

Derechos Fundamentales y Constitución en El Salvador: sobre la legitimidad en la (re)construcción de los derechos.

Roberto Enrique Rodríguez Meléndez¹
roberto.rodriguez@aeci.org.sv

1.- Primer presupuesto: problemas en la definición y contenido de los derechos fundamentales directamente relacionados con el desarrollo del presente artículo. 2.- Segundo presupuesto: la relación entre Democracia y Derechos Fundamentales. 3.- El tercer presupuesto: imparcialidad, conocimiento, subjetividad y derechos. 4.- Constitución y Derechos. 5.- Una breve conclusión: Ley y derechos. El poder de normalización.

1.- Primer presupuesto: problemas en la definición y contenido de los derechos fundamentales directamente relacionados con el desarrollo del presente artículo.

“El valor esencial del desarrollo de los derechos humanos durante los últimos cincuenta años es la construcción del puente entre los imperativos morales para quien detenta el poder y su concreción en normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. De otra forma, es la conciliación en los fines entre la legitimidad y la legalidad del ejercicio de la autoridad política.”
Diego García-Sayán. Director de ONUSAL. Noviembre de 1994.

En este trabajo se pretende abordar un tema de poco tratamiento en El Salvador en materia de derechos fundamentales. Me refiero al modelo que desde la Constitución se construye sobre lo que se entiende como derechos fundamentales, la forma en como se construyen, y el grado de apreciación y/o vinculación con esta construcción por parte de la ciudadanía en general, es decir, a su legitimidad.

A tal efecto debe destacarse que, desde la entrada en vigencia de nuestra Constitución, es posible considerar que la misma ha pasado por diversas etapas, en cuanto a su aplicación –no ya vigencia, sino eficacia- y en cuanto a su aceptación como norma

¹ Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y candidato a Doctor en Sociología por la Universidad de Deusto, España, Master en Sociología Jurídica y Ciencia Política por el Instituto Internacional de Sociología del Derecho y de la Universidad Internacional de Andalucía, respectivamente. Ha sido profesor de Ciencia Política y Derecho Constitucional de la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN) de El Salvador y de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA) de El Salvador. Actualmente se desempeña como coordinador de programas de justicia y gobernabilidad en la Agencia Española de Cooperación Internacional.

jurídica vinculante y rectora del ordenamiento normativo salvadoreño por la población y los operadores jurídicos –no vigencia o eficacia, sino legitimidad-.

Los primeros años de vigencia de la Constitución salvadoreña, no fueron fáciles en lo relativo a su eficacia y legitimidad, dado que la aplicación de la Constitución era relativizada por un contexto social y político que vivía un intenso conflicto. Al contrario, momentos como el actual, muestran que la simple discusión y oportunidad como la que nos es brindada en este texto, confirma la importancia del documento constitucional como norma que pretende fuerza y razón de ley.

Aunado a lo anterior, también es posible considerar que el entendimiento de nuestra Constitución ha poseído en todos y cada uno de los estadios históricos que pudiésemos analizar, diferentes significados en cuanto al contenido y definición de los derechos que posee.

Esto se debe a que el Derecho como conjunto de normas o presupuestos, en general, no implica en su construcción un único discurso, sino que es el fruto de diversas y discordantes voces, tanto en el ámbito interno del Derecho – por ejemplo, no hay una única visión entre los diversos actores del sistema: jueces, profesores universitarios, administradores, funcionarios de alta jerarquía, fiscales, defensores, litigantes, etc.- como en el ámbito externo del sistema de administración de justicia –otros profesionales, sectores de la sociedad civil, ONG’s partidos políticos, empresarios, etc.

Por consiguiente, el contenido y alcance de los derechos consagrados en la Constitución variará dependiendo del contexto y de los sujetos o grupos de sujetos a quienes consideremos o nos dirijamos para acercarnos a “su idea de derechos constitucionales”

De ahí que “rastrear” o identificar una línea de evolución/involución de los derechos fundamentales en nuestra Constitución sería una tarea tan equívoca como carente de un significado preciso –o por lo menos completo-².

Lo anterior en el siguiente sentido: los derechos consagrados en la Constitución no han sido interpretados, conculcados, protegidos o violentados, etc., por una entidad, institución o persona precisa y definida, sino que han sido interpretados, es decir, dotados de significado, por cada sector de la sociedad, incluyendo dicha definición, la pública o formalmente reconocida, pero también la visión informal, es decir, la generada por la sociedad civil, a partir de sus múltiples representaciones³.

² “Economists, political scientists, sociologists and anthropologists, have no difficulty in imagining heterogeneity and plurality. Legal scholars, by contrast, are so committed to the systematic singularity and coherence of law that the commonplace understandings of cognate disciplines are often dismissed out of the hand”. Macdonald, Roderick A.; “Metaphors of Multiplicity: civil society regimes and legal pluralism”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law volume 15*, nº 1, 1998, p. 69.

³ Una lectura sugestiva sobre las diversas formas y contenidos que desde “el interior” del sistema de administración de justicia, como desde “el exterior del sistema”, definen al sistema jurídico y a su subsistema

Por ello, lo que sí resulta adecuado apuntar desde las primeras páginas de este artículo, es precisamente definir qué voy a entender por derechos, y quiénes serán las voces autorizadas para la construcción del significado que trataré de presentarles a continuación.

La primera precisión consiste entonces en señalar que no compartiré un concepto usualmente utilizado para definir a los derechos fundamentales.

Suele diferenciarse entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. Los primeros son más bien definidos como “pretensiones morales” o “conquistas históricas de la humanidad”, pero que no se encuentran incorporados en un ordenamiento jurídico en forma expresa; al contrario, los derechos fundamentales, vendrían a ser esas pretensiones consolidadas dentro de un ordenamiento.

No obstante, dicha clasificación y su utilización conlleva algunos riesgos. Primero, para bien o para mal, “nuestros derechos” no son de forma estricta los que aparecen definidos expresamente en la Constitución o la Ley, sino que son aquellos que llegan a ser declarados por los operadores que tienen a su cargo dar vigencia y practicidad a dichas normas. –lo cual es distinto, pues una cuestión es que aparezcan en una norma, y otra es que tengan eficacia–.

Desde una máxima de experiencia, podríamos decir que, “nuestros derechos fundamentales en El Salvador, no son todos los que están –en la Constitución y leyes de la República–, ni tampoco, los que están, realmente son derechos –simple y sencillamente– porque a pesar de su reconocimiento legal, dicha positividad no les brinda necesariamente algún grado de eficacia.

Pero además de la observación anterior, existe un riesgo mayor –por lo menos para mí– y consiste en una división respecto a los actores que construyen el contenido de los derechos: los primeros, es decir, los derechos humanos, se configuran como una pretensión o una conquista de “todos”, es decir, sea esta la humanidad, o para ser geográficamente determinados, por la sociedad civil y política, que es en este caso, la nuestra, bajo un parámetro con pretensiones de universalidad.

Al contrario, los segundos, es decir, “los derechos fundamentales”, como mencioné arriba, al ser positivados y consagrados en una norma jurídica aplicable, le corresponde determinar o ponderar su contenido, no a la sociedad, sino a los operadores e instituciones que aplican esos derechos o normas a los casos concretos. Hay en esta última visión una división de trabajo, en el contenido de los derechos fundamentales: se definen por un operador especializado, y ello genera riesgos o desventajas a los que aludiré continuamente en este trabajo más adelante.

de derechos, puede verse en: Ewick, Patricia; Silbey, Susan S.; *“The Common Place of Law. Stories from everyday life”*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

Por ello concuerdo con Conley y O'Barr para quienes "la consecuencia de esta diferencia surgida entre las voces oficiales y no-oficiales que definen los derechos, quizá tenga como base, que dentro del Derecho, algunas voces son audibles, mientras que otras son eficazmente silenciadas"⁴.

Sobre la base de las limitaciones antes mencionadas, a los efectos de este trabajo, derechos humanos y derechos fundamentales no se distinguen, y lo que pretenderé demostrar, es que no deben distinguirse, en tanto dicha distinción lo que genera es la exclusión en la conformación de su contenido de diversos sectores sociales, llegándose a configurar un contenido de los derechos bajo el manto de la "imparcialidad", "la representación", "la neutralidad", y "la calidad técnica", aislando la determinación de su contenido de aquellos a quienes se ven involucrados en sus disputas o controversias surgidas sobre la carencia o ausencia de sus derechos, minimizando ello, el rol de los derechos, como agentes que potencian la democracia y la gobernabilidad dentro de la sociedad salvadoreña.

Asimismo, dentro del artículo se realizará una propuesta, en relación a un posible mecanismo para superar dicha deficiencia, bajo un modelo democrático y deliberativo en la construcción o reconstrucción de los derechos.

2.- Segundo presupuesto: la relación entre Democracia y Derechos Fundamentales.

Se suele señalar que existe una relación "natural", entre la configuración o vigencia de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho y la vigencia de los derechos humanos. El primero potencia la existencia de los segundos; la existencia de los segundos es el fundamento primario y último del primero.

De hecho, es usualmente aceptado que lo que llamamos hoy democracia es una variable específica de las concepciones ideales de autogobierno del pueblo: "la democracia liberal". En efecto entendemos, que los gobernantes democráticamente elegidos están sometidos a una limitación drástica: no pueden violar una serie de derechos que catalogamos como humanos, y por extensión, las mayorías deben reconocer igualmente una serie de derechos inviolables a las minorías⁵, aun cuando existan sociedades donde los

⁴ A lo antes expresado agregan dichos autores: "Official legal discourse...is far removed from the language of ordinary people. It tends to transform or simply to ignore the discourse of the disputants, whose problems are the law's very reason for being. Moreover, despite the fact that the law exist to solve human problems and regulate human conduct, its professional discourse has been predominantly about purportedly neutral principles whose application is believed to transcend human variation". Conley, John M.; O'Barr, William M. J.; *"Rules versus Relationships. The Ethnography of Legal Discourse"*, The University of Chicago Press, United States of America, 1990, p. 3, 9.

⁵ En este sentido hemos seguido a Paramio, para quien de hecho, "la concepción de algunos autores clásicos (como Rousseau) tenía de la democracia como era ajena al reconocimiento de los derechos del individuo frente a la voluntad general, lo que ha llevado a hablar de una concepción totalitaria de la democracia frente a

peligros de las vulneraciones sistemáticas a los contenidos de los derechos, no sean hacia los derechos de minorías étnicas, religiosas, políticas, etc., sino que al contrario, se presentan frente a las mayorías representadas por consumidores, personas de escasos recursos, mujeres, ancianos, niños, etc.

Podría considerarse en tal sentido que uno de los objetivos de una Constitución y de su catálogo de derechos, es crear las pre-condiciones, para el adecuado funcionamiento del orden democrático, en el cual, los ciudadanos pueden realmente auto-gobernarse. Por ello, deliberación y capacidad de autogobernarse son aspectos positivos por sí mismos, por constituirse como un aspecto esencial dentro del principio de libertad de los individuos: la libertad de escoger y decidir sobre sus prioridades.

Ahora bien, la Constitución opera dentro de un contexto histórico, político y social, por lo cual puede resultar que la vigencia y eficacia de los derechos se vea limitada o impulsada por dicho contexto, dependiendo de quienes sean los sujetos de derechos, o bien del derecho o derechos a los que hagamos referencia.

Para ejemplificar lo anterior: en un modelo de economía liberal clásica sería idóneo y favorable, el impulso hacia un conjunto de derechos que favorecen el desarrollo de dicho modelo. En este sentido, Paramio nos confirma que los derechos civiles eran necesarios para garantizar la libertad individual: “Es fácil ver –nos indica- que este conjunto de derechos es funcional para el desarrollo de una economía capitalista. Algunos autores hacen hincapié en los cambios institucionales que conlleva la afirmación de tales derechos como origen del desarrollo capitalista en la Europa atlántica y Estados Unidos. En efecto, sin una garantía judicial del cumplimiento de los contratos, y contra la confiscación arbitraria de la propiedad, no puede llegar a darse una economía de mercado: los derechos indispensables para una economía de mercado competitiva”⁶.

Sin embargo, los derechos civiles o individuales, resultan ser en las sociedades contemporáneas un compendio de derechos insuficiente: de ahí la extensión del catálogo de derechos civiles, a los políticos y sociales, como lo hace nuestra Constitución, y como ya había sido ampliado desde anteriores experiencias constitucionales en El Salvador.

No obstante suele señalarse que la ampliación del catálogo de derechos, se hace a partir de diseños normativos, pero que estos no logran ser eficaces. Esta limitación en el cumplimiento y extensión en la protección –que no en el catálogo y reconocimiento jurídico- de los derechos se debería a dos factores: historia y legitimidad: mientras los derechos y libertades civiles surgirían de las reacciones de los ciudadanos y de los intereses para desarrollar un modelo de producción, y un modelo de Estado específico, el catálogo de derechos sociales se extendería, por ejemplo, como consecuencia y necesidad de los gobiernos de *ampliar su legitimidad* frente a la población, extendiendo los beneficios en la

la democracia liberal”. Paramio, Ludolfo; “*Democracia y desarrollo industrial*”, Cuadernos y Debates 6, Serie minor, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 3.

⁶ Ibidem., p. 5.

distribución de la riqueza, ampliando el mercado de consumo y de esta forma evitando el desarrollo de índices altos de conflictividad y rechazo a la autoridad⁷.

Mi premisa en tal sentido consiste en considerar que en El Salvador, el cumplimiento o eficacia de los derechos en El Salvador sigue siendo desigual. Desigual tanto en la protección brindada a los sujetos –dependiendo quien *sea* ese sujeto–, como a la eficacia de los derechos, dependiendo de la categoría de derechos a que hagamos referencia⁸.

Considero que tal desigualdad –amén de las diferencias estructurales existentes al interior de nuestro país en su población–, surge de la separación entre decidores y ciudadanos, (Estado/sociedad civil, si se prefiere) por lo que, para evitar o por lo menos aminorar tal situación el contenido de una Constitución, y por ende su catálogo de derechos, debe promover un sistema de democracia deliberativa, una idea que combina *accountability*⁹ con un alto grado de reflexión y capacidad de razonabilidad democrática –no técnica exclusivamente–, con la finalidad de ampliar el grado de legitimidad en la construcción de los derechos. Para aquellos que siguen esta orientación el gobierno democrático se basa en el diálogo, discusión y aceptación de propuestas, razones y argumentos, no sólo en votos y ejercicio del poder¹⁰.

Ahora bien, si partimos de la necesaria relación indisoluble entre democracia y derechos humanos, resulta necesario brindarle un contenido material a dicha relación. Para mí, tanto los derechos humanos como la idea de democracia se basan en la deliberación y no en la agregación o interpretación y argumentación sobre la construcción de los derechos, elaborada fuera del contexto histórico y social, y por tanto ajena al diálogo social al cual se deben dichos derechos como ética social y crítica.

⁷ En este mismo sentido, Cfr. Paramio, Ludolfo; “*Democracia y desarrollo industrial*”, ya citado, p. 8.

⁸ Dada la carencia de datos estadísticos, esta afirmación no termina de ser un *a priori*, fundamentado en observaciones sobre el sistema de administración de justicia. Para el caso, un buen observador, podría investigar mediante simple medición o cotejo, si los órganos especializados para la protección de los derechos –como es el caso de la jurisdicción constitucional– protegen o se pronuncian más sobre derechos individuales que sobre derechos sociales y culturales –en procesos de amparo, para el caso–. Puede consultarse al respecto de las deficiencias en la protección de los derechos sociales en El Salvador: Fespad; “*Cumplimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador*”, Fespad ediciones, San Salvador, Marzo de 2003.

⁹ “Ser *accountable* implica la justificación –entendida aquí como la exposición de razones que motivan una decisión– y responsabilidad –que es asumida mediante el conocimiento de las consecuencias que la acción o decisión tomada causa en el entorno, o en la comunidad. En castellano dicho término ha sido traducido como “rendición de cuentas”, y para lo cual se establecen diversas estrategias o mecanismos para fortalecer la relación entre sociedad y operadores estatales. Cfr. Office of Democracy and Governance; “*Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*”, serie de publicaciones técnicas, Bureau for Democracy, Conflict and Humanitarian Assistance, USAID, Washington, 2002.

¹⁰ Cfr. Susteain, Cass R.; “*Designing Democracy. What Constitutions Do*”, Oxford University Press, New York, 2001, p. 7-8

De ahí que se proponga en este texto un modelo basado en deliberación y el dialogo para la construcción de una democracia constitucional *en y con* derechos: la democracia deliberativa.

La idea de democracia deliberativa o “*decision making democracy*” bajo la discusión libre e igualitaria entre ciudadanos, tiene en los últimos años un gran auge¹¹, con seguridad debido a la insatisfacción generada por un modelo agregativo, donde el ciudadano, no participa en los resultados y discusiones sobre sus preferencias, sino sólo elige por medio del voto a aquellos que las elegirán por él, o bien, por otra parte, existen toda una serie de servidores públicos que toman decisiones relacionadas con la vigencia de sus derechos, bajo la idea de la profesionalización y el saber técnico.

Y es que, dicho modelo agregativo tendría su basamento en dos principios –en lo que nos interesa en este planteamiento: el primero, la idea de representación. Los ciudadanos ejercen el voto para que terceros “representen sus intereses”, definan sus políticas, y los mecanismos y la forma cómo se implementan sus derechos –no importa, en este modelo si existe una vinculación entre lo que los representantes efectivamente “hacen”, frente a los “deseos” o “intenciones” de los representados. El segundo, es la imparcialidad: el modelo agregativo, se basa en la existencia de un grupo de funcionarios u operadores, que dado que no participan directamente en los conflictos surgidos en su comunidad, se muestran como independientes e imparciales y con capacidad para resolver adecuadamente las disputas existentes.

Ahora bien, dicho modelo agregativo, presenta ciertos inconvenientes, en cuanto a la definición de los derechos en un ámbito geográfico determinado, en un espacio de tiempo definido.

En un modelo agregativo, se daría paso a una especie de “profesionalización” sobre los derechos y sus contenidos. Donde, necesariamente, quien define nuestros derechos, es un representante o un técnico, un especialista imparcial “adecuado” para garantizar y definir, los derechos y la cobertura de esas necesidades básicas salvaguardadas por aquellos¹².

¹¹ “Largely under the influence of Jurgen Habermas, the idea that democracy revolves around the transformation rather than simply the aggregation of preferences has become one of the major positions in the democratic theory”. Jon Elster (Edited by); “*Deliberative democracy*”, Cambridge University Press, New York, 1998, p.1.

¹² En este sentido afirma Phillips “It is a mistake and a misrepresentation to think of trial courts judges as non ideological, as mere implementers of law made by others. We are perhaps overinfatuated with a vision of the nation as governed by the rule of law, by which we mean written codified law, equating the permanence of rule, a permanence more illusory than real(...) . Professional associations of lawyers, referred to as the organized bar, encourage the vision of trial court judges not as politicians but as practitioner of a profession, as mere conduits of written law. (...) But judges’ actions on the bench are far from informed only by professional legal interpretive practice grounded in law school and honed in legal practice hermetically sealed from the rest of cultural life (...)Spoken law enacts the political authority of the state, and judges enact diverse concepts of the state. Spoken law exerts direct control over defendants. Legal speech can even be thought of, in its materiality, as a form of physical control. And judges enact diverse theories of control that

Las desventajas y los riesgos del sistema agregativo, en cuanto a la definición de nuestros derechos y sus contenidos, están indisolublemente vinculados con los efectos sobre la democracia en las sociedades contemporáneas: pérdida de confianza de los ciudadanos frente el funcionariado público, ausencia de vinculación de la sociedad civil en la definición de propuestas y proyectos de justicia, ataque acérrimo a las instancias judiciales ante la desconfianza en el ejercicio de su rol como árbitro imparcial de disputas – de hecho, en El Salvador, esa es una nota que ha evaluado en forma negativa, no sólo la sociedad civil, sino que inclusive por instancias internacionales-,etc.

Como consecuencia de dicho modelo agregativo, el concepto de derechos fundamentales es inexistente o insuficiente, para consolidar un Estado democrático, y por el contrario, dicho sistema, dificulta la gobernabilidad y la participación en la construcción de una democracia en y con derechos humanos, pero también de una definición en nuestra realidad, de unos derechos humanos, más democráticos.

Por el contrario, un modelo democrático deliberativo sobre los derechos fundamentales, obligaría necesariamente a que las instituciones y el diseño institucional establecido en una Constitución, fomenten que los ciudadanos participen de forma constructiva en la definición y delimitación de los derechos fundamentales, y los respectivos contenidos de éstos. Este modelo basa su accionar en la necesidad de mantener en todos los ámbitos estatales una permanente comunicación y control de los representados sobre los representantes, e inclusive, sobre otros operadores, como podría ser el caso de los servidores públicos que no son elegidos por medio del voto.

3.- El tercer presupuesto: imparcialidad, conocimiento, subjetividad y derechos.

“Rien n’est plus inconsistant qu’un régime politique qui est indifférent à la vérité : mais rien n’est plus dangereux qu’un système politique qui prétend prescrire la vérité. La fonction du « dire vrai » n’a pas à prendre la forme de la loi, tout comme il serait vain de croire qu’elle réside de plein droit dans les jeux spontanés de la communication. La tâche du dire vrai est un travail infini : la respecter dans sa complexité est une obligation dont aucun pouvoir ne peut faire l’économie. Sauf à imposer le silence de la servitude ». (Michel Foucault, “Dits et écrits II”, 1984)

are familiar to all of us because those theories ramify across hierarchical relations throughout American society”. Phillips, Susan U.; *“Ideology in the language of Judges. How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control”*, Oxford Studies in Anthropological Linguistics, Oxford University Press, New York, 1998, p. 1998. p. 123.

Sería conveniente acercar al lector a este apartado mediante un cuestionamiento básico: ¿Cómo se organiza nuestro sistema político, en orden a obtener decisiones imparciales y representativas –o democráticas en cuanto a la vigencia de nuestros derechos? Mediante dicho cuestionamiento pretendo enfatizar sobre los inconvenientes que presenta la separación o incomunicación entre gobernantes y gobernados y por consiguiente, el necesario replanteamiento sobre la (re)construcción de los derechos

Es evidentemente una interrogante difícil de contestar en pocos renglones. Con seguridad lo que podemos afirmar, es que como cualquier sistema, su organización y estructura responde a determinadas concepciones, conceptos e ideas a proteger y desarrollar.

En cuanto a los sistemas de protección de nuestros derechos considero que dichos procesos o conceptos implican actualmente:

- I) Un procedimiento para asegurar que la definición y contenido de esos derechos responda a las expectativas de todos –representación popular y,
- II) Que la definición y contenido de los derechos, sean en última instancia controlados mediante una institución garante del ejercicio del poder –del poder conferido mediante la figura de la representación-, y ese contralor es, la propia administración, y en última instancia, la judicatura.

En otras palabras, en los estados constitucionales contemporáneos, la pregunta a esta cuestión suele definirse de la siguiente forma: mediante el establecimiento y creencia en un procedimiento que permite la deliberación formal o la agregación de voluntades dentro de las instituciones estatales con legitimación democrática¹³, o bien mediante el establecimiento de un tercero especializado en dirimir disputas, sobre la base de una prerrogativa basada en un conocimiento –saber profesional- en una serie de reglas objetivas y neutrales, que garanticen la definición y ponderación imparcial de los derechos fundamentales.

A la palabra que suele calificar la aceptación de dichos mecanismos por parte de los individuos dentro de un país, se le denomina *legitimidad*. La legitimidad consistiría en “el respaldo que reciben las acciones del gobierno –entendido como un todo- sustentado en el consenso, para hacer que la relación entre gobernantes y gobernados, se exprese como adhesión más que como obediencia, y las decisiones de los gobernantes como necesidad más que como imposición”¹⁴.

La legitimidad desde la perspectiva del gobernado, son las razones o creencias por las cuales el poder debe ser aceptado, y desde la del gobernante; la pretensión de obtener

¹³ Gargarella, Roberto; “Full Representation, Deliberation, and Impartiality”, en: Jon Elster (Edited by); “*Deliberative democracy*”, ya citado, p. 260.

¹⁴ Programa para las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); “*Informe de Desarrollo Humano. El Salvador 2003*”, PNUD, 1ª edición, San Salvador, 2003, p. 269.

reconocimiento a su autoridad y obediencia, con base a las razones que le asisten para mandar.

La legitimidad por su parte, influye directamente en el respaldo al sistema democrático, y en la creencia o consideración del ciudadano de que realmente es poseedor de derechos, con un contenido tutelable por las instituciones, y que por tanto genera la creencia en la labor de las instituciones, en las cuales puede participar e incidir.

Actualmente al respecto, no se discute que el sistema de representación política, como la Administración y el Órgano Judicial deban poseer legitimidad. Una legitimidad que ciertamente es diferente en su origen, si comparamos entre la legitimidad existente en el aparato de representación política o la que debe poseer el Órgano Judicial. La diferencia será la forma en que obtienen legitimidad, más no la necesidad de poseerla¹⁵.

Como señala Balaguer Callejón, “el Poder judicial como poder del Estado, se diferencia de los demás poderes en orden a su legitimación. La teoría de la representación, sigue siendo un criterio válido de legitimación de los poderes ejecutivo y legislativo, pero el judicial carece de un elemento similar a la representación para justificarse (...) La legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe de contemplarse desde la perspectiva del control del poder”¹⁶.

Sin embargo, como resultado o producto de la experiencia del sistema político diseñado e implementado en la actualidad, es posible asumir que este tiene serios problemas en materia de legitimidad para justificar las decisiones y objetivos que las instituciones estatales se trazan o emiten, tanto las instituciones representativas, como el propio órgano judicial, dado que continuamente desde diversas instancias de la sociedad civil se ha señalado la debilidad de las diversas instancias del Estado de garantizar realmente la objetividad, imparcialidad y neutralidad en las decisiones tomadas, enfatizando en ocasiones el aislamiento de las instancias de decisión frente a la población en general o bien, frente a la exclusión o toma en consideración de sectores sociales definidos.

Por lo antes mencionado, se colige que en nuestra sociedad al igual que en democracias de mayor tradición, la relación entre representantes y representados no llena las expectativas de los últimos, ni tampoco la forma en como las instancias contraloras o decisorias “cubiertas” con el manto de la independencia, neutralidad, imparcialidad y

¹⁵ Un ejemplo de la utilización de la idea de legitimidad tanto para el sistema de representación política como para la función judicial, ha sido presentada recientemente por FUSADES, para quienes “La estrategia que se plantea para El Salvador, parte de tres pilares fundamentales, que se refuerzan mutuamente: Oportunidad, Seguridad y Legitimidad. Dentro de este último concepto FUSADES, considera la legitimidad del sistema de representación política, del sistema judicial y del mercado. Cfr. Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES); Estrategia Económica y Social 2004-2009. Oportunidad, seguridad, legitimidad: bases para el desarrollo”, San Salvador, Diciembre de 2003, p.4.

¹⁶ Balaguer Callejón, María Luisa; “*Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*”, Tecnos, Madrid, 1997, p. 50-51.

conocimiento especializado, definen los contenidos de los derechos humanos fundamentales esenciales para la vida en comunidad, incluyendo los clásicos derechos individuales, y quizá con mayor grado de preocupación ante la indiferencia institucional generalizada de la tutela de los derechos sociales¹⁷. Ello, no significa que debamos apelar a un sistema de democracia directa, sino lo contrario. Por ello, no es esa la orientación seguida en este artículo¹⁸.

Lo que se sostiene aquí es que tal y como se ejercitan representación y se pretende desarrollar una instancia imparcial en la toma de decisiones que conlleva el análisis, la construcción y definición de derechos, como lo es para el caso, el Órgano Judicial –tal cual opera en la actualidad-, es insuficiente para garantizar la vigencia democrática de los derechos fundamentales, o bien la construcción de derechos fundamentales desde una base democráticamente deliberativa.

Es necesario, por tanto, seguir considerando la legitimidad de los sistemas para la toma de decisiones estatales, como un eje básico para la definición, desarrollo y tutela de los derechos fundamentales. No obstante, la legitimidad brindada por nuestro sistema constitucional necesita ser complementada, tanto en el ámbito de la representación política, como en las instancias encargadas de dirimir controversias que se susciten por el diverso entendimiento y comprensión que los diversos sectores sociales poseen de los derechos. Y esa complementariedad en la legitimidad, descansa en la necesidad de buscar una alternativa a la legitimidad agregativa y formal: la legitimidad deliberativa.

Esto conlleva, la existencia de un procedimiento de discusión amplio –lo que implica la exclusión del monólogo- y donde las decisiones están acompañadas de razones; pero razones comprensibles por los interesados, inmersas en la realidad que dirimen.

Particularmente considero, que el modelo deliberativo ayuda a la construcción de una idea de imparcialidad y objetividad en la construcción de los derechos, en diferentes vías, entre ellas sin ánimo de ser taxativo:

- La deliberación construye una imparcialidad posibilitando el establecimiento más amplio de los grupos o sectores interesados con definir un derecho, una materia o una competencia pública. En este sentido, las decisiones que no

¹⁷ Al respecto puede consultarse: Fespad; “*Cumplimiento y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales en El Salvador*”, Fespad ediciones, San Salvador, Marzo de 2003.

¹⁸ “Deliberative democrats emphatically reject the view that a government should be run on basis of popular referenda. They seek constitutional structures that will create a genuine republic, not a direct democracy. A central point of deliberation in the private and public domains is to shape both preferences and beliefs, and frequently to alter them, by subjecting them to reasoned arguments. For the same reason, deliberative democrats are skeptical of social practices that form preferences, and especially children’s preferences, in a way that inculcates beliefs that threaten free and equal citizenship. A democratic constitution creates structures that will promote freedom in the formation of preferences and not simply implement whatever people happen to have”. Sustain, Cass R.; “*Designing Democracy. What Constitutions Do*”, Oxford University Press, New York, 2001, p. 7-8

son neutras no lo son siempre porque el agente decisor sea parcial, sino por la falta de información, conocimiento o diversificación de experiencias que evalúen la opción. Así, el funcionario podría ignorar que la opción tomada por aquél fuese inaceptable, por la mayoría de las personas a las que dicha decisión afecta.

- La deliberación contribuye a la imparcialidad, forzando a cada operador o funcionario a modificar sus argumentos, en orden a aceptar los de los demás.
- La deliberación es importante como medio educativo, por medio del cual las personas, funcionarios y en general aplicadores de normas, intercambian opiniones, y escuchan los argumentos de otros, sin importar su profesión, oficio o actividad, lo cual se sostiene ayuda a mejorar su capacidad de vivir con otros (tolerancia)¹⁹, y
- La deliberación ayuda a las personas a descubrir “errores de interpretación” o “lagunas de interpretación”, mediante un enfoque que permite unir diversas lógicas o medios para analizar una situación, una norma, un derecho o una función pública.

Ahora bien, nuestra Constitución y en general los mecanismos que garantizan la toma de decisiones imparciales o representativas, suelen ser mecanismos mediante los cuales, las personas que ostentarán una función pública, serán nombradas de forma transparente, y por el mecanismo previsto en la Constitución, con la finalidad que éstos puedan expresar las voluntades de los representados.

La imparcialidad y la representación por tanto, dentro de los sistemas políticos se construye mediante dos supuestos diferenciables:

- a) Primero, como dijimos por medio de la elección de representantes (legislativo y ejecutivo en el caso de El Salvador) o,
- b) mediante la tecnificación de la decisión (saber especializado), como en el caso de la administración de segundo orden (burocracia) o de los jueces.

En estos supuestos, está presente la idea imparcialidad o representación: en la primera es la representación política. Elegimos a los miembros de la Asamblea Legislativa o al Presidente de la República, para que velen por nuestros derechos e intereses.

En el segundo, nos encontramos con el traslado de la potestad de administrar justicia, a un órgano especializado, que si bien no posee legitimidad democrática de primer grado -elecciones-, no por eso deja de poseer legitimación democrática, ni tampoco vinculación a la idea de soberanía y representación²⁰.

¹⁹ Cohen, J.; “Deliberation and Democratic Legitimacy”. In A. Hamlin and P. Petit (Editors); *“The Good Polity: Normative Analysis of the State”*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 17-34.

²⁰ El Órgano Judicial, o los jueces, mejor dicho suelen fallar, no a título propio, sino más bien a nombre de la República, haciendo uso de la potestad jurisdiccional que aquella les delega, es decir, enfatizando que éstos son sus más firmes representantes en la tarea de administrar justicia.

Por consiguiente, dado que los dos sistemas para garantizar las decisiones imparciales –representación y especialidad técnica- y que salvaguardan nuestros derechos, están vinculados con la vigencia de un Estado democrático, considero que ambas pueden agregar a sus sistemas para la toma de decisiones, mecanismos que garanticen la existencia de un proceso democrático no agregativo, sino deliberativo de voluntades e intereses.

Esta idea ha sido más cuestionada en el ámbito de la justicia, puesto que, como ya he apuntado en otro lugar, la construcción de la imparcialidad en el Derecho, parte del supuesto que el funcionario u operador, no sea “contaminado”, por las subjetividades de aquellos que se encuentran vinculados en el problema, o supuesto que debe ser resuelto por el legislativo, la administración o el órgano Judicial.

Sin embargo considero que esta idea de imparcialidad clásica, donde el operador o funcionario debe ser alejado o aislado de toda influencia: es la imagen de la “justicia ciega”, donde la ceguera difícilmente pueda representar imparcialidad e independencia²¹.

4.- Constitución y Derechos.

Tomando en cuenta lo antes expresado, trataré a continuación de efectuar de forma sucinta un análisis sobre el papel de la Constitución y el catálogo de derechos en ella reconocidos. Pero ello no puede hacerse en abstracto, sino que debe ser ubicado en un espacio y tiempo definido.

Para tal efecto, voy a seguir una división a la que suele aludirse cuando se efectúan análisis relacionados con el desarrollo del país, y la implementación de profundas reformas para lograr la construcción de un sistema político más eficiente, pero a la vez más democrático.

En este sentido voy a analizar el problema de los derechos fundamentales en la Constitución de 1983 en tres etapas, a saber:

4.1.- Los derechos fundamentales en la Constitución de 1983 durante la década de 1980

²¹ Esta idea de neutralidad e independencia está directamente vinculada con la construcción de una idea de “justicia” y “razón”, que identifican la posibilidad de encontrar u obtener una razón justa en un momento histórico determinado, y que apela a la existencia de una razón histórica universal. En todo caso, merece la pena destacar que la deliberación implica rechazar la reducción de la idea de justicia hacia un solo horizonte, es decir, hacia la existencia de una sola razón histórica, deconstruyendo o identificando de esta forma las aporías presentes en el concepto de justicia. Cornell, Drucilla; “Time, Deconstruction, and the Challenge of the Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility”, en: Jerry d. Leonard; *“Legal Studies as Cultural Studies. A reader in (post)modern critical theory”*, State University of New York Press, New York, 1995, p. 232-233.

4.2.- Los derechos fundamentales en la Constitución de 1983 después de los Acuerdos de Paz .

4.3.- Los derechos fundamentales en El Salvador: una proyección hacia el futuro.

4.1.- El derecho constitucional, la Constitución y los derechos humanos fundamentales en la Constitución de 1983, durante la década de los años 80.

Constituciones han ido y venido, cada una de ellas prometiéndolo más de lo que una legislación puede garantizar. Esta extensa brecha entre la ley escrita y la realidad política es lo que ha dado al constitucionalismo latinoamericano algo más que un toque de realismo mágico. (Miguel Schor. "Constitucionalismo en América Latina: Consolidando el Estado de Derecho".2000)

En un texto sobre Derecho constitucional que apareció publicado hace algunos años, se hacía alusión a que nuestra Constitución era prácticamente un documento ágrafo, del cual se conocía muy poco, y ello no significaba más que se había aplicado muy poco, dado su carácter más político que jurídico.

La justificación era razonable. Es difícil sostener la vigencia de los derechos humanos en medio de un conflicto armado, y más aún en un régimen político, con poca o nula legitimación democrática.

La Constitución de 1983, fue un esfuerzo en medio de dicho conflicto por salvaguardar un núcleo fundamental de "dignidad humana", en medio de la indignidad de la guerra. Pero poco puede hablarse de la tutela de los derechos humanos en la década de los años 80, más que la permanente denuncia de la violación sistemática de dichos derechos, efectuada tanto por organismos nacionales como internacionales.

En este sentido apuntaba José Luis Lovo Castelar²² que "la cuestión de los derechos humanos se volvió tema de las agendas de organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, en sus variados ámbitos de especialidad, cuando el fenómeno político nacional, trascendió en sus graves manifestaciones de violencia a la atención y preocupación de los observadores foráneos".

²² Lovo Castelar, José Luis; "La cuestión de los derechos humanos en El Salvador", en: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos/ONUSAL (Editores); "Lecturas sobre derechos humanos", Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos/ONUSAL, San Salvador, 1994, p. 35-36.

Visto desde el modelo deliberativo de los derechos humanos, es difícil hablar del respeto de los derechos fundamentales, cuando se impone una autoridad; una autoridad que no pende de ningún control democrático; una autoridad que define su propia “verdad”, sin tomar en cuenta las “verdades” existentes en una sociedad heterogénea, como lo es cualquier sociedad actualmente. De ahí, que no resulte fácil hablar de derechos, cuando la eficacia, existencia, definición y delimitación derechos, pende de un monólogo autoritario.

Es más, en este contexto, el papel del contralor de los derechos y principios más elementales para la convivencia, como suele adjudicársele a los Poderes u Órganos Judiciales²³, fue inocua o inexistente.

Esto se debía sobre todo porque en general, las décadas finales del siglo recién finalizado, fueron para América Latina –y El Salvador no es la excepción- un período extraordinariamente duro para la vigencia del Estado de Derecho y de los Derechos Humanos: “los quiebres democráticos y los conflictos armados de carácter interno demostraron que contar con sistemas judiciales que funcionen no es un lujo ni un problema trivial”²⁴.

De hecho, agrega Vargas Viancos²⁵: “Probablemente sería iluso pensar que con sistemas judiciales reformados, se hubieran podido evitar las grandes violaciones a los derechos humanos acaecidas en ese entonces –aunque ciertamente se podrían haber aplacado- pero lo que resultó insoportable fue comprender que los sistemas judiciales, tal como habían sido construidos, no sólo no tenían la capacidad para controlar la situación, sino que muchas veces resultaban funcionales a ella y le dotaban hasta de una fuente de legitimidad. De hecho los gobiernos autoritarios del período, pudieron convivir con sistemas judiciales supuestamente democráticos, sin necesidad de intervenirlos ni producirles grandes modificaciones. Sólo bastó, cuanto más, hacerlos partícipes de algunos ritos del Poder”.

Sin embargo, si bien es cierto, que en la década de los años 80 existían graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, también lo era, que los derechos, llámense humanos o fundamentales, no eran patrimonio de los operadores estatales, de la

²³ Esta es por ejemplo, una justificación frecuentemente sostenida o invocada en los Estados Unidos con relación a la jurisdicción constitucional, describiendo a los tribunales encargados de brindar justicia constitucional, como “último forum de principios o derechos”. “La premisa consiste en que el Poder Ejecutivo y la Legislatura siempre están preocupados por cuestiones de corto plazo y por compromisos coyunturales. Solamente los jueces, en cambio, tienen la distancia necesaria para elaborar cuidadosamente los valores morales de la sociedad y fundar principios generales aplicables a una variedad de casos”. Miller, Jonathan; “Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia”, en: Miller, Jonathan; Gelli, María Angélica; Cayuso, Susana; “*Constitución y poder político*”, Tomo 2, 2ª reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 1089.

²⁴ Vargas Viancos, Juan Enrique; “Las reformas judiciales en América Latina, como experiencia de política pública”, en: *Balance de la Reforma Judicial en América Latina en la última década*, Forum III, p. s/n, 2001, disponible en: www.derechosociedad.org

²⁵ Idem.

burocracia, o en su caso de la exquisitez del jurista, sino de la comunidad entera: maestros, sindicatos, sacerdotes, profesionales, sociedad civil en general, estaba directamente involucrada en una consistente denuncia, de violaciones a lo que ellos consideraban desde “sus experiencias” como sus derechos esencialísimos para la vida en sociedad.

En este contexto, se destacaba el reto al que deberían enfrentarse dichos derechos: “ser la bitácora de la sociedad toda, en la búsqueda de democracia y paz. Ello, en primer término, porque también para los derechos humanos los cambios históricos han relativizado la confrontación como supuesto inamovible de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, con lo que se potencia su valor para los cambios”.

“El trabajo en derechos humanos no se centra(ría) exclusivamente ahora en la denuncia y la reclamación de derechos de la sociedad frente al Estado, sino que va mucho más allá, indicando a la propia sociedad civil, que el nivel de su participación en una verdadera democracia pasa también por la contribución en la realización de tales derechos y en la consolidación de la institucionalidad emergente que los debe proteger”²⁶.

Lo destacable a efectos de la construcción de dicho proceso democrático, respetuoso de los derechos fundamentales en este espacio temporal, consistía en la plena participación de la sociedad civil en la construcción y definición de los derechos, limitado por el estado deplorable de polarización política, y la “manifestación de conductas humanas reprochables”²⁷, así como el mantenimiento de una desigualdad social, raíz y causa del conflicto armado en el país.

4.2.- El Derecho constitucional, la Constitución y los derechos humanos fundamentales en la Constitución de 1983, después de los acuerdos de Paz: una transición en la construcción de nuestros derechos.

*“The legal construction of objectivity rest on the assumption
That “law” is what lawyers think or ought to think it is.
Understandings of self and society that are sought in theory and
practice resistant to established social relations are systematically
excluded (...) What is extraordinary is the denial of the incompleteness
of lawyers ideas of law. The claim to exclusivity of a point of view
authorizes the use of force against those who do not share it”.*
(Valerie Kerruish. “Jurisprudence as ideology”)

²⁶ García-Sayán, Diego; “Presentación del libro: lecturas sobre derechos humanos”, en: AA.VV.; “*Lecturas sobre derechos humanos*”, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos/ONUSAL, San Salvador, 1994, p. 2.

²⁷ Lovo Castelar, José Luis; “*La cuestión de los derechos humanos en El Salvador*”, ya citado, p. 57.

La Paz acordada abre la puerta a una más eficaz tutela de los derechos, así como la apertura de un canal que permite la máxima expresión de una democracia, fruto del consenso y la deliberación.

En materia de derechos fundamentales, la Constitución vigente en este período, garantiza exactamente los mismos derechos, no se añaden, ni recortan; simplemente diría, se llega a tomar conciencia, de la existencia misma de dicho texto y de la validez y eficacia de los derechos en ella contenidos, lo que posibilita el desarrollo de una justicia “embrionaria” de los derechos, desde el seno de algunas instituciones estatales. Otras por el contrario, han mantenido o apoyado viejas culturas y antiguas forma de operar que se identifican más con las existentes en un Estado autoritario.

Por lo demás, se podría decir que dicha situación es aceptable y hasta común dentro de los países en transición democrática, donde justamente conviven los cánones culturales que se desean erradicar, y aquellos que por el contrario desean implantarse. Aún hoy, en diversos ámbitos –incluido el de los derechos fundamentales- es posible encontrar esta contradicción producto de nuestro momento histórico.

Si bien los movimientos sociales originados en las décadas de los 70 y 80 que desembocaron en un conflicto armado y que definieron más tarde la paz, tenían un objetivo definido: conquistar derechos e instituciones plasmándolos en el lenguaje de la constitución y las leyes, lastimosamente, sin un sistema de administración de justicia que funcione y que permita la interacción de la sociedad civil dichos derechos e instituciones, difícilmente podrían cobrar validez y eficacia²⁸.

De ahí, que pese a la consolidación de grandes conquistas en cuanto a la limitación del poder estatal, en el sentido del control entre las instituciones, sobre todo a partir de reformas institucionales dentro de la Constitución salvadoreña, es indudable que dicho control ha sido o insuficiente o inexistente. La crítica que desde la sociedad civil y desde las instituciones internacionales se efectúa en esas fechas, es muestra palpable, que los objetivos aun no han sido logrados, y que la “apertura” no es suficiente para consolidar un proceso de transición del autoritarismo hacia la democracia.

Las razones son variadas. Sin embargo, es innegable que el proceso de reforma del Estado –incluido el proceso de reforma judicial llevado a cabo, ha generado unas estructuras y unas pautas que han mejorado los sistemas de administración de justicia en América Latina, incluido El Salvador, tales como:

- ✓ La creación de una garantía institucional de los derechos, fruto de los mismos Acuerdos de Paz: la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
- ✓ Un sistema de elección de magistrados y jueces ordinarios más democrático y con mayores elementos para garantizar una protección institucional de la función.

²⁸ Simplemente estoy parafraseando a Schor. Cfr. Schor, Miguel; “Constitucionalismo en América Latina: consolidando el Estado de Derecho”, en: *Metapolítica volumen 4/número 5*, México, 2000, p. 83.

- ✓ Un sistema de capacitación permanente en materia de Derecho constitucional y Derechos humanos
- ✓ La creación de sistemas de información que facilitan y promueven el conocimiento de las decisiones judiciales y en general de la labor judicial.
- ✓ Un cuerpo civil que ejerce las funciones de policía.
- ✓ Procesos más celéricos y adecuados a los momentos históricos que vive el país y a las cambiantes realidades y relaciones sociales (Código de Familia, Códigos penales, etc.).

No obstante las conquistas antes referidas, como hemos mencionado ya, aún poseemos fuertes reminiscencias del pasado. Una de ellas se hace patente dentro de la mayoría de las instituciones estatales, y está directamente vinculada con el contenido y definición de nuestros derechos: me refiero a nuestra forma de tomar decisiones.

Voy a tratar para ejemplificar este aspecto, de compartir con Uds., algunas de mis fotografías de décadas pasadas. La transición a la democracia que inicia en los años noventa, cambia este panorama. Tengo muy presente, que un consultor que había vivido en un país latinoamericano con una historia común a la nuestra, decía en una pequeña conferencia: “con la paz, los defensores de los derechos deberán profesionalizarse, especializarse, para pasar así de la denuncia, a la construcción de nuevas demandas y nuevos contenidos garantizados por aquellos”.

Y ciertamente, ese ha sido en parte uno de los pasos efectuados en esta etapa de transición. Hoy, los derechos –podría decir alguno- no se discuten en las calles mediante el ejercicio de la violencia o la denuncia pública²⁹, para eso están los ámbitos de la justicia o la política, para definir que derechos tenemos, cuál es su contenido, y cuando puede dicha justicia, salvaguardar nuestros intereses. No obstante, frente a esa “realidad”, existe otra realidad paralela, donde diariamente encontramos expresiones de sectores sociales, grupos, asociaciones e individuos, que en forma desesperada muestran signos de descontento y violencia ante la imposibilidad de integrarse dentro de un sistema que no los incorpora como sujetos de decisión.

Por tanto, nos encontramos frente a un fenómeno donde las instituciones estatales han servido o legitimado la separación a la que antes aludía, la separación de dos contextos, el formal –las instituciones estatales que definen derechos y dirimen controversias, y el informal –el de aquellos individuos, que no se sienten atraídos o integrados dentro de dicho sistema.

Los derechos comienzan a ser definidos por otros. Son definidos por lo que se conoce dentro de la sociología de las profesiones, por un conjunto de funcionarios dentro

²⁹ Ciertamente dicha afirmación sería muy inocente, pues lo cierto es que diariamente sigue discutiéndose el alcance de nuestros derechos en diversos ámbitos.

del conocimiento o disciplina especializada (*enclosure*)³⁰: el derecho de los derechos humanos o fundamentales.

Las ventajas de este sistema, nos dirían que radica en la necesidad dentro de los Estados Constitucionales y Democráticos, de contar con un agente imparcial o neutral para la resolución de disputas, y funcionarios o servidores con capacidad técnica para decidir sobre aspectos de gran complejidad de la vida pública del país.

Este “saber” forma parte de los argumentos utilizados tanto por las instituciones representativas, como aquellas que obtienen su legitimidad, bajo la idea del control del poder.

Así, se construirían las políticas del Estado –por ejemplo, qué, cuándo y por qué debe privatizarse; qué y por qué debe considerarse un hecho o una forma de vida como delictiva, cuáles son los límites de la protección de recursos medioambientales frente la expansión del urbanismo, cuáles son las reglas para competir en una sociedad igualitaria, etc.

Por otra parte, estarían los árbitros neutrales, los jueces, quienes en última instancia se constituirían como foro para definir derechos, políticas y poderes, y donde se ponderan derechos y los límites de éstos, bajo el saber cualificado y disciplinado de la teoría.

A este respecto, considero que la Constitución de 1983, en la medida que ha comenzado a tener una participación más activa dentro de la sociedad salvadoreña ha posibilitado la construcción de este modelo, de un modelo agregativo y no deliberativo, y cuyas desventajas comienzan a corto plazo a perfilarse: absentismo electoral, aislamiento de los sectores sociales de las grandes políticas estatales, y desconfianza en el Órgano que administra justicia y el sostenimiento de realidades o experiencias que no convergen, lo cual mengua la legitimidad de las instituciones del Estado y de los derechos.

Y es que el problema de las democracias establecidas y de las que pretenden “estar en tránsito hacia...”, es que confían demasiado en el ámbito político y jurídico, olvidando el ámbito cultural y social en general. Hay quien piensa, ingenua o interesadamente, que cambiando las leyes se cambia la sociedad. Si una sociedad no vive cotidianamente los valores morales y culturales de la democracia liberal, es imposible que esta falta de vivencias sea sustituida por un texto constitucional. Creo que los ejemplos de las democracias débiles de los países de Centro América y Sur América, o los casos de corrupción en las democracias europeas, son datos suficientemente significativos al respecto”³¹.

³⁰ Véase al respecto: Luhmann, Niklas; “Operational closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, en: *Cardozo Law Review* n 13, p. 1418 y ss.

³¹ Cfr. Fernández García, Eusebio; “Estado, sociedad civil y democracia”, en: Rafael de Asís Roig, Eusebio Fernández García y otros; “*Valores, derechos y estado a finales del siglo XX*”, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1996, p. 88-89.

Como ya se manifestaba en uno de los pocos recursos bibliográficos disponibles sobre Derecho Constitucional salvadoreño³², si “La Constitución nace como expresión de la voluntad de los representantes del pueblo, que como hombres que son tienen y expresan sus propias ideas e intereses y los de los grupos sociales a los que pertenecen. Nace entonces, como expresión de la voluntad de los constituyentes, pero una vez terminada la labor de estos adquiere independencia, vida propia, por así decirlo y queda sujeta a la interpretación que hagan de ella los gobernantes y gobernados”³³.

Aunado a lo anterior, uno de los principales problemas en la vigencia de toda constitución y leyes en un ámbito geográfico específico, es que no son aplicadas automáticamente, sino que como hemos destacado anteriormente necesitan de un tercero: un órgano judicial que las convierta de “leyes” a “formas de convivencia en la experiencia cotidiana”. Por ello es imprescindible, que en los procesos de consolidación democrática se cuente con un poder judicial capaz de establecer el Estado de Derecho, en tanto que en las democracias consolidadas la ley impera “porque no hay actores políticos y sociales significativos que intenten, lograr sus objetivos por medios ilegales, inconstitucionales o antidemocráticos”. Sin embargo, ese no ha sido el caso de las nacientes democracias Latinoamericanas, -y El Salvador no ha sido una excepción a esa regla-, aún después de los acuerdos de paz³⁴.

Además, el traslado de la ética crítica fundamento de los derechos fundamentales, exclusivamente al ámbito de los operadores jurídicos tiene otras desventajas. Como ha puesto de relieve Deborah Tannen, los sistemas adversariales –es decir, los que formulan un esquema procesal donde dos partes intentan exponer “verdades” y “derechos”, a partir de una serie de formas jurídicas como es el sistema norteamericano, y en buena medida el nuestro-, no son mecanismos adecuados para desvelar verdades o llegar a acuerdos, sino para desarrollar la polarización, y en el mejor de los casos favorecer a la parte “más preparada” técnica y económicamente³⁵.

Inclusive, se ha llegado a considerar que en los sistemas de justicia adversariales, una buena parte de las personas que han debido sufrir las vicisitudes de un juicio por la

³² Me refiero al siempre actual “*Manual de Derecho constitucional*”, elaborado por Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti, Silvia Lizette Kuri de Mendoza y María Elena Orellana, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, p. 212.

³⁴ En Latinoamérica, la Ley no impera, señala O’Donnell, por la existencia de “democracias delegativas”, basadas en la premisa que quien gana la elección presidencial queda facultado para hacer lo que mejor le convenga, limitado sólo por las duras realidades de las relaciones de poder existentes y por el factor temporal de ejercicio del gobierno. La democracia delegativa afirmaría el autor, es la continuidad de una antigua forma de ejercer el poder en América Latina: el caudillismo. Cfr. O’Donnell, Guillermo; “Delegative Democracy” en *Journal of Democracy*, number 5, 1997, p. 59.

³⁵ Cfr. Tannen, Deborah; “*La cultura de la polémica. Del enfrentamiento al diálogo*”, Paidós, Barcelona, 1999, p. 159-161.

pugna de sus derechos, salen de él amargadas y airadas³⁶, lo cual representa una grave implicación para la sociedad en general, que necesita confiar en la justicia de las instituciones para su buen funcionamiento.

La desconfianza en el sistema adversativo de justicia implica un abandono o huida informal del mismo, sea que se asuma el papel de víctima o imputado. En tal sentido, las palabras del entonces Ministro de Justicia René Hernández Valiente, sobre la percepción ciudadana del sistema judicial en el foro titulado “*La Justicia en América Latina en la década de los noventa*”, celebrado en febrero de 1993 en Costa Rica, poseen actualidad y vigencia: “Es posible afirmar que en general, el salvadoreño mira y comenta su sistema judicial con el ‘*ceño fruncido*’. En primer lugar no lo comprende, lo ve alejado de su realidad. Pero al mismo tiempo teme que si tangencialmente llegara a afectarlo, de tal contacto resultaría una experiencia negativa, presentándose tal posibilidad como una amenaza. En otras palabras, el ciudadano salvadoreño solicita de su sistema jurídico que lo defienda de los abusos de las autoridades, de la delincuencia y del incumplimiento de obligaciones y que dirima, rápida e imparcialmente, las disputas con otros ciudadanos. Sin embargo, esta demanda ciudadana –inatendible dentro de las presentes condiciones- ha sido interpretada muy frecuentemente como la exigencia de un peligroso, nefasto y rígido orden público, más que la necesidad de una justicia digna, poderosa y eficiente. Por lo demás, el conocimiento de nuestras instituciones por todos los sectores es muy limitado (y viceversa)³⁷. Carecemos de una descripción multidimensional y exhaustiva del sector justicia”³⁸.

De ahí, que no cause extrañeza que en el Derecho constitucional, y en general en el sistema jurídico se haya centrado en su interpretación y en el desarrollo de la hermenéutica. Ahora bien, quizá este énfasis pudiese generar cierta desviación frente a la necesidad de construir una interpretación con capacidad de deliberación, más que una interpretación “tecnificada” o “especializada”. De lo contrario, el efecto visible de una interpretación sumamente especializada y aislada frente sectores sociales sería la continua crítica a los operadores, ante la incompreensión de las decisiones tomadas en el mejor de los casos, y en el peor de ellos, ante el señalamiento directo –y en ocasiones justificado- que bajo el manto del análisis especializado se esconden intereses particulares o simplemente el ejercicio del poder arbitrario.

Por ello, concuerdo totalmente con la apreciación que la interpretación constitucional y en este caso, la interpretación de los derechos fundamentales –valga decir, constitucionales- es un término amplio: “Se utiliza para designar no sólo el proceso de

³⁶Al respecto Tannen alude al manejo de la oralidad en los juicios, donde se da la oportunidad al abogado del bando opuesto para demoler un testimonio, y si resulta imposible, al menos impugnarlo, para posteriormente destrozarse al testigo, imputado o víctima. “Destrozar, en estos casos, significa desacreditar, confundir o hacer aparecer al testigo como un mentiroso, alguien que no es de fiar o algo peor. *Para actuar así no hace falta que un abogado sea mala persona, sino que conozca simplemente su oficio*”. Ibidem., p. 166.

³⁷ El paréntesis es mío.

³⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD-: “*Gobernabilidad y desarrollo democrático en América Latina y el Caribe*”, PNUD, New York, 2000, p. 128-129.

especificación por el Órgano que la propia Constitución configura como intérprete auténtico, sino la vivencia y aplicación de la Constitución por otros órganos estatales, los grupos sociales e incluso los ciudadanos, porque este entendimiento de los preceptos constitucionales por todos y cada uno de los ciudadanos (no sólo los juristas) es la que va a determinar la vivencia real de la norma fundamental”³⁹.

Sin embargo, en nuestro proceso de tránsito hacia la democracia, la interpretación que se ha superpuesto en buena medida ha sido la de los representantes, y la de los operadores jurídicos, dada la inexistencia de canales de comunicación institucionalizados entre estos y los representados, como pueden ser ciertos aspectos basados en la idea de rendición de cuentas o *accountability*, y que están directamente ligados a los modelos de democracias deliberativas.

De lo anterior se colige que poseemos una vivencia paralela y diversa de la Constitución y de los derechos, sobre todo por parte de aquellos que la aplican frente a los que se les aplica la norma fundamental. Por consiguiente, no menos acertado es señalar que de dicho posicionamiento surge necesariamente la existencia de diversas interpretaciones sobre la definición, y contenidos de los derechos humanos fundamentales garantizados por la norma constitucional, según sea la situación en la que nos encontremos.

Según el modelo democrático agregativo, bastaría frente estos casos de múltiples interpretaciones que en caso de conflicto o colisión, dirimieran sus controversias ante los operadores estatales, quienes de forma imparcial dirimirían el conflicto.

Ahora bien, como hemos señalado, ha sido este modelo el que se encuentra actualmente sujeto a una acérrima crítica, especialmente en lo que se refiere al control efectuado desde y por el Órgano Judicial⁴⁰.

Tomando en consideración dichas críticas, y retomando el modelo democrático deliberativo, podríamos afirmar, que sigue siendo necesario contar con operadores jurídicos con capacidad de decisión, y que radique en éstos la “última palabra” en cuanto a la definición de los derechos y su contenido en El Salvador. El problema será quizá de procedimiento, es decir, ¿cómo se toman estas decisiones? ¿cómo se fundamentan? y, ¿cómo y por quién se controlan?

En cuanto a la fundamentación, en un modelo agregativo, esta ha sido tradicionalmente brindada por la potestad de la autoridad o por la especialización. Por la autoridad, se hace referencia a la simple existencia de una facultad o competencia para

³⁹ *Manual de Derecho constitucional*”, elaborado por Francisco Bertrand Galindo, José Albino Tinetti, Silvia Lizette Kuri de Mendoza y María Elena Orellana, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992, p. 212.

⁴⁰ Durante los días en los que fue elaborado el presente artículo, diversos informes provenientes de instituciones nacionales e internacionales fueron difundidos por diversos medios de comunicación señalando diversos problemas identificados dentro del sistemas de administración de justicia de El Salvador. El más reciente el informe presentado por FUSADES, al que haré relación más adelante.

tomar una decisión, lo cual legitima la misma, por el contrario, la especialización, significaría que será un conocimiento especializado, supuestamente desarrollado para la toma de decisiones imparciales, la que nos brindaría la certeza de tomar la decisión acertada en un conflicto en materia de derechos.

Ninguna de las dos opciones serían aceptables en un modelo deliberativo, en tanto, lo importante, se configura por la aceptación de la decisión, de la cual han tomado parte los interesados o sujetos en conflicto, pero además debe basarse en una fundamentación que huye de una terminología que sólo puede ser comprensible para “algunos”, y no para los interesados o justiciables.

Siguiendo dicha perspectiva, podríamos afirmar que no existirían en el sentido antes expresado decisiones “razonables”, “racionales”, “proporcionadas”, “idóneas”, etc.⁴¹, para dirimir los conflictos sociales en los que se invoquen la tutela o defensa de los derechos, si esa razonabilidad o racionalidad no implica, apertura pluralista y deliberativa, para la toma de decisiones.

Ciertamente, este no es un debate que únicamente se plantea en la institucionalidad salvadoreña. Como ha sido sintetizado de forma muy acertada por Luigi Ferrajoli, “los modelos del Estado de Derecho están hoy en profunda crisis”⁴², tanto en lo que se refiere al papel del legislador, como al del juez –incluyendo obviamente al papel de la Administración–.

De ahí que, de lo que hablamos aquí es en suma, de la reconstrucción de la legitimidad de ese modelo de Estado, al cual nos adscribimos. Cabría entonces preguntarse, como lo hace Juan Carlos Bayón, sino será posible algún diseño institucional que, a la vez que respeta el valor intrínseco del procedimiento democrático “lo que implica que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y el alcance de los derechos- aproveche las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad. Y la respuesta es que ese diseño no es sólo posible, sino que bajo fórmulas diferentes (...) existe”⁴³.

⁴¹ Convengo en sostener y me parece del todo pertinente en afirmar o seguir a Foucault en la siguiente aseveración: “Je pense que le mot “rationalisation” est dangereux. Ce qu’il faut faire, c’est analyser des rationalités spécifiques plutôt que d’invoquer sans cesse les progrès de la rationalisation en général. (...) Tout les luttes actuelles tournent autour de la même question: qui sommes-nous ? Elles sont un refus de ces abstractions, un refus de la violence exercée par l’Etat économique et idéologique qui ignore qui nous sommes individuellement, et aussi un refus de l’inquisition scientifique ou administrative qui détermine notre identité. Pour résumer, le principal objectif de ces luttes n’est pas tant de s’attaquer a telle out telle institution de pouvoir, ou groupe, ou classe, ou élite, qu’à un technique particulière, une forme de pouvoir ». Foucault, Michel ; « *Beyond structuralism and Hermeneutics* », The University of Chicago Press, Chicago, 1982, p. 215-216.

⁴² Ferrajoli, Luigi; “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: Miguel Carbonell (Editor); “*Neoconstitucionalismo(s)*”, Trotta editorial, Madrid, 2003, p.20.

⁴³ Bayón, Juan Carlos; “Derechos, democracia y Constitución”, en: Miguel Carbonell (Editor); “*Neoconstitucionalismo(s)*”, ya citado, p. 234.

Una de esas vías ha sido la que adelantamos bajo la denominación de rendición de cuentas o *accountability*, y bajo cuya contenido se buscan alternativas o herramientas para fomentar un mayor control y comunicación entre instancias ubicadas dentro de los propios órganos estatales –*accountability vertical*- o frente otros órganos del Estado y la misma sociedad civil –*accountability horizontal*⁴⁴ -.

Para el caso, en el ámbito judicial, se ha señalado que la existencia de foros de consulta que comprendan a diversos actores o sectores de la sociedad civil, vinculados a la tarea de comentar, criticar e inclusive evaluar el desempeño de los operadores judiciales, puede ser un puente o mecanismo que permita el continuo diálogo crítico, fomentando la deliberación pluralista y participativa.

No obstante, la participación de la sociedad civil dentro de las instituciones estatales suele ser rechazada, bajo diversos argumentos. De hecho, una de las instituciones más reacias a este tipo de mecanismos de control ha sido la administración de justicia, como pone de relieve Pimentel, sobre el establecimiento de mecanismos de *accountability* horizontal en Brasil: “*Among the majority of judges in Brazil, the idea of external control has been refused strongly because there is a wrong interpretation, suggesting that this kind of control would represent unacceptable censorship, risking the independence of judicial decisions. These judges have a concept: misconduct concerning internal affaire must kept in secret. You know the expression: “we must wash our dirty linen at home”. This concept, which is used to protect the image of institution, brings a distortion over what is public and what is private. Lack of transparency is justified under this kind of ethics*”⁴⁵.

Sin embargo, dicha argumentación puede ser cuestionable: actualmente, por razones diversas, a la administración de justicia –que no se identifica con el Órgano Judicial exclusivamente- se le exige que resuelva muchos y nuevos problemas. Obviamente, ello implica nuevos desafíos y formas de afrontarlos, uno de ellos, la capacidad de reconocerse y asumir el rol de poder político del Estado y construir una imagen de justicia diferente “poniendo en marcha un largo y difícil proceso, en el cual habrá que comprometer a muchos haciéndolos partícipes en la transformación que se intenta (...)”⁴⁶.

“Hay que poner en crisis, pacientemente, la imagen idealizada del juez que decide “por encima de”, *más allá de* intereses en pugna, contradicciones o valores opuestos.

⁴⁴ Véase: Véase al respecto: Mendez, Juan; “*Legislatures, judiciaries and innovations in horizontal accountability*”, a paper presented to the Conference Institutions, Accountability and Democratic Governance in Latin America”, Kellogg Institute, University of Notre Dame, May 8-9, 2000, disponible en: <http://www.nd.edu/~kellogg/pdfs/Mendez.pdf>

⁴⁵ Pimentel Tamassia, Marcos; “*Judiciaries and Innovations in Horizontal Accountability*”, en: a paper presented to the Conference Institutions, Accountability and Democratic Governance in Latin America, Kellogg Institute, University of Notre Dame, May 8-9, 2000, disponible en: <http://www.nd.edu/~kellogg/pdfs/Pimentel.pdf>

⁴⁶ Ruiz, Alicia; “Constitución y jurisdicción: por un compromiso del juez latinoamericano”, en: *Jueces para la democracia. Revista Información y Debate* n° 41, julio, 2001, p. 3. (versión disponible en internet)

Reconstruir el estereotipo del *juez neutro*. Y dotar de nuevos significados expresiones como: independencia judicial, supremacía de la ley y Estado de Derecho⁴⁷.

Simplemente implica, tomar en cuenta que en ocasiones la administración de justicia al eludir su carácter social y político, -como agentes culturales- en el discurso que transmite y enseña a sus integrantes, hace que se sirva a intereses que se desconocen: “Esta distancia entre lo que (los jueces) *creen que hacen* y lo que *hacen en realidad*, tiene efectos terriblemente perversos en el afianzamiento de modelos democráticos de organización social y política”⁴⁸.

4.3.- Una proyección: cómo se construyen y definen los derechos en El Salvador. Las ventajas y los riesgos implícitos en el modelo vigente.

“Tal como se ha argumentado, los salvadoreños no se sienten satisfechos con su sistema político ni con su sistema judicial, y confían cada vez menos en la economía de mercado. Esto no es sano. La falta de satisfacción en estos aspectos de la vida social es un problema en sí, pues implica que según la gente, el gobierno y la Asamblea Legislativa, no responden a sus requerimientos, el sistema judicial, no imparte la justicia que aspiran y las reglas del mercado no son justas”⁴⁹.

Hoy, 20 años después de la entrada en vigencia de la Constitución salvadoreña, existen, lo que podríamos denominar como “grandes deudas constitucionales”. Curiosamente, nos reunimos para conmemorar un documento que cumple veinte años de vigencia y que aún hoy contempla derechos que no son derechos, o normas “de difícil concreción”, por diversos aspectos.

Tome el lector sólo dos ejemplos al respecto:

- El derecho a una remuneración por retiro voluntario de los trabajadores permanentes (Art. 38 ord, 12 ° Cn), que por cierto es un no-derecho, porque nuestras Asambleas Legislativas, veinte años después han ignorado u omitido dar cumplimiento a la regulación secundaria de este derecho (Art. 252 Cn), imposibilitando su aplicación hasta la fecha⁵⁰.
- La indemnización por retardación de justicia⁵¹.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ FUSADES; “Estrategia económica y social 2004-2009. Oportunidades, seguridad y legitimidad: bases para el desarrollo”, publicación del Departamento de Estudios Económicos y Sociales –DEES-, San Salvador, 2003, p. 41.

⁵⁰ Paradójicamente, el artículo 252 de la Constitución, se encuentra ubicado en el título X de la Constitución denominado “Disposiciones transitorias”.

⁵¹ Señalo este ejemplo, porque existen numerosas leyes en el país que no contienen plazos o términos para que el operador o juzgador dicte resolución o sentencia, por lo cual, en una interpretación muy amplia, se ha sostenido por ejemplo, para el caso de la jurisdicción constitucional –que es por excelencia la sede

Si la Constitución, las leyes y los derechos en éstas consagrados, son herramientas, facultades o esferas que posibilitan la erradicación del ejercicio arbitrario del poder sobre el hombre, difícilmente los ejemplos anteriores, son muestras adecuadas del rol asignado.

Esa cualidad -o falta de-, señala Celso Lafer, puede ser vista también como título – o falta - de justicia del poder, y por lo tanto de legitimidad. Esa fuerza representa un valor y una ganancia en la convivencia colectiva, constitutiva de un proceso de legitimación del poder ejercido bajo la ley que explica la adhesión a formulas como la de *rule of law o government under law, Rechtsstaat, stato di diritto* y Estado de Derecho⁵².

Quizá el problema de fondo radique en considerar si esa idea de justicia está amparada y protegida simplemente mediante el establecimiento de mecanismos que garanticen decisiones aisladas de los ciudadanos –representantes y jueces- o si por el contrario, deban incluirlos.

En el primer caso, la legitimidad en el Estado de Derecho y en la definición de los derechos fundamentales estará amparada por los procedimientos y decisiones, sin importar si estas responden o no, a algún tipo de vinculación sustantiva con aquellos que han delegado en éstos el poder de definir los derechos.

En el segundo caso, la legitimidad, no puede ser estrictamente procedimental, sino que implica deliberación y por tanto, participación y dialogo, como he expresado con mi inclinación personal a partir del uso del concepto de democracias y constituciones deliberativas y de la reconstrucción de los derechos humanos, sobre dichas bases.

Considero que ese fundamento, es una de las muchas lecciones sobre las que descansa nuestra naciente democracia. Es al fin y al cabo una lección tomada de la experiencia de un conflicto con raíces y razones concretas, pero irrazonable al fin, como todo conflicto armado; y es uno de esos acuerdos, quizá el fundamental de todos ellos, fruto de nuestra experiencia de paz pactada: diálogo sobre la imposición; diálogo sobre el dogmatismo; diálogo sobre la arbitrariedad que se disfraza con el manto de la legalidad.

Por ello, la importancia –y mi redundancia- de la deliberación en todos los niveles, incluido en la definición y construcción misma de los derechos. Con ello quizá logremos obtener frutos de nuestra experiencia en el pasado, veamos en un presente inmediato más cercanas nuestras expectativas a lo que consideramos debe de tutelarse dentro de lo que son los derechos fundamentales, y así evitemos los riesgos que un futuro inmediato nos depararía con un modelo de “derechos” que no fortalecen al Estado Constitucional y

jurisdiccional donde se ventilan los conflictos entre derechos-, que al no existir plazos para dictar resolución, difícilmente puede existir “retardación de justicia.

⁵² Lafer, Celso, “*La reconstrucción de los derechos humanos. (Un diálogo con el pensamiento de Hanna Arendt)*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994., p. 77,

Democrático de Derecho. Al fin y al cabo la vigencia de ese “acuerdo” tácito de nuestra sociedad civil, es en todo caso una proyección a futuro, una tarea pendiente.

5.- Epílogo. Ley y derechos: el poder de normalización.

*In our days, the traditional concept of tripartition on independent powers, working in harmony, has proved insufficient to reach democracy. Today, it is clear that the Power of State has two essential functions: Government and Government Control. Besides, the supervision of public activities Isn't an exclusive assignment of politicians, but of civil society as well. If every power has limitations defined by law, it should be possible To verify the way this power is used.
(Marcos Pimentel Tamassia. *Judiciaries and Innovations in Horizontal Accountability*)*

Hace algunos meses, una institución había decidido confiarme la realización de lo que suele conocerse al interior de las instituciones internacionales y estatales, como una “consultoría”. Dicha consultoría se realizaría en una institución nacional en la que previamente había laborado y cuyo objetivo era proponer un plan de acción a futuro.

Luego de diversas actividades se estableció el plan referido. Jefes y compañeros se refirieron a dicho Plan, como la “receta” elaborada “desde fuera” para la institución. Lo cual era en buena medida acertado, pues en el Plan si bien había sido desarrollado sobre la base de una metodología participativa implicaba, al final la decisión sobre “prioridades” y “orientaciones” lo cual, había sido definido por los consultores.

La idea de “receta”, es posible retomarla para explicar también el poder de normalización que sucede a los derechos. La normalización ocurre, cuando operadores estatales y profesionales en general, legitimados por el diseño normativo e institucional dentro del Estado, tienen en sus manos el poder de construir y definir los contenidos de los derechos, cerrando la posibilidad de la participación de los justiciables en dicha construcción, en tanto se configura un saber especializado o profesional para su defensa, su implementación, en fin, para su consumo. Así aparecen los conceptos de lo que se ha dado en llamar como el de “ritualismo o fetichismo de los derechos”.

El fetichismo de los derechos es construido en la práctica legal, nos dice Kerruish⁵³ cuando aquellos derechos universales, y que han sido fruto del consenso y de la

⁵³ Kerruish, Valerie; “*Jurisprudence as Ideology*”, series of *Sociology of Law and Crime*, Roudledge, London, 1992, p. 142.

deliberación son apropiados por un grupo de encargados de su definición, ampliación de catalogo y demarcación de su contenido.

Como acertadamente apunta la autora antes referida con relación a esta “transformación o involución de los derechos”: “*The price of rights is obvious when it has been necessary to get legal advice or assistance and the bill comes in. It is profoundly important to the question of access to the beneficial mechanisms of the legal system*”⁵⁴.-

La aparición de dicho fenómeno, producto, como ya nos referimos de la mera división del trabajo en las sociedades contemporáneas, normaliza el poder de los derechos, convirtiéndolos en parte del contenido sustantivo del entramado estatal burocrático, perdiendo el dinamismo de su configuración como ética crítica y social, y sobre todo estancando sus proyecciones sobre la legitimidad de las instituciones estatales, al favorecer el aislamiento de decisores/aplicadores frente a los ciudadanos, lo cual puede implicar la imposición de ciertos parámetros de convivencia no compartidos.

La adjudicación o apropiación en la construcción y definición de los derechos puede generar en un período corto de tiempo su propio aislamiento de los conflictos y realidades que pretenden enfrentar, como mecanismos de entendimiento, tolerancia y diálogo ético permanente.

Un peligro representado magistralmente por Foucault: “*Cela représente l’application d’une grille, entièrement nouvelle, avec ses choix et ses exclusions, une nouvelle pièce avec ses propres règles, décisions et limites, sa propre logique interne, ses paramètres et ses impasses, toutes choses qui conduisent à la modification du point de vue d’origine*”⁵⁵.

Este tipo de aproximaciones no resulta novedoso, y por el contrario, suele resultar beneficioso para aquellos con capacidad de incidir en la construcción de los derechos: “ningún saber se forma sin un sistema de comunicación, de registro, de acumulación, y desplazamiento, que es en sí mismo una forma de poder, que está ligado, a otras formas para ejercer el mismo. De lo anterior se colige que ningún poder, puede ejercerse sin la extracción la apropiación, la distribución y la retención de un saber. A este nivel puede afirmarse que no existe conocimiento –o la construcción de los derechos bajo un conocimiento- en la sociedad, la ciencia o el Estado, fuera de la relación saber-poder”⁵⁶

Aunado a lo anterior, podemos afirmar que este *enclosure*, aislamiento, aprisionamiento en la construcción y definición de los derechos podría agudizarse o pasar a situaciones críticas en sociedades o Estados, donde las diferencias de inicio –las diferencias

⁵⁴ Ibidem., p. 149.

⁵⁵ Foucault, Michel; “*De la nature humaine: justice contre pouvoir*”, en: Foucault, Michel « *Dits et écrits* » I (1954-1975), Quarto édition, Gallimard, France, 2001, p. 1350

⁵⁶ Foucault, Michel; “*Théories et institutions pénales*», Tomado de : « *Dits et écrits I* », ya citado, p.1257-1258. (traducción libre). El contenido entre guiones es mío.

estructurales sociales, económicas y culturales- son radicales, como parece ser la tendencia en El Salvador actualmente⁵⁷, lo cual limita cualquier intento de dar validez y eficacia a los derechos⁵⁸.

De ahí la necesidad urgente de buscar mecanismos que aseguren y fortalezcan la relación entre sociedad civil y gobierno, en relación con construcción y definición de los derechos fundamentales en El Salvador.

Debe descartarse que el Estado salvadoreño ha potenciado la participación de la sociedad civil, pero no precisamente en el ámbito de los derechos, sino en el mercado, a partir de los procesos de reforma del Estado y de privatización de ciertos sectores, antes bajo la “gerencia” estatal. Los ejemplos a este respecto son variados: desde la privatización de la banca y las telecomunicaciones, pasando por la gestión privada de las pensiones y la venta por parte de empresas privadas de la electricidad.

Sin embargo, suele señalarse que dicho proceso, no ha logrado establecer una relación simbiótica entre lo público y privado, sino simplemente el traspaso total de lo “público” hacia lo “privado”, lo cual ha “debilitado al Estado salvadoreño” para la toma de decisiones que afecten dichos sectores. De ahí que quizá no podamos hablar en estos casos de participación, sino de cesión del ámbito de decisión, y la consiguiente pérdida de control sobre dicho espacio⁵⁹, lo cual difiere con la presente propuesta.

Para nosotros es indispensable la participación de agentes e instituciones estatales para la consolidación democrática y el respeto a los derechos humanos. Pero sólo mediante mecanismos que aseguren la participación y control por parte de la sociedad civil en cuanto al papel de dichas instituciones y la definición/construcción de los derechos, permitiría en alguna medida la construcción de un Estado democrático.

En tal sentido parece pertinente afirmar aquí, que si bien los movimientos sociales o la participación ciudadana, puede ser un mecanismo adecuado que presione a favor de cambios en el ejercicio del poder, es posible considerar que si no existen instituciones que

⁵⁷ Como se señala en el Informe de Desarrollo Humano: El Salvador 2003, las desigualdades en la distribución del ingreso han aumentado. Así para el año 1992, el quintil más rico (de la población) recibía 17 veces más ingresos que el quintil más pobre; para el 2002 la brecha se había ampliado a 24 veces”. Cfr- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); “Informe sobre el Desarrollo Humano. El Salvador 2003. Desafíos y opciones en tiempos de globalización”, San Salvador, PNUD; 2003, p. 10, 63.

⁵⁸ “Una sociedad con injusticias estructurales graves no puede tener un sistema judicial justo. Y esto por pura lógica. (...) Si la sociedad está organizada de tal manera que la riqueza producida por todos se distribuye sin equidad y sin justicia, (...) es difícil pensar que la maquinaria de la justicia pueda superar la fuerza de la maquinaria que mantiene a esa sociedad en su desigualdad”. Tojeira, José María; “El sistema judicial en El Salvador”, en: *ECA (Estudios Centroamericanos) 625-626*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas (UCA), San Salvador, Nov-Dic 2000, p. 1120.

⁵⁹ Al respecto puede verse: Griffith, Kati; González, Luis Armando; “Notas sobre la autonomía del Estado. El caso de El Salvador”, en: *Estudios Centroamericanos (ECA) n° 612*, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” de El Salvador, San Salvador, 2000, p. 894 y ss.

funcionen, dichas expectativas o cambios, solo podrían conducir a la violencia y no a la consolidación democrática.

De ahí que tanto la Constitución y las leyes en sí mismas consideradas, no son “algo” que está ahí a la espera de su justa aplicación, sino que son el instrumento principal de los actores políticos para encontrar acomodo. Se trata por consiguiente, en materia de la construcción de los derechos humanos fundamentales del diálogo horizontal, permanente y plural, sobre los derechos: su constitución, su definición, su ámbito material, etc., es decir, de crear un ámbito abierto y compartido entre operadores y ciudadanos. Y esto implica necesariamente de instituciones adecuadas, “especialmente de un sistema de justicia capaz de promover el diálogo y zanjar disputas, puesto que de lo contrario no habría negociación ni reforma capaces de garantizar la consolidación hacia la democracia”.

Un riesgo en un futuro inmediato es considerar que la comodidad brindada en las democracias “desarrolladas” es un fruto accesible y cercano a nuestra realidad, sin cierto grado de “inquietud ciudadana”. El peligro consiste en convertirnos definitivamente en una sociedad que no se inmuta o inquieta, que no reacciona, frente a sus códigos y sus leyes, frente los procesos de reforma institucional y de acercamiento a ese que hemos denominado un “mundo globalizado”, frente a sus instituciones penales y punitivas, y sobre todo que se mantiene impávida frente aquellos que se han irrogado y les hemos brindado la tarea definir nuestros derechos⁶⁰. La tarea entonces es promover desde las instituciones, una sociedad civil capaz de no quedar inerte ante los constantes cambios sociales, políticos y económicos.

De hecho, ya se hecho alusión en otros contextos de países en vías de desarrollo de la diferenciación que llega a generarse entre ilustrados –quienes poseen la capacidad y el mandato de definir derechos en un Estado- y víctimas –quienes no definen cuales son sus derechos, pero sistemáticamente los consideran conculcados-; permite considerar o hablar de los derechos humanos, en ocasiones, como una lógica y una técnica tendente hacia persuasión –teorías sobre la argumentación de los derechos-, más que a la protección.

Por otra parte, el otro riesgo es mantener un sistema de administración de justicia, que no asuma sus roles y por lo tanto se aisle, como institución contralora y garante de un Estado Constitucional. Podría sostenerse en este sentido, que en las sociedades contemporáneas los sistemas de administración de justicia poseen tres grandes funciones: a) solucionar conflictos, b) ejercer control social y c) crear políticas. Y como sostiene Schor, En América Latina, el poder judicial ha carecido de legitimidad porque sólo ha sido exitoso como instrumento de control social, generalmente favoreciendo a determinados sectores o intereses⁶¹ –nuevamente, considero que El Salvador, no ha sido la excepción-.

De ahí que la otra tarea, se la construcción de una política judicial de apertura que coadyuve, fomente y construya la participación ciudadana en la definición de los derechos.

⁶⁰ Schor, Miguel; “Constitucionalismo en América Latina...”, ya citado, p. 89-90.

⁶¹ Ibidem, p. 91.

Es decir, una política orientada hacia los usuarios del sistema, no hacia otros actores, o por lo menos, no exclusivamente.

Se propone aquí entonces, de un entendimiento de los derechos no-tecnocrático y que trata de alejarse de aquellas construcciones de los derechos fundamentales que pretenden definir de forma hegemónica y monopólica los derechos, invisibilizando el poder social y político de diversos sectores sociales. Es una lógica, donde las voces de los derechos, no están exclusivamente al servicio de la definición estatal de los derechos, sino que se configuran como ámbitos materiales de deliberación. Es al fin y al cabo, una propuesta que implica un traslado desde concepciones formalistas o sustantivas de los derechos humanos fundamentales, hacia una dimensión reflexiva de los derechos que afecta los ámbitos de la justificación de los derechos –legitimidad-, pero también sus funciones externas –control social versus políticas-, y las estructuras mediante las que son desarrollados dentro del sistema jurídico⁶² -normas y mecanismos o procesos para solucionar conflictos-.

Esta propuesta pretende además escapar de la lógica a la que puede llegarse mediante el “*enclosure*” y la profesionalización de los derechos⁶³, y por tanto objetos a la probable manipulación de su contenido, e inclusive, como vía de escape frente a una lógica de mercado⁶⁴.

Hoy veinte años después de la entrada en vigencia de la Constitución no faltarán voces que señalen la existencia de un “transito hacia la construcción de un Estado Constitucional de Derecho y de la vigencia de los derechos fundamentales”. Es seguro afirmar, que muchas han sido las conquistas desde la entrada en vigencia de la Constitución

⁶² En un sentido similar: Teubner, Gunther; “Substantive and reflexive elements in modern law”, en: *Law & Society, volume 17, number 2*, 1983. Especialmente puede verse, el resumen sobre las diferentes dimensiones presentes en las propuestas formales, sustantivas y reflexivas en el Derecho., p. 257.

⁶³ Como exponía Barcellona en un artículo de suma actualidad: “La paradoja del jurista positivo, que para ser tal, no debe ocuparse de los problemas de la justicia (Filosofía), ni de los problemas de la praxis social (Sociología). (Al final) Un simple adepto al funcionamiento de las normas y las instituciones jurídicas, a la llamada máquina de la justicia, que no se pregunta sobre los fines de la propia acción ni sobre los resultados. Ello no puede asombrar, en una sociedad fundada sobre la división del trabajo (y sobre la rígida especialización), en la que el médico se ocupa de los síntomas y de la enfermedad, pero no del enfermo; el arquitecto de la casa que debe construir, pero no de aquellos que la habitarán, etc.”. Barcelona, Pietro; Hart, Dieter; Muckenberger, Ulrich; “*La formación del Jurista*”, traducción de Carlos Lasarte, tercera edición, Civitas, Madrid, 1988, p. 51-52. Véase asimismo, Abbott, Andrew; “*The system of Professions. An Essay on the Division of Expert Labor*”, The University of Chicago Press, 1988.

⁶⁴ “Increasingly, human rights movements organize themselves in the image of markets. Of course, the use of the terms like “market” may be deeply offensive to human rights practitioners, and the analogy with markets may turn out, on closer analysis not to be too strong. (...) Human rights markets consist of a network of transactions that serve the contingent and long-term interest of human rights investors, producers, and consumers. (...) Human rights market rationality requires the production and re-production of human rights skills and competences, which enable negotiation of tolerably acceptable outcomes between and among the violators and the violated such that market failures do not erode legitimacy of the network of overall transactions”. Baxi, Upendra; “Voices of Suffering and the Future of Human Rights”, en: *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 8 n° 125, Fall 1998, p. 157.

a la fecha, pero también muchas son las tareas pendientes, quizá queden las más ambiciosas.

Finalmente es posible considerar que tanto los problemas y las propuestas a las que hemos hecho alusión en el presente artículo no son aspectos que deban ser retomados por el Derecho constitucional o el derecho de los derechos humanos, por no ser compatibles con el sistema político y de gobierno expresado en nuestra Constitución, o bien con la función que les corresponde –a los derechos y a los agentes estatales- desempeñar dentro de un Estado democrático y constitucional.

Ciertamente, algunos aspectos reseñados anteriormente pueden ser considerados como “meta-jurídicos”, en el sentido que escapan de la simple aplicación y discusión del Derecho. Pero al respecto, considero, que los derechos fundamentales y la democracia no son conceptos exclusivamente jurídicos, sino todo lo contrario, como he pretendido presentar aquí.

De ahí que sea acertado sugerir o tener presente, el volver con renovada atención y conocimiento a aquel constitucionalismo que los constitucionalistas han descuidado desde hace tiempo, según afirma Sartori, para quien, “la experiencia del último medio siglo confirma *ad abundantiam* que la indiferencia jurídica hacia los problemas meta-jurídicos ha sido desastrosa en sus resultados. Cuando un problema político –y el constitucionalismo es inevitablemente una solución jurídica a un problema político- se despolitiza, las consecuencias efectivas de un ordenamiento jurídicamente neutral⁶⁵ son y siguen siendo, -aunque involuntariamente- políticas; y ello beneficia a los demagogos y a los déspotas”⁶⁶.

El contexto para la revisión y renovación de lo que entendemos por derechos fundamentales y Constitución es más que necesario, ahora que nuestra Constitución cumple veinte años de vigencia. Hoy, estamos asistiendo a un nuevo cambio tanto en los ámbitos internacionales como nacionales de las relaciones entre política, ética y derecho. Las transformaciones sociales e históricas obligan entonces a considerar dicha revisión y renovación como un proceso constante, abierto y creativo con la finalidad de sustentar un Estado Constitucional y Democrático, basado en la vigencia de unos derechos humanos fundamentales también democráticos.

⁶⁵ Mateucci, afirma que la supuesta neutralidad del positivismo jurídico, no sólo es ilusoria, sino que también pone a los estudiosos en la situación paradójica de favorecer a los enemigos a los que se desearía combatir: de hecho, éstos legitiman todas las premisas de aquel Estado absoluto que aborrecen en su conciencia”. Tomado de Sartori, Giovanni; “*Elementos de Teoría política*”, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 27.

⁶⁶ Sartori, Giovanni; “*Elementos de Teoría política*”, ya citado, p. 26.