y audiovisual.

2) DERECHO DE INFORMACIÓN

Abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, en particular, tutela a los medios de comunicación, cuyo rol principal es decir la información y no la cultura.

3) DERECHO DE CRÓNICA

Es una manifestación del derecho de información y comprende el de difundir noticias que pueden interesar a la comunidad.

4) DERECHO DE CRÍTICA

Incluye el derecho (y el deber) de interpretar la realidad, informando a la opinión pública. Este derecho tiene como tope al deber de veracidad.

C) LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Jorge Carpizo sostiene que el derecho a la información (en su sentido amplio), de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

De la definición apuntada se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía fundamental: el derecho a atraerse información; el derecho a informar; y el derecho a ser informado.

- a) El derecho a atraerse información incluye las facultades de :
 - i. acceso a los archivos, registro y documentos públicos y,
 - ii. la decisión de que medio se lee, se escucha o se contempla.
- b) El derecho a informar incluye:
 - iii. Libertades de expresión y de imprenta y,
 - iv. El de constitución de sociedades y empresas informativas.
- c) El derecho a ser informado incluye las facultades de
 - v. Recibir información objetiva y oportuna,
 - vi. La cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias y,
 - vii. Con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.

Según la Corte Interamericana de Derecho Humanos el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a buscar y recibir información pública. En este sentido los Estados deben garantizar

que toda persona pueda acceder a dicha información a través de normas, prácticas y procedimientos adecuados. Sólo pueden negar información de manera fundada y en base a fines legítimos, y deben habilitar vías para que las personas puedan pedir información sin necesidad de acreditar ningún interés o afectación especial. Por último, la información en manos de los Estados debe presumirse pública y accesible. Al respecto la jurisprudencia comentada dictamina que "... el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla" (Corte IDH, Caso "Claude Reyes y otros vs. Chile". Sentencia de 19 de septiembre de 2006).

D) LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIOSA

La libertad de conciencia alude al derecho de cada uno a optar por un culto determinado (o por ninguno), dentro del ámbito de su privacidad. A su vez, la libertad de culto consistiría en la exteriorización y práctica de la religión elegida.

Por eso se ha dicho que "la libertad de conciencia es un hecho interno, la libertad de culto es un hecho externo".



Burdeau explica que libertad de conciencia importa creer en lo que desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Involucra también, entonces, la libertad de creencias. La libertad de conciencia, en resumen, es una variante de la libertad de pensamiento y comprende el derecho a pensar libremente, el derecho de cada uno a formar su propio juicio, sin interferencia.

La libertad de culto alude al derecho de practicar una confesión religiosa. Deviene de una especie y una proyección de la libertad de conciencia.-

Según Rubén Hernández Valle la libertad religiosa presenta las siguientes características: La posibilidad de profesar una creencia religiosa, o bien de no profesar ninguna; de practicarla externamente a través del culto o de los diferentes ritos y festividades religiosas; la de divulgarla, por medio de la enseñanza y otros medios de información; de reunirse y asociarse y es una libertad de ejercicio tanto individual como colectivo.

E) LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

El Derecho de Asociación, en sentido lato, “Comprende todas aquellas agrupaciones integradas por dos o más personas que deciden desarrollar conjuntamente una determinada actividad, es decir, que decidan establecer entre ellas una cooperación más o menos estable para la consecución de fines comunes de diversa índole (sociales, religiosos, culturales, etc.)”.

En el Catálogo de Derechos Fundamentales, reconocidos en las constituciones y Declaraciones de Derechos Humanos, el de asociación se incorporó tardíamente. No figura en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa” ni se incorpora en la Constitución de los Estados Unidos de América a través de las enmiendas de 1787, ni aparece en



los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XIX. Su reconocimiento comienza a partir del último tercio de ese mismo siglo. –

La explicación a tan desconcertante fenómeno, radica en que durante mucho tiempo solo los individuos y la comunidad nacional, podían ser sujetos de derecho, esto en consonancia a lo que en su momento prescribió la Ley Le Chapelier (1791, Francia), en los términos siguientes: “No existe ya corporación en el Estado; ya no existe sino el interés particular de cada individuo y el interés general”.-

En la actualidad el reconocimiento y consagración de la libertad de asociación se encuentra, en todos los textos constitucionales y en las más importantes declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de 1948 (artículo 20); el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21); el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8º.), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16).

En el estado de nuestra civilización sería impensable una Sociedad Democrática que no reconociera ni garantizara el derecho de asociación a sus ciudadanos, ya que en buena medida la participación ciudadana en una democracia participativa y pluralista, depende de la circunstancia de que los ciudadanos se agrupen en defensa de sus intereses comunes procurando la satisfacción de determinadas finalidades que no impliquen lucro. –

Bien se ha dicho que del florecimiento de estas sociedades intermedias, entre el individuo y el Estado, depende del nivel de democracia que se viva en una Sociedad. – En este sentido Peter Häberle sostiene que, la libertad de asociación es “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la constitución del pluralismo. En este mismo sentido Alexis de Tocqueville, en su célebre obra “La Democracia en América”, escribía que: “Después de la libertad de

obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma”.

En la práctica, en un concepto más depurado, la libertad de asociación consiste en la potestad de conformar entidades que tengan personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se persigue que el Estado otorgue o reconozca la calidad de sujeto de derechos, con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, a la Asociación resultante de la agrupamiento permanente de ciudadanos, con el objeto de perseguir un fin lícito, diferente de los de carácter patrimonial.

El derecho a fundar entidades que persigan la defensa de los intereses comunes de sus asociados, adopta diversas formas y persigue un abanico prácticamente infinito de objetivos o finalidades. – Sin embargo, las constituciones uniformemente arreglan y disponen lo relativo a las asociaciones de mayor relevancia y trascendencia en la vida política y social, cabe decir Partidos Políticos y Sindicatos, sobre los que existen criterios encontrados en cuanto a sus alcances y roles que deben desempeñar dentro de la sociedad.

F) DERECHO DE REUNIÓN

El derecho a reunirse representa según la doctrina española la facultad de congregarse, de manera discontinua y temporal, en un lugar, de acuerdo con una convocatoria previa y con un mínimo de organización, para escuchar ideas u opiniones, ponerse de acuerdo en la defensa de determinados intereses o dar publicidad a ciertos problemas.

Según Rannelletti la libertad de reunión es “un instrumento de otros derechos constitucionales, la reunión contiene siempre la expresión



u de otras subespecies o derechos, estos pueden ser por ejemplo el ejercicio de libertades políticas, libertad de culto, entre otros.”

La reunión se diferencia de la aglomeración porque esta última es accidental, es decir sin previo aviso. La reunión puede ser pública y privada. Considera Bidart Campos que para distinguirla “no conviene echar mano del lugar donde la reunión se realiza; no siempre una reunión pública se lleva a cabo de un lugar público, ni una privada en un lugar privado. Mejor es considerar que una reunión reviste carácter público con independencia del sitio donde ese efectúa cuando esta abierta indiscriminadamente al público, o sea, cuando a ella puede asistir cualquiera; al contrario, una reunión es privada cuando el acceso a ella carece de tal apertura incondicionada.”

La reunión pública es la que más afecta al interés general, ya que pueden incidir en el orden, la moral o la seguridad pública. La mayoría de estas se traducen, generalmente, en la celebración de mítines y en la realización de manifestaciones públicas. Por ello el derecho de reunión requiere indispensablemente una *causa* lícita para el encuentro. Al respecto, no pueden ser prohibidas las reuniones en razón de las ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores, sino de los *fin*es por los cuales han sido convocadas.

Al contrario, pueden ser negadas las que contraríen normas de la modalidad social, tiendan a suprimir las libertades individuales o conspiran contra la libertad política.

III. PROHIBICIÓN DE CENSURA

El ejercicio del derecho a la Libertad de Expresión no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.



La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en doble sentido: *a)* no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la *res publica*; y *b)* no se pueden tampoco censurar –al menos de forma previa– los contenidos posibles de la discusión: en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia y por tanto sobre todos ellos se proyecta la libertad de expresión.

Alexis de Tocqueville expresa sobre la censura lo siguiente: “En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.”

Con todo, la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa no significan que no pueda haber reglas para el ejercicio de dicha libertad. En efecto, en un Estado democrático, no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional, en verbigracia el *insulto* o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión, carecen de protección constitucional.

En este orden de ideas el abuso del derecho a la libertad de expresión sólo puede restringirse a través de la asignación de responsabilidades ulteriores a la expresión o difusión. Pero para que estas restricciones sean legítimas, leyes dirigidas a lograr fines legítimos deben haber definido previa, expresa y taxativamente las



conductas generadoras de responsabilidad, y estas normas deben ser necesarias para asegurar algún interés público imperativo y proporcionadas a la consecución de dicho interés.

Según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, “la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2 (...) El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas;
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley;
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar los mencionados fines.” (Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985).

Hemos establecido que la censura previa está prohibida, no obstante, una excepción a esta regla radica en la posibilidad de regular el acceso de niños y adolescentes a espectáculos públicos. En efecto la Corte Interamericana destaca que: “Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión.” (Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo”. Sentencia de 5 de febrero de 2001).

IV. DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RÉPLICA

A efectos también de salvaguardar los abusos de la libertad expresión, germina y surge el derecho de rectificación, también conocido como de réplica de respuesta o de declaración. El derecho de réplica puede definirse como el derecho que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que sea difundida gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.

Constituye la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que la difundió.

El derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideran controvertidos en



sus convicciones por dichas opiniones. En todo caso, las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.

La publicación o transmisión de la rectificación o respuesta también debe ser proporcional, lo cual requiere que se haga en la misma página en donde apareció la información que se rectifica (en el caso de medios impresos) o dentro de la misma franja horaria y con características similares a las de la transmisión original (si se trata de medios electrónicos).

Nuevamente, según la jurisprudencia internacional, toda persona tendrá el poder ejercer el derecho de rectificación o respuesta, haya o no una ley que lo regule. Según la Corte interamericana “todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con ese fin.” (Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. Opinión Consultiva OC7/86 del 29 de agosto de 1986).

V. DERECHO PENAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Nuevamente en cuanto a las restricciones de la libertad de expresión, la doctrina en general es pacífica en cuanto a que el derecho penal es un medio idóneo para establecer responsabilidades y proteger la honra y la reputación de las personas. Teniéndose conciencia sin embargo que también este es el medio más restrictivo y severo para cumplir dichos fines. Por esto, su uso como restricción a la libertad de expresión únicamente es legítimo cuando cumple con el principio de mínima intervención: si se limita a lo estrictamente necesario y es absolutamente proporcionado

La Corte Interamericana en el Caso Canese vs. Paraguay estableció que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.” (Corte IDH, Caso “Canese vs. Paraguay”. Sentencia del 31 de agosto de 2004). En análogo sentido la misma Corte expuso que “la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo” (Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 2 de mayo de 2008).

No obstante lo anterior, la Corte hace una advertencia: “La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.” (Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 2 de mayo de 2008).

En este sentido para ser legítimas, todas las restricciones a la libertad de expresión basadas en el derecho penal, la Corte apunta que debe respetarse el principio de legalidad. La Ley es la que debe establecer las restricciones a la libertad de información. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. (Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 2 de mayo de 2008).



Siempre en cuanto al mismo problema debe entenderse que las opiniones no pueden ser objeto de sanción. La Corte Interamericana sustenta que “Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.” (Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia de 2 de mayo de 2008).

En este mismo orden de ideas se entenderá que las expresiones relativas a funcionarios públicos, a políticos y a particulares que ejercen funciones públicas o que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público deben gozar de una protección especial. En concreto la Corte Interamericana ha expuesto que “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (...). En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.” (Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004).

En el mismo sentido se ha establecido que “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto volunta-

riamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.” (Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004).

VI. DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Bajo la denominación de derechos personalísimos queda comprendida una amplia gama de libertades individuales. Si bien estrictamente todas las libertades son personalísimas, esa calificación ha sido reservada a algunas de ellas que aparecen estrechamente vinculadas con el concepto de dignidad de la persona humana. Todos estos derechos se constituyen como límites a la libertad de expresión, ello debido a que el ejercicio de esta garantía fundamental es limitada por los derechos de los demás.

Pasamos a definir cada uno de estos derechos para después resolver los conflictos que surgen con la libertad de Expresión.

DERECHO AL HONOR

Todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que el siente por si mismo y que espera de los demás. Por esto es que las leyes penales, desde muy antiguo, reprimen las acciones que atentan en contra de ese aspecto de la personalidad que es el sentido del honor.

El derecho al honor es la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos, el debido respeto hacia

uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana.

En tal sentido, el honor sería la cualidad que inviste una persona honorable por su comportamiento ético, tanto en la vida pública como en la privada.

Se acostumbra a distinguir dos clases de honor. El honor subjetivo consiste en el aprecio o estimación que el ser humano tiene por sí mismo; este honor es atacado por medio de acciones – principalmente, palabras ajenas – que expresan menosprecio hacia el sujeto, las cuales son conocidas en el derecho penal como injuria o contumelia. El honor objetivo que consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás, este honor es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación ante otros, hecho que se conoce en el derecho penal como difamación.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

El llamado “derecho a la vida privada” surge de manera específica en los Estados Unidos, al aparecer a partir del estudio de Warren Brandeis titulado *The Right of Privacy*. Poco antes, el juez norteamericano Cooley había proclamado el “derecho de ser dejado tranquilo y de no ser arrastrado a la publicidad”, como lo propio del derecho a la intimidad.

El derecho fundamental de la vida privada consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana, con miras a que cada uno pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa al momento de

proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público.

L. Carbonnuer habla de “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás”.

P. Rescigno da como definición del derecho de reserva “la pretensión del individuo de ver impedida la curiosidad de otros, prohibiéndose la indiscreción y la publicidad no querida, el conocimiento y la divulgación de las vicisitudes personales y familiares”.

Las lesiones a la vida privada pueden surgir:

- a) Injerencias en su vida privada, familiar y de hogar;
- b) Injerencias en su integridad mental o física o su libertad moral o intelectual. La revelación, fuera de propósitos, de hechos penosos de la vida privada; Ser observado y acosado; Violaciones a su correspondencia;
- c) Abuso de sus medios de comunicación, escrito u orales;
- d) Revelación de información dada o recibida en virtud del secreto profesional.

Al atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien lo ejecuta formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de su víctima; como lo hemos explicado, es suficiente con que el tome conocimiento, en virtud de injerencias indebida, de aspectos reservados de la vida de esta; pruebe el omitir todo gesto o expresión agravante para ella; hasta podría darse el caso de que el atacante de la intimidad aprobara las manifestaciones de la vida privada que ha llegado a conocer, sin que con ello quede excluida la violación de ella que ha cometido.

Al contrario de lo que ocurre en las lesiones al honor, lo que lastima la personalidad del sujeto pasivo es verse o temerse objeto



del desprecio o de una declinación de su buen nombre, en razón de la imputación que se le formula, en el atentado contra la vida privada la víctima siente afectada su personalidad por hechos que ella deseaba que no fueran conocidos por otro u otros, y porque esos hechos procuraba tenerlos ocultos por exigencias de su propia noción de la intimidad.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

El derecho a la propia imagen es el derecho de la persona a decidir sobre la comunicación de su imagen física y a evitar que, sin su consentimiento, se capte, reproduzca, se difunda o se explote comercialmente. Se distingue de este modo de derechos de la personalidad cercanos como son el derecho al honor y el derecho a la vida privada, que tienen por objeto la buena fama y el respeto a un espacio personal de libertad de actuación respectivamente.

Si el derecho al honor y a la vida privada se han configurado de algún modo como contrapuestos al derecho a la información, el derecho a la propia imagen se mantiene en una clara línea de continuidad con el mismo. Así, cuando un medio de comunicación difunde una noticia relevante, pero que afecta al honor o a la vida privada de una persona, esa intromisión, aunque sea legítima desde el punto de vista legal o ético, daña su honor o su vida privada. Ha prevalecido el interés informativo de la noticia sobre el derecho al honor y a la vida privada personales. No ocurre lo mismo cuando se difunde la imagen de alguien. En sentido propio la imagen individual no queda dañada por su integración en procesos de comunicación social; no se quiebra, ni cambia la imagen de una persona por su aparición en un spot publicitario, o en una valla, o en un programa televisivo o en una película cinematográfica. Es más, la imagen ha llegado a convertirse en elemento básico de la comunicación mediada. La imagen individual es un signo de comunicación en



la relación interpersonal, y lo es también en los demás ámbitos comunicacionales.

DELITOS CONTRA EL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN

DELITOS CONTRA EL HONOR

Lo que se trata de proteger en los delitos de calumnia, difamación e injuria es el mismo bien jurídico, en concreto el honor. La protección y la valoración de los ataques contra el honor dependen de la situación en la que se produzcan los hechos, de las relaciones entre los intervinientes, de su grado de formación y de otros muchos factores.

CALUMNIA

Es la falsa atribución de la comisión o participación en un delito del Código Penal o de las Leyes Especiales. Por tanto no constituye calumnia la falsa atribución de hechos no delictivos, aunque estos pueden lesionar el honor.

DIFAMACIÓN

La característica diferencial de la conducta típica de todos los supuestos de difamación es que tiene lugar fuera de la presencia del sujeto pasivo, mientras que, en el caso de la injuria, el sujeto pasivo debe estar presente en el momento de realización de la conducta típica.

La difamación sólo puede ser cometida mediante acción, pues consiste en atribuir a otro una conducta o una calidad. La conducta atribuida puede ser cualquiera, siempre que no constituya delito, pues en tal caso, de ser verdadera la atribución, no se cometería delito y, de ser falsa, se incurriría en calumnia. Por tanto, la conducta atribuida en la difamación puede ser constitutiva de una falta penal, puede ser una conducta contraria a cualquier otra parte del ordenamiento jurídico o ser plenamente conforma al ordenamiento. Igualmente se puede cometer difamación atribuyendo una calidad,



o lo que es igual, formulando juicios de valor sobre un aspecto relevante de una persona. En uno y otro caso, tanto la conducta como la calidad a la que hacemos referencia, deben ser objetivamente ofensivas, pues la ley exige que puedan dañar la dignidad del sujeto pasivo, pudiendo ser realizada la imputación de palabra, por escrito y de modo simbólico.

INJURIA

En el tipo básico consiste en ofender de palabra o por acción la dignidad o decoro de una persona presente, por lo que la característica esencial diferenciadora de la difamación es que en este caso la conducta típica tiene que ser realizada a presencia física del sujeto pasivo.

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

VIOLACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

Consiste en apoderarse, bien de las comunicaciones escritas, soportes informáticos, documentos o efectos en los que consta el secreto, o, bien, de los propios datos reservados personales o familiares, que consten en ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, siempre que, en uno u otro caso, se realice para descubrir los secretos, sin que se exija la difusión o revelación a otro.

REVELACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

El presupuesto general de este delito es que el sujeto activo tome conocimiento necesario por el desarrollo de su oficio o profesión, de un secreto de una persona, bien porque éste se lo confíe, bien porque se imponga del mismo durante su actuación, bien porque otra persona diferente se lo transmita. No se exige en el tipo que el oficio o profesión correspondiente tenga obligación de reserva, sigilo o secreto, bastando para la realización de la conducta típica que el sujeto activo entregue el conocimiento reservado que ha alcanzado a otra persona.



ALLANAMIENTO DE MORADA

Es un aspecto del derecho a la intimidad, que se manifiesta en la intimidad de la morada, lo que ha sido puesto en contacto con la libertad de cada persona a la hora de decidir sobre las personas que tienen acceso al lugar concreto donde desarrolla los aspectos más íntimos de su vida, y también, para excluir de ese ámbito a las personas no deseadas. La Constitución en su artículo 20 declara la inviolabilidad de la morada, el consentimiento de cuyo habitante es preciso para ingresar en ella, con las excepciones que cita la propia Constitución.

El delito es de consumación instantánea y de efectos permanentes, pues basta la introducción o la permanencia para la consumación y el delito sigue en estado de consumación hasta que el sujeto activo no abandona la morada.

UTILIZACIÓN DE IMAGEN O NOMBRE DE OTRO

Está definido en los artículos 2 y 36 de la Constitución, en cuanto que el derecho a la propia imagen y al nombre son aspectos propios de la dignidad de la persona, como reconocimiento que el derecho realiza respecto de la pertenencia a la especie humana. Se castiga en este sentido utilizar por cualquier medio la imagen o nombre de otra persona sin su consentimiento.

VII. CONFLICTOS DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los derechos a la libertad de expresión y derechos personalísimos, son derechos humanos relativos, no absolutos; los segundos tienen carácter individual, pues interesa solamente al individuo, mientras que el primero tiene carácter social, en este sentido existe una preeminencia del primero pues existe un interés general que debe prevalecer por sobre el interés particular, por lo que la libertad de expresión tiene preponderancia en el caso de que ambos derechos se coloquen en pugna.



Si se produce una contraposición entre estos derechos será la libertad de expresión la que deba prevalecer y sobreponerse.

Sin embargo, determinar que existe verdadera contraposición de derechos, para aplicar el criterio de prevalencia que hemos señalado, exige dejar esclarecido en forma previa y cabal que cada uno de ellos ha sido ejercido debidamente, de acuerdo con su finalidad y exigencias propias.

En consecuencia, la preeminencia solamente podrá ser decidida una vez que se haya hecho el más grande esfuerzo por llevar a cabo el ejercicio integral de ese derecho sin que sea necesario afectar el derecho los derechos denominados personalísimos. Se impone procurar una conciliación de ambos de manera que ninguno de ellos queda desconocido, reducido o menoscabado. Ese esfuerzo esta exigido, como aparece del texto del art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por la necesidad en que se halla todo el que ejercita un derecho de “asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”, vale decir, de dejar a salvo el derecho de otros.

Asimismo, la preeminencia del derecho a la libertad de expresión supone que este derecho es invocado y ejercitado de una forma que satisfaga todas las exigencias que derivan de su propia naturaleza y fines.

En este sentido el derecho a la libertad de expresión requiere de la siguientes exigencias para ser reconocido como una actividad socialmente positiva:

- A) Debe existir veracidad en cuanto al contenido de su ejercicio;
- B) Que en caso de la libertad de prensa la noticia debe ser de aquellas que se vincula al interés social, y;
- C) Finalmente que no causen grave daño social al orden público.

VIII. GARANTÍAS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A) CLÁUSULA DE CONCIENCIA

La cláusula de conciencia es la facultad otorgada por ley a los comunicadores para que estos puedan rescindir su relación laboral con una empresa informativa y recibir indemnizaciones equivalentes al despido por voluntad del patrono, ello cuando ocurre un cambio evidente en la orientación ideológica de la empresa o esta afecte su reputación o su dignidad moral.

Podemos encontrar esta institución en ciertas legislaciones desde 1910 en Austria, Hungría en 1914, Alemania en 1926, Checoslovaquia en 1927, y en la jurisprudencia italiana desde 1901; también en el informe de la Oficina Internacional de Trabajo de 1928 respecto de las condiciones laborales de los periodistas.

Sin embargo, es Francia en su legislación de 1935 que toma auge esta institución al incluirla en su Código de Trabajo-artículo L.765.7-y la aprobación del Estatuto de los Periodistas a través de una ley de marzo de este mismo año. Con estas disposiciones Francia se convirtió en un punto de referencia para el estudio, comprensión e incluso crítica de la cláusula de conciencia.

En concreto el artículo L.761-7 del Código francés del Trabajo señala las hipótesis para que el periodista pueda rescindir su contrato de trabajo dentro de los marcos de la citada cláusula: a) Por cesión del periódico o revista a otro titular; b) Por cese de la publicación sin importar la causa; y c) Por el cambio notable en el carácter u orientación de la empresa mediática que atente contra su honor o reputación, o si de un modo general se afecte sus intereses morales.

A nivel de disposiciones constitucionales la encontramos en países como Suecia en 1976, en Portugal en 1976 y especialmente en España en su norma fundamental de 1978, artículo 20.1 d) que reconoce a



dicha cláusula como un derecho fundamental. En América Latina, en Paraguay.-

Marc Carrillo expresa que esta garantía busca salvaguardar la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista.-

Tradicionalmente, las razones por las cuales se justifica la existencia de la cláusulas de conciencia principalmente son las siguientes:

- a) Que la empresa informativa es generalmente de carácter privado, pero cumple con una función de interés público, nada menos que proporcionar información veraz y oportuna; la ley debe asegurar que se respete ese cumplimiento;
- b) Por el interés lucrativo de la empresa informativa se llega a presionar al comunicador para que proporcione la noticia en forma rápida, a veces sin haber tenido el tiempo necesario para verificarla y sin que pueda existir el necesario rigor informativo,
- c) La especial influencia del comunicador en la sociedad en la información de la opinión pública,
- d) El derecho a la información es uno de los pilares de la sociedad democrática, es un derecho que esta mas allá de las garantías individuales y que primordialmente existe para reforzarla;
- e) Ejercicio del derecho a la información por parte del comunicador corresponde el interés público, al interés de la sociedad;
- f) El comunicador, al ejercer su profesión, no debe ser violentado intelectualmente o moralmente, si no debe gozar la libertad;
- g) El comunicador no debe ser avasallado por el dueños ni por el directivo de la empresa mediática, ni su labor obstaculizada por instrucciones que lesionen la información veraz, objetiva y oportuna;
- h) La dignidad del comunicador siempre debe ser respetada.



B) SECRETO PROFESIONAL

Esta garantía del recto ejercicio de ciertas profesiones consta en la obligación de reserva sobre los datos que el profesional obtiene del cliente como consecuencia de la relación profesional. Análogamente frente a este modelo típico, el secreto profesional de los periodistas consiste en la obligación y el derecho a la reserva sobre la fuente de las informaciones que recibe de manera confidencial. Toda la información recibida, que incluso puede incluir datos sobre la propia persona que informa y que afecten a su vida privada, tiene como destino precisamente su transmisión y difusión. En definitiva son datos que el profesional adquiere mediante su labor o que llegan a sus manos precisamente por su profesión de difundir información. Lo que se trata de garantizar con el secreto profesional es que no se conozca la fuente, en razón de muy diversos factores como pueden ser: la propia reserva sobre la vida privada del informante, cuestiones de seguridad personal del mismo, evitar acciones legales contra él, etc.

Es evidente que el secreto profesional facilita el ejercicio de la libertad de información a los periodistas, puesto que les permite tener acceso a una serie de informaciones que no se les proporcionarían de no estar garantizado el anonimato. Es evidente también que la protección de la vida privada del informante o, en ocasiones, de otros intereses y derechos del mismo, es un objetivo deseable en sí mismo. Cabe aclarar que ninguno de estas dos razones son suficientes para justificar el secreto profesional de los periodistas, frente a los tribunales de justicia, por lo estas circunstancias que no tiene lugar.

Finalmente, desafortunadamente en nuestro país no existe una regulación legal sistemática del secreto profesional en general, sino tan sólo regulaciones fragmentarias y nada en absoluto todavía en relación con los profesionales de la información.

IX. ACTA DE CHAPULTEPEC Y LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien no se trata de una convención internacional, este documento presenta la particularidad de reflejar el pensamiento dominante en el continente americano sobre los alcances y límites de la libertad de prensa.

Fue formulada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, realizada en 1994 bajo la presidencia del ex secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuellar y suscrita, entre otros, por los presidentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Granada, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y el secretario general de la Organización de Estados Americanos, Joao Baena Soares.

El Acta de Chapultepec contiene diez principios:

- “1) No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. No es una concesión de las autoridades; es un derecho del pueblo.
- 2) Toda persona tiene derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas.
- 3) Las autoridades deben estar legalmente obligadas a brindar información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes.
- 4) Asesinato, secuestro, terrorismo, presiones, intimidaciones o prisión injusta a los periodistas, o violencia de cualquier tipo, deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.
- 5) La censura previa y la creación de obstáculos al libre flujo informativo o al ejercicio y movilización del periodista se oponen a la libertad de prensa.

- 
- 6) Los medios y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores por lo que escriban.
 - 7) Las políticas arancelarias y cambiarias, la importación de papel, otorgamiento de licencias o asignación de publicidad estatal no deben premiar o castigar a medios o periodistas.
 - 8) El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones o de los medios a cámaras empresariales deben ser estrictamente voluntarios.
 - 9) La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.
 - 10) Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad, criticar o denunciar al poder político.”

Entre el 16 y 18 de agosto de 1998, en la Conferencia Chapultepec sobre la Libertad de Expresión, realizada en San José, Costa Rica, fueron desarrollados los contenidos de esos diez principios con la participación de juristas, periodistas y destacadas personalidades del ámbito interamericano.

Los principios contenidos en la Declaración de Chapultepec fueron la base sobre la cual se formuló la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, efectuando una interpretación del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Declaración de Principios, que fue aprobada por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos durante su 108 período ordinario de sesiones, en octubre del año 2000, es el documento fundamental para la interpretación de aquella norma internacional.

Dicha Declaración establece:

1. *“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.*”

- 
2. *Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
 3. *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*
 4. *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.*
 5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.*

- 
6. *Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.*
 7. *Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.*
 8. *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales*
 9. *El asesinato, secuestro, intimidación amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.*
 10. *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se hay involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*

- 
11. *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.*
 12. *Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.*
 13. *La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.*



EL REGISTRO DE COMERCIO SU SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONES

*Manuel del Valle Menéndez**

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sabido es que los antecedentes remotos de la publicidad registral mercantil aparecen reconocidos en civilizaciones tan antiguas como la griega y la romana, en ambas existieron asociaciones de mercaderes que confeccionaron listas o padrones que registraban los nombres de tales sujetos, pudiendo identificarse en el caso romano, una rudimentaria publicidad mercantil, la cual se realizaba mediante anuncios en los locales de las tiendas o en las llamadas *litterae oblatoariae* o lugares de reunión de los comerciantes; asimismo, en el mundo romano existieron agrupaciones de comerciantes que se organizaron bajo la figura denominada *Collegium* (su plural *collegia* “unidos por ley”), término utilizado para toda clase de asociación legal como, asociaciones de artesanos, sociales, funerarias, religiosas (como el *Collegium Pontifices*, presidido por el *Pontifex Maximus*), etc.; en el caso de los comerciantes la ley requería para la formalización de un *Collegium* la integración del mismo por tres personas como mínimo, quienes se organizaban por tanto, como una asociación de comerciantes o inclusive de criminales que administraban actividades comerciales/criminales en una sección o distrito determinado de la ciudad de Roma, denominadas *regio*, con autorización y reconocimiento legal del Cónsul o Cónsules, por virtud de lo cual quedaba un registro de sus miembros, principalmente del miembro líder del *Collegium*. Como ejemplo, podemos citar el *Collegium Aventinum*, denominado así por su ubicación en una de las siete colinas sobre las cuales se fundó Roma, el Monte Aventino, próximo al río Tíber

.....
* Catedrático de Derecho Civil y Mercantil de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Actual Director del Registro de Comercio.



(del latín *Tiberis*). El río se utilizó durante muchos siglos como vía de comunicación: en la época romana los barcos comerciales podían remontar el río hasta Roma, hasta el mercado situado al pie del Aventino; de ahí la importancia del Colegio Aventino.

A pesar de tales antecedentes, los autores en general coinciden en sostener que los verdaderos y propios orígenes de los registros de comercio deben ubicarse en las matrículas de los gremios y corporaciones de la Edad Media, que contaron con registros organizados de sus miembros, cuya matriculación era de carácter obligatoria para que el comerciante pudiera gozar de los beneficios que el gremio al cual pertenecía, otorgaba; no así para comerciar, por cuanto se podía ser comerciante sin estar inscrito en la matrícula de algún gremio.

Los registros del medioevo no tenían por tanto el concepto, ni producían los efectos jurídicos de los modernos registros de comercio, aun cuando formalmente cumplieran funciones relevantes para su época. Dentro de estas funciones pueden identificarse dos a saber, una función de derecho público, pues daban a conocer los miembros que integraban un gremio de comerciantes a través de la matrícula del mismo, así como también sus dependientes y aprendices, además de la inscripción de las marcas que utilizaban en el ejercicio del comercio. Por otra parte, como de derecho privado, al crearse algunos registros especiales a partir del siglo XIII, para la inscripción de poderes generales conferidos por los principales a sujetos de su personal, administradores de sus sociedades o de sus marcas. Estos registros sirvieron más bien para proteger al poderdante que solicitaba la inscripción del documento, por cuanto de los negocios celebrados por los apoderados, solamente respondía el principal, si el poder se encontraba inscrito.

El estudio histórico de los registros de comercio, como expresan R. L. Fernández y O. R. Gómez Leo¹, presenta una variada gama de tendencias en cuanto a la evolución cuantitativa de los actos

¹ R. L. FERNÁNDEZ y O. R. GÓMEZ LEO, *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1988, Reimpresión de la 1ra. Edición, Ediciones Depalma, II, 11.



inscritos que fueron creciendo con el tiempo, como a la evolución cualitativa referente a los diversos efectos jurídicos de las inscripciones. Así por ejemplo, el modelo alemán a partir de las listas de miembros integrantes de corporaciones del siglo XVII, fue creando distintos registros vinculados al comercio, tanto para fines de derecho privado, como de protección al público; así se crearon los registros de sociedades y los registros de poderes, hasta que el código de comercio de 1861 creó un registro de comercio de carácter general, pero no fue sino con la promulgación del código de comercio de 1897 que se atribuyeron efectos especiales de notoriedad en sentido amplio a las inscripciones y a las publicaciones relacionadas con ellas.

España por su parte, remonta sus antecedentes de registros de comercio a la Novísima Recopilación de 1773², no obstante que fue su primer código de comercio de 1829, el cuerpo jurídico que reguló el registro mercantil español, comprendiendo dos secciones: a) la de matrícula de comerciantes; y b) la del registro de otros documentos. Este sistema fue reemplazado posteriormente por el código de comercio de 1885, con el cual el modelo español se acercó más a la concepción alemana en materia registral mercantil, habiéndose completado con el Reglamento de Registro Mercantil, del 14 de diciembre de 1956^{3 4}.

2 Conforme: M. Sirven, *Registro Público de Comercio*, Buenos Aires, 1979.

3 Conforme: Registro Mercantil de España, www.registradores.org/principal/ La organización del Registro Mercantil está integrada por los Registros Mercantiles Territoriales y por el Registro Mercantil Central. Sus tres funciones básicas, de acuerdo con lo previsto en el art.379 RRM, son las siguientes: – La ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los Registros Mercantiles. – El archivo y publicidad de las denominaciones de sociedades y entidades jurídicas. – La publicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil. **Sección de Actos Sociales Inscritos:** La sección de Actos Sociales Inscritos del Registro Mercantil Central comprende la información mercantil suministrada por los Registros Mercantiles Provinciales desde el 1 de enero de 1.990, debidamente ordenada, depurada y procesada, de acuerdo con el artículo 379 del vigente Reglamento del Registro Mercantil. La publicidad formal suministrada por el Registro Mercantil Central tiene carácter meramente informativo. Para obtener certificación o nota simple del contenido total de los asientos registrales, deberá remitirse una solicitud al Registro Mercantil Provincial correspondiente. Se pueden consultar los datos siguientes: Datos generales de la sociedad (denominación, datos registrales – Registro, tomo, folio. – domicilio, capital, objeto social), órganos sociales (apoderados, administradores), insolencias (quiebra y suspensión de pagos), adaptación a la nueva ley, disolución y cancelación.

4 Conforme: F. Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Barcelona, 1963, II, 126. Según el art. 14, Regl. Reg. Mercantil, se debe llevar los siguientes libros: a) Presentación de documentos; b) Inscripción de comerciantes o empresarios individuales; c) Inscripción de sociedades; d) Índices; e) Honorarios; f) Estadísticas; g) Inventarios; h) Libros de buques y aeronaves, construidos y



En El Salvador, no existe antecedente de registraci3n mercantil durante el per3odo comprendido desde la independencia patria hasta el a1o de 1855. La “Recopilaci3n de las Leyes del Salvador, en Centro Am3rica”⁵, trabajo que fue encomendado al se1or Presb3tero Doctor y Licenciado Don Isidro Men3ndez, por comisi3n del Presidente Don Jos3 Mar3a San Mart3n, seg3n acuerdo del Gobierno de 12 de julio de 1854, abarcando las leyes en vigencia desde la creaci3n de la Rep3blica hasta la fecha anteriormente indicada, no contiene disposici3n alguna en sus 10 libros referente a la materia de registraci3n comercial. No obstante y concordante con la encomienda asignada al Padre Men3ndez, la inquietud por codificar nuestra legislaci3n mercantil dio inicio en el a1o de 1853, durante el cual se facult3 al Presidente de la Rep3blica para dictar un C3digo de Comercio, seg3n decretos de las C3maras Legislativas de 31 de marzo y 1º de abril, publicados en la “Gaceta del Salvador” del 6 de mayo de ese mismo a1o. Es as3 como por acuerdo ejecutivo del 22 de julio de 1854, se cre3 la comisi3n redactora del proyecto de lo que ser3a el primer C3digo de Comercio de El Salvador, el cual se convirti3 en ley del Estado el 1º de diciembre de 1855.

En el a1o de 1879 la Asamblea Nacional Constituyente decreta la facultad al Poder Ejecutivo para reformar la legislaci3n comercial. El

en construcci3n; i) otros libros que los registros juzguen conveniente para el servicio. La inscripci3n es obligatoria para las sociedades, cuyo libro de inscripciones est3 subdividido en tres secciones, v.gr., colectivas, comanditarias y an3nimas, y es facultativo para los comerciantes o empresarios individuales. El Registro Mercantil es p3blico (arts. 2 y 38), la inscripci3n no convalida a los actos y contratos nulos con arreglo a la ley. La declaraci3n de inexactitud o nulidad no perjudica a los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro. Los registradores califican bajo su responsabilidad con referencia a los t3tulos presentados, la competencia y las facultades de quien los autoriza o suscribe, la legalidad de las formas extr3nsecas, la capacidad y legitimaci3n de los otorgantes, y la validez del contenido de los documentos examinados, si han cumplido los preceptos legales de car3cter imperativo. La calificaci3n se basar3 en lo que resulte de los t3tulos presentados y en los correspondientes asientos del Registro (art. 5). En cuanto a los efectos jur3dicos de las inscripciones, la ley prescribe que los documentos inscritos s3lo producir3n efectos en perjuicio del tercero desde la fecha de inscripci3n (art. 26 C. Com.). En cuanto al aspecto positivo de la publicidad, el tercero no puede alegar ignorancia del hecho inscrito; en cuanto al aspecto negativo, el tercero est3 exento no s3lo de las consecuencias del hecho no inscrito, sino hasta de probar su ignorancia sobre 3l. Es decir que, resumiendo, las inscripciones en general son declarativas, pues a partir de ellas nace una presunci3n que admite prueba en contrario. En algunos casos las inscripciones son constitutivas, especialmente en materia de sociedades comerciales, pero en ning3n caso son sanatorias o confirmatorias.

5 Pbto. Dr. y Lic. D. Isidro Men3ndez, “Recopilaci3n de las Leyes del Salvador, en Centro Am3rica”, Imprenta Nacional, Segunda Edici3n, 1956, ordenada por Acuerdo Ejecutivo Nº 1480 del 15 de julio de 1954.



Ejecutivo optó por promulgar un nuevo Código de Comercio, lo cual hizo por decreto del 1° de mayo de 1882, publicado en el Diario Oficial del día 7 de ese mismo mes.

Por decreto legislativo del 2 de mayo de 1900, se creó la Comisión de Legislación comisionada para revisar y actualizar las principales leyes de la República. Por lo que se refiere al Código de Comercio de 1882, la comisión presentó en el año de 1903 a la Corte Suprema de Justicia el proyecto del nuevo Código. Con las observaciones de la Corte, el proyecto pasó a la Asamblea Nacional Legislativa y fue declarado Ley de la República por decreto del 17 de marzo de 1904, publicado en el Diario Oficial del 4 de julio del mismo año.

Los tres primeros Códigos de Comercio de El Salvador, especialmente el de 1904, preveían normas de publicidad mercantil mínimas y carentes de técnica registral, que consistían más bien en la inscripción en extracto de diversos documentos, –v. gr., escrituras en que el cónyuge comerciante administraba bienes propios del otro cónyuge, documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que estuviere bajo la potestad del padre o guardador comerciante, escrituras de constitución y modificaciones de sociedad mercantil, poderes de factores o dependientes para la administración de negocios mercantiles, y sus revocaciones o sustituciones, nombramientos de gerentes y liquidadores de compañías mercantiles, contratos sociales y estatutos de compañías extranjeras con sucursales o agencias en la República, el nombramiento de su gerente o agentes, la sentencia de nulidad del contrato social– (Art. 12 C. Com. de 1904), que debían inscribirse en los Juzgados de Primera Instancia Civil, cada uno de los cuales llevaba su propio registro público de comercio. Ante el silencio de este Código de Comercio, la competencia registral de los tribunales se regulaba conforme las reglas generales de competencia jurisdiccional establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, principalmente por la regla del domicilio del reo, referida al comerciante.



En la actualidad rige la materia el Código de Comercio de 1971 y la Ley del Registro de Comercio de 1973, que siguiendo ejemplos del derecho comparado, especialmente del sistema alemán y del sistema romanista, han renovado de modo orgánico y sustancial la publicidad legal en materia mercantil salvadoreña, estableciendo un Registro Público de Comercio en el cual no se limitan a extender la lista de hechos y de relaciones jurídicas necesitadas de inscripción. Lo importante es que profundizan la significación jurídica de la inscripción, formulando expresamente los efectos de la publicidad formal del Registro de Comercio (Arts. 461, 462, 463 C. Com.; 2, 3, 4, 5 LRC), y en ciertos casos volviéndola de efectos constitutivos (Arts. 25, 177 inc. 3°, 183, 319 inc. 3°, 324 inc. 2° C. Com.). Con ello se aproxima nuestro Derecho positivo notablemente al Derecho germánico, donde tradicionalmente se concede una enorme significación jurídica a la inscripción en el Registro de Comercio de los hechos que deben ser registrados y publicados, porque por sus inscripciones producen, bien efectos declarativos o bien efectos constitutivos según ordene la ley, con la diferencia que nunca tienen efectos sanatorios o confirmatorios, pues la inscripción en El Salvador, no subsana los vicios que pudieran existir.

II. SISTEMAS REGISTRALES

La doctrina, dependiendo del punto de vista particular del autor⁶, clasifica desde distintas perspectivas los sistemas registrales relativos a los registros de comercio, y así por ejemplo, encontramos:

Una primera clasificación toma en consideración la clase de autoridad a cargo del Registro y por tanto, denomina a los sistemas: 1) *Administrativo*: España, Francia, Brasil, México, Chile, Colombia, Holanda, Honduras y El Salvador a partir del Código de Comercio de 1971; 2) *Judicial*: Alemania, Argentina, Suiza, Italia, Uruguay, Venezuela, Ecuador y El Salvador desde 1855 hasta 1970.

.....
6 R. L. FERNÁNDEZ y O. R. GÓMEZ LEO, II, 14.



a) Otra clasificación distingue tres grupos de sistemas, tomando en cuenta los efectos de la publicidad registral: 1) *Sistema germánico*: Cuyo modelo más completo lo encontramos de forma lógica, en la legislación alemana y se caracteriza por tener un registro general de comercio, donde se cumple la obligatoriedad de las inscripciones y el denominado principio de publicidad, para el cual se distinguen dos efectos: uno *negativo* y otro *positivo*; el primero determina que mientras no se haya efectuado la inscripción y publicación de un hecho a inscribirse, la parte interesada solamente podrá invocar el acto no inscrito frente a un tercero, probando que este sujeto lo conocía con anterioridad; el segundo, por su parte, determina que la inscripción y la publicación de un acto a inscribirse produce efectos frente a terceros y por tanto, le es oponible. Además, el sistema germánico reconoce en casos especiales efectos constitutivos y confirmatorios de la inscripción, tales como la sociedad anónima inscrita. II) *Sistema angloamericano*: En los países de la *Common Wealth* o Mancomunidad Británica, así como en los Estados Unidos, no existen organizados registros de comercio generales en que deban registrarse obligatoriamente los actos de comercio; sin embargo, en Inglaterra y Escocia por ejemplo, existe la Oficina de Registración de Compañías (CRO por sus siglas en inglés), la cual es de naturaleza administrativa, donde se inscriben o registran las sociedades o “*companies*”, que adquieren personalidad jurídica con motivo de la inscripción; es decir, la inscripción produce efectos constitutivos. Existen otros registros de carácter especial⁷ de los que destacan la Oficina para el Registro de Denominaciones de Negocios (*business names*), en las cuales se inscriben las llamadas *partnerships* o sociedades colectivas, cuando su denominación no contiene el nombre de los socios; esta inscripción es necesario efectuarla en este registro especial, pues estas sociedades al no ser consideradas “*companies*”, están impedidas de inscribirse en la CRO,

7 Conforme: A. Curti, *Manual de Derecho Mercantil Inglés*, Madrid, 1931, 334: Se debe inscribir en los registros especiales: a) las *limited partnerships*; b) las *joint stock companies*. Las sociedades por acciones propiamente dichas, *companies limited by shares*, así como las compañías de responsabilidad ilimitada de los socios o de responsabilidad hasta el límite de cierta garantía, no adquieren la personalidad moral más que con el registro; c) comerciantes, sociedades o *corporations* extranjeras que actúen en todo o en parte en el Reino Unido; d) las marcas comerciales (*trade marks*); e) las patentes; f) los *deeds* (contratos sellados) de compromiso o convenio.



y si bien la inscripción del nombre no genera derechos a la *partnership*, su omisión puede dar lugar a multas o sanciones legales, al no reconocérsele acción para los contratos celebrados por una sociedad colectiva no inscrita⁸. En los Estados Unidos por su parte, existen registros de “*corporations*” que lleva cada Secretario de Condado (*County Clerk*); el Secretario de Estado (*Secretary of State*) concede a los estatutos sociales de una compañía (*Articles of Incorporation*), el certificado de incorporación y con una copia que remite al County Clerk, éste inscribe en su registro a la nueva sociedad⁹. III) *Sistema romanista*: Se caracteriza porque los efectos de su publicidad registral son meramente declarativos y carecen asimismo, de facultades para verificar la exactitud de las declaraciones de voluntades y solamente pueden rehusar las inscripciones cuando el documento o el acto jurídico que contiene, no reúnen todas o algunas de las condiciones esenciales de validez prescritas por la ley; es decir, la competencia registral sólo alcanza para examinar los aspectos extrínsecos del documento y del acto contenido en el mismo.

Si bien en la actualidad no puede afirmarse que exista un sistema puro y diferenciado en forma contundente de los demás, en la regulación legal de los registros mercantiles de la presente época, a pesar de mantenerse la distinta naturaleza administrativa o judicial de algunos, en cuanto a sus efectos puede identificarse un cierto predominio en los registros seguidores del sistema germánico, de un mayor número de facultades para controlar la veracidad de los documentos y declaraciones contenidas en ellos¹⁰, así como de conceder a sus inscripciones efectos constitutivos y en algunos casos confirmatorios. En contraposición a ello aparecen los registros pertenecientes al sistema romano, cuyas inscripciones son declarativas y sus autoridades carecen de facultades para verificar la exactitud de las declaraciones de voluntad

.....
8 Conforme: A. Curti, Idem.

9 Conforme: Explicación del Profesor Dale Furnish, Law Professor, Arizona State University, USA, 2007.

10 Nota del Autor: En los registros denominados judiciales por estar a cargo de un Juez, es indudable que éste tiene el deber y la facultad de verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la inscripción, así como la exactitud de los hechos declarados, por contar con los medios y facultades legales suficientes para la investigación.



y únicamente pueden rehusar la inscripción cuando el documento o el acto que contiene, no reúne las condiciones esenciales de validez requeridas por la ley vigente. Sin embargo, es claro que se percibe en los países seguidores, del sistema romanista, la tendencia de adoptar algunas disposiciones concebidas por el sistema germánico; tal es el caso de El Salvador, en donde algunas inscripciones mercantiles producen efectos constitutivos y no solamente declarativos, –v. gr., la constitución de una sociedad mercantil, el aumento y disminución de capital social en la sociedad anónima, la fusión y transformación de sociedades– (Arts. 25, 177 inc. 4º, 183, 319 inc. 3º, 324 inc. 2º C. Com.).

III. ORGANIZACIÓN LEGAL Y ADMINISTRATIVA DEL REGISTRO DE COMERCIO

El Registro de Comercio salvadoreño, desde un punto de vista de su estructura funcional, fue ubicado en sus orígenes como una dependencia judicial por las razones históricas antes relatadas, es, sin embargo, en la actualidad un organismo administrativo receptor y publicador de actos jurídicos relacionados con el comercio y los comerciantes.

Efectivamente, los artículos 456 del Código de Comercio y 1 de la Ley del Registro de Comercio, respectivamente, establecieron originalmente la creación del Registro de Comercio como una oficina administrativa, dependiente del extinto Ministerio de Justicia, con sede en la ciudad capital y competencia en todo el territorio de la República. Actualmente el Registro de Comercio, es una institución integrante del Centro Nacional de Registros o CNR, creado por Decreto Ejecutivo N° 62, del 5 de diciembre de 1994, publicado en el Diario Oficial N° 227 del día 7 del mismo mes y año y es una entidad pública con autonomía administrativa y financiera –véase el D. L. N° 62, del 5 de octubre de 1995, Diario Oficial N° 187, del 10 del mismo mes y año–.



En su organización administrativa y con base a las facultades que confiere el D. L. N° 62, del 5 de octubre de 1995, el Consejo Directivo del CNR lo reestructuró funcionalmente bajo la responsabilidad de un Director, funcionario que desempeñaría las atribuciones que la Ley del Registro de Comercio originalmente asignaba al Registrador Jefe. La reforma introducida a la Ley del Registro de Comercio por Decreto Legislativo N° 642, del 12 de junio de 2008, publicado en el D. O. N° 120 Tomo 379 del 27 de junio del mismo año, estableció formalmente la administración del Registro bajo la responsabilidad de un Director quien debe ser abogado y notario, con un mínimo de ejercicio de cinco años. Adicionalmente, se cuenta con los servicios de registradores de Comercio, un contador y un administrador, divididos en tres departamentos, así:

- a) *Departamento de Registro de Matrículas de Empresa:* responsable del otorgamiento de la matrícula de empresa y del registro de locales, agencias o sucursales, del trámite de su renovación anual, conocer de su cancelación, suspensión o traspaso;
- b) *Departamento de Registro de Documentos Mercantiles:* encargado de practicar el registro de la escritura de constitución de sociedades mercantiles, su modificación, transformación, fusión y liquidación, así como las ejecutorias de las sentencias o las certificaciones de las mismas que reconozcan la disolución de la sociedad o practiquen la liquidación de la misma, las certificaciones de los puntos de acta, en los casos en que deban inscribirse¹¹, los poderes otorgados por comerciantes para fines mercantiles o para otros fines, pero que contengan cláusulas mercantiles, los poderes judiciales que deban ser utilizados para

.....
11 Nota del Autor: Deben inscribirse los acuerdos de sociedades, siguientes: a) los de nombramientos de factores y agentes de comercio, de los directores o de distribución de sus cargos, gerentes, liquidadores y en general, administradores de sociedades, así como el nombramiento de los auditores externo y fiscal; b) el de la sesión en que fueron aprobados los estatutos de una sociedad; c) el que autorice la disolución de la sociedad; d) los de fusión de sociedades, tomados por cada una de ellas; e) los de llamamientos de directores suplentes para cubrir vacantes temporales o definitivas, así como el de reincorporación al cargo del director propietario sustituido.



diligencias a seguirse ante el Registro de Comercio, sus modificaciones, sustituciones o revocaciones, el contrato de venta a plazo de bienes muebles para la finalidad regulada en el Capítulo II del Título IV del Libro Cuarto del Código de Comercio, los demás documentos o actos sujetos a esta formalidad de conformidad con la ley¹²; también le corresponde recibir en depósito las actas notariales que contienen el programa aprobado, con el proyecto de escritura de una sociedad anónima a constituirse por suscripción pública;

- c) *Departamento Administrativo*: le corresponde asesorar en materia contable a los registradores, recibir en depósito balances de comerciantes individuales con activos iguales o superiores a doce mil dólares, los balances generales de cierre, estados de resultados y de cambios en el patrimonio de sociedades, con excepción de la mencionadas en el Art. 20 C. Com., los balances de las empresas individuales de responsabilidad limitada, legalizar los Libros Sociales a que se refiere el Art. 40 del C. Com., así como compilar y clasificar toda aquella información necesaria para la publicación del Órgano Oficial del Registro, llevar los índices y el archivo general de Registro y demás responsabilidades que le señala el Art. 7 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio.

IV. CARACTERES Y FINALIDADES DEL REGISTRO DE COMERCIO

De conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, nuestro Registro de Comercio puede situarse en términos generales, en el sistema romanista, aun cuando presenta algunos matices propios y muy particulares, por cuanto hemos expresado que recoge aspectos del sistema germánico.

¹² Nota del Autor: Véase Arts. 7, 8, 50, 58, 177, 183, 286, 358, 360, 465, 558, 608, 609, 621, 684, 698, 898, 900, 1025, 1139, 1145, 1155, 1222, 1250, 1530, 1552, 1566 C. Com., Art. 13 LRC y Art. 4 de su Reglamento. Asimismo, Art. 7 de la Ley de Arrendamiento Financiero.



Podemos afirmar que el Registro de Comercio presenta una fisonomía dual, al apreciarse en el mismo un aspecto *jurisdiccional-registral* en tanto valora y decide sobre la admisibilidad o rechazo de las inscripciones, bien de los comerciantes individuales como de los comerciantes sociales; por otra parte, tiene carácter *administrativo* en cuanto al procedimiento y efectos de la registración de Estados Financieros de empresas, ya que éstos son conservados en depósito únicamente para efectos de publicidad (Art. 475 romano VI C. Com.), no pudiendo entrar el Registro a valorar la estructura de las cuentas que los conforman, ni la validez o autenticidad de los resultados financieros reflejados en esos documentos. Siempre en el carácter administrativo, el Registro en su organización original tenía la facultad de legalizar los denominados Libros de Comerciantes y hojas de contabilidad, la cual fuera derogada por la promulgación de la Ley Reguladora del Ejercicio de la Contaduría que dio esta facultad a los contadores públicos en su Art. 17; sin embargo, por reformas introducidas tanto al Código de Comercio como a la Ley del Registro de Comercio por Decretos Legislativos Nos. 641 y 642 respectivamente, ambos del 12 de junio de 2008, publicados en el D. O. N° 120 Tomo 379 del 27 de junio del mismo año, se establece que los Libros Sociales que toda sociedad debe llevar debidamente legalizados son los de Actas de Juntas Generales, los de Actas de Juntas Directivas o Consejos de Administración, los de Registro de Socios o Accionistas y los de Registro de Aumentos y Disminuciones de Capital Social, cuando el régimen adoptado sea el de capital variable, los cuales serán autorizados por contadores públicos o por el Registro de Comercio (Arts. 40 C. Com. y 11 literal h LRC).

Empero, el carácter más importante del Registro, es el denominado *de publicidad*, cualidad principal del mismo, ya que confiere una verdadera divulgación legal a los actos que se deben inscribir, a fin de que sean oponibles a terceros, y en caso de omitirse la inscripción, no se los pueda hacer valer en contra de aquéllos, en cuanto le perjudiquen; es decir, la inscripción registral produce los llamados *efectos positivos* del sistema germánico. Asimismo, este carácter de



publicidad se transforma en la posibilidad de información efectiva que el Registro concede a cualquier persona que desee consultar las inscripciones, ya que les asegura por medio de los datos que les suministre, la verdadera situación de los derechos que hayan de servir de base a los actos de comercio que ejecuten en el desarrollo de la actividad mercantil.

Del carácter último enunciado podemos reconocer en el Registro dos finalidades principales, así: la *finalidad inmediata* de la publicidad es la de dar certidumbre a las llamadas relaciones de responsabilidad. Por ello se inscriben los actos jurídicos que generan responsabilidad, tales como los poderes otorgados por comerciantes que contengan cláusulas mercantiles, los nombramientos de factores y agentes de comercio, las credenciales de los directores, gerentes, liquidadores y en general de administradores, auditores externos y fiscales de sociedades (Arts. 465 romano II C. Com. y 13 N° 4 LRC), porque el representado responde de los actos del representante; el aumento y la disminución del capital social (Arts. 177 y 183 del C. Com.), porque el capital social es el objeto de responsabilidad de la sociedad de capital frente a sus acreedores; las escrituras de emisión de bonos, de emisión de certificados fiduciarios de participación y las de emisión de cédulas hipotecarias (Art. 13 LRC), porque regulan las bases de tales emisiones, las obligaciones del emisor y los derechos de los adquirentes de las mismas. La *finalidad mediata* del Registro puede ser la protección del comerciante o del tercero, así por ejemplo, para evitar seguir respondiendo como socio de los actos sociales, en las sociedades de personas, así como poderdante de los contratos concluidos por el apoderado, se debe inscribir en el Registro de Comercio el hecho de la separación del socio (Art. 58 C. Com.) y el hecho de la revocación del poder conferido (Art. 13 N° 4 LRC). La inscripción de estos hechos determina la posibilidad de ser opuestos a terceros, realizándose así el aspecto *positivo* de la publicidad registral. La falta de inscripción de dichos hechos produce la llamada *publicidad negativa*, en el sentido que la calidad de socio o un poder inscrito mientras su extinción o



revocatoria no fuese, a su vez, objeto de inscripción, no es oponible frente a terceros.

La función primordial del Registro de Comercio, es pues, ser un instrumento de publicidad de determinadas situaciones jurídicas de los comerciantes, tanto sociales como individuales, sin dejar de mencionar su significativa función de perfeccionar actos jurídicos, que de conformidad con el Código de Comercio requieren de inscripción para su existencia, tales como, la personalidad jurídica de las sociedades y la extinción de la misma (Art. 25); la exclusión o retiro de socios en las sociedades de personas (Art. 58); los aumentos y disminuciones de capital social en las sociedades anónimas (Arts. 177 y 183); la fusión y transformación de sociedades (Arts. 319 y 324); la disolución y liquidación (Arts. 63, 188, 338-A y 342).

V. CONTROL DE EXACTITUD Y LEGALIDAD. FACULTADES DEL REGISTRO DE COMERCIO

La ley confiere al Registro una función de control, no sólo desde el punto de vista de la exactitud del asiento, es decir, que los autos de inscripción se ajusten estrictamente a lo que surge del documento, sino que también con respecto a la legalidad del contenido de los documentos o, en otros términos, verificando que sus cláusulas se ajusten a la ley porque se cumplen los mandatos imperativos de ésta –v. gr., que no falte en el instrumento público de constitución de una sociedad mercantil los requisitos señalados del romano I al IX del Art. 22 del C. de Com.–; o sus requisitos esenciales, que son todas aquellas cosas sin las cuales el acto o no produce efecto alguno, o degenera en otro acto diferente; o teniendo en cuenta las prohibiciones de ley –v. gr., ninguna entidad que no esté autorizada por la Superintendencia del Sistema Financiero o por una ley especial podrá usar la denominación “Banco” o una derivación de la misma; tampoco podrá usar la de “Financiera” (Art. 4 de la Ley de Bancos)–; o cumpliendo los requisitos formales que exigen la publicidad registral previa de ciertos documentos –v. gr., el acuerdo de la sesión en que



fueron aprobados los estatutos de una sociedad (Art. 23 C. Com.), el acuerdo de disolución de sociedades (Arts. 63 y 188 C. Com.), los acuerdos de nombramientos de factores y agentes de comercio, de los directores o de distribución de sus cargos, gerentes, liquidadores y en general, administradores de sociedades, así como el nombramiento de los auditores externo y fiscal (Art. 13 LRC), los llamamientos de directores suplentes para cubrir vacantes temporales o definitivas, así como el de reincorporación al cargo del director propietario sustituido (Art. 264 C. Com.), los acuerdos de fusión de sociedades, tomados por cada una de ellas (Art. 317 C. Com.)–. Esta función del Registro se cumple a través del Principio de Legalidad, que atribuye al Registrador de Comercio la responsabilidad, mediante la calificación, de inscribir solamente los documentos que reúnan los requisitos de fondo y forma establecidos por la ley (Art. 1 LRC).

Pero este control de legalidad sólo puede versar, como dijimos, sobre el contenido del documento, fundándose en lo que resulta de él (Arts. 471 romano IV C. Com. y 15 romano III LRC), sin que pueda el Registrador entrar a considerar otras cuestiones –que podríamos llamar intrínsecas– relativas a las relaciones jurídicas de las partes, a sus motivaciones subjetivas, a sus potenciales litigios o los pendientes entre ellas, aunque pueden en definitiva afectar la validez de los documentos y originar la anulación de la inscripción; es decir, que el Registrador de Comercio sólo puede valorar los aspectos extrínsecos –formales y esenciales– que la ley requiere, previo examen de los documentos y de los correspondientes asientos del Registro que les sirven de antecedentes (Arts. 471 C. Com. y 15 LRC). Es pues, un control de legalidad formal que consiste en determinar los requisitos de admisibilidad de la inscripción solicitada, tales como:

- a) Si se trata de un documento, acto o hecho que legalmente deba ser inscrito;
- b) Si el documento, acto o hecho presentado a registración, cumple los requisitos formales y esenciales de validez que la ley requiere;

- 
- c) la capacidad y personería jurídica del otorgante o de su representante, de acuerdo con lo que aparezca del documento y de conformidad con lo que conste en los antecedentes del Registro, en su caso. Sin embargo, este control de legalidad no se extiende a un control de veracidad del acto o declaraciones contenidas en el documento que se presenta a inscripción; en el primer caso, el Registrador carece de facultades de investigación para determinar la veracidad de las declaraciones y, en el segundo, no es el delegado para investir de fe pública a lo expresado en el documento, por no haber sido otorgado ante su presencia y por tanto, no le consta.

En razón de esas características del control de exactitud y legalidad, en la práctica en nuestro país, ese control de registro no es estricto, ni perfecto. De ello resulta que el solo hecho que se inscriba un documento que adolece de informalidades legales, no significa que por ello se subsanan las mismas; por eso, el legislador ha establecido que procede la cancelación total de los asientos, cuando se declare judicialmente la ineficacia o la falsedad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción o cuando se declare judicialmente la nulidad de la inscripción (Arts. 480 C. Com. y 32 LRC). De donde, la presunción de legalidad que crea la inscripción es sólo *iusuris tantum* (Art. 462 C. Com.), por no causar estado ni impedir la acción de nulidad del título o del asiento (Art. 472 C. Com.); las inscripciones no sanan vicios de que pueden adolecer los actos o documentos registrados, ni convalidan los que fuesen nulos.

VI. PROCESO DE INSCRIPCIÓN

La inscripción en el Registro de Comercio tiene carácter obligatorio para todos aquellos actos de comercio o negocios jurídicos mercantiles que la ley señala este requisito, a efectos de que los mismos cuenten con el efecto inmediato de la publicidad, que es la de dar certidumbre a las llamadas relaciones de responsabilidad, así como la inscripción de estos actos determina la facultad de ser opuestos

a terceros, realizándose así, como se dijo, el aspecto *positivo* de la publicidad registral. De igual forma, deben registrarse todos aquellos actos jurídicos que para su perfeccionamiento requieren de este requisito formal de validez y los de carácter obligatorio para los comerciantes sociales e individuales en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, como la matrícula de comercio, el registro de locales, agencias o sucursales y el depósito de sus estados financieros (Art. 13 LRC).

PRESENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS

Por regla general, los documentos que deben ser registrados no se les señala un plazo para su presentación al Registro de Comercio, tampoco la inscripción deberá procurarse dentro de un plazo determinado. Empero, para ciertos trámites la ley señala el plazo para ser realizados –v. gr., el comerciante individual debe solicitar matrícula de empresa dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el Ministerio de Hacienda le haya asignado su Número de Registro de Contribuyente del IVA (Art. 86 inc. 1° LRC); cuando un comerciante, ya sea individual o social, establezca en el mismo lugar o en otro distinto nuevas sucursales, agencias o locales, tiene la obligación de registrarlos dentro de los sesenta días que sigan a la fecha de su apertura (Art. 86 inc. 4° LRC); las matrículas de comercio y el registro de locales, agencias o sucursales se tendrán que renovar de forma anual, debiendo presentarse las solicitudes respectivas durante el mes del cumpleaños, si el titular de la empresa es comerciante individual y dentro del mes en que se inscribió la respectiva escritura de constitución en el Registro de Comercio, si se trata de un comerciante social (Arts. 420 C. Com. y 64 LRC) –. También, la escritura de constitución de una sociedad mercantil o sus modificaciones deben presentarse a registro dentro de los quince días que sigan al de su otorgamiento, la omisión da acción a cualquier socio para gestionar su inscripción judicial o administrativamente; asimismo, cualquier interesado o el Ministerio Público podrán requerir judicialmente a toda sociedad la comprobación de su existencia regular, a través de la respectiva inscripción de los instru-



mentos sociales, si esta circunstancia no se prueba transcurridos cuatro meses del requerimiento, la sociedad se pondrá en liquidación (Art. 353 C. Com.).

Existen otros plazos, que si bien no son establecidos para la presentación de los documentos respectivos al Registro de Comercio, se deben atender como condición previa para realizar la inscripción –v. gr., el acuerdo de disminución de capital social debe publicarse de conformidad con la regla establecida por el Art. 486 C. Com., y transcurridos treinta días a contar de la tercera publicación, sin que medie oposición de los acreedores de la sociedad y cualquier tercero interesado, así como el Ministerio Público, o extinguidas las oposiciones que se haya formulado o bien desechado judicialmente por sentencia ejecutoriada, podrá la sociedad formalizar la reducción de su capital (Art. 30 y 181 C. Com.); el acuerdo de disolución debe publicarse previamente a su inscripción, por una vez en un diario de circulación nacional y en el Diario Oficial, transcurridos treinta días desde la publicación en este último, sin que se presente oposición, se inscribirá (Arts. 64 y 190 C. Com.); el acuerdo de aumento de capital social debe también publicarse en un diario de circulación nacional y en el Diario Oficial, siempre y cuando a la sesión de junta general de accionistas no hayan concurrido la totalidad de las acciones en que se divide el capital social, esta publicación es para el solo efecto de garantizar el derecho de suscripción preferente regulado en el Art. 157 C. Com., a los accionistas ausentes y hasta que hayan transcurrido quince días de la publicación en el Diario Oficial, habiéndose suscrito todas las acciones, se procederá a otorgar la escritura de aumento de capital e inscribirla (Arts. 176 y 177 C. Com.); el acuerdo de fusión debe adoptarse conforme a la regla del Art. 317 C. Com., e inscribirse para luego publicarlo junto con los últimos balances de las sociedades a fusionarse, la fusión se ejecutará después de los noventa días de la referida publicación, siempre que no hubiere oposición (Art. 318 C. Com.) –.

La inscripción sólo se practicara en virtud de instrumento público, instrumento auténtico, documento privado con firmas legalizadas, balances generales certificados, estados de resultados y de cambio en el patrimonio, de aquellos comerciantes que estén sujetos a tal obligación y documentos públicos o auténticos provenientes del extranjero debidamente legalizados para surtir efectos en el país (Arts. 467 C. Com., 14 y 49 LRC). Sólo serán materia de registro los documentos que se refieren a actos o contratos determinados por las leyes (Arts. 465 C. Com. y 13 LRC). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que se produce una interrelación entre los asientos que afecten a un mismo ente, lo que el Art. 1 LRC califica como el “Principio de Tracto Sucesivo”, que implica que para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad, será precisa la previa inscripción de éstos y que el otorgante sea el mismo titular de los derechos que se pretenden modificar o extinguir.

La ley trata de facilitar la presentación de los documentos para su inscripción, regulando a través del “Principio de Rogación” que el registro puede ser solicitado por quien tenga interés en asegurar el derecho que se trata de inscribir o por su representante, mandatario o encargado, presumiendo que quien presente el documento o el Notario ante quien ha sido otorgado, tienen poder o encargo para ese efecto (Art. 1 LRC y 2 de la Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de Propiedad Intelectual –en adelante LPU–). Para la presentación de los documentos, el Registro de Comercio tiene competencia en todo el territorio de la República, no obstante que su asiento se encuentra ubicado solamente en la ciudad de San Salvador; pero, existen cuatro ventanillas receptoras de documentos ubicadas en los Departamentos de Santa Ana, Sonsonate y San Miguel, así como en la Oficina Nacional de Inversiones (ONI) del Ministerio de Economía. Asimismo y para el trámite de matrícula de comercio y su renovación anual, cuando el comerciante tuviere su empresa o sucursales, agencias o locales comerciales o industriales donde no hubiere oficina del Registro



de Comercio, podrá presentar sus solicitudes en las oficinas de los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, que las remitirán junto con sus anexos al Registro de Comercio dentro del día hábil siguiente de recibidas (Art. 94 LRC). De igual forma, las sociedades mercantiles que no tuvieren su empresa domiciliada en la ciudad de San Salvador, podrán solicitar la legalización de los libros que regula el Art. 40 C. Com., en la oficina del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas que corresponda a la Sección en que estuviere ubicada la empresa (Art. 95 LRC).

Presentados los documentos a registro o depósito, según el caso, el Registro generará la Boleta de Presentación en duplicado que expresará el número de la presentación guardando un orden correlativo de forma cronológica, la fecha y hora de la presentación, la descripción del acto o contrato que contiene el documento o la solicitud presentadas, los nombres o denominaciones sociales de los otorgantes, los nombres del presentante o de las personas a ser notificadas y los medios de notificación, los derechos de registro que causa el documento o solicitud, así como cualquier otro dato que se estime necesario por el Registro; el original de la Boleta es anexado al documento o solicitud presentados y el duplicado es entregado al presentante. El Registro deberá consignar en su sistema informático de captura de datos, la información contenida en la Boleta de Presentación, incluyendo la clase y fecha del documento, objeto de éste y el nombre del funcionario o particular que lo suscriba (Art. 18 LRC). Cualquier persona interesada tiene acceso a consultar el sistema informático de captura de datos, por ser el medio que ha sustituido el Libro Diario de Asientos de Presentación al que se refería el Art. 23 del Reglamento de la Ley del Registro de Comercio. Generado el Número de Presentación, sus efectos duran hasta que se efectúe la inscripción solicitada o se deniegue en forma definitiva, garantizando en consecuencia, que todo documento registrable que ingrese primero al Registro, deberá inscribirse con anterioridad a cualquier otro título o documento presentado posteriormente, siempre que se refieran al mismo acto o negocio jurídico –véase “Principio de Prioridad”

regulado en el Art. 1 LRC—. Un aspecto a destacar es la fecha y hora de la presentación; si se llega a la inscripción definitiva, aquéllas sirven como fecha y hora de inscripción (Arts. 475 C. Com. y 23 LRC).

CALIFICACIÓN Y PRÁCTICA DEL ASIENTO SOLICITADO

Al Registrador corresponde efectuar la calificación de los documentos presentados, lo que implica, en definitiva, decidir si el hecho del que se solicita la inscripción cumple los requisitos exigidos por la ley para ser registrado, es decir, si conforme a la ley procede practicar o no el asiento solicitado. Los Arts. 471 C. Com. y 15 LRC nos dicen que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad su respectiva competencia registral, la legalidad de los requisitos y formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad y personería jurídica del otorgante o su representante conforme se consigna en el documento y en los antecedentes inscritos, en su caso, y la validez de las obligaciones, de acuerdo con el tenor del respectivo documento, es decir, que en este aspecto el Registrador debe verificar, basándose en el documento presentado y en los correspondientes asientos del Registro, que el acto o contrato sometido a su conocimiento, reúne todos los recaudos legales señalados para los actos y declaraciones de voluntad, debiendo tener especial cuidado de cerciorarse que en el mismo se plasman las cosas que son de su esencia, de conformidad a cómo el acto o contrato se encuentre regulado por la ley (Arts. 1315 y 1316 C. Civil).

La calificación que de la legalidad de los documentos hagan los Registradores, ha de limitarse al efecto de observar o negar la inscripción por causas legales o bien concederla (Arts. 472 C. Com., 15 LRC y 3 LPU). Si el Registrador no aprecia defectos en el título, ha de practicar el asiento de inscripción sin reparo alguno (Art. 44 LRC). Si aprecia algún defecto, deberá evaluar si el mismo es de aquellos que pueden considerarse como inexactitudes, errores u omisiones que admiten subsanación —v. gr., falta de consignación del NIT de los otorgantes, requisito exigido por los Arts. 5 y 6 de la Ley del Registro y Control Especial de Contribuyentes al Fisco; no se



expresó la nacionalidad de alguno de los otorgantes en la escritura de constitución de una sociedad, conforme requiere el Art. 22 C. Com. –, debiendo pronunciar en estos casos una resolución que suspenda temporalmente el otorgamiento del asiento de inscripción y a la cual se le denomina “observación”, hasta que la misma sea subsanada o corregida en forma legal (Arts. 7, 8 y 9 LPU). Sin embargo, si las inexactitudes, errores u omisiones son de tal naturaleza que hacen imposible su corrección o identificar los derechos o bienes a que se refiere, o pongan en peligro grave los intereses de las partes, deberá pronunciar la resolución que deniega la inscripción (Art. 47 LRC y 10 LPU) –v. gr., la ausencia de relación de los datos del cheque certificado que exige la ley para comprobar el pago de los aportes en efectivo en la constitución de una sociedad anónima o de un aumento de capital social decretado con la misma clase de aporte, conforme señalan los Arts. 178 y 195 C. Com., siempre y cuando dicho cheque nunca haya sido librado a favor de la sociedad, al menos en fecha anterior o idéntica a la contenida en el instrumento respectivo; la falta de elaboración, previa verificación, de un inventario en el que se aprecien los bienes sociales al precio promedio en plaza, realizado por el auditor externo de la sociedad en el caso de la disminución de su capital social, conforme requiere el Art. 182 C. Com.–

La calificación debe ser de forma integral y unitaria (Art. 3 LPU). El Registrador debe examinar el documento de tal manera que si el mismo contiene inexactitudes, errores u omisiones, está obligado a señalarlos todos en una sola resolución, especificando los defectos encontrados y fundamentando con base a la ley su resolución; el Registrador está obligado a resolver con base a criterios registrales uniformes que hayan sido adoptados en sesiones de Registradores, no puede apartarse del criterio que la mayoría de Registradores haya acordado aplicar a uno o varios casos sometidos a su conocimiento registral. Estos acuerdos o criterios aparecen plasmados en las actas de sesiones de Registradores, que para el caso del Registro de Comercio son publicados en la página de Internet del Centro Nacional de Registros y están a la disposición del público en general en el sitio



www.cnr.gob.sv sección Temas, Registro de Comercio, Órgano Oficial del Registro de Comercio. Si de la calificación integral y unitaria resultaren observaciones al documento sobre inexactitudes, errores u omisiones subsanables, la misma será notificada al interesado o a su representante, mandatario o encargado, para que sean corregidas en el plazo de treinta días hábiles, o hagan uso de los recursos administrativos que la ley les concede (Art. 7 LPU). Los notarios están obligados a subsanar las observaciones que los Registradores hicieron respecto de las formalidades o las omisiones de los instrumentos que autoricen, lo cual pueden realizar extendiendo a su costo, nuevo instrumento o sustituyendo los folios respectivos del instrumento observado una vez realizadas las correcciones necesarias o bien autorizando un instrumento de rectificación o aclaración del que ha resultado observado (Arts. 8 y 9 LPU). La resolución que deniega una inscripción se basará en consideraciones razonadas y fundamentadas en la ley, al estimar el Registrador que los errores, inexactitudes u omisiones del documento hacen imposible su registro o bien por el hecho que ha transcurrido el plazo de treinta días hábiles para subsanar observaciones, sin que las mismas hayan sido corregidas (Art. 10 LPU). La denegatoria se deberá notificar al interesado o a su representante, mandatario o encargado, para efectos que el legítimo interesado o cualquiera de los antes mencionados, retire el documento de las oficinas del Registro o interpongan los recursos correspondientes (Art. 11 LPU). Una vez firme la denegatoria, por no haberse interpuesto los recursos correspondientes en los plazos indicados por la ley, el documento deberá retirarse de la oficina y los derechos de registro causados no estarán sujetos a devolución; si el documento fuese presentado nuevamente a inscripción, deberá pagarse nueva tasa de derechos conforme al arancel del Registro (Arts. 10 inc. 3° y 74 LRC).

Cuando la calificación del Registrador es positiva y por ello concede la inscripción del documento, no cabe recurso administrativo alguno contra esta resolución, pues únicamente puede ser impugnada ante los Tribunales por la acción de nulidad intentada contra el título que motivo la inscripción o contra la resolución misma del Registrador



(Arts. 480 romanos II y III C. Com. y 32 romanos III y IV LRC). La inscripción considerada como resolución del Registrador, será nula cuando existan errores u omisiones en las circunstancias o datos que el Código de Comercio y la Ley del Registro de Comercio exigen para la misma, o cuando exista inseguridad absoluta sobre las personas otorgantes de los actos o de los titulares de los derechos, sobre su capacidad jurídica o sobre el derecho o derechos que se han querido garantizar con el asiento (Art. 50 LRC). Declarada judicialmente la nulidad de una inscripción, se deberá cancelar por orden judicial, previniéndosele al interesado que presente el documento a fin de hacer constar en el mismo, la circunstancia de estar anulada la inscripción, con sanción de la multa establecida en el Art. 85 LRC, en caso de incumplimiento (Art. 51 LRC). No obstante lo anterior y para efectos de protección de terceros, la declaratoria judicial de nulidad de un asiento no perjudicará el derecho o derechos que con anterioridad a tal declaratoria, hayan adquirido aquellos con base a la inscripción invalidada (Art. 52 LRC). Si el vicio de nulidad se presenta en un asiento de cancelación de un acto o documento previamente registrado, por cualquiera de las circunstancias indicadas en el Art. 53 LRC, y así haya sido declarado judicialmente, recobrará su vigencia la inscripción que se pretendió extinguir (Art. 54 LRC).

Por el contrario, cuando la calificación del Registrador es negativa, sea porque el documento resulta observado o se deniega su inscripción, los interesados, sus representantes, mandatarios o encargados, pueden interponer recursos administrativos ante el mismo Registro, así: Recurso de Revisión dentro del plazo de tres días hábiles a contar de la fecha de la notificación de la resolución respectiva, ante el mismo Registrador que la haya pronunciado, quien con la sola vista de la solicitud, deberá admitirla y señalar día y hora para que el recurrente se presente a alegar su derecho (Art. 17 LPU). Recurso de Revocatoria ante el Jefe inmediato del Registrador, si el recurrente no se conforma con la resolución de la revisión, el cual debe interponerse en la misma audiencia de ésta consignándose la petición en el acta respectiva. En el procedimiento de la revocatoria, el Registrador



Jefe mandará oír al Registrador y al recurrente dentro de tercero día y compareciendo o no a la audiencia, fallará dentro de octavo día, sin más trámite ni diligencia. Si la resolución fuere favorable al recurrente, se devolverán los autos al Registrador a efectos que éste proceda a inscribir el documento; si por el contrario, la resolución es desfavorable al interesado, éste deberá subsanar las observaciones del documento dentro de treinta días hábiles, caso contrario le será denegada la inscripción (Art. 18 LPU). Es importante aclarar que estos recursos no solamente se pueden interponer por resoluciones registrales que observan los documentos por errores, inexactitudes u omisiones subsanables, con las cuales el recurrente no se conforma, sino que también son procedentes cuando se ha pronunciado una resolución de denegatoria y siendo esta la situación que se pretenda revertir, si los recursos de Revisión y Revocatoria no le resultan favorables al interesado, se tiene derecho a la Apelación. El Recurso de Apelación se interpondrá únicamente en el caso de una resolución que deniega la inscripción, ante la Dirección del Registro de Comercio, por escrito que el interesado presentará al Jefe de la oficina que conoció de la revocatoria, en el cual se expresarán las razones que tenga el interesado para estimar que la resolución es indebida; el plazo para interponer el recurso es el señalado por el Art. 22 de la Ley de la Dirección General de Registros, es decir, dentro de los treinta días hábiles subsiguientes a aquel en que se haya notificado la resolución de la revocatoria de la cual se apela. La Dirección del Registro resolverá el recurso dentro de los quince días subsiguientes a la fecha de recibido del escrito y documento respectivos, sin más trámite que la vista de éstos, de las razones en que se fundamenta la denegatoria, así como de los demás instrumentos que el interesado desee presentar y de los informes que de oficio pueda requerirse al Registrador, ordenando en la resolución si debe hacerse o no la inscripción (Art. 25 Ley de la Dirección General de Registros). Si la resolución resultare favorable al interesado, la Dirección del Registro librára oficio al Registrador en el que insertará su resolución, debiendo el Registrador proceder a la inscripción del documento, expresando que lo hace en virtud de la resolución de la Dirección (Art. 26 Ley de



la Dirección General de Registros). Contra la resolución en grado de apelación de que no es procedente la inscripción, podrá recurrirse contra ella ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en vista que la tramitación de los recursos ante el Registro de Comercio, agotan la vía administrativa (Arts. 20 LPU y 7 literal a Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

VII. CONCLUSIONES

El Registro de Comercio tiene como una de sus finalidades esenciales que las situaciones jurídicas que la ley quiere que se inscriban en él, puedan ser conocidas por los terceros, con la finalidad de que la publicidad de determinados actos o hechos tengan determinados efectos, principalmente el de revestirlos de eficacia jurídica, haciéndolos oponibles contra aquellos y protegiendo a la vez su buena fe, al asegurarle a las personas, por medio de los datos que les suministre el Registro, la verdadera situación de los derechos que hayan de servir de base a los actos de comercio que ejecuten en el desarrollo de la actividad mercantil. La función del Registro de Comercio como instrumento de publicidad con relación a los terceros, tiene una relevancia superior a la de otros medios de notificación, por cuanto los actos y documentos inscritos están revestidos de la seguridad jurídica que han sido otorgados y celebrados tal como constan en los mismos y no de forma diferente.

Por lo anterior, el Registro de Comercio es público, connotación que no se circunscribe únicamente al hecho que cualquier persona tiene acceso a la información registrada en él, sino que por serlo, se colige el conocimiento de sus asientos, no pudiendo alegarse ignorancia de los actos, contratos, documentos o hechos inscritos. El acceso a la información pública del Registro puede lograrse por varios medios: La consulta en las terminales de computadores instalados en la oficina del Registro, la consulta de los Libros de Registro, de los expedientes de matrículas de comercio y en virtud de certificaciones o constan-

cias que se soliciten de las inscripciones, expedientes y documentos que forman parte del Registro.

Por medio de la publicidad formal del Registro se cumplen y alcanzan los efectos de la publicidad registral, tales como el de eficacia legitimadora de los actos y documentos inscritos. Los Arts. 463 C. Com. y 3 LRC declaran que el contenido de las inscripciones del Registro se presume exacto para toda persona que haya contratado fiándose de sus declaraciones, salvo que el propio Registro le indique posibles razones de inexactitud o que por otras fuentes se conozciera dicha inexactitud, haciendo responsable personalmente al Registrador de las inexactitudes de los asientos que haya autorizado y certificaciones que haya expedido. Sin embargo, la inscripción no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a la ley. Pero en defensa del principio de buena fe, la declaración de nulidad no perjudicará los derechos de terceros que con anterioridad a tal declaratoria hayan adquirido conforme a Derecho (Art. 52 LRC).

La finalidad legitimadora del Registro tiene como consecuencia que los actos que la ley manda deben ser inscritos, una vez cumplido este requisito, son oponibles a terceros. Esta oponibilidad surge a partir del día y hora de la presentación del acto al Registro, siempre que la misma sea seguida de inscripción y sus efectos se regulan de conformidad a lo indicado por el Art. 475 C. Com.

La inscripción en general, tiene una eficacia meramente declarativa respecto al hecho o acto inscrito, éste es válido y perfecto desde su celebración y por tanto, independiente de su registro. La inscripción únicamente lo dota de la característica de legitimación registral, porque es un efecto propio de la inscripción presumir que el acto o contrato registrado es exacto y válido.

En otros casos, la inscripción se dice que es constitutiva, ya que sirve para perfeccionar determinadas situaciones o hechos jurídicos. En este caso, el Registro no se limita a inscribir un acto o contrato que



ha surgido con independencia de su registraci3n, sino que tal inscripci3n es uno de los requisitos de forma esenciales para completar los requisitos que el acto o contrato requiere, para as3 tener plena fuerza jur3dica. Tal sucede en el caso de la constituci3n de la sociedad mercantil, que antes de su inscripci3n tendremos solamente una sociedad en formaci3n, sin personalidad jur3dica, por tanto impedida legalmente para actuar; sin embargo, si se hubiere exteriorizado como tal frente a terceros, tendr3 personalidad 3nicamente en cuanto la perjudique, no as3 en aquello que le beneficie y sus socios, administradores y cualesquiera otras personas que intervengan en su funcionamiento, responder3n por las obligaciones de la sociedad frente a terceros, de forma personal, solidaria e ilimitada, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudieren haber incurrido (Art. 348 C. Com.). La sociedad mercantil 3nicamente completar3 su formaci3n y adquirir3 la personalidad jur3dica propia cuando est3 debidamente inscrita en el Registro de Comercio (Art. 25 C. Com.).



LEYES AMBIENTALES Y JUECES PRO-SALUD

*Alonso Castillo Robles **

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no es una guía de estudio es, propiamente, un tema de estudio-propuesta que estoy formulando de manera escueta, con la que pretendo se pueda contribuir en la gran tarea de detener la acelerada, peligrosa y dañina contaminación ambiental en nuestro país; y la podamos disminuir en significativa proporción. Pero, en primer lugar, profundizar en el conocimiento de la normativa ambiental básica y la relación que guarda con muchas otras leyes vigentes, y que son de aplicación cotidiana con menor o mediana efectividad por parte de la entidades del Órgano Ejecutivo y de las Municipalidad; así como también en el conocimiento de lo que considero deben hacer los jueces del país en las diferentes competencias territoriales y de materias, con la legislación vigente, en la función pública y en la función judicial propiamente dicha. La crítica constructiva que se le haga a este tema de estudio-propuesta, considero va a servir para mejorar lo que más adelante puede convertirse en propuesta formal al país.

Puedo anticipar el fondo de este trabajo lo que denomino luz mayor de nuestro formal Estado Democrático Constitucional de Derecho; precisamente el contenido de la ley fundamental en sus Artículos 1, 34, 65, 69, 101, 117 Cn. Si ustedes antes de continuar estudiando el presente trabajo, toman conciencia del contenido de estas disposiciones constitucionales, estoy seguro que comprenderán al final mi humilde aporte académico. En cada una de estas disposiciones lo

.....
* Abogado y Notario de profesión. Otra carrera: Ciencias Políticas. Docencia Universitaria: Derecho Constitucional, Teoría Política, Historias de las ideas políticas, Teoría del Estado, Derecho Ambiental. Función Judicial actual: Magistrado de la Cámara Mixta de Segunda Instancia.



más importante es la persona humana. El Art. 117, relacionado con la definición de “Desarrollo Sostenible” que nos da la Ley de Medio Ambiente.

Cuando finalice el estudio del trabajo-propuesta, les recomiendo revisen esta introducción. Si así lo hacen les resultará más fácil formular propias conclusiones.

El presente escrito tiene como propósito principal orientar en el sentido de que ya tenemos en nuestro país a Jueces y Magistrados preventores, contralores, vigilantes, denunciantes, receptores y canalizadores de denuncias, sobre contaminación que pueda perjudicar la salud y la calidad de vida de la población y los ecosistemas.

En la actualidad la población dispone de más de setecientos jueces de diferentes instancias, materias y competencias territoriales, distribuidas en todo el territorio nacional.

En cada una de las poblaciones trabaja un Juez de Paz; en otras, también jueces de primera instancia y magistrados de cámaras de segunda instancia. De manera que la cobertura territorial de los jueces y magistrados es apropiada y útil para el cumplimiento del deber de prevenir, controlar, vigilar y denunciar, por lo mismo, para recibir y canalizar las denuncias ciudadanas sobre contaminación ambiental; todo de conformidad y en cumplimiento del Art. 42 L.M.A.

No he querido decir que es hasta hoy que contamos con esa red judicial. Ciertamente la hemos tenido desde hace muchos años atrás, el punto es que es a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Medio Ambiente (1998), el momento en el que las organizaciones sociales, las escuelas de derecho, los abogados, los jueces y los fiscales, debieron haber implementado un plan de acción,

debieron haber comenzado a ejecutarlo. Hoy es cuando, según lo justifico y lo sugiero en los subtemas de este ensayo.

Desde luego, para desarrollar un plan de este tipo, abarcando todo el territorio nacional, era preciso que los sectores organizados (sociales, educativos, gremiales y económicos), conocieran y comprendieran, por lo menos: los principios del derecho ambiental; los principios en que debe fundamentarse toda política nacional del medio ambiente; los conceptos y definiciones legales básicas; los deberes y responsabilidades que las leyes establecen.

El otro gran propósito de este trabajo es también el de orientar, en el sentido de que es posible gestionar, vía proceso civil, el pago de indemnizaciones monetarias por daños y perjuicios sufridos por las personas a causa de una contaminación ambiental. Desde luego, con profundidad académica, los estudiantes de Derecho deben conocer e investigar la materia ambiental integrándola con las disposiciones pertinentes del Código Procesal Civil y Mercantil. Todo esto les será muy útil cuando vayan a ejercer la profesión de Abogado.

En el desarrollo del trabajo pretendo convencer que ambos propósitos se relacionan con los jueces del país al servicio de la salud y de la calidad de vida de la población. He aquí el fondo de mi preocupación, porque se garantice el cumplimiento de las condiciones mínimas de convivencia social pacífica por la vía del respeto al derecho humano a la salud y a la calidad de vida.

El tercer propósito sería el de informar que los jueces y magistrados somos educadores natos de la población en general, de los estudiantes de las diferentes carreras universitarias, de los profesionales, de los empresarios y de todas aquellas personas que se desempeñan como funcionarios públicos. Todo, desde luego, relacionado con acciones, prevenciones, absoluciones y condenas, vía aplicación judicial.



El presente breve ensayo se fundamenta en una buena parte, en la corriente italiana que desarrolla el derecho ambiental como disciplina autónoma, como enfoque y como instrumento de prevención de daños a la salud de las personas. Desde luego sin apartarse de las disciplinas técnico-científicas que estudian el sistema ambiental y la interacción entre sus elementos, para determinar su sobrevivencia en el tiempo y el espacio (ver definición de “medio ambiente” – Art. 5 L.M.A.).

Aclaro: sin perjuicio de que lo que escribo es de mi exclusiva responsabilidad, he consultado doctrina del derecho ambiental.

I. EL PODER JUDICIAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO

No me cabe duda de que el desarrollo humano en nuestro país se va a fortalecer mediante una función pública cada vez más activa al servicio de la población. Estamos éticamente obligados a superar la visión del Juez-funcionario burocratizado. Los jueces debemos ser actores dentro del sistema político de frenos y contrapesos, de límites y vínculos en el ejercicio del poder, me refiero a la relación en la que estamos como integrantes del poder judicial del gobierno del Estado, y no se trata de un simple desiderátum de quien escribe, pues el texto constitucional y las leyes secundarias disponen sobre el tema.

En efecto al Órgano Judicial del cual somos integrantes jueces y magistrados, le corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo, así como en las otras que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los magistrados y jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes. Entonces, si sabemos que la

función jurisdiccional es parte del poder del Estado e independiente de los demás poderes públicos, no cabe duda que funciona en el equilibrio del sistema de frenos y contrapesos.

Invito a que pasemos a una lectura cuidadosa de, por el momento, de las siguientes disposiciones legales.

A. Ley de Medio Ambiente “Art. 42: DEBERES DE LAS PERSONAS E INSTITUCIONES DEL ESTADO:

Art. 42 L.M.A. – Toda persona natural o jurídica, el Estado y sus entes descentralizados están obligados, a evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente, a prevenir, controlar, Vigilar y denunciar ante las autoridades competentes la contaminación que pueda perjudicar la salud, la calidad de vida de la población y los ecosistemas, especialmente las actividades que provoquen contaminación de la atmósfera, el agua, el suelo y el medio costero marino”.

B. Código Procesal Civil y Mercantil “Art. 2 Vinculación a la Constitución, leyes y demás normas:

Art. 2 C.P.C.M. – Los jueces están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas.

Todo juez, a instancia de parte o de oficio, deberá examinar previamente la constitucionalidad de las normas de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las decisiones que adopten en el mismo; y si alguna de ellas contradice la normativa constitucional, la declarará inaplicable en resolución debidamente motivada, en la que se consignen la disposición cuya inaplicabilidad se declara, el derecho, principio o valor constitucional que se considera infringido y las específicas razones que fundamentan.



Las pruebas que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, con infracción de derechos o libertades fundamentales, no surtirán efecto.

Vimos que el Art. 42 transcrito, que pertenece y da inicio a las regulaciones del TÍTULO V: “Prevención y control de la Contaminación”; y que también está calificado en el CAPÍTULO I como una de las disposiciones especiales; con el acápite “DEBERES DE LAS PERSONAS E INSTITUCIONES DEL ESTADO” ¿Cómo dudar de que los Jueces y Magistrados son funcionarios públicos sometidos a esta disposición legal?

El Art. 42 tiene como uno de sus fundamentos constitucionales el Art. 1: “LA PERSONA HUMANA Y LOS FINES DEL ESTADO”, otro fundamento es el Art. 117 Cn (desarrollo sostenible: calidad de vida de las presentes generaciones. Ver definición en Art. 5 L.M.A.). Esta disposición legal (Art. 42) responde a dos principios del Derecho Ambiental: al principio de participación y al principio de solidaridad. Es preciso también que vinculemos la definición legal de “contaminación”, la del Art. 5 de la Ley de Medio Ambiente.

En lo que respecta a la inclusión del Órgano judicial en los planes de desarrollo, la definición de “Dimensión Ambiental” nos ayuda a comprender lo suficiente; considerando por otro lado, que la política nacional del medio ambiente no es ajena a la de la función pública que ejercen los Jueces y Magistrados; vale transcribir al menos dos de los principios fundamentales: Art. 2 L.M.A.

“a) Todos los habitantes tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es obligación del Estado tutelar, promover y defender este derecho de forma activa y sistemática, como requisito para asegurar la armonía entre los seres humanos y la naturaleza;”

“h) La gestión pública del medio ambiente debe ser global y transectorial, compartida por las distintas instituciones del Estado, incluyendo los Municipios y apoyada y complementada por la sociedad civil, de acuerdo a lo establecido por esta ley, sus reglamentos y demás leyes de la materia;”

Una primera conclusión: los jueces y magistrados estamos obligados por mandato legal, a frenar y contrapesar en todo aquello que los demás poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo) han dejado vacíos. Para el caso, si el legislador no especificó que los jueces y magistrados estamos obligados a evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente, a prevenir, controlar, vigilar, y denunciar la contaminación “que pueda perjudicar la salud, la calidad de vida de la población, etc.” Si el legislador no especificó en el Art. 42 en el sentido apuntado, la población debe saber que los Jueces y Magistrados son funcionarios públicos, integrantes de uno de los poderes del Estado; si, del Estado que está obligado a proteger los recursos naturales y el medio ambiente (Art. 117 Cn); del Estado obligado a proteger a los menores en su derecho a vivir en condiciones ambientales que le permitan su desarrollo integral (Art. 34 Cn.). Sí, de ese Estado, obligado a controlar la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar de los habitantes (Art. 69 Cn.).

II. DE LA DENUNCIA DE CONTAMINACIÓN

A continuación voy a intentar explicar mis ideas respecto de la utilización del instrumento de la denuncia de contaminación para que las personas y el Estado cooperen en el cumplimiento de la obligación legal de “evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente”.

El transcrito Art. 42 manda a evitar esas acciones deteriorantes. Entiendo entonces que la denuncia de contaminación constituye un instrumento legal para evitar su continuación o evitar nueva contaminación. Si, por ejemplo, la Policía Nacional Civil recibe la



denuncia presentada por una persona, cumple con su deber de recibirla y denunciarla de conformidad con el Art. 42, además debe realizar una inspección al sitio donde se ha detectado la contaminación denunciada; esta inspección podría provocar un saneamiento por parte de los responsables de la contaminación, ante el riesgo de una investigación fiscal que podría justificar el requerimiento penal correspondiente. El saneamiento en mención evitaría que continúen las acciones deteriorantes del medio ambiente. Ahora bien, la persona del denunciante generalmente no le daría seguimiento a la denuncia presentada a la P.N.C. y es que la ley no le abre las puertas para tal seguimiento. Entonces ¿Qué garantías tiene la persona denunciante de que el cumplimiento de su deber legal de denunciar y su deseo de participar y solidarizarse con las demás personas víctimas del riesgo a su salud y a su calidad de vida, produzca resultados positivos?

Diferente escenario se presentaría si la denuncia la presenta ante el Juez más cercano. En este caso los elementos de la Unidad de la P.N.C. del lugar, ante un Oficio del Juez que acompaña la denuncia, van a proceder de conformidad. Desde luego, ello implica que a los niveles más altos de jerarquía de los órganos Judicial y Ejecutivo exista un convenio de cooperación institucional que contenga un plan nacional y un procedimiento de seguimiento.

Podemos también utilizar la denuncia de contaminación, en algunos casos para prevenir su continuación o la existencia de mayor deterioro ambiental.

Para el caso del “control” a que se refiere el Art. 42, en algunos casos el o los denunciados interesados por solidaridad o porque son las víctimas de la contaminación, podrían continuar presentando escritos adicionales ante el mismo Juez que recibió la denuncia original. Por su parte el Juez cumpliría con su obligación de controlar enviando más oficios a la P.N.C.

Hago aclaración en el sentido de que el Juez que recibe la denuncia ciudadana puede enviar directamente el Oficio y la Denuncia al Ministerio de Medio Ambiente y a la Fiscalía General de la República. De igual manera se requeriría un convenio de cooperación interinstitucional entre el Órgano Judicial, el Ministerio y el Fiscal General de la República. Considero que el Juez cumpliría mejor con su deber enviando su denuncia a las últimas dos entidades públicas; en forma independiente la P.N.C. debe ordenar inspección inmediatamente (Art. 91 L.M.A.), so pena de caer en incumplimiento, de conformidad con la Ley de Ética Gubernamental.

En todo caso él o los denunciantes víctimas del riesgo a la salud y a su calidad de vida, serían los llamados a vigilar, no tanto la contaminación pero sí que las autoridades competentes cumplan con sus deberes legales, incluyendo a los jueces. A propósito, la vigilancia debería partir de la consulta al mismo Juez que recibió la denuncia, respecto de si la canalizó al citado ministerio y a la F.G.R. Si ocurriese que un Juez se resiste a recibir la denuncia o se niega a canalizarla a dichas competencias con la premura necesaria, queda expedito al denunciante su derecho a presentar la correspondiente ante el Tribunal de Ética Gubernamental para los efectos legales pertinentes. Algo similar o con mayores consecuencias ha de ocurrir a partir de la vigencia del Reglamento de Transparencia del Órgano Judicial; más adelante, de la Ley de Transparencia Gubernamental.

Un apartado especial merece el rol que debería cumplir todo estudiante de la carrera de Derecho, ya por iniciativa propia o por exigencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de prerrequisito para la autorización del ejercicio de la Abogacía. Me refiero a la obligación del Art. 42 de evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente y a la obligación de prevenir, controlar, vigilar, y denunciar ante las autoridades competentes la contaminación que pueda perjudicar la salud y la calidad de vida de la población y los ecosistemas. En este punto tenemos dos propósitos: el de



solidaridad social y ambiental y el de praxis del Derecho a través de la denuncia y el seguimiento de los procedimientos administrativos al interior del Ministerio y de la F.G.R.; lo mismo que ante los tribunales en materia de delitos ambientales. La población entonces sumaría a la ventaja de disponer de jueces y magistrados solidarios con su desarrollo humano, la solidaridad de la juventud universitaria legal y éticamente obligada a contribuir con el desarrollo sostenible.

Agrego que, al igual que para la cooperación efectiva de los Jueces y Magistrados, es conveniente en el caso de los estudiantes universitarios, exista un acuerdo de Corte Suprema y el convenio ad-hoc de éste colegiado, con las escuelas de Derecho, con la P.N.C., con el Ministerio y con la F.G.R., a fin de permitir que los primeros como denunciantes puedan darle seguimiento a sus propias denuncias, acumular experiencias jurídicas y documentarlas para presentarlas a las autoridades académicas de sus respectivas universidades, con derecho a ser evaluados en las materias o asignaturas correspondientes y con derecho a obtener constancia del trabajo y experiencia para ser presentado y agregado al Expediente de investigación y autorización profesional de la C.S.J.

Nótese que a la cobertura territorial de los jueces y magistrados se suma la cobertura de los estudiantes de la carrera de Derecho en todo el territorio nacional. El beneficio a las presentes y venideras generaciones se traduciría en efectivo desarrollo humano. Como lo advertía la Dra. María Alejandra Cousido (Argentina) a cada momento en su exposición de Seminario desarrollado en Septiembre de 2010 sobre Derecho Ambiental para Jueces y Magistrados, en instalaciones del Órgano Judicial: “sí o sí”, refiriéndose a que El Salvador debe avanzar y avanzar con lo que dispone el hoy.

Desde luego, mi idea tiene un alcance insospechado; como por ejemplo, el de que la población organizada o no, acudiría preferentemente a los estudiantes de Derecho y a los abogados, para asesoría legal y para dar seguimiento a las denuncias. De igual



modo, los estudiantes y algunos abogados buscarían a quienes estén interesados en denunciar contaminación que les puede perjudicar en su salud y su calidad de vida. En vez de calificar a esta noble acción como “cacería de brujas”, debemos todos los jueces y magistrados, todos los abogados, todos los padres de familia, todos los estudiantes de derecho, estudiarla e impulsarla como una de las más urgentes y ventajosas medidas de prevención de las enfermedades actuales cuya causa es la contaminación generalizada, que destruye vidas, que provoca deformaciones en los no natos y que aumenta la tristeza y pobreza en nuestra población; sin perder de vista que también desgasta al Estado debido a los crecientes costos en salud curativa, desgasta también al sector productivo del país, por el tiempo no laborado por los empleados que acuden a los centros hospitalarios, día a día.

En otro apartado podré relacionar que a partir de una denuncia ambiental, de conformidad al Art. 42 L.M.A., se podrá acceder a una indemnización por daños personales y patrimoniales, por la vía judicial civil en forma independiente.

III. DE LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN LA FUNCIÓN JUDICIAL CONCRETA

No debo dejar por fuera en este trabajo el tema de las oportunidades que tienen los jueces y magistrados de informarse directamente de la existencia de contaminaciones durante el desarrollo de un proceso y en relación a hechos que se conocen en el mismo. Aquí debemos considerar toda oportunidad que nos presentan las leyes que regulan tanto la sustantividad como la procesabilidad. Y me refiero a todas las materias y tutela judicial efectiva (civil, mercantil, penal, laboral, tránsito, familia, contencioso-administrativo, constitucional y ambiental propiamente dicha). Paso a señalar algunas fuentes de información que pueden ser utilizadas por los jueces, las partes dentro de un proceso, y demás participantes en el mismo; también, por terceros con intereses legítimos.



a) Por razones de derecho común sustantivo (Art. 73 C.C.) los Jueces y Magistrados, a petición de parte o de oficio, en cada diligencia o en cada proceso, están obligados “a tomar las providencias que les parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que de algún modo peligrá”. En esta disposición puedo encontrar, en primar lugar la declaración de que la Ley protege la vida del que esta por nacer. No debe sorprendernos que el fundamento está en la Constitución en el Art. 1 inc. 2º: “Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.” Lo mismo advierto respecto de algunas disposiciones del Código de Familia que con claridad disponen que en el término “menores” están incluidos los no natos. Pero también, más en concreto, el fundamento constitucional referente a las condiciones ambientales adecuadas para el desarrollo de los menores bajo protección del Estado, que constituye un derecho subjetivo constitucional de estas personas (Art. 34 Cn.).

En consecuencia, con ese fundamento constitucional y en aplicación del Art. 73 C.C., los Jueces y Magistrados, en cada diligencia y en cada proceso, eventualmente tienen información sobre hechos, acontecimientos y circunstancias en las que los no natos pudieran estar en peligro de su vida. Las partes procesales, en diligencias o en procesos, los abogados que participan, los terceros interesados, todos ellos perfectamente pueden (y deben), informar y pedir al juez que adopte las providencias que considere necesarias. A este respecto si bien deja al juez en libertad para seleccionar y aplicar cualquier providencia que considere necesaria, la Ley de Medio Ambiente y su Reglamento General informan e instruyen. Veamos el Art. 83 de la Ley Ambiental; le otorga al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, la potestad de adoptar en cualquier momento, las medidas de carácter provisional “que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiese recaer, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y los previsibles daños al medio ambiente y ecosistemas”. Por su parte el

Art. 116 del Reglamento, establece que el Ministerio podrá adoptar las medidas preventivas; el Art 117 del mismo reglamento se refiere a la naturaleza de la medida preventiva; el Art. 118, regula la alternativa, la rendición de una fianza sustitutiva de medidas preventivas. A lo anterior relaciono el Código Procesal Civil y Mercantil en referencia a las medidas cautelares que en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar (Art. 431). Y el Art. 436 de este Código contiene el catálogo de las medidas cautelares; una de ellas es la intervención o la administración judiciales de bienes productivos; otra es la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta. El Art. 437 subsiguiente del mismo código se refiere a otras medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellos que estén expresamente previstos por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos. La sabia integración y aplicación de estas disposiciones legales durante el desarrollo de un proceso judicial, a la luz de los artículos del Código Procesal referentes a los principios de vinculación y supletoriedad, nos pueden permitir un avance significativo en la protección de los no natos frente a un medio ambiente tan contaminado como el que conocemos y vivimos en nuestro país.

Debo aclarar que mi preocupación en este trabajo, por los no natos, es con relación a la contaminación que pudiera perjudicar su salud, es decir, que a criterio del Juez pudiera poner en peligro su vida.

Es oportuno entonces que tanto las partes procesales, los abogados participantes y terceros interesados, se ocupen de la protección de los no natos, también por vía de la prevención y denuncia ambientales (Art. 42). Los jueces, los magistrados, los abogados litigantes y los estudiantes de Derecho, sin duda alguna conocemos el alcance de los artículos 2, 19 y 20 del Código Procesal Civil y Mercantil; el primero referente a la vinculación, el segundo a integración

de las normas procesales, el tercero a la aplicación supletoria del Código mismo.

Pero, además, el Código Civil (Art. 73), no especificó que la obligación de las providencias a tomar deba depender de una demanda civil presentada o de un proceso en cualquiera de sus etapas. De manera que, tratándose de una disposición de derecho común, puedo entender que abarca lo sustantivo y lo procesal; puedo entender también que el mandato legal va en cualquier dirección, esto es, independientemente de cualquier diligencia o de cualquier tipo de proceso y materia. Puede entonces abarcar procedimientos del Código Civil y Mercantil, tales como: una diligencia preliminar, por ejemplo, o cautelar, o anticipo de prueba, o aseguramiento de prueba; igualmente aplicaría en cualquier etapa de cualquier proceso y competencia por materia y grado.

Desde luego, cada uno de estos aspectos requieren ser analizados y ejemplarizados uno a uno. Objeto de estudio de otros trabajos.

Para finalizar este apartado, preciso recordar parte de lo aprendido en el referido Seminario dirigido a jueces y magistrados. La notable jurista argentina Dra. María Alexandra Coasudo, informó acerca del “amparo ambiental” regulado en Argentina y cuyo uso está dando excelentes resultados en materia de medidas cautelares y condena a pago de indemnización por daños ambientales y daños y perjuicios civiles. Este “amparo ambiental” es de competencia de los tribunales civiles de toda Argentina, frente a cualquier violación al derecho humano a un ambiente adecuadamente sano. Pues bien, la jurista argentina estuvo de acuerdo en que tanto el Art. 42 como el Art. 73 C.C., podrían ser utilizados en nuestro país como un equivalente al “amparo ambiental” argentino; desde luego, limitado a la protección de la salud y calidad de vida de las personas, a la salud y calidad de vida de los menores, y a la vida de los no natos. Aquí esta lo interesante respecto de los no natos: en nuestro país día a día son concebidos seres humanos, a lo largo y ancho del territorio nacional.

Pero además, alrededor de cada no nato están: sus progenitores, su grupo familiar, el grupo humano de la vecindad, o, el del grupo humano del lugar de trabajo de la madre que lo acoge en su vientre. Así las cosas, si el Juez, a petición de cualquier persona o de oficio (Art. 73 C.C.), cumple con el deber de tomar las providencias que le parezcan convenientes, beneficiará al menor y a todos los que le rodean, me refiero por hoy a las condiciones ambientales en las que viven y se desenvuelven día a día. Esto último aplica a los menores no natos (explicaciones más adelante).

Sin descuidar lo que disponen sobre el particular la Ley Ambiental y su Reglamento, ni lo que dispone el referido código procesal, el Juez también cumpliría con el mandato del Art. 73 C.C. denunciado la contaminación de conformidad con el Art. 42 referido.

Aquí ya no se trata de innovar con integración normativa pues las mismas disposiciones legales, como veremos, obligan al Juez en forma expresa a cooperar con el sistema de justicia incluyendo el ambiental, en toda dimensión.

b) Ahora cabe hacer la referencia a la prejudicialidad. El inciso primero del Art. 48 del C.P.C.M. reza así:

Prejudicialidad

“Art. 48. – Cuando en un proceso civil o mercantil, se ponga de manifiesto un hecho que tenga apariencia de delito o de falta que diere lugar a acción penal, el respectivo tribunal, mediante resolución, lo pondrá en conocimiento del Fiscal General de la República, por si hubiere lugar al ejercicio de dicha acción.”

Si nos concentramos en el desarrollo de un proceso civil o mercantil, cuando el Juez o Magistrado observa que se ha puesto de manifiesto un hecho que tiene apariencia de delito que diere lugar a una acción penal, están obligados a ponerlo en conocimiento del Fiscal General de la República. En efecto, podría ocurrir que el hecho consista en



una contaminación ambiental, pero realizada “en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiera en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente” (Art. 255 Pn.). Ahora agrego lo siguiente: si el Juez está obligado por mandato legal a poner en conocimiento a la F.G.R. el hecho delictivo que se pone de manifiesto dentro de un proceso, nada le impide hacer lo mismo si por ejemplo cualquier persona se lo pone del conocimiento estando o no en desarrollo un proceso bajo conocimiento, es decir, por simple ánimo de servicio a la comunidad, aprovechando la elevada investidura del Juez como autoridad pública. Desde luego, esta persona lo podría poner en conocimiento de la F.G.R. directamente; pero, como es fácil comprender, si la información sobre el hecho se canaliza a través del Juez no cabe duda que el resultado, me refiero a la reacción de la F.G.R., será inmediato para los efectos de dar inicio a la correspondiente investigación. Preferentemente si precede el propuesto convenio de cooperación ambiental interinstitucional.

Y es que a los abogados, lo mismo que a las partes y a otros participantes en el proceso, educados y con suficiente conciencia ambiental, se les presentaría la oportunidad de informar y pedir al Juez que cumpla con el mandato del Art. 42 L.M.A., y del Art. 48 Inc. Primero, aprovechando la intermediación que están teniendo a través de un proceso en desarrollo. ¿Por qué asumir que los profesionales lo harán en forma separada y desplazándose a una dependencia de la F.G.R.? La iniciativa de colaborar con la justicia penal ambiental requiere, por conveniencia natural, de una facilitación que le da la intermediación frente al Juez. Con un hipotético ejemplo creo se facilita la comprensión de mi propuesta: tratándose de una diligencia preliminar en preparación para una venidera demanda civil y mercantil, si el solicitante autorizado por el Juez incursiona en sitios o en la contabilidad del futuro demandado, y en dichos sitios o del análisis de los registros contables detecta posible infracción ambiental y/o posible ilícito penal ambiental, sería oportuno con

fundamento en el Art. 42 L.M.A. y en el Art. 48 C.P.C.M. hacerlo del conocimiento del Juez para que éste lo haga del conocimiento del Ministerio de Medio Ambiente y de la F.G.R. Igual oportunidad puede surgir en el procedimiento de anticipo de prueba o en la realización de una prueba pericial. Pero también, el mismo Juez puede percatarse de un hecho de consecuencias legales ambientales, en un procedimiento de intervención judicial y de intervención pericial conjunta. Otro igual podría ocurrir en la aplicación de una medida cautelar. Insisto, se trata de aprovechar cada oportunidad en instancia judicial, haciendo un buen uso de la cobertura territorial de los tribunales competentes en materia civil y mercantil, aún en ausencia del propuesto convenio interinstitucional aludido. Lo antes escrito vale y es oportuno tratándose de un posible delito de contaminación ambiental agravada (hecho atribuido a persona jurídica, pública o privada, que funcione sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente o haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que confiriere o suspendiere sus operaciones; hubiere aportado información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente o hubiere impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente). Me refiero a la denuncia del delito de contaminación agravada del Art. 256 Pn. En todo lo antes expuesto se requiere de una iniciativa del Juez, vía directa o por información que recibe de los colaboradores jurídicos del tribunal; pero también, de los abogados de las partes y de los peritos. Todos pueden y deben colaborar en esta noble tarea de prevenir daños a la salud y calidad de vida de las personas. Considero que la iniciativa de conciencia ambiental de los colaboradores jurídicos de los tribunales del país, podría llegar a representar una valiosa herramienta en esta noble tarea, la de la solidaridad ambiental, poniendo prioridad en la salud y calidad de vida de las personas.

Deseo llamar la atención que en toda denuncia conforme al Art. 42 L.M.A., el denunciante debería cooperar informando con detalles comprobables al Juez de la causa o al Juez seleccio-



nado como canalizador. Aquí entramos al tema del acceso a la información ambiental por cada denuncia, que incluye la fuente de información por medio de la transparencia gubernamental. En todo caso, los Jueces y Magistrados pueden acudir al principio procesal de “obligación de colaborar” del Art. 12 C.P.C.M.

Considero muy en especial que tratándose de preservar la salud y calidad de vida de las personas, materia ambiental por excelencia, los Jueces y Magistrados estamos en una posición privilegiada como cooperantes, para demostrar nuestra solidaridad para con la población. Lo ideal sería que actuemos de oficio y no, únicamente a solicitud o petición ciudadana.

IV. LOS JUECES EN EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

El Art. 246 C.P.C.M. que dispone: “Antes de promover un proceso, y con el objeto de evitarlo, las partes podrán intentar la conciliación. Dichos actos tendrán lugar ante el juzgado de paz competente, conforme a las reglas generales establecidas en este Código”. La anterior disposición debe en cada caso estudiarse conjuntamente con las limitantes del Art. 247 C.P.C.M., que excluye algunas materias de la conciliación. Y aquí voy a relacionar la obligación de proteger: a los menores por mandato constitucional (Art. 34 Cn.); lo mismo que la protección y la conservación de los recursos naturales que son de interés social. (Art – 117 Cn.).

Una de las materias excluidas de la conciliación de los Jueces de Paz, es aquella que señala el nº 1º del Art. 247, esto es, la que da origen a los procesos en que estén interesados el Estado (“y las demás Administraciones Públicas, así como Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza”). No cabe duda que si del escrito de solicitud de conciliación, también de los documentos que lo acompañen, o de lo que ocurra en la audiencia, el Juez advierte la existencia de contaminación de algún ecosistema; y las partes pretendieren conciliar el asunto, sin ocuparse de la contaminación (sin evitarla,



prevenirla, controlarla ni denunciarla), el Juez debe rechazar la solicitud de conciliación. Pero además, deberá el Juez denunciar la contaminación ante el Ministerio de Medio Ambiente y ante el Fiscal General de la República. Todo en razón de los intereses del Estado protector de los menores y de los recursos naturales afectados. La anterior exclusión de conciliación sería más evidente si en el futuro proceso haya de ser parte el Estado o intervenga junto con personas privadas, como parte principal o coadyuvante.

La otra exclusión como materia de conciliación ante Juez de Paz, aparece en el nº 2º del Art. 247 citado, y se refiere a los procesos en que estén interesados los incapaces. Aquí me detengo con gran interés, pues me voy a referir una vez más al derecho subjetivo constitucional de los menores de vivir en condiciones familiares y ambientales adecuadas para su desarrollo integral. Los jueces de paz deben ser muy vigilantes en este punto y no permitir la conciliación en esos casos de futuros procesos en los que estén interesados menores y su medio ambiente. Los jueces de paz en estos casos deben actuar como protectores de la salud y calidad de vida de los menores. En estos casos podrían colaborar los estudiantes de Derecho que estén trabajando en el tribunal de paz, pidiéndole al Juez lo conducente; o, denunciando ante el Juez mismo, la contaminación que hayan advertido de las diligencias iniciadas para la pretendida conciliación. El Juez canalizaría la denuncia, como ya he referido, en cumplimiento con el mandato del Art. 42 L.M.A.

La tercera exclusión de conciliación (nº 3º Art. 247), se refiere a las materias no susceptibles de transacción, como es el caso en que la ley limite la disposición de las pretensiones futuras por razones de orden público, de interés general, de protección de menores o cuando implique fraude de ley. Vamos a relacionar el Art. 126 C.P.C.M., también el Art. 294 C.P.C.M., en cuanto a los casos que el Juez (Civil Mercantil), no debe homologar la transacción entre partes por los motivos siguientes: fraude de ley, derechos indisponibles, compromiso al interés público o el de menores o cuando



la transacción se realiza en perjuicio de terceros. En todos estos casos informa el texto del Art. 42 L.M.A., es decir, los jueces de paz no pueden aceptar la tramitación completa de la solicitud de conciliación. Repito los estudiantes de Derecho, colaboradores y practicantes en los Tribunales de Paz, pueden hacer una gran labor de control en aras de la justicia ambiental (la salud y la calidad de vida de las personas). Con énfasis en los menores de edad.

Todavía más: el Art. 253 C.P.C.M. dispone respecto de la impugnación del acuerdo de conciliación que puede ser hecha por “quienes pudieran sufrir perjuicios”. Aún mejor, la impugnación caducará a los treinta días para posibles perjudicados, plazo contado a partir del día en que tuvieren conocimiento del acuerdo de conciliación. En este punto, los ejemplos hipotéticos que se presentan en hora-clase permitirán una más fácil comprensión. Lo importante y prioritario es que, tanto estudiantes de derecho, como los abogados y los jueces estén vigilantes frente a las pretensiones de conciliación de algunas personas, utilizando la ventaja y fácil acceso a los tribunales de paz en todo el país; vigilantes, insisto, cuando exista relación con la salud y la calidad de vida de las personas frente a una contaminación ambiental. Por su parte, los jueces de paz, están obligados también a vigilar y prevenir posibles abusos del procedimiento de conciliación en materias excluidas, sobremanera si se relacionan con la salud y la calidad de vida de las personas frente a cualquier tipo de contaminación ambiental. Lo mismo puedo advertir respecto de los alcaldes de las municipalidades y las organizaciones comunales en las poblaciones en las que se intentan conciliaciones en juzgados de paz. O cuando ya hubo acuerdo conciliatorio. Respecto de esto último, los jefes de las unidades ambientales de las municipalidades tienen especial responsabilidad delegada del Alcalde. Pretendo con esto, que los alcaldes y los directivos de las organizaciones comunales sean cada vez más vigilantes de lo que pudiera estar ocurriendo en los tribunales de Paz. Para lograrlo se requiere de la iniciativa de los estudiantes de derecho y de las ONG’s.

Lo que he escrito, por supuesto que vale cuando estamos en presencia del intento de conciliación en la audiencia preparatoria de cualquier proceso civil o mercantil. Así, el Art.293 C.P.C.M. dispone lo que sigue: “Abierta la audiencia preparatoria, el juez instará a las partes a lograr un arreglo en relación con la pretensión deducida en el proceso”. Y el Art. 294 siguiente, dispone sobre que no habrá lugar a la homologación judicial del acuerdo de transacción entre partes, cuando el convenio implica fraude de ley o abuso del derecho; cuando el acuerdo versa sobre derechos indisponibles, o compromete el interés público o el de menores, o se realiza en perjuicio de tercero. En estos casos pues, la vigilancia de los estudiantes de Derecho, de los abogados y de los jueces de primera instancia (civil mercantil), se vuelve de igual manera necesaria. Pero también los alcaldes por medio las unidades ambientales. Y en caso necesario, se impone para todos ellos la obligación de denunciar la correspondiente contaminación en cumplimiento del Art. 42 L.M.A.

De cierto, lo que trato de orientar es que frente a la protección de la salud y calidad de vida de las personas, en especial de los menores de edad, debemos cerrar todo hueco frente a cualquier posible abuso en las conciliaciones y transacciones judiciales. La participación ciudadana es indispensable en todo esto, para cooperar pero también para exigir. Me pregunto si en nuestro país se escapa algún lugar urbano, sub urbano o rural, en donde no vivan menores de edad.

Para concluir en este punto: debemos concentrar nuestra atención en todos aquellos procesos civiles y mercantiles que tengan una relación con inmuebles, incluyendo los inmuebles embargados en un proceso ejecutivo. En ese orden, las partes, los abogados, los demás partícipes interesados y los jueces y magistrados, tendrían la gran oportunidad de informarse de la posible existencia de cualquier tipo de contaminación en espacios territoriales. Pero también podrán obtener esa información antes de ser presentada la



demanda, como referí, en los procedimientos de diligencias preliminares, de anticipo de prueba y de medidas cautelares. Cualquier persona que participe en cada proceso, incluyendo los peritos, pueden informarle y pedirle al Juez que cumpla con el deber de denunciar según lo disponen el Art. 42 L.M.A. y el Art. 48 (C.P.C.M.). De algún tipo de diligencia preliminar, por ejemplo, puede surgir la información de la inexistencia de permiso ambiental, o del incumplimiento de las reglas que contiene el permiso. Precisamente el permiso ambiental es un instrumento jurídico de prevención de la contaminación. En este último caso, las partes solicitantes y el Juez mismo, han de deducir la muy probable contaminación que se ha estado causando desde la unidad económica productiva.

Discutamos estos temas, la verdad no está necesariamente en lo que expongo y escribo; busquemos juntos el justo medio frente a nuestra realidad nacional. Dada la gravedad de la contaminación ambiental que estamos soportando injustamente quienes vivimos en nuestro país, que se traduce en enfermedades, lo peor, en enfermedades terminales como los diferentes tipos de cáncer y la insuficiencia renal, no me preocupan la crítica destructiva y el rechazo que puedan surgir de parte de algunos de mis lectores. Por nada quisiera que mis críticos y detractores sufrieran o fueran víctimas en su propia integridad física o en la de sus seres más queridos; considero sin embargo que todos y no unos pocos, estamos expuestos hoy en día a ser víctimas de esa contaminación. Por lo mismo, el esfuerzo no remunerado que podamos hacer, vale más que cualquier crítica, se trata de un accionar diario por solidaridad humanitaria, comenzando con nuestro grupo familiar, aprovechando cada una de las herramientas que nos presenta el quehacer judicial. Por hoy y por muchos años en adelante, en nuestro país, no debemos permitir que la contaminación ambiental continúe su ritmo de crecimiento matemático.

V. Integración de las Normas Procesales (Art. 19 CP.C.M.)

Por vacío legal se entiende la ausencia de reglas jurídicas respecto de una cuestión determinada. La expresión se utiliza expresamente respecto del silencio de la legislación respecto de una situación. El Art. 19 C.P.C.M., dispone que en casos de vacío legal deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del Derecho, y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso. Pues bien, en una medida considerable, en el presente trabajo, me he fundamentado en tal disposición. No me cabe duda que hay mucho por recorrer en materia de integración de las normas procesales. Lo importante es que la mencionada regla para la aplicación de las normas procesales, abre la puerta para que abogados litigantes y jueces se vuelvan constructores del desarrollo humano, integrando cada vez más las disposiciones constitucionales y las leyes ambientales, incluyendo por supuesto tratados internacionales en materia ambiental. En ese orden de acción, repito, aquello que en esta materia no puedan realizar los legisladores, el Órgano Ejecutivo y los concejos municipales, lo podemos hacer los jueces y magistrados, pero desde hoy. Pues frente a la realidad de la salud y calidad de vida de nuestra población, a la que pertenecemos, ya no se justifica más tolerancia ni apatía.

A continuación amplió la cobertura que nos permite el inciso primero del Art. 48 (C.P.C.M.), al disponer “cuando se ponga de manifiesto un hecho que tenga apariencia de delito o de falta que diere lugar a acción penal...” En un proceso civil los hechos comprenden todos los actos de las partes, anteriores al litigio, que puedan tener importancia en la causa. Los hechos probados, serían aquellos que en la sentencia se consideran de una manera expresa como habiendo ocurrido. Pues bien, por ejemplo, a través de un peritaje el perito de parte o el propuesto por las partes, incluye en el dictamen hechos (actos u omisiones) cuya autoría viene siendo



atribuida a una de las partes, y que tiene apariencia de delito. Si de la revisión de la apariencia resulta ser que no es delito, pero sí una posible infracción legal ambiental, se podría atacar en dos vías: una por medio de la denuncia ambiental del Juez, de oficio o a petición de parte, ante el Ministerio del Medio Ambiente (Art. 42); otra, siempre ante el mismo Ministerio, por medio de simple aviso de infracción ambiental. De ocurrir una u otra iniciativa es también probable que en un proceso administrativo sancionatorio ambiental, se ponga de manifiesto un hecho que tenga apariencia de delito ambiental, para el caso: el delito de contaminación (Art. 255 Pn) o el delito de contaminación agravada (Art. 256 Pn). La frecuencia sería: a) hecho que tenga apariencia de delito ambiental, el Juez informaría a la F.G.R.; b) Hecho que tenga apariencia de infracción ambiental, el Juez informaría o avisaría al Ministerio; c) si el hecho que da lugar al procedimiento sancionatorio ambiental, genera también contaminación calificable como delito ambiental, el MARN informaría a la F.G.R. Es preciso que ustedes analicen el contenido de los artículos 42, 83 y 91, todos de la Ley Ambiental, y relacionen con el inciso primero del Art.48 C.P.C.M. Respecto de las infracciones ambientales, debe analizar detenidamente el Art. 86 de la misma ley ambiental.

Dicho de otra manera, la apertura del inciso primero del Art. 48 C.P.C.M., no se agota con los posibles delitos ambientales. En efecto, pudiera ocurrir que en un proceso civil o mercantil, se ponga de manifiesto un hecho que tenga apariencia de infracción ambiental que diere lugar a un procedimiento administrativo sancionatorio de conformidad con la Ley del Medio Ambiente; en este caso el respectivo tribunal, mediante oficio lo pondrá en conocimiento del Ministerio de Medio Ambiente, como una forma de prevenir y denunciar posible contaminación (Art. 42 L.M.A.). Paso a explicar. El Art. 91 de la Ley Ambiental, en su primer inciso, dispone que el procedimiento administrativo sancionatorio puede iniciarse por denuncia o por aviso ante el Ministerio. El Art. 92, dispone que con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio,

se podrán efectuar actuaciones previas por parte de funcionarios del Ministerio, es decir medidas cautelares, con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de las circunstancias que lo justifiquen. Este procedimiento tiene lugar frente a posible o posibles infracciones ambientales cometidas por personas o por entidades privadas y públicas. Las sanciones administrativas, sin perjuicio de las medidas cautelares, consisten en multas; pero además se ordena al infractor la restauración, restitución o reparación del daño causado al medio ambiente. De ser imposible esto último, el infractor deberá reembolsar el importe de la restauración al Estado (protector del medio ambiente). Caso contrario sería procesado por este en un proceso ejecutivo. Pues bien, las infracciones ambientales, algunas de las cuales podrían ponerse de manifiesto en un proceso civil o mercantil, en procedimientos tales como: el de prueba anticipada, diligencias preliminares, medidas cautelares, debate sobre hechos probados, peritaje, etc.; aparecen en el Art. 86 de la L.M.A. Así las cosas, en un proceso civil o mercantil podrían ponerse de manifiesto los siguientes hechos: a) que existen actividades, obras o proyectos sin haber obtenido permiso ambiental; b) la existencia de datos falsos en los estudios de impacto ambiental; c) que se ha incumplido obligaciones contempladas en el permiso ambiental; e) que se han autorizado obras, proyectos o concesiones, que por ley requieren permiso ambiental, sin haber sido éste otorgado por el Ministerio; f) que se han otorgado permisos ambientales a sabiendas que el proponente de la actividad, obra, proyecto o concesión no ha cumplido con los requisitos legales para ello; g) que, para el caso, el concesionario para el uso o aprovechamiento de recursos naturales se ha negado a prevenir, corregir o compensar los impactos ambientales negativos que produce la actividad bajo concesión; h) que se han violado las normas técnicas de calidad ambiental y de aprovechamiento racional y sostenible del recurso; i) que no se les ha prestado la colaboración necesaria a inspectores del Ministerio en sus auditorías ambientales j) que se han emitido o se están emitiendo contaminantes que violan los niveles permisibles establecidos reglamentariamente; k) que se



ha omitido dar aviso oportuno a la autoridad competente, sobre derrame de sustancias, productos, residuo o desechos peligrosos o contaminantes, que ponen en peligro la vida e integridad humana. De manera que de ponerse de manifiesto, cualesquiera o varias de esas posibles infracciones ambientales, en un proceso civil o mercantil, los jueces están obligados a prevenir y denunciar lo pertinente ante el Ministerio y ante el F.G.R. De igual modo, si las partes o sus abogados se informan de lo que se manifiesta en el proceso y que tenga apariencia de infracción ambiental deben pedirle respetuosamente al Juez, cumpla con el mandato del Art. 42 L.M.A.; todo sin perjuicio de que, por su parte, ellos, también den aviso al Ministerio.

Es importante mencionar que el secretario del Tribunal y los colaboradores jurídicos conocedores del derecho deben también cumplir con denuncias y avisos al Ministerio, pues no hay duda de que también ellos se informan del contenido de los procesos que se ventilan en el tribunal respectivo. Se trata del ejercicio democrático de participación ciudadana; pero también por el principio de solidaridad. No debemos perder de vista que son elevadas las posibilidades de contaminación detrás de cualquier infracción ambiental. No puede ser casualidad que datos oficiales con respaldo de la OMS, reflejan que en nuestro país se da un incremento acelerado de las enfermedades respiratorias y las terminales mencionadas, que abate a la mayoría de la población de escasos recursos, es decir la mayoría de la población salvadoreña. La causa principal no puede ser otra que la contaminación atmosférica, la contaminación del agua y la contaminación de los alimentos.

VI. MEDIDAS CAUTELARES AMBIENTALES JUDICIALES

Si bien este sub-tema pertenece a la integración de las normas procesales, es conveniente que lo veamos en forma por separado. Como vemos en el Art. 83 de la ley ambiental, el Ministerio puede adoptar a su buen criterio las medidas preventivas que considere



necesarias, pero para cada caso de responsabilidad administrativa, esto es, frente a una denuncia conforme al Art. 42, frente al resultado de una inspección o una auditoria ambiental de oficio, frente a un desastre ambiental declarado previamente; pero también frente a un procedimiento administrativo sancionatorio. Ahora bien pensemos en la actitud de un juez, en cumplimiento del Art. 42, haciéndole una prevención formal al posible responsable de una contaminación denunciada o advertida en un proceso; así: “se le previene a que adopte determinadas medidas cautelares”, y éste obedece conciente de su condición y de las posibles consecuencias legales negativas a futuro. Estaríamos en presencia de actitudes de aceptable prudencia y prevención, todo en beneficio de la salud y de la calidad de vida de las personas que ya fueron afectadas y de otras que podrían serlo. Recordemos: el Art. 42 también obliga a evitar las acciones deteriorantes del medio ambiente y a prevenir la contaminación. Entendamos entonces que el Juez cumple con su obligación de “evitar”, previniéndoles a los posibles responsables de la contaminación, la adopción de determinadas medidas que permitan evitar más contaminación y más riesgo a la salud y calidad de vida a la población.

Si fuere el caso de un denunciante que acude al Juez y conoce detalles de la contaminación, debiera pedirle, por escrito, que prevenga al posible responsable que adopte determinadas medidas cautelares. Aquí triunfaría la participación ciudadana, mejor aún si el denunciante fuera un estudiante de Derecho o ha sido asesorado por éste. Por su parte al posible responsable le conviene, en todo caso, buscar asesoría legal antes de decidir desatender la recomendación del juez. Observen: se trata de una prevención emanada de un Juez; la persona prevenida no está obligada a obedecer al Juez; pero, un asesor legal diligente le recomendaría hacer lo posible por atender la prevención, dado que pronto actuará el Ministerio y el F.G.R. De nuevo: serán las partes, los abogados y terceros participes quienes habrán de pedir al juez que en cumplimiento de su obligación de prevenir (Art. 42), proceda para que la o los



posibles actores de delitos o de infracciones ambientales adopten determinadas medidas cautelares. Aquí existe amplio campo para la asesoría legal de estudiantes y profesionales del Derecho conocedores de la materia ambiental; de preferencia, con apoyo de expertos en las diferentes disciplinas ambientales. En la medida en que las personas prevenidas por el juez adopten una conducta congruente, en esa misma disminuirán las consecuencias administrativas, civiles y penales.

Una segunda oportunidad legal de prevención judicial ambiental puede surgir a partir del procedimiento propio de las medidas cautelares previas a un proceso civil y mercantil. Supongamos que vamos a demandar en juicio, la terminación de un contrato de arrendamiento de un inmueble en el cual está ocurriendo una contaminación por acción humana del arrendatario o de terceras personas. Es fácil entender que esta contaminación está deteriorando el inmueble, está perjudicando su potencial de plusvalía; eventualmente también, el Ministerio y la Fiscalía General de la República van a proceder con prevenciones, sanciones, órdenes de reparación ambiental, incluso con ejecución civil en el caso del Art. 96 de la Ley Ambiental. En ese posible caso, lo más prudente es pedirle al juez, con fundamento en el Art. 434 C.P.C.M., las medidas cautelares adecuadas que permitan un saneamiento ambiental, la cesación de determinadas acciones contaminantes u otras similares. Deben ustedes, analizar detenidamente, las disposiciones relativas a las Medidas Cautelares en el C.P.C.M.

Una tercera oportunidad legal más, la encontramos en las Diligencias Preliminares, antes y durante el proceso. Aquí también el Juez, de oficio o petición de parte, cumple con su obligación de evitar y prevenir (Art. 42). En primer lugar estamos en presencia de la etapa anterior al inicio del proceso; es decir cuando hay clara intención de entablar la Demanda. El peticionario de la medida cautelar debe estar claro que debe presentar la Demanda, a más tardar dentro de sesenta días de adoptada la medida cautelar. Aquí podríamos



prever múltiples posibilidades de procesos civiles y mercantiles, relacionados con el objeto, que debe estar vinculado con bienes inmuebles de preferencia. Por ejemplo, como cuando la petición va a consistir en que se reconozca un derecho de propiedad o un derecho de arrendamiento; o cuando se pida al juez ordene la devolución del bien. Si una contaminación afecta la cosa, perfectamente puede pedirse al Juez que ordene una medida cautelar o preventiva, como por ejemplo, que el Demandado realice un saneamiento ambiental o que suspenda una determinada actividad, precisamente la que causa la contaminación.

Esta posibilidad también se puede dar durante el desarrollo del proceso. Como cuando el que la pide considera que de no darse la medida cautelar, el bien bajará de precio en el mercado. El caso típico es el de la diligencia previa al proceso civil o mercantil de responsabilidad civil por daños ambientales, personales y patrimoniales. Otra posibilidad se presenta con el procedimiento de aseguramiento de prueba antes y durante el proceso. La medida cautelar adoptada directamente por el juez, que podría tener como propósito evitar que continúe el deterioro ambiental o la contaminación. De nuevo, es el Juez quien eventualmente se vincula con la contaminación ambiental que puede perjudicar la salud y calidad de vida de las personas. Y, como ya hice referencia, si considera que hay comisión de posible delito ambiental, deberá informar al Fiscal General de la República (Art. 48 C.P.C.M.).

Surge la pregunta: ¿Qué tipo de medidas cautelares ambientales debe autorizar el Juez? Pues el Art. 436 C.P.C.M. establece el catálogo de medidas cautelares para los procesos civiles y mercantiles. El Art. 437 siguiente, permite otras medidas más allá del catálogo. Entonces, en cada posibilidad de las mencionadas cabe una o más de las medidas cautelares que deben ser idóneas y necesarias para prevenir la continuación de la contaminación ambiental en cada caso. Por ejemplo, si se trata de apariencia de delito ambiental, el Juez que conoce del proceso civil o mercantil, podría sugerir de

oficio que se adopte la medida, cesación de la actividad que causa la contaminación; o la de que el responsable se abstenga temporalmente de alguna conducta. Si la medida cautelar es solicitada por parte procesal o por interesado en el proceso, deberá seguirse el respectivo procedimiento, el cual sin embargo puede concluir en rechazo judicial.

Ahora veamos lo que puede ocurrir en caso de denuncia ciudadana conforme al Art. 42. El denunciante puede pedirle al Juez que proceda a sugerir al posible responsable cualquiera de las medidas del catálogo u otras. El Juez, ante la denuncia presentada (Art. 42), puede de oficio sugerir la medida cautelar más idónea para que se suspenda una contaminación continuada o para que disminuya la que existe. Observen, no se trata de una orden, sino que de una sugerencia; que, viniendo de un Juez, considero tendría un impacto positivo en ciudadanos consecuentes.

Como aquí lo que se trata es de minimizar o hacer desaparecer una contaminación que pueda perjudicar la salud y la calidad de vida de la población, el Juez, a petición ciudadana o de oficio podrá colaborar de la manera más acorde con las circunstancias de cada caso. Pero el ciudadano afectado o con riesgos de ser afectado, los estudiantes de Derecho, también los abogados litigantes, deberán insistir en cada caso, para que los jueces se conviertan en multiplicadores, en esta noble tarea a nivel nacional.

Personalmente considero que muchas personas, mas rápido que lo imaginable, van a utilizar cada vez más esta red de prevención ambiental que hoy propongo; para prevenir su victimización y por razones de solidaridad humana.

De igual modo, confió que los jueces y magistrados del país, por ética gubernamental van a colaborar cada día más en esta noble tarea que les ha de traer beneficio a ellos mismo y a su grupo familiar.

Debo informarles que en cursos de capacitación de nivel internacional que he recibido y en los que he participado como ponente, he conocido alguna interesante jurisprudencia en la que jueces y magistrados de competencia civil de países como Argentina, España e Italia, tienen ya varios años de estar resolviendo sobre medidas cautelares ambientales; precisamente en estos países en los que aún no operan los tribunales ambientales especializados.

Ahora les haré referencia a la responsabilidad directa ambiental del Juez, sin que preceda iniciativa de otras personas. Posible procedimiento al interior de cada tribunal. Las formas en que debería procederse, a mi criterio, al interior de un tribunal de competencia civil y mercantil: a) Cuando la apariencia es de delito ambiental: el Juez, de oficio o a petición de parte cumple con su obligación de prevenir (Art. 42), formulando denuncia y enviándola al Fiscal General de la República, b) Cuando la apariencia se refiere a posible infracción ambiental (Art. 86), el Juez cumple con su obligación de prevenir, avisando (Art. 91) al Ministerio de Medio Ambiente. En este segundo caso, las partes y sus abogados podrían tomar la iniciativa, en el sentido de pedirle al Juez proceda con el aviso en cumplimiento con el mandato legal del Art. 42; el Juez no puede negarse a dar el aviso; si se niega, se expone a una denuncia ante el Tribunal de Ética Gubernamental, exista o no el convenio interinstitucional. Recordemos que la garantía de que el Ministerio adopte medidas preventivas (Art. 83) y abra expediente de procedimiento sancionatorio, está en el aviso judicial enviado con oficio al citado Ministerio. Se trata, en cualquier caso, de aprovechar la fuerza o imagen de la autoridad judicial para que el Ministerio no archive el aviso y se exponga a una denuncia también ante el Tribunal referido; sí, por iniciativa de parte procesal original (en el proceso en el que se advirtió la apariencia de delito o de infracción ambiental.). Un mismo Juez, con elevada conciencia ambiental, debería vigilar que en el Ministerio sea respetada su colaboración de avisar. El abogado de parte procesal o un abogado que no participe del proceso judicial original, pero que ha tenido información del aviso judicial,



podría estar interesado en que se desarrolle el procedimiento sancionatorio ante el Ministerio, por la posibilidad de que resulte beneficiado su cliente. No debemos olvidar que los procesos civiles y mercantiles son públicos, están sometidos a la transparencia del Órgano Judicial; por lo mismo los jueces son autoridad pública sometidos al escrutinio ciudadano como mandatarios. Por todo esto último es que insisto en la necesidad del convenio interinstitucional, que vendría a reflejar una respetable transparencia gubernamental.

¿De qué manera el Juez previene contaminación? El Art. 42 L.M.A. obliga también a los jueces y magistrados, a prevenir contaminación que pueda perjudicar la salud y la calidad de vida de la población. Aquí me voy a referir a las formas de prevenir pero desde el ejercicio de la función pública. En primer lugar, los Jueces podrían prevenir que ocurra nueva contaminación canalizando las denuncias provenientes de la sociedad civil y que son entregadas al Secretario del Tribunal. Para mejor comprensión debemos ponderar la cobertura territorial a nivel nacional del ejercicio diario de la judicatura; de manera que los tribunales de casa municipio en cada Departamento del país, estarían siendo debidamente utilizados por la población como receptores en sus peticiones ambientales. Debemos también considerar la cobertura nacional que ya poseen los abogados de la República. Como consecuencia, los posibles responsables de la contaminación sabrían que más temprano que tarde, serían sujetos de investigación y de eventuales sanciones administrativas, civiles y penales; lo cual les motivaría para un cambio de actitudes tendientes a ejecutar un saneamiento a su costo y a no continuar contaminando. En nuestra realidad nacional, no ofrece garantías el mandato de saneamiento ambiental a cargo de las municipalidades (de oficio) y del citado Ministerio. Es preciso que el ciudadano haga lo que le corresponde para defender sus derechos ambientales, su salud y su calidad de vida. De ahí mi propuesta para que la estudien y mejoren. En el Romano IX sub-tema CAFTA-DR, amplíe las posibilidades legales respecto del presente.

VII. RESPECTO DEL SUGERIDO CONVENIO ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (O.J.), EL F.G.R., EL MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE (O.E.), Y LAS ESCUELAS DE DERECHO (SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA Y PARTICIPATIVA)

El cuerpo colegiado deberá divulgarlo, con el propósito de que los Jueces y Magistrados tomen conciencia de que se trata de una colaboración interinstitucional de conformidad con el Art. 86 Inc. 1º Cn. A falta de ese convenio, de todos modos, los Jueces y Magistrados están obligados por mandato de ley (Art. 42).

Ahora bien, si los estudiantes de la Carrera de Derecho, por iniciativa propia y bajo la bandera de la participación ciudadana solidaria o en cumplimiento de un requisito impuesto por la Corte Suprema de Justicia para los efectos de la futura autorización del ejercicio de la Abogacía, se convierten en denunciante de contaminación y en peticionarios para que actúen los Jueces y Magistrados, la cobertura en tiempo y espacio territorial sería mucho mayor. La misma población buscaría a los estudiantes de Derecho para asesorar en las acciones previas y en la misma redacción de las denuncias acompañadas de alguna documentación, como por ejemplo: fotos de los lugares contaminados, testimonio de lugareños, etc. Todo ello facilitaría la labor de los jueces y magistrados. Piensen ustedes, ciudadanos estudiantes universitarios, que con actitudes legales de solidaridad hacia la población, pueden elevar prestigio personal y recibir respeto, fundamento de un exitoso futuro profesional.

Es viable considerar que, en la medida en que los estudiantes de Derecho se están informando de la real y generalizada contaminación y de la gravedad de la misma, del brote de enfermedades terminales que tiene por causa la contaminación del agua, y demás alimentos; y que les afecta en persona y en la humanidad de su grupo familiar y en el de la comunidad en general; entonces, van tomando conciencia de su rol humanitario como juventud pensante y con ideales nobles. Aquí tenemos un potencial muy significativo para



hacer realidad la participación ciudadana en materia ambiental, con enfoque de la salud de la población, de la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en general. No nos debe sorprender que a ésta noble tarea se sumen estudiantes de todas las carreras universitarias. La juventud universitaria y los jueces del país pueden convertirse en pioneros del desarrollo humano también por esta vía legal tan expedita.

VIII. EFECTOS JUDICIALES DE UNA DENUNCIA DE CONTAMINACIÓN

Paso ahora a dar unos pincelazos en torno a las posibles consecuencias judiciales de responsabilidad, con motivo de una denuncia administrativa de contaminación, surgida del cumplimiento del mandato legal del Art. 42 L.M.A. Principalmente los estudiantes de Derecho y los abogados, podrán vislumbrar la oportunidad de impulsar procesos de responsabilidad civil por daños y perjuicios, en la medida en que profundicen el estudio de las denuncias de contaminación, a partir de la información que puedan obtener de las comunidades afectadas, lo mismo que de lo que ocurre en los procedimientos conciliatorios y en las diligencias y en los procesos judiciales a nivel nacional. Continuando con la información que puedan obtener del Ministerio del Medio Ambiente, de la Fiscalía General de la República y de los Tribunales de la República. El panorama se vislumbra aún mejor con la esperada vigencia de la Ley de Transparencia Gubernamental, la cual abre las puertas para recabar información de otras dependencias gubernamentales tales como: la P.N.C., las Alcaldías Municipales y el C.N.R.

Respecto de la responsabilidad civil encuentro dos fuentes, en la ley ambiental, para ser estudiadas muy detenidamente. En primer lugar la Ley de Medio Ambiente, en sus artículos 85 y 96. Aclaro el Art. 705 C.P.C.M. Inc. 1º parte final, a mi criterio derogó tácitamente el Capítulo II PROCEDIMIENTO JUDICIAL, lo mismo que el Art. 111, todos de la Ley de Medio Ambiente. De todos modos ya estaban considerados como letra muerta por la inexistencia de los

Tribunales Agro-ambientales, y por lo absurdo e imposible de aplicar el Art. 111.

Veamos en primer lugar el Art. 85: aquí estamos en presencia del principio “el que contamina paga”. Puede observarse que la responsabilidad administrativa de los actores consiste únicamente en restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. Y sólo en caso de que sea imposible la restauración, surge la responsabilidad civil, consistente en la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios causados. Recordemos que el Código Civil establece que la ley también es fuente de obligaciones (Art. 1308 C.C.). En nuestro caso (Art. 85), la ley ambiental es fuente de obligación: la de restaurar el daño, en su defecto, la de pagar indemnización civil por daños y perjuicios. Sin perder de vista que el Art. 85 L.M.A. se refiere a la típica responsabilidad civil, lo dice el nombre del Capítulo I del Título XII de la ley ambiental, no puedo dejar de referirme a lo que nos ofrece la doctrina del derecho ambiental, y alguna jurisprudencia europea, que, dicho sea de paso, podríamos adoptar y aplicar en el país porque tenemos suficiente fundamentación constitucional; es decir, debemos aplicar en todo proceso judicial, el principio de vinculación que nos trae el Art. 2 C.P.C.M. La doctrina del derecho ambiental parte de que si la persona humana tiene el derecho fundamental de gozar de un medio ambiente sano, todo aquél que viola ese derecho privando a la persona de ese disfrute, debe pagarle una indemnización por daños y perjuicios. Podría denominarla como responsabilidad civil-ambiental, puesto que la causa es de naturaleza ambiental, diferenciándola de la civil que puede abarcar la referencia a daños personalísimos (salud, integridad física) y a daños patrimoniales propiamente dichos.

Pero debemos profundizar en cómo es que una contaminación y daño al medio ambiente o a un ecosistema puede a su vez perjudicar a las personas para que estas a su vez se conviertan en acreedoras de la obligación y así poder exigir el pago de indemnización por la vía judicial. Aclaro: el medio ambiente es de interés social (Art. 4



L.M.A.), es en buena parte patrimonio del Estado y no de particulares (Arts. 574 C.C. y 117 Cn.) El ejemplo fácil siguiente nos puede ilustrar: todos los habitantes tenemos el derecho de poder acceder a las playas de nuestras costas fluviales, lacustres y marinas; con propósito de: respirar aire menos contaminado, esparcimiento y de disfrute del paisaje. Si en una zona determinada de la playa a la que nos place visitar por su particular belleza o porque somos propietarios o arrendatarios de un rancho a orillas, advertimos que está siendo contaminada por vertidos industriales, desechos tóxicos, desechos urbanos, etc. Esa contaminación va a impedir que continuemos disfrutando de ese medio playero o costero marino, de ese medio ambiente adecuado, como derecho humano reconocido por la Constitución, tratados internacionales y por jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional. Pues esa privación de disfrute a un medio ambiente adecuado, seguramente tiene como causa acciones u omisiones que son de alguien (personas naturales y/o personas jurídicas, públicas o privadas). El Art. 85 L.M.A. esta redactado de tal manera que aplica a nuestro ejemplo, en el sentido de que los responsables de esa contaminación han puesto en riesgo o han causado daños al medio ambiente costero-marino y al ambiente marino, han afectado los procesos ecológicos esenciales de esos medios; pero también a la calidad de vida de la población que tiene derecho a disfrutar de esos espacios recreativos. Lo que no dispone ese artículo, ni otros de ley ambiental, es el procedimiento administrativo para hacer efectiva la restauración del medio ambiente afectado; no dispone sobre cómo puede llegarse a la conclusión de que es imposible la restauración; tampoco dispone sobre cómo y en base a cual título el Estado y los particulares pueden determinar los montos de la indemnización y cobrar la misma por la vía ejecutiva. Este último puede tener una excepción, esto es, en el caso de existir infracción ambiental, pues el Art. 96 L.M.A. sí se ocupa de la responsabilidad ambiental administrativa y civil, únicamente a favor del Estado. Sobre este tema hay mucho que escribir y proponer en el campo de la normativa procedimental administrativa. El principio de que “el que contamina paga” esta claro en la norma; hace falta

el debido proceso administrativo correspondiente. Urge la reforma pertinente, pues a mi criterio el Art. 85 no aplica en forma autónoma con el procedimiento administrativo sancionatorio. El Art. 85 es autónomo, pero necesita procedimiento adecuado.

Paso ahora a un breve análisis comparativo y distintivo. El Art. 83 L.M.A. y siguientes disponen sobre las medidas preventivas que podrían compatibilizar con el Art. 85 L.M.A.; pero se refiere también a un pendiente procedimiento sancionatorio regulado por los Arts. 91 y siguientes L.M.A. Significa que, dándose las circunstancias de contaminación señaladas en el Art. 85, cualquier persona o entidad pública o privada podría pedir al Ministerio la adopción de medidas preventivas, que no pueden ser otra cosa que medidas cautelares. ¿Podemos acudir al Código Procesal Civil y Mercantil y sus medidas cautelares? Yo opino que sí, pero en instancia administrativa para el caso. Se observa en el Art. 83 inc. último L.M.A., que eventualmente se condenará al infractor; se refiere a las infracciones del Art. 86 L.M.A. En su parte final también se refiere a condena de indemnizaciones por pérdida o destrucción de los recursos naturales o deterioro del medio ambiente, lo mismo que a las medidas compensatorias indispensables para restaurar los ecosistemas dañados. Pero entonces estamos en presencia de una resolución administrativa de condena a indemnizaciones, dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, es decir, no podemos equipararla a la responsabilidad civil del Art. 85. En ese caso, supuestamente el título para ejecutar la obligación de pago de la indemnización sería la certificación de la resolución del Ministerio del Medio Ambiente. Pero el Código Procesal Civil y Mercantil no aplica puesto que la Ley de Medio Ambiente no ha dispuesto que esa resolución administrativa de condena, la del Art. 83 L.M.A., sea título ejecutivo. Ver Art. 457 núm. 8º C.P.C.M. En conclusión: ni el Art. 83 garantiza sobre responsabilidad civil propiamente dicha, ni existe posibilidad de exigir el pago de la indemnización por parte del infractor condenado por vía administrativa.



Regresando al Art. 85 L.M.A., que como ya opiné, carece de procedimiento para hacer valer la obligación de restauración o la obligación de pago de la indemnización por daños y perjuicios. La alternativa sería recurrir al proceso común de responsabilidad civil que nos presenta el Código Procesal Civil y Mercantil. Aquí, el daño sería civil (personalísimo y patrimonial); la causa sería de naturaleza ambiental (contaminación). Observen: el daño ambiental interesa propiamente al Estado (Art. 117 Cn); al particular interesa de forma directa el daño personalísimo y el daño a su patrimonio, en forma indirecta respecto a su derecho individual a un medio ambiente adecuado. Derecho a un mejoramiento de la calidad de vida de las personas frente al Estado protector de los recursos naturales y del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible (Art. 117 Cn.).

La contaminación (Arts. 5, 42, 85 L.M.A.) produce daño moral a las personas, consistente en un perjuicio que le genera dolor, angustia, aflicción física y espiritual, humillación, desprecio y marginación.

Recapitulando conforme el Art. 42 L.M.A., de una denuncia podría surgir la posibilidad de cobrar indemnización por daños y perjuicios, vía proceso civil o mercantil. Ello implica darle seguimientos a los hechos, a los posibles actores responsables y a la denuncia. Pero también, el denunciante puede activar los procedimientos judiciales de: diligencias preliminares, de anticipo de prueba y de medidas cautelares.

APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

En primer término me voy a referir a una nueva oportunidad, para que los menores de edad puedan acudir a los tribunales de justicia en una especie de amparo ambiental, bajo el principio doctrinario de aplicación directa de la Constitución, ya adoptado por nuestra jurisprudencia constitucional. Partiendo del derecho subjetivo constitucional de los menores que crea el Art. 34 Cn. en

su inciso primero que dice así: “Art. 34. – Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del estado”. Lo voy a relacionar con el derecho constitucional de petición del Art. 18.-: “Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa , a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan y a que se la haga saber lo resuelto.” En seguida también relaciono con la disposición constitucional que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos, que incluye a los jueces y magistrados del Órgano Judicial. “Art. 235. – todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera sean las leyes, decretos, ordenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción se hará responsable conforme a las leyes.”

Pues bien, en aplicación de la Constitución y frente a un derecho subjetivo constitucional, me pregunto: ¿Qué debe hacer un Juez ante una petición de los representantes legales de unos menores, en el sentido de que ordene la adopción de una o varias medidas preventivas por ejemplo, sanear una área contaminada bajo su responsabilidad y/o a corregir mecanismos o procesos de producción que están provocando una contaminación de referencia? Aquí, antes de dar una respuesta legalmente congruente, deben observar lo siguiente: a) diferenciar si la petición es hecha dentro o fuera de un proceso civil o mercantil; b) que se estaría en presencia del ejercicio del derecho de petición; c) que los progenitores son peticionarios legítimos en representación de los menores que tienen el derecho constitucional de vivir en condiciones ambientales que les permitan su desarrollo integral; d) que generalmente, toda contaminación ambiental no permite el desarrollo de los menores; que los jueces son funcionarios públicos; e) que tanto la Ley del Medio Ambiente como el Código Procesal Civil y Mercantil disponen sobre medidas



preventivas y sobre medidas cautelares, respectivamente; f) que los jueces están vinculados a la Constitución, a las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico, sin que puedan desconocerlas ni desobedecerlas (Art. 2 C.P.C.M.); g) que en caso de vacío legal se deberá acudir a la analogía, a la normativa constitucional, etc.; y a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso (Art. 19 C.P.C.M.).

Otra interrogante: ¿Qué debe hacer el Juez si la petición viene formulada por personas que no son representantes de los menores, por ejemplo: los hermanos mayores de edad u otros parientes, o por una ONG protectora de menores o del medio ambiente? Insisto en los jueces, en razón de la referida amplia cobertura a nivel nacional y de la investidura como autoridad judicial.

Observen lo que a continuación les informo. En la Constitución de Argentina existe disposición expresa del derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano. Y es en base a esa disposición constitucional que los argentinos acuden frecuentemente a los jueces de primera instancia de lo civil, en “amparo ambiental” para que dicten medidas cautelares y condenen a los responsables de la contaminación a la restauración correspondiente y a la indemnización monetaria de los afectados peticionarios y no peticionarios. Y los jueces receptores de la petición proceden de inmediato a ordenar las medidas cautelares pertinentes, previa investigación o inspección ambiental y suficiente evidencia de la contaminación y de los daños. Pero también, en muchos casos condenan a reparación y al pago de indemnización, al mismo Estado como responsable de proteger el medio ambiente. Por su parte en la Constitución de Colombia tenemos esta disposición: “Art.79. – Todas las personas tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano...”.

Me pregunto entonces. ¿Qué tan distantes estamos en El Salvador, de Argentina y Colombia, respecto del derecho subjetivo constitucional de los menores de edad a vivir en un ambiente sano? ¿Qué

tan distantes estamos que los menores de edad de El Salvador no puedan tener acceso a los funcionarios públicos que fungen como autoridades judiciales, para que colaboren en la protección a su derecho subjetivo constitucional a vivir en un ambiente sano? ¿Por qué victimizar a los menores frente a la omisión de la Asamblea Legislativa en no haber adecuado la legislación secundaria al Art. 34 Cn.? ¿Puede la Asamblea Legislativa continuar con el bloqueo que ha venido haciendo para que no exista “debido proceso” apropiado para hacer efectivo el derecho de los menores – Art. 34 Cn.?

Mi opinión es en el sentido de que en El Salvador contamos con suficiente fundamento constitucional, para que, de preferencia como resultado de recomendaciones de uno o más foros nacionales, en los que participen organizaciones sociales, educativas, gremiales, podamos comenzar a proteger a nuestros menores en la forma pragmática y eficaz como lo están haciendo los argentinos; me refiero a las medidas preventivas y cautelares atendidas a consideraciones de circunstancias de cada caso, según la petición formal, atendiendo también a “consideraciones de buen sentido y razón natural”. Me atrevo y afirmo que el Estado continúa siendo responsable por no proteger las condiciones ambientales de los menores, vía legislación adecuada, es decir, vía legislación administrativa de aplicación efectiva, vía legislación que permita la tutela judicial a su derecho constitucional.

Considero que, aún sin previos foros nacionales, sería de mucha ayuda académica conocer, con transparencia, las actitudes de los jueces del país, frente a peticiones como la mencionada. No está prohibido probar, aplicando el derecho constitucional de petición. Y el principio de aplicación directa de la Constitución. Lo mismo, acudiendo al principio de integración de las normas procesales. (Art. 19 C.P.C.M.)

Una de las actitudes de los jueces frente a peticiones sobre medidas cautelares sería: las diferentes respuestas por escrito, al derecho



de petición, con fundamentación jurídica. Estas serían muy útiles para conocerlas y analizarlas en foros nacionales, como primer paso. De ahí en adelante se abriría el debate a nivel nacional, sobre si los jueces están o no cumpliendo con los mandatos y preceptos constitucionales. También habría debate sobre posibles propuestas de reforma legislativa.

Como pueden ustedes observar, este tema en particular merece mucho análisis, precisamente porque contamos con apropiada fundamentación constitucional y legal. Podemos hacer mucho con lo que tenemos. No perdamos de vista que el fondo de todo este asunto es la protección de la salud y la calidad de vida de las personas, en especial las de los menores de edad.

Tampoco dejemos de apreciar el hecho de que, en nuestro país, alrededor de cada niño existen cinco personas mayores de edad.

En conclusión, la aplicación directa del derecho fundamental de petición, para que se respete el derecho constitucional del Art. 34 a favor de los menores, comenzando con la orden judicial de adopción de medidas cautelares idóneas en cada caso, podría significar el comienzo de un gran cambio pro-salud y mejoramiento de la calidad de vida de las personas.

IX. TRATADOS INTERNACIONALES

Únicamente haré referencia, por hoy, al Tratado de Libre Comercio Estados Unidos, Centro América y República Dominicana (CAFTA-DR) y al convenio sobre FOMILENIO (Estados Unidos y El Salvador).

CAFTA-DR

El Capítulo Diecisiete del CAFTA-DR, es el Capítulo Ambiental. En su Art. 17.1: Niveles de Protección, parte final, dice así: “Cada parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos

niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas”. Precisamente mi propuesta en este trabajo, contiene algunas ideas de mejoramiento de la Ley Ambiental y de la política ambiental que arranca con el Convenio Interinstitucional.

Por su parte el Art. 17.3 del mismo Tratado, contiene reglas de procedimiento. En el N° 1, se hace referencia a procedimientos judiciales y administrativos, debiendo cada parte garantizar que estén disponibles para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental. Puedo afirmar que el Salvador frente al compromiso del Convenio, podría manifestar con claridad que cumple con garantizar parte de la disponibilidad legal para sancionar, precisamente permitiendo que funcione el convenio interinstitucional que propongo, es decir, vía denuncia ambiental ciudadana canalizada por la red judicial a nivel nacional; pero también, mediante la denuncia oficiosa de los jueces en cada oportunidad que se le presente, dentro de la función de hacer justicia en cada caso concreto, en cumplimiento del Art. 42 L.M.A.

Respecto del compromiso de garantizar la reparación de daños ambientales a las personas, puesto que tienen derecho a vivir en un ambiente adecuado, en especial los menores, considero que El Salvador aún no está cumpliendo con el compromiso del Tratado. Si bien cierto es, que desde hace algunos años atrás por sentencia de amparo, la Sala de lo Constitucional aceptó la vigencia del derecho-deber del Art. 117 Cn., hasta ahora, según mi saber, no se ha visto ningún caso concreto de sentencia de los tribunales de primera instancia ni de segunda instancia. Me explico: el derecho-deber constituye un principio jurídico unitario, en virtud del cual, en tanto el Estado debe proteger el medio ambiente, nosotros las personas humanas tenemos derecho a vivir en un medio ambiente protegido por el Estado, esto es, en un medio adecuado para nuestro desarrollo integral. En esas circunstancias a El Salvador le falta una legislación que en forma expresa disponga que todos los



habitantes tienen el derecho a un medio ambiente sano y a poder acceder a los procedimientos judiciales para que se nos repare en cada caso por violación a ese derecho. Apenas contamos con letra muerta en la ley ambiental, comenzando con el principio de la política nacional del medio ambiente descrito en el lit. (a) del Art. 2 “Todos los habitantes tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es obligación del Estado tutelar, promover y defender este derecho de forma activa y sistemática, como requisito para asegurar la armonía entre los seres humanos y la naturaleza”. Muy filosófica y romántica la redacción, pero no es un mandato legal propiamente dicho, es un principio orientador de la política nacional del medio ambiente. En todo caso, mi opinión personal, ningún Juez o Tribunal (civil, laboral, de familia, etc.) podría resolver ordenando reparación bajo la orientación de ese principio que es únicamente fundamento para la política nacional del medio ambiente que ha de emitir el Consejo del Ministerio de conformidad al Art. 3 de la ley ambiental. Repito: Lo que sí pueden los jueces, a mi criterio, es ordenar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares idóneas para evitar más daños ambientales que perjudiquen a los menores de edad en su desarrollo integral (Art. 34 Cn), todo bajo el principio de aplicación directa de la Constitución.

Es oportuno informarles, que en referido Seminario la doctora Cousido, con lujo de detalles enseñó de cómo en Argentina el Estado ya ha respondido a particulares con restauración ambiental y con indemnización, en casos gigantescos de omisión de protección del medio ambiente durante varias décadas continuas.

De manera que frente al CAFTA-DR, que entró en vigencia hace muchos años atrás, El Salvador está en deuda, en lo que concierne al derecho de los habitantes a la reparación vía judicial en caso de sufrir violación a su derecho a un medio ambiente sano. Urge la reforma pertinente, en lo sustantivo y en lo procesal. El CAFTA-DR se refiere al derecho de reparación por violación al derecho de toda persona a un medio ambiente sano. A propósito de esto último, soy



de la opinión en el sentido de que este Tratado, que es ley de la República y que no se opone a precepto constitucional alguno, da por sentado que toda persona que habita y transita por los territorios de los países signatarios, tienen derecho a un medio ambiente sano; con lo cual, de ser aceptado por los jueces, cumplirían con el mandato del Art. 42 referido por la vía de la orden de adopción de las adecuadas medidas cautelares, en cada caso en particular dentro de un proceso o en aplicación directa de la Constitución. (Arts. 34 y 117 Cn.). Recomiendo estudiar el Capítulo diecisiete – Ambiental,– del CAFTA; encontrarán normativa ambiental vigente cuidadosamente redactada; encontrarán excelente información jurídico-ambiental para una profunda reforma legislativa administrativa y judicial en nuestro país.

El CAFTA-DR es un tratado comercial que busca mejorar los flujos de comercio facilitando la importación y exportación de bienes y servicios de los países que lo conforma (Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana) de forma coherente con el desarrollo sostenible, es decir, entre otros, con el mejoramiento de la calidad de vida de las presentes generaciones, el equilibrio ecológico y la equidad; todo lo cual integra el desarrollo humano.

La ciudadanía puede encontrar en el Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio una serie de disposiciones de interés, entre ellos:

- a) los niveles de protección que los países deben dar al medio ambiente;
- b) la obligación principal de aplicar y cumplir la legislación ambiental de todos los países;
- c) los mecanismos voluntarios para mejorar el desempeño ambiental de los países; destaca las oportunidades para que el público pueda participar en ciertos temas ambientales;
- d) establece un mecanismo por el cuál los ciudadanos pueden presentar Comunicaciones aseverando que alguna parte esta incumpliendo en la aplicación efectiva de la legislación ambiental;

- 
- e) aborda temas relativos a la cooperación ambiental, y finalmente;
 - f) define lo que debe entenderse por legislación ambiental para efectos del Capítulo.

El Capítulo 17 Ambiental del CAFTA-DR promueve que cada país cumpla su propia Legislación Ambiental, pues las leyes pueden ser distintas en cada nación, y el Tratado busca lograr la protección del medio ambiente por medio de:

- La prevención, reducción y control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales.
- Controlar los químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos.
- Informar al público sobre estos contaminantes.
- Proteger la flora, fauna y su hábitat.

Uno de los temas mas importantes del Capítulo 17 del CAFTA-DR es la posibilidad que cualquier persona de uno de los países Parte del Tratado, interesada en la protección del ambiente y que haya acudido a instancias nacionales, presente una Comunicación en la cual señala el incumplimiento en la Aplicación de la Legislación Ambiental –hechos-, la norma legal ambiental que no se está siendo aplicada efectivamente y las pruebas con que cuenta, esto con el propósito de buscar una solución al tema.

El propósito del mecanismo, y de las comunicaciones, no es promover conflicto, pelea o sanciones, por el contrario abre un espacio para que las personas de los países Parte tengan la oportunidad de participar directamente en los procesos de Aplicación de la Legislación Ambiental de la región.

En el caso que la Comunicación que cumpla con los requisitos necesarios. La SAA (Secretaría de Asuntos Ambientales) puede solicitar al país Parte que dé una respuesta completa y documentada en la que aborde todas las inquietudes del peticionario.

Posteriormente, en caso que la respuesta del país Parte no responda claramente todas las inquietudes, la SAA puede recomendar la elaboración de un Expediente de Hechos, apoyado por un grupo de expertos independientes. La elaboración de esta investigación, que llamamos Expediente de Hechos, debe ser aprobada por al menos un miembro del Consejo de Asuntos Ambientales.

De ser aprobado la elaboración de este, la SAA junto con sus expertos investigan el caso, recolectando toda la información que sea pertinente, mediante la celebración de audiencias públicas para que las personas puedan participar y usando todos los documentos, estudios y demás información que permita arrojar luz sobre los verdaderos hechos del caso.

Finalmente, una vez terminado el Expediente de Hechos, el Consejo de Asuntos Ambientales determinara si manda a su publicación.

La Secretaría de Asuntos Ambientales (SEM CAFTA-DR) nace en 2006 después que los países parte del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-DR) acordaran su creación, con la finalidad de dar aplicación a los Art. 17.7 de Comunicaciones Relativas a la Aplicación de la Legislación Ambiental y 17.8 de Expedientes de Hechos y Cooperación Relacionada con el CAFTA-DR.

Requisitos para presentar una Comunicación Ambiental.

Una Comunicación Relativa a la Aplicación de la Legislación Ambiental, debe reunir requisitos establecidos en el Art. 17.7 de CAFTA-DR. Los requisitos que debe cumplir una Comunicación son:

- Dirigirse de manera escrita en ingles o español, a la Secretaría de Asunto Ambientales del CAFTA-DR.
- Identificar claramente a la persona que envía la carta.

- 
- Explicar el caso que se denuncia y presentar las pruebas o documentos que la sustente.
 - Debe estar encaminada a promover la Aplicación de la Legislación Ambiental y no a hostigar una industria.
 - Debe señalar que el caso ha sido comunicado por escrito ante las autoridades de su país cuál fue la respuesta, si la hay.

La SAA (Secretaría de Asuntos Ambientales) es un organismo internacional independiente, que opera bajo dirección y supervisión exclusivas del Consejo de Asuntos Ambientales, establecido en el Art. 17.5, del mismo CAFTA-DR.

Entre las funciones que desempeña se encuentra:

- Recibir y considerar las comunicaciones del público.
- Solicitar al país Parte que responda a las comunicaciones del público según corresponda.
- Informar al Consejo, de cualquier respuesta facilitada por la Parte, si las comunicaciones del público justifican el establecimiento de un Expediente de Hechos.
- Preparar los Expedientes de Hechos de conformidad con los párrafos 2 y 4 a 6 del Art. 17.8.

Entre las Comunicaciones que ha conocido la SAA referente a El Salvador, identificados con su debida referencia y su estatus actual, textualmente citado de los documentos de la SAA, se encuentran:

1. CAAL/09/001 – Urbanización El Espino:

El Remitente asevera que el gobierno de El Salvador ha incumplido con cierta legislación ambiental doméstica en relación a la urbanización y parcelación de terrenos en el área conocida como El Espino (San Salvador), lo que ha traído consecuencias negativas en materia ambiental para la zona.



Estado: Revisión suspendida al no cumplir con los requisitos del Art. 17.7.2 del CAFTA-DR.

2. CAALA/10/0001 – Residencial Villa Veranda:

El Remitente asevera que el gobierno de El Salvador ha incumplido con cierta legislación ambiental doméstica al autorizar el desarrollo del proyecto residencial “Villa Veranda” en el norponiente de Santa Tecla, La Libertad. Estado: la Secretaría ha solicitado información adicional a la República de El Salvador, previo a determinar si el caso amerita la recomendación para elaborar un Expediente de Hechos.

3. La Remitente asevera que la República de El Salvador ha incumplido en la aplicación de legislación ambiental relacionada a la protección del Área Natural Protegida Complejo Los Cóbanos, principalmente relacionado a los presuntos daños ocasionados en el área del arrecife donde el hotel Decamerón ha construido un malecón que desvía el flujo de las corriente marinas y le permite obtener arena de la vecindad. Estado: La Secretaría se encuentra en el proceso de estudio y análisis de una Comunicación revisada presentada por la Remitente.

FOMILENIO

En seguida paso a una breve referencia al Convenio FOMILENIO (El Salvador-Estados Unidos de Norte América) Muy poco o nada se ha comentado en materia ambiental al respecto. Puedo comenzar diciendo que el área territorial que abarca el proyecto de desarrollo sostenible del FOMILENIO, representa nada menos que la tercera parte del territorio nacional. Puedo también afirmar que lo considero como el primer intento de un verdadero plan de ordenamiento ambiental y territorial en nuestro país. Y, por qué no decirlo, lo que no pudimos hacer los salvadoreños en materia de desarrollo humano, lo está haciendo el pueblo y el gobierno de los



Estados Unidos de Norteamérica, con su donación millonaria, su asesoría en todos los ordenes y, atención, con su control administrativo y financiero. Pongan mucha atención al hecho de que en la zona territorial del Convenio, la zona norte, están siendo beneficiados en desarrollo sostenible, nada menos que 850 000 residentes. En esa zona habitan la mayoría de las familias salvadoreñas que estaban en pobreza extrema; y que hoy, comienzan a salir de ese estado, con proyección futura de un desarrollo humano que se vislumbra como ejemplo de primer línea, de lo que se puede hacer en un país en vías de desarrollo.

En esa zona norte, ya debiera estar funcionando la red que propongo, con base en un convenio interinstitucional ad-hoc. En esa zona ya se ha avanzado tanto en desarrollo sostenible, vía gestión pública administrativa, que es oportuno y quizás mas fácil comenzar la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, por la vía judicial; poniendo énfasis, desde luego, en la salud y calidad de vida de esa población.

El tema de la legislación ambiental de los tratados bilaterales, regionales e internacionales, debe ser objeto de estudio y comentario escrito, con una dimensión que sobrepasa la cátedra de un ciclo de carrera universitaria. No olviden que los Convenios y Tratados ratificados, son ley de la República.

CONCLUSIONES

Considero que la ciudadanía, los abogados y los estudiantes de Derecho, pueden dar inicio a las denuncias ambientales, en tanto los jueces están obligados por mandato legal a evitar y prevenir (Art. 42 L.M.A.). Los jueces, el MARN y la FGR cooperarían entre sí y harían lo que corresponde; sin perjuicio de lo que dispone la Ley de Ética Gubernamental y la venidera Ley de Transparencia. Sin duda, lo nuevo no deja de causar resistencia; pero, tratándose de asuntos que tienen claro fundamento constitucional y legal, muy

luego se desvanece. Pero además, no se puede tapar el sol con un dedo, la salud de la población en general ha empeorado peligrosamente; todos sabemos que la causa principal es la contaminación generalizada del agua, del aire, de los alimentos; también conocemos, la actividad en ríos, lagos y muchas zonas costero-marinas, contaminados con desechos industriales y domésticos.

Si se llevan a cabo el convenio interinstitucional que propongo habrá más efectividad a nivel de todo el territorio nacional, con resultados muy positivos, principalmente de cambio de actitudes de quienes hoy contaminan por negligencia y falta de cultura ambiental.

Mi propósito es de servicio a las personas, a la población en general; todos somos víctimas de la generalizada contaminación ambiental que afecta nuestra la salud y nuestra calidad de vida.

Me permito hacer un respetuoso agradecimiento a todas aquellas personas que, como particulares o como empresarios, están trabajando y produciendo amigablemente con el medio ambiente. Ellos son aplicadores del principio de solidaridad ambiental. Debemos sumar la futura acción solidaria de los jueces y demás funcionarios competentes, lo mismo que la solidaridad de los estudiantes de derecho y de los abogados.

Por otro lado reitero: mucho de aquello que los poderes ejecutivo y legislativo no han podido hacer para garantizar el desarrollo sostenible y el desarrollo humano, lo deben hacer quienes tienen el deber de denunciar contaminación y de canalizar denuncias de ciudadanos. Desde hace muchos años, en países como Argentina, Chile, Colombia, Estados Unidos de América, Canadá y en muchos países europeos, los jueces han tomado la vanguardia en esta noble y ardua tarea.

Espero que este pequeño trabajo académico, sea estudiado, criticado y mejorado por todos.



Encuentro en la humanidad de los menores de edad, lo que doy en llamar la salvación ambiental de toda la población de nuestro país. De manera que si aún en la aplicación de todo nuestro ordenamiento jurídico, caso por caso, respetamos cada día más el derecho subjetivo de ellos (los menores) a vivir en condiciones familiares y ambientales que les permita su desarrollo integral, como efecto multiplicador se garantizará el bienestar ambiental de la mayoría de la población, de presentes y venideras generaciones. En efecto, alrededor de cada menor de edad viven un mínimo de cinco personas mayores de edad. La población salvadoreña continúa estando compuesta en su mayoría por menores de edad. Dicho de otra manera: en la medida en que vayamos disminuyendo los embates que produce la contaminación ambiental a la salud y a la calidad de vida de los menores de edad, en forma multiplicada se logrará el efecto para beneficio de toda la población del país. De manera que los estudiantes de derecho, los abogados y los jueces, de preferencia con fundamento en un convenio interinstitucional tal cual lo he sugerido, podremos comenzar a darle efectividad a los deberes que emanan del Art. 42; todo, con espíritu de solidaridad y con miras a proteger la salud y mejorar la calidad de vida de nuestra población, comenzando con nuestro personal grupo familiar.

Les invito a pasar al análisis y a la crítica constructiva.

Cabe entonces retomar el elevado mensaje “no tengáis miedo”.



LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

*Gerardo Arístides Márquez**

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil médica está adquiriendo en la actualidad una relevancia creciente, motivada en gran medida por los avances de la ciencia y las expectativas de vida de la sociedad. Sin embargo y paradójicamente en el orden jurídico ésta deriva de la responsabilidad civil común del Código Civil por los daños causados por la actividad profesional de la medicina, es decir, no existe una especial configuración jurídica, la legislación sectorial es dispersa y la regulación común resulta insuficiente. A ello se le suma la dificultad que entraña su delimitación como relación contractual o extracontractual.

En El Salvador hace apenas doce años se comenzó a entablar demandas judiciales por mala praxis médica, por lo que representa una necesidad especial como campo de desarrollo jurídico el hacer un estudio detenido de la materia.

En 1991, la expresión mala praxis era ajena al vocabulario normal de la sociedad salvadoreña. En los últimos años, sin embargo, los salvadoreños han conocido de pacientes a quienes les han amputado la pierna equivocada, les han dejado gasas, agujas o algún otro instrumento quirúrgico en las entrañas, les han dejado inmóviles o con daños cerebrales después de una cesárea. La mala praxis médica es parte de la vida cotidiana.

.....

* Máster en Derecho Pluralista Público y Privado y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Laboral de la Universidad Autónoma de Barcelona. Abogado y Notario. Se ha desempeñado como docente a tiempo completo en la Universidad Dr. José Matías Delgado impartiendo las cátedras de Derecho Procesal Administrativo, Derecho Tributario y Derecho Administrativo; actualmente se desempeña como Investigador Jurídico en el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad.

Los problemas de mala praxis llegaron a ser tan graves que en 1998, la Asamblea Legislativa creó una comisión especial para analizar la situación, pero no hubo conclusiones relevantes. Solo entre 1994 y 1999, los tribunales del país procesaron más de 90 quejas contra médicos de diferentes especialidades y hospitales del país. La asociación para la Defensa de la Salud, una sociedad que aglutina a los familiares de víctimas y sobrevivientes de mala praxis ha registrado 407 casos entre 1991 y 2003. La Fiscalía General de la República ha recibido un total de 21 quejas desde abril de este año solo en San Salvador. En 6 de estos casos la víctima falleció, el resto padece algún tipo de lesión.

Estas cifras indican que una vez al mes alguno de los 8000 médicos que ejercen la profesión en el país, ha tenido una cita con la Justicia, luego que los pacientes o familiares de estos se sintieron decepcionados por su trabajo.

Los juicios por delitos relacionados con la práctica médica se desarrollaron en una atmósfera muy diferente a la de la mayoría de los casos penales. La pieza central del caso no suele ser un testigo clave o el hallazgo en la escena del crimen de un diestro investigador sino la opinión médica de otro médico. Así un paciente que confió en un médico, para aliviar sus males debe confiar en que el otro profesional de la medicina sea imparcial a la hora de emitir su opinión sobre un caso. Estos procesos judiciales casi siempre terminan con la victoria de los médicos demandados y comúnmente sólo extienden el sufrimiento de los demandantes. En el peor de los casos, las lesiones recibidas y la pérdida judicial terminan deteriorando el ambiente familiar. La asistencia psicológica que provee el Estado suele limitarse a la víctima, no así al grupo familiar, cuya rutina suele ser alterada. Sin embargo, también suelen terminar con una experiencia amarga; el dictamen favorable de un juez no devuelve la reputación profesional, algo fundamental en este tipo de trabajo.

Un proceso que debía solucionar un problema se convierte en fuente de insatisfacción para todas las partes. El problema se agrava, ya que

pacientes son atendidos por futuros médicos que no están autorizados aún para ejercer y practican en pacientes que acuden a la red hospitalaria pública. Paralelamente las especialidades médicas en el país no están legalmente instituidas.

La mala praxis médica como tal no está instituida como delito por lo que se procesa, según sea el caso, como lesiones u homicidio culposo, usándose las reglas de la responsabilidad extracontractual del Derecho Civil para solucionar cuánto debe dárselos a los afectados como responsabilidad civil.

La falta de un mecanismo más expedito para resolver los problemas surgidos en la práctica médica es complementada con una deficiente vigilancia de la profesión. La Medicina junto al Derecho son las únicas profesiones que están reguladas en el país por mandato constitucional. La Junta de la Vigilancia de la Profesión Médica (JVPM), dependencia del Consejo Superior de Salud, no ha estado a la altura de las circunstancias. La Junta de Vigilancia es la encargada de evaluar el trabajo de los médicos, pero no realizan una inspección de la calidad de su desempeño.

El 87% de los 407 casos que han sucedido desde 1991 todavía están en fase de investigación por parte de la Fiscalía General de la República, según sus propias estadísticas, la situación de estos es así:

Ganados Judicialmente	6
Conciliados Judicialmente	18
En vías de investigación	212
Resueltos particularmente	7
Casos perdidos o archivados	164

Por todo lo descrito anteriormente, es necesario profundizar sobre el tema y estudiarlo detenidamente, tomando en cuenta que es imperativo tener un pleno conocimiento de la doctrina civil referente a la responsabilidad extracontractual para poder solucionar satisfactoriamente estos



casos. Por lo que se propondrá en este trabajo presentar los aspectos referentes a doctrina, práctica judicial, legislación positiva que permitan su aplicación en los tribunales.

El Ejercicio de la Medicina, dejando al lado las prácticas estéticas, es una necesidad de orden social, cuyo fin es la protección de Derechos fundamentales como la vida, la salud, arts. 2 y 65 Cn. Salvadoreña, y su ejercicio obliga a estos profesionales a la asunción de decisiones y riesgos importantes; no puede pretenderse hacer caer en ellos la exclusiva responsabilidad por riesgo cuando los mayores beneficiados resulten ser los propios pacientes y sociedad en general. La actividad que desarrollan no es comparable en ningún caso con otras prácticas en que la asunción de riesgos por el actor tiene su justificación por el beneficio o lucro personal que obtiene.

La responsabilidad médica puede nacer de una relación contractual: contrato de cuidados médicos o puede nacer de una extracontractual, derivadas de las obligaciones propias de su cargo como es el deber de diligencia, asistencia, de mantenimiento del secreto médico, de información acerca del estado del paciente, etc.

La responsabilidad médica exige la concurrencia de:

- a) Un acto u omisión médicos
- b) Daño material o personal como la salud.
- c) Relación de causalidad; cuya apreciación será de arbitrio judicial y que por la extrema dificultad de su prueba para el paciente se entiende suficiente el mero indicio.
- d) Culpa, entendida como omisión de la diligencia debida según las reglas del arte médico en un acto u omisión médica. Es decir no simplemente de un error médico como acto, sino que éste no sea excusable por ser previsible, evitable o prevenible.

En España, al derivar de la responsabilidad común y no distinguir el Código Civil español entre culpas graves y leves se entiende que no

puede haber graduaciones de la culpa. En El Salvador por el contrario establece graduaciones de culpa como puede conocerse al leer el artículo 42 del Código Civil Salvadoreño.

Estudiando el derecho comparado y en específico el español podemos observar que existen diferentes tipos de responsabilidad y plazos de prescripción dependiendo de la situación del médico, así tenemos:

Situación del Médico	Tipo de Responsabilidad	Responsable
Consulta Privada	Contractual Art. 1124. Resulta suficiente el acuerdo de voluntades, son acciones ejercitables. Las de los arts. 1101, 1911 y 1258 CC. por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de alguna obligación. El caso fortuito y la fuerza mayor rompen el nexo causal existente entre el acto u omisión y el resultado dañoso. Plazo de prescripción 15 años (art.1964 CC).	Médico
Por servicio asistencial público	Responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903.5 CC). En relación a leyes administrativas: Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, Le de Régimen Local y decreto de 25 de Agosto de 1978, sobre deberes impuestos a los hospitales públicos. Responsabilidad Administración no responde cuando la culpa es personal del funcionario, es decir en actuaciones en las que no tenga nada que ver con la función y sean de extrema gravedad.	La Administración
Por compañías de seguros y pólizas de asistencia sanitaria	El médico trabaja para la compañía y la relación con el paciente es extracontractual. Responsabilidad por el hecho ajeno, art. 1903 CC, por culpa in vigilando o in eligiendo; Plazo de prescripción anual.	Empresas de Seguros



II. REQUISITOS PROCESALES:

- A. Legitimación activa: Dispondrá de legitimación activa el perjudicado de una actuación médica, paciente o usuario.
- B. Legitimación pasiva. La acción de responsabilidad médica se dirigirá contra el profesional que ostenta un título que acredita su aptitud en medicina. Puede suceder sin embargo que el daño tenga su origen en la actuación de un profesional sanitario auxiliar. En tales casos, la responsabilidad recae en el profesional médico del cual depende por la relación de subordinación y dependencia técnica de los primeros.

En centros hospitalarios, la organización de los mismos y el tipo de asistencia que se presta al enfermo se presta a través de equipos multiprofesionales que hace sumamente difícil la individualización de las conductas a efectos de exigencia de responsabilidad. Por ello se habla hoy de responsabilidad institucional que debe ser enfocada con criterios objetivos, de manera que es a los demandados a quienes corresponde probar su falta de culpa en la producción de efectos lesivos a los asistidos. El instrumento técnico para lograr el resarcimiento es el de la solidaridad cuando se imputa el resultado a ese múltiple conjunto de factores con varios intervinientes. (SAP Córdoba 28.04.1993.)

- C. EXISTENCIA DE UN ACTO MÉDICO: Entendido en un sentido restringido a los actos puramente médicos, que recaen en el cuerpo humano con una finalidad curativa directa o indirecta, es decir los que única y exclusivamente pueden efectuar estos profesionales.
- D. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ACTUAR: Deber que nace del hecho que la actividad médica es entendida como un servicio de pública necesidad, ejercitado por unos profesionales que poseen el monopolio de dicha rama del saber, que tiene como objeto la tutela de un bien jurídico constitucionalmente protegido y la existencia de un deber general de socorro en nuestro ordenamiento jurídico principio de “neminem laedere” o deber general de respeto a la persona.

Son deberes médicos con independencia de la relación contractual o extracontractual existente, los siguientes:

- Deber de cuidados curativos.
- Deber de consejo
- Deber de información
- Deber de guardar secreto médico

Estos persisten mientras no haya una causa de extinción como la consecución del resultado perseguido, imposibilidad de lograr el resultado o revocación expresa o implícita del paciente o profesional.

E. LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO MATERIAL O PERSONAL: El consentimiento del paciente resulta irrelevante en este aspecto, en el sentido de que su existencia no exonera de responsabilidad al profesional por su actuación. El consentimiento únicamente exime de responsabilidad por lo resultados derivados del riesgo propio de la intervención. La prueba del consentimiento recaería en principio en aquél que la alegue, que en este caso sería el profesional, ello parecería lógico por cuanto la prueba del hecho negativo al paciente o perjudicado resultaría extremadamente difícil. Hay autores que incluso entienden que opera en este ámbito una presunción *juris tantum* de falta de consentimiento.

El consentimiento del paciente a un tratamiento es un derecho de la persona como ejercicio de su libertad individual. Este resulta indispensable para los tratamientos no directamente curativos y se desdibuja cuando lo es o entran en juego otros bienes jurídicos protegidos como la vida, la integridad física o la concurrencia de situaciones de urgencia o gravedad de la intervención médica en que el deber de asistencia se superpone a cualquier otro como el de libertad de culto.

Habrá que considerar la relación contractual o extracontractual del paciente con el médico. En la primera el consentimiento parece implícito desde el momento en que éste acude a un profesional en lugar



de otro, así como a solicitar información para que su voluntad sea libre y consciente, carente de cualquier vicio. En la extracontractual, el médico deberá valorar si el tratamiento o intervención por sus características requiere dicho consentimiento y cuando se requiera para que éste no resulte viciado, deberá precederle una información exhaustiva acerca del diagnóstico, tratamiento y riesgos, es decir un correlativo deber de información del médico al paciente, exigencia que nace derivada del deber de obtener el consentimiento del paciente; exigencia que nace derivada del deber de obtener el consentimiento del paciente y el derecho de éste a conocer su propio estado. Si el paciente está inhabilitado de conocer su estado, el médico deberá facilitarles a los familiares legitimados para consentir la actuación médica.

F. CONCURRENCIA DE CULPA: Entendida como omisión de la diligencia debida en un acto u omisión médica. Es decir no simplemente es exigible la existencia de un error médico como acto y una relación de causalidad, sino que ésta concurra con un estado psicológico defectuoso y no sea excusable por ser previsible, evitable, prevenible. La culpa deberá concurrir con independencia del tipo de responsabilidad.

G. NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCION U OMISION Y EL DAÑO: Corresponderá al perjudicado la prueba del nexo causal. En ocasiones el actor se verá obligado a acudir al recurso de las presunciones de hecho por carecer de medios materiales o por la propia naturaleza del hecho o acto, aun cuando en general la doctrina, reacia a aceptar abiertamente su aplicación, exige la prueba de un indicio suficiente. Ello se traduciría en que el médico deberá lidiar con la carga de contrarrestar el convencimiento judicial originado con la presunción judicial con pruebas que rompan el presunto nexo causal. Según algunos autores como Pantaleón, puede incluso ser admisible la inversión de la carga probatorio en aras a garantizar la igualdad de armas en el proceso, por la naturaleza opaca de la actividad llevada a cabo que dificulta, sino imposibilita que el perjudicado o paciente pueda conocer y demostrar la relación entre el acto y daño.

H. QUE LA DEMANDA SE PRESENTE DENTRO DE UN PLAZO Y ANTE AUTORIDAD COMPETENTE:

Sobre este punto hay que decir que la justicia española establece que esto viene determinado por el examen previo del tipo de responsabilidad en la que ha incurrido el profesional médico, contractual o extracontractual, con independencia de que la acción se ejercite conforme al Código Civil o la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios.

1. En responsabilidad contractual: el plazo de prescripción es de 15 años art. 1968.2 CC.
2. Si es responsabilidad extracontractual, el plazo prescriptivo es de solo un año art. 1968.2 CC.
3. La acción directa contra la compañía aseguradora prescribe a los 2 años, art. 23 LCS.
4. De existir contienda en la jurisdicción penal, los plazos de prescripción anteriores no empezarán a correr hasta tanto no recaiga sentencia firme en el ámbito penal.

En El Salvador existen diversas vías para presentar una demanda por mala praxis médica:

- a) Por la vía de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, prescribiendo en el caso de extracontractual a los tres años contados desde la perpetración del acto, art. 2083 Código Civil salvadoreño.

La contractual se derivará únicamente por culpa de conformidad al artículo 1418 del Código Civil Salvadoreño, siendo el plazo para interponerla de veinte años, Art. 2254 del Código Civil, ya que se utilizaría una acción ordinaria. Iniciándose primeramente un Juicio Civil Ordinario de incumplimiento de contrato y cuando se tenga sentencia de éste se interpondría la demanda por costas, daños y perjuicios en el Juzgado o Tribunal donde se ejecute la sentencia condenatoria de conformidad al artículo 41 del Código de Procedimientos Civiles.

- 
- b) Por la vía administrativa de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Salud, siendo la autoridad competente la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública que tiene como sanciones la inhabilitación del ejercicio del profesional y subsidiariamente puede establecer algún tipo de compensación.
- c) En la vía penal por el delito de lesiones culposas, establecido en el artículo 146 del Código Penal, del cual puede establecerse responsabilidad civil, siendo la pena de seis meses a dos años de prisión siendo inhabilitado el profesional médico por el tiempo que dure la pena.

CONCLUSIONES:

Esevidente la deuda del Derecho Salvadoreño de establecer regulaciones en específico de la materia, los criterios de la culpa utilizados por el derecho civil no han sido desarrollados para regular eficientemente los casos que nos ocupan. La vía utilizada mayoritariamente es la Penal que no necesariamente tiene como finalidad el establecer una responsabilidad civil, por lo que debido a los requisitos procesales penales muchas veces la víctima de mala praxis no consigue reparación alguna a sus lesiones.

A continuación en el Apéndice presentaremos una sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo que trató sobre impugnación de actos sancionatorios de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, donde puede verse el proceso sancionatorio establecido por parte de estos entes, hay que aclarar que ya que el demandante es el médico sancionado la demanda versa sobre la legalidad de las sanciones impuestas a éste.

III. APÉNDICE: 179-M-2000

“SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las nueve horas del día veintinueve de enero del año dos mil dos.

El presente juicio ha sido promovido por el doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria, de cincuenta y dos años de edad al iniciarse el proceso, médico, y de este domicilio, en carácter personal; impugnando de ilegales actuaciones de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública.

Han intervenido en el juicio: La parte actora en la forma indicada; las autoridades demandadas y el licenciado Ulises Betuel Perla Rivera, en carácter de delegado del señor Fiscal General de la República.

ANTECEDENTES DE HECHO. ALEGATOS DE LAS PARTES.

En la demanda presentada el actor esencialmente expone: “RELACION DE LOS HECHOS.”Que por denuncia interpuesta por la señora Bertila Chávez de Vásquez (sic) el día seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, inició en mí contra procedimiento administrativo a fin de determinar incumplimiento de mis obligaciones como médico, contenidas en el Código de Salud. Concretamente la denuncia de la señora de Vásquez (sic) se debió a la realización de un supuesta (sic) procedimiento inadecuado como cura para la enfermedad que padecía. La referida paciente se presentó en el año de 1997 a mi consultorio, y producto de un minucioso análisis, le diagnostique como necesaria una ligadura de paquetes y lazos venosos (Cirugía). Al momento de la diagnosis, tuve el cuidado de explicarle el estado complicado de su enfermedad, el tratamiento que yo recomendaba y las consecuencias y riesgos del tratamiento, las cuales consintieron y aceptó.

El procedimiento sancionatorio de referencia número 0065/99, dio inicio con una notificación que fue realizada el dos de abril de mil novecientos noventa y ocho, y en la que se me ordenó presentarme a la Junta para

informarme de la existencia del mismo, a dicha cita asistí en fecha 16 de abril de ese mismo año.

El 11 de marzo de 1999 – es decir el año siguiente – se me notificó que debía comparecer nuevamente a la Junta, a fin de “completar las diligencias en el caso” de mérito, señalando esta vez la cita para el día 16 de marzo de ese año.

Nuevamente comparecí y puntualice (sic), que el procedimiento efectuado fue el adecuado, señalando que el estudio previo a la operación fue correcto y técnicamente acertado.

El día seis de mayo de 1999, la Junta de Vigilancia emitió resolución terminal en la que literalmente señaló: “Que él haberse comprobado mala práctica médica por parte del Dr. Alejandro Américo Menjívar violentando el Art. 284 numeral tercero del Código de Salud vigente; Imponer (sic) como sanción disciplinaria, la devolución íntegra de los gastos en que incurrió, la Sra. Bertila Chávez de Vásquez, (sic) lo que asciende a seis mil quinientos veinticuatro colones exactos”.

Por no estar conforme con el contenido de dicho acto, interpose recurso de apelación ante el Consejo Superior de Salud Pública el día 13 de mayo de 1999; este ente admitió mi alzada, y me corrió el traslado de Ley. Luego de dicho trámite se abrió a pruebas el procedimiento y a petición mía se determinó conducente la verificación de prueba pericial.

Como es lógico dicha experticia recaía sobre la señora de Vásquez, y requería de facultativos que la realizaran. Por ello se solicitó a la Junta de Vigilancia, remitiera nómina de profesionales especialistas en “Cirugía Cardiovascular”.

En fecha dos de junio del corriente año, el Consejo Superior de Salud Pública, me notificó, la resolución pronunciada ese mismo día, y cuyo contenido es: revocar la primera sanción – es decir la establecida por la



Junta de Vigilancia – y sustituirla por una suspensión en el ejercicio de la profesión por el plazo de un año.

LEGITIMACIÓN PASIVA Y ACTOS ADMINISTRATIVOS CUYA ANULACIÓN CONSTITUYEN EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

Tal y como se extrae de la relación antes realizada, los sujetos demandados son: la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública.

Los actos cuya ilegalidad adverso son:

- a) La resolución de fecha seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por medio de la cual se me ordenó como sanción

La devolución de determinada cantidad.

- b) El acto dictado y notificado en fecha dos de junio de este año que me suspendió del ejercicio de la medicina.

Como ya he señalado, la notificación del acto que agotó la vía administrativa fue realizada el día dos de junio de este año.

CARACTERIZACIÓN DE LOS ACTOS IMPUGNADOS COMO ACTOS SANCIONATORIOS

Por el contenido y naturaleza de los actos administrativos, estos son catalogables como actos sancionatorios. Esta determinación es importante, dado que como lo señala Alejandro Nieto, en su libro Derecho Administrativo Sancionador, cuando la Administración despliega el poder punitivo del Estado que le ha sido asignado, debe someterse a ciertos principios, que instruyen los procedimientos que posibilitan sanciones.

ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE FUNDAMENTO MI PRETENSIÓN

I. SOBRE IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Respecto del primer acto.

Es común, que las leyes administrativas presenten vacíos a nivel de las etapas que componen el procedimiento necesario para dictar un determinado acto. Intentando dar solución a este problema, se ha dejado establecida la posibilidad genérica de la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles.

Esta reflexión es pertinente, ya que en el Código de Salud, en sus Art. 293 y siguientes – que se refieren al procedimiento para imponer sanciones – es escueto sobre el trámite a seguir.

El punto sobre el cual recae la irregularidad en el procedimiento que se me ha aplicado, es que para la determinación de la procedencia o no de la primera sanción, no se verificó la prueba que resultaba por la naturaleza de lo discutido idónea (sic).

Si lo que se pretendía con el procedimiento era determinar si cometí una infracción como la que me imputó la señora de Vásquez, era indispensable realizar una prueba pericial sobre dicha persona, a fin de establecer si el procedimiento médico fue el adecuado. Es imposible llegar a una conclusión como la que apuntó la Junta, sin elementos técnicos – vertidos por ésta probanza-, dado que como he expresado mi culpabilidad dependía de establecer inequívocamente que el procedimiento clínico fue irregular.

Al no existir la base técnica para el pronunciamiento, es lógico deducir, que el único parámetro que ha servido a la administración para dictar dicho acto, ha sido el dicho de la denunciante, el cual es simplemente un criterio de una persona que desconoce de medicina.

Como se colige de lo expuesto, la Junta carece de argumentos técnicos en que fundamente su determinación de mi culpabilidad. De allí resulta lógico que la resolución final de dicho procedimiento solo se constriña a señalar que se ha comprobado la mala praxis, sin establecer o fundamentar como se llegó a esta conclusión.

En un caso como éste, la falta de motivación del acto impugnado en si misma genera que sea ilegal, dado que pareciera un acto caprichoso de la administración que pretende poseer potestades omnímodas para privarme del derecho al libre ejercicio de mi profesión.

En este caso, como ya ha quedado sentado, la violación al procedimiento consistió en la omisión de celebrar una prueba procedente de oficio, que aportara elementos certeros para lograr una decisión apegada a la sana crítica.

Esta misma Sala ha señalado basándose en el principio de instrumentalidad de las formas, que los vicios en el procedimiento solo generan la ilegalidad del acto, en tanto la alteración u omisión de una o varias etapas en el trámite, hayan generado indefensión respecto del sujeto receptor del acto.

Que más muestra de indefensión, que la causada por la administración al establecer mi culpabilidad, omitiendo en el respectivo procedimiento, una etapa por la naturaleza de lo debatido indispensable.

Respecto del segundo acto. Al momento de apelar del acto que ordenó el reintegro del dinero, solicité se realizara la prueba pericial que se omitió en el primer procedimiento. Como ya he señalado, la administración en ésta ocasión, acepto (sic) realizar la experticia, solo que el trámite que rodeó la verificación de la misma, también posee irregularidades que a mi juicio generan que el acto sea ilegal igual que el primero, por vicios en el elemento formal.



Tal y como lo señala el Código de Procedimientos Civiles al referirse al régimen jurídico de la prueba pericial (Art. 343 y siguientes) la realización de ésta forma de prueba, está revestida de ciertas formalidades que pretenden tutelar los derechos de las partes que se encuentran en contención.

Manifestaciones de estas formas, son por ejemplo, la notificación a las partes de la fecha, lugar y hora en que se desarrollará la prueba – a fin de permitir su comparecencia y garantizar con ello los principios de inmediación y audiencia 349 C pr.C-, la posibilidad de permitir la tacha de los peritos – que en éste caso pudo deberse por ejemplo a que los doctores que realizaron el peritaje son expertos en cirugía cardio vascular, cuando por la localización de la operación debieron ser médicos expertos en Cirugía periférica. etc

Así, a mi juicio se ha violentado el Art. 242 del Código de Procedimientos Civiles – aplicable al trámite en referencia – y con ello todas las disposiciones que son muestra clara de posibilidades que no tuve al no haber sido notificado.

II. SOBRE LA VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE INSTRUYEN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS SANCIONATORIAS

Presunción de inocencia

Respecto del primera acto. Ya he señalado que la administración dictó sanción en el primer procedimiento, omitiendo la prueba pertinente, de ello se puede concluir que la presunción de inocencia que me acompaña nunca fue desvirtuada por la administración, de allí que mi condena representa a todas luces la aplicación de una presunción de culpabilidad que está proscrita del mundo jurídico por la misma Constitución.

Esta misma Sala ha señalado (sentencia 73-P-98) que la administración esta obligada a probar mi culpabilidad y por ello al no haberlo realizado se ha hecho uso de una presunción de culpabilidad.

Si se da lectura al tipo del ilícito administrativo, y se atiende a la naturaleza y el estado de la enfermedad padecida por la paciente, es claro que es necesario para aplicar dicha disposición, considerar probados de manera suficiente los extremos procesales de la imputación, es decir el cuerpo del ilícito, y la participación delincuencia – es decir mi culpabilidad-.

En el presente caso, ninguno de ambos extremos ha sido comprobado, dado que no ha sido demostrado que el tratamiento aplicado fuera inadecuado (por la falta de un peritaje desarrollado de acuerdo a la Ley) y mucho menos se ha demostrado el dolo, que es un elemento constitutivo del tipo del ilícito administrativo que se me ha imputado.

Violación al principio *Nec reformatio In peius* por el segundo acto sancionador.

El principio *nec reformatio in peius*, propio de los procedimientos administrativos, guía a establecer que está vedado que la administración, al conocer en alza sobre una pretensión, sustituyendo el acto impugnado, por otro, cuyo contenido resulta más gravoso al recurrente. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo Tomo II, Pág. 203)

Es obvio comparando ambas sanciones, que la administración al sustituir la primera sanción (que me condenaba indebidamente a la devolución de un dinero), por una suspensión por un año, lo que ha hecho es generar un daño en mi esfera jurídica peor que el causado por el pronunciamiento de la Junta.

Cuantía de la demanda, daños y perjuicios.



De conformidad al Art. 32 de la L.J.C.A., la sentencia en el juicio contencioso administrativo contendrá el pronunciamiento sobre los daños y perjuicios derivados de los actos administrativos impugnados.

Partiendo de esta obligación, solicito que este Tribunal al momento de dictar sentencia se pronuncie –de no haberse suspendido el efecto del acto– determinando que las autoridades demandas me cancelen los daños y perjuicios, entendidos estos como el lucro cesante, durante el período de la suspensión.

A mi juicio no es congruente con la idea de una tutela judicial efectiva, que este Tribunal dicte sentencia y me envíe a un tribunal ordinario – a celebrar un tardado trámite para el establecimiento de la cantidad a pagar-, cuando por celeridad y economía procesal puede hacerse en el presente juicio, una vez determinado que el acto de la suspensión es ilegal.

Para ello, ofrezco desde ya presentar en él término probatorio como elemento a valorar para tal determinación, mi declaración de impuesto de la renta del año recién pasado, en la que aparecen los ingresos que percibo en un año de servicios. Determinando que las autoridades demandas me cancelen los daños y perjuicios, entendidos estos como el lucro cesante, durante el período de la suspensión.””

- I. La demanda fue admitida, se tuvo por parte al médico Alejandro Américo Menjívar Sanabria; se pidió informe a la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y al Consejo Superior de Salud Pública sobre la existencia de los actos que se les atribuían; y se suspendió provisionalmente la ejecución de los actos impugnados, en el sentido de no hacer efectivas de inmediato las sanciones impuestas. Recibido el informe solicitado, se confirmó la suspensión decretada; se solicitó a las autoridades demandadas un nuevo informe en que señalaran las justificaciones de legalidad de los actos que se les imputan y además se ordenó notificar al señor Fiscal General de la República la existencia de este proceso.

Al rendir el informe justificativo el Consejo Superior de Salud Pública, a fin de fundamentar la legalidad del acto administrativo que se le atribuye, manifestó: ""1) Que el Consejo que presido ha sido demandado en Juicio Contencioso Administrativo por el doctor ALEJANDRO AMERICO MENJIVAR SANABRIA (sic), de cincuenta y dos años de edad, Médico, de este domicilio, por resolución emitida por este Consejo, el día dos de junio del corriente año, en el sentido de sancionar a dicho doctor con la suspensión en el ejercicio profesional por el plazo de un año.

II. Que efectivamente la señora BERTILA CHAVEZ DE VÁSQUEZ, (sic) mayor de edad, del domicilio de Antiguo Cuscatlán, interpuso denuncia en contra del doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria, en la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, el día seis de febrero de 1998, por considerar que éste no había procedido de manera idónea a curarle las afecciones de que adolecía al momento de pasar consulta con él.

Relató la señora de Vásquez en su denuncia que en el mes de julio de 1997, consultó con el doctor Menjívar Sanabria por las varices del miembro inferior derecho, sugiriéndole éste que tenía que operarla para quitarle todas las venas, por lo que (sic) día ocho de agosto de 1997, procedió a realizarle dicha operación y manifestó la señora de Vásquez que en esa operación el doctor Menjívar Sanabria solo le hizo varias incisiones en la pierna, que no le hizo ningún procedimiento en la ingle y que las venas no desaparecieron y que las molestias le habían aumentado, por lo que le solicitó al doctor en mención que le resolviera el problema, a lo que éste le dijo que esas molestias se le quitarían solas. Al pasar el tiempo y persistir las molestias, la señora Chávez de Vásquez visitó nuevamente al doctor Menjívar Sanabria y al insistirle ella que las molestias seguían, el doctor le contestó, que si quería la podía operar de nuevo, pero que le tenía que cancelar nuevos honorarios y si no quería que se buscara otro médico.

III. La Junta de Vigilancia de la Profesión Médica realizó las investigaciones que consideró conducentes y así fallaron, fs. 24, en el sentido



de sancionar al doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria y obligarlo a devolver a la señora Bertila Chávez de Vásquez la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO COLONES, que era lo que ella había gastado en recuperar nuevamente su salud, habiendo presentado recibos que corren agregados al expediente.

IV. A fs. 25 aparece que el doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria fue notificado por medio de su Apoderado, Licenciado Erick Humberto Jiménez Durán, de la resolución de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica. No estando de acuerdo con la misma el doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria, presentó escrito interponiendo Recurso de Apelación para y ante este Consejo, habiendo sido admitido éste, y se le corrió el traslado de ley.

El Lic. José Milton Aparicio Villacorta, actuando en su calidad de Apoderado General Judicial del doctor Menjívar Sanabria, el día dos de junio de mil novecientos noventa y nueve, se mostró parte y contestó Agravios, habiendo manifestado entre otros lo siguiente: “...Que la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, había resuelto el caso, sin auxiliarse de peritos para llegar a la verdad de los hechos. A fs. 37 el Lic. Aparicio Villacorta, ratificó su escrito de Expresión de Agravios, en el sentido de que se practicara un examen pericial en la señora Bertila Chávez de Vásquez, por médicos especialistas en la materia; razón por la cual este Consejo accedió a practicar el peritaje solicitado, a efecto de constatar la posible mala práctica realizada por el Doctor Menjívar Sanabria, lo cual consta a fs. 38, de las presentes diligencias.

Para la práctica del peritaje en la señora Bertila Chávez de Vásquez, se nombró perito al doctor Ernesto Armando Oyarbide Samayo, quien

es Cirujano Cardiovascular y en su informe final presentado en este Consejo y que corre agregado a fs. 44 de las diligencias, EXPUSO: “En base a los hallazgos clínicos y examen (sic) realizado, se concluye que el procedimiento quirúrgico fue parcialmente efectuado, ya que se limitó a ligar perforantes de grupo de Cocket y se recomienda que sea completado éste.”

Con base a las investigaciones realizadas por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y al informe presentado por el doctor Oyarbide Samayoa, este Consejo en su Sesión Ordinaria OCTAGÉSIMA, en la letra f) del punto Tercero, revocó la sanción impuesta por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica en el sentido de que cancelara los gastos en que la señora Bertila Chávez Vásquez había incurrido y sancionó al doctor ALEJANDRO AMERICO MENJIVAR SANABRIA, con la suspensión en el ejercicio profesional por el plazo de un año, contados a partir de la notificación de la resolución respectiva, resolución que tomó dicho Consejo con base a los artículos 282, 284 No. 3) y 287 letra ch), del Código de Salud.””””

En virtud que la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica no rindió el informe justificativo solicitado, se le mandó oír en la siguiente audiencia para los efectos del Art. 45 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se tuvo por agregada la credencial presentada por el licenciado Ulises Betuel Perla Rivera, a quien se dio intervención en este proceso en carácter de Agente Auxiliar y en representación del señor Fiscal General de la República.

III. EL JUICIO SE ABRIÓ A PRUEBA POR EL TÉRMINO DE LEY. DURANTE DICHA ETAPA, EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA PRESENTÓ DOCUMENTACIÓN, LA CUAL SE TUVO POR AGREGADA

La parte actora, presentó escrito en el cual expone: “De las irregularidades del primer acto impugnado. Como ya he puntualizado, una de las irregularidades procedimentales que vician el acto dictado por la

Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, fue el emitir la resolución de mérito sin realizar la prueba idónea para llegar a determinar mi supuesta mala praxis; éste punto, así como la ausencia de motivación en el acto impugnado y la aplicación de una presunción de culpabilidad, quedara (sic) plenamente probada con la revisión del respectivo expediente administrativo, cuya remisión será ordenada por ese Tribunal en su debido momento.

Prueba de las irregularidades del segundo acto impugnado. Las irregularidades del acto dictado por el Consejo de Salud Pública, concretamente la falta de citación a la parte contraria para la realización de la prueba pericial, y todos los vicios que de ésta se han derivado (imposibilidad de tachar los peritos, ya que es importante recalcar que los peritos designados son de una especialidad diferente a la necesaria) también serán comprobados con la revisión del trámite en el expediente.

En tanto a la violación que representa la reformatio inpeius (sic) en este caso, ésta queda comprobada con la simple lectura del acto de mérito.”

La Junta de la Profesión Médica, justificó la omisión de rendir el informe justificativo solicitado así: “con fecha 25 de julio del 2000, fue recibida en dicha sala (sic) el escrito solicitado en oficio anterior... por lo que se adjunta nuevamente copia de Oficio requerido”. Por lo que se le aclaró que el informe que no se rindió es el relacionado en el auto de las trece horas y cincuenta y seis minutos del día seis de septiembre del corriente año y no el mencionado por la autoridad demandada. Y no siendo atendibles las justificaciones a que hizo referencia, se le impuso multa por la cantidad de doscientos colones.

IV. CONCLUIDO EL TÉRMINO PROBATORIO SE CORRIERON LOS TRASLADOS QUE ORDENA EL ART. 28 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, COMENZANDO LA PARTE ACTORA, QUIEN ADEMÁS DE REITERAR LO EXPUESTO EN LA DEMANDA MANIFESTÓ: “RESUMEN DE LOS ACTOS Y DE SUS IRREGULARIDADES. COMO LO EXPUSE EN MI DEMANDA,

LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS QUE ME HAN CAUSADO PERJUICIO SON, LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA JUNTA DE VIGILANCIA DE LA PROFESIÓN MÉDICA Y EL CONSEJO SUPERIOR DE SALUD PÚBLICA”

El primero de los actos posee tres vicios los cuales no han sido desvirtuados por ambas autoridades. El acto que ordenó la devolución íntegra de los gastos de la señora Bertila Chávez de Vásquez, (sic) adolece de:

- 1) En este primer grado de conocimiento, no se realizó la prueba idónea a fin de llegar a la conclusión de que si había existido alguna irregularidad en el procedimiento quirúrgico al que la paciente fue sometido.

Como ya he señalado, la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, no sometió a la paciente a revisión por un experto en la materia, a fin de alcanzar certeza sobre la violación que se me imputa.

Por la naturaleza del procedimiento y de la imputación, celebrar este tipo de diligencia era una condición sinequenon, (sic) sin la cual la resolución de dicha Junta se convierte en una violación a la presunción de inocencia que se consagra en la Constitución.

- 2) No existió motivación en el acto administrativo. Cuando esta Sala tenga a la vista el expediente administrativo de la Junta de Vigilancia, podrá constatar, que el acto administrativo dictado por ella, no fue motivado suficientemente, de tal manera que me hiciera saber la base técnica de su resolución. En el acto se debió relacionar un análisis sobre el dicho de testigos, peritos, e inclusive sobre mi indagatoria, procediendo a valorar cada uno de los puntos de la denuncia, y comparándolos así con mis alegatos.

Por tanto es imposible que el acto fuera adecuadamente fundamentado, ya que como expuse en la letra a) de este alegato, no se realizó la prueba científica que hubiera servido para descartar o comprobar la imputación.

En este punto deseo aclarar que si bien es cierto, y como señala el Consejo Superior de Salud Pública en su informe de quince días, se realizó la prueba pericial, esta se dio ante esta instancia, y no ante la Junta que fue quien emitió la decisión apelada.

3) Como último vicio ya he expuesto que al faltar la prueba científica, no han sido comprobados de manera suficiente para probar las irregularidades de las que se me acusa, y por ello la presunción de inocencia constitucional fue violentada por falta de pruebas.

El acto dictado por el Consejo, en mi opinión adolece también de tres vicios:

1) Si bien es cierto se realizó la experticia, en el trámite para la misma se violentaron principios mínimos, y elementales para la realización de cualquier tipo de prueba, como lo es la audiencia a parte contraria, y por consiguiente se me vedó la posibilidad de tachar al medico (sic) que sirvió como perito (que no era por su especialidad el idóneo, para pronunciarse sobre el procedimiento que lleve a cabo).

Esta irregularidad anula el argumento técnico en que el Consejo fundamentó su decisión, eliminando la posibilidad de basarse en la opinión de este para decidir sobre la apelación.

2) La segunda irregularidad se relaciona también con el perito escogido, ya que como ya dije, su especialidad no es la idónea para conocer sobre el supuesto mal procedimiento.

Quiero dejar dicho que en su oportunidad hice este reparo, el cual fue desatendido.

3) Como último vicio, esta (sic) la violación al principio nec reformatio ípeiuis (sic).

Este vicio se comprueba con la mera comparación de las dos resoluciones impugnadas. Es importante ver que la autoridad no ha expresado nada sobre estos argumentos, lo que hace concluir que no posee argumentos en los que sustente tales violaciones.

Quiero dejar claro que la alegación de este último vicio, anula independiente los vicios antes expuesto (sic) del acto del Consejo, pero se han expuesto los demás argumentos para mayor claridad de las transgresiones cometidas, y para que esta Sala al resolver, señale a los entes administrativos demandados, sus errores para que no vuelvan a cometerlos y dañen así el honor y el patrimonio del gremio médicos (sic).

Expresado así mi traslado final, solicito que luego de los trámites que restan se resuelva anulando los actos impugnados.””

Por su parte la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, expuso: “”Resumen de los actos que llevaron a la imposición de las sanciones. Como expone el Dr. Alejandro Américo Menjívar Sanabria, respondemos a las “irregularidades” señaladas:

l) Que se procedió a valorar cada uno de los puntos de la denuncia, ya que se escucharon tanto los alegatos del Dr. Américo Menjívar Sanabria, así como a la denunciante, existe además la constancia extendida por el Dr. Donato Aparicio Milla con fecha 6 (sic) de febrero de mil novecientos noventa y ocho, en donde se describe la existencia de varices residuales por lo que se concluyó en Sesión de Junta Directiva del seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve que se había cometido faltas al Art. 284 numeral tercero, tomando en cuenta también el Art. 305, párrafo

segundo del Código de Salud vigente, la directiva de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica impuso la sanción ya conocida.

2) El hecho de que falte una prueba científica, la cual no es obligatoria para las resoluciones y sanciones, que se imponen en la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica ya que como se sabe, basados en el Art. 304 del código de salud vigente donde se reconocen los medios de prueba se llevo (sic) a la resolución señaladas (sic).

3) El tercero, el acto que ordeno (sic) la devolución íntegra de los gastos de la Sra. Bertila Chávez de Vásquez; manifiesta que no fue, realizada una revisión por un experto en la materia a fin de alcanzar certeza sobre la falta, cabe mencionar que dicha revisión pericial fue hecha por el CSSP y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica no necesitaba obligatoriamente hacerlo debido a que se trataba de un mismo caso y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica es parte del Consejo Superior de Salud Pública al referir el art. 304 del literal b), d), y e) del Código de Salud vigente, los cuales se reconocen como medio de prueba.

Cabe mencionar que el médico que realizó el peritaje, el Dr. Ernesto Armando Oyarbide Samayoa al ser cirujano cardiovascular, sí posee los conocimientos y respaldo suficientes para emitir un dictamen como el solicitado por el Consejo Superior de Salud Pública.

El Consejo Superior de Salud Pública, en el traslado conferido manifestó: Que habiéndose conferido traslado a mi representado para presentar alegatos por auto de las nueve horas y trece minutos del día veintisiete de marzo de dos mil uno, la suscrita Presidenta hace las siguientes consideraciones:

1) Que tal como consta en el Informe rendido por el Doctor Ernesto Armando Oyarbide Samayoa, Cirujano Cardiovascular, perito idóneo nombrado por el Consejo, se estableció que el procedimiento quirúrgico practicado a la señora Bertila Chávez de Vásquez fue

parcialmente efectuado ya que se limitó a ligar perforantes de grupo de Cocket, recomendando que el procedimiento quirúrgico sea terminado.

- II) Que habiendo existido la suficiente robustez moral de la prueba, y tal, como se fundamenta en el Art. 305 del Código de Salud, el Consejo impuso la suspensión del ejercicio profesional del Doctor Alejandro Américo Menjívar, con el objeto de darle cumplimiento al mandato constitucional contenido en el Art. 68 Cn. el cual es velar por la Salud del Pueblo Salvadoreño.
- III) Que en la etapa en la que actualmente se encuentra el proceso al que me refiero, constituye un período de conclusiones luego de haberse presentado la prueba, creo necesario tomar en cuenta y tenerse como incorporado a este alegato lo antes mencionado por el Consejo en anteriores ocasiones.””

Finalmente el Fiscal General de la República a través de su Agente Auxiliar delegado, al contestar el respectivo traslado expresó: “”El acto administrativo impugnado por la impetrante es la resolución de fecha seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por medio de la cual se le ordenó como sanción la devolución de la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS VEINTUCATRO (sic) COLONES, en concepto de prestación de servicios profesionales, a la señora Bertila Chávez de Vázquez, y el segundo acto dictado por el Consejo Superior de Salud de fecha dos de junio de dos mil, el cual consiste en la suspensión (sic) en el ejercicio de la profesión, por un plazo de un año, a partir de la notificación, esto de conformidad a los Arts. 282, 284 y 287 del Código de Salud, resolución de la cual se basa para interponer la demanda en esa Sala, argumentando este la legitimación pasiva del acto administrativo cuya anulación pretende y que según este constituye el objeto de la pretensión (sic) procesal, argumentando que el contenido y naturaleza de los actos administrativo (sic), como actos sancionatorios despliega el poder punitivo del estado, sometiéndose a los principios constitucionales, por lo que argumenta



que el hecho sancionador para el caso, es irregular, en cuanto al procedimiento ya que para determinar la sanción es necesario la verificación de la prueba y que esta resulte de la naturaleza o idoneidad, para el caso específico, ya que para determinar si se cometió o no infracción, consistente en la negligencia o haberse comprobado mala practica médica en perjuicio de la señora Chávez de Vázquez, tal como lo razona la Junta de Vigilancia de los (sic) Profesión Médica, es imposible haberse comprobado mala practica (sic) médica, ya que sin los elementos técnicos vertidos para esa aprobación y para el caso concreto se omitió celebrar una prueba procedente de oficio que aportara elementos certeros para logras (sic) una decisión (sic) apegada a la verdad, basada esta además en principio de instrumentalidad.

Con respecto al segundo acto, que ordenó el reintegro de la cantidad de SEIS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO COLONES, viola el Derecho a la Propiedad, asimismo a daños y perjuicios entendidos esto (sic) como el lucro cesante durante el período de la suspensión.

Tomando en consideración los argumentos del demandante cabe hacer mención a los principios constitucionales en cuanto a las violaciones por este argumentadas, en cuanto al principio de publicidad las autoridades demandadas, estuvieron atentas ya que de los hechos imputados al Doctor Menjívar Sanabria fue notificado (sic) en legal forma, procediendo a la apertura del proceso administrativo, notificándole al demandado con el objeto de que este participara en el mismo, consistiendo el hecho en el tratamiento de varices, úlceras varicosas y linfedemas, en la señora Bertilia Chávez de Vázquez, por lo que la Junta procedió a realizar la prueba oficiosamente consultando a los Doctores Donato Aparicio Milla y Ernesto Oyarbide Samayoa, el primero especialista en Cirugía General, Cirugía de Urgencias, Cirugía Abdominal, Cirugía de Tiroides, Cirugía Vasculuar (arterias y venas), tratamiento de varices, úlceras varicosas y linfidemas el segundo Cirujano Cardiovascular, peritos idóneos para el caso concreto, determinando estos según informe agregado al presente proceso a folios cuarenta y tres y cuarenta y cuatro “el miembro pélvico

derecho, es el miembro en cuestión objeto del reclamo, se visualizan siete heridas operatorias cicatrizadas a nivel de región tibial anterior, así también la presencia de venas varicosas por insuficiencia de venas perforantes de los grupos de Cocket y de Boyd, dilatación de venas tributarias de la vena safena interna, y de tributarias de la safena externa, presencia de dilatación venosa de vena safena interna y dilatación venosa perforantes del grupo de Dodd, así también hay hipertentofia de piel por úlcera cicatrizada en región tibial anterior.

En base a los hallazgos clínicos y exámen realizado se concluye que el procedimiento quirúrgico fue parcialmente efectuado, ya que se limito a ligar perforantes del grupo de Cocket y se recomienda que sea completado". Siendo esta prueba científica por medio de la cual se comprueba de manera suficiente la irregularidad con la cual se le acusa al doctor Menjívar, y asimismo en base a esta (sic) tanto la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública emite su resolución en base al Art. 17, 282, 284 y 287 del código de salud. De lo anterior expuesto y en base al Art. 193 ordinal 1° de la Constitución de El Salvador y al Art. 13 y 28 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, esta Fiscalía considera que la sanción impuesta por las autoridades demandadas es LEGAL, ya que se estuvo en lo dispuesto a los artículos antes mencionados.""

V. EL JUICIO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE DICTAR SENTENCIA

LIMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DE ESTE TRIBUNAL

En el caso en estudio los actos impugnados son:

- a. La resolución por medio de la cual la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica impone como sanción la devolución íntegra de los gastos en que incurrió la Sra. Bertila Chávez de Vázquez; y,
- b. El acto pronunciado por el Consejo Superior de Salud Pública que al resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria, revoca el anterior y lo sustituye por suspensión en el ejercicio de la profesión por el plazo de un año.



La legalidad de los anteriores actos, es cuestionada, básicamente por los puntos siguientes:

- 1) Irregularidades en el procedimiento administrativo para la determinación de la procedencia o no de la primera sanción;
- 2) Irregularidades en la recepción de la prueba pericial realizada por el Consejo Superior de Salud Pública para la imposición de la segunda sanción;
- 3) Violación a los principios que instruyen el ejercicio de potestades administrativas; y,
- 4) Violación al principio *Nec reformatio in peius*.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública, manifiestan que para dictar las respectivas resoluciones, aplicaron lo establecido en el Código de Salud.

Como se aprecia de la lectura del Art. 1 de ese Código, esta regula lo relativo a la organización, funcionamiento y facultades del Consejo Superior de Salud Pública, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y demás organismos del Estado, servicios de salud privados, así como las relaciones de éstos entre sí en el ejercicio de las profesiones relativas a la salud del pueblo.

En dicho contenido, se encuentra también previsto infracciones, sanciones, competencias y procedimientos, determinando en cada caso o por medio de cláusulas generales, supuestos típicos que a la luz de la normativa constituyen infracciones administrativas.

El Art. 279 del Código, señala en términos generales la existencia de estas infracciones categorizándolas en graves, menos graves y leves.

Naturaleza y caracterización del acto administrativo dictado por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.

Tal y como se aprecia del contenido del acto dictado por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, este es un acto administrativo sancionador, dado que grava el patrimonio del doctor Alejandro Américo Menjívar Sanabria, con la devolución íntegra de los gastos por supuesta infracción al Art. 284 numeral 3, consistente en no aplicar el tratamiento adecuado para mantener en estado latente cualquier enfermedad o afección con el propósito de obtener honorarios permanentes de sus pacientes.

De conformidad a la misma norma el establecimiento de la referida sanción requería de un procedimiento administrativo cuyas etapas y características están establecidas en los Arts. 293 y siguientes del mismo Código.

En el Art. 282, contempla el tipo de sanción aplicable a la supuesta infracción cometida por la parte actora, la cual es la suspensión en el ejercicio profesional.

Cabe aclarar, que la imposición de la sanción disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o penal que se originen de las infracciones cometidas, siendo estas de conocimiento judicial.

Del análisis de la normativa aplicable y la revisión del expediente administrativo, se colige que “la devolución de los gastos” en que incurriera él o la paciente, no existe como sanción disciplinaria.

El Art. 287 del Código enumera taxativamente las sanciones disciplinarias que se impondrán a los que cometan infracciones.

Establecido que la Administración erró en la aplicación de la sanción referida, en abierta violación al principio de tipicidad, este Tribunal concluye que dicho acto ha sido dictado sin cobertura legal.

En lo que respecta al segundo acto emitido por el Consejo Superior de Salud Pública, mediante el cual sanciona con suspensión en el ejercicio de la profesión, ha de tenerse en cuenta que el recurrente al momento de apelar para y ante el Consejo, delimitó el conocimiento de éste para el caso concreto, el cual era sobre la resolución emitida por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.

Sin embargo, al resolver éste revoco la sanción impuesta por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica, pero introdujo en su resolución un factor externo a lo planteado, por lo cual este acto es ilegal conforme al principio de congruencia procesal y el Art. 421 del Código de Procedimientos Civiles.

Con ello, se ha irrespetado también el principio de “nec reformation in peius”, conforme al cual, en vía de recurso, el administrado no puede verse perjudicado con una resolución más gravosa que aquella de la cual recurre.

Por todo lo expuesto, esta Sala concluye que los actos impugnados son ilegales, y en consecuencia resulta inoficioso pronunciarse sobre los demás puntos en que la parte actora hizo descansar su pretensión.

POR TANTO, con base a las razones expuestas y artículos 287 del código de Salud; 421 y 427 Pr.C.; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Que son ilegales las resoluciones de la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica que impuso sanción disciplinaria en el sentido de reintegrar los gastos incurridos por la paciente, y la del Consejo Superior de Salud Pública que revocó la anterior e impuso sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión por un año; b) Condénase en costas procesales a las autoridades demandadas de conformidad a las reglas del Derecho Común; c) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a dichas autoridades y a la Representación Fiscal; y, d) Devuélvase a su oficina de origen el expediente administrativo remitido a esta Sala. NOTIFÍQUESE. PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN RENE FORTÍN MAGAÑA – JOSÉ NAPOLEÓN RODRÍGUEZ RUIZ—M. CLARA—MAURO ALFREDO BERNAL SILVA—RUBRICADAS.”(sic)



C87 CONVENIO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SINDICACIÓN, SU DESARROLLO Y APLICACIÓN EN EL SALVADOR

*Amada Libertad Infantozzi**

INTRODUCCIÓN

El derecho de los trabajadores a organizarse se encuentra ampliamente reconocido en la legislación internacional sobre derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.”

De manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce “el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección.” Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de todas las personas a asociarse libremente con fines “laborales ... o de cualquier otra índole,” mientras que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (Protocolo de San Salvador), garantiza “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses.” Estos instrumentos legales, que han sido ratificados por El Salvador, reconocen de manera explícita el derecho a la libertad de asociación. Las convenciones, recomendaciones y jurisprudencia emanada de la OIT—que se tratan a continuación— definen el principio de libertad de asociación con mayor precisión.

.....
* Máster en Derecho Pluralista de la Universidad Autónoma de Barcelona. Máster en Educación del Instituto Tecnológico de Monterrey. Abogada y Notaria graduada de la Universidad Dr. José Matías Delgado, profesora en dicha Universidad de las materias de Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Mercantil; actualmente funge como Juez Civil de Quezaltepeque.

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (Declaración de la OIT) reconoce la libertad de asociación como uno de los “derechos fundamentales” que todos los miembros de la OIT tienen la obligación de resguardar. El **Convenio No. 87 de la OIT sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación** y el **Convenio No. 98 de la OIT sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva** elaboran y se **explayan** sobre este derecho.

El Convenio No. 87 indica que “los trabajadores... sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones.” Al comentar sobre los requisitos legales que pueden ser impuestos por las leyes laborales para el establecimiento de este tipo de organizaciones, el Comité de Libertad Sindical de la OIT señala que “si bien es cierto que los fundadores de un sindicato deben respetar las formalidades previstas por la legislación, a su vez estas formalidades no deben, por su naturaleza, poner trabas a la libre creación de las organizaciones,” ni deben ser “aplicadas de forma que retrasen o impidan la formación de organizaciones.”

El Convenio No. 98 de la OIT se **explaya** aún más sobre el derecho de libertad de asociación y reconoce que:

Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. . . Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto . . .
(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

Según el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la protección efectiva contra todo acto de discriminación sindical debe abarcar

los períodos de contratación, empleo y despido, siendo “particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato.”

El Comité ha señalado que la discriminación antisindical en el proceso de contratación—armado de “listas negras”—constituye “una grave amenaza para el libre ejercicio de los derechos sindicales y, en general, los gobiernos deberían tomar medidas enérgicas para combatir tales prácticas” Del mismo modo, los gobiernos deben brindar protección adecuada contra los despidos fundados en prácticas de discriminación antisindical y, asimismo, proveer para la resolución de estas situaciones. Según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (Comisión de Expertos de la OIT), las soluciones propuestas por los Estados deben brindar una “reparación total, tanto en el plano económico como en el profesional, del perjuicio sufrido por un trabajador a causa de un acto de discriminación antisindical,” y, por lo tanto, “[l]a mejor solución es generalmente el reintegro del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y el mantenimiento de sus derechos adquiridos.” Más aún:

“La Comisión de Expertos estima que una legislación que en la práctica permita al empleador poner término al empleo de un trabajador a condición de pagar la indemnización prevista por la ley para todos los casos de despido injustificado, cuando el motivo real es su afiliación o sus actividades sindicales, es insuficiente, habida cuenta del artículo 1 del Convenio 98 de la OIT y que el reintegro del trabajador es la medida más apropiada...”

En caso de imposibilidad de reintegración, las indemnizaciones por despido antisindical deberían ser más elevadas que las previstas para los demás tipos de despido.



El Comité de Libertad Sindical de la OIT agrega que en el caso de despidos ocasionados por prácticas de discriminación antisindical, los gobiernos también deberán “aplicar a las empresas las sanciones legales correspondientes.”

El presente trabajo aborda desde el desarrollo histórico de las organizaciones sindicales, hasta la consideración de su estado y situación actual, particularmente sus fortalezas y carencias, haciendo énfasis en sus capacidades para ser interlocutores válidos y efectivos en el sistema nacional de relaciones laborales.

Los trabajadores y trabajadoras de El Salvador son la categoría económico social más numerosa. Sin embargo esta fortaleza aún no ha podido traducirse en incidencia pública y en una fuerza que impulse cambios institucionales a favor de sus intereses. El proceso de contribución de los trabajadores al proceso de desarrollo del país, tiene condiciones y límites estructurales, pero ellos no son definitivos. Muchas de las necesarias transformaciones en el sistema salvadoreño de relaciones laborales, están al alcance de la actividad democrática y organizada de los trabajadores y por tanto es también su responsabilidad. La principal utilidad que podría tener este estudio es la reflexión del desarrollo de la libertad de asociación y sindicación en el país y el grado de efectividad con el que se cumplen los compromisos asumidos en el convenio y en virtud de formar parte de la Organización Internacional del Trabajo.

I. ANTECEDES HISTÓRICOS Y ESTRUCTURALES

A modo de encontrar los antecedentes eficientes de las organizaciones de trabajadores en El Salvador, el análisis puede iniciarse en el origen de las llamadas Repúblicas Cafetaleras en Centroamérica y concretamente en El Salvador. Tras la revolución liberal que separa a las repúblicas criollas de su relación con España, y el fracaso de la experiencia dirigida a crear una República Federada en la región, se inicia lo que historiadores económico-sociales denominan las

Repúblicas refiriéndolas enseguida a un producto: café o bananos. El hilo conductor para analizar y entender la historia de los países centroamericanos desde el último cuarto del siglo XIX y los primeros 30 años del siglo XX, es el proceso de formación de los Estados Nacionales. La economía agraria se estabilizó al paso de la introducción y consolidación del cultivo del café, en El Salvador, a partir de 1880. “La hipótesis general es que la economía de exportación, en su proceso de consolidación, creó las condiciones que dieron al poder local una dimensión nacional y un sentido de clase, que hasta esa época no existían.” (Cardenal.2001).

Este desarrollo se observa estrechamente asociado a la integración y funcionamiento mundial del mercado, donde el modo de producción que incluso subsiste hasta estos días, ya era hegemónico. La consolidación del modelo económico agrario-exportador, permitió la afirmación del Estado como expresión de poder de un grupo social minoritario. Desde 1856, en El Salvador el cultivo del café fue impulsado a través de una serie de medidas dictadas por el gobierno. Declarándose obligatorio el cultivo, así la producción del grano adquirió fuerza en la década de 1860. La existencia de tierras comunales y ejidos que limitaban tierra y mano de obra en las zonas propicias para la siembra del café, fue resuelta en el marco de la llamada revolución liberal de 1885, dictándose una serie de leyes y decretos que disolvieron las formas comunales de propiedad fundiaria. La mano de obra era abundante en El Salvador y el gobierno de la época no reglamentó el trabajo ni estableció sistemas de reclutamiento forzoso, pero reprimió duramente el incumplimiento de las obligaciones laborales de los campesinos que rápidamente se convertían en jornaleros. Esto generó levantamientos violentos en protesta. Los efectos de cultivar café, fueron afirmar una tendencia hacia el monocultivo, modificación del paisaje agrario, crisis de subsistencia, necesidad de importar alimentos, y lo fundamental, la creación de una minoría cafetalera rectora, con gran influencia económica, social y política. Esta última condición quizá pueda explicar las dificultades que en toda época han encarado



los trabajadores para formar organizaciones en defensa de sus intereses y lograr el respeto a sus derechos y libertades fundamentales. Pese a ser mucho más pequeña y poderosa que en otros países del área, las minorías ligadas al café tenían como característica predominante: su volubilidad. Sus constantes pugnas internas se demuestran en que en el período que va de 1850 y 1900, hubo 47 jefes de estado, casi uno por año.

Todo este panorama político comienza a cambiar a partir de la primera década de 1900 en el gobierno de Zaldívar que promulga medidas populistas, que tienen interés histórico para la legislación laboral del país: la indemnización por accidentes de trabajo. A principios del siglo XX los sectores urbanos no eran muy numerosos y tenían poca importancia económica. Las migraciones del campo a la ciudad de la población sobrante, fortalecieron ciertas actividades artesanales. Los artesanos se organizaron en un gran número de asociaciones, al punto que una persona de nacionalidad inglesa, escribió en 1881, que “en pocas ciudades de su tamaño, se encontrará el gran número de sociedades que tiene San Salvador...”, desarrollo organizativo que también se observó en otras ciudades, en que las asociaciones artesanales tenían una larga lista de miembros. Estas sociedades tenían carácter corporativo y económico y se les ha reconocido una gran habilidad para acumular fondos. En realidad, estas formas organizativas es posible encontrarlas en el país mucho antes de ese reporte. Para el caso, distintas fuentes ubican 1860, como el año de fundación de la Sociedad de Artesanos de El Salvador, como resultado de disposiciones gubernamentales de la época que obligaban a los artesanos y obreros a inscribirse en un registro. En 1872 esta sociedad se une a otras para constituir La Concordia, entidad que aún subsiste, aunque por supuesto de una forma muy diferente a sus antecedentes. Aún gozando del apoyo oficial, esta sociedad pudo adquirir su personalidad jurídica hasta en noviembre de 1907.

Tabla Nº 1

El Salvador: Principales Organizaciones Artesanales y Obreras a 1917

1. Sociedad de Obreros de El Salvador Confederada San Salvador.
2. Sociedad de Obreros Gerardo Barrios.
3. Unión Nacional de Amigos.
4. Sociedad Cooperativa Gerardo Barrios.
5. Sociedad de Artesanos La Concordia.
6. La Defensa Obrera, Sociedad Cooperativa de R.L.
7. Sociedad Económica de Carpinteros
8. Gran Liga de Albañiles.
9. Sociedad de Empleados de Comercio.
10. Gran Liga de Zapateros.
11. Sociedad Central de Maestros.
12. Unión Católica de Obreros.
13. Caridad de Obreros de El Salvador.

En marzo de 1904 se integraron las sociedades La Concordia, Regeneración, Unión de Obreros y Fraternal de Sastres, en la Sociedad de Obreros Federada, Una de sus actividades más destacable consistió en propiciar la celebración del primer Congreso Centroamericano de Obreros, en 1911. El desarrollo hacia fuera; el formidable auge de la economía internacional, desde mediados del Siglo XIX; y las condiciones propias de cada país, que le permitían integrarse al comercio internacional, evidentemente provocó cambios importantes en la estructura productiva, social, económica y política de cada nación. Como bien lo indican Sunkel y Paz en su conocido ensayo sobre el subdesarrollo latinoamericano, (Sunkel y Paz: 1970), de acuerdo a sus condiciones geográficas, productivas y sociales, no todos los países se incorporaron al mismo tiempo en el proceso de crecimiento hacia afuera. Mientras otros países avanzaban a nuevas etapas de incorporación al mercado internacional, lo que suponía una serie de transformaciones en sus



estructuras internas, en El Salvador, llegaban los influjos externos y se afianzaban los factores internos que posibilitaban el surgimiento de actores y dinámicas ya presentes en otras zonas y países. El Salvador se integra de forma tardía a la etapa de desarrollo hacia fuera, lo que determina y explica el atraso y las modalidades asumidas por las formas de organización de la fuerza de trabajo. Las formas y el período en que van a aparecer las primeras organizaciones laborales en El Salvador, con las características que han trascendido hasta el momento, tendrán por ello también el efecto de experiencias ocurridas en otros países. Los reportes indican que los primeros núcleos de trabajadores o sus antecedentes, se identifican por los años de 1924. En términos comparativos con otros desarrollos, esto indicaría que el proceso de formación y desarrollo de las organizaciones laborales modernas en el país, es un fenómeno y tema relativamente nuevo. En la Historia del Movimiento Sindical en El Salvador, (Larín.1971), señala que alrededor de 1918, ya se podía identificar un grupo de trabajadores o “proletarios”. Datos más recientes, indicarían la presencia de organizaciones laborales más en el sector servicios que en las actividades propiamente de transformación.

Inversiones extranjeras como la que se concretaba en las empresas, Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador, CAESS, la compañía inglesa, The Salvador Railway Company Ltd. y la subsidiaria de la United Fruit Company, International Railways of Central América, IRCA, que operaba con línea desde el Departamento de La Unión, una compañía de tranvías en San Salvador y regular número de talleres semiartesanales de diferentes tipos, apareciendo además la industria textil en esa época son los antecedentes productivos que facilitaron la aparición de sindicatos. No había en esa época cuerpos jurídicos que de manera directa y exclusiva regularan los aspectos relativos al trabajo. Todas las relaciones laborales se regulaban en la época por el Código Civil Durante 1920-22 estallaron movimientos huelguísticos protagonizados por los gremios de panificadores, zapateros, sastres, dirigidos por comités de huelga ad hoc. Según



algunas perspectivas de análisis, estos fueron los elementos que generaron experiencia y fueron antecedentes para la formación de sindicatos en los años 1923-24.

II. LA CRISIS DEL SINDICALISMO

La historia del sindicalismo en El Salvador, no está exenta de momentos y períodos de crisis, algunos que han significado casi su desaparición o desmovilización. La formación de sindicatos en El Salvador, alrededor de 1920, empodera a los sectores laborales que surgían en el marco del avance de las fuerzas productivas y su actividad se despliega, a pesar de los obstáculos que evidentemente existían. Toda la historia de desarrollo del sindicalismo en El Salvador, está signada por oposiciones de los actores restantes del mundo del trabajo y de debilidades internas, pero en algunas épocas estas condiciones se han agravado. Lo que podría considerarse la primera gran acción del movimiento sindical del país, arranca en 1928, cuando el gobierno de la época toma una serie de medidas que constriñen y limitan la actividad sindical, tras un breve período de tolerancia de las organizaciones de esa naturaleza. Se adoptaron medidas que no violentaban los derechos sindicales y en general no se cumplían con las escasas leyes que contenían aspectos laborales. La crisis entra en su fase más aguda a partir de 1929, por los efectos locales de la declinación de la economía internacional, cuya incidencia finaliza en 1933, y que ocasionó hambre y miseria que al tiempo que generaban protestas sociales, y la consecuente respuesta contraria de las minorías rectoras del país. En ese período, a fines de 1931, se da un golpe de Estado al presidente Arturo Araujo que había ganado las elecciones con un amplio apoyo popular, de campesinos y obreros, concitado por sus promesas de reforma agraria y aumentos salariales.*

.....
* Fuente: Tomado de Mark Anner. 1994.

III. PRINCIPALES CONTRASTES Y DEFICIENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL CONVENIO SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SINDICALIZACIÓN EN EL SALVADOR

El principio de la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva está bien reconocido en la Constitución. Este principio puede ser ejercido a nivel de empresa, sector o industria, nacional, e internacional (salvo el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva) por las siguientes categorías de personas:

Profesionales de la medicina, personal docente, agricultores; trabajadores que desempeñan trabajos a domicilio; trabajadores en las zonas francas (ZFI) o empresas/industrias con categoría ZFI; trabajadores migrantes, y trabajadores en la economía informal. Sin embargo, la edad mínima de los trabajadores, para ejercer estos derechos es de 14 años. Además, constitucionalmente, todos los empleados y los trabajadores públicos pueden ejercer los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, salvo los prohibidos constitucionalmente.

El derecho de asociación puede ser ejercido por todos los habitantes de El Salvador que forman asociaciones con fines pacíficos y lícitos. El ejercicio de la libertad de asociación es un derecho constitucional de los empleadores y trabajadores privados, y los trabajadores de las Instituciones Oficiales Autónomas; los funcionarios y empleados públicos y los empleados municipales (artículo 47 de la Constitución). Además, en virtud del Código de Trabajo, a fin de constituir sindicatos, los empleadores y trabajadores privados y los trabajadores de las Instituciones Oficiales deben solicitar la personalidad jurídica a través del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

A. Esfuerzos realizados o previstos para asegurar el respeto, la promoción y la realización de este principio y derecho

En El Salvador, se han aplicado o previsto medidas específicas con miras a respetar, promover y hacer realidad la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva:

Tipo de medidas 1. Mecanismos de inspección/seguimiento 2. Sanciones penales 3. Sanciones civiles o administrativas 4. Fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios responsables 5. Fortalecimiento de las capacidades de las organizaciones de empleadores 6. Fortalecimiento de las capacidades de las organizaciones de trabajadores 7. Discusión tripartita de las cuestiones (Estado, patrono y Trabajadores)

En estas medidas se dedica una atención especial a la situación de las mujeres. En efecto, a través del Consejo Superior del Trabajo, se ha aprobado una matriz para la institucionalización del enfoque de género en las políticas públicas, mediante la cual se pretende analizar alternativas y mecanismos que transiten hacia el fortalecimiento de la organización laboral de las mujeres en las cuales sus intereses estén representados. En cambio, no se presta especial atención a las categorías específicas de personas o de las industrias o de los sectores. En los casos en los que no se ha respetado el principio de la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, se aplican sanciones pecuniarias en base a lo establecido en el artículo 627 del Código de Trabajo.

B. Avances y logros en relación con este principio y derecho

Una de las últimas reformas efectuadas en el Código de Trabajo en materia de libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva fueron



realizadas en 1994, con el apoyo técnico de la OIT y consensuadas en forma tripartita en el Foro de Concertación Social. Como se ha mencionado, el Código de Trabajo no ha experimentado cambios relativos al derecho relacionado, desde las últimas reformas en 1994, las cuales fueron consensuadas en forma tripartita; y que han valido para que la OIT destaque en un documento publicado por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, refiriéndose a las reformas del Código de Trabajo de 1994, que en El Salvador, en materia de relaciones colectivas de trabajo, la ley era un texto muy avanzado en relación a otros vigentes en América Latina por ella revisada. Dificultades para la puesta en práctica de este principio y derecho con que se ha encontrado El Salvador, con respecto a la realización del principio de la libertad de asociación y la libertad sindical son la falta de información y de datos, y los valores sociales o tradiciones culturales.

En cuanto al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, pueden citarse las circunstancias sociales y económicas, y la falta de capacidad de las organizaciones de trabajadores.

Principales necesidades en materia de cooperación técnica

El Gobierno considera necesario entablar una cooperación técnica con la OIT con miras a facilitar la realización del principio de la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, en particular en las siguientes esferas, por orden de prioridad: fortalecimiento de las capacidades de los organismos públicos responsables; reforzar la compilación de datos y la capacidad de analizar estadísticas, e intercambio de experiencias entre países/regiones.

C. Organizaciones de empleadores y trabajadores

Antes de continuar con la presente exposición conviene enumerar las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas del país.

Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP); Asociación Salvadoreña de Industriales (ASI); Cámara de Comercio e Industria de El Salvador; Cámara Salvadoreña de la Industria de la Construcción (CASALCO); Consejo Nacional de la Mediana y Pequeña Empresa de El Salvador (CONAPES); Unión de Cooperativas de la Reforma Agraria Productoras, Beneficiadoras y Exportadoras de RL de C.V. (UCRAPROBEX); Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños (AMPES), y Asociación de Productores de Caña (PROCAÑA). Organizaciones de trabajadores: Federación Sindical de la Industria de la Construcción, Similares, Transporte y Afines (FESINCONSTRANS); Federación Sindical de Trabajadores de El Salvador (FESTRAES); Federación de Asociaciones y Sindicatos Independientes de El Salvador (FEASIES); Federación Unitaria Sindical de El Salvador (FUSS-UNTS); Federación Nacional Sindical de Trabajadores Salvadoreños (FENASTRAS); Federación de Sindicatos de Trabajadores de El Salvador (FESTES); Federación de Sindicatos de Trabajadores de Alimentos, Bebidas y Similares (FESINTRABS), y Confederación General de Sindicatos (CGS).

A continuación se enumeran aspectos puntuales de cómo se transpone el Principio en la normativa Salvadoreña.

1. Libertad de asociación y sindicalización

La Constitución (Art. 7) y el artículo 47 de la Constitución establece que: «Los patronos y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses formando asociaciones profesionales o sindicatos. El mismo derecho tendrá los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas. Dichas organizaciones tienen derecho a personalidad jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus funciones. Su disolución o suspensión sólo podrá decretarse en los casos y con las formalidades determinadas por la ley». y el Código

de Trabajo de la República de El Salvador reconocen estos derechos constitucionales en los artículos 204, 208, 209, 219, 268, 269 y siguientes, reconociendo los siguientes tipos de sindicatos: Sindicato de Gremio: es el formado por trabajadores que ejercen una misma profesión, arte, oficio o especialidad. Sindicato de Empresa: es el formado por trabajadores que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o Institución Oficial Autónoma. Sindicato de Industria: es el formado por patronos y trabajadores pertenecientes a empresas dedicadas a una misma actividad industrial, comercial, de servicios, social y demás equiparables. Sindicato de Empresas varias: es el formado por trabajadores de dos o más empresas vecinas, cada una de las cuales tenga un número de trabajadores inferior a veinticinco y que los empleadores, los trabajadores del sector privado, y los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas “tienen el derecho de asociarse libremente para defender sus intereses económicos y sociales comunes, formando asociaciones profesionales o sindicatos.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos autoriza ciertas restricciones al derecho de libertad de asociación sólo en la medida en que resulten necesarias para resguardar el “interés de la seguridad nacional,” de la “seguridad pública” o para proteger “los derechos y libertades de los demás.” Por ejemplo, estos pactos indican que “no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas [y] de la policía.” El PIDCP agrega que tales restricciones también serán viables en el caso de los trabajadores que se encuentren involucrados en “la administración del Estado.” Asimismo, el Convenio No. 98 de la OIT indica que “El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.” Sin embargo, la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que la restricción del derecho de los trabajadores empleados en la “administración pública del Estado” a formar y afiliarse a organizaciones sindicales resulta compatible con los



estándares internacionales sólo en la medida en que la legislación “limita esta categoría a las personas que ejercen altas responsabilidades de dirección o de definición de políticas” y éstas tienen “el derecho de crear sus propias organizaciones para defender sus intereses.”.

Asimismo, El Salvador viola las obligaciones contraídas en los tratados internacionales que ha ratificado y los deberes que ha asumido en su calidad de Estado Miembro de la OIT al no adoptar leyes y regulaciones que permitan aplicar y hacer cumplir el resguardo de la libertad de asociación establecida en su propia Constitución y Código de Trabajo. En cambio, la existencia de graves deficiencias y vacíos en el marco de la legislación laboral salvadoreña permiten que los empleadores evadan sus obligaciones legales en lo que respecta al respeto del derecho de los trabajadores a organizarse. Los procedimientos relativos a la suspensión de los trabajadores pueden ser manipulados de manera tal de perjudicar a los miembros de las organizaciones sindicales; el proceso de inscripción de organizaciones sindicales resulta excesivamente complejo; la discriminación antisindical en el proceso de contratación no está explícitamente prohibida; y las salvaguardas contra los despidos y suspensiones tendientes a socavar la libertad sindical son débiles y pueden ser evadidas con facilidad.

Como se aprecia, tanto el derecho de libertad de asociación como el de negociación colectiva están reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico interno para las diferentes categorías de trabajadores (profesionales de la medicina, maestros, trabajadores agrícolas, trabajadores de las zonas francas, trabajadores migrantes, trabajadores de todas las edades a partir de los catorce años de edad), lo que permite establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable. En cuanto a los supuestos obstáculos de procedimiento contenidos en nuestro Código de Trabajo, para formar sindicatos, es importante mencionar que el Código relacionado, en 1994, en base de un estudio y con el apoyo de un equipo



multidisciplinario de la Organización Internacional del Trabajo, fue reformado en la parte sustantiva para la constitución de sindicatos; las propuestas de reformas, se sometieron al conocimiento del Foro de Concertación Económico y Social creado por los Acuerdos de Paz de Chapultepec, en el cual estaban representados los principales actores sociales como el sector laboral, empleador y la representación del Gobierno, así como otros actores políticos, sociales y productivos del país. La Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe: expresó, sobre las reformas hechas al Código de Trabajo en el mes abril de 1994 que: «en materia de relaciones colectivas de trabajo, la nueva ley es un texto muy avanzado en relación con otros vigentes en América Latina en la última década y especialmente en relación con el cuadro restrictivo que existía de acuerdo al Código de El Salvador por ella revisado». Se señala, entre otros aspectos de las reformas, la extensión del derecho de sindicalización a los trabajadores agrícolas y a los trabajadores autónomos, la prohibición de la disolución administrativa de un sindicato. «Los sindicatos pueden ahora constituirse con un número mínimo de 35 trabajadores, sin tener que justificar que representan a una mayoría de trabajadores de la empresa como era el caso antes. En virtud de otra disposición se acuerda a las federaciones y confederaciones el derecho del ejercicio de negociación colectiva y de huelga, en la medida en que sus respectivos estatutos les confieran esa facultad: anteriormente no gozaban de esos derechos. Por otro lado, la mayoría requerida para declarar ilegal una huelga ha sido disminuida y los procedimientos para la calificación se han simplificado; además, el arbitraje obligatorio sólo procede cuando el conflicto afecta a un servicio esencial en sentido estricto del término» (El Desafío del Empleo en América Latina y el Caribe; Documento de Trabajo núm. 7; Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe; Lima, Perú, 1994; págs. 53 y 54.)

2. Avances en materia de Derecho de Asociación Profesional

También es importante resaltar algunos aspectos que demuestran el avance en materia de derecho de asociación profesional impulsados en nuestro país en 1994:

- 1) **Estructura sindical.** Se reconoce la constitución de sindicatos de gremio, de empresa y de industria (categorías ya contempladas en el Código de 1972). Previéndose como novedades la posibilidad de formar sindicatos de empresas varias y sindicatos de trabajadores independientes. El primero será el formado por trabajadores de dos o más empresas vecinas, cada una de las cuales tenga un número de trabajadores inferior a 25 y siempre que éstos no pudieran formar parte de un sindicato de gremio o de industria. Mientras que el segundo estará constituido por trabajadores por cuenta propia y que no empleen a ningún trabajador asalariado, excepto de manera ocasional. Mediante esta reforma se ofrece un marco jurídico favorable para la organización de los trabajadores del sector informal.
- 2) **Mínimos exigidos para la constitución de sindicatos.** En general, para constituir un sindicato hoy se exige un número mínimo de 35 miembros siendo antes de 40 miembros para un sindicato de empresa y 100 para uno de industria. Además, el Código de Trabajo exigía que un sindicato de empresa, para poder existir, estuviese constituido por más de la mitad de los trabajadores de la misma. Este requisito ha desaparecido con la reforma, que se limita a precisar que el empleador está obligado a reconocer y a negociar con el sindicato cuando éste es mayoritario, pudiendo reconocerlo voluntariamente cuando no lo es.
- 3) **Procedimiento para constituir un sindicato.** El Código de 1972 contenía al respecto un procedimiento largo y complicado, permitiendo una extensa injerencia de las Autoridades administrativas. Con posterioridad a la reforma las reglas en la materia

han sido claramente simplificadas. a) La presencia de uno o más Delegados del Ministerio de Trabajo sólo procede si los interesados lo solicitan. b) El plazo que corresponde a la autoridad administrativa para examinar la solicitud de inscripción de un sindicato, con objeto de obtener la personalidad jurídica, es reducido de 30 a 10 días. c) La personalidad jurídica se adquirirá por ministerio de ley, si se configura el silencio administrativo cuando en el plazo de 30 días hábiles, contados después de la presentación de la solicitud de personalidad jurídica, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social no se pronuncia. d) Los sindicatos tienen la posibilidad de presentar un modelo de Estatutos, que será aprobado por el Ministerio de Trabajo, previa consulta con las federaciones y confederaciones sindicales, con objeto de facilitar la constitución de sindicatos. En este caso se reducirán los plazos para que el Ministerio se pronuncie sobre la solicitud de personalidad jurídica.

4) Fuero sindical. En relación con el ámbito objetivo del fuero sindical — o contra qué se protege —, se mantiene el criterio previsto en el Código de 1972, prohibiéndose el despido, traslado, desmejora de las condiciones de trabajo, y suspensión disciplinaria, salvo por causa justa calificada previamente por autoridad competente. En cuanto al ámbito subjetivo — o a quién se protege — la reforma de 1994 extiende la garantía a los siguientes casos: a) promotores de la constitución de un sindicato, por el término de 60 días a partir de la notificación al patrón de la nómina de los mismos, b) candidatos para un puesto directivo, con un máximo de 2 personas por puesto, c) fundadores de sindicato, en un máximo de 35, a partir de la fecha de presentación del acta a la autoridad competente y hasta 60 días después de la inscripción del sindicato.

5) Sanciones por prácticas antisindicales. Con anterioridad se preveía en tales casos una multa de 500 a 1.000 colones. La reforma varía el monto de la multa de 10 a 50 veces el salario mínimo mensual, con ello se incrementa el efecto disuasorio y permite actualizaciones con la depreciación de la moneda. En cuanto al derecho de negocia-

ción colectiva, el Código de Trabajo establece un procedimiento para los conflictos colectivos económicos o de intereses, en el que deben agotarse las etapas siguientes: a) trato directo; b) conciliación; c) arbitraje, y d) huelga o paro. Es importante mencionar que el arbitraje es obligatorio sólo cuando el conflicto afecta a un servicio esencial en sentido estricto del término. Es conveniente precisar que el empleador está obligado a reconocer y a negociar con el sindicato cuando éste es mayoritario, pudiendo reconocerlo voluntariamente cuando no lo es.

IV. LOS SINDICATOS Y LA CONTRATACIÓN COLECTIVA

En el país existe una larga tradición antisindical por parte de los patronos; ello ha llevado a que la legislación sea tergiversada y aprovechada fuertemente por la actitud algunas veces pro empresarial del Ministerio del Trabajo; la aplicación de mecanismos desincentivadores en las empresas para formar sindicatos, como la amenaza al despido y la corrupción de dirigentes sindicales, ha hecho que la actividad sindical decaiga en los últimos años especialmente en lo que respecta al número de afiliaciones, a pesar que la legislación actual permite formar sindicatos con sólo 35 miembros, y en lo relativo al establecimiento de contratos colectivos. En lo que respecta a los contratos colectivos, en el cuadro siguiente se muestra que la cantidad de trabajadores amparados es bastante pequeña.

AÑO	CONTRATOS	NUMERO DE TRABAJADORES AMPARADO	PORCENTAJE DE EMPLEO
1992	298	61,471	3.1
1993	299	60,174	3.0
1994	308	78,541	3.7
1995	341	76,782	3.6
1996	345	74,782	3.6

*** FUENTE: tomado de Cáceres Domínguez, et al, Flexibilidad del Derecho Laboral: situación en El Salvador, tesis, UCA, 1997; en base a datos del Ministerio del Trabajo.

Por otro lado estos contratos seguramente no aumentan debido a la poca eficacia que tienen para defender los intereses de los trabajadores; por ejemplo, dichos contratos no comprenden dentro de la negociación:

1. La regulación de horas extras
2. Formación profesional
3. Estabilidad laboral
4. Movilidad
5. Innovación tecnológica.

Respeto absoluto a las libertades sindicales

En esta situación de posiciones contradictorias en la que el gobierno tomó una actitud favorable los empresarios, mientras que en el sector laboral las organizaciones que lo conformaban no actuaban al unísono; se recrudecían las actitudes y represión sindical y de los trabajadores en la práctica (“listas negras”, despidos injustificados por pertenecer o haber pertenecido a sindicatos, etc.), especialmente, en la actividad de maquilas. El sector laboral, en vista de lo anterior, hizo uso de las leyes internacionales (exigiendo sanciones comerciales) ante la negativa del gobierno y empresarios de establecer un marco regulatorio mínimo a favor de los derechos del sector laboral frente a las acciones antisindicales de los patronos en la práctica empresarial.

Después de enconados debates en los cuales en un principio el gobierno y los empresarios rechazaron la participación en calidad de asesores de los miembros de la OIT, el Foro acordó que esta institución internacional hiciese una propuesta de reformas al Código de Trabajo en las cuales se hiciera patente la entrada en vigencia de los convenios internacionales.

Como resultado de la petición oficial, la OIT designó al Dr. Arturo Bronstein para asesorar la reforma legal. La propuesta de la OIT formuló reformas al Código de Trabajo en los siguientes aspectos:

- 
- 1) Prohibición del trabajo forzoso.
 - 2) Igualdad de oportunidades y no discriminación.
 - 3) Base para el cálculo de la indemnización en caso de despido injustificado.
 - 4) Contrato de aprendizaje.
 - 5) Trabajo de menores.
 - 6) Igualdad de remuneración.
 - 7) Protección al salario.
 - 8) Garantía del goce de vacaciones.
 - 9) Organización sindical.
 - 10) Autonomía sindical y autorregulación.
 - 11) Régimen de sanciones a los sindicatos.
 - 12) Protección sindical.
 - 13) Facilidades a la negociación colectiva.
 - 14) Prestaciones en caso de maternidad.
 - 15) Facilidades para el ejercicio del derecho de huelga.
 - 16) Fomento al tripartismo.
 - 17) Reglamentación al Código del Trabajo.

Según lo que hemos venido apuntando podemos llegar a una primera conclusión, la debilidad del movimiento sindical que se expresa en:

- a) Atomización.
- b) Falta de liderazgo.
- c) Mala capacitación sindical.
- d) Orientación preferente a la capacitación y no a la organización.
- e) Falta de autonomía financiera.
- f) Inmediatismo en la acción sindical (Arriola, 1995. P: 63-66).

Así mismo podemos agregar que la sindicalización y la contratación colectiva en el país se encuentra estigmatizada por los patronos y el gobierno como conspirativa y conflictiva, por lo que se establecen amenazas directas o disimuladas hacia los trabajadores, esto se

da con especial énfasis en las maquilas y en general en las Zonas Francas.

En el primer cuadro se presentó el comportamiento de la cantidad de trabajadores y trabajadoras en todo el país que se encuentran incorporados en contratos colectivos, se detectó que lo que caracteriza esta situación es que la proporción de los ocupados con respecto a la población activa es sumamente bajo (Ver cuadro 16).

En la investigación de las maquilas la situación no es distinta. En el cuadro que sigue se puede observar que el porcentaje de trabajadores y trabajadoras sindicalizadas es muy bajo:

LUGAR	SINDICATOS	OTRAS FORMAS	NO ESTA ORGANIZADA	NO RESPONDE
Recinto Fiscal	3.2	1.4	91.6	3.7
Zona Franca	10.2	0.00	85.7	4.0

La afiliación de los trabajadores en las maquilas se vuelve una tarea difícil dado el ambiente antisindical generado por los patronos y administradores. “En algunos casos deben mantenerse fuera de conocimiento de la gerencia de la fábrica. De esta manera, las posibilidades de incidir en el mejoramiento de condiciones de trabajo resultan aún inciertas” (Quinteros, García). Similares hallazgos se obtuvieron en la investigación de la Zona Franca de San Bartolo: “La negociación colectiva es inexistente. En una empresa pudimos comprobar que los incrementos salariales anuales, cuando incluyen algún tipo de bonificación, se deciden a partir de una tabla personalizada, que incluye conceptos como: colaboración con la empresa, puntualidad, asistencia...” (Arriola).

FUENTE: Quinteros, García.

V. INFORMES DE CASOS ATENTATORIOS CONTRA EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

EL SALVADOR

I. Control sobre la Aplicación y Cumplimiento CEAC y R

CAN-CIT 2004

II. Control sobre las Violaciones

C98

1. N° de caso: 2214

Querellante: Confederación Mundial del Trabajo (CMT)

Agravio: La organización querellante alega la conversión de los contratos permanentes de los afiliados al sindicato SIMETRISSE en contratos temporales de tres meses, la contratación de guardias privados armados para disuadir todo intento de protesta en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), descuentos salariales ilegales en perjuicio de 11 personas (algunas sindicalistas), el despido de 18 personas, el traslado o impedimento para optar por un cargo en violación del laudo arbitral vigente y en perjuicio de dos sindicalistas, y el registro de personas y vehículos de sindicalistas en el Hospital Médico Quirúrgico y el Hospital de Especialidades, incluidos dos dirigentes sindicales a los que se vigila y han sido víctimas de privación de libre tránsito. El querellante se refiere también al proceso de privatización y a sus consecuencias laborales, así como a la alegada ausencia de negociación.

Situación Actual: (Etapa de Análisis) En vista de las conclusiones provisionales que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las siguientes recomendaciones:

a) En cuanto al despido de las 18 personas mencionadas por su nombre en los alegatos, el Comité pide al Gobierno que indique si los 16 trabajadores a los que se ha referido han presentado recursos



judiciales y en caso afirmativo, que le comunique las respectivas sentencias. El Comité pide al Gobierno que facilite informaciones sobre el despido de los trabajadores restantes. El Comité reitera al querellante su solicitud de que indique en qué medida estos despidos están vinculados con el ejercicio de los derechos sindicales y si los despedidos eran miembros del sindicato; b) el Comité observa que ni el querellante ni el Gobierno han enviado las precisiones solicitadas por el Comité en sus anteriores recomendaciones por lo que se ve en la obligación de reiterarlas: — el Comité pide al Gobierno que sin demora envíe sus observaciones sobre los alegatos relativos al traslado o impedimento para optar a un cargo de que habrían sido víctimas la Dra. Teresa de Jesús Sosa y el Dr. Darío Sánchez, ambos afiliados al sindicato SIMETRISSE, y sobre la alegada conversión de contratos permanentes en contratos de corta duración en perjuicio de los afiliados al sindicato; — en cuanto a los alegatos relativos a descuentos ilegales en perjuicio de 11 personas (algunas sindicalistas), el Comité pide al Gobierno y al querellante que indiquen el nombre de los trabajadores que no estaban en el lugar de trabajo (ISSS) el 11 de septiembre de 2001, así como la legislación a la que se refiere el Gobierno, y — en lo que respecta al alegado registro de personas y vehículos de sindicalistas de SIMETRISSE y la contratación de guardias armados privados, el Comité pide al Gobierno y al querellante que faciliten mayores informaciones sobre estos alegatos. c) con respecto al alegado despido de 30 sindicalistas, el Comité espera que si las demandas penales entabladas contra ellos son rechazadas, los trabajadores en cuestión sean reintegrados en sus puestos de trabajo sin pérdida de salarios; d) en cuanto a la negativa de coalición del STISSS y el SIMETRISSE en la revisión del laudo arbitral, el Comité toma nota de que la cuestión se encuentra ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y pide al Gobierno que le envíe copia de la sentencia en cuanto la misma sea dictada.

No obstante, el Comité desea señalar que la legislación no debería impedir que dos sindicatos negocien conjuntamente si así lo desean

incluso en los casos de revisión de la convención colectiva cuando uno de ellos es menos representativo, y e) respecto al alegato relativo al desalojo del local que ocupa el sindicato, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas a su alcance para que el pronunciamiento de la Fiscalía General de la República no se demore y que le envíe copia de toda decisión que se adopte al respecto.

“N° de caso: 2208

Querellante: Sindicato de Empresa Lido S.A. de C.V. (SELSA) y apoyada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL)

Agravio: la organización querellante alega que tras la realización de una suspensión de labores en protesta por el incumplimiento del contrato colectivo vigente, la empresa Lido S.A. despidió en represalia a 11 dirigentes sindicales y a 30 trabajadores afiliados al sindicato. Además, la organización querellante alega que la autoridad administrativa no notificó a la empresa el acuerdo de huelga adoptado por el sindicato

Situación Actual: (Etapa Curso Dado) El Comité pide al gobierno interesados que le mantengan informado, a la mayor brevedad, del desarrollo de los respectivos asuntos del caso examinado por última vez en marzo de 2004”.

“N° de caso: 2299

Querellante: Federación Nacional Sindical de Trabajadores Salvadoreños (FENASTRAS)

Agravio: la organización querellante alega sucesivos despidos de dirigentes sindicales por parte de la empresa J.R.C. Manufacturing S.A. de C.V.; amenazas de muerte contra cinco directivos; la detención y procesamiento de un dirigente sindical y otro trabajador por supuesto robo, y la denegación de personalidad jurídica a un sindicato constituido por agentes privados de seguridad y el despido de dos de sus dirigentes

Situación Actual: (Etapa Curso Dado) El Comité pide al gobierno interesados que le mantengan informado, a la mayor brevedad, del

desarrollo de los respectivos asuntos del caso examinado por última vez en marzo de 2004”.

Así mismo el gobierno al ser interpelado informa sobre los siguientes casos:

“1. Caso empresa privatizada de telecomunicaciones El 20 de diciembre de 2000, SUTTEL y CTE, S.A de C.V., celebraron audiencia conciliatoria en la Dirección General de Trabajo, cuyo resultado fue el siguiente: La parte patronal manifestó que no es cierto que los 55 trabajadores a que se refiere la queja hayan sido despedidos, lo que sucede es que por realizarse una reestructuración organizativa, en la cual algunas secciones de la empresa desaparecerían, se propuso a los trabajadores que pudieran quedar cesantes, con el objeto de favorecerlos se les entregaría una bonificación por retiro voluntario equivalente a más o menos diez meses de salario y capacitarlos en el área que consideraran conveniente, a fin de que éstos pudieran administrar sus propias empresas, además que hasta esa fecha 48 trabajadores habían renunciado y recibido los bonos mencionados y el día 22 del presente mes se les entregaría un bono equivalente (más o menos) a un mes y medio de salario, quedando pendiente siete trabajadores que no se han presentado a recibir los beneficios, no obstante estar emitidos a su favor los cheques respectivos, por lo anteriormente expuesto, considera el apoderado, que su poderdante no ha violado el Código de Trabajo. Posteriormente a la celebración de dicha audiencia, la totalidad de los trabajadores se acogieron al retiro voluntario con las indemnizaciones que se relacionaron en el acta mencionada y únicamente dos trabajadores resultaron ser miembros directivos del sindicato, quienes fueron reinstalados al desempeño de sus labores a la empresa, habiéndoseles pagado los salarios que dejaron de devengar antes del reinstalo. Quedando aclarado que los mencionados trabajadores a excepción de los directivos reinstalados en ningún momento fueron miembros de SUTTEL, habiendo quedado solucionada la diferencia laboral en forma definitiva con el reinstalo y pago de salarios de los 2 directivos

sindicales. Que en ningún momento han sido despedidos decenas de trabajadores de CTE, S.A. de C.V., pertenecientes a SUTTEL, al grado que el caudal de miembros afiliados a dicho sindicato, de 47 miembros ha aumentado en esta fecha a más de 198 miembros”.

“2. Caso informe zonas francas internacionales En cuanto a la relación que se hace de la información contenida en el informe elaborado por la Unidad de Monitoreo y Análisis de Relaciones Laborales, es importante hacer notar, una vez más, que dicha publicación en ningún momento fue oficializada por esta Secretaría de Trabajo y Previsión Social, porque los señalamientos hechos en ese informe, carecían de pruebas robustas y suficientes que demostraran el incumplimiento específico de vulnerabilidad de los derechos supuestamente violados”.

“3. Caso TAINAN Sobre el presente caso, se hace del conocimiento que el día 14 de abril del año 2002, en junta general extraordinaria de accionistas de la sociedad Tainan, S.A. de C.V., acordaron en forma unánime disolver y liquidar dicha sociedad por razones financieras. Con la intervención y supervisión del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la empresa pagó a todos los trabajadores el total de las prestaciones laborales que por ley les correspondían, habiendo éstos firmado sus renunciaciones y declarando a la empresa libre de toda responsabilidad laboral. El día 18 de abril del año antes citado, el Sr. Joaquín Alas Salguero, en su calidad de Secretario General del Sindicato de Trabajadores de Industrias Textiles (STIT), presentó en la Dirección General de Trabajo de este Ministerio, una solicitud relativa a la celebración de un contrato colectivo de trabajo en la planta 2 de la relacionada sociedad. Como puede observarse el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad Tainan, S.A. de C.V., no tuvo como motivo la solicitud presentada por el Sindicato para la celebración del contrato colectivo de trabajo, puesto que este acuerdo antecedió a la relacionada solicitud. Otro elemento a tomar en cuenta y que desvirtúa totalmente que la causa del cierre de la empresa haya sido la celebración del contrato colectivo

de trabajo, como lo señala la CIOSL, es que el Código de Trabajo, establece en el artículo 270 que para ejercer el derecho de celebrar por primera vez un contrato colectivo, es necesario que el sindicato tenga como afiliados no menos del 51 por ciento de los trabajadores de la empresa o establecimiento. En el presente caso el sindicato tenía como afiliados únicamente a cuarenta trabajadores de un total de un mil doscientos trabajadores de la empresa”

“6. Caso seguro social En relación con este caso, no habiendo un señalamiento concreto y puntual de derechos supuestamente vulnerados, no se puede emitir observaciones al respecto”.

“7. Caso CEL En virtud del mandato establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República, la Dirección General de Trabajo y a solicitud verbal del Sr. Alirio Salvador Romero Amaya, secretario general del Sindicato de Trabajadores del Sector Eléctrico, promovió la conciliación como medio efectivo para la solución pacífica del conflicto de trabajo, audiencia conciliatoria que se celebró el día 20 de noviembre del presente año ante la presencia del Director General de Trabajo, en la que el licenciado Arias Rank, en su calidad de Apoderado General Judicial de la Comisión Ejecutiva del Río Lempa (CEL), manifestó que en lo referente a lo solicitado por la parte sindical relativo al reinstalo de los 29 trabajadores despedidos, había que considerar que 16 trabajadores ya habían firmado los finiquitos por renuncia irrevocable, debidamente autenticados por notario y que en lo concerniente a los 13 restantes trabajadores, la junta directiva de CEL había dispuesto cancelarles la indemnización que conforme a derecho está obligado a pagar. La parte sindical rechazó el ofrecimiento del pago de la indemnización argumentado que tal ofrecimiento era contrario a lo establecido en los artículos 47 de la Constitución de la República, 7 del Protocolo de San Salvador y 48 del Código de Trabajo. Con lo anterior, se dio por finalizada la intervención de la Dirección General de Trabajo, al manifestar las partes que el asunto lo arreglarían mediante el método de negociación directa”.

“8. En relación al caso del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP) Se hace saber lo siguiente:

- 1) El proceso de supresión de plazas, culminó a finales del año 2001, y era del pleno conocimiento de todos los trabajadores y miembros de la junta directiva del sindicato del INPEP, porque desde la entrada en vigencia de la nueva ley del sistema de ahorro para pensiones, en enero de 1997, estaba previsto. Por lo que en ningún momento puede afirmarse que el Instituto ha violentado el contrato colectivo de trabajo, dado que la supresión de plazas fue motivada por efectos provenientes de una ley y los trabajadores de aquellas plazas que se consideraron innecesarias, independientemente de quiénes las desempeñaran, fueron indemnizados conforme lo establece el contrato colectivo de trabajo vigente en la Institución.
- 2) Los motivos que llevaron a la junta directiva del INPEP, a tomar la decisión de congelar algunas plazas de su personal, fueron los que ya se expusieron y, sobre todo, dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula 39 del contrato colectivo de trabajo, en vista que esta cláusula obliga al Instituto al pago de una indemnización al trabajador por el tiempo laborado para la institución, cuando el retiro no es producto de la voluntad del trabajador.
- 3) Que en el presupuesto del año 2000, existía una partida presupuestaria que todavía podía usarse para el pago de las indemnizaciones de los trabajadores, la cual estaba por perderse al finalizar el año fiscal, lo que para el presente año, no era factible. Esta situación y las otras expuestas anteriormente, son las que motivaron a la junta directiva ha tomar la decisión de congelar las plazas innecesarias independientemente de quienes las desempeñaran.

En ningún momento, los motivos de la supresión de plazas, fueron los que manifiesta la CIOSL, ya que dentro del personal al que se congeló las plazas se encuentran trabajadores sindicalizados y no



sindicalizados. Asimismo, se hace de su conocimiento que hasta la presente fecha, en el INPEP se encuentran laborando personal afiliado y no afiliado al sindicato, desvirtuándose así lo relativo a la denuncia de incumplimiento del contrato colectivo de trabajo suscrito entre el SITINPEP y el INPEP, así como lo relacionado con la supresión de plazas”.

VI. CONCLUSIONES

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador está enfocando sus esfuerzos para garantizar y tutelar, de manera efectiva, los principios y derechos en el trabajo, éstas son: elaboración e implementación de políticas activas de empleo, fortalecimiento del diálogo social, seguridad y salud ocupacional, fortalecimiento de la inspección del trabajo, erradicación del trabajo infantil en sus peores formas, modernización institucional del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y otras. Esto permitirá mejorar la capacidad de gestión y respuesta a las demandas y expectativas de los trabajadores y los empleadores para ponerlos en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo y que puedan aspirar a la posibilidad real de un trabajo decente. Lo enunciado, junto con la aplicación de la legislación laboral interna que garantiza derechos laborales en congruencia con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, ha permitido que nuestro país sea visto como uno de los siete países de América Latina que han registrado avances en materia de trabajo decente, tal como lo publicara la revista Panorama Laboral de América Latina y El Caribe 2001, de la Oficina Regional de la OIT, y que el Señor Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, Juan Somavia, citara textualmente en su Informe denominado: «Globalización y Trabajo Decente en las Américas», presentado en la XV Reunión Regional Americana, celebrada en Lima, Perú, diciembre de 2002. Observaciones presentadas a la Oficina por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) Esta memoria sobre el respeto en El Salvador de las normas fundamentales del

trabajo internacionalmente reconocidas es una de la serie que está elaborando la CIOSL de conformidad con la Declaración Ministerial adoptada en la primera Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Singapur, 9-13 de diciembre de 1996), y en la que los Ministros afirmaron: «Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas». En la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC (Doha, 9-14 de noviembre de 2001), se reafirmó este compromiso. Posteriormente, esas normas se retomaron en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo adoptada por los 174 países miembros de la OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1998. La filial de la CIOSL en El Salvador, la Central de Trabajadores Democráticos de El Salvador (CTD), tiene 50.000 miembros. Aproximadamente un 20 por ciento de la mano de obra está sindicada.

- 1. El Salvador ha ratificado recientemente el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).**
- 2. Para estar legalmente registrados,** los sindicatos deben obtener una autorización previa y seguir trámites laboriosos, y el registro de sindicatos legítimos suele rechazarse por simples detalles de procedimiento. Un sindicato debe tener un mínimo de 35 miembros en el lugar de trabajo, y los miembros de los órganos directivos de los sindicatos deben ser salvadoreños de nacimiento. Asimismo, está prohibido que los sindicatos participen en actividades políticas. Como ejemplo del uso inadecuado de los requisitos de procedimiento, en 2001, los trabajadores de una empresa privatizada de telecomunicaciones ganaron una larga batalla por el reconocimiento y la rehabilitación al firmarse finalmente un acuerdo colectivo. Anteriormente, dicha empresa había utilizado la reestructuración como excusa para despedir a docenas de trabajadores, la mayoría de ellos miembros del sindicato. Cuando los trabajadores se

opusieron, la empresa pidió al Ministerio del Trabajo que detuviera el registro del sindicato, alegando que no se habían seguido los pasos adecuados para obtenerlo, y haciendo caso omiso de que dos meses antes el Tribunal Supremo de Justicia había acusado al Gobierno de retrasar el proceso y había ordenado a las autoridades que reconocieran legalmente al sindicato.

3. **La ley prohíbe la discriminación antisindical**, incluso en el período previo a que un sindicato sea reconocido legalmente. En teoría, no se puede despedir a los trabajadores si sus nombres figuran en la solicitud de un sindicato en proceso de registro. No obstante, en la práctica existe una discriminación considerable contra los trabajadores de los sindicatos o contra los que participan en actividades sindicales, y la prohibición legal de esa discriminación no empieza eliminando su difusión generalizada. A pesar de las recomendaciones de hace tiempo de la OIT en cuanto a que la reincorporación de los trabajadores despedidos es un elemento de defensa necesario frente al despido injusto, el Código Laboral no exige que se reincorpore a los trabajadores que han sido despedidos ilegalmente, sino que simplemente los empleadores paguen al trabajador una indemnización por cese en el empleo.
4. **El derecho de negociación colectiva está reconocido en la ley**, y la negociación colectiva tiene lugar en el sector privado de las zonas francas industriales (ZFI). Sin embargo, el Ministerio de Trabajo no consigue actuar imparcialmente; por el contrario, en la práctica favorece a aquellos empleadores que no participan en la negociación colectiva. Las asociaciones de empleados del sector público también negocian colectivamente para sus miembros, pero se plantean problemas generalizados respecto de los acuerdos colectivos en el sector público. En las ZFI no existe la negociación colectiva debido a una grave discriminación antisindical por parte de los empleadores de las ZFI y a que el Gobierno no asume su responsabilidad de defender el derecho de los trabajadores de las ZFI a la negociación colectiva.
5. **El derecho a la huelga está restringido de formas que no son coherentes con la libertad de asociación**. La falta de derechos

sindicales y las malas condiciones de trabajo en las ZFI han sido objeto de numerosos informes, entre ellos, uno de la CIOSL. Un informe elaborado por el propio Ministerio de Trabajo y publicado en agosto de 2000, fue retirado inmediatamente debido a la reacción de las empresas de las ZFI, y durante muchos meses el Gobierno lo retiró de la circulación pero a principios de 2001 una ONG estadounidense dedicada a los derechos del trabajo, llamada Comité Nacional del Trabajo, lo hizo público. El informe expone exhaustivamente la gravedad de los problemas con que se enfrentan los trabajadores de las ZFI. Fue realizado en las cuatro zonas francas industriales más importantes de El Salvador, a saber, San Marcos, San Bartolo, American Park y el Pedregal, y desveló que existía una clara política antisindical en las maquilas, donde se reprimía cualquier intento de sindicación. Los numerosos líderes sindicales entrevistados dijeron que era muy común que los supervisores amenazaran a los trabajadores con ser despedidos si se afiliaban a un sindicato o intentaban crearlo. Según el Comité Nacional del Trabajo, los investigadores del Gobierno que elaboraron el informe accedieron libremente a las ZFI y a los empleados porque las investigaciones realizadas en el pasado por el Gobierno en las ZFI invariablemente habían hecho caso omiso de las flagrantes violaciones de los derechos de los trabajadores. En esta ocasión los investigadores confirmaron lo que otros observadores llevaban años diciendo, y los empleadores de las ZFI lograron que el Ministerio de Trabajo retirara el informe al día siguiente de su publicación. Una de las muchas quejas importantes del informe fue la falta de seguridad en las condiciones de trabajo de los trabajadores. En 2002 se trató a 288 trabajadores de una planta situada de una ZFI por intoxicación química debida a la concentración de productos químicos en su lugar de trabajo y a la falta de medidas de protección. Un ejemplo reciente y evidente de la discriminación antisindical que domina las ZFI del país procede de las empresas Tainan, que confeccionan ropa para las principales marcas estadounidenses. A través de huelgas, peticiones y contactos con la empresa matriz de Taiwán, así como con grupos sindicalistas internacionales y los principales clientes de la marca Tainan se ganó finalmente una larga



y prolongada lucha por el reconocimiento sindical. Poco después, no obstante, la empresa empezó de nuevo a separar del servicio y a despedir a trabajadores, alegando una falta de pedidos. El sindicato ha demostrado que la empresa continuó recibiendo pedidos y que los subcontrató para eliminar a su personal sindical. Finalmente, la empresa paró la producción en El Salvador, justo después de que el sindicato pidiera negociar un acuerdo colectivo, y mientras tanto sus plantas de China, Camboya e Indonesia funcionaban a pleno rendimiento. En los últimos años ha habido numerosos casos destacados de violación de los derechos sindicales en el sector público, algunos de los cuales han sido objeto de investigaciones llevadas a cabo por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Se hace referencia a casos que se presentaron ante el Comité de Libertad Sindical.

- 6. La libertad de asociación y libertad sindical están reconocidas en la ley para el sector privado y, en cierta medida, para el sector público, pero en la práctica están considerablemente restringidas para muchos trabajadores. La discriminación antisindical está extendida, en particular en las ZFI y en gran parte del sector público. En el sector privado se concluyen algunos acuerdos colectivos pero éstos no existen en las ZFI y están sumamente restringidos en el sector público.**

El Ministerio de Trabajo elaboró un informe, que después retiró de la circulación, en el que se condenaban las condiciones y los abusos de los derechos de los trabajadores de las ZFI.



LA DISFUNCIÓN INSTITUCIONAL

*René Fortín Magaña**

En el mes de Mayo del año dos mil seis, las asociaciones PROTEJES, (Pro Transferencia y Excelencia Judicial en El Salvador); FUDESCO (Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Sociales) y JDI (Foro de Jueces Democráticos Independientes), me solicitaron que pronunciara unas palabras en ocasión del inicio de sus importantes actividades en el ámbito del Órgano Judicial.

Estaba yo por salir de la Corte Suprema de Justicia en virtud de que el día treinta del mismo mes se cumplía el periodo para el cual fui electo Magistrado del Supremo Tribunal.

Llevaba sobre mis espaldas un pesado fardo, a pesar de que mi responsabilidad directa en aquel Tribunal estaba por concluir. El Órgano Judicial no mejoraba y se alejaba, cada día más, del alto perfil que le señala la Constitución. Sentía que a pesar de los esfuerzos desplegados por algunos magistrados, dejábamos el Órgano Judicial en inferiores condiciones de cómo lo habíamos encontrado.

Bajo la alfombra del máximo Tribunal, muy parecido a un hoyo negro, se acumulaban cada día más, nuevos y mayores problemas.

* Escritor salvadoreño y Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Entre sus cargos más importantes podemos mencionar: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador (UES), Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ex presidente de Federación de Asociaciones de Abogados (FEDAES); Ex presidente del Centro de Estudios Jurídicos; Miembro del Círculo de Abogados Salvadoreños; Jefe del Departamento Jurídico del Banco Central (1970); Diputado a la Asamblea Legislativa (1985-1988); Jefe del Departamento Jurídico de CEL (1975); Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (1997 – 2006), entre otros. Actualmente es el Director de la Academia de Lengua Salvadoreña y Director del Instituto de Investigación Jurídica, de la Universidad Dr. José Matías Delgado.



Todo evidenciaba que no se querían resolver. Se aplicaba la política del avestruz o, peor aún, aquella inercia obedecía a una actitud predeterminada que desarticulaba los resortes vitales de la administración de justicia y la hacía más vulnerable y más dócil ante las presiones de otros Órganos, particularmente del Ejecutivo, y de los poderes fácticos que, en realidad, pesan más que los constituidos.

En las conversaciones cotidianas, muchas personas expresan su frustración por la impotencia – dicen – que muestra el régimen democrático de gobierno, y señalan con un gesto despectivo el deficiente o abusivo desempeño de los diferentes órganos del Estado. Con esa frustración, se va incubando imperceptiblemente al principio, y manifiestamente al final, el impulso de apelar a una fuerza superior, a un hombre fuerte que ponga orden en una sociedad que se precipita a la anarquía.

Hay en este enfoque una falacia: se juzga al régimen democrático por lo que se ve, por lo que se observa, por los datos que nos ofrece la inmediata experiencia nacional.

Pero el auténtico régimen democrático constitucional de derecho, en doctrina (que no es vinculante) y en el esquema constitucional (que sí lo es), es otra cosa. Supone el exacto cumplimiento de las funciones atribuidas a todos y cada uno de los órganos e instituciones del Estado, el minucioso control de las finanzas públicas, el tratamiento serio y científico de los asuntos legislativos, la visión nacional, no partidaria, del Órgano Ejecutivo y, muy especialmente, el control de la constitucionalidad y la legalidad de las actuaciones públicas por parte del Órgano Judicial.

La división de poderes, muy precaria en nuestro país, es una conditio sine qua non para la efectividad del Estado de Derecho.

Cumplida esa condición, sería posible la tranquilidad pública, la gobernabilidad, la confianza general tanto interna como internacional y, en resumen, los beneficios del buen gobierno.

En ese sentido, y desde un válido punto de vista utilitario, el escritor y columnista Richard W. Rahn, afirma: “Como sostenía el economista del desarrollo Peter Bauer: Si en un país las instituciones y las políticas son las correctas, puede obtener de fuentes privadas todo el dinero necesario, pero si ni las instituciones ni las políticas son las correctas, ninguna ayuda externa va a tener éxito”.

El trabajo preparado para las instituciones arriba mencionadas enfoca, precisamente, la disfunción institucional existente en nuestro medio, con énfasis en lo que sucede en el Órgano Judicial.

Sus conceptos pueden aplicarse a la realidad actual, y sus reflexiones son claramente pertinentes.

Ante lo que se considera una situación lindante con la anarquía, o ante las ideas de signo contrarios a la democracia, sólo hay tres soluciones posibles: a) Que fluya libremente la corriente de la historia. En otras palabras: no hacer nada (*Laizzes faire, laizzes passer*); b) La dictadura ilustrada, que representa un mal menor frente a la anarquía; o c) El perfeccionamiento de la institucionalidad, el limpio ejercicio de la democracia y el esclarecido imperio del Derecho.

Huelga decir que la tercera opción tiene para el autor una prioridad incuestionable.

TRANSPARENCIA Y EXCELENCIA JUDICIAL

Vivimos días aciagos. Pareciera que después de los episodios más sangrientos de nuestra historia; después de los promisorios Acuerdos de Paz rubricados en Chapultepec el 16 de enero de 1992; después



de sucesivas reformas a la Constitución tendentes a armonizar la legislación secundaria con la Carta Magna, una voluntad más poderosa que todos aquellos esfuerzos se esmerara en desmontar, una por una, las piezas que parecían conquistas definitivas para la instauración en nuestro País del Estado Democrático Constitucional de Derecho.

Llamados, como estamos, a concentrarnos en el tema de esta exposición, no es del caso mencionar ahora todas y cada una de las adversidades que, bajo un velo de aparente prosperidad, está sufriendo nuestro pueblo, sumergido en realidad en una larga y profunda crisis que proyecta un horizonte sombrío.

Entre todas esas adversidades la más grave es la disfunción institucional, que no se inmuta en mostrar su lado más siniestro. Gran parte de nuestros problemas, aún los más graves, tendrían por lo menos un principio de solución, si los titulares de las instituciones imprimieran a éstas la eficacia, la solvencia y el patriotismo que las circunstancias exigen. Pero eso no está sucediendo. El único plan ostensible y atemorizante es el de una fuerza superior que, como un gigantesco guante de acero, las aprisiona y las pone a su servicio, estableciendo un sistema ominoso en el que están involucrados casi todos los engranajes del Estado.

Dentro de esas instituciones están las encargadas de hacer efectiva la administración de justicia la cual, por el abandono oficial que padece, es blanco de las más severas críticas.

La comunidad jurídica goza del privilegio de tener bajo su cuidado nada menos que a uno de los tres Órganos del Estado: El Órgano más importante para la consolidación del Estado Democrático Constitucional de Derecho, el Órgano Judicial. Un tesoro a punto de extinguirse por no saber estar a la altura de un Poder del Estado.

Dado que, como sabemos, la administración de justicia constituye la columna vertebral del Estado de Derecho, conviene situarnos en perspectiva desde la cúpula – la Corte Suprema de Justicia – y examinar, brevemente, algunas de las cuestiones que le conciernen. Comencemos por sus atribuciones.

La Constitución señala a la Corte Suprema de Justicia catorce atribuciones, sin perjuicio de las que establece la ley. Entre ellas hay algunos que distraen enormemente al alto Tribunal de la atención de sus funciones jurisdiccionales y que debieran descansar en una estructura distinta. Me refiero, por ejemplo, al control del gremio de los abogados, al cual he aludido ampliamente en otras ocasiones, pero que resumo abogando, una vez más y con amplia convicción, por la colegiación profesional obligatoria. Además de liberar a la Corte de funciones que no son estrictamente de su competencia, ello permitiría introducir el orden necesario en un estado de cosas que actualmente se aproxima al caos, especialmente si consideramos que el número de abogados en el País ronda la cifra de quince mil. Actividades desproporcionadamente distractivas como esa, o como el ya célebre examen de notariado, de índole estrictamente académico, impiden a la Corte o le restan tiempo valioso para realizar las acciones jurisdiccionales que le competen.

En vez de la Sección de Investigación Profesional, a todas luces insuficiente para abarcar su objetivo, es el Colegio de Abogados el llamado a poner orden en este conglomerado, vital para la salud del Estado, que poco a poco va configurando un universo anárquico.

Por su parte, la supervisión judicial, no ha podido estructurarse racionalmente, a pesar de los más insistentes reclamos, en forma que coadyuve eficazmente a la administración de justicia, tanto en la vertiente de control y auditoria como en la de ayuda y apoyo para los buenos jueces, que forman mayoría, con el objeto de auxiliarlos y facilitarles el delicado cumplimiento de sus funciones. Si la Sección de Investigación Judicial fuera capaz de hacerlo eficazmente y



moderara las actuaciones de los operadores judiciales deficientes, también debía ser la conductora de un programa de premios y reconocimientos más que nominal, para aquellos funcionarios judiciales que se distinguiesen en el cumplimiento del deber. La presea Dr. Isidro Menéndez, en distintas categorías, hace mucho tiempo que debía ser una realidad, y lucir en el pecho de los operadores de justicia sobresalientes en el cumplimiento de su deber, para incentivar sus anhelos de superación y proporcionarles el orgullo de obtener una distinción tan meritoria.

Otra institución a cargo de la Corte que reclama con urgencia una estructura diferente, es el Instituto de Medicina Legal, como parte sustancial de un Instituto de Investigaciones Forenses, autónomo y eficiente, dotado de los medios más modernos para la persecución del delito, sobre todo ahora que hemos caído en las lóbregas garras de la más desenfrenada delincuencia.

Pero dado que la institucionalidad no funciona. Y que se agolpan los problemas de la administración de justicia. Y que existe la amenaza de una justicia política vertical, en la que la Fiscalía General de la República tiene más poder que los jueces. Y que la ciudadanía pierde la paciencia ante las evidentes distorsiones del modelo constitucional. Y que la situación nacional reclama con urgencia el perfeccionamiento de los instrumentos idóneos para la superación social. Y que es necesario instalar el imperio de la transparencia y la excelencia judicial, aplaudimos, con entusiasmo, que surjan iniciativas como la de PROTEJES, que saltan literalmente al rescate de una noble función en peligro.

PROTEJES no reduce el campo de sus actividades a la mera reflexión o a la crítica improductiva. PROTEJES se lanza a una actividad de campo. Y, a través de los instrumentos apropiados para la auscultación social, persigue óptimos resultados con el patrocinio de importantes instituciones, como el Programa de Cooperación Internacional de la Fundación Kellogg, ejecutado por la Fundación

para el Desarrollo de las Ciencias Sociales, FUDECOS y por la Asociación Foro de Jueces Democráticos e Independientes, JDI, con quienes se han acordado los respectivos Convenios de Cooperación.

Con ese respaldo PROTEJES estará en capacidad de coadyuvar con el sector oficial – si éste no lo rechaza – y de ofrecer las mejores soluciones para una problemática que cada día se vuelve más complicada, y en donde asignaturas antes insospechadas, como la justicia penal internacional que ataja la impunidad de los déspotas, han hecho su aparición con vigor en el angustiante mundo globalizado de nuestros días.

¿Qué se espera de un Juez? capacidad, honestidad y valentía. Todo esto envuelven las palabras transparencia y excelencia judicial

Piero Calamandrei, en su joya literaria “Elogio de los Jueces escrito por un abogado” analiza con profundidad y donosura todas y cada una de esas características, seguro como está de que el representante de la justicia ocupa, por sus méritos, una posición cimera en la sociedad. “La primera condición del Estado fuerte es la fe del pueblo en la justicia –dice– y sólo sobre esa base puede concebirse su autoridad”

Para eso se requiere la transparencia, es decir el conjunto de actuaciones resistentes al examen ético. La ética no cumple sólo una misión trascendente. Constituye el núcleo de la confianza pública; y ésta es la germinadora del orden y de la paz social. Y la excelencia, que garantiza la adecuada sustentación de los fallos, en una época en que el avance de las ciencias jurídicas proscriben la arbitrariedad y hace mucho tiempo que dejaron atrás el método salomónico apto sólo para iluminados.

Algunos esfuerzos, es cierto, se están haciendo en el campo de la capacidad, particularmente por la Escuela de Capacitación Judicial, cuyos servicios, sin embargo, necesitan ser ampliados. Promisorio

es también el Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), así como un incipiente programa de becas, y algunos esfuerzos esporádicos de actualización en las diversas ramas de la enciclopedia Jurídica.

El campo de la honestidad está sostenido, sobre todo, por la índole moral de los operadores de justicia sensibles al imperativo categórico. A falta de un Código de Ética Judicial, tal vez pueda ser útil, venciendo nuestro escepticismo, la recién aprobada Ley de Ética de la Función Pública. Más útil habrá de ser el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en proceso de aprobación, por la Décima Tercera Cumbre Iberoamericana que habrá de reunirse en Santo Domingo los días 21 y 22 del próximo mes.

Y el tema de la valentía, toca las más íntimas fibras personales que configuran a los hombres y mujeres de carácter, capaces de defender su verdad, y resistir las más grandes presiones oficiales o sociales y los halagos de la tentación. El ejemplo juega aquí un enorme papel, y es indudable que ese ejemplo es más eficaz cuando desde la cúpula del Órgano Judicial se transmiten gestos y actitudes que inducen a la emulación.

A falta de modelos actuales, permítanme, en este sentido, citar dos nombres que desde la profundidad del tiempo, siguen siendo ejemplo para las nuevas generaciones por su iluminada capacidad, su intachable conducta y su valor a toda prueba: Miguel Tomás Molina y Sarbelio Navarrete, quienes ocuparon los más altos cargos del Poder Judicial. Tal vez a muchos jóvenes de las nuevas generaciones esos nombres no les digan nada. No es su culpa. Es la culpa de las instituciones y sus dirigentes, llamados a mantener vivo el recuerdo de los hombres ilustres que, por su altitud, supieron distinguirse en el curso de nuestra historia. Acaso ese vacío y ese ominoso silencio se deba a que, dada la descomposición social que padecemos, los buenos ejemplos son incómodos, son peligrosos, perturbadores y subversivos.

Y surge aquí la triste paradoja de nuestro tiempo: los buenos ejemplos, respetable auditorio, son malos ejemplos, de los que hay que huir como de la peste a la velocidad de la luz.

El panorama es sombrío. Por ratos, cuando vemos los retorcidos procedimientos empleados por los poderes públicos, y las exorbitantes canonjías que se autoconceden, pareciera que todo está perdido, y comienza a surgir la desesperanza. Pero no debe ser así. Lo más grave que pudiera pasarle al País es que nos cruzáramos de brazos franqueando el absorbente despliegue del autoritarismo.

El proyecto de investigación aplicada denominado Transparencia y Excelencia Judicial en El Salvador, que actualmente realiza PROTEJES, contribuirá sin duda al mejoramiento de la Administración de Justicia en nuestro País.

La propuesta de PROTEJES consiste en “Propiciar en el colectivo judicial una cultura de transparencia – que implica lo ético – y de excelencia – que implica la capacidad y la eficiencia – mediante: 1. La creación de un sistema de indicadores de la transparencia y la excelencia judicial. 2. La realización de un diagnóstico de la función judicial en base a esos indicadores. Y 3. La creación de un sistema de estímulos sociales e individuales que premien esas cualidades.

Como vemos, y como nos lo han explicado elocuentemente los visionarios iniciadores del Programa, Licenciado Sydney Blanco Reyes, del Foro de Jueces Democráticos e Independientes, y el Doctor Francisco Díaz Rodríguez, de la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Sociales (Fudecso), no se trata en este caso de meros discursos, conferencias y reflexiones, sino que utiliza los sistemas más prácticos, aplicables a actividades mensurables, para obtener un diagnóstico, otorgar reconocimientos, y proponer soluciones.

En la presentación que el día siete de febrero hicieron los iniciadores del programa ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia,



pudimos darnos cuenta de sus amplios y generosos propósitos y de la magnitud e importancia del Programa. La Corte misma, hay que decirlo, ha ofrecido su colaboración, en este caso, para el mejor éxito del Programa, autorizando la participación de jueces y juezas en la realización de las diferentes actividades que se programen, particularmente en los llamados “talleres de recepción de insumos” y “validación de resultados”, y ha brindado los recintos de su Edificio Administrativo para el desarrollo de algunas actividades.

En ese sentido, he tenido a la vista tanto la programación como el diseño de la metodología que será aplicada, y nos complace saber que a estas horas las actividades están bastantes avanzadas y sus resultados son muy promisorios. Se han celebrado talleres en todos los departamentos del País con un sistema general de evaluación judicial aplicado por la distinguida Magistrada Aída Santos de Escobar y el Licenciado Sydney Blanco Reyes, cuya metodología abarca discusiones en grupo, talleres, entrevistas, análisis de documentos y estudio de leyes pertinentes. Hasta ahora han participado en los talleres más del 15% de los operadores judiciales de diferentes instancias, y se ha llegado a importantes conclusiones que servirán de piso para las correcciones que habrán de efectuarse, las cuales se concentran en la necesidad de perfeccionar las evaluaciones que hasta ahora parecen bastante deficientes, por los múltiples motivos que se señalan en el documento de propuesta. Todo indica que ese sensible tema, el cual merece en dicho documento nada menos que dieciocho señalamientos críticos, algunos con numerosos subseñalamientos específicos, es uno de los de mayor peso en el programa.

Importante es también el apartado referente al mejoramiento de la administración de justicia, y el que señala sus deficiencias, hasta llegar al punto de proponer una Visión Alternativa sustentada en cuatro importantes ejes, métodos y actividades, estímulos, redes de apoyo, becas, ascensos y financiamientos con el apoyo de la cooperación internacional, con el gran objetivo de “mejorar cualitativamente la administración de justicia, propiciando en el colectivo

judicial y en la sociedad salvadoreña la cultura de transparencia y de excelencia”.

AMABLE AUDITORIO:

Como dije al principio: vivimos días aciagos. Pero se vale soñar. Todo comienza con un sueño, con una idea, con un germen. Sin metas, grandes metas, es estéril la vida. Se estanca el pensamiento y la acción. Todos los proyectos son nonatos. Tenemos el derecho, más bien la obligación, de trazarnos esas altas metas que nos conduzcan al pequeño gran País que todos deseamos, en el cual la administración de justicia sea, de veras, la columna vertebral del Estado de Derecho, antagónica de la fuerza bruta, de la arbitrariedad, de la ruindad, del engaño y de la vileza que nos causan tanta vergüenza. Un País en donde las instituciones cumplan con vigor y convicción su cometido, y a las que asciendan los más calificados exponentes de la ciudadanía. En el que la voz del pueblo sea respetada, y en el que la justicia en todas sus manifestaciones resplandezca promoviendo la paz social, el progreso y el desarrollo sostenible de nuestro pueblo.

— — — —

El visitante que, en Roma, sube a la punta del Monte Aventino con la esperanza de disfrutar un hermoso paisaje, sufre una gran desilusión. La plaza situada en la cima está rodeada en todos sus rumbos por altos edificios que impiden disfrutar del paisaje. Ante el reclamo de los visitantes, dice el guía: un momento, tengan calma, nunca hay que perder la esperanza. Y agrega: miren la barroca cerradura del hermoso Portón del Edificio de la Orden de Malta. Observen a través de ella ¡Y se abre a nuestra vista la más bella sorpresa! Se deslumbran los ojos viendo, a través de la cerradura, un paisaje maravilloso: los jardines cercanos; los pinos, meciéndose al viento en los montes aledaños; la ciudad de Roma, más lejos, recostada en su mejor perspectiva; la Vía de la Conciliación y el



Obelisco más allá, en la lejanía; y, finalmente, la resplandeciente cúpula de la Catedral de San Pedro.

Cuando todo parece perdido, cuando el ánimo tiende a desfallecer, surge una voz providencial, un foco de luz, un hálito de esperanza que, con el empuje de la voluntad, puede cambiar la realidad. Esa luz, esa esperanza es la que se abre esta tarde con la firma del documento “Alianza por la Transparencia y la Excelencia Judicial en El Salvador”, que en breve será suscrito por once universidades, cinco asociaciones judiciales y seis organismos no gubernamentales.

Con la firme confianza en un nuevo amanecer para la administración de justicia de nuestro País, agradezco a los directivos de (PROTEGES), organizadores de este acto, por su invitación a participar en él; y al respetable auditorio por su amable atención.

Muchas gracias.

San Salvador, 29 de mayo de 2006.



Misión UJMD

Formar, por medio de la docencia, la proyección social y la investigación, profesionales capaces de integrarse y desarrollarse en un entorno nacional e internacional, con alta competencia, espíritu de investigación e innovación, sólida moralidad, profunda sensibilidad humana y clara visión del futuro.

Visión UJMD

Tener consolidada y proyectada su excelencia académica, dentro de un proceso de acreditación permanente, nacional e internacional, manteniendo su liderazgo institucional y asegurado que sus graduados compitan exitosamente en un mundo globalizado.



Comisión de Acreditación
de la Calidad Académica
UNIVERSIDAD DOCTOR JOSÉ MATÍAS
DELGADO (UJMD)
HELACROCIATA
2008-2013

