

---

PUBLICACION DEL  
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



## VENTANA JURÍDICA

---

Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación  
Inicial y Continua de Operadores Jurídicos  
(AECI - CNJ)

No. 4

---

REPÚBLICA DE EL SALVADOR  
Año II - Vol. 2  
Julio - Diciembre 2004

---

PLENO DEL CONSEJO

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Jaime Benjamin Trabanino Lobell

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Proyecto de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos  
(AECI - CNJ)

OFICINA TÉCNICA DE COOPERACIÓN DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

---

## CONTENIDO

---

1. El Precedente Constitucional Salvadoreño y su Proyección hacia la Jurisdicción Ordinaria .....	1
Lic. José Carlos Molina Méndez	
2. Comentarios sobre el Marco Normativo de la Judicatura...	12
Lic. Mario Francisco Mena Méndez	
3. La Responsabilidad Civil derivada del Delito .....	20
Dr. Borja Mapelli Caffarena	
4. Las Innovaciones Tecnológicas y la Valoración de la Prueba .....	34
Dr. Fernando Escribano Mora	
5. El Derecho Administrativo: Avances y Desafíos .....	51
Dr. Eduardo Gamero Casado	
6. Introducción al Derecho de la Integración .....	63
Lic. Pedro Noubleau Orantes	
7. La Acusación Penal. Una Aproximación desde el Principio Acusatorio y la Garantía de Defensa .....	201
Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar	

---



# 1. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO Y SU PROYECCIÓN HACIA LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Lic. José Carlos Molina Méndez\*

*A mi estimado colega y amigo: Rodolfo Ernesto  
González Bonilla, quien me motivó insistentemente  
a escribir este artículo.*

## SUMARIO

I.- Introducción; II.- El principio stare decisis en el proceso de inconstitucionalidad; III.- procesos de amparo y habeas corpus: vinculación funcional relacionada con el principio stare decisis: A.- proceso de amparo; B.- proceso de hábeas corpus; IV.- Colofón.

## ABREVIATURAS:

Constitución Salvadoreña:	CS
Programa de Formación Inicial para Jueces:	PFI
Revista de Derecho Constitucional:	RDC
Revista Judicial:	RJ
Sala de lo Constitucional:	SC
Sentencia de hábeas corpus:	SHC
Sentencia de amparo:	SA
Sentencia de Inconstitucionalidad:	SI
Tribunal Constitucional:	TC

---

\* Colaborador jurídico (letrado) de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (UCA); Doctorado en Derecho Pluralista Público y Privado, por la Universidad Autónoma de Barcelona.

## I.- INTRODUCCION.

En un Estado Constitucional de Derecho es importante tanto para el juzgador como para la persona que invoca una norma jurídica en la resolución de una controversia, la *seguridad jurídica* en los fallos jurisdiccionales.

Esto hace que el TC o quien haga sus veces, como en el caso salvadoreño, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SC), introduzca en sus decisiones un *criterio común* que supere las distintas opiniones divergentes de los tribunales ordinarios que se han generado, sobre todo, a través del control difuso de constitucionalidad, respecto a una situación específica relativa a la confrontación inter normativa entre la Constitución y una norma específica del ordenamiento tales como, leyes en sentido formal, reglamentos, ordenanzas municipales, etc., *v. gr.*, de carácter civil, mercantil, penal, laboral, etc., lo que genera una *función correctora y unificadora* del máximo tribunal de justicia en materia constitucional.

Es así como el más alto tribunal de justicia de un país, en materia constitucional, se constituye en *guardián de la Constitución* al interpretar una norma conforme a sus mismas disposiciones y sus precedentes generan una *fuerza vinculante*.

Así lo describe la SHC 7-Q-96 del 20/9/96 en la que se hizo hincapié en lo siguiente: "...En nuestro país, dicho ente jurisdiccional encargado de pronunciar la "última palabra", es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de ese modo garantiza dos principios superiores de orden constitucional, los cuales son la igualdad ante la jurisdicción y la seguridad jurídica. El mecanismo por el cual este Tribunal garantiza estos principios, es el precedente constitucional, a través de la jurisprudencia de esta Sala, reforzado por el principio *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, respecto al fallo y a los fundamentos del mismo..."

Desde 1991, los precedentes constitucionales establecidos por la SC son publicados periódicamente en la RDC y con la posterior creación del Centro de Jurisprudencia –hoy *Centro de documentación Judicial*- se han sistematizado las decisiones jurisdiccionales, no solo de la SC, sino del resto de salas que conforman la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, decisiones que se suben a la internet en la página de la Corte –[www.csj.gob.sv](http://www.csj.gob.sv) o [jurisprudencia.gob.sv](http://jurisprudencia.gob.sv)– con el objeto de fomentar y establecer y fortalecer la cultura del precedente.

Esta labor hace que cada día la jurisprudencia de la SC sea conocida por más personas, tanto a nivel nacional como internacional. Ello ha generado una *labor psico-pedagógica y cultural* hacia los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional salvadoreña.

---

1. Salas de lo Penal (3 Magistrados), Civil (3 Magistrados) y Contencioso Administrativo (4 Magistrados) más 5 de la Sala de lo Constitucional constituyen los 15 la Corte Suprema de Justicia salvadoreña.

Sin lugar a dudas, esta es una labor paulatina. Formalmente, en veinte años de jurisdicción constitucional en El Salvador<sup>2</sup>, la cultura constitucional se ha extendido a través de la doctrina y del análisis crítico de la jurisprudencia; sin embargo se requiere más tiempo para que las actuales y nuevas generaciones se vayan haciendo la idea del verdadero valor del precedente y de la posición importante que ocupa la SC en el Estado Constitucional de Derecho.

La labor de enseñanza, análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional es un *deber* de la única universidad pública y obviamente de las universidades privadas, del programa de formación inicial para jueces (PFI) y la escuela de capacitación judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y las organizaciones e instituciones jurídicas no gubernamentales.

El respeto y labor que se ha construido hasta hoy, se ha logrado a través del principio *stare decisis* que tiende a la consistencia y uniformidad de las decisiones.

Este principio tuvo una recepción por primera vez, por parte de la SC en la sentencia de inconstitucionalidad: Inc. 1-92 del 19/7/96.

En la referida sentencia la Sala dijo al respecto: "Una de tales garantías, señaladas por el peticionario Muyschondt Parker, es el principio de *stare decisis*, por el cual "es obligación de esta Sala el fiel acatamiento de los principios y conceptos doctrinales establecidos por ella misma en su jurisprudencia". Este principio -sostiene Enrique Alonso García- "implica sólo y exclusivamente la idea de que un tribunal debe seguir el precedente en el caso análogo (...). La defensa clásica del principio se ha basado (...) en un triple fundamento: la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad en los fallos. Sin embargo, en último término, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en el de igualdad: casos iguales deben ser igualmente tratados" (*La interpretación de la Constitución*). Y, al respecto, efectivamente, esta Sala comparte la idea que, de esos dos principios constitucionales: seguridad jurídica e igualdad jurídica, deriva la necesidad de que, ante supuestos fácticos iguales, la decisión de este Tribunal sea igual, siempre que ambos supuestos sean análogos, tanto en su relación lógica como en las condiciones que hagan necesario el tratamiento igualitario de los mismos" (RDC N° 20, p. 78).

Esto no implica que sea inflexible el mismo tribunal (SC) con sus propios fallos y criterios normativos, puesto que, ello llevaría inevitablemente a una *petrificación de la jurisprudencia*.

La interpretación de la Constitución -función esencial de la SC- significa, entre otras cosas, adaptar el sentido de sus preceptos a "la

---

2. Con la Constitución del 20 de diciembre de 1983 se crea la SC la que comenzó formalmente sus funciones hasta 1984, sin embargo antes existió la Sala de amparos que conocía de inconstitucionalidades y amparos y la Corte en pleno del proceso de hábeas corpus. Sirva de ejemplo la sentencia de inconstitucionalidad 2-51 de marzo de 1951 que se encuentra en la internet y en los archivos de la Corte y la Revista Judicial de la época.

realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” y esa adaptación, que es una verdadera “recreación” constante de la Constitución por obra de su máximo intérprete, la realiza la SC quien tiene *la facultad absolutamente necesaria, de revisar su propia doctrina.*

Esta facultad la SC la ha realizado en varias ocasiones para corregir criterios que con el tiempo han caído desuso por diversos factores: nuevas normas, reinterpretaciones doctrinales, etc.

Como ocurre en los tribunales constitucionales europeos, lo que interesa de la sentencia constitucional no es la parte resolutive o fallo, ni que esta sea estimatoria o no, sino el *considerando jurídico* en el que se introduce la *ratio decidendi*, a diferencia del *obiter dictum* que tiene una importancia menor.

Para la SC la *ratio decidendi* constituye la clave de la doctrina del precedente, v. gr., en la sentencia de inconstitucionalidad 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001 del 13/11/2001 se dijo:

“En la sentencia dictada en un proceso constitucional hay que distinguir, por una parte, entre el fallo o pronunciamiento que resuelve incontestablemente el conflicto jurídico, y la argumentación o fundamentación jurídica; y, por otra, en ésta última, separar las raciones decidendi o motivaciones directamente relacionadas con el pronunciamiento o fallo, de los obiter dicta, o argumentos accesorios, aducidos a mayor abundamiento, etc (...) En ese orden, la ratio decidendi en la doctrina alemana –tragende Gründe–, hace referencia a aquellas razones o motivos sin los que el fallo no podría existir, los que son relevantes porque soportan la decisión; mientras que en el ámbito anglosajón, en donde se ha desarrollado una importante literatura sobre el tema, es concebida como la regla jurídica que justifica una conclusión jurisdiccional en un caso particular (...) Al mismo tiempo, se habla también de la “doble naturaleza” de la ratio decidendi, que es, de una parte, fundamentación de la decisión –descriptive ratio–, y de la otra, norma –prescriptive ratio– En sentido descriptivo se refiere al razonamiento real que siguió el tribunal original para alcanzar la ratio decidendi, mientras que en sentido prescriptivo se refiere a que ese razonamiento sí es obligatorio en un caso posterior. Ello porque precisamente la relación entre decisión y ratio decidendi no es la misma en la actividad nomofiláctica –v. gr., en la casación– que en la actividad nomotética de la jurisdicción constitucional, en la cual esa ratio no es simple fundamento de la decisión, sino que forma parte inescindible de la decisión misma.- Así, dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse, y así lo muestra la práctica de los tribunales constitucionales en general, que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Sí, extremando las cosas, lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación”.

En la misma sentencia de inconstitucionalidad, referente al *obiter*

se dijo también:

“Por su parte, el obiter dictum es aquello declarado por el tribunal sin que fuese absolutamente necesario y que, por tanto, no genera vinculatoriedad en la decisión; su valor es únicamente persuasivo, dependiendo del prestigio del juez que pronuncia la decisión, de la exactitud de su análisis y de otras circunstancias variadas, según los casos. En otras palabras, aquellos razonamientos que se efectúan con carácter incidental a propósito de la argumentación principal o los efectuados a mayor abundamiento.”

De esta forma es que la Sala va sentando su jurisprudencia a través de los tres procesos constitucionales: inconstitucionalidad, hábeas corpus y amparo.

En cada uno de ellos, el derecho procesal constitucional distingue diferentes tipologías en las que se materializa el sentido correcto de la interpretación de las normas constitucionales y las salvaguardias de las normas ordinarias a excepción de aquellas que en el proceso de inconstitucionalidad son expulsadas del ordenamiento jurídico.

## II.- EL PRINCIPIO STARE DECISIS EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Como sabemos, las sentencias de inconstitucionalidad, tienen efecto *erga omnes* que *obliga* a la administración, funcionarios judiciales o particulares a tomar en cuenta y cumplir la decisión de la SC, sea esta estimatoria o no.

El Art. 183 de la CS es claro en afirmar de “*modo general y obligatorio*” las leyes (en sentido material), decretos y reglamentos –y ordenanzas municipales- que sean contrarios a la Constitución y *son las únicas que se publican en el diario oficial*.

La SC ha perfilado una tipología propia del proceso de inconstitucionalidad, de las que podemos citar como las más importantes:

TIPO:	REFERENCIA:	FECHA:	CONTENIDO:
Interpretativas	Inc. 15-96	14/02/97	Ley Transitoria contra la delincuencia y el crimen organizado.
Interpretativa	Inc. 5-99	20/07/99	Ley del Consejo Nacional de la Judicatura.
Interpretativa	Inc. 24-97 ac 21-98	27/09/2000	Ley de amnistía general para la consolidación de la paz.
Integrativas o basadas en interpretación sistemática	Inc. 41-2000/2-2001/3-2001/4-2001	13/11/2001	Ley de integración monetaria.
De revivencia	Inc. 5-88	3/05/89.	Ley de la Fiscalía General de la República.

Estas sentencias, al igual que otras de su misma naturaleza, han trascendido la barrera de legislador negativo y han buscado algunas, como las de interpretación conforme, salvar el sentido de la norma con la interpretación constitucional, lo cual es característico de los tribunales constitucionales.

Podemos señalar como otras sentencias importantes del proceso de inconstitucionalidad las siguientes:

REFERENCIA:	FECHA:	CONTENIDO:
Inc. 52-2003/56/2003/57-2003	1/04/04	Ley antimaras
Inc. 123-99	14/01/2003	Ley de telecomunicaciones
Inc. 23-2001	11/11/2003	Ley de derechos fiscales por la circulación de vehículos (precio de venta de las placas de vehículos)
Inc. 30-96/10-97/10-99/20-2001	15/03/2002	Reglamento general de tránsito y seguridad vial
Inc. 4-94	13/06/95	Ordenanza reguladora de las marchas y manifestaciones celebradas en calles, avenidas y aceras de la ciudad de San Salvador

### III.- PROCESOS DE AMPARO Y HABEAS CORPUS: VINCULACION FUNCIONAL RELACIONADA CON EL PRINCIPIO STARE DECISIS

En los procesos de amparo y hábeas corpus la situación se torna distinta puesto que, en ambos, existe un *efecto inter partes* que interesa, en principio, a las partes intervinientes en el proceso.

Pese a ello, existe una vinculación funcional relacionada con el principio stare decisis, es decir, que la interpretación constitucional –v. gr., conforme a la constitución– que proviene del examen de constitucionalidad de los procesos de amparo y hábeas corpus, genera un efecto nomotético que debe ser tomada en cuenta principalmente por los operadores del derecho, ya que la ratio decidendi de estos procesos constitucionales analiza e interpreta –desde el punto de vista constitucional– normas que tienen que ver con las actuaciones diarias de los jueces ordinarios.

Recuérdese que el principio stare decisis añade que los jueces se hallen efectivamente vinculados -y no meramente orientados- por los principios derivados de ciertos precedentes constitucionales.

Existe, por tanto, una *proyección normativa hacia la jurisdicción ordinaria de los precedentes constitucionales* los que son vinculantes funcionalmente (hábeas corpus y amparo) u obligan (inconstitucionalidad), a los jueces ordinarios, principalmente, quienes tienen, ante un proceso llevado a cabo bajo su competencia, respetar las *garantías constitucionales procesales* tomando en cuenta para ello, los lineamientos establecidos por la Sala de lo Constitucional.

Esta situación implica la necesidad de una constante actualización del operador jurídico acerca de las diferentes decisiones jurisdiccionales de la SC, puesto que su desconocimiento o indiferencia podría generar a la postre grandes problemas que lo llevarían por ejemplo a ser demandado en un amparo por violación a derechos fundamentales, lo que le traería consecuencias tales como amonestaciones, suspensiones o hasta destitución.

Para solventar este problema se les facilitan a los operadores jurídicos, estudiantes y litigantes la adquisición de las Revista de Derecho Constitucional (RDC) y Revistas Judiciales (RJ), así como otros libros que especialmente han sido compilados y sistematizados por algunos letrados de la Sala de lo Constitucional, del Centro de Documentación Judicial y de la Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio de la consulta por Internet o en disco interactivos de jurisprudencia que edita el Centro de Documentación Judicial; además de las capacitaciones realizadas por letrados de la SC en la Escuela de Capacitación Judicial cuyos destinatarios son Jueces, Magistrados de Cámara, Colaboradores Judiciales, etc., todo lo cual tiene un solo objetivo: *el conocimiento y divulgación de los precedentes constitucionales*, no habiendo, por tanto, justificación del desconocimiento de la jurisprudencia de la SC.

## A.- PROCESO DE AMPARO

En el proceso de amparo se ha reconocido claramente la aplicación del *principio stare decisis*. Valga de ejemplo lo relativo a la aplicación del examen liminar ab initio en los que la SC ha afirmado al respecto:

*“El presupuesto del acontecimiento incierto de la litis, se torna ilusorio o desaparece cuando existe ya un precedente establecido vía jurisprudencial acerca de un supuesto idéntico que es objeto de conocimiento del órgano jurisdiccional (...) Queda expedito al órgano jurisdiccional utilizar el precedente jurisprudencial desestimatorio de forma liminar para el rechazo sin trámite completo de la demanda de amparo, siempre que exista una sentencia de fondo desestimatoria por haberse controvertido plenamente la prueba y establecido la inexistencia del derecho” (Improcedencia de amparo 529-2000 del 19/12/2000).*

*“Tomando como base el reconocimiento del principio de stare decisis, articulado a los principios de seguridad e igualdad jurídica, es plenamente posible admitir la viabilidad de su aplicación primogénea en las pretensiones de amparo sometidas a la decisión de este Tribunal, siempre que se constate con certeza y de forma clara la existencia de*

*supuestos fácticos, objetivos y casualmente idénticos” (improcedencia de amparo 639-2000 del 19/02/2001. En el mismo sentido la improcedencia 382-2000 del 4/07/2000).*

*“...Estando obligada la Sala de lo Constitucional a observar y respetar los conceptos y principios establecidos por ella misma en su jurisprudencia...” (Improcedencia de amparo 487-2000 del 19/12/2000).*

Podemos señalar algunas sentencias de amparo (SA) que han tenido una clara *vinculación funcional relacionada con el principio stare decisis*, así, v. gr.:

REFERENCIA:	FECHA:	CONTENIDO:
SA 18-2002	2/03/04	DICOM
SA 40-98	24/5/99;	Pacto de no apelar
SA 150-97	13/10/98	Obligación de notificar al rebelde
SA 235-98	14/1/99	Obligación de notificar al rebelde
SA 91-98	10/6/99	Obligación del emplazamiento personal
SA 621-2000	12/12/2000	Emplazamiento para contestar la demanda
SA 1-C-94	29/09/95	Igualdad de los hijos (disputas hereditarias entre hijos naturales y legítimos)
SA 34-S-95	23/07/98	
SA 11-B-96	24/11/98	
SA 73-2000	22/05/2001	
SA 251-2000	10/12/2001	Derecho a la estabilidad laboral (condicionamientos)
SA 26-2000	10/07/2001	Derecho a la libertad de empresa
SA 348-99	4/04/2001	Violación a los derechos a la vida y salud (enfermos de sida)
SA 492-98	11/01/2000	Los actos procesales de comunicación son una concreción del derecho de audiencia
SA 492-98	11/01/2000	Derecho a la educación

## B.- PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

En lo que a hábeas corpus respecta la Sala de lo Constitucional, con el paso de los años ha evolucionado en sus criterios relativos a la libertad personal y los derechos conexos con ésta.

Desde las primigenias sentencias puramente penales en las que se confirmaba la detención provisional (1984-1994), hasta las actuales en las que se motiva, razona y fundamenta los cambios de criterios, los que hoy en día son parámetros constitucionales para los jueces penales, de tránsito, de menores, etc., quienes conocen de privaciones o restricciones a la libertad personal.

Naturalmente, estas sentencias no son meras orientaciones sino sus interpretaciones constitucionales tienen una marcada vinculación funcional relacionados con el principio *stare decisis*, que vincula a los funcionarios de la administración, como los operadores judiciales y particulares.

Este proceso constitucional, juegan un papel importante sobre todo los Jueces de Paz cuando deciden decretar la medida cautelar de la detención provisional al ser el primer “filtro” jurisdiccional, en que se puede objetar en un proceso constitucional de *hábeas corpus* cuando la detención ha sido ilegal o arbitraria por parte de dicha autoridad jurisdiccional.

En torno a estas actuaciones que involucran no solo a los jueces de paz, sino a los de instrucción, sentencia y/o Cámaras con competencia penal, la SC ha establecido líneas y criterios jurisprudenciales relativos a detención provisional los que hemos clasificado en aspectos prejudiciales y judiciales, a saber:

**ASPECTOS PREJUDICIALES: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS:**

<b>TIPO:</b>	<b>REFERENCIA:</b>	<b>CONTENIDO:</b>
Clásico o reparador	Los <i>leading cases</i> en este caso son las SHC 10-J-96 del 21/02/97 y 98-97 del 10/07/97 en las que resulta ilustrativo el caso de HC 70-98 del 19/03/1998.	En que la autoridad administrativa (Ministerio de Gobernación por ejemplo), ordena la captura de un extranjero y excede el arresto de los cinco días que señala el Art. 14 de la Cn.
Clásico o reparador	SHC 21-2000 del 11/04/2000.	Irrespeto de las formalidades esenciales en sede administrativa.
Clásico o reparador	SHC 123-2002 del 02/10/2002.	Aspectos que tienen que ver con la Policía Nacional Civil en lo relativo a la seguridad pública.

ASPECTOS JUDICIALES: JUECES DE PAZ

TIPO:	REFERENCIA:	CONTENIDO:
Clásico o reparador	SHC 34-2001 de fecha 25/02/2002	Cuando la PNC remite a sede judicial a la persona detenida en un plazo mayor a las 72 horas que señala el Art. 13 Cn.
Clásico o reparador	SHC 342-2000 del 28/05/2001	La situación en la cual el Juez de Paz finaliza la audiencia inicial excediendo el plazo de la detención para inquirir.
Clásico o reparador	SHC 15-2000 del 13/4/2000	Cuando la Fiscalía General de la República no acompaña al requerimiento todas las diligencias practicadas (incompletas).
Clásico o reparador	SHC 206-2001 de fecha 18/03/2002	La posibilidad de resolverse la detención provisional con solo la vista del requerimiento.
Clásico o reparador	SHC 123-2002 del 02/10/2002	La aclaración que el análisis y valoración del requerimiento le corresponde al Juez de Paz y no a la Sala de lo Constitucional.
Clásico o reparador	SHC 36-99 del 17/02/99;	La cuantía de las medidas cautelares reales es atribución del Juez y no de la Sala de lo Constitucional.
Clásico o reparador	SHC 145-2001 del 11/02/2002;	Detención provisional con prueba prohibida: intervenciones telefónicas.
Clásico o reparador	SHC 7-2001 del 29/10/2001	Prueba prohibida: ausencia del defensor al momento de practicar el anticipo de prueba.

Finalmente podemos señalar aspectos judiciales que concierne a otros jueces y/o tribunales entre los cuales podemos destacar:

TIPO:	REFERENCIA:	CONTENIDO:
Clásico o reparador	SHC 153-2002	Prohibición de doble juzgamiento (principio non bis in idem):
Clásico o reparador	58-99 del 1/09/99;	La procedencia del hábeas corpus cuando existe sentencia definitiva de naturaleza penal: en la RDC N° 32 (julio-septiembre de 1999 páginas 459 y ss.).
Clásico o reparador	SHC 15-2001 del 06/05/2002	Libertad condicional anticipada.

#### IV.- COLOFON:

Todos estos aspectos que hemos señalado acerca del principio *stare decisis* y la vinculación funcional y su proyección hacia la jurisdicción ordinaria, generan una gran importancia: el respeto a los precedentes constitucionales.

En un Estado constitucional de derecho este respeto debe ser no solamente de los jueces sino de los particulares y la administración. En El Salvador, pese a que no hay formalmente una norma que obligue a éstos a cumplirlo, la jurisprudencia ha ido perfilando el acatamiento de estas decisiones del máximo tribunal de justicia y ha tenido mucho eco.

En lo que respecta a los jueces podemos concluir que éstos han dado un paso más, han dejado de ser jueces de sus competencias respectivas y se han convertido en jueces de la constitucionalidad utilizando más, el mecanismo que la Constitución crea para ello: la posibilidad que puedan inaplicar tomando en cuenta el control difuso de constitucionalidad<sup>3</sup> y desde luego, las líneas y criterios establecidos por la Sala de lo Constitucional.

---

3. En la Constitución federal de 1921 se incluyó, por primera vez, lo relativo a la inaplicabilidad en el Art. 129: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en esta Constitución; pero de esta facultad sólo podrán hacer uso en los casos concretos en que tengan que pronunciar sentencia". Lógicamente, el Poder Judicial era ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los Tribunales inferiores que establecía la ley, según refería el Art. 120 de esa misma Constitución. En el ámbito de las Constituciones Republicanas, se reguló la misma norma en el Art. 128 de la Constitución de 1939: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, contraria a los preceptos constitucionales, en los casos en que tenga que pronunciar sentencia". En la Constitución de 1950 varía un poco la redacción en el Art. 95, así: "Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, contraria a los preceptos constitucionales". De la misma forma quedó consignado en el Art. 95 de la Constitución de 1962 y actualmente lo encontramos regulado en el Art. 185 Cn.

## 2. COMENTARIOS SOBRE EL MARCO NORMATIVO DE LA JUDICATURA

Lic. Mario Francisco Mena Méndez\*

Partiré de consensar con ustedes dos conceptos básicos que utilizaré al exponer el tema del estatuto judicial en El Salvador: primero, la definición del estatuto judicial y segundo, la carrera judicial.

### EL ESTATUTO JUDICIAL

Es el conjunto de normas que tiene por objeto el control democrático sobre la actividad judicial en sus relaciones con las personas y con los organismos que colaboran en su función con miras a asegurar tanto la independencia como la responsabilidad del Juez<sup>1</sup>.

González Granda, sobre la justificación del estatuto, menciona “Se considera que la instauración de un verdadero poder judicial requiere mejorar los mecanismos de control democrático de la actividad judicial, puesto que además del control de la legalidad de las resoluciones judiciales, el control del órgano jurisdiccional reducido al control de la conducta de sus titulares – por medio del instituto de la responsabilidad de los jueces – aparece desde la perspectiva del control democrático como insuficiente, <en cuanto no agotan la relación control-responsabilidad>”.

La regulación del estatuto del Juez se engloba básicamente en dos instituciones que comprenden al resto de sus disposiciones: la Carrera judicial y el Gobierno de la judicatura. Por razones del tema asignado a mi intervención me limitaré a reseñar lo pertinente a la Carrera Judicial.

### La carrera judicial<sup>2</sup>

1) Aspecto administrativo o formal de la carrera judicial<sup>3</sup>.

La carrera judicial fue un importante paso hacia el logro de que la

---

\* Intervención del Licenciado Mario Francisco Mena Méndez, agente auxiliar de la Procuraduría General de la República, en el Panel Foro sobre Independencia Judicial, realizado en San Salvador, el día 23 de abril del 2004.

1. Vid. González Granda, Piedad. <Independencia del juez y control de su actividad> Edit Tirant Lo Blanch. Valencia. 1993. p 135.

2. Sin embargo, no se debe soslayar que en los orígenes de la carrera su intención fue asegurar a los funcionarios la inamovilidad de su cargo para comprometer su lealtad con la élite política. Vid. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia; <Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia> Traducc. de Miguel Ángel Ruiz. Edit Santillana. Madrid. 1999. pp. 144 ss.

3. La Carrera judicial como instrumento de regulación de los jueces no es una herramienta necesaria en todos los Estados. La carrera está presente en aquellos Estados de tradición romano canónica y en los Estados del common law el sistema de administración es totalmente externo a la judicatura y tiene estas características: los jueces son escogidos entre abogados y profesores de derecho con experiencia personal de un número considerable de años y sobre la base de una buena reputación. Su independencia queda asegurada por el prestigio, la autoridad y la inamovilidad en el cargo y no existe la promoción al interior de la jerarquía judicial. Vid. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia; <Los Jueces y la Política. Poder Judicial y Democracia> ibid. P 46.

“prescripción” que el Juez “es” independiente se convirtiese en la descripción” de un hecho de la realidad.

La carrera judicial en su aspecto formal consiste en el ordenamiento jurídico relativo a los procesos básicos en que participan los funcionarios jurisdiccionales: ingreso, ascenso, promoción, responsabilidad, régimen disciplinario, cese de funciones, etc.

En esta perspectiva la carrera judicial es una pieza sustancial para la reproducción de la democracia cuando el nivel superior de los órganos de la administración de justicia, los otros órganos fundamentales del Estado<sup>4</sup>, la cultura política y la persona del Juez mismo asumen a conciencia el rol jurisdiccional de servir de garantía de los derechos de la persona. Si no existieren tales condiciones podría decirse que la Carrera Judicial solo sirve para regular un servicio público y “administrar” a un conjunto de funcionarios públicos, pero no sería un baluarte para sustentar la consolidación del Estado de Derecho<sup>5</sup>.

2) Aspecto sustancial o de garantía de subordinación del Juez a la Constitución.

La Carrera Judicial en su aspecto sustancial es una prioridad para el Estado porque es un instrumento para sostener la independencia del Juez y por esta vía reforzar la construcción de la democracia.

La presencia del aspecto sustancial de la carrera es más evidente en las garantías del derecho a la inamovilidad en el cargo y en la ausencia de perturbaciones de todo tipo a efecto de ofrecer al Juez las condiciones para preservar su independencia. Esta es la estrategia del Estado de Derecho para conseguir el cometido del constitucionalismo liberal de servir de contrapeso político a los otros órganos del Estado.

Si he traído aquí el tema del aspecto sustancial de la carrera judicial es porque quiero llamar la atención que no basta el aspecto meramente administrativo para darse por satisfecho en la regulación de este tema. Precisamente este segundo punto es el que más interesa en la construcción de una sociedad democrática.

## CONTROL JUDICIAL

El control sobre la judicatura es una actividad esencial en un Estado

4. En especial el órgano Ejecutivo ya que por su naturaleza de órgano que presta la mayor parte de los servicios públicos está más cercano a las necesidades de las personas y en esa medida ofrece soluciones “alternativas” a la administración de justicia, pero que no resuelven los problemas integralmente.

5. La realidad demuestra que el régimen de Carrera no en pocas oportunidades ha servido para fines de control político y aseguramiento de la fidelidad del Juez a intereses de la élite judicial ajenos a la Constitución. Francisco Díaz Rodríguez, ex-miembro del CNJ opina: “no existe una verdadera carrera judicial en El Salvador”, ya que faltan procedimientos objetivos que aseguren el ascenso por méritos, no existe escalafón judicial, falta una administración única de la carrera judicial y, sobre todo, son muy deficientes los mecanismos correctivos para hacer frente a la ineficacia y la corrupción judicial.” Vid. Popkin, Margaret <Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: Una perspectiva comparativa> En “Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial”. Publicación técnica de la USAID, Edic. 2002. p 221.

de Derecho democrático<sup>6</sup>. Este es el tema tal vez más complicado acerca de la relación funcional entre la administración de los miembros de la carrera judicial entendida como un servicio público y el principio de independencia judicial<sup>7</sup>.

Aunque los procesos administrativos de control son indiscutiblemente una necesidad para mejorar la eficiencia del servicio y la disciplina de los servidores públicos, jamás debe perderse la referencia que la administración de justicia no es un servicio en todo semejante a los demás servicios públicos que presta el Estado. Esta condición será el punto primordial en el estudio de estas tres formas de control que incluye la LCJ: La inspección, evaluación y el régimen disciplinario. Las dos primeras constituyen el control rutinario, preventivo, no sancionador y el tercero es el control que se aplica al incurrir el administrado en una infracción sancionada por ley. La distinción de las dos modalidades del control rutinario obedece al objeto que persigue con su aplicación.

### 1) La Inspección<sup>8</sup>

Contemplada en el capítulo octavo sobre control judicial, Art. 42 al 44 LCJ, consiste en verificar in situ la aplicación de los lineamientos administrativos y determinar su utilidad en términos de eficacia en la tramitación del proceso, el rendimiento en la utilización de los recursos materiales y humanos y la aplicación de las líneas burocráticas respecto a la administración del tribunal.

Desde el punto de vista formal el objeto de la inspección no está dirigido a evaluar a la persona del juez sino descubrir las debilidades y puntos críticos de los lineamientos de la dirección que emergen con su aplicación. Se trata de establecer si los lineamientos administrativos permiten a los operadores del sistema el aprovechamiento de los recursos para un rendimiento óptimo del tribunal y además identificar las dificultades para aplicar los mismos. El centro de atención en la inspección lo constituye la relación entre el cumplimiento del lineamiento administrativo y el rendimiento del tribunal. Las deficiencias y necesidades encontradas orientarían las correcciones sobre las líneas administrativas y no abarca el elemento humano que las aplica salvo casos excepcionales.

Según el texto de la ley, la inspección se diferencia de la evaluación en:

6. La doctrina en la palabra de Murillo apoya esta visión: "El Poder Judicial del Estado Social y Democrático de Derecho ha de ser fuerte, pues su contribución es más imponente de lo que ha sido nunca. Ha de ocupar el espacio que le corresponde, el que potencialmente tenía asignado desde los primeros momentos del régimen constitucional pero que solamente ahora ha empezado a ocupar en toda su extensión. Por eso, su independencia es fundamental y, en consecuencia, lo es la función del Consejo." Murillo de la Cueva, Pablo Lucas. "La experiencia europea del Consejo de la Magistratura", en <Revista del Poder Judicial> 3ª Época. Nº 52. edit. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1998. p. 68.

7. Ibáñez, Perfecto Andrés; Morilla Álvarez, Claudio; <El Poder Judicial> op. Cit. p 119.

8. Art. 42 LCJ. "Control Judicial. Objeto y oportunidad. El control judicial se hará por medio de inspección con el objeto de mantener una buena administración de justicia y determinar las deficiencias y necesidades que los distintos tribunales confrontan a fin de subsanarlas. Cuando la Corte lo considere oportuno y obligatoriamente una vez al año, visitará las Cámaras y Juzgados de Primera Instancia y de Paz para los efectos apuntados o podrá también encomendar al Consejo, a las Salas de la Corte, a las Cámaras y a los Jueces de Primera Instancia, con el auxilio de personal especializado, la realización de tales visitas".

- a) Normalmente se practica una vez al año.
- b) Su ejecución podría estar a cargo de los tribunales que administran la carrera, o por el Consejo, lo que le da el carácter de un acto gubernativo cuando está a cargo de los primeros.
- c) Tiene por objeto verificar las condiciones de trabajo del tribunal, respecto al uso de los recursos proporcionados por el Estado para la prestación del servicio así como la disciplina que ofrezca las condiciones adecuadas para las labores.

Por estas características la inspección no es el instrumento adecuado para establecer la idoneidad del funcionario<sup>9</sup>.

Sin embargo del Art. 23.1 LCJ se desprende una hipótesis contraria reforzada por los artículos 64, 67 y 68, de la LCNJ, cuya modalidad de control judicial es única y no distingue como la LCJ entre la inspección y la evaluación. Este no es un problema de semántica y el interés de resaltar la diferencia entre ambas modalidades es llamar la atención que una inspección no reúne la información necesaria y suficiente para modificar las condiciones de servicio de un Juez. Si se quiere recabar suficiente información la opción sería delegar la inspección al consejo el que la realiza agregando los parámetros de la evaluación que prescribe su ley<sup>10</sup>.

## 2) La evaluación<sup>11</sup>

Contenido en el capítulo nueve de la LCJ, es una especie de control judicial que según el Art. 45 su objeto será el elemento humano que presta el servicio público en la administración de justicia, pero comparte con la inspección el mismo parámetro de evaluar su funcionamiento en términos de rendimiento del tribunal<sup>12</sup>.

El objeto de la evaluación es identificar los méritos y las necesidades de capacitación del administrado, pero sin limitarse a las funciones administrativas y jurisdiccionales al frente del tribunal sino que observa además de la competencia profesional, la conducta pública y privada del funcionario.

A diferencia de la inspección, la evaluación es de carácter

9. El funcionario obedece las disposiciones normativas y no se puede sancionar si ha obrado con diligencia y siguiendo de buena fé el texto de la ley. La jurisprudencia constitucional dice al respecto: " (No es aplicable exigir en todos los casos la obediencia de los funcionarios a la Constitución) Por cuanto puede suceder que el funcionario no está, sea porque la ley secundaria no desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional." Sentencia de 26-VIII-98, Amparo 317-97.

10. Con la ventaja que el evaluado puede alegar sobre el contenido y resultado de la misma, Art. 42 LCJ; Art. 67 y 68 LCNJ.

11. Art. 45 LCJ. "La actividad judicial de los miembros de la Carrera estará sometida a evaluación permanente de su rendimiento, a fin de conocer méritos, detectar necesidades de capacitación o recomendar métodos que mejoren la administración de justicia. La evaluación se efectuará con la frecuencia que la Corte considere oportuna, pudiendo designar al Consejo para que la realice. La evaluación se hará en forma individualizada, tratándose de magistrados y jueces. La actividad de los demás funcionarios y empleados podrá ser evaluada de manera individual o general, considerando las tareas propias de cada clase o categoría de empleados."

12. "La carrera administrativa persigue conseguir la eficiente realización de las funciones estatales por el elemento humano que presta servicios personales al Estado y demás entes públicos en un régimen de supra-subordinación." Sentencia del 20-VI-99, Inc. 4-88.

permanente y a cargo de unidades técnicas. Por la forma prevista en la LCJ la modalidad evaluadora podría ser susceptible de lesión de la independencia judicial por las siguientes razones:

a) No existen medidas de contención para evitar que la evaluación se utilice abusivamente como arma de hostigamiento y acoso contra el juez.

La disposición del Art. 45.2 LCJ literalmente dice que la evaluación se practicará "con la frecuencia que la Corte considere oportuna"; sin matizaciones la norma podría legitimar esta desviación de su uso<sup>13</sup>.

b) Los conceptos indeterminados "capacidad e idoneidad" del Art. 46.a LCJ carecen de referentes explícitos de concreción.

El abuso podría ocurrir por imponer el criterio al evaluado que la capacidad e idoneidad exigiría conocimientos no relacionados con el ejercicio del cargo, vgr. que a un funcionario que ejerciere en el ámbito del derecho de familia demuestre conocimientos de especialización sobre derecho penal<sup>14</sup>.

Un modelo dentro del estatuto judicial acerca de referentes para orientar la interpretación de conceptos indeterminados está en el Art. 73 RLCNJ que puntualiza los criterios de interpretación de los conceptos de competencia, idoneidad y moralidad para los candidatos a magistrados de la Corte propuestos por el Consejo<sup>15</sup>.

c) no se contemplan fórmulas sobre la ponderación de los aspectos de la evaluación. La ponderación sería una herramienta de utilidad para la Corte por que si interesa medir la eficiencia y el rendimiento de los administrados, (en la perspectiva de incentivar a los mejores funcionarios, la aplicación de correctivos, etc.) la puntuación es una medida clave para superar el secretismo tanto en lo concerniente a las medidas de promoción como a las sancionatorias.

En síntesis, en materia de evaluación judicial la LCJ dispone de un marco de interpretación excesivamente abierto que aunado a la dispersión

13. Es importante no frustrar el desarrollo profesional del Juez para no estropear su espíritu de superación por conseguir la promoción y el ascenso que reflejen los méritos alcanzados con su trabajo.

14. Aunque las evaluaciones están limitadas al ámbito administrativo el riesgo de una evaluación sobre asuntos jurisdiccionales es muy alto porque el perfil profesional del personal técnico evaluador en el reglamento del CNJ solo pide "tener experiencia equivalente en la materia que corresponde evaluar" Art. 90 RLCNJ, cuando lo apropiado para garantizar una evaluación confiable sería exigir al evaluador cumplir con los mismos requisitos de la judicatura de la materia que corresponde evaluar.

15. Art. 73. RLCNJ. "Criterios para determinar competencia, idoneidad y moralidad. Son criterios para determinar notoria competencia e idoneidad de los candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en las diferentes ramas del Derecho, entre otros, los siguientes: a) Acreditar al menos diez años de ejercicio profesional en una rama específica del Derecho; b) Haberse dedicado a la docencia en instituciones de educación superior, o a la investigación jurídica, durante al menos cinco años en una rama específica del Derecho; c) Haber escrito, en forma individual, al menos dos obras o efectuado igual número de trabajos de ingación, de reconocida utilidad para la comunidad jurídica; d) Contar con reportes positivos sobre evaluación de desempeño en los cargos que ostenten o hayan ejercido, ya sea en el sistema de administración de justicia o cualquier otro cargo público o privado; y e) Contar con los informes favorables de las instituciones y dependencias correspondientes, relacionados con la conducta profesional y privada de los candidatos, a fin de establecer la moralidad notoria. La Unidad Técnica de Selección, a solicitud del Pleno, proporcionará la información respectiva para la determinación a que se refiere el presente artículo."

de las normas del estatuto de la judicatura, los graves errores de técnica legislativa y la ausencia de garantías para el evaluado, la evaluación podría convertirse fácilmente en un medio indirecto para obtener el sometimiento del Juez a otros intereses que rebasan la única vinculación que la democracia le impone: su vinculación a la Constitución y la ley.

### 3) EL REGIMEN DISCIPLINARIO<sup>16</sup>

Es la tercera modalidad de control judicial de la LCJ, Art. 49 y sigs. En orden a la posibilidad de alterar el ejercicio normal de la judicatura es el medio de control con mayor incidencia sobre el concepto de "papel judicial"<sup>17</sup> (a que más adelante me referiré) y por tanto de influir también sobre la efectividad del Órgano Judicial como instrumento para el equilibrio de los poderes públicos. Por esta razón aunque a todas las modalidades de control son exigibles las garantías suficientes<sup>18</sup> para el prevalecimiento del principio de independencia, es en el régimen disciplinario donde su presencia es de mayor valor para que su aplicación no se convierta en sinónimo de represión institucionalizada.

Si se tiene presente que el régimen disciplinario es una especie de la potestad punitiva exclusiva del Estado<sup>19</sup> y por otra parte, que el Órgano Judicial es el único órgano estatal que tiene prescrita su independencia, consecuentemente la potestad punitiva al interior del Régimen disciplinario, debería resultar morigerada por una serie de garantías especiales, dado el rango constitucional de la garantía de independencia del Órgano Judicial y la excepcionalidad de la función que compete a los jueces<sup>20</sup>.

Para González Granda, "La doctrina pone de manifiesto como el instrumento disciplinario en la moderna magistratura de inspiración francesa se ha dado en función de la jerarquía con finalidades de policía y para garantizar el orden interno del aparato bastante mas que en beneficio del administrado y no digamos de la independencia. Su función es una sujeción elástica, latente y penetrante que liga al Juez "hacia arriba" de otra parte, una sustancial garantía de impunidad del Juez hacia abajo que lo desvincula de una responsabilidad efectiva frente al usuario."

La Constitución no explicita en su texto la competencia para la

16. Para González Granda "La responsabilidad disciplinaria del Juez no tendría sentido de haber persistido el modelo de Montesquieu de judicatura con elección popular y duración temporal, sometido férreamente al mandato de la ley, sin la existencia de una "camera" o cuerpo de jueces profesionales, puesto que si desde la perspectiva del Juez electivo y temporal las formas de responsabilidad se reducían a la penal y civil, y sobre todo la política, la fundamentación de la responsabilidad del Juez en base a criterios de disciplina, es algo que forma parte del sistema judicial napoleónico que esta unido a esa articulación de la organización judicial como carrera. Vid. González Granda, Piedad. <Independencia del juez y control de su actividad> op cit. p 187.

17. Vid. El epígrafe con el mismo nombre en el capítulo I.

18. Vid. Ferrajoli, Luigi. <Derecho y Razón> Teoría del garantismo penal. Traducc. de Perfecto Andrés, Ibañez. Prólogo de Norberto Bobbio. Edit. Trotta. Valladolid. 2000. p. 856.

19. En El Salvador esta potestad tiene su base constitucional en el Art. 14 Cn: "Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad."

20. Vid. González Granda, op cit. p 88.

imposición de las sanciones, salvo para el caso de la remoción del cargo, que se atribuye a la CSJ<sup>21</sup>. No obstante los dos órganos que participan de la Administración de la Carrera Judicial, respetan el criterio sentado por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Inconstitucionalidad 5-99 que estableció para la CSJ esta competencia como una consecuencia de la atribución a la Corte de la medida de remoción del cargo.

Análisis crítico del régimen disciplinario de la LCJ

#### a) Severidad

El abanico sancionatorio de la LCJ es cerrado. Después de la medida de amonestación con que se castiga las infracciones menos graves la sanción que sigue inmediatamente es la suspensión en el ejercicio del cargo de tres a cinco días. La suspensión en el ejercicio del cargo es una medida contemplada en el Art. 420 de la LOPJ de España después de la amonestación, la multa y el traslado.

Otra muestra de severidad del sistema es que en la instrucción del procedimiento sancionatorio no se regula la intervención del Ministerio Público. Esta presencia moderaría el rigor de la Corte porque le demandaría mayor esfuerzo en fundamentar la sanción.

Una opción para equilibrar el interés de la administración de mantener la disciplina entre sus funcionarios y por la otra parte preservar el principio de independencia judicial podría ser la alternativa utilizada en la LOPJ de España cuyo régimen disciplinario tiene estas características:

- i) las anotaciones en el expediente del juez se cancelan pasado un número de años si además no ha habido durante este tiempo la imposición de otra sanción, y
- ii) El expediente disciplinario se promueve con la intervención del Ministerio Fiscal<sup>22</sup>.

#### b) Desproporcionalidad

El principio de independencia judicial es la matriz conceptual del estatuto de la judicatura. Toda garantía o restricción dentro del estatuto deberá reflejarlo para demostrar su pertinencia. Aplicando esta regla cabe anotar que las normas disciplinarias de la LCJ son

21. Art. 182 Constitución. "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 9ª. Nombrar a los magistrados de las cámaras de segunda instancia, jueces de primera instancia y jueces de paz de las temas que le proponga el Consejo Nacional de la Judicatura; a los médicos forenses y a los empleados de las dependencias de la misma; removerlos, conocer de sus renunciaciones y concederles licencias."

22. LOPJ España Art. 427 1. La anotación de la sanción de advertencia quedará cancelada por el transcurso del plazo de seis meses desde que adquirió firmeza, si durante ese tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a otro procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción. 2. La anotación de las restantes sanciones, con excepción de la de separación, podrá cancelarse, a instancia del interesado y oído el Ministerio Fiscal, cuando hayan transcurrido al menos uno, dos o cuatro años desde la imposición firme de la sanción, según que se trate de falta leve, grave o muy grave, y durante este tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a nuevo procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción. 3. La cancelación borraré el antecedente a todos los efectos.

desproporcionales puesto que a infracciones irrelevantes que no desdican la capacidad y la solvencia del Juez se aplica la dura pena de la suspensión, por ejemplo: en el Art. 51 LCJ, de las infracciones graves, solo el literal "e" se relaciona con la función jurisdiccional, el resto son incumplimientos de funciones colaterales del cargo, inofensivas si se puede decir, para la severidad de la sanción prevista y las consecuencias fatídicas en el historial del Juez.

### c) Represividad<sup>23</sup>

Las dos características anteriores llevan a esta tercera. El Régimen disciplinario no esta concebido para disuadir al administrado de incurrir en las infracciones que realmente dañan la imagen de independencia del órgano<sup>24</sup>.

Tampoco se incentiva la autodisciplina y el temor a la sanción es la única estrategia que le queda a la Corte para mantener la disciplina entre las filas de sus funcionarios.

Es conveniente que así como se concibe la figura de la rehabilitación para permitir el reingreso a la carrera judicial al funcionario removido del cargo cuando ha cumplido su sanción, en una escala menor pero muy semejante se posibilite al sancionado por infracciones menores, que no desdican su idoneidad y solvencia, recuperar un expediente de servicio nítido que no le impida acceder a promociones y ascensos.

A la democracia le conviene más la enmienda de un Juez por su autodisciplina y los incentivos laborales que la obediencia y docilidad del funcionario por la amenaza de una sanción drástica<sup>25</sup>.

---

23. Utilizando la conceptualización de Capelletti citado en Rico, J. M<sup>a</sup>; Salas, Luis; "Carrera judicial en América Latina" vid. <La independencia judicial en América Latina: Replanteamiento de un tema tradicional>. Colección Monografías II. Edit Centro para la Administración de Justicia. Miami. 1990. p. 16.

24. Salvo la controvertida medida de "prevención" del Art. 49.2 LCJ.

25. Al respecto González Granda afirma: "teniendo en cuenta que la actuación jurisdiccional de los jueces rechaza como contrario a su esencia cualquier tipo de control que no sea un control jurídico, incluso el control que supone la potestad disciplinaria habrá de ejercerse con el cuidado absolutamente exquisito de no convertir esa potestad gubernativa en una superior instancia revisora de las actuaciones a través del prisma sancionador, procedimiento absolutamente totalitario y por tanto acampado a extramuros del Estado de Derecho pero siempre amenazado por este." González, Granda. Op, cit. p 193.

### 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Dr. Borja Mapelli Caffarena\*

#### SUMARIO

1.- Consideraciones generales. 2.- Naturaleza jurídica. 3.- Las consecuencias civiles de cometer un delito. 4.- Las personas que incurrir en responsabilidad civil: responsables directos y subsidiarios. 5.- La responsabilidad civil de las personas jurídicas: especial consideración de la responsabilidad civil del Estado. 6.- Formas de cumplir la responsabilidad civil. Solidaria; transmisión; repetición; extinción. 7.- Derechos de preferencia.

---

\* Conferencia organizada por el Consejo Nacional de la Judicatura, en el marco de la celebración del Décimo Aniversario de su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". Dirigida por el Doctor Borja Mapelli Caffarena, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España, el 27 de mayo de 2004, en San Salvador.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

A.- Del delito no sólo se derivan penas y medidas, sino también la responsabilidad civil. La diferencia entre una y otra no puede encontrarse en la antijuridicidad ya que la ilicitud es una sola para todo el sistema jurídico. Por tanto, no responde a razones de orden cualitativo –sino cuantitativo- los distintos contenidos de una y otra responsabilidad. No obstante, constituye casi una tradición las críticas de los civilistas a esta decisión del legislador de extraer del ámbito de las normas civiles la regulación de la responsabilidad *ex delicto*, como si se tratara de un cuerpo extraño.

A pesar de que la evolución de una y otra responsabilidad siguen caminos cada vez más confluyentes, en lo que se podría considerar un acercamiento hacia posiciones monistas, todavía es posible establecer diferencias perceptibles tanto en relación con las finalidades de uno y otro instituto, como en las garantías que acompaña su aplicación:

- Las penas y medidas se dirigen al individuo para procurar que en el futuro no delinca, es por esto que se reducen al autor del delito (“la pena debe producir una herida, el resarcimiento del daño curar otra”, señalaba Binding).
- La responsabilidad civil se dirige al patrimonio del autor para procurar que repare los daños del delito y puede buscar el patrimonio aunque se encuentre en manos de terceros (carácter patrimonial).

Desde el punto de vista de las garantías, las penas y las medidas han de tener como límite la responsabilidad por el hecho, aunque para las medidas por la raigambre del positivismo naturalista no se acepta plenamente.

La sanción civil, por el contrario, se rige por el principio del daño causado, este es su límite para evitar el abuso del Derecho y la arbitrariedad.

Por estas razones, la pena y la medida tienen carácter público y públicas son también las acciones penales, mientras que la responsabilidad civil es privada y sólo la persona afectada puede ejercer la acción civil.

A pesar de que desde una óptica político criminal, como veremos a continuación, parece saludable mantener esta particular situación en la que dentro del proceso penal se sustancie la responsabilidad civil, no les falta razón a los civilistas cuando critican la defectuosa regulación que de ella hace el Código Penal. La determinación del contenido de la responsabilidad o de los sujetos responsables se mantiene inalterada en este texto, sin tener en cuenta la evolución que ha seguido en las normas civiles, dándose la inexplicable paradoja de que resulta más objetiva la responsabilidad civil derivada del delito, que el régimen general.

B.- Unidad procesal de la acción civil y penal. De acuerdo con el Art. 42 (Cproc.penal) señala que “la acción se ejercerá por regla general dentro del proceso penal” y el Art. 43 dice “si el ofendido o su representante legal ejerciere la acción penal por medio de la querrela, se entenderá que también ejerce la acción civil a menos que expresamente renuncie a ella”.

Este sistema de unidad procesal de las acciones civil y penal, que

no tiene relación alguna con lo que señalábamos en el apartado anterior de la regulación en el Código Penal de la responsabilidad civil derivada del delito, en la medida que podrían hacerse compatibles la unidad de acción y una cláusula de remisión general a las normas civiles para su regulación, es coherente con la unidad de injusto y con las diferencias solo cuantitativas entre ambas responsabilidades.

La unidad procesal presenta las siguientes ventajas:

- Simplificación del procedimiento. La vinculación entre las dos responsabilidades a determinar por el mismo órgano judicial en la sentencia, simplifica las prácticas de pruebas y el tiempo del procedimiento.
- Eficacia. El Estado a través de la justicia penal se obliga a prestar una protección eficaz a los bienes jurídicos.
- Fomento del interés de la víctima en el proceso penal. La Criminología ha investigado la conveniencia de romper la disociación víctima/delincuente. La víctima en el modelo de separación de las acciones se encuentra excesivamente desintegrada dentro del proceso penal, lo que da lugar a que en muchas ocasiones lo vea, no lo entienda, ni se identifique con las pretensiones que en él se suscitan.
- Visión integradora. Civil o penal la responsabilidad debe de concebirse de forma integrada y totalizadora ya que la responsabilidad civil coincide con la pena en su función intimidatoria.

Frente a estas ventajas la experiencia permite hoy añadir algunos aspectos críticos al sistema de unidad procesal de ambas acciones.

- La determinación de la responsabilidad civil se convierte en un objeto extraño dentro del proceso penal, con criterios de prueba y procedimientos distintos, esta circunstancia da lugar a un cierto abandono y relegación por parte del juez de lo penal.
- En ocasiones se abusa de la jurisdicción penal para asegurar exclusivamente la satisfacción de la responsabilidad civil ya que la justicia penal es gratuita, más ágil y más cómoda porque el propio juez propone y práctica las pruebas.

## **2. NATURALEZA JURÍDICA.**

Pese a la unidad procesal y a la regulación conjunta dentro del CP, no deben de confundirse la naturaleza de ambas responsabilidades, aunque así se propuso desde las filas del positivismo jurídico.

A favor de la naturaleza penal se han dado los siguientes argumentos:

- Identidad de presupuesto. Tiene la responsabilidad civil como presupuesto un delito.
- Vinculación sustantiva. La vinculación entre ambos es de naturaleza

sustantiva. En no pocas ocasiones el juez para determinar la responsabilidad penal atiende a criterios civiles como el del perjuicio producido (estafa, 215), también la rehabilitación o la obtención de ciertos beneficios no tienen lugar en tanto no hayan sido satisfechas las responsabilidades civiles.

- La responsabilidad civil tiende a jugar un papel muy importante en las nuevas propuestas de división del proceso penal. Con la primera fase de ámbito judicial (declaración de la culpabilidad) y otra segunda fase de carácter preventiva (declaración de las consecuencias jurídicas) de ámbito técnico en el que mediante la mediación se pacta una solución.
- La responsabilidad civil derivada del delito no se reduce a las funciones comunes de la responsabilidad civil general sino que trasciende a las mismas cumpliendo funciones propias de la pena, como la intimidación y la prevención especial. Incluso desde una óptica preventivo general, hoy se procura el pago efectivo de las indemnizaciones para dar una imagen ecuánime de la justicia –perspectiva victimológica– no sólo preocupada por la resocialización del delincuente, sino también de la víctima.

A pesar de todas estas consideraciones que dejan entrever como las categorías clásicas del derecho, polarizadas entre lo privado y lo público, están cada vez más cuestionadas, de manera que interesa más la eficacia y el servicio social en el marco de unas garantías que los conceptos y las categorías, las razones más sólidas apoyan la tesis de que nos encontramos ante un instituto de naturaleza civil:

- No es exacto que la responsabilidad civil derive de un delito, sino de un hecho ilícito que al mismo tiempo genera responsabilidad penal y civil (parecido al concurso ideal). De la misma manera que otros institutos jurídicos derivan del delito –detenciones– y no son de naturaleza penal, sino procesal.
- Desde una perspectiva formal y positiva, no hay dudas de la naturaleza civil de la responsabilidad. Basta señalar lo indicado por el Art. 125 CP “la extinción de la responsabilidad penal no lleva consigo la extinción de la civil, la cual se rige por las leyes civiles”.

La naturaleza civil obliga a resolver, de acuerdo con las normas civiles, numerosos problemas que encuentran una solución distinta para el derecho penal. Ejs: transmisibilidad de la responsabilidad civil a los herederos; posibilidad de renuncia de la acción; extinción de la responsabilidad civil. Por el contrario, al negársele la naturaleza penal a la responsabilidad civil esta queda excluida de muchas reglas del Código, tales como extensión de los beneficios penales; plazos de prescripción, indultos, etc.

### **3. LAS CONSECUENCIAS CIVILES DE COMETER UN DELITO.**

A.- La ejecución de una infracción penal dará lugar a la responsabilidad civil (Art. 114 CP). Tanto cuando se trata de una acción pública (Art. 43 CPP), como privada (Art. 44 CPP) la acción civil puede

ejercerse junto con la penal, si bien cuando en los delitos perseguibles a instancia de parte se ejerce solo la acción civil se entiende renunciada la penal (Art. 44 CPP).

El contenido del Art. 114 CP puede crear cierta confusión o extraerse de él conclusiones excesivamente amplias por lo que conviene hacer algunas matizaciones al respecto. No es cierto, que de toda infracción penal se derive una responsabilidad civil. Ello solo sucede cuando la misma ha originado un perjuicio o la obligación de restituir. Tampoco es cierto que en el origen de la responsabilidad civil se encuentre la comisión de un delito o falta, ya que también puede ser responsables quienes no han cometido infracciones penales. Como tampoco lo es del todo, que la responsabilidad civil se rija por lo dicho en el CP exclusivamente, pues como el mismo CP reconoce en cuestiones de extinción se seguirán las leyes civiles.

La comisión de un hecho delictivo puede, eventualmente, dar lugar a otro tipo de responsabilidades civiles que no se encuentran reguladas en este capítulo del Código Penal, ni en ningún otro, sino en las normas civiles. Este es el caso de las consecuencias en el ámbito de las relaciones familiares –manutención, filiación, sucesión, etc.- o sucesorias que se derivan de la comisión de ciertos hechos delictivos que afectan al núcleo familiar.

El acusador particular puede ejercitar la acción civil exclusivamente dentro del proceso penal, si bien en este caso sus derechos como parte se ven reducidos a los aspectos civiles del proceso penal.

B.- No hay coincidencia entre el objeto de protección de ambas responsabilidades, por lo tanto no deben confundirse el objeto indemnizable, ni con el bien jurídico, ni con el objeto del delito. Quien por injuria produce una merma en un profesional, responde por dos conceptos distintos: el honor –ámbito penal- y el perjuicio económico –ámbito civil-. En ocasiones pueden coincidir, como sucede en los delitos patrimoniales o en los delitos de lesiones a las personas.

C.- La pretensión civil ha de fundarse en los siguientes presupuestos:

1. Existencia real de perjuicios. No todo delito lleva implícitos daños (delitos contra el estado; delitos en grados imperfectos de ejecución; autodelitos –autolesiones, autoaborto-, delitos de peligro, etc.).
2. La cuantía de los mismos. Si no se fundamenta la cuantía de los daños deberá darse acceso a la revisión de la cuantía señalada por vía de recurso.
3. La fundamentación de los hechos cuando solo son constitutivos de culpa *in negligendo*.
4. La existencia de una conducta –activa u omisiva- que haya sido considerada como típica por el órgano judicial y la constatación de una relación de causa a efecto entre los hechos y el daño o perjuicio. La relación de causalidad puede resolverse también mediante el criterio de imputación objetiva.
5. La persona imputable civilmente. Para que podamos hablar de

responsabilidad civil es preciso que a lo largo del procedimiento pueda identificarse la persona responsable, que como veremos no necesariamente coincide con la que es penalmente responsable.

D.- Consecuencias civiles. El contenido de la responsabilidad civil derivada del delito puede presentar las tres siguientes formas (Art. 115 CP):

1. La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o, en su defecto, el pago del respectivo valor.

Tiene el mismo carácter procesal que la acción civil reivindicatoria de cosa mueble, si bien las posibilidades de recuperación son aquí mayores. Además tiene un carácter preferente respecto de las otras dos manifestaciones de la responsabilidad civil. La restitución no será posible por dos tipos de razones:

- Físicas. Si la cosa ha desaparecido o ha sido destruida.
- Jurídica. Cuando ha pasado su titularidad a terceros de buena fé –“por medios legales”. Incluso, en este último supuesto, la restitución es posible siempre que se le indemnice a sus nuevos poseedores por el pago hecho en su adquisición mediante la repercusión en el responsable del delito. Tan solo sería imposible la restitución frente al tercero de buena fe cuando haya prescrito la acción civil.

La restitución –a pesar de lo que dice el Art. 115.1- ha de ser de cosa y además de la misma cosa. En caso de devolverse una cosa del mismo género, pero de distinta individualidad ya no es posible hablar de restitución, sino de indemnización. Esta distinción tiene un particular relieve en el ámbito penal de la responsabilidad civil en la medida en que la restitución merece una especial protección, incluso, frente a los terceros.

La restitución no debe entenderse siempre en la devolución de la cosa a quien la tenía en su poder antes del delito. Si bien esta es la regla general, en algunos supuestos delictivos –como la apropiación indebida- ello no puede ser así.

El CP se refiere a cosa, con lo que queda excluida de la restitución la devolución de dinero, salvo que el dinero tenga no valor de cambio, sino valor histórico, cultural o artístico.

El responsable civil tendrá que hacer frente a los deterioros o menoscabo que haya sufrido la cosa. Solo los que haya sufrido la cosa y siempre que no se demuestre que dichos deterioros tienen su origen en un accidente fortuito. También deberá probarse que los menoscabos han sido originados por quien tiene la obligación de indemnizar.

Las mejoras no son restituibles salvo que resulten inseparables de la cosa. En caso de estar hechas por el titular de buena fe deberán de ser objeto de indemnización. Al responsable del delito no se le presume buena fe en relación con dichas mejoras.

2. La reparación del daño que se haya causado. En realidad la reparación puede considerarse una subespecie de la indemnización, de manera que de no citarse explícitamente los supuestos de reparación hubieran sido resueltos dentro de la indemnización. De hecho el propio CP emplea indistintamente una y otra expresión, como ocurre con el Art. 122 que se refiere a la transmisión a los herederos de las obligaciones reparatorias, lo cual es también extensivo a las indemnizatorias.

La reparación va referida a las cosas, mientras que la indemnización a las personas.

La reparación tendrá en cuenta “el precio de la cosa y la afcción del agraviado (Art. 115 CP). Por tanto reconoce la reparación también de los daños morales. Respecto de estos últimos es especialmente relevante su acreditación para evitar que se convierta en un enriquecimiento inmoral. Los daños morales pueden tener una repercusión de orden material –dolor, descrédito profesional- o puramente ideal –honor, honestidad, propia imagen-. El daño moral solo puede ser reestablecido mediante una valoración global de discrecional apreciación por el órgano judicial.

En los sistemas penales anglosajones la reparación se ha convertido en una actividad con un alcance superior a la mera responsabilidad civil. De manera que un acuerdo reparator puede, en muchos casos, evitar la imposición de la pena o su ejecución. Estos datos no pueden perderse de vista cuando se analizan modernas - aunque con importantes antecedentes- aportaciones tendentes a reforzar el papel de la indemnización, que de simple reparación del daño podría constituirse en un medio de aproximación de la víctima al delincuente (BERISTAIN) o, incluso, de eficaz y no marginalizador sustitutivo de la pena (HULSMAN).

Independientemente de su cuantía el modo de reparar estará siempre condicionado a las posibilidades del culpable. Nada dice, en cambio, el CP sobre la posibilidad de que la reparación pueda consistir también en el desarrollo o en la omisión de un hacer.

A veces el legislador contempla supuestos específicos de reparación en relación con determinados delitos, como sucede con la publicación de la sentencia condenatoria en los delitos contra el honor o con la reconstrucción del medio en los delitos ecológicos. Sin embargo, no está claro si se trata en estos casos de una manifestación reparatoria o bien de una pena.

3. La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales o morales. La indemnización es el concepto más amplio dentro de la responsabilidad civil.

Tres son los criterios que debe tener en cuenta el juez para fijar la cuantía de la indemnización (Art. 115 CP):

- Entidad del perjuicio.

- Necesidades de la víctima. Dentro de las necesidades de la víctima debe entenderse incluida la de sus familiares, ya que ellos son también sujetos indemnizables
- Beneficio obtenido con el delito. Este último criterio está en relación con el lucro cesante, de manera que solo se contabilizará a estos efectos los beneficios legales obtenidos por el delincuente, pero no los ilegales.

Precisamente para evitar una extensión desmesurada de ese círculo, los Tribunales tienen el criterio de que la indemnización por daños morales a los padres por muerte del hijo sólo cabe por inexistencia de otros perjudicados más directos, pues obrar de otro modo sería abrir un peligroso portillo en el ámbito de la responsabilidad civil, extendiendo la indemnización no sólo a los familiares más próximos, sino incluso a todas aquellas personas que se hallasen ligadas por vínculos afectivos o parentales con el muerto.

Los sujetos indemnizables pueden ser el perjudicado, su familia o una tercera persona. Como señala el código se transmite a los herederos el derecho de exigir la indemnización en los mismos términos que señala el Código civil. Para ser indemnizable basta con haber sufrido un perjuicio originado directamente por la comisión de la infracción, con independencia de que se sea o no heredero de la víctima.

Ahora bien, con relación al derecho de terceros -familiares o no- debe tenerse en cuenta la relación directa del perjuicio con el delito. No se puede pretender indemnización el titular de un crédito contra la víctima fallecida. También, de la estricta consideración de la relación jurídica de seguros resulta que el asegurador no merece a estos efectos la consideración de tercero, ya que el pago efectuado por él no supone sino el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato, como contrapartida las primas a cuya satisfacción se obligó el asegurado.

En el caso de que una sentencia penal haya sido revisada por recurso, el Art. 439 CPP solo permite que se indemnice en el marco de la responsabilidad civil al imputado y sus herederos que hayan podido ser perjudicados por la sentencia recurrida.

#### 4. Las costas procesales.

Las costas procesales no aparecen descritas en el CP, pero si en el CPP, según el cual consistirán en “los honorarios devengados en el procedimiento y los otros gastos que hayan originado durante su tramitación”. Las partes proponen al tribunal la cuantía de las mismas y este lo incorpora a la sentencia si no resultan impugnadas por cualquiera de las partes en un plazo de tres días (Art. 452 CPP).

En realidad las costas procesales no son propiamente responsabilidad civil, no solo porque no se derivan del delito directamente, sino porque su regulación presenta diferencias

sustanciales con respecto a la indemnización. Aquí, por ejemplo, si es posible que el tribunal exima, total o parcialmente, de su pago (Art. 449 CPP), sólo se menciona a la parte vencida como obligada a satisfacer las costas y contempla su extensión, en ciertos casos a los fiscales, los defensores y mandatarios (Art. 450 CPP)

Su pago corresponde, por ley (Art. 449 CPP), a la parte vencida, criminalmente responsable de todo delito o falta (Art. 109 CP), pero es preceptivo que se resuelva sobre las mismas en todo auto o sentencia que ponga término a la causa o a cualquiera de sus incidentes, señalando, cuando los obligados fueren varios, la parte proporcional de que cada uno ha de corresponder (Art. 451 CPP).

E.- Existen algunos delitos que tienen sus propias normas de determinación de la responsabilidad civil. Así el Art. 174 en relación con los delitos contra la libertad sexual establece como formas específicas de "indemnización" los gastos médicos de las víctimas y la manutención durante la baja laboral. Estas disposiciones no pueden entenderse como excepciones a las normas generales, sino todo lo contrario. Otro tanto cabe decir del delito ecológico para el que el legislador prevé la obligación de restaurar el equilibrio perturbado (Art. 263 CP).

#### **4. LAS PERSONAS QUE INCURREN EN RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABLES DIRECTOS Y SUBSIDIARIOS.**

El CP distingue dos grupos de personas civilmente responsables. Como principio general establece que toda persona que ha sido responsable penal, lo será también civilmente, si bien esto es objeto de una rica variedad de matices y excepciones.

La primera diferenciación que establece el CP es entre los responsables directos y los subsidiarios. Cuando se dicta una sentencia absolutoria por concurrir algunas de las eximentes aquí contempladas, el órgano judicial deberá determinar a pesar de la absolución penal, la responsabilidad civil ya que otras personas tendrán que hacer frente a la misma.

##### **a.- Responsables directos.**

Junto a los responsables penales, también serán responsables civiles directos sus herederos.

Las personas jurídicas que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias como consecuencia de un hecho previsto en la ley penal (Art. 116 CP), hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o pactada. Se trata de seguros de tráfico o en el ámbito profesional que cubre los riesgos de infracciones imprudentes. En los casos de coautoría se da una responsabilidad civil compartida entre la persona jurídica y el resto de los coautores no asegurados.

Las eximentes no referidas en la siguiente relación no dan origen ni a responsabilidad penal ni civil, lo que es lógico ya que la antijuricidad es un juicio único y universal que afecta a todas las ramas del derecho, de manera que lo que es declarado justo para el derecho penal también lo es para el civil.

- Art. 27.3. Estado de Necesidad. Serán responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio recibido. Esta posibilidad no es una excepción al principio general de la antijuridicidad única, sino que responde al principio civilístico de enriquecimiento sin causa, pues se exige no a quien realizó los hechos, sino al beneficiado.
- Art. 27.4. Causa de Exculpación. Cuando concurre una causa de exculpación son responsables subsidiarios los que tengan a los autores o partícipes bajo su responsabilidad o guarda legal y haya habido en relación con los hechos como culpa *in vigilando*. Se incluyen aquí tanto los casos de menores de edad, como los mayores de edad que aun están bajo la patria potestad o tutela. La existencia de culpa hace justificable que la responsabilidad de los tutores fuera solidaria y no subsidiaria. No se contempla como un supuesto específico el de exculpación por sicotrópicos, de manera que queda la solución deberá venir de la mano de aplicar las reglas generales según las cuales quien comete un delito en ese estado realiza un hecho injusto, pero exculpado y en consecuencia será responsable civil directo del mismo.
- Art. 27.5. No exigibilidad de otra conducta. En estos casos será responsable quien haya provocado con su conducta el estado de no exigibilidad.
- Tampoco está expresamente resuelto los casos de error de tipo y de prohibición, como quiera que en ambos supuestos permanece inalterado el injusto no hay problemas para hacer responsable al autor y no a quien origino el error de la responsabilidad civil. Por supuesto siempre que quien da lugar al error no sea penalmente responsable y con la salvedad de que si no llega a serlo el autor pueda repercutir sobre este.

#### b.- Responsabilidad civil subsidiaria.

Se trata de un conjunto diverso de situaciones que sólo tienen en común el interés del legislador por evitar que finalmente, no pueda satisfacerse la responsabilidad civil, para ello prevé otras personas responsables distintas de quien cometió los hechos que guardaran con este una relación de subsidiaridad. Como señala el Art. 119 CP la cuantía en estos casos será la misma que para el responsable directo.

Distingue el CP entre la responsabilidad civil subsidiaria común, cuando el responsable es una persona física, y especial, cuando es una persona jurídica (Arts. 119-121 CP).

#### 1. Común.

El supuesto contemplado en el Art. 117 bajo el epígrafe de “otros responsables” debería estar incluido dentro de este grupo ya que se trata de personas físicas con responsabilidad subsidiaria. Quizás el legislador no lo ha hecho ahí porque en el caso de los tutores tan solo tiene que concurrir la negligencia, mientras que en los supuestos de relaciones laborales o de enriquecimiento injusto del Art. 120 se exigen otros requisitos.

- Relación laboral. Para que pueda aplicarse esta responsabilidad subsidiaria es preciso que concurren ciertos presupuestos:

- Que el delito se haya cometido dentro del establecimiento o fuera pero en razón de la actividad laboral. Del texto parece desprenderse que en los delitos cometidos dentro del establecimiento la responsabilidad surge aun cuando los hechos no guarden relación con el servicio que presta el empleado, basándose, en este caso, en una responsabilidad *in vigilando*, aunque no se menciona esta. No exige en cambio el CP que se haya cometido por el autor aprovechando el incumplimiento de las normas correspondientes, lo cual sitúa al empresario en una suerte de responsabilidad objetiva por los hechos cometidos por sus empleados. No obstante, se puede entender que en estos casos de falta de cumplimiento normativo el fundamento de la responsabilidad empresarial se encontraría en la culpa *in eligendo*.
- Que existe una relación laboral vigente.

La responsabilidad empresarial es compatible con lo dicho en el Art. 38 CP de manera que si el directivo o el administrador en virtud de este precepto resultará penalmente responsable de los hechos, su responsabilidad civil ya no será subsidiaria, sino directa.

- Participación lucrativa en los beneficios del delito (Art. 120.2 CP).

La función fundamental de este precepto es servir de tipo de captación o figura previsor de todas aquellas conductas de participación lucrativa en los efectos de una infracción penal que no lleguen a constituir autoría o participación y que no sean constitutivas de los delitos de receptación o conductas afines.

El tercero ajeno al delito no conoce la procedencia ilícita del negocio jurídico que le beneficia. No se trata propiamente de una responsabilidad, sino de la obligación *ex delicto* de restitución o indemnización para evitar el enriquecimiento injusto.

Parece más lógico que la responsabilidad fuera en estos casos directa y no subsidiaria, aunque limitada hasta donde alcanzó el beneficio. El límite del beneficio obtenido no afecta a la restitución.

## 2. Especial (Art. 121 CP).

Se contempla dentro de este apartado dos supuestos:

- El primero de ellos tan solo difiere del supuesto de responsabilidad común frente a los empleados en el hecho de que la persona responsable no es física, sino jurídica.

No obstante, diferencia en un segundo apartado los casos de los administradores, gerentes o personeros legales que “resulten responsables de los hechos punibles”. También aquí hay que hacer extensible los presupuestos de que el delito se cometa en la prestación del servicio.

Nos resulta innecesaria la referencia que se hace a las leyes especiales (Art. 121.2.3 CP) ya que los términos en los que aparece referida la relación laboral son muy amplios.

- El segundo caso plantea el problema de la responsabilidad de la Administración por los delitos cometidos por los funcionarios, que por su importancia estudiaremos en el siguiente apartado.

## **5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.**

El último párrafo del Art. 121 se reserva a regular los términos de la responsabilidad del Estado frente a las conductas irregulares de sus empleados. Inicialmente, se reconoce que el Estado está subsidiariamente obligado por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por estos. La responsabilidad se extiende también a todas las administraciones tanto la estatal, como las instituciones públicas autónomas, como a la municipal.

La responsabilidad aparece condicionada a que así lo disponga expresamente la ley. Resulta un privilegio injustificado en beneficio de la Administración que no se cumple, como hemos visto, en relación con el sector privado.

La Administración es responsable tanto por la conducta de los funcionarios, como del personal contratado.

Generalmente, la Administración se ha visto amparada frente a la demanda de los perjudicados por una parte, por la propia lentitud del procedimiento y, por otra, por el requisito de la condena previa del funcionario. Además, el carácter subsidiario de esta indemnización obliga a declarar previamente la insolvencia del funcionario antes de acudir a la responsabilidad del Estado. Por el contrario, la legislación debiera permitir al perjudicado ir a la par contra el funcionario y la propia administración.

La cláusula “en el desempeño del cargo” también ha servido como estrategia al Estado para negar la responsabilidad en los casos de personal armado, que pueden portar armas fuera de servicio gracias a la licencia administrativa. Si el delito es cometido en esas circunstancias, se entiende que el funcionario no estaba desempeñando servicio alguno y la Administración no asume, ni subsidiariamente, la responsabilidad. Sin

embargo, en esos casos el fundamento de la responsabilidad no esta en el desempeño del cargo, sino en la culpa *in eligendo*.

## **6. FORMAS DE CUMPLIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SOLIDARIA; TRANSMISIÓN; REPETICIÓN; EXTINCIÓN.**

a.- La responsabilidad de un delito o falta tendrá carácter solidario entre los declarados penalmente responsables como autores o partícipes. (Art. 118 CP). El órgano judicial es libre a la hora de determinar la cuota de responsabilidad civil de cada uno de los que han participado en el delito, para ello se tendrá en cuenta la proporción de su contribución al resultado. De manera que, en base al principio de proporcionalidad, la cuota será mayor cuanto mayor sea la responsabilidad penal. El Art. 118 CP se refiere al resultado para destacar que es este el que causa el daño o perjuicio indemnizable; no obstante, la expresión resultado debe entenderse en sentido jurídico y no material ya que los delitos de mera actividad –calumnia e injurias- también causan perjuicios y carecen de resultado en sentido material.

La responsabilidad es solidaria, lo que significa que el perjudicado podrá dirigirse contra todos los deudores para exigirle su correspondiente cuota o bien contra cualquiera de ellos para exigir la suma total de la indemnización, sin perjuicio de que el demandado en primer lugar, pueda posteriormente repetir contra los demás las cuotas correspondientes (Art. 124 CP). Así pues, no hay subsidiaridad entre los distintos niveles de participación en el delito –autores, cooperadores, cómplices, etc.-.

b.- Tratándose de una responsabilidad de naturaleza civil, no nos debe de extrañar que esta se transmita tanto a los herederos del deudor, como a los del acreedor, gravando los bienes sucesorales (Art. 122 CP). Se refiere el legislador a la reparación dando lugar a una interpretación *sensu contraria* errónea ya que también la restitución y la indemnización se transmiten a los herederos.

c.- El Art. 125 se refiere a la independencia en los criterios de extinción de las responsabilidades civiles y penales. En este sentido puede considerarse innecesario salvo para reforzar la idea de que nos encontramos ante un instituto de indubitada naturaleza civil.

## **7. DERECHOS DE PREFERENCIA.**

El contenido del Art. 123 tiene un alcance superior al del tema de la responsabilidad civil, ya que en él se aborda una prelación en los pagos a cargo del patrimonio del responsable previsto para cuando el patrimonio no alcanza a cubrir la totalidad de la deuda, que incluye la multa que es una pena.

El orden es el siguiente:

- 1.La indemnización y reparación de los daños y perjuicios.
- 2.El pago de la multa.
- 3.El resarcimiento de los gastos que se hubieren hecho por cuenta

del proceso.

El último lugar que se da a las costas procesales, a pesar de ser calificadas como responsabilidad civil son una prueba de la distinta naturaleza que concurre en ellas. En todo caso, dentro del apartado tercero no solo se incluyen los gastos que el proceso ha originado a la administración de justicia, sino también a las costas del acusador particular, en especial en los delitos perseguibles a instancias de parte y las propias costas que haya generado la defensa del acusado.

La ubicación de la multa en segundo lugar nos parece la adecuada, teniendo en cuenta que en caso de impago ello se traduce en RPSIM. De no ser por esta razón entenderíamos que debería ocupar el último lugar de la prelación.

Esta prelación está pensando exclusivamente en el patrimonio del condenado, único a quien le corresponde el pago de la multa, la cual no es de aplicación a los responsables civiles que carezcan de responsabilidad penal.

## 4. LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Dr. Fernando Escribano Mora\*

Mis primeras palabras han de ir necesariamente dirigidas a agradecer al Consejo Nacional de la Judicatura, a la Escuela de Capacitación Judicial y al PNUD su invitación para participar dentro del Programa de Formación inicial en un nuevo curso sobre la Prueba en el Derecho Privado y para pronunciar estas palabras.

Siempre es para mí una satisfacción venir a El Salvador, donde ya me siento como en mi casa rodeado de amigos y compañeros queridos y admirados, y colaborar modestamente a uno de los empeños que creo de más importancia para la realización verdadera del Estado de Derecho: la consolidación de una carrera judicial formada por jueces y magistrados debidamente capacitados y preparados para solucionar los conflictos que les someten los ciudadanos.

Quiero agradecer, en segundo lugar, esta nutrida asistencia para escuchar mis palabras que, no tienen más autoridad que la que puede tener un magistrado español, que también es profesor y que trata de reflexionar sobre un problema desde una experiencia profesional determinada.

### PROPÓSITO DE ESTA INTERVENCIÓN

Como podrán observar, el título de esta intervención tiene que ver con las nuevas tecnologías y la prueba en el proceso civil.

De esta primera aproximación resultan ya dos acotaciones. La primera, que pese a lo sugerente del tema, no voy a tratar estas cuestiones desde la perspectiva del proceso penal, aunque en él tengan una incidencia evidente, mayor y más admitida por razones de necesidad de la persecución criminal. Las nuevas tecnologías, parece bastante evidente que, al menos en Europa, están siendo aplicadas a la investigación criminal, y que en el proceso penal no están existiendo problemas específicos que no vengan dados por la posibilidad de ilicitud, lo cual plantea algunas cuestiones distintas que nos harían perder la finalidad de esta exposición que no es sino la de analizar si en el presente es posible introducir fuentes de prueba que no aparecen designadas por su nombre en las leyes pero que existen en la realidad, en el caso afirmativo cómo se podría efectuar dicha incorporación y qué perspectivas de futuro existen para su regulación, teniendo en cuenta los movimientos reformadores del proceso civil existentes en este momento en El Salvador.

---

\* Conferencia organizada por el Consejo Nacional de la Judicatura, en el marco de la celebración del Décimo Aniversario de su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". Dirigida por el Doctor Fernando Escribano Mora, especialista español en Derecho Procesal, el 8 de septiembre de 2004, en San Salvador.

La segunda es que, aunque haga reflexiones de lege ferenda, voy a defender que a pesar de que algunas fuentes de prueba de las denominadas modernas no son mencionadas en el CPR de 1881, no por ello podemos desconocerlas y, por lo tanto, no debemos realizarlas. Se trata pues de conclusiones válidas, a mi modesto juicio, desde el CPR actual que, espero, quedarán definitivamente asentadas cuando se reforme el proceso civil salvadoreño.

Para determinar esta cuestión, conviene partir de la situación actual.

### **EXPOSICIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE PRUEBA VIGENTE EN EL SALVADOR Y SU PREVISIBLE EVOLUCIÓN.**

No descubro nada al afirmar, como ha hecho la doctrina salvadoreña, que el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador es producto de una determinada manera de entender el proceso, con influencias medievales claras.

El Código de Procedimientos Civiles de El Salvador está fechado en 1881. Esta fecha, en principio, nos haría pensar que se trata de un sistema procesal civil propio de la codificación de la época liberal. Sin embargo, esta afirmación no es cierta; al menos no lo es parcialmente.

En realidad el proceso civil salvadoreño es, como probablemente inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 española, un proceso medieval, basado en las Partidas de Alfonso X El Sabio, con algunos retoques propios de la época liberal. Esta apreciación fue tradicionalmente resaltada por la doctrina española en relación con la Ley de Enjuiciamiento vigente hasta el año 2000, que también databa de 1881.

Como dijera Goldschmidt, el proceso español del siglo XIX era un "recipiente liberal del siglo XIX en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de siglos pasados". Esta apreciación del gran maestro del Derecho Procesal puede aplicarse, sin demasiado esfuerzo, a la actual regulación del proceso de El Salvador.

Si aludimos a esta cuestión es porque el proceso antiguo del derecho español era un proceso basado en el *solemnis ordo iudiciarius*. Un proceso basado en la escritura, en la lentitud, en la carestía, en la formalidad que podía acarrear la pérdida del derecho por una mala opción procesal, sin posibilidad alguna de subsanación. En una sucesión continuada de actos procesales cada uno de ellos destinado a solucionar un determinado momento. En definitiva, un proceso disgregado, mediato y escrito, frente a las actuales tendencias de intermediación, concentración y oralidad. No se crea que esta opción del legislador medieval y, posteriormente, liberal, fue una opción casual. Se defendía que este proceso garantizaba la seguridad jurídica.

Hay que considerar, además la evidente diferencia en el tipo de relaciones jurídico materiales a las que se dirigía el proceso en aquella época y las actuales. Generalmente se trataba de proteger la propiedad

y la posesión, de manera que quien carecía de propiedades no acudía normalmente a los tribunales. Y que un conjunto de nuevas relaciones, de nuevos contratos, de nuevas posiciones jurídicas de la actualidad no podía ni siquiera ser atisbado por el legislador de aquellas épocas. Tampoco el legislador de esa época –ni siquiera el legislador de hace quince años– podría prever el avance técnico que nos obliga a considerar la existencia de nuevos modos de acreditar afirmaciones de hecho controvertidas en un proceso civil.

No es preciso un gran esfuerzo para constatar que la sociedad del siglo XXI no es la misma sociedad de finales del siglo XIX. Que los pleitos de 2004 no son los de 1900, y que las relaciones jurídicas han cambiado notoriamente. El simple debate sobre la existencia de un proceso monitorio demuestra la anterior afirmación. Sería impensable no sólo en el momento en que se dicta el Código, sino hace sólo diez años debatir sobre si es posible introducir en El Salvador un proceso cuya principal característica es la posibilidad de ejecutar un documento privado, incluso creado unilateralmente por el acreedor, como ocurre en Alemania desde hace tiempo, y en España desde hace tres años, con gran éxito.

Por ello, el legislador en todos nuestros ordenamientos ha ido modificando el proceso civil, aunque con distinto empeño y fortuna. Constatado el fracaso de la legislación procesal, y constatada la realidad social actual, han proliferado los movimientos reformadores que sólo con mucha dificultad van cristalizando en Europa<sup>1</sup> y con mucha más fecundidad en Latinoamérica. En todo caso, más o menos rápidamente, la constatación de los cambios sociales o la necesidad de dar seguridad a las relaciones mercantiles, han provocado en la mayoría de los países que no han abordado una reforma procesal en profundidad, reformas parciales<sup>2</sup>.

A partir de finales de los años 80 se han ido produciendo movimientos reformadores de características comunes. Brasil, Uruguay, Perú, México, Argentina, Paraguay, Colombia han abordado y finalizado sus reformas, al igual que en Europa, Francia y Portugal, antes, y España, después, han procedido a reformar sus procesos civiles.

Uno de los hitos fundamentales fue el denominado Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (PMI) aprobado en Río de Janeiro en 1988, que contiene las bases para la reforma y que parece gozar del consenso generalizado en Latinoamérica, y con cuya base se han ido reformando los procesos civiles (las reformas antes mencionadas, con mayor o menor fidelidad reproducen los esquemas de estas bases).

El Salvador es uno de los países que ha constatado ya la necesidad de la reforma y ha iniciado los trabajos previos para la redacción de un

---

1. En España, tras no pocos intentos fallidos, se ha promulgado una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que entró en vigor el 8 de enero de 2001, aunque previamente el legislador había sido sensible a la necesidad de la reforma y, por un lado, había modificado aspectos esenciales de la LEC de 1881 y, por otro, había introducido numerosos procedimientos especiales lo que, consiguientemente, había provocado una gran dispersión en la normativa procesal.

2. Una muestra de lo anterior ha sido la aprobación en El Salvador de la Ley Procesal de Familia, o la Ley de Procedimientos Mercantiles.

nuevo Código Procesal Civil que actualmente se encuentra en fase de anteproyecto. Este anteproyecto pretende asegurar hoy la tutela judicial efectiva a los ciudadanos que, en cualquiera de las posiciones procesales, acuden a sus Tribunales de Justicia. Y ha de asegurarla no solamente porque esta sea la función esencial de la Justicia, sino porque a ello está obligado por exigirle el derecho de “audiencia” regulado en el artículo 11 de la Constitución.

## **ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL VIGENTE**

Como es tradicional en los ordenamientos procesales de raíz hispana, los medios de prueba aparecen enumerados no solamente en el Código de Procedimientos, sino también en el Código Civil ya que, como es sabido, la prueba se incluyó en los Códigos Civiles de la época calificándola erróneamente como prueba de las obligaciones.

La enumeración legal es coincidente en esencia. El Código Civil (artículo 1569, párrafo segundo) establece como medios de prueba los “instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez y peritos”. Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles (artículo 253) considera medios de prueba los “instrumentos, informaciones de testigos, relaciones de peritos, vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas, juramento, confesión contraria y presunciones”.

Los movimientos reformadores coinciden, sin embargo, en ampliar esta enumeración con dos características comunes: ampliar los medios aludiendo a los nuevos medios, y dejar sentado el principio del *numerus apertus* en materia de admisión de medios de prueba para evitar en el futuro nuevas polémicas.

Así, el CPMI mantiene (artículo 136) que son medios de prueba “los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hecho”, aunque a renglón seguido admite también “otros medios probatorios, no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente regulados por la Ley”, lo cual tiene importancia para lo que analizaremos más adelante.

El anteproyecto de Código Procesal Civil, en la versión que manejo, mantiene también un sistema de *numerus apertus* aludiendo a los nuevos medios probatorios. En concreto el Art.325 del anteproyecto al que he tenido acceso sostiene que “La prueba podrá producirse por cualquiera de los medios previstos en este código. Excepcionalmente, los medios no previstos expresamente en la Ley serán admisibles siempre y cuando no afecten a la moral o a la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán aplicando analógicamente las disposiciones que se disciplinan a los reglados.

Y, además de aplicar esta regla de *numerus apertus* a los medios

de prueba, aun sin acudir a la distinción entre fuentes y medios, incluye una nueva sección a los medios tradicionales consistente en “Los medios de reproducción del sonido o de la imagen y almacenamiento de la información”.

Esta es la misma opción que mantiene el ordenamiento vigente en una de las leyes más recientes de El Salvador: la Ley Procesal de Familia, en aplicación, en su artículo 51 contempla un sistema distinto al proclamar que “en el proceso de familia son admisibles todos los medios de prueba reconocidos en derecho común, la prueba documental y los medios científicos”.

Parece pues obligada una revisión del sistema probatorio que deje claro desde un principio lo que se considera ya pacífico en la doctrina y en los movimientos reformadores. Pero lo que pretendía, como les anuncié no era solamente analizar los aspectos de lege ferenda, sino si de lege data se han de admitir los nuevos avances tecnológicos, pues parece evidente que sea cual sea la tesis que se mantenga sobre el anteproyecto, no cabe duda de que los nuevos medios tecnológicos han de ser admitidos se determinará si es posible, en el estado actual de la legislación, admitirlos sin necesidad de esperar a que entre en vigor el nuevo Código Procesal.

Ello nos obliga a analizar la cuestión desde la perspectiva tradicional de la doctrina procesal que ya distinguió en su momento entre fuentes y medios de prueba, primer paso imprescindible para defender nuestra visión.

## **DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA**

Como resalta MONTERO<sup>3</sup>, se debe a CARNELUTTI y, posteriormente, a SENTÍS la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba.

Según MONTERO, todas las pruebas tienen algo de procesal y de extraprocesal, dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), por lo que no puede existir medio de prueba si no existe previamente una fuente de prueba.

De ahí que haya que distinguir entre lo que existe en la realidad y cómo se introduce en el proceso dicha realidad, para convencer al Juzgador de la certeza de una de las afirmaciones de cualquiera de las partes.

Las consecuencias (SENTÍS) son:

- a) fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, mientras que medio es un concepto jurídico-procesal;
- b) tal realidad extrajurídica (la fuente) existe, por ello, independientemente de que luego pueda existir o no un proceso.

---

3. Op. cit. Página 70.

Si el proceso no nace, la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materiales; el medio se forma en el proceso y siempre tendrá efectos procesales;

c) las partes investigan las fuentes de prueba antes de iniciar el proceso en una labor de investigación; en el proceso lo que se realiza es una actividad de verificación de esa previa investigación;

d) las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no hay medios de prueba, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso;

e) en consecuencia la fuente atiende a lo sustantivo o material, mientras que el medio es la actividad<sup>4</sup>.

Si seguimos la enumeración legal de los medios de prueba en el proceso civil salvadoreño, y excluyendo las presunciones que, como veremos, no son un medio de prueba sino un método de valoración probatoria, en la prueba de confesión y juramento la fuente es la persona y el medio el modo en que ésta declara; en la instrumental la fuente es el documento y el medio la forma en que este se incorpora al proceso y se establece su autenticidad; en la testimonial la fuente es el testigo y el medio la forma en que se incorpora este conocimiento; en la pericial la fuente es la cosa, lugar o persona a reconocer y el medio el examen o el dictamen del perito; en la inspección la fuente es también el lugar, cosa o persona que se examina y el medio la actividad por la que se constata dentro del proceso.

Lo fundamental, pues, radica en que el medio de prueba es una actividad procesal que, en el modo establecido por la Ley, permite introducir en el proceso las realidades extrajurídicas y preexistentes que son necesarias para que las partes, cumpliendo las normas sobre la carga de la prueba, lleven al Juzgador al convencimiento de la realidad de las afirmaciones de hecho controvertidas.

Esta distinción permite conciliar dos afirmaciones que podrían parecer antitéticas en un momento dado: la admisibilidad de un medio de prueba depende, entre otras cosas (por ejemplo, la licitud) de su ajuste a la legalidad. Como el proceso no puede ser convencional, como reza el Art. 2 del CPR de El Salvador, ningún medio de prueba no previsto en la Ley podría ser admitido, so pena de quebrantar esta regla del proceso como norma de *ius cogens*. Pero nos referimos al medio de prueba, es decir al modo en que se introduce una fuente de prueba en el proceso, no a las propias fuentes de prueba que, como realidades extrajurídicas preexistentes, se refieren a otra cosa distinta.

La cuestión es: en este diseño ¿cómo se podrían introducir los nuevos avances tecnológicos si no se mencionan como medios de prueba?

## **NUEVAS FUENTES DE PRUEBA**

Insistiendo en la diferenciación del concepto fuente/medio de

---

4. MONTERO AROCA, Juan. Op. cit. Página 71

prueba, podríamos considerar nuevas fuentes de prueba algunas realidades extrajurídicas que hoy conocemos, siempre y cuando tengamos la humildad y la prudencia de no creer que podemos agotar las que tendríamos que enumerar quizá mañana por la mañana. Es por ello que ya hemos visto cómo la ley de familia se ha limitado a aludir a los medios científicos sin expresarlos, y el anteproyecto alude a una definición de numerus apertus que pretende precisamente no cerrar nuevamente las definiciones para evitar problemas de futuro.

Pero, por lo que hoy sabemos, cuando hablamos de las nuevas fuentes de prueba estamos aludiendo a la informática en general (con todas sus implicaciones), a los medios de filmación, grabación y reproducción en todas sus formas (papel, discos, disquetes, discos duros, cintas de cassette, reproducciones fonográficas) a los medios científicos de análisis y comprobación (singularmente a las técnicas de determinación de ADN), a las nuevas formas de telefonía, y a muchas otras cosas que no puedo enumerar precisamente porque dado que quien habla es un jurista y, por ello, tiene una formación jurídica, no sería capaz de decir cuáles son los avances de la técnica y precisamente por ello precisa de expertos en el proceso.

¿Porqué estas fuentes de prueba están presentes hoy en el debate jurídico y judicial salvadoreño? PORQUE EXISTEN. Porque la realidad demuestra que hoy en día las conversaciones se plasman en discos duros de ordenador o páginas web. Porque nosotros nos comunicamos con nuestros semejantes ya no por carta ordinaria (ya menos), sino por email. Porque nuestros hijos se hablan con los amigos por el Chat. Porque las relaciones sociales se plasman en fotografías, en grabaciones de video. Porque las sociedades mercantiles ya no llevan “libros” de papel en la contabilidad, sino que con autorización del legislador llevan registros informáticos. Porque hoy para comprobar la veracidad de un documento ya no empleamos solamente un perito que analiza prima facie la igualdad de la escritura, sino microscopios. Porque hoy, la determinación del perfil genético que se realiza en los laboratorios se establece con casi un 100% de seguridad, lo que se erige en prueba casi irrefutable, por ejemplo, de la paternidad. Porque los ciudadanos no extienden cheques: se comunican con un banco a través de una máquina y sacan dinero, sin que la transacción quede registrada más que en los archivos informáticos de un cajero automático. Porque los atentados contra el honor y la intimidad no se cometen en el casino o en el círculo, sino en la televisión, en la radio, en la página web....

Podríamos seguir así hasta el infinito.

Sin embargo, los juristas somos reacios a estos cambios. Lo somos en todas las sociedades y en todas las latitudes, entre otras cosas porque tenemos un justificado apego a la Ley, que es nuestra legitimadora en democracia y que nos ordena (como lo hace el CPR en su artículo 2) que no creemos procesos convencionales, porque las normas procesales son normas de orden público y, por ello, obligatorias para el Juez, aunque a renglón seguido el legislador salvadoreño pidiera al juez flexibilidad para

admitir lo que no estuviera prohibido.

## **RAZONES PARA INADMITIR, RAZONES PARA ADMITIR**

En mi experiencia como capacitador en la materia en El Salvador, me he encontrado muchos compañeros jueces, y he oído a otros muchos juristas (fiscales, colaboradores jurídicos, profesores universitarios) opinar sobre este tema. He de decir que en aras a la verdad tras cualquier debate han sido muy sensibles a los argumentos que abonarían la admisibilidad de estos medios de prueba en el proceso, a pesar de las iniciales resistencias.

Sin embargo, los argumentos en contra son serios, están asentados en una práctica judicial común y, por ello, conviene determinar por qué la oposición a la admisión de estas fuentes de prueba.

La primera razón es, obviamente, el principio de legalidad. Se dice que la Ley procesal no contempla (y por ello no permite) la admisión de otros medios de prueba que los expuestos en el Código. Es, pues, al legislador a quien corresponde modificar las leyes y contemplar con la oportuna reforma la admisión de fotos, grabaciones en video, archivos informáticos y ADN.

La segunda, muy extendida y defendida, es que estos medios no son fiables ¿Cómo podemos asegurar que la foto no está trucada, que el video no es un montaje o que el archivo informático no ha sido manipulado?

La tercera se refiere al derecho de defensa de las partes. De cualquiera de las que está en la posición contraria de quien pretende hacer valer estos medios de prueba.

Creo, sin embargo, que ninguna de las tres razones es suficiente para negar a las partes la posibilidad de acreditar que sus afirmaciones de hecho son ciertas y, por ello, de llevar al juez a la convicción psicológica de lo ajustado a derecho de su pretensión, que son las dos tradicionales funciones de la prueba una vez desechada la posibilidad de que lleguemos en el proceso a conocer la verdad como criterio único.

Por supuesto se trata de una afirmación que procede del convencimiento y también de otra experiencia judicial, con el máximo respeto a las interpretaciones distintas, como se debe exigir siempre a quienes nos movemos en estos terrenos de la Justicia.

A continuación trataré de explicar por qué no estoy de acuerdo con estas razones.

## **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La distinción conceptual antes examinada entre medios y fuentes tiene gran importancia en el debate, estéril a juicio de gran parte de la doctrina, sobre la posibilidad de admitir en el proceso otros medios de prueba que no sean los legalmente establecidos. Es la discusión sobre el carácter de *numerus clausus* o *numerus apertus* de los medios de prueba,

que se basa en el error (MONTERO) de no distinguir entre medios y fuentes de prueba.

Conviene partir de una afirmación poco discutible. En el proceso civil no pueden admitirse otros medios de prueba que los previstos en la Ley. Así lo exige el principio de legalidad procesal y la proscripción del proceso convencional. Sin embargo, todas las fuentes de prueba (las realidades extrajurídicas) han de poder introducirse de algún modo en el proceso.

La discusión sobre el carácter abierto o cerrado de los medios de prueba es estéril porque lo fundamental no es analizar si cabe ampliar los medios (que no es posible), sino determinar, a la vista de las características de la fuente de prueba, por qué medio de los legalmente establecidos puede ser introducida en el proceso.

Luego me extenderé sobre esta cuestión atinente a la aplicación analógica de las normas procesales, que ha sido la técnica empleada para la introducción de estas fuentes según ya les avanzo.

## **FIABILIDAD**

Concluido lo anterior, es decir, si partimos de que en realidad la admisión de estas nuevas formas de acreditar relaciones extrajurídicas, no implica crear nuevos medios de prueba, la siguiente objeción es la de la fiabilidad de las mismas.

Aquí debo dar la razón de entrada a quienes esto defienden. Las fotos pueden trucarse, los videos manipularse, los registros informáticos pueden estar intervenidos por la experta mano de alguien que entienda de esa extraña ciencia para los operadores jurídicos. Es cierto, como o es que se falsifican documentos desde antiguo, que se falsifican billetes, que los testigos mienten, que los confesantes no dicen la verdad, que los peritos se equivocan como nos equivocamos los jueces y que se falsifican cuadros de Picasso o de Kandinsky.

No se trata, por ello de un problema de autenticidad o falsedad distinto al que conocemos, sino de una cuestión de cómo garantizamos la fiabilidad de las fuentes de prueba.

Pues bien, esta objeción razonable, como lo es la de la posibilidad de falsificación de la firma de un contratante en un contrato, o en un cheque, o en una letra de cambio solamente se puede resolver como hemos hecho siempre: a través de una prueba pericial, ahora ya no caligráfica, sino de otro tipo para que otro experto (puesto que para resolver este conflicto y determinar si una afirmación es cierta son precisos conocimientos científicos, artísticos o técnicos) salvo que el juez pueda determinar prima facie, o porque posee la máxima de experiencia, la veracidad o inveracidad de una fuente de prueba. Por cierto, tratándose de un proceso de derecho privado, normalmente de derechos disponibles, siempre y cuando la contraparte no niegue la autenticidad de la fuente de prueba, pues no hay que olvidar cuál ha de ser el papel del juez en este

tipo de procesos en el que se ventilan intereses estrictamente privados.

Y si hablamos de procesos sobre derechos no disponibles, la cuestión me parece aún más clara, porque en estos casos no es preciso, ni mucho menos, esperar a la instancia de la parte, como ya se defiende en la Ley procesal de familia. Aquí, sobre todo en procesos de filiación o paternidad, será difícil que podamos justificar ante la sociedad que inadmitimos no ya la prueba de ADN, sino las grabaciones o las fotografías que demuestran que en la época de la concepción existieron relaciones sentimentales entre quien demanda la paternidad y el demandado.

No hay, pues, diferencia con la fiabilidad de los documentos según la experiencia que hemos acumulado año tras año. Ni ontológica, ni casi formalmente. La fiabilidad del documento electrónico dependerá de su autenticidad. Como la fiabilidad de un documento, incluso público, depende de su desconocimiento por la parte contraria y por la acreditación de que procede del protocolo de un Notario.

Es lo que podemos afirmar en relación con los soportes de video y de audio. ¿A qué nos recuerda o se parece este tipo de prueba? Parece que es una mezcla entre la documental (autenticidad y forma de presentación) y de reconocimiento judicial, porque la característica es que no tenemos papel y por ello el juez tiene que ver y decidir para interpretar.

Si eso es así, deberíamos atribuir a los medios de reproducción y grabación del sonido las mismas características de valoración que a la documental: si existen garantías de fehaciencia serán documentos tasados, harán fe en la misma medida que un documento público y si son privados en la medida en que lo reconozcan. Sin embargo, esto no ha sido así, y nos cuestionamos qué valor hemos de dar a este tipo de pruebas.

Otro tanto ocurre en las pruebas científicas. Si analizamos la reina de las pruebas, la biológica, nos parece que es indudable su valor hasta el punto de ser innegable por nadie y eso es así. Lo es no porque se trate de una prueba reina per se. Lo es porque tiene una característica que conocemos ya desde hace tiempo. Porque estamos en presencia de una prueba con autoridad científica. Igual que no nos cuestionamos en el proceso penal la identificación de un cadáver cuando hay prueba de ADN, no nos cuestionamos en civil la “verdad” de que los datos heredobiológicos son ciertos.

## **DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES**

Esta objeción es también importante. Y no es solucionable desde el principio de audiencia que, entre otras cosas, según los tradicionales pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, comprende el de la libertad probatoria. No lo es porque el derecho a la libertad probatoria, según la doctrina constitucionalista, es un derecho de configuración legal que en España denominamos derecho a utilizar los medios de prueba previstos en la Ley. Es decir la definición de los medios de prueba le corresponde al legislador y la vulneración del derecho fundamental se produciría bien por la inadmisión de los medios

legales (inmotivada, irrazonable o fruto de un error patente), bien por la vulneración de las garantías en la práctica de la prueba, bien por la admisión o valoración de una prueba ilícita, bien finalmente por cuestiones de valoración que están relacionadas con la motivación, siempre y cuando exista una indefensión constitucionalmente relevante.

No es esta, pues, la cuestión. Dicho de otra forma, a mi entender, no sería muy aconsejable que defendiéramos que los nuevos medios de prueba son admisibles desde el derecho de la parte a su libertad probatoria. A mi juicio hay que atender al contenido esencial del derecho de defensa que en este aspecto tiene que ver con dar a las partes la posibilidad de contradicción.

Salvo que limitáramos sensiblemente o priváramos a las partes de su facultad de alegar, contradecir o probar, no estaríamos vulnerando el derecho de defensa. Si esto es así no existiría vulneración del derecho de defensa contradictoria salvo que no permitiéramos a la contraparte que adujera la falsedad de la fuente de prueba, o no le permitiéramos intervenir en la prueba contraria que se refiriera a esta fuente, o no le garantizáramos la posibilidad de determinar la falsedad del medio de prueba. No es posible, a mi modesto juicio, que liguemos la admisión de una fotografía a la vulneración del derecho de defensa.

Refutadas estas tres objeciones, cual sería la conclusión de lege data, es decir, de aplicación directa en el proceso salvadoreño.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

Como textualmente establece el artículo 136.2 del Código Modelo, lo relevante en esta materia es determinar que se trata de una fuente de prueba no prohibida por la Ley para después analizar, analógicamente, las normas que disciplinan a los expresamente previstos en la Ley.

Obviamente, si el debate se ha producido ha sido por la constatación de que existen fuentes de prueba que no están expresamente contempladas por la Ley por la sencilla razón de que el legislador de 1881 no conocía más que los medios tradicionales y no podía prever los avances tecnológicos y científicos. La demostración de la paternidad a través de los análisis de ADN, la fotografía, el video, el fax, el correo electrónico, la teleinformática, y un largo etcétera no podían ser ni siquiera imaginados por el legislador del finales del siglo XIX, como nosotros somos incapaces de atisbar lo que el futuro nos depara en esta materia no ya en un siglo, sino en un decenio.

No parece muy justificado por ello acudir a la letra del Código reprochándole al legislador un olvido QUE NO PUDO TENER. Es verdad que los juristas prácticos somos reacios a admitir la introducción en el proceso de una fuente de prueba no prevista expresamente en el ordenamiento, es decir no incluida en los artículos 1569 del CC y 253 del CPr.

Pero si no confundimos los medios de prueba, que solamente

pueden ser los legalmente establecidos por la Ley, porque como establece el artículo 2 CPr los procedimientos (en el sentido de las normas que los disciplinan) no penden del arbitrio de los jueces, y las realidades extrajurídicas preexistentes al proceso, con las fuentes de prueba y atendemos a lo que dice este mismo precepto (los jueces accederán a lo que no esté prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante) es posible que, como ocurrió en España en los años 80, esta cuestión finalice.

Así pues insisto, ¿Está expresamente prohibido por el ordenamiento procesal salvadoreño utilizar fuentes de prueba no tradicionales? La respuesta ha de ser forzosamente negativa. Lo que está prohibido es crear nuevos medios de prueba (es decir nuevas actividades procesales), pero no lo está incorporar a un medio de prueba legal una fuente de prueba lícita.

Como ya destacó con unanimidad la doctrina procesal y la jurisprudencia española (que ha pasado página ya de este artificioso problema no sólo tras la publicación de la LEC 2000, sino mucho antes) es algo innegable que la demanda de Justicia no puede dar la espalda a las realidades sociales ya expuestas. Esta es nuestra sociedad. La sociedad a la que hay que dar una respuesta en términos de Justicia, lo que obliga a que el ordenamiento jurídico se adapte sin duda, pero no puede dejar al aplicador de la ley indiferente. Como dijo el Tribunal Supremo español *"las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida en que son expresiones de una realidad que el derecho no puede desconocer"* (STS de 5 de febrero de 1988).

¿Podemos defender ante una demanda de paternidad que dos álbumes de fotos que retratan al padre con el hijo desde su más tierna edad, no son utilizables, carecen de valor probatorio porque el legislador de mediados del siglo XIX no conocía la fotografía?. ¿Podemos negar el insulto y la amenaza en un programa de televisión porque la cinta de video no está contemplada como medio de prueba?. Podemos, sin duda, pero no dejará de alejarnos, cada día más, de la realidad de nuestra sociedad y, en consecuencia, de la Justicia.

Negar lo anterior es tanto como negar derechos a una de las partes. Impedir la acreditación de unas manifestaciones vertidas en un programa de televisión o de radio a través de una cinta magnetofónica o de una cinta de video, so capa de que la Ley no prevé expresamente su introducción en el proceso, además de constituir un error conceptual entre lo que es una fuente de prueba y un medio de prueba, puede constituir un ataque directo al derecho de defensa (en la vertiente de utilización de los medios de prueba pertinentes) contemplado en el artículo 11 de la Constitución.

Desde tal punto de partida, la jurisprudencia y la doctrina españolas (con respecto a la LEC de 1881, que tampoco contempla otros medios de prueba que los que se establecen en el CPr) desde hace bastante tiempo vienen admitiendo, con argumentos parecidos, las fuentes de prueba modernas.

No ha sido, sin embargo, sencillo el camino hasta llegar a la plena admisión. Un examen de la jurisprudencia española desde principios a finales del siglo XX arroja como resultado que hasta los años 80 las resoluciones del Tribunal Supremo y de las Cortes de Apelación (las Audiencias Territoriales y luego las Audiencias Provinciales, en la terminología española) mantuvieron el rechazo a la admisión de las fotografías, de las copias fotográficas de documentos, de las cintas de audio y video e incluso de los registros informáticos por ejemplo de los dispensadores automáticos de dinero.

Las razones fueron las tradicionales: no existe proceso convencional, por lo que los tribunales no pueden admitir otros medios de prueba que los recogidos en la Ley, se decía por unos. Otros mantenían que su admisión no era posible por la falta de garantías de autenticidad, aludiendo a la posibilidad de manipular fotografías, cintas y archivos.

La primera razón puede ser descartada distinguiendo, como hemos hecho, entre fuentes y medios de prueba. La introducción de una fotografía en un proceso no implica crear un nuevo medio de prueba, sino exclusivamente utilizar la prueba documental como medio para que el juez pueda apreciar una realidad que acredita una de las afirmaciones de hecho de una de las partes, lo que se puede realizar mediante la interpretación analógica de las normas.

Sobre la segunda, ya nos hemos pronunciado. Se puede manipular todo. Pero en la misma medida en que se puede comprobar, si las partes dudan de su autenticidad, todo. Así se hace en la prueba documental, y no nos extraña comprobar una escritura. Y si algo es manipulable es la escritura y la firma, pero la ciencia nos demuestra que es perfectamente posible determinar la falsedad. Como también se puede comprobar si una foto es un montaje o no.

El Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de pronunciarse en no pocas ocasiones sobre esta cuestión desde hace tiempo. Una muestra de esta doctrina (que considero plenamente aplicable al ordenamiento salvadoreño) es la siguiente:

Sentencia de 23 de abril de 1994: "Así, en primer lugar, su inexacta consideración de lo que es prueba documental a través de una errónea estimación de lo que es "documento" dado que, bien sea considerado este conforme a la clásica doctrina que le reputa como sinónimo de escrito a través del cual se exterioriza una idea, pensamiento, convención, negocio jurídico, etc., cual parece ser se estimó por el legislador procesal de 1881 y no tan exactamente por el civil de 1889, en los Arts. 596 y 602 aquél y en los 1216 a 1230 éste; bien siguiendo un criterio que la doctrina procesalista actual califica de funcional, a virtud de cual el concepto de documento ofrece una mayor amplitud en cuanto referido al medio u objeto a través del cual se manifiesta ese pensamiento, idea, etc. -cintas de película o de video, estatuas, discos, etc.-, lo que viene en cierto modo amparado por el Art. 1215 CC, al emplear el término "instrumentos" en lugar del de "documentos", y que tiene su proyección jurisprudencial entre otras en la

S de esta Sala de 24 febrero 1956, en la que se concede el carácter de documento a un modelo de cerradura incorporado a los autos, o en la S de la Sala 6ª (hoy 4ª) del TS de 5 julio 1984, que amparada precisamente en el término "instrumentos" del citado Art. 1215 CC, admite como prueba documental la grabación de imágenes de video; o la STC 190/1992, de 16 noviembre, y la en ella citada S 128/1988, de 27 junio, que estiman "no puede negarse valor probatorio a las transcripciones de una cinta magnetofónica, cuando han sido incorporadas a los autos, no han sido impugnadas y se dan por reproducidas en el acto del juicio oral".

Sentencia de 30 de noviembre de 1992: "Efectivamente los medios probatorios documentales aparecen regulados en los Arts. 1216 y ss. CC y 596 y ss. LEC. Se suele equiparar documento a escritura, Art. 1223 y 1224 CC, y no se prevean las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a lo que sucede en el CC italiano, cuyo Art. 2712 (Sec. 4ª, Tít. Segundo, Lib. Sexto), en relación al precepto 261 Código de Procedimiento Civil, sí recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica. La falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (Arts.. 1.6º y 3 CC). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los Arts.. 578 LEC y 1215 CC no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquellos reflejan más que propiamente los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua S 25 mayo 1945 que reconoció valor probatorio a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia."

Así pues, la doctrina y la jurisprudencia, con un texto procesal de 1881, como el salvadoreño, han establecido (no sin las dificultades propias en el inicio) la posibilidad de incorporar estos denominados incorrectamente "nuevos medios de prueba" que, en realidad son fuentes de prueba que han de introducirse en el proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la Ley, por analogía con lo dispuesto en las leyes procesales.

¿Cómo lo hizo, pues, la jurisprudencia española antes de que se publicara la Ley en el año 2000: haciendo una interpretación analógica tras partir de la distinción entre fuentes y medios? Los denominados nuevos medios pueden ser introducidos en el proceso a través de los medios de prueba legalmente previstos por analogía. Y así, la visión y audición de una cinta de video ha de ser introducida en el proceso como si de un

documento se tratara, puede ser impugnada, en consecuencia, su autenticidad, y su examen se acomodará a las reglas de la prueba de inspección personal.

Lo que constituye en este caso el objeto de prueba no es el instrumento en sí, sino su reproducción ante el Juez. No es el soporte físico, sino en el que se reproduce la imagen o el sonido, sino la comprobación de su contenido ante el Juez.

En realidad si nos paramos a pensar, los denominados nuevos medios no plantean problema alguno para su introducción en el proceso. Imaginemos un video. De otros medios toma prestadas muchas de sus características, al punto que se parece a casi todos los medios de prueba conocidos, y no se parece a ninguno. Veamos:

- a) Tiene algo de documental en cuanto a la forma de su presentación (en demanda y contestación) Esté o no esté expresamente regulado, parece bastante evidente que ha de aportarse de modo contradictorio en el mismo momento para garantizar a la parte la defensa contradictoria y porque, como la documental, tiene como característica que no requiere ninguna otra actividad para su aportación en el primer momento (esta disponible, es mueble y debe comprobarse su autenticidad si la parte contraria lo niega).
- b) En qué se concreta la prueba: en que el juez, a quien hay que convencer de la veracidad de una afirmación de hecho, la tenga por probada. Lo que le exige percibir por sus sentidos de la vista y del oído su contenido. Esto nos recuerda directamente a un medio de prueba tradicional: al reconocimiento judicial en el que no es preciso acudir al lugar porque es reproducible delante del Juez. Se trata de una fuente en la que no hay intermediarios entre la fuente de prueba y el juez.
- c) Puede tener contacto obvio con la pericial, como lo tiene la documental con el cotejo. Lo fundamental en este tipo de medios será siempre la comprobación de la autenticidad y por ello si hay impugnación, incluso si la parte se quiere adelantar deberán existir comprobaciones. Pero también será una prueba que va a requerir del apoyo de la testifical.

Lo mismo cabría decir de un disquete de ordenador, o de una fotografía o de una cinta magnetofónica.

Así pues, y concluyendo, creo que sería posible en este momento admitir las pruebas a través de estos medios en la práctica judicial salvadoreña, lo cual defiendo con la tradicional cautela de que existen seguramente otras opiniones, y seguramente mejor fundadas que la mía. Sólo he tratado de aportar algunas reflexiones a este debate que, sinceramente, espero que dure poco tiempo.

## **Y PARA TERMINAR. ALGO DE LO QUE NO SE HABLA, PERO QUE NOS DEBE PREOCUPAR: LA VALORACIÓN DE ESTAS FUENTES DE PRUEBA.**

Ciertamente quienes han visto en los inconvenientes de la admisión de estas nuevas fuentes de prueba su fiabilidad, llevan razón. Y no me refiero a lo anterior, es decir a si estas fuentes pueden ser más o menos manipuladas. Seguramente lo pueden ser más porque las conocemos menos o, mejor dicho, porque quienes las conocen poseen una ciencia que nosotros desconocemos en absoluto, y esta ciencia la han plasmado en una máquina que hace cosas que al común de los mortales nos parecen inverosímiles.

Siempre se ha dicho que los operadores jurídicos somos muy capaces de resolver los conflictos que conocemos, pero muy resistentes a solucionar los que no conocemos por una cierta tendencia de resistencia al cambio que ya comenté al inicio de mi intervención.

No nos hemos dado cuenta de que en cuanto el legislador admita estas fuentes (y lo hará con toda seguridad) nuestro problema será más grave: no hablaremos de la admisión, sino de la valoración que es una de las labores sin duda más difíciles que se nos asignan a los jueces.

La razón es que la utilización de estos medios de prueba provoca normalmente cuestiones que tienen que ver con la prueba de peritos, porque los jueces carecemos de los conocimientos necesarios, lo que nos arroja en manos de quienes sí los tienen o, sobre todo, en manos de una disputa entre peritos que normalmente no comprendemos.

Es bastante común hoy entre los procesalistas aludir a que las funciones del perito no son ya las de proporcionar al juez una máxima de experiencia de la que este carece. Proporcionar estas máximas, definidas por STEIN como las definiciones o juicios hipotéticos de carácter general desligadas de los hechos del proceso, que proceden de la experiencia normalmente científica y que pueden ser válidas para otros similares. Esta función es una parte, pero solamente una pequeña parte, de la función de un perito. Los peritos hoy no solamente valoran, sino que establecen hechos, los analizan, realizan valoraciones de lo sucedido o de lo que va a suceder. El perito no nos dice si el disco duro de un ordenador puede ser manipulado y cómo, sino si ESTE DISCO DURO ha sido manipulado. Y nosotros carecemos de conocimiento alguno para someter a crítica el dictamen del perito.

Pese a la doctrina tradicional en materia de valoración de la prueba pericial (no es necesario insistir demasiado en algunas afirmaciones de siempre: el juez no está vinculado por la prueba pericial. Puede apartarse de ella si lo hace de forma motivada, y no arbitraria y expresa las razones por las que se separa de dictamen), yo al menos no me puedo quedar tranquilo.

Esta afirmación es común en la jurisprudencia de todos nuestros

ordenamientos, pero todos sabemos que se produce lo que parte de la doctrina ha denominado la dictadura del perito que existe en la misma medida en que no es posible apartarse de un dictamen si no se poseen conocimientos suficientes o si no se tiene un contradictamen, o un tercero dirimente.

No solamente esto plantea una cuestión de corte económico, sino que puede plantear problemas de determinación del contenido de la sentencia a través de los dictámenes periciales. Estos son los problemas que de futuro nos plantearán estos nuevos medios, sobre todo los que se refieren a cuestiones científicas más enrevesadas.

En suma, es cierto que la admisión de nuevas fuentes de prueba plantea problemas. Pero son más graves los que nos puede plantear su fiabilidad porque es la máquina, el ensayo de laboratorio, la que determina lo que es real o no es real. Y ahí no podemos intervenir los juristas.

Muchas gracias por su atención.

## 5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO: AVANCES Y DESAFIOS.\*

Dr. Eduardo Gamero Casado

*Por más que yo lo intente, es sencillamente imposible que pueda expresar los sentimientos que en este momento me sacuden.*

*En primer lugar, por el alto e inmerecido honor que se otorga al compartir este foro con personalidades tan ilustres y con juristas tan cualificados.*

*Y en segundo término, por la gratitud inmensa que profeso a este país y a cuantos han hecho posible mi asistencia a este evento: el Consejo Nacional de la Judicatura, decidido impulsor de un vasto espectro de iniciativas para la mejora del sistema salvadoreño de justicia, tarea en la que desempeña un decisivo papel la Escuela de Capacitación Judicial; y la Agencia Española de Cooperación Internacional, con su respaldo sin fisuras a los esfuerzos que viene demostrando El Salvador para el desarrollo y fortalecimiento de su sistema de justicia.*

*Estimados amigos, ilustres personalidades: es grande, grandísimo, el aprecio y la admiración que profeso a este país, que tan entrañablemente acoge a cuantos tenemos el privilegio de visitarlo. Lo digo de corazón y a boca llena, y lo digo con toda justicia y sinceridad.*

*Admiración, por las indudables virtudes que adornan al salvadoreño: su tenacidad, su rigor profesional, su afán de superación, la exquisitez de su trato, su compromiso personal con las causas nobles, el amor profundo y sincero que profesa a su país y otro largo rosario de atributos que he tenido la dicha de experimentar directamente. Estas cualidades son, sin duda alguna, el motor de los grandes logros que se observan en el país: el impulso y la pujanza económica que está adquiriendo El Salvador, su progreso incesante a pesar de las desgracias naturales que hace poco le azotaron, la mejora de sus estructuras políticas, económicas y sociales... En definitiva, los signos externos que evidencian un avance decidido hacia el desarrollo y la prosperidad.*

*Y aprecio, por el extraordinario cariño que manifiesto a este país, y que siento correspondido no sólo con la amistad de un buen puñado de amigos salvadoreños que he tenido la fortuna de reunir, sino también en todos y cada uno de los salvadoreños con quienes he tenido la oportunidad de compartir experiencias profesionales.*

*El tema que nos reúne esta tarde es "El Derecho administrativo: avances y desafíos". Para abordarlo, expresaremos en primer lugar unas consideraciones acerca de las transformaciones que globalmente –en el conjunto de ordenamientos jurídicos comparados– han experimentado la Administración pública y el Derecho administrativo, de modo que podamos desentrañar el papel que actualmente se reclama a la Administración pública y los retos que tiene planteados.*

*En un segundo momento nos preguntaremos por los desafíos específicos que se observan en nuestro propio Derecho administrativo salvadoreño, a la vista de las consideraciones generales y de la situación que presenta el ordenamiento jurídico vigente.*

---

\* Conferencia organizada por el Consejo Nacional de la Judicatura, en el marco de la celebración del Décimo Aniversario de su Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". Dirigida por el Doctor Eduardo Gamero Casado, especialista español en Derecho Administrativo, el 28 de julio de 2004, en San Salvador.

## 1. AVANCES Y DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE EL SIGLO XXI.

Y debemos empezar por preguntarnos ¿Por qué y para qué existen la Administración pública y el Derecho administrativo?

El Derecho administrativo surge propiamente tras las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII, y especialmente tras la Revolución Francesa de 1789. El fin perseguido por estos movimientos revolucionarios, en relación con la Administración pública, es el de embridar el poder, acabando con su ejercicio despótico mediante dos grandes máximas o principios: la sujeción de la Administración a la ley y al Derecho; y el control judicial de su actuación.

Surge el “modelo de Derecho administrativo”, conforme al cual se apodera a la Administración con unos privilegios exorbitantes –a los que técnicamente llamamos *potestades*– de los que carecen los ciudadanos. La principal particularidad del sistema es que tales atributos no se le confieren de manera libre o desvinculada, sino con el fin específico de satisfacer el interés general.

La Administración pública se erige pues en una organización social, dotada de poderes públicos con el fin institucional de satisfacer el interés general, y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Por esta razón, el profesor VILLAR PALASÍ nos advierte que la Administración pública es una organización vicaria, que carece de fines propios, y cuya entera actividad se supedita a la persecución del interés general.

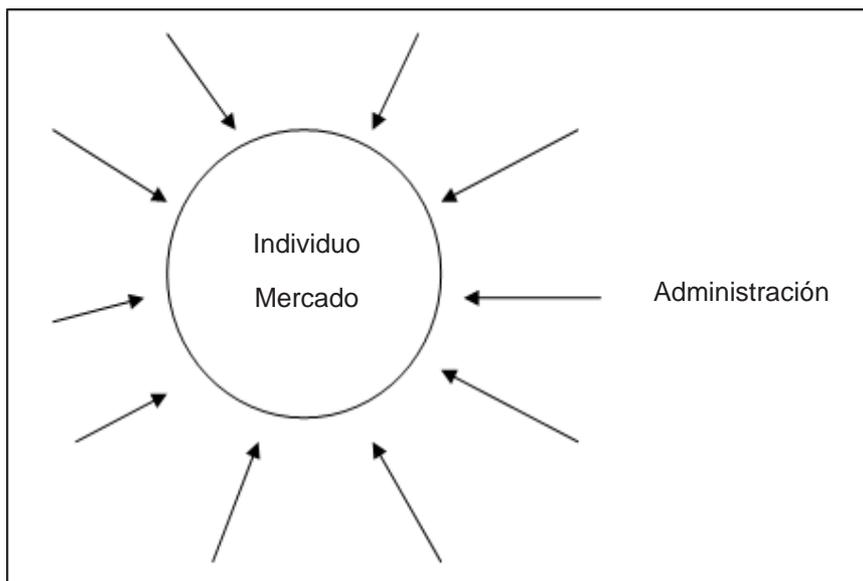
Esto supone la necesidad de que la Administración se someta a un continuo proceso de cambio y adaptación, conforme evoluciona el sistema político, económico y social, a fin de satisfacer las demandas que se le dirigen. Por ello, no podemos determinar una nota característica o dominante de la actuación administrativa, ya que la misma es como un ser vivo, que se transmuta y se transforma continuamente para atender al fin institucional que justifica su existencia.

En cualquier caso, desde el nacimiento del Derecho administrativo y de la Administración pública podemos observar tres grandes etapas o estadios que determinan la sucesión de tres escenarios distintos de relaciones entre la Administración pública y la sociedad a la que presta sus servicios.

### a) Primera etapa (siglo XIX): Estado liberal

La primera etapa surge con la Revolución Francesa y tiene lugar durante todo el siglo XIX. El Estado se concibe como garante de la paz y de la seguridad. Y el esfuerzo primordial que desempeña el Derecho administrativo de la época es el de proteger al ciudadano mediante una coraza, un caparazón, que le reconozca un reducto de libertades inmune a la acción del Estado. La imagen gráfica de este período se simboliza

con la siguiente figura:



La ideología socio-económica dominante es el libre cambio de SMITH. Se resume en la máxima *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*.

El individuo y el mercado se recluyen en un recinto inmune a la acción del Estado, y flotan en un líquido amniótico mediante el que se alimentan y protegen de las eventuales injerencias públicas que pudieran perturbarles.

La acción de los poderes públicos se dirige a consagrar el Estado de Derecho, y garantizar a los ciudadanos una serie de derechos mínimos: el derecho de propiedad, el derecho a la vida, el derecho de voto, la libertad de empresa.

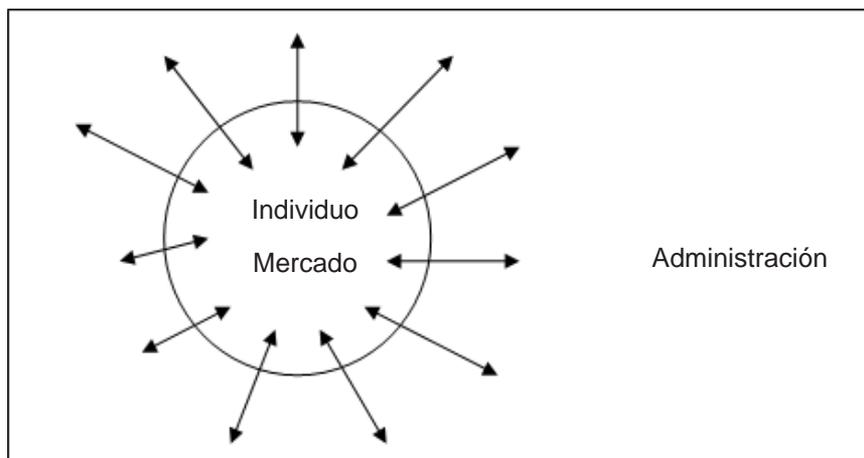
Las técnicas principales que utiliza la Administración para desempeñar el papel que se le confía son: la policía administrativa (licencias de apertura, inspecciones); y el fomento, esto es, el otorgamiento de subvenciones o ayudas públicas. Se resumen en la máxima o principio de subsidiariedad, entendido como que el Estado sólo debe intervenir puntualmente, cuando la sociedad no sea capaz de actuar por sí misma.

### **b) Segunda etapa (siglo XX): Estado social**

A lo largo del siglo XX, y especialmente tras la Segunda Gran Guerra, los poderes públicos y la sociedad inauguran un nuevo orden de relaciones. El Estado se concibe como un ente benéfico, que vela

activamente por el bienestar de los ciudadanos, y que atiende a sus necesidades vitales mediante la prestación de servicios y actividades. El Estado se erige pues en una entidad que, como nos dice FORSHTHOFF, atiende a la "procura existencial" o *Daseinvorsorge*. Por ello, el Estado asume políticas activas como la educación, la sanidad, los seguros sociales (pensiones), el desempleo, y tantas otras funciones que pretenden la realización del principio de igualdad efectiva o material entre los ciudadanos.

En este nuevo escenario se manifiesta una clara permeabilidad entre el individuo y el mercado, por una parte, y la Administración, por la otra, lo que puede simbolizarse mediante el siguiente gráfico:



Como nos explica Walter LACQUEUR en *Europa después de Hitler*, el modelo se implanta primero en el Reino Unido, mediante el denominado "Plan Beveridge", aprobado por el primer Gobierno laborista de la historia británica. Se instaura también rápidamente en Alemania, acogándose en la Ley Fundamental de Bonn. En esta última se proclama el llamado "Estado social", que después se difunde al resto de ordenamientos constitucionales, si bien con desigual intensidad.

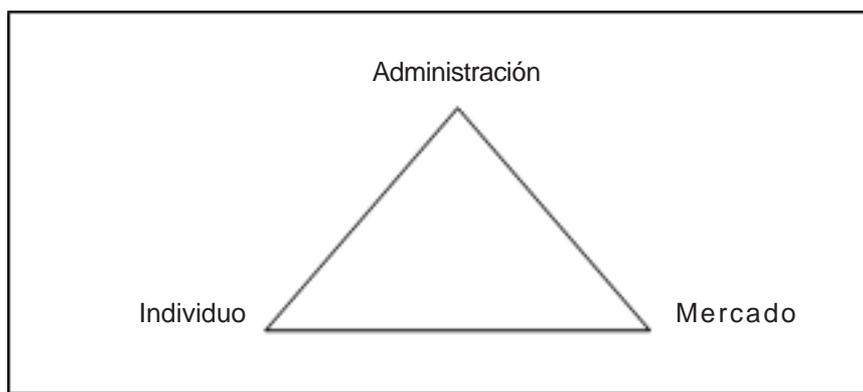
Esta evolución también se ha experimentado en El Salvador, existiendo una gran cantidad de servicios públicos prestados por el Estado, bien directamente (es lo que sucede, por ejemplo, con la educación pública), bien a través de instituciones autónomas, como el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), la Administración Nacional de Aguas (ANDA), o tantos otros ejemplos.

Las técnicas principales que se articulan son las de servicio público, y en particular, el concepto de monopolio, que reserva al Estado sectores y servicios estratégicos que se conciben como esenciales para la satisfacción del interés general.

### c) Tercera etapa (siglo XXI): Estado neo-liberal.

En la actualidad, el Derecho administrativo y la Administración pública están experimentando una auténtica convulsión, como consecuencia de la expansión de una nueva corriente de pensamiento económico denominada neo-liberalismo.

Su imagen gráfica se resume con un triángulo, en cuya cúspide se sitúa la Administración, disponiéndose el individuo a un lado y el mercado al otro:



Este nuevo escenario está suponiendo una verdadera convulsión en el Derecho administrativo y en sus protocolos tradicionales, obligando a realizar una tarea de recomposición de las instituciones jurídico-administrativas que permitan acomodar esta rama del Derecho a los nuevos retos que le plantea la sociedad.

Se habla, así, de la *crisis del servicio público*, y algunos autores, como el Prof. Gaspar ARIÑO, han afirmado que el servicio público ha muerto y es preciso darle un entierro digno. El proceso generalizado de privatizaciones y el consiguiente desmantelamiento de los monopolios de Estado podría confirmar este análisis catastrofista.

Por el contrario, el sentir mayoritario de la doctrina es que el servicio público no ha muerto, sino que se ha transformado, y lo que debemos hacer es erigir nuevos instrumentos jurídicos que permitan acomodarlos a la realidad económica y social contemporánea.

La transformación del papel de la Administración que está suponiendo esta coyuntura se expresa con un racimo de nuevas técnicas y principios, de los que escogemos ahora un pequeño ramillete para evidenciar los retos que tiene planteados la Administración pública contemporánea:

- La implantación del concepto de “actividad comunicada”, entendida como una actividad privada que, para su iniciación, no precisa de

un acto administrativo de licencia o de autorización, bastando con que el sujeto comunique a la Administración que inicia la actividad a fin de que ésta despliegue después, si lo desea, sus poderes de policía, de fiscalización, pudiendo verificar así que verdaderamente se reúnen los requisitos legales para el ejercicio de dicha actividad. Esta técnica se está instaurando actualmente en gran número de actividades meramente comerciales e industriales, al objeto de levantar las trabas burocráticas que pesan sobre los ciudadanos y que entorpecen la creación de nuevas empresas.

- En los ámbitos en los que no resulta posible implantar el régimen de las actividades comunicadas, por la concurrencia de graves intereses públicos que justifican una previa fiscalización por parte de la Administración de los requisitos exigidos para el inicio de la actividad –como por ejemplo, cuando se requiera evaluación de impacto ambiental–, se tiende actualmente a la inversión de la regla general del silencio administrativo, que pasa a ser positivo. Esto significa que, como regla general, cuando un sujeto dirige una petición a la Administración, si ésta no le notifica en plazo la respuesta, se entiende que se le ha concedido lo pedido, y puede comenzar a disfrutar de su derecho o a ejercer la actividad para la que se solicitó autorización. Esta regla supone una exigencia efectiva del cumplimiento del principio de eficacia a las administraciones públicas, por cuanto que se les impele a resolver en plazo so pena de que el particular consolide su derecho.
- La sustitución de las tradicionales técnicas de policía (inspecciones, otorgamiento de licencias) por procesos de certificación y acreditación industriales, impulsados por organismos de verificación de calidad. Se trata de técnicas de normalización industrial que el Estado impulsa decididamente, procurando que, en la medida de lo posible, sean los propios sujetos privados quienes se ocupen de acreditar la calidad de los productos. Se generalizan así las denominaciones de origen, los sellos de calidad, o las “inspecciones técnicas” desarrolladas por los propios particulares (por ejemplo, en materia de tránsito, la inspección vehicular).

Pero la transformación más importante de todas es la que redimensiona la intervención de los poderes públicos en el mercado. La Administración asume ahora un papel regulador, erigiéndose en verdadero garante de la transparencia y del libre juego de las reglas de la competencia.

Con el neoliberalismo, es importante decirlo, no se trata de volver al mercado salvaje, no es un retorno al librecambio con su *laissez faire*: lo que se pretende es reservar al poder público funciones de supervisión, control e intervención puntual que garanticen la competencia, como escenario en el que se amplía la oferta de productos y servicios y se reducen los precios. Y al mismo tiempo, se precisa garantizar la prestación de ciertas actividades de interés general, que aún siendo desempeñadas por empresas en régimen de libre competencia, comprendan también ciertas parcelas o actividades en las que se garantice el servicio universal

en igualdad de condiciones para todos los usuarios.

Esto se traduce, a su vez, en una serie de consecuencias:

- Desmantelamiento de los monopolios de Estado, reemplazándolos por el concepto de “servicio universal”. De tal manera que *todos* los mercados se abren a la competencia, existiendo una diversidad de empresas que prestan los mismos servicios, si bien, sobre una de ellas, recaen las llamadas “obligaciones de servicio público”, o de “servicio universal”, garantizándose así el acceso de todos los usuarios al servicio en igualdad de condiciones, y contribuyendo todas las empresas operantes en ese concreto mercado a sufragar los gastos específicos del servicio universal.

Un claro ejemplo de esta transformación, vivido ya en El Salvador, es el de la telefonía, pues sobre la red básica operan diversas empresas que aplican agresivas políticas de precios, si bien una empresa determinada asume la prestación del servicio público asegurando la cobertura nacional de la red y el acceso de todos los usuarios al bucle local.

- Limitación de las ayudas públicas, que sólo deben subsistir para la creación e instalación de nuevas empresas o para la reconversión de las existentes, pero nunca para la pervivencia de empresas comerciales en crisis, pues ello supondría una distorsión de las reglas del mercado. Cuando las empresas no operan en sectores estratégicos y son deficitarias han de someterse pues al principio de riesgo y ventura, sin posibilidad de que reciban ayudas y subvenciones meramente pervivenciales. Si se otorgaran ayudas a fondo perdido a empresas deficitarias se estaría distorsionando el mercado.
- Correlativamente, han de prohibirse los abusos de posición dominante y las prácticas de *dumping*, esto es, la política comercial de bajada de los precios por debajo de su coste a fin de destruir a los competidores más pequeños con la ambición de totalizar el mercado: en efecto, este tipo de prácticas, cuando son realizadas por grandes empresas, acaban destruyendo a la competencia y erigiéndolas en monopolios de hecho. La Administración es habilitada para supervisar estas prácticas y sancionarlas.
- Quedan prohibidas, igualmente, las *prácticas de concertación de precios*, en cuya virtud varias empresas (por ejemplo, las de hidrocarburos) acuerdan un mismo precio de venta para un producto, bloqueando su fluctuación libre, con lo que se distorsiona la competencia. La Administración queda habilitada para sancionar a las empresas que incurran en estas prácticas.
- Inestabilidad en la prestación de los servicios públicos: medidas de intervención de empresas, concepto que define a una nueva potestad administrativa, que no es de carácter sancionador, y que delimita temporalmente la libertad de empresa; puede dar lugar

a medidas muy diversas: imposición de obligaciones de hacer (por ejemplo, plan obligatorio de inversiones en infraestructuras eléctricas para impedir caídas en la red por exceso de consumo; remoción temporal de los gestores, etc.

Como se ve, el Derecho administrativo contemporáneo se encuentra ante el desafío de atender debidamente los requerimientos que le dirige la sociedad, depurando estas nuevas técnicas reguladoras e interventoras para acomodarse a su nueva función, en correspondencia con la posición vicarial que le corresponde.

Con esto no se trata del desmantelamiento del Estado social: se sigue postulando la satisfacción de la procura existencial, la *Daseinvorsorge*, de los ciudadanos. Pero ahora, en lugar de hacerse mediante servicios públicos por cuyo uso se abonan tarifas, es el propio mercado quien presta estas actividades, apoyándose en el convencimiento de que la apertura de los mercados a la competencia lleva asociada una reducción de los precios que permite a los ciudadanos disfrutar de estos servicios a menor coste.

En la actual coyuntura el Estado se convierte en un ser vigilante que vela porque nada perturbe el correcto desenvolvimiento del mercado, lo que se erige en una garantía de prestación de servicios públicos. Como se ve, ello no supone un retorno al *laissez faire*, sino que reclama un papel activo de los poderes públicos que exige la generación de nuevas técnicas e instrumentos jurídicos. A la ciencia jurídica se le está pidiendo actualmente la articulación de esas nuevas instituciones jurídicas. He aquí el reto que tienen planteado el Derecho Administrativo y la Administración pública en los albores del siglo XXI.

## **2.- AVANCES Y DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SALVADOR.**

La República de El Salvador se incluye entre los países que han apostado por el modelo constitucional de Derecho administrativo, como Francia, como España, como Alemania, como Colombia, como Argentina, Nicaragua, Costa Rica, y tantos otros ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Como hemos visto, estos sistemas exigen un esfuerzo continuo de adaptación a los cambios, para evitar que el Derecho administrativo y la Administración pública sean un lastre para el desarrollo. Los poderes públicos, por el contrario, deben ser la vanguardia de la transformación social, lo que exige la capacidad de adoptar nuevas iniciativas y especialmente de adecuar el ordenamiento jurídico al nuevo escenario social.

El Salvador, como también hemos comprobado, está experimentando un fabuloso desarrollo económico. No hay más que mirar alrededor para apreciarlo: la construcción de nuevos centros comerciales, la política de inversiones en el extranjero de las empresas salvadoreñas (especialmente notable en materia de banca y de líneas aéreas), la

ampliación de las prestaciones sociales (por ejemplo, en estos mismos días, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social está extendiendo su cobertura a los niños comprendidos entre 6 y 12 años), etc. En resumen, se respira un clima de prosperidad y desarrollo.

Este nuevo escenario socio-económico exige la adecuación de las estructuras administrativas y del sistema de justicia.

En eso se está trabajando duramente, sensatamente, acertadamente, con iniciativas que en los últimos años han deparado que El Salvador protagonice un salto cualitativo indudable en pro de un verdadero Estado de Derecho administrativo. Algunas de estas medidas, de trascendental importancia, son las siguientes:

- El impulso de capacitaciones específicas en materia de Derecho administrativo, que contribuyan a la formación de profesionales cualificados en esta rama del Derecho.
- La publicación en el servidor de Internet de la Corte Suprema de Justicia de las leyes jurídico-administrativas y de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la propia Corte.
- La aprobación de algunas nuevas leyes, técnicamente avanzadas, que permiten mejorar el proceso de toma de decisiones y asegurar su transparencia frente a terceros, lo que eleva la confianza de los operadores económicos y contribuye a reducir la litigiosidad. Un notable ejemplo de este tipo de disposiciones es la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública de 5 de abril de 2000.

Es preciso, es urgente, continuar avanzando en este camino y evitar que la sociedad sobrepase al Estado, evitar que la Administración se convierta en una rémora frente al desarrollo, conseguir, en definitiva, que los procesos de decisiones del poder público sean más ágiles y transparentes, y que se encuentren sometidos a un mecanismo de revisión judicial verdaderamente digno de tal nombre.

En este sentido, y concentrándonos en los aspectos que, a mi juicio, se encuentran más requeridos de atención, observamos dos tipos de necesidades: una, de carácter normativo; y otra, de carácter formativo.

#### **a) Necesidades de carácter normativo.**

El Salvador no dispone de una Ley de Procedimientos Administrativos. El protocolo de actuaciones de la Administración se encuentra diseminado en un sinnúmero de leyes especiales, que por una parte, no regulan completamente el procedimiento a seguir, provocando lagunas difíciles de colmar; y por otro, desorientan enormemente al justiciable, enredándole en una maraña de disposiciones en la que le es difícil colegir con claridad cuáles son sus derechos.

Por ofrecer algún ejemplo de las consecuencias que ello entraña,

no existe una disposición que determine unitariamente cómo se agota la vía administrativa en El Salvador. Por tanto, el ciudadano se pierde en un denso bosque de recursos administrativos, cuyos plazos de interposición son fugacísimos (de tres días, en la mayoría de los casos), lo que determina, muy frecuentemente, que *de facto* le quede vedado el acceso a la protección judicial de sus derechos.

En el mismo orden de consideraciones, no existe un catálogo legal relativo a los supuestos de invalidez de los actos administrativos, lo que a pesar de los esfuerzos de la Sala de lo Contencioso-administrativo para elaborarlo jurisprudencialmente, introduce grandes dosis de inseguridad jurídica en el sistema.

Existen otros muchos argumentos que apuntan a la necesidad de esta ley. Pero con todo, más urgente aún se presenta la reforma de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1978. Este texto supuso la apuesta de El Salvador por el mejor sistema conocido de justicia administrativa, erigiendo un orden jurisdiccional específico inserto en la jurisdicción general del Estado y especializado por razón de la materia. Pero a día de hoy sus postulados resultan caducos y constituyen una rémora evidente al control judicial de los actos de la Administración.

Por ejemplo, esta Ley restringe mucho las facultades judiciales de revisión. Por un lado, exige un sinfín de requisitos formales para interponer los recursos, lo que dificulta extraordinariamente el acceso a la jurisdicción y pone en entredicho el derecho constitucional a la protección jurisdiccional (o tutela judicial efectiva).

Por otro, no permite impugnar los reglamentos, ni la inactividad material de la Administración, sino tan sólo los actos administrativos.

También se precisa ampliar la planta del orden judicial contencioso-administrativo, acercando la jurisdicción a los ciudadanos mediante la creación de Tribunales Regionales que les permitan apreciar una mayor proximidad del órgano judicial y no les haga desistir de sus pretensiones por encontrarse situaciones en posiciones geográficas distantes.

Y para concluir –si bien esto último trae causa más de la autolimitación que se inflige el juez contencioso que de lo realmente dispuesto por la Ley–, restringe las facultades judiciales respecto de los actos administrativos, de tal manera que el juez se limita a anular los actos administrativos, pero no llega efectivamente a efectuar en sentencia el reconocimiento de un derecho o el restablecimiento de una situación jurídica perturbada.

Todos estos son conceptos técnicos, un tanto complicados de explicar en estos momentos; pero en cualquier caso, son reveladores de una situación preocupante en lo relativo al control judicial de la Administración en El Salvador.

La necesidad de robustecer el sistema de justicia administrativa mediante las leyes citadas se fundamenta, al menos, en cuatro razones.

En primer lugar, porque la captación de inversiones externas exige el imperio de la seguridad jurídica y el adecuado control judicial de las decisiones del poder público. El empresario que arriesga su patrimonio quiere descansar en la tranquilidad de que frente a cualquier decisión que se adopte por los poderes públicos gozará de plenas garantías constitucionales, y en particular, que podrá ser objeto de un adecuado sistema de revisión judicial.

En segundo lugar, porque la bonanza económica no debe únicamente conducir al consumo, sino que ha de ser encauzada como instrumento de generación de empresas, de empleo, y de nueva riqueza. En la medida que el procedimiento administrativo de autorización a la instalación de nuevas empresas sea lento e inoperante, el capital no se verá estimulado a la inversión, sino al consumo. A la larga, esto supone que el período de bienestar resulta pasajero, cuando se cierran o reducen las fuentes de financiación. Y debe tenerse bien presente, en este sentido, el previsible descenso de las remesas en el futuro (2.000 millones de dólares anuales circulan en El Salvador porque los inmigrantes salvadoreños en los Estados Unidos los envían acá).

En tercer lugar, porque la mejora del sistema de justicia contribuye a la materialización efectiva del principio de eficacia, en la medida que la detección por parte de los jueces de las ilegalidades en que hubiera podido incurrir la Administración, y su posterior restañamiento, representan un cauce de retroalimentación que permite a la Administración conocer sus deficiencias y trabajar para superarlas. Cuando el poder público se asienta en la impunidad, sus esfuerzos de superación son menores, pues se acomoda en el convencimiento de que sus decisiones no serán susceptibles de anulación.

En cuarto lugar, y *last but not least*, porque la mejora del sistema de justicia administrativa confiere mayor legitimidad a la Administración ante los ciudadanos, quienes aceptarán de mejor grado sus decisiones, sabedores de que vienen avaladas por su origen democrático y de que se encuentran además respaldadas por un verdadero sistema de justicia administrativa.

Por tanto, lejos de lo que podría pensarse, la depuración y mejora del procedimiento de adopción de decisiones y el robustecimiento del sistema de justicia administrativa no debilitan al poder público, sino que lo refuerzan, y constituyen un elemento imprescindible del desarrollo en las sociedades avanzadas.

#### **b) Potenciación de nuevas capacitaciones en Derecho administrativo.**

Tradicionalmente se ha observado un escaso impacto de las enseñanzas en materia de Derecho administrativo en las universidades del país. Esto pudo deberse al papel que esta rama del Derecho ocupaba hace treinta años, pero no se corresponde con la realidad actual.

De ahí la extraordinaria importancia que entraña colmar esta laguna mediante capacitaciones específicas que mejoren el dominio de esta

ciencia jurídica y permitan disponer de profesionales cualificados en toda la variada gama de operadores jurídicos: jueces y magistrados, fiscales, servidores civiles, y también abogados y letrados en el libre ejercicio de su profesión. Desde el año 2000 se viene apostando por esta línea de trabajo, que conviene continuar y potenciar en el futuro. En este sentido, podría ser muy oportuna la impartición de un título de experto en Derecho administrativo, ya sea por la Escuela de Capacitación Judicial, ya sea por alguna Universidad, o bien simultáneamente por ambas instituciones en virtud de un convenio de colaboración. El papel de este título sería el de abrir la formación en materia de Derecho administrativo a los profesionales liberales, a fin de dotarles de los conocimientos precisos para actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

## CONCLUSIONES

Y terminamos. Lo hacemos recapitulando, y recordando que hemos de trabajar en el sentido que nos señalaba Rudolf von IHERING en *La lucha por el Derecho*, esto es: “determinando de una manera clara y precisa el derecho positivo; descartando de todas las esferas del derecho, no sólo del civil, sino también de las leyes de policía y de la legislación administrativa y financiera, todo lo que puede chocar con el sentimiento del derecho sano y digno del hombre; proclamando la independencia de los Tribunales y reformando el procedimiento, se llegará seguramente a acrecentar la fuerza del Estado (...). El más sagrado deber del Estado es cuidar y trabajar por la realización de esta idea”.

Y es que, en efecto, el robustecimiento del control judicial de la Administración, lejos de debilitar al Estado, lo fortalece y le hace progresar.

Un sistema político y económico como el salvadoreño, que evidencia tan elevadas dosis de madurez y desarrollo, necesita normas adecuadas a los retos que tiene planteados el país, y necesita además profesionales cualificados y bien formados en materia de Derecho administrativo.

Por ello, Sras. y Sres., dignísimas e ilustrísimas autoridades, es preciso que sigamos insistiendo en ese esfuerzo colectivo que encamina a El Salvador hacia el progreso, aprobando disposiciones normativas que acomoden el Derecho vigente a la realidad social y económica del país, y permitan hacer realidad el admirable mandato que vuestra Constitución proclama ya en su artículo 1: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”. Lejos de sobrecogernos, la inmensidad de este desafío debe ser un estímulo que nos haga redoblar nuestros esfuerzos.

Muchas gracias.

## 6. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Lic. Pedro Noubleau Orantes\*

### SUMARIO

Introducción. Primera parte: Teoría de la Integración. Capítulo I: Aspectos generales de la Integración, delimitación y características. 1. Ideas generales. 2. Una primera aproximación a la definición de integración de Estados. 3. La Integración por sectores: Económica, Social y Política. 4. Los Grados de la Integración Económica. 5. Las libertades de circulación en el proceso de integración. 6. Beneficios de la Integración. 7. Sobre los Costos de la Integración. 8. Conclusiones preliminares. Capítulo II: El papel del Derecho en los procesos de integración. 1. Dimensión normativa de los procesos de integración. 2. Naturaleza jurídica de la integración. 3. Líneas Características de los Ordenamientos Jurídicos de Integración. 4. Principios de los ordenamientos de integración. 5. Técnicas jurídicas de la integración. 6. Conclusiones preliminares. Capítulo III: Datos básicos sobre la región centroamericana. 1. Los rasgos estructurales. 2. Las grandes etapas de la integración regional. 3. Indicadores de Centroamérica. 4. A manera de conclusión. Segunda parte: Una Interpretación del Proceso de Integración Centroamericano. Capítulo IV: El Sistema de la Integración Centroamericana. 1. El Sistema de la Integración Centroamericana. 2. Los Organos e Instituciones del Sistema. 3. Las Fuentes del Derecho en el Sistema de la Integración. 4. Los Principios del Derecho de la Integración y sus Relaciones con los Ordenamientos Internos. Capítulo V: El Perfeccionamiento de los Grados de la Integración Económica. 1. Desarrollo de las etapas de la Integración Económica. 2. El Perfeccionamiento de las Políticas Sectoriales. Capítulo VI: La Resolución de Conflictos y la Interpretación Uniforme en el Sistema de Integración. 1. Una aproximación histórica. 2. Organización y Funcionamiento. 3. Jurisdicción y Competencias. 4. El Procedimiento Contencioso. 5. La Sentencia. 6. Addenda. Conclusiones Generales. Bibliografía.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Especialista en Integración Regional, Master en Unión Europea.

## Introducción

En 1951 cinco países centroamericanos crearon la Organización de Estados Centroamericanos para orientar la integración política y económica de la región; posteriormente, suscribieron el Tratado General de Integración Económica, que perseguía establecer el libre comercio entre los países miembros y la creación del Mercado Común Centroamericano.

En 1991 Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, refundaron el proceso de integración al suscribir el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, en él se creó el Sistema de la Integración Centroamericana.

Luego de cinco décadas de trabajo, los gobiernos e instituciones de integración siguen estando en deuda con los centroamericanos, no han logrado fortalecer la identidad regional y, mucho menos, mejorado la calidad de vida de los pueblos de la región. Los pocos logros alcanzados al inicio fueron revertidos e ignorados.

Al día de hoy, resulta evidente que falta coherencia entre las declaraciones y las acciones de las personas involucradas directamente en el quehacer de la integración, también, es cierta la ausencia de una verdadera interacción entre instituciones y Estados, que, a la larga, no permite desarrollar labores concretas en la tarea integradora.

El Sistema de la Integración Centroamericana tiene, o por lo menos tuvo, la posibilidad de orientar la integración con pasos seguros y ordenados en un solo rumbo; sin embargo, el marco institucional se atomiza en innumerables foros, órganos e instituciones de coordinación, ejecución y seguimiento que siguen favoreciendo la realización de esfuerzos descoordinados, así como, la posibilidad de ejecutar actos contradictorios con los programas o planes generales de integración o, simplemente, incumplen las obligaciones a las que están sometidos.

Para los que creemos en una Centroamérica unida, constituye un interés muy fuerte comprender de mejor manera al Sistema de la Integración, por tanto, su análisis debe motivar a una reflexión y explicación adecuada sobre sus fortalezas y debilidades, especialmente, definiendo el papel que debe jugar el Derecho sea moldeando el proceso, sea conformando las instituciones o influyendo en sus actos. El presente trabajo, tal vez, establezca algunas bases sobre las cuales se pueda valorar el proceso centroamericano y sirva para los interesados a disponer de un instrumento estudio ordenado y moderno.

## Primera Parte

### Teoría de la Integración

#### Capítulo I

Aspectos generales de la Integración, delimitación y características.

##### 1.- Ideas generales.

Hoy casi todo miembro de la Humanidad se ha convertido en un ciudadano del mundo, en cuanto que existe una cierta globalización de las cosas. En el devenir histórico de las sociedades encontramos ciertas particularidades que distinguen este momento de otros; dichos rasgos, entre muchos más que, probablemente, el tiempo nos revele, creemos son los siguientes:

a) Existe una internacionalización de la producción, el comercio<sup>1</sup> y los recursos financieros, pues, ahora, casi cualquier bien que pueda poseer una persona, en cualquier parte del mundo, ha sido creado en un proceso donde se encuentran involucrados trabajadores de distintos países; de tal suerte, empresas y consumidores que participan en el comercio viven en distintas partes del mundo, de hecho, el 50 por ciento del intercambio global se produce sin distinción entre muchos de los países; por ello el comercio se hace sencillamente sin fronteras, sin solución de continuidad, lo cual revela, desde el punto de vista del comercio internacional, que las naciones son cada día más interdependientes entre sí<sup>2</sup>.

b) Se manifiesta una mundialización de la política, a partir de la interinfluencia y condicionamiento mutuo entre los Estados, donde los actos realizados unilateralmente en uno pueden llegar a tener efectos más allá de sus fronteras. González Casanova afirma que en la actualidad se “ha creado...un incipiente sistema político de ámbito intercontinental<sup>3</sup>.”

c) En virtud de las innovaciones tecnológicas en materia de medios de comunicación y transportes, así como gracias a las revoluciones económicas, la humanidad se ha permitido reducir el espacio y contraer el tiempo de los pueblos en cuanto a su desarrollo histórico; este relativo estrechamiento de las distancias en el mundo se ha traducido en que todo está más cerca de todo y todo influye más en todos. Por su parte, la disminución del tiempo histórico consiste en que los cambios y transformaciones sociales se realizan con gran celeridad, afectan a todos los países y permiten quemar etapas en la distancia histórica que existe

1. La mayor parte de países del mundo son miembros de la Organización Mundial de Comercio, único organismo internacional que supervisa el comercio de mercancías, servicios y Derechos de propiedad intelectual entre la mayoría de países en el ámbito mundial; su sistema comercial multilateral se encuentra basado en ocho rondas distintas de negociaciones internacionales celebradas de acuerdo al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT; al respecto véase La Unión Europea y el Comercio Mundial, Comisión Europea, Luxemburgo, 1999, Pág. 4 y 5.

2. Al respecto véase a Ramón Tamames y otra, Estructura Económica Internacional, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Pág. 49 y sig.

3. José Antonio González Casanova, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1983, Pág. 170.

entre culturas que poseen un distinto nivel de desarrollo<sup>4</sup>.

d) La explotación abusiva de los recursos naturales, la contaminación ambiental, la degradación de la capa de ozono, el cambio climático, la desertificación, la pérdida de la diversidad biológica, el deterioro del suelo, aire y agua, etcétera; son fenómenos que no tienen una limitación geopolítica, sino que suelen tener el potencial de trascender las fronteras de los Estados de donde se originan, perjudicando directamente a otras naciones y al mundo en su conjunto<sup>5</sup>.

e) Las actividades como el tráfico de drogas, el terrorismo, la delincuencia organizada, la destrucción o traslado no autorizados de tesoros arqueológicos, el lavado de dinero, entre otras, hacen necesario la búsqueda de mecanismos que eviten la contaminación de gobiernos y personas, así como distorsiones monetarias y económicas que la llegada de grandes cantidades de dinero sucio produce a los países<sup>6</sup>.

La creciente interdependencia internacional es algo más que una simple mundialización de las cosas, ya que, aún cuando ella se refleje en el intercambio de bienes y servicios, así como en movimientos de activos financieros entre economías, también constituye y, especialmente, se manifiesta como un salto cualitativo que desborda el tema del comercio internacional y trasciende a otras áreas de importancia, por ejemplo: medio ambiente, seguridad internacional, energía, migración, seguridad alimenticia, etcétera.

Esta situación no se encuentra exenta de aspectos negativos pues genera serios problemas de equilibrio en los países menos preparados para el libre comercio<sup>7</sup>, entre los que encontramos una espiral creciente de conflictos que giran en torno al trabajo, el capital, las personas, las empresas y el Estado; donde grupos de personas han quedado absorbidos, frecuentemente marginados según las conveniencias del mercado, y no pocas veces suprimidos, tal y como si fueran mercancías innecesarias o deterioradas.

No obstante las normas que regulan el sistema del comercio mundial, en las relaciones económicas internacionales los países intentan aumentar unilateralmente su bienestar aplicando indiscriminadamente todo tipo de restricciones -no necesariamente arancelarias-, que limitan el volumen de las importaciones y, a su vez, procuran favorecer y establecer ayudas a las empresas nacionales en su actividad exportadora<sup>8</sup>; de ahí

4. En ese sentido véase a José Antonio González Casanova, *Ibíd.*, Pág. 169 y sig.

5. Al respecto Evelyn Horowitz, "El vínculo Comercio/Medio Ambiente", en Comercio y Medio Ambiente el Debate Internacional, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1995, Pág. 11.

6. Sobre el tema, véase "Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito", Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991, Págs. 5 y sig.

7. Véase a Ramón Tamames y otra, *Ibíd.*, Pág. 50.

8. Uno de estos casos sería, por ejemplo, el de las organizaciones comunes de mercado en la Comunidad Europea, las cuales, en su mayoría, constituyen sistemas de subvención a la producción agrícola. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio ha estimado que en algunos supuestos la normativa comunitaria europea en materia de intercambios con terceros países no es compatible con las disposiciones de la organización; en razón de lo cual, se ha autorizado a algunos Estados a imponer sanciones. Véase La situación de la Agricultura en la Unión Europea, Comisión Europea, Bruselas, 2000, Pág. 85.

la vigencia mundial de grandes problemas que originan el enriquecimiento de unos pocos y el empobrecimiento de muchos<sup>9</sup>.

De alguna manera, un número limitado de Estados se han convertido en los mayores de éste universo mercantil, y muchas otras naciones se encuentran sometidas al vértigo de una economía caníbal, donde el mercado les ha privado del control sobre sus destinos, convirtiéndose ellas, junto con sus súbditos, en simples objetos, mano de obra, demanda efectiva, dato estadístico. Hoy, luego de la década perdida y la caída del muro de Berlín, en el mundo se abrió la Caja de Pandora, y la mayoría de pueblos se encontró en medio del ojo del huracán, frágiles ante fuerzas que difícilmente pueden controlar.

Todo este conjunto de situaciones, que no agotan la realidad internacional, claro está, evidencian que el ejercicio tradicional de la soberanía se ha visto rebasado por fenómenos que, aún y cuando inciden en la actividad doméstica de cada Estado, trascienden el mero interés nacional e incluso superan el control interno que se puede tener de ellos; de tal forma, que los pueblos se encuentran en la imposibilidad de resolver aisladamente sus problemas. Esto ha determinado que, en la búsqueda del bien nacional, regional o internacional, se recurre a los más sofisticados medios de acción con alcances más amplios que los que puede lograr un Estado nacional.

En esta búsqueda de soluciones para enfrentar la globalización de los problemas económicos, políticos, sociales, ecológicos, etcétera, especialmente queremos hacer notar la importancia que adquieren, por una parte, la adopción de múltiples acuerdos entre Estados que buscan la fortaleza en la cooperación de las naciones, como serían los casos de la adopción de medidas de cooperación estatal, como los Sistemas Generales de Preferencias, el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros, GATT, la Iniciativa para la Cuenca del Caribe, etcétera; pero también y, por otra parte, nos estamos refiriendo a la formación de grandes espacios económicos y políticos constituidos por Estados íntimamente vinculados, por ejemplo: el asiático, el europeo, el conformado con el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, la Comunidad Andina y el Mercosur.

Estos espacios integrados, entendemos, pueden tener dos tipos de fundamentos: podrían representar una etapa más avanzada en el camino de apertura hacia la globalización, homogenizando las condiciones internas de los mercados nacionales y prepararlos para abrirse a la competencia mundial<sup>10</sup>; o, en cambio, constituir mecanismos por medio de los cuales países de condiciones similares se protegen de la globalización, levantando barreras que resguardan a ciertas industrias y actividades que no resistirían la competencia internacional<sup>11</sup>.

---

9. En este sentido Joaquín María Aragón Mitjans S.J., *Ética y Valores*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1994, Pág. 153.

10. Al respecto Alfredo Guerra Borges, "Globalización y Regionalización: Una Presentación Abreviada", en *Revista de Estudios Sociales*, Número 47, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, enero-junio 1992, Pág. 2 y siguientes.

11. El último caso sería el modelo de integración de sustitución de importaciones, impulsado por la CEPAL, el cual implicaba la búsqueda del desarrollo hacia adentro, y que implicaba una integración de países cuyos mercados estrechos agrupados posibilitaban la creación de un complejo industrial que se convirtiera en centro de la economía y el desarrollo. Así Héctor Dada Hirezi, *La Economía de El Salvador y la Integración Centroamericana*,

En uno u otro caso, los Estados han consentido en tener cada día menos poder –y menos soberanía- para cumplir los fines que, teóricamente, les debían justificar como poder político supremo, pero que se encuentran en la imposibilidad práctica de alcanzar<sup>12</sup>.

Probablemente, los Estados se encuentran en una situación en la que son incapaces de dar, individualmente, una respuesta adecuada a las necesidades de la población, de tal suerte que sólo en una más íntima asociación internacional existe la posibilidad de lograr la satisfacción de los intereses de todos<sup>13</sup>.

## **2.- Una Primera Aproximación a la Definición de Integración de Estados.**

Un concepto general de integración hace referencia a la acción y efecto de integrar, lo cual indica la existencia de dos dimensiones, una dinámica y otra estática; en ese sentido, integrar implica formar las partes un todo, o completar un todo con las partes que faltaban<sup>14</sup>.

Integración en su visión dinámica es un proceso, una serie de hechos que en el transcurso del tiempo se desenvuelven progresivamente, con el objeto de crear una unidad. Efectivamente, desde un punto de vista general, la integración se refiere a una tarea de unificación de cosas, así como al resultado que se deriva de ella; sin embargo, aplicadas a las relaciones entre Estados, podría referirse a la agrupación de diferentes unidades territoriales independientes, en una sola de carácter político, económico o social.

Una revisión histórica nos permite encontrar verdaderos procesos de integración en la formación de estructuras políticas unificadas, como es el caso del Estado Nación y, posteriormente, la formación de federaciones<sup>15</sup>; en situaciones como éstas, la motivación del proceso puede obedecer a relaciones de poder hegemónico entre pueblos grandes y pequeños, o a eventos realizados mediante la coacción. Sin embargo, en la Historia reciente los modos y procedimientos aplicados en las relaciones de integración entre Estados responden a un carácter marcadamente voluntarista y consensual, en el entendido que su realización suele concretarse a través de la celebración de tratados internacionales libremente acordados entre los Estados.

A través del consenso, la integración permite la creación de una

1945-1960; UCA Editores, San Salvador, 1987, Pág. 86.

12. Véase a José Antonio González Casanova, *Ibid.*, Pág. 172

13. Al respecto Santiago Ripol Canulla, *La Unión Europea en Transformación, El Tratado de la Unión Europea en el Proceso de Integración Comunitaria*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, Pág. 25.

14. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Edición, Real Academia Española, Madrid, 1984, Pág. 779.

15. En ese sentido, véase a Carlos Francisco Molina del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Editorial Trivium, Madrid, 1997, Pág. 18. Al respecto, Hermann Heller, refiriéndose a los procesos integradores que han resultado en la formación de Estados, precisa que no han bastado los simples procesos de integración para conformar unidades sociales o agrupaciones políticas de voluntad, sino que es necesario un plan previo y una actividad plenamente conciente encaminada a alcanzar la unidad de acción, que se impone incluso por medios coactivos; Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, Pág. 66, 85, 104 y 105.

serie de mecanismos que producen y mantienen un sistema de concordancia en el ámbito internacional, y no de supremacía de un grupo hegemónico, en el cual los Estados consistentemente encuentran posible armonizar sus intereses, lograr compromisos en sus diferencias y obtener mutuas gratificaciones en sus interacciones<sup>16</sup>.

De esta manera, y por medio de acuerdos, los Estados buscan eliminar voluntariamente las barreras que restringen el tráfico privado entre sus gobernados, erradicando paulatinamente las disparidades existentes entre sí, potencialmente generadoras de conflictos<sup>17</sup>, creando una homogeneización en ámbitos como el social, económico e, incluso, el político<sup>18</sup>.

La integración se ha convertido en un mecanismo por el cual las naciones aceptan, por propia voluntad y no por obligación o deber, el desviar sus lealtades, expectativas y actividades políticas hacia un nuevo centro, cuyas instituciones poseen o demandan jurisdicción sobre los Estados preexistentes<sup>19</sup>. Es a través de dicha voluntariedad que los Estados no se mantienen al margen de la integración, puesto que, en momentos precisos, son ellos quienes adoptan las decisiones políticas que permiten su implementación<sup>20</sup>.

Resulta factible decir que, en las relaciones entre pueblos soberanos, la integración es un proceso de formación de una entidad social superior construida a partir de sus agregados componentes, en la que se crean condiciones e, incluso, instituciones comunes adicionales<sup>21</sup>, las cuales tenderán a favorecer la formación de una nueva realidad, con una instancia capaz de tener una voluntad propia y un obrar conforme a ella, y la que, agregaremos, se impone a otros grupos que existen en el territorio común.

Desde el punto de vista del Derecho, las anteriores aproximaciones conceptuales sólo tienen explicación cuando se engarzan con un acto de delegación del ejercicio de competencias fundamentales de los Estados asociados a una organización de integración, por el cual se entrega en parte la jurisdicción que poseen, para que esta organización haga las veces de aquéllos. La delegación del ejercicio de competencias realizada por voluntad de los países miembros, deja, por así decir, un espacio libre, reconociendo a las organizaciones regionales, y al Derecho que de ellos deviene, cierta autonomía y prevalencia con respecto de la organización pública nacional y del Derecho interno de cada Estado miembro.

Además, cuando se trata de explicar detalladamente la integración, se presenta un importante debate al intentar diferenciar las relaciones de

---

16. En ese sentido Nicolás Mariscal, *Integración Económica y Poder Político en Centroamérica*, UCA Editores, San Salvador, 1989.

17. Al respecto véase a Ferran Brunet, *Opus Cit.*, Pág. 29.

18. Por eso, la integración es, ante todo, una técnica cargada de intenciones políticas, Ramón Tamames y otra, *Opus Cit.*, Pág. 214.

19. Ernst B. Haas citado por Alberto Henarete, *El Derecho de Integración, Ensayo de Sistematización*, Ed. Tipografía Nacional, Guatemala, 1991, Pág.82.

20. En ese sentido, Santiago Ripol Carulla, *Opus Cit.* Pág. 26.

21. En un sentido similar Ferran Brunet, *Curso de Integración Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Pág. 28.

cooperación internacional y las relaciones de integración propiamente dichas, fenómenos diferentes sobre los que existen características contrapuestas notables ya que, en general, la integración supone un estadio superior al de la mera cooperación<sup>22</sup>.

La cooperación se caracteriza porque los Estados actúan con respeto al poder que cada uno de ellos posee para autodeterminarse en su orden interno, así como en el externo; en consecuencia de lo cual, éstos no son vinculados a un acto que no han consentido, manteniendo con ello intangible su soberanía<sup>23</sup>; en cambio, la integración requiere que, aun cuando exista una interrelación funcional de los órganos intergubernamentales en una comunidad -debido, lógicamente, al origen voluntarista de la misma-, se permite la creación de una decisión autónoma vinculante, distinta a la expresada unilateralmente por los Estados<sup>24</sup>.

En consecuencia, la integración se refiere a un proceso que se encuentra, en cuanto a determinadas materias, confiado al interés común, el cual no es necesariamente la representación de la suma aritmética del interés individual de sus Estados miembros, sino el reflejo de ciertos valores mayoritarios en esos Estados.

### **3.-La Integración por sectores: Económica, Social y Política.**

Según los objetivos perseguidos, así como por las técnicas empleadas, la integración puede clasificarse en tres distintos tipos: económica, social y política.

En el ámbito económico, por ejemplo, los procesos de integración que resultan compatibles con el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según su artículo XXIV, y con el "Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994", documento agregado al Anexo 1-A del Acuerdo de Marrakech, son aquellos que se reducen a una delegación del ejercicio de competencias estatales de carácter económico a favor de las organizaciones de integración, que varían de contenido y magnitud dependiendo del grado en que se encuentra el proceso<sup>25</sup>.

Las competencias económicas se refieren a las tres funciones

22. En ese sentido Carlos Francisco Molina del Pozo, Opus Cit, Pág. 135.

23. Véase a José Antonio Pastor Ridruejo, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, Pág. 273; y a Pablo Pérez Tremps, Constitución Española y Comunidad Europea, Editorial Civitas, Madrid, 1994, Pág. 21.

24. Este planteamiento se encuentra ampliamente desarrollado por Guy Isaac, Manual de Derecho Comunitario General, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, Pág. 362.

25. En ese sentido Manuel López Escudero y otros, Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, Madrid, 2000, Pág. 4, advierten que en las etapas de la integración... "las zonas de libre comercio constituyen el primer estadio de un proceso de integración porque suponen una pérdida de competencias estatales que se limita a la imposibilidad de obstaculizar el comercio entre los Estados participantes. En las uniones aduaneras los Estados adoptan, además, un arancel aduanero común aplicable a los intercambios comerciales con países terceros. Cuando los Estados participantes establecen entre ellos la libertad de circulación de todos los factores productivos, el proceso de integración alcanza el estadio de mercado común. Si además de ello, unifican sus políticas económicas y monetarias, el proceso de integración se completa y deviene una unión económica."

básicas de la política económica, que son, la asignación de recursos, redistribución de la riqueza y la estabilización macroeconómica. La transferencia del ejercicio de competencias permite a las organizaciones de integración la reducción o supresión de las barreras al comercio entre los Estados asociados y la armonización del marco institucional de sus economías, con lo cual, se permitiría que dos o más mercados nacionales que previamente han estado separados y cuyas dimensiones unitarias eran estimadas poco adecuadas, se unan para formar un solo mercado de una dimensión idónea<sup>26</sup>.

Puede afirmarse que la supresión de las barreras al comercio —en las que deben comprenderse tanto las barreras arancelarias como las no arancelarias—, y la superación de las diferencias y desigualdades entre países, es lo que identifica a los procesos de integración económica.

En principio, la integración económica es discriminatoria con relación a terceros países, y se limita a prescindir paulatinamente de los límites o barreras que restringen la movilidad de bienes, servicios y factores productivos entre dos o más Estados, resultando selectiva entre ellos y discriminatoria con relación a terceros países a los cuales se les impone un arancel; pero para algunos constituye un paso hacia el librecambio, al principio, limitado a los Estados que se agrupan<sup>27</sup>.

Por otra parte, la integración social es aquella relativa a la delegación del ejercicio de competencias estatales que inciden en el ámbito social a favor de las organizaciones de integración, que varían de contenido y magnitud dependiendo del grado en que se encuentra el proceso.

En concreto, las competencias en materia social se refieren al mejoramiento de la condición de grupos o clases en una sociedad: trabajadores, profesionales, empresarios, campesinos, etcétera; a quienes, además de ser los destinatarios de prácticas políticas y sociales compensatorias, se les procura facilitar el libre movimiento en el espacio territorial integrado a fin de cada quién se ubique en el lugar donde obtenga el mejor bienestar posible<sup>28</sup>.

Suele identificarse el ámbito social con materias como: migración; empleo; igualdad laboral por razón del sexo; derechos de los trabajadores en los casos de transmisiones de empresas, despidos colectivos e insolvencia empresarial; derechos de información y participación de los trabajadores en la empresa; seguridad e higiene en el trabajo; formación profesional; seguridad social; etcétera.

En principio, los aspectos económicos de la integración no están desvinculados de los sociales. Siendo que el objeto final es el bienestar común de los pueblos, es obvio, que en última instancia, lo más importante es el bienestar de la persona humana; en consecuencia, la integración

26. Véase a Ramón Tamames y otra, *Ibid.*, Pág. 59 y 208.

27. Al respecto véase a Ferran Brunet, *Opus Cit.*, Pág. 29 y sig.

28. Por ejemplo, Molina del Pozo expresa que en las acciones llevadas a cabo por la Comunidad Europea en temas sociales, se pueden distinguir las normas de Política Social en sentido estricto y, por otro lado, las actividades inherentes a la mera instauración del Mercado Común; Carlos Francisco Molina del Pozo, *Opus Cit.*, Pág. 641.

social debe constituir una premisa adicional a la económica, o bien el elemento subyacente de las medidas que ésta última requiere<sup>29</sup>.

El ámbito Político, por su parte, implica la versión más pura y simple de la integración pues en su esencia se refiere al proceso en el cual se trasladan competencias fundamentales de los Estados hacia la estructura común creada. Es decir, que la tarea de fortalecer un nuevo centro de conducción sobre el conjunto de países asociados constituye el aspecto político de la integración.

Además, suele identificarse el tema político con los fundamentos ideológicos que motivan el proceso de asociación de los Estados; así también se reputa existe integración política cuando se abordan ciertas materias que constituyen parte del núcleo duro de la soberanía de los Estados, por ejemplo: las relaciones internacionales, la defensa nacional y la seguridad interna. Estas interpretaciones, en estricto sentido, son limitativas del fenómeno, y sólo resultan útiles en cuanto ayudan a sistematizar las diferentes manifestaciones de la integración.

Advertimos que todo proyecto de integración implica una manifestación de lo político, en cuanto que, invariablemente, siempre se exige el traslado de competencias fundamentales de los Estados; por lo cual, los propósitos económicos y sociales interactúan con los de naturaleza política, fortaleciéndose mutuamente. La integración política siempre envuelve a otros sectores, o éstos devienen en el primero.

#### **4.- Los Grados de la Integración Económica.**

Aunque los factores que motivan la integración sean tanto económicos, sociales y políticos, sus cimientos son y continúan siendo predominantemente económicos; es por ello que un punto de arranque imprescindible para el estudio de los pormenores de este fenómeno lo constituyen las bases teóricas de la integración económica.

Concebida la integración en un sentido dinámico, su evolución implica naturalmente diversas fases<sup>30</sup>. Así, el proceso alcanza diferentes grados que, desde un punto de vista analítico, suelen ser cuatro: la Zona de Libre Cambio, la Unión Aduanera, el Mercado Común y la Unión Económica y Monetaria. Algunos agregan al inicio de estas categorías las áreas de preferencia aduanera, aunque sea discutible su aceptación.

La tipología clásica fue introducida por Bela Balassa en su Teoría de la Integración Económica, aunque existen antecedentes en autores como Jacob Viner quien se refirió al tema de las uniones aduaneras; posteriormente se han sistematizado nuevas interpretaciones, aunque se reconoce en ellas las huellas originales de los autores citados.

29. Por ejemplo, temas sociales como el empleo, los salarios, la seguridad social, y en general la mejora del nivel de vida y de trabajo, son aspectos relacionados íntimamente con el desarrollo económico y la productividad empresarial. En ese sentido Alfredo Montoya Melgar y otros, Derecho Social Europeo, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, Pág. 28.

30. En la práctica las fases o grados de la integración no se cumplen a la perfección, los cauces que cada proceso adopta son establecidos, voluntaria y caprichosamente, por sus mismos partícipes; el verdadero valor de los grados de la integración económica estriba en que constituyen parámetros de interpretación conceptual, es decir que su verdadera utilidad sea el analítico, para determinar la intensidad con que se está produciendo el fenómeno o la programación del mismo proceso.

El proceso de integración no debe ser visto exclusivamente de un modo estático, como si cada una de sus etapas o grados fuere una obra integral y perfecta, lo cierto es que la integración es el resultado de una compleja decantación evolutiva, la cual casi nunca es lineal y mucho menos contiene o implica desenlaces ideales concienzudamente logrados. Por eso, el verdadero valor de una clasificación de los grados de la integración económica reside en que sirven, exclusivamente, como categorías interpretativas de procesos fácticos.

Cada grado, con sus ventajas e inconvenientes, se puede entender según que el elemento principal sean sólo los aranceles, o que alcancen también a los factores de producción, el trabajo y el capital, así como a las Políticas Económicas<sup>31</sup>.

Las primeras dos fases buscan la reducción y eliminación de la primera barrera al comercio entre las economías nacionales: el arancel aduanero. Las dos fases que continúan, además de la libre circulación de todas las mercaderías entre los Estados partícipes, persiguen alcanzar la liberalización de los factores de producción, trabajo y capital, así como la coordinación o, en su caso, unificación de ciertas Políticas Económicas.

Las diferentes etapas del proceso de integración se traducen en una pérdida de atribuciones del Estado, por cuanto se ve restringido en su capacidad de acción política para establecer, por ejemplo, en las zonas de libre cambio los límites al comercio proveniente de los otros Estados asociados; en las uniones aduaneras los Estados se despojan de competencias para definir el arancel aduanero aplicable a los intercambios comerciales, no sólo con los partícipes, sino con países terceros; en el mercado común los Estados participantes se ven en la imposibilidad de regular la libertad de circulación de los factores productivos; finalmente, en la unión económica y monetaria el Estado pierde la capacidad de controlar las políticas económicas y la emisión de especies monetarias<sup>32</sup>.

Pasamos a continuación a exponer de forma descriptiva y sintética, el perfeccionamiento de las fases de la integración económica y las políticas sectoriales complementarias en el proceso centroamericano:

#### **4.1.-Zona de Libre Comercio.**

Supone la eliminación total, inmediata o paulatina, de aranceles y otras restricciones cuantitativas de una parte sustancial del comercio entre un grupo de países, por lo que cada Estado miembro mantiene sus propios aranceles frente a terceras naciones, así como su peculiar política comercial<sup>33</sup>.

---

31. Sobre lo mismo, véase a Ramón Tamames y otra, Estructura Económica Internacional, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Pág. 208.

32. Al respecto, Manuel López Escudero, Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, Madrid, 2000, Pág. 4.

33. Véase a Josep Ma. Jordán Galduf y otros, Economía de la Unión Europea, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, Pág. 28.

Al eliminar o suprimir los aranceles aduaneros en el comercio recíproco, las mercaderías circulan libres de impuestos; es decir, entre los Estados que participan del proceso de integración, funciona un comercio irrestricto de productos; sin embargo, con respecto al comercio exterior, cada país mantiene sus tarifas arancelarias aplicadas a mercaderías importadas de Estados no miembros de la zona.

Este grado de integración sólo tiene éxito entre Estados que se encuentran en niveles de desarrollo homogéneo, pues cuando existen distintas condiciones económicas que requieren de diferentes niveles de protección arancelaria frente a los productos de terceros países, puede presentarse la llamada “desviación comercial”, perjudicando el proceso de industrialización de alguno de los miembros de la zona de libre cambio<sup>34</sup>.

#### **4.2.-La Unión Aduanera.**

Esta fase, además de la eliminación de los tributos originados con la importación de bienes y otras restricciones al comercio de productos, implica la adopción de un arancel externo común aplicable a mercaderías provenientes de terceros países, lo que asegura un nivel de protección uniforme ante cualquier producto sea cual sea el punto de la Unión por el que se importe el mismo.-

Arancel, como ya se dijo anteriormente, es un tributo determinante de los Derechos que se han de pagar en ocasión de la importación de mercancías; su estructura usual implica la clasificación de los productos en un catálogo o lista, a lo que se denomina nomenclatura, lo cual comprende las partidas y sub-partidas que facilitan la determinación y fijación de los tipos del arancel.

La eliminación de todas las barreras arancelarias interiores, que obstaculizan la libre circulación de mercancías entre los Estados asociados, debe acompañarse de la unificación del procedimiento aduanero y de los regímenes aduaneros; esto permite establecer iguales condiciones para la importación de mercancías en el territorio de todos los Estados que participan del proceso de integración.

La unión aduanera, al lograr el desarme arancelario y comercial entre los Estados miembros y, gracias al arancel aduanero común que implementa, permite que todas las mercaderías circulen libres de impuestos, esto no incluye, “per se”, la libre circulación de capitales y trabajadores.

#### **4.3.-Mercado Común.**

El mercado común asume el perfeccionamiento de las fases antecedentes, pero requiere, además, la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de los factores de producción, así como la necesaria coordinación o armonización de ciertas políticas y legislaciones relevantes al Mercado Común.

---

34. Al respecto, véase a Ramón Tamames y otra, Opus Cit., Pág. 211.

Es en esta etapa del proceso de integración, cuando la libre circulación de los productos nacionales y extranjeros se ha alcanzado, la cual se agrega la liberación de los factores de producción, permitiéndose, como si se tratara de un único mercado, que el capital y el trabajo busquen libremente su localización óptima desde el punto de vista económico en cualquiera de los Estados partícipes.

La creación de un solo mercado de mercancías, trabajo y capitales exigirá, a su vez, una necesaria e ineludible armonización de políticas y legislaciones domésticas por parte de los Estados miembros, que han de conservar su poder de ordenación interno en materias como, por ejemplo: industria, agricultura, transportes, competencia comercial, compensación bancaria, balanza de pagos, etcétera, que servirán para evitar las distorsiones en el mercado provocadas por la misma dinámica del proceso de integración, así como por las medidas de efecto equivalente a los aranceles y los contingentes cuantitativos aplicadas por los Estados.

#### **4.4.-Unión Económica y Monetaria.**

La Unión Económica y Monetaria es, hasta la fecha, la fase culminante de todo el proceso de integración; implica un avance cualitativo mayor relativo al amalgamamiento más intenso posible entre los Estados antes de llegar a una posible integración total<sup>35</sup>.

Por medio de ella, se busca la fusión de las economías de los Estados miembros, faltando únicamente en su vertiente económica la creación de un sistema donde las Políticas Económicas y Sociales sean adoptadas por órganos autónomos, con capacidad de iniciativa y decisión.

En su vertiente monetaria conlleva un proceso de sustitución de las Políticas Monetarias de los Estados partícipes por las que dicte una institución común y la adopción de una moneda común. Por ejemplo, la Unión Económica y Monetaria en Europa consiste básicamente, en la vertiente monetaria, en el traspaso de la Política Monetaria de los Estados miembros al Sistema Europeo de Bancos Centrales y Banco Central Europeo, así como la creación de una moneda única, el Euro.

La moneda es un bien jurídicamente cualificado, al cual el Derecho reconoce como signo de valor, es decir, un instrumento que sirve de signo y medida para precisar el precio de las cosas; es por eso que cumple funciones clave en la economía, constituye un elemento fundamental para concretar la libre circulación de mercancías y capitales, pero también cumple un papel determinante en la política cuando sirve de instrumento de intervención de los gobiernos.

Además, la moneda suele delimitar el espacio económico del Estado, el cual manifiesta el poder de ordenación interna sobre la economía nacional adentro de los límites geográficos donde su moneda es de curso legal; es por ello, que la creación de una unión monetaria entre varios países, que se entienden soberanos, rompe los esquemas tradicionales sobre la formación de los Estados y su soberanía<sup>36</sup>.

---

35. Véase a Ferran Brunet, *Curso de Integración Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, 326 y sig.

36. Véase a Ferran Brunet, *Ibid.*, Pág. 322.

## **5.- Las libertades de circulación en el proceso de integración.**

Entendiendo a la integración económica como un proceso, que suele construirse según diferentes grados más o menos identificables, debe precisarse el papel que juega la libre circulación de mercancías, así como las libertades de circulación de los factores productivos, en cada una de las etapas en que teóricamente se pueden ubicar los procesos.

Estas libertades constituyen las piezas claves sobre las cuales se van configurando los diferentes estadios de la integración; cada una de ellas juega un papel preponderante en el perfeccionamiento de cada etapa, así como éstas van superándose en intensidad y profundidad, las diferentes libertades van apareciendo según los requerimientos que el mismo proceso exige, llenando la compleja evolución que el proceso impone.

La libre circulación de mercancías constituye la primera y más clara de las libertades de circulación pero, además y, en la medida en que el proceso profundiza y se intensifica, se exige también la libre circulación de los factores de producción, es decir, del trabajo y del capital, que suelen adoptar las siguientes denominaciones técnicas: trabajo, Derecho de establecimiento, servicios y capitales<sup>37</sup>.

### **5.1.-Libre Circulación de Mercancías.**

Se refiere a la existencia de un espacio territorial común donde los bienes de los distintos Estados asociados circulan sin restricciones aduaneras.

En cuanto a su extensión, la libre circulación de mercancías puede limitarse a un número determinado de productos relacionados en listas previamente pactadas, ya sea de productos beneficiados o de excluidos; también puede tener un carácter más amplio, abarcando todo producto sin ningún tipo de restricción; por otra parte, puede estar condicionada a que los productos posean un origen nacional, para lo cual se debe precisar las reglas que determinen que debe entenderse por un producto originario de los Estados que participan del proceso, de lo contrario, se podría arbitrariamente reconocer o negar libertad de circulación a productos procedente de terceros países, provocando eventualmente conflictos, fomentando la evasión fiscal y, en definitiva, haciendo fracasar el proceso de integración.

Vale la pena comentar que la libre circulación de mercancías se puede alcanzar de forma progresiva, planificando una desgravación sometida a calendarios previamente establecidos o siguiendo los resultados de futuras negociaciones, o recurriendo a una terapia de choque que impone la liberalización arancelaria sin ningún tipo de preparación o acercamiento.

---

37. En Ramón Tamames y otra, Opus Cit., Pág. 212.

Para asegurar la libre circulación de las mercancías originarias de los países asociados y de aquéllas que se encuentren en libre práctica es indispensable asegurar la eliminación de obstáculos como los mismos derechos de aduana, las exacciones que tenga un efecto equivalente a los aranceles, las restricciones cuantitativas a la importación y cualquier otra medida susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente los intercambios comerciales regionales.

En principio, y mientras se permanece en la etapa de una zona de libre comercio, la libre circulación de mercancías no requiere la creación de un arancel externo común, tampoco se necesita estandarizar las Políticas Económicas relacionadas con la industria de bienes o la comercialización de los mismos; sin embargo, en la medida en que se profundiza en la integración, las siguientes etapas exigen condiciones que favorecen un desarrollo integral y que se encuentran relacionadas con el intercambio de las mercancías, por ejemplo, se puede necesitar imponer Derechos de aduana comunes, con lo cual se liberaliza la circulación de mercancías extranjeras; también, gradualmente, se hace necesario ir concretando políticas comunes, que eliminen la competencia desleal derivada de la misma compartimentación de las economías nacionales, aboliendo las restricciones al comercio que ponen en desventaja a los productos originarios de otros Estados miembros.

## **5.2.-Libre circulación de trabajadores.**

La libre circulación de trabajadores se inscribe en un ámbito más amplio, la libre circulación de personas, que se refiere en términos genéricos al fomento de la circulación, en el territorio común, de los nacionales de los diversos Estados asociados en un proceso de integración.

Por el contrario, la libre circulación de trabajadores posee una connotación más restringida, cuyo contenido es estrictamente económico, y se limita al fomento del libre movimiento de los nacionales de los Estados partícipes en un proceso de integración, en cuanto constituyen agentes económicos del mercado que se desplazan para ejercer una actividad económica por cuenta ajena<sup>38</sup>.

En ese sentido, la libre circulación de trabajadores se aplica a quienes siendo trabajadores por cuenta ajena en cualquier Estado miembro de un proceso de integración, se desplazan al territorio de otro por motivos laborales<sup>39</sup>.

El primer elemento relevante a tener en consideración es que la libre circulación de trabajadores se refiere a trabajadores dependientes, es decir, los asalariados, quienes voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica<sup>40</sup>. Quedan excluidos los trabajadores por cuenta propia, a quienes les es propia la aplicación de la libre prestación

---

38. En ese sentido, véase a Alfredo Montoya Melgar y otros, Opus Cit., Pág. 127.

39. Al respecto Alfredo Montoya Melgar y otros, *Ibid.*, Pág. 133.

40. Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pág. 6584.

de servicios o, en su caso, el Derecho a la libertad de establecimiento.

El segundo elemento relevante lo constituye el desplazamiento por motivos laborales, del trabajador en el territorio de cualquiera de los Estados que participan en el proceso de integración, es decir, de la circulación del trabajador en el territorio común.

Elementos de base para facilitar la libre circulación de trabajadores son la igualdad de trato, la no discriminación por razón de nacionalidad, oportunidad de responder a empleos ofrecidos a nivel regional, desplazarse libremente y, especialmente, residir en un Estado asociado mientras se ejerce el trabajo.

### **5.3.-Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.**

La libertad de establecimiento es uno de los principales elementos en la construcción de un mercado común, aunque los perfiles técnicos de su definición no son muy precisos, podemos decir que ella envuelve el deseo de participar, de manera estable y continuada, en la vida económica de un Estado miembro diferente al de origen<sup>41</sup>, por medio de la creación de una sede física donde el empresario realice sus actividades mercantiles.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación material de la libertad de establecimiento, se puede extender al acceso de los profesionales no asalariados en las condiciones definidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios súbditos, con especial cuidado de no obviar ciertas reglas sobre profesiones que se encuentran especialmente reguladas en atención del interés general, por ejemplo la abogacía.

Para asegurar su eficacia y, mientras no exista una profundización en el proceso de integración, se convierte en una necesidad que la libertad de establecimiento pueda lograrse a través de medidas dictadas por los mismos Estados miembros; de tal forma que un Estado asociado asegure a un nacional de otro Estado parte los beneficios de la libertad, consolidando la aplicación efectiva de los objetivos de liberalización.

La libre prestación de servicios se diferencia de la libertad de establecimientos en cuanto a la radicación, pues no existe intención de participar permanentemente en la vida económica de un estado distinto al del domicilio.

Como elementos coadyuvantes al perfeccionamiento de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios se presentan la igualdad de trato, la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo.

### **5.4.-Libre Circulación de Capitales.**

La libertad de movimientos de capital es una de las libertades básicas de la integración económica, por medio de la cual se puede obtener una mayor eficiencia en la asignación del factor capital en los territorios

---

41. Así, Manuel López Escudero y otros, Opus Cit. Pág. 108.

que se integran<sup>42</sup>.

En un proceso de integración “el concepto de movimiento de capital supone una transferencia de valores de un Estado miembro a otro o, dentro de un mismo Estado, una transferencia a un no residente. El factor determinante es que dicha transferencia de valores constituya una transacción de carácter autónomo y no una operación que sea consecuencia de otra realizada con otros fines”<sup>43</sup> -pues en dicho caso constituiría un pago, que es un fenómeno más primitivo que aun no llega a constituirlo-.

En el caso europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho que “los movimientos de capital son operaciones financieras que tienen esencialmente por objeto colocar o invertir el importe de que se trate y no retribuir una prestación.”<sup>44</sup>

En un sentido general, capital es el caudal, patrimonio, conjunto de bienes que una persona posee<sup>45</sup>. Debe advertirse que autores como Ramón Tamames, consideran que en la Unión Europea la libre circulación de capitales tiene una significación muy precisa, el de capital puro, por lo que es empleado en un aspecto exclusivamente financiero, es decir, dinero efectivo; en ese sentido, considera que las transferencias de capital no monetario, como los elementos de una planta industrial que se financia con una inversión directa, suelen definirse como intercambios ordinarios de bienes, aunque posteriormente dichas mercancías produzcan beneficios que deban repatriarse al lugar de origen<sup>46</sup>. El error del autor es grande, capital y dinero poseen notables diferencias: el capital es un conjunto heterogéneo de valores económicos, aunque, en un sentido limitado, podría referirse solamente a las riquezas obtenidas en el proceso de producción y que luego son destinadas al mismo<sup>47</sup>; en cambio, el dinero es “un activo financiero que tiene la propiedad de ser completamente líquido, es decir, es el activo que permite a quien lo posee efectuar cambios directamente;” posee tres funciones básicas: sirve de instrumento de cambio y pago, es unidad de cuenta y, constituye un depósito del valor<sup>48</sup>.

Las transferencias de capital se refieren a movimientos de fondos que no tienen contraprestación en la adquisición de bienes o en la prestación de servicios; por lo cual queda excluido el abono del precio sobre bienes o servicios, que no constituye un movimiento de capital sino un pago<sup>49</sup>.

El pago por lo común significa el dinero o la cosa con la cual se cancela una obligación; tiene un sentido de correspondencia con aquello

---

42. Véase a Ferran Brunet, *Opus Cit.*, Pág. 52.

43. Dominique Servais, *Opus Cit.*, Pág. 33.

44. Sentencia Luisi y Carbone, del 31 de enero de 1984, asuntos 286/82 y 26/83.

45. Así, Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994, Pág. 61.

46. Ramón Tamames y otra, *Opus Cit.*, Pág. 237.

47. Así, José P. Rossetti, *Introducción a la Economía, Enfoque Latinoamericano*, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1979, Pág. 342 y sig.

48. Al respecto, véase a José María O’Kean, *Análisis del Entorno Económico de los Negocios, Una Introducción a la Macroeconomía*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1994, Pág. 127.

49. Véase a Dominique Servais, *Ibid.*, Pág. 33.

que se ha recibido y producido un beneficio<sup>50</sup>; el cobro es el lado reverso del pago, implica recibir una cantidad como pago de algo.

La libre circulación de capitales, en la medida que le corresponde y junto con el resto de libertades económicas, constituye uno de los elementos de importancia que debe ser considerado en cualquier varias de las fases del proceso de integración, pues por su medio se facilita los pagos en las zonas de libre comercio y uniones aduaneras se consolidan libertades como la de servicios y establecimientos, y también, por un imperativo de conveniencia, se hace necesaria en etapas mucho más intensas como es la construcción de una Unión Económica y Monetaria<sup>51</sup>.

La libre circulación de capitales y la unión monetaria tienen un punto de encuentro: cuando se práctica una política con la cual se favorece que el capital se mueva sin restricciones en un territorio común, también se favorece la actividad de particulares e instituciones financieras, quienes, para aprovechar plenamente las ventajas que ofrece esa libre circulación de capitales, necesitan la creación de una sola moneda que sea el objeto de los flujos de fondos, ayudando así a la eliminación de compartimentos nacionales creadores de distorsiones comerciales, financieras y económicas que limitan el bienestar de las personas.

Por otra parte, la libre circulación de capitales es esencial para la realización de una unión monetaria, puesto que es difícil aplicar una Política Monetaria única en un territorio común sin que esté garantizado en él la movilización sin restricciones del capital, además, la importancia de la moneda única depende de la libertad de movimiento de que disfruta el capital invertido en esa moneda<sup>52</sup>.

No obstante, parece que los anteriores argumentos teóricos no suelen conjugarse de forma perfecta en la realidad, especialmente porque los Estados se muestran reacios a implementarlas, piensan que, en un primer momento, la libre circulación de capitales en sistemas monetarios, financieros y fiscales que, aún son distintos, pueden dificultar el logro de la estabilidad cambiaria, sobre todo en momentos de crisis, perjudicando la aplicación nacional de medidas de supervisión de los flujos financieros, con las cuales pretenden evitar el ejercicio de actividades relacionadas con la especulación, la evasión y el fraude, lo cual puede socavar la estabilidad económica de Estados débiles y, en consecuencia, el buen funcionamiento del proceso de integración.

## **6.-Beneficios de la Integración.**

La integración no constituye un fin en si misma, ella es el medio para el logro de otros propósitos de mayor interés general: el desarrollo

---

50. En el Derecho Comunitario Europeo, efectivamente, los pagos corrientes constituyen transferencias de divisas relacionadas con la contraprestación en una determinada transacción; Sentencia Luisi y Carbone, del 31 de enero de 1984, asuntos 286/82 y 26/83.

51. Véase a Victoria Abellán Honrubia, Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, Ariel Derecho, Barcelona. 1998, Pág. 245; y a Manuel López Escudero y otros, Opus Cit., Pág. 138.

52. Véase a Dominique Servais, Opus Cit, Pág. 61.

humano, el progreso económico, salvaguardar la paz, etcétera. Entre las razones instrumentales que motivan la integración pueden ser tanto económicas como políticas, a continuación se exponen algunas de ellas:<sup>53</sup>

### **6.1.-Economías de escala.**

La creación de espacios de mercado más amplios ofrece a las empresas una posibilidad para aumentar la dimensión de sus actividades productivas, lo que puede llevar a reducir sus costes de producción por unidad.

Economías de escala es un concepto que se refiere a una gran variedad de cosas, como son, los ahorros de coste, el aumento de la dimensión de la empresa, el incremento de la producción, etcétera. Se trata de un término complejo que también representa fenómenos relacionados con la más diversa cantidad de productos y ramas productivas.

Probablemente en el ámbito industrial se revela con más claridad su importancia, cuando basada en el logro de una dimensión más adecuada de la planta se logra obtener costes medios unitarios más bajos de las mercancías posibilitando una mejor competencia de estos productos en el mercado internacional.

Es posible lograr una economía de escala cuando la producción se realiza en forma grande y fuerte, acercándose al límite de la capacidad que se encuentra instalada; en palabras más simples, éste fenómeno se presenta en empresas que poseen una gran magnitud y su producción se realiza generalmente en grandes series.

Para que se desarrolle una economía de escala, se requiere de empresas destinadas a actuar para mercados más amplios; dichos agentes suelen revelarse manifestarse en los procesos de integración que propician la concentración de empresas.

Se afirma que, en un principio, sólo las empresas transnacionales se encuentran con verdadera capacidad de aprovechar las economías de escala en las áreas de integración o, por lo menos, en su fase inicial; y es que las empresas transnacionales cuentan con plantas industriales en distintos países, las cuales coordinándolas aprovechan de modo más racional los mercados integrados.

Esta situación no puede tomarse como argumento para concluir que la integración ha de favorecer sólo a grandes corporaciones multinacionales; sin embargo, sí está indicando que ello pueda suceder, mientras no se programe adecuadamente el desenvolvimiento y progreso del proceso, o no se profundice aún más en la integración, para el caso que no exista una unión monetaria, un mismo Derecho de sociedades anónimas, un mercado de valores integrado, con plena movilidad de capitales, y un estatuto supranacional sobre las inversiones extranjeras.

---

53. Las siguientes notas son una elaboración de ideas basadas en los trabajos de Ramón Tamames y otra, *Opus Cit.*, Pág.214 y sig.; Josep Ma. Jordán Galduf y otros, *Ibid.*, Pág. 30 y sig.; y Ferran Brunet, *Ibid.*, Pág. 58 y sig.

Así pues, el defecto no puede ser atribuido a la integración, sino que al contrario, es consecuencia de su desarrollo, haciéndose difícil el aprovechamiento en un principio por los pequeños y medianos empresarios.

### **6.2.-Intensificación de competencias.**

Mercados que tienen un tamaño menor o inferior suelen dar espacio a pocas empresas, que son capaces de colmar fácilmente la demanda de bienes y servicios requeridos y, en el peor de los casos, de mantener cautivos dichos mercados, esto lleva aparejado una reducción de la competencia e incluso su virtual eliminación.

Sin embargo, una ampliación del mercado, que se pueda lograr como consecuencia del proceso de integración económica, es capaz de producir una intensificación de la competencia, al hacer que mayor número de empresas se disputen entre sí el mercado, incluso, permite una mayor especialización aprovechando las ventajas comparativas, así como favorece una mejora en la eficiencia de las empresas al hacerlas trabajar en condiciones próximas a la óptima, todo lo cual redundará en una serie de mejoras para los consumidores<sup>54</sup>.

En contrapunto con lo anteriormente dicho, encontramos que un proceso de integración económica no puede confiar exclusivamente en el mercado como un instrumento de desarrollo; está claro que el mercado es importante, pero, también, y no obstante su valor e interés, éste dejado por sí sólo crea una mayor concentración de la riqueza en pocas manos, lo cual no produce ningún beneficio al conjunto de la sociedad, las distintas naciones integradas, así como tampoco a ninguna parte del mundo.

Las injusticias o desajustes del mercado, en principio, son o deben ser corregidas por medio de la intervención de los Estados o, en su caso, por las Instituciones comunes creadas en los procesos de integración. Por supuesto, lo discutible es qué tipo de intervención es la adecuada: orientadora, tal vez subsidiaria, o como en los modelos centralizados y cooperativos.

### **6.3.-Beneficios Derivados de la Existencia de una Moneda Única.**

Cuando se crea una moneda común los beneficios obtenidos están estrechamente relacionados con la gestión microeconómica, es decir con la eficiencia económica de los agentes que intervienen en el mercado. De la eliminación de las monedas nacionales y el paso a una moneda común pueden esperarse dos beneficios: la eliminación de los costes de asociados al cambio de divisas y la supresión del riesgo de variación del tipo de cambio<sup>55</sup>.

En primer lugar, la conversión de las distintas monedas constituye una carga onerosa para los particulares en sus operaciones internacionales,

---

54. En ese sentido Ramón Tamames, *Ibid.* Pág. 214.

55. Así, Paul de Grauwe, *Opus Cit.*, Pág.73.

al existir una sola moneda aquella se suprime y ello implica una ganancia directa.

Un segundo beneficio deriva de la eliminación del riesgo de variación del tipo de cambio, pues la existencia de una moneda común producirá el descenso en las primas de riesgo incorporadas en los intereses de capital, reduciendo el coste del dinero y permitiendo así un aumento en la inversión productiva.

También una moneda única permite el fomento de la misma integración, ya que favorece la erradicación de las fluctuaciones en los tipos de cambio y por ende en los precios de los productos, que constituyen una última barrera que impide hacer efectivos la totalidad de los beneficios de un Mercado Común.

Aunque es difícil calcular los beneficios resultantes de la completa integración de los mercados y de la abolición de la discriminación producida por los tipos de cambio y precios, estos podrían representar un porcentaje adicional del Producto Nacional Bruto de la economía integrada.

La creación de la moneda única puede también ser beneficiosa en el terreno puramente macroeconómico si las políticas monetarias contribuyen a reforzar la estabilidad de los precios, pues ello podría permitir una eficiente asignación de los recursos y, en consecuencia, sentar las bases para un crecimiento económico sostenido.

Finalmente, una moneda común podría convertirse en una moneda de reserva internacional, sobre todo en uniones de una gran dimensión.

#### **6.4.-La formulación más coherente de la Política Económica nacional.**

Los procesos de integración demandan gran disciplina en la regulación y conducción de las materias comunes; a partir de los compromisos adquiridos, los Estados pueden verse obligados a alcanzar una mayor eficiencia en sus políticas internas, así como a llevar a cabo transformaciones estructurales de sus economías retrasadas por intereses estrictamente domésticos.

Los cambios estructurales subyacen en el mismo espíritu de los procesos de integración, y es que la creación de una nueva capacidad productiva se vuelve necesaria para posibilitar una industrialización competitiva.

Ciertamente, los procesos de integración, al establecer un mercado más amplio, pueden mejorar la competitividad de la industria y asegurar el establecimiento de reglas más adecuadas y necesarias para la competencia de las empresas, ofreciendo un ambiente que dé la oportunidad de alcanzar un mejor desarrollo a las industrias nacionales, acelerando la reconversión estructural de los sectores en crisis, logrando una mayor eficiencia de la producción, desarrollando actividades difíciles de emprender de forma aislada, aprovechando industrialmente la

investigación y el desarrollo tecnológico, etcétera.

Además, y producto de una homogenización de las condiciones que influyen en el mercado, tiende a imponerse el patrón más evolucionado de las políticas de cada país, para el caso, el sistema fiscal más progresivo, el educacional más completo, el de seguridad social más avanzado.

### **6.5.-Atenuación de los problemas de pagos internacionales.**

La creación de acuerdos y mecanismos que permitan controlar entre los países que se integran los problemas de la balanza de pagos, relacionados con la contracción de las reservas de divisas convertibles, pueden significar instrumentos que agilicen el comercio regional y, a su vez, sostener la estabilidad económica.

### **6.6.-Aumento del poder de negociación.**

El Producto Nacional Bruto, el volumen de comercio de los Estados y la capacidad de financiación exterior, constituyen variables que determinan el peso y poder de negociación en las relaciones económicas internacionales. Por eso, la formación de bloques incrementa la capacidad de negociación frente a centros de mayor desarrollo o en relación con otros bloques contra los cuales se compete.

También, y de acuerdo a la estructura actual de la comunidad internacional, en cuyos organismos y conferencias internacionales cada país tiene un voto, un conjunto de Estados partícipes en un proceso de integración, puede, con una posición común, tener una fuerza mayor que la de cualquier nación cuyo poder económico sea igual o superior a la suma de aquellos.

Finalmente, ofrecer a los empresarios extranjeros participar en un mercado de una dimensión mayor constituye un factor determinante para demandar mejoras en las condiciones de su inversión, por ejemplo, exigiendo una mayor dimensión de la planta industrial, un aumento del valor añadido, un volumen de la exportación superior, etcétera.

### **6.7.-La aceleración del ritmo de desarrollo y el logro de un alto nivel de empleo.**

La integración podría acelerar el desarrollo económico y contribuir a mantener altos los niveles de empleo. Por ejemplo, el Arancel Aduanero interpone una protección nominal y efectiva. Al desaparecer la protección entre los países que se integran, se produce una desviación de comercio desde países terceros hacia los socios de la integración, una creación de comercio por especialización productiva y una expansión del comercio por reducción del precio e incremento de consumo. La desviación, creación y expansión del comercio se sintetizan en incremento del comercio entre países que se integran.

## **7.-Sobre los Costos de la Integración.**

Todo proceso de integración supone un claro incremento de las interacciones entre pueblos, aumentando con ello la competencia económica capaz de favorecer a unos y perjudicar a otros.

La integración de los pueblos suele promoverse, entre otras cosas, para impulsar el progreso económico y social y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, mejorando la distribución de las actividades económicas en función de los recursos y lograr un crecimiento equilibrado y mejor repartido.

Sin embargo, la integración no puede considerarse por sí sola como un remedio para todos los males económicos de las naciones, especialmente, la integración económica no constituye un fin en sí misma, sino, por el contrario, ella representa un medio para el logro de otros objetivos y debe ser acompañada con medidas de transformación social<sup>56</sup>.

### **7.1.-El mercado como factor de concentración de la riqueza.**

Una integración planificada para favorecer exclusivamente al mercado no soluciona las diferencias entre los Estados y es que el mercado, si se deja en plena libertad, es capaz de crear una mayor concentración de la riqueza y aumentar la desventaja económica y social de los sectores menos protegidos.

Está claro que el mercado es importante pero, también, y no obstante su valor e interés, éste no puede por sí sólo eliminar las diferencias entre distintas regiones del mundo.

### **7.2.-El coste de la eliminación de una Política Monetaria independiente.**

Los procesos de integración que revisten la forma de una unión monetaria pueden provocar ciertos costes económicos; básicamente, la renuncia a la utilización del tipo de cambio nominal como instrumento de ajuste macroeconómico<sup>57</sup>.

Es claro que la magnitud de este coste dependerá de si los choques económicos que trastornen o perturben la economía común, requieran de una pequeña o una gran variación del tipo de cambio real para restablecer el equilibrio y de si se dispone de una estructura económica capaz de asimilar los choques en forma simétrica o asimétrica; sin embargo, no está de más afirmar que el mismo establecimiento de una Unión Monetaria propicia una mayor diversificación de los tejidos industriales, lo que permite, en caso de choques asimétricos, que estos no produzcan mayores perturbaciones en el mercado de la Unión.

Cabe agregar que, de presentarse choques asimétricos, sólo se

56. Así, Josep Ma. Jordán Galduf y otros, *Ibid.*, Pág. 30; y Ramón Tamames y otra, *Opus Cit.*, Pág. 214.

57. En ese sentido Paul de Grauwe, *Opus Cit.*, Pág. 71.

contaría con tres clases de instrumentos -no muy eficientes, de por sí bastante limitados y con mayores costes sociales- la movilidad laboral entre los Estados miembros del proceso, el movimiento del tipo de cambio real, y la austeridad fiscal en los buenos tiempos para ejercer cierta flexibilidad en los malos.

### **7.3.-Desequilibrios regionales.**

No obstante el desarrollo relativo que pueden alcanzar los Estados con menor potencial económico al participar en un proceso de integración, al interior de éstos, las diferencias regionales pueden crecer, permitiendo que sólo algunas regiones se fortalezcan económicamente y otras mantengan los mismos niveles de dependencia, o se desarrollen muy poco, por lo que las desigualdades reales en todo el territorio común pueden ser mayores.

En las relaciones al interior de los Estados, entre sus distintas regiones, suelen existir dependencias estructurales que determinan el traslado de riqueza de las regiones económicamente más débiles a las más fuertes. Esas injusticias o desajustes entre ciudades o zonas, en principio, son o deben ser corregidas por medio de la intervención de los Estados o, en su caso, por las instituciones comunes creadas en los procesos de integración.

Para beneficio de regiones con un menor desarrollo, se deben promover proyectos con efectos en zonas donde se poseen diferencias profundas, por ejemplo: adoptando modelos que impliquen la creación y ampliación de grupos de ciudades y redes urbanas capaces de alcanzar una elevada dinámica de integración en la economía, para que se potencie el crecimiento y bienestar de lugares de menor progreso; creando mecanismos que propicien en el consumo una preferencia sobre la producción regional; promoviendo acciones de solidaridad financiera que favorezcan una redistribución de la riqueza; gestionando la regulación del mercado, regulación del comercio exterior, y el apoyo a las rentas de los productores agrícolas, etcétera.

### **8.-Conclusiones preliminares.**

Cuando hablamos de integración todo, o casi todo, posee un contenido especulativo. Aquello que forma parte de su contenido tiene un sentido descriptivo, casi existencial, de los fenómenos concretos de integración económica y, por tanto, los aportes de cada experiencia responden a una visión de mundo muy particular<sup>58</sup>.

Ella parece no tener unos contornos perfectamente delimitados: su objeto varía, aunque el punto central de discusión sea la unión de distintas entidades políticas; sus materias son múltiples, aunque los contenidos económicos, sociales y políticos estén estrechamente

58. Hasta este momento, se han puesto en contacto en muy pocos casos las formulaciones teóricas con el desempeño político, económico y social de algunas naciones, entre los cuales se pueden recordar las experiencias del Zollverein alemán y el Benelux, también los fenómenos de la Unión Europea, el Mercosur y otros ya mencionados en el Capítulo.

relacionados; su terminología es propia de otras ciencias, como la Economía y el Derecho. Además, las formulas que pregonan son todavía discutidas, por lo menos en su aplicación.

En el momento actual se debe reconocer que el desarrollo y progreso de la integración es producto de lo riguroso del análisis de sus estudiosos, especialmente aquello que proviene de las corrientes de pensamiento europeas, donde, bajo el influjo del mismo proceso de integración, se ha logrado sistematizar información relevante para la materia. Esta experiencia permite crear medidas teóricas para evaluar el desenvolvimiento de otros procesos de integración incipientes y menos exitosos.

En la construcción de una unidad mayor entre Estados, el camino se recorre con realizaciones concretas que van acrecentando la solidaridad de los pueblos, al principio con pequeñas metas y después con mayores proyectos. Esto implica que la integración, esencialmente, requiere de un proceso evolutivo, el cual demanda un constante devenir que solo se agotaría al momento de conseguir la unión completa de los partícipes.

Los distintos grados de la integración sirven de referentes para la unión de Estados, donde el trinomio economía, política y sociedad, así como las libertades de circulación, se deben conjugar perfectamente para concretar una plataforma justa, equilibrada y, especialmente, segura.

Decimos segura por cuanto el proceso evoluciona de manera voluntaria, lo cual hace imprescindible el compromiso verdadero de los Estados partícipes en apoyar los progresivos cambios; sin ese sentido de responsabilidad, la integración está destinada a la eventual parálisis y al fracaso.

## Capítulo II

### El papel del Derecho en los procesos de integración.

#### 1.-Dimensión normativa de los procesos de integración.

Se puede decir que la Integración y el Derecho son fenómenos que se encuentran íntimamente relacionados. Por una parte, estos procesos son creaciones del Derecho, por basarse en Tratados internacionales y, por otra, dependen de la creación de un Ordenamiento Jurídico especial para llevar a cabo sus objetivos<sup>59</sup>.

Esta magnitud jurídica a la que se vincula la integración, se refiere, en concreto, a la forma y medios para alcanzar los objetivos de ésta, ya sea económica, política o social, proporcionando las reglas obligatorias y las instituciones que aseguran su cumplimiento. En toda comunidad se necesita del establecimiento de normas e instituciones que velen por la correcta aplicación de aquellas en caso de una ejecución errónea, la totalidad de elementos señalados constituye lo que llamaremos un Ordenamiento Jurídico<sup>60</sup>.

Estos Ordenamientos Jurídicos son sistemas que abarcan la existencia efectiva de una extensa multiplicidad de relaciones, instituciones y normas<sup>61</sup>. Ciertamente, los procesos de integración por un imperativo de conveniencia, demandan la creación de un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que posea sus propias fuentes pero que, a la vez, se encuentre dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos e interpretarlos, así como para hacer constatar y sancionar, llegado el caso, la violaciones<sup>62</sup>. Así, se allanaría el camino para alcanzar los fines comunes acordados por los Estados que participan del proceso.

La vertiente jurídica originada en los procesos de integración, necesita extenderse al plano institucional, de tal forma que la existencia de órganos especializados permita asegurar la aplicación del Derecho, orientando su actividad a la integración de los Estados; es decir, un verdadero proceso de integración debe crear órganos especializados, a quienes se les confíe el desempeño de funciones esenciales, entre ellas la creación de Derecho necesario para llevar a cabo los objetivos comunes.

#### 2.-Naturaleza jurídica de la integración.

Los procesos de integración son fenómenos íntimamente relacionados con el Derecho. La integración se refiere a un fenómeno

59. Al respecto véase a Jean Victor Louis, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1995, Pág. 55.

60. "Un orden o un ordenamiento es...ante todo, el establecimiento o el reconocimiento de una serie de valores y unas determinadas formas de valorar los intereses en juego, en una sociedad, así como resolver los problemas típicos que entre los miembros de esa sociedad se puedan producir. Un Ordenamiento Jurídico es, además, un conjunto de órganos de producción de normas y de aplicación e interpretación de tales normas." En *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, Alfredo Montoya Melgar y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pág. 2149.

61. Sobre esta tesis aplicada al Derecho ver *Enciclopedia Jurídica Básica*, Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen IV, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pág. 6239.

62. Parafraseando a Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 133.

relativo a la independencia y el poder normativo de las organizaciones de integración frente a los Estados y los particulares, condiciones que sólo tienen explicación cuando una organización especial ejercita poderes semejantes a los estatales dentro del territorio de los países asociados, de tal suerte que la organización de integración hace las veces de aquél.

Existen diferentes proposiciones especulativas que pretenden explicar y aclarar el sentido jurídico de la integración<sup>63</sup>, a continuación se exponen algunas teorías jurídicas sobre los rasgos intrínsecos que posee la integración.

## **2.1.- Cesión de Competencias.**

### **a) Aspectos Generales.**

La cesión de competencias sugiere la cesión del ejercicio de competencias fundamentales de los Estados a una organización especial, renunciando obviamente a su ejercicio. Esta caracterización de la integración implica dos dimensiones, una activa, la cesión del ejercicio de competencias y otra pasiva, la limitación de soberanía como resultado de dicha cesión<sup>64</sup>.

Por nuestra parte, nos arriesgamos a considerar que sólo pueden llegar a constituir verdaderos procesos de integración los que en su esencia, responden a una cesión del ejercicio de competencias fundamentales de los Estados asociados; a partir de ahí, cualquier consideración como, por ejemplo, el carácter supranacional o las motivaciones federales, resultan irrelevantes, pues éstas sólo se logran explicar a través de aquélla.

La cesión de competencias se entiende como un acto de delegación de un Estado a una organización de integración, por la cual se entrega en parte la jurisdicción que posee, para que esta organización haga las veces de aquél; por lo tanto, no existe un desposeimiento de las competencias por parte de los Estados, sino que representa más bien una transferencia del ejercicio de la competencia en el marco de una estructura institucional común<sup>65</sup>.

La delegación del ejercicio de competencias realizada por voluntad de los países miembros, deja, por así decir, un espacio libre, reconociendo a las organizaciones y órganos regionales su competencia para regular las materias previstas en los Tratados y, como lógica consecuencia de ello, prohibiendo a los Estados el intervenir en dichos campos o permitiéndolo sólo en la medida en que los Tratados lo prevean. El Ordenamiento de la Integración que surge en ocasión de la integración, por una cuestión de su esencia, se coloca en una posición de autonomía y prevalencia con respecto del Derecho interno de cada Estado parte, el cual, en caso de conflicto, no queda derogado sino más bien desplazado.

---

63. Por ejemplo, Carlos Francisco Molina del Pozo, *Opus Cit.*, Pág. 132, al referirse a la naturaleza jurídico-política de las Comunidades Europeas, expresa... "la doctrina se encuentra muy dividida y ello, justamente, es debido a la originalidad de las Comunidades."

64. Al respecto, Pablo Pérez Tremps, *Ibidem*, Pág. 37.

65. En ese sentido, Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 56.

Entonces, cada Estado al consentir en el proceso de integración, se desprende en parte del ejercicio de ciertas competencias, cediéndolas a una organización autónoma, la cual adquiere en consecuencia, facultades y capacidades esenciales, las que por la naturaleza progresiva de la integración, continuamente han de ampliarse, pues su reducción o estancamiento paralizarían el proceso, inclinándolo a su destrucción. En ese sentido, por ejemplo, Paul Reuter al calificar el papel de la Comunidad Económica Europea dice: “la CEE ... un proceso de integración basado en la transferencia de competencias amplias y constantemente crecientes.”<sup>66</sup>

Esta teoría se enfrenta a fuertes críticas, se cuestiona hasta qué punto los Estados pueden delegar el poder soberano, cuyo poseedor es el pueblo que lo delega al Estado, el cual, no debería tener la potestad para transmitirla, “delegata potestas non delegatur”. La respuesta a este cuestionamiento no es complicada, se encuentra en la habilitación que conceden las normas constitucionales de cada Estado que participa en un proceso de integración, pues en ellas se establecen los límites a los que se someten, o su prohibición.

Dicha habilitación constituye una exigencia nacional debido a los efectos restrictivos que la cesión de competencias conlleva: abandonar el ejercicio pleno y exclusivo de poderes estatales dentro de su territorio, a favor de una organización de integración<sup>67</sup>.

En el sentido apuntado, este tipo de fenómeno implica siempre una limitación a la soberanía de los países, por lo que cualquiera que suscribiese y ratificase un tratado supranacional ha de poseer una previa habilitación interna especial del más alto nivel normativo, según los causes regulados en su texto constitucional, y así contar con el poder jurídico de consentir la cesión del ejercicio de competencias a una organización de integración.

Otro cuestionamiento a la teoría de la cesión de competencias, es que la delegación del ejercicio de competencias no logra explicar que a la organización de integración se le atribuyan competencias que originalmente no disponían los Estados, pues al momento de fundar un proceso de integración los Estados también crean competencias originales, las cuales se distribuyen entre los mismos Estados y la nueva estructura creada.

Ciertamente, una organización creada en el marco de un proceso de integración suele realizar actos que escapan a las competencias que, en principio pudieron haber pertenecido a los Estados miembros, lo que implica, no sólo un acto de fundación de otras, sino uno de reordenamiento y distribución de las poseídas así como de las originadas a partir del acto de asociación.

b) La autonomía que se deriva de la cesión de competencias.  
La cesión de competencias se encuentra a la base de la creación

66. Paul Reuter, *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, Pág. 142.

67. Véase a Pablo Pérez Trempe, *Opus Cit*, Pág. 39.

de un sistema organizado y estructurado de órganos e instituciones que gozan de autonomía funcional, así como de políticas, competencias, normas jurídicas que poseen fuentes propias y procedimientos aptos para emitir las e interpretarlas, así como hacer constatar y sancionar, llegado el caso, las violaciones.

Ahora bien, cabe aclarar si es que dicho ordenamiento es algo diferente a otros ordenamientos jurídicos, como el internacional y el estatal, y si es autónomo de ellos.

El Derecho de la integración se diferencia profundamente del orden y del régimen jurídico internacional, no tratándose de una modalidad de éste, ya que el Derecho Internacional regula las relaciones de la comunidad de Estados soberanos, organizaciones internacionales y algunos otros sujetos con personalidad del Derecho de Gentes; y se diferencia del ordenamiento surgido en la integración, en cuanto, los equilibrios institucionales, los destinatarios, las fuentes y cauces de creación de las normas, así como los procedimientos para asegurar su aplicación y las vías para el arreglo de las controversias, son completamente distintos.

El Derecho de la Integración tampoco es Derecho estatal, pues, aquél dispone de organizaciones distintas a los Estados que la componen, existe una división de competencias entre la organización de integración y los Estados miembros, se establece una relación directa entre las autoridades comunitarias con la población y las decisiones de obligatorio cumplimiento afectan tanto a los Estados como a sus nacionales.

c) Sobre las competencias desarrolladas por la organización de integración.

En cualquier Estado la suscripción, ratificación y adhesión de tratados que fundan un proceso de integración, debe ser valorada tanto por las reglas generales que admiten el ingreso del bloque internacional en el ordenamiento interno, así como por cualquier regla específica aplicable al efecto.

Esto quiere decir que son las normas supremas del Estado quienes definen la forma y supuestos en que la integración puede desplegar sus efectos en un Estado, definiendo en qué condiciones se autoriza la suscripción de tratados que contemplan un proceso de integración, se acepta el derecho que ineludiblemente se derive de ellos y convalide el desplazamiento dentro de los límites acordados, de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias del ámbito interno que se opongan al orden regional.

Esto implica que todo Estado que participe de un proceso de integración no pueda violar su Constitución, pues si esta se opone, no existe oportunidad de participar en el mismo; en todo caso debe ser la norma constitucional la que ha de permitir esa delegación. Por supuesto, dicha cesión no puede ser incontrolada sino que se encuentra sometida a ciertos límites derivados de la integridad y sentido unitario del texto fundamental, estos son:

a) las competencias afectadas nunca podrían ser aquellas cuya delegación perjudicase la supervivencia del mismo Estado, alterando materias como, por ejemplo: la concepción finalista del Estado puesto al servicio de la persona humana; la configuración como una república democrática y representativa; la organización territorial y la estructura de los órganos del gobierno; o la disponibilidad del poder constituyente. Especialmente esta última restricción a los tratados de integración se deriva de que no puede admitirse la delegación del poder constituyente, por medio del cual se concede la capacidad de reformar las normas Constitucionales, lo cual no quiere decir que no se incida sobre algunas reglas constitucionales, que en los campos previamente definidos se debe inaplicar la norma suprema a efecto de darle eficacia al Derecho de la Integración. Todos los elementos señalados en el párrafo anterior configuran el núcleo básico de la soberanía y su respeto constituye una condición esencial y mínima para su ejercicio; el menoscabo de este reducto de materias perjudicaría la normal existencia del Estado y la supervivencia de la misma Constitución.

b) la cesión del ejercicio de competencias de los órganos del Estado nunca puede comprender la totalidad de las atribuciones constitucionales que éstos disponen, únicamente se refiere a la delegación del ejercicio de cierta cantidad de ellas, solamente algunas y no todas. En caso de realizarse una transferencia total vaciaríamos de contenido al Estado, haciendo innecesaria su existencia y reduciría al mínimo la aplicación de las reglas constitucionales, probablemente a temas como los derechos fundamentales. Dicha circunstancia iría más allá de los temas propios del proceso de integración, aunque se conectaría con las reglas aplicables a la conformación de una federación o la fusión de varios Estados para crear otro unitario de mayor dimensión.

c) la cesión de competencias sólo se refiere al traslado de su ejercicio, esto significa que no puede acordarse una transferencia de la titularidad de las atribuciones ya que equivaldría a un desposeimiento de las mismas en perjuicio del Estado. Efectivamente, la Constitución no consiente en despojar a los órganos del gobierno de sus atribuciones, quienes son los legítimos delegatarios de las competencias que el pueblo ha concedido, en todo caso, lo que permite es la concreción de una especial imposición de materias y poderes a la organización supranacional, por medio de la cual ésta gestiona directamente ciertos asuntos, dentro de los límites previamente acordados, según los instrumentos indispensables para llevarlos a cabo.

## **2.-2.- Federación y/o Confederación.**

Existen otras explicaciones acerca de la integración, de las cuales resaltan aquellas que abordan el fenómeno desde un enfoque constitucional, especialmente merece un reconocimiento el federalismo.

Ciertamente, para algunos las organizaciones que surgen en un proceso de integración son, en una u otra forma, especies de federaciones parciales o, en todo caso, federaciones en proceso formativo. Existen justificaciones pragmáticas de la integración, fundadas esencialmente en circunstancias históricas, por ejemplo, en el génesis de las Comunidades

Europeas muchas de las ideas que inspiraron el modelo de integración a seguir, tenían como fuente personal a federalistas que en última instancia perseguían el logro paulatino de una federación<sup>68</sup>.

Pierre Pescatore, refiriéndose al proceso de integración europeo, y a manera de conclusión expresa..."Las Comunidades Europeas han determinado la integración de los Estados miembros en un sistema jurídico mucho más cerrado que el de las reglas generales del Derecho internacional, un sistema que estriba en el reconocimiento de objetivos comunes de importancia vital para los Estados miembros, en una organización institucional que implica una innegable medida de autonomía de voluntad y acción (que con razón calificamos, por tanto, de supranacional), en una estructura de tipo federal que comporta el otorgamiento a las instituciones comunes de competencias y poderes cuyo ejercicio implica un intercambio constante entre el nivel nacional y el nivel comunitario. Así, las Comunidades Europeas encuentran su puesto en este sector, todavía insuficientemente explorado, muy poco apreciado, del Derecho de gentes, que es el del federalismo internacional."<sup>69</sup>

En la misma sintonía, Carlos Francisco Molina del Pozo asegura la vocación federalista de las Comunidades Europeas, y dice "que una organización del tipo de las Comunidades Europeas se aproxima más a una estructura de corte federal que a otras estructuras jurídico-políticas." Por su parte, Nicola Catalano observa que las Comunidades Europeas tenían como último objetivo el logro paulatino de una federación, es así como en el Tratado que instituyó la Comunidad del Carbón y el Acero, se manifestó claramente las finalidades federalistas, o por lo menos la intención de sus autores de crear una federación de Estados europeos<sup>70</sup>.

Una organización que surge en un proceso de integración, al igual que una Federación, posee una estructura distinta a los Estados que la componen, existe una división de competencias entre la organización de integración y los Estados miembros, y se establece una relación directa entre las autoridades comunitarias con la población.

Sin embargo, las ambiguas características que asemejan a las organizaciones de integración con los Estados federales, también dan pie para establecer sus diferencias, para el caso<sup>71</sup>:

a) El documento fundamental que rige a una federación es una Constitución, acto de Derecho doméstico, en cambio, las organizaciones de integración encuentran su origen y su estatuto en un tratado, acto de Derecho Internacional;

b) En una federación se origina un nuevo Estado, el cual se reserva la exclusiva representación internacional, por el contrario, los Estados que participan de un proceso de integración suelen crear organizaciones con

68. Al respecto, Antonio Truyol y Serra, *La Integración Europea, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, Pág. 33 sig.

69. Santiago Ripol Canulla, *Opus Cit.*, Pág. 86.

70. *Manual de Derecho de la Comunidades Europeas*, BID-INTAL, Milán, 1962, Pág. 132

71. Siguiendo a Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 361.

personalidad jurídica para actuar en la comunidad internacional;

c) En los Estados federales existe una división de competencias entre el nivel federativo y el nivel descentralizado, donde por lo general, el primero tiene una competencia general o la facultad para determinar su propia competencia; en cambio, las organizaciones de integración no detentan el poder de determinar su reparto entre ellas y los Estados asociados.

Ciertamente, el federalismo no termina de explicar con claridad en qué consiste la integración, en parte porque sólo considera los resultados finales, la ideología y la identificación de los objetivos últimos del proceso; además, termina obviando que hasta el momento ninguna de las organizaciones creadas en procesos de integración voluntarios han derivado en alguna federación<sup>72</sup>.

El modelo confederal no obstante ha sido utilizado para explicar los procesos de integración, en el entendido de que "la Confederación está formada por Estados independientes, libremente asociados para conseguir unos fines comunes y ordinariamente orientados a la defensa exterior, al mantenimiento de la independencia interna y externa o al mantenimiento de la paz entre los miembros que la componen. Todo ello no quiere decir que no puedan unirse para otras finalidades, sino que históricamente y primariamente se proponen conseguir los fines anteriormente señalados<sup>73</sup>."

En ese sentido, se asegura que las organizaciones que surgen en los procesos de integración, no son otra cosa más que una manifestación de las Confederaciones, aunque con objetivos más amplios y un sistema estructural un tanto más complejo. Según Paul Reuter estas formas de unión de Estados sólo tienen un interés histórico, en cuanto han desaparecido casi por completo desde fines del siglo XIX, sin embargo, los mismos problemas que correspondían a las Confederaciones, en un contexto político diferente, se vuelve a replantear con las organizaciones o comunidades que tienen objetivos económicos<sup>74</sup>.

Se llega a dicha conclusión, luego de confrontar y adecuar algunos elementos característicos de las confederaciones a los procesos de integración, de tal suerte que se logra advertir la coincidencia de tratarse de una asociación de Estados cuya existencia reside en la concreción de un pacto internacional donde los participantes no pierden soberanía. Por ejemplo, Guy Isaac, al referirse a las Comunidades Europeas, plantea..."Puede decirse que la Comunidad no alcanza, al mismo tiempo que supera, la fase de la confederación. No la alcanza porque no posee las competencias habituales de la confederación: política exterior y defensa (pero la Unión Europea se le aproxima bastante). Por el contrario, la Comunidad ha superado la fase de la confederación por su sistema institucional, en particular la posibilidad de decisiones por mayoría, presencia de un parlamento elegido...y sobre todo por las relaciones directas que

---

72. Sobre tal aspecto, véase a Guy Isaac, *Ibidem*, Pág. 361, y Santiago Ripol Carulla, *Opus Cit.*, Pág. 26.  
73. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1994, Pág. 263.

74. Paul Reuter, *Opus Cit.*, Pág. 138.

mantiene con los ciudadanos de los Estados miembros<sup>75</sup>.”

### **2.3.- Integración Supranacional.**

Según el artículo 2.7 de la Carta de la Naciones Unidas, constituye un principio de actuación de los Estados miembros el reconocer que existe un núcleo irreducible de la soberanía de los Estados, el cual pertenece a su jurisdicción interna y, por tanto, no esta disponible para la Comunidad Internacional. Esto también quiere decir, al contrario, que existe un sector de la soberanía el cual no es esencial para la existencia del Estado y, por tanto, éste podría estar sometido a condicionamientos y aun permanecer soberano, cuando dicha tolerancia responde a su propia decisión.

Durante los últimos años han existido ámbitos en que los Estados han visto restringida su autonomía, como es el caso de las limitaciones derivadas de las obligaciones de cumplir de buena fe todas los compromisos derivados de normas internacionales aceptadas por ellos mismos<sup>76</sup>, supuesto que incluye someterse a la autoridad de una organización distinta a las de carácter público doméstico. Esta última circunstancia, en el caso de la integración, nos revela la existencia de un fenómeno que está sobre los mismos Estados, y al “...que suele denominarse supranacional, si bien en puridad habría que decir supraestatal”<sup>77</sup>.

Precisamente, y en el sentido expuesto, la integración supranacional se referiría a un proceso que se encuentra, en cuanto a determinadas materias, confiado a un interés situado por encima de los nacionales, y el cual no necesariamente es la representación de la suma aritmética del interés individual de cada Estados asociado, sino el reflejo de ciertos valores mayoritarios y comunes. De ahí que la supranacionalidad se refiera a un fenómeno relativo a la independencia de las instituciones comunes frente a los gobiernos y al establecimiento de relaciones directas entre los órganos de la comunidad y los particulares.

Pierre Pescatore define la supranacionalidad como una “autonomía de poder y de acción colocada al servicio de intereses, o si se quiere, de objetivos comunes a varios Estados”<sup>78</sup>.

Se trata de un poder autónomo porque, a partir del carácter supranacional, un organismo puede emitir decisiones cuya consecuencia es comprometer a los Estados, crear normas jurídicas a cumplir, dictar aquéllas que las determinen y velar por la comprobación de sus directrices. Así, los preceptos que formula presentan la calidad de ser válidos absolutamente, tornándose irresistible su cumplimiento por parte de los Estados, e individuos, sin la necesaria aprobación previa de las instancias nacionales.

---

75. Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 361.

76. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo IV, *Opus Cit.*, Pág. 6260.

77. Antonio Truyol y Serra, *Opus Cit.*, Pág. 44.

78. Pierre Pescatore, “Distribución de Competencias y de Poderes entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas”, en *La Dimensión Jurídica de la Integración*, BID/INTAL, Buenos Aires, 1973, Pág. 83.

La tutela de los valores comunitarios y el ejercicio de un verdadero poder llevan a suponer la real existencia de un organismo de naturaleza especial, resultado de la acción estatal consciente y orientada a su formación. Respecto del caso europeo, Reuter dice que... "las organizaciones o comunidades que tienden a tener un propósito económico... las llamaremos organizaciones con competencias estatales, aunque a menudo se les llama organizaciones supranacionales o integradas; el ejemplo más importante es el de la Comunidad Económica Europea..."<sup>79</sup>.

Por supuesto, la teoría de la supranacionalidad tiene sus detractores, que critican la postura por falta de rigor jurídico, aquélla, dicen, no expresa ningún orden, más bien se limita a nombrar un fenómeno político en el que se puede englobar muchas cosas; además, y como dice Nicola Catalana, refiriéndose al proceso de integración europeo, "la noción de supranacionalidad no es seguramente indispensable para captar el alcance, tanto del Tratado de la Comunidad del Carbón y el Acero, como y principalmente de los nuevos Tratados. El abandono de éste término por razones de oportunidad política no ha impedido, por cierto atribuir a las nuevas comunidades poderes y competencias análogas a los de la CECA"<sup>80</sup>.

#### **2.4.- Cooperación Intergubernamental.**

Finalmente, encontramos un modelo teórico que trata de explicar la integración como una forma de cooperación intergubernamental, en el cual, aun y cuando sus organizaciones constituyan formas inéditas de índole internacional, no son más que organismos oficiales intergubernamentales que no tienen el carácter de poder público<sup>81</sup>. Pablo Pérez Tremps indica que, para algunos, es objetable la existencia de una distinción entre organizaciones internacionales y supranacionales -y aun cuando consideran a la Comunidad Europea un ente más desarrollado que el resto de organizaciones internacionales-, las sitúan en un continuum, en el que las técnicas de relación entre Estados son más o menos intensas<sup>82</sup>.

La integración, se afirma, crea vínculos de dependencia entre sus instancias y las nacionales, siendo difícil concebir un poder autónomo, en cuanto los Estados siguen siendo los únicos sujetos investidos de verdaderos poderes políticos, que no permiten a las organizaciones de integración constituirse en una autoridad independiente.

Esto no implica una transferencia de competencias, sino una simple estructura metanacional, que funciona en forma coordinada y autónoma. Los órganos de integración no ejercitan poderes públicos, funcionando como meros instrumentos administrativos puestos a disposición de una colectividad de delegatarios; por ello, consideran, la integración no es propiamente lo que puede denominarse una categoría jurídica excepcional, sino más bien, una forma de administración singular.

---

79. Paul Reuter, Opus Cit., Pág. 138.

80. Nicola Catalana, Opus Cit., Pág. 418.

81. Véase a José Antonio Pastor Ridruejo, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, Pág. 643.

82. Pablo Pérez Tremps, Opus Cit., Pág. 35.

En las relaciones de cooperación intergubernamental se niega la existencia de un poder más allá del que se derive de los mismos Estados –en su faceta individual-; en cambio, resulta innegable que en la integración verdadera estos se desprenden del ejercicio de competencias tradicionales que son delegadas a las organizaciones de integración.

Ciertamente las tendencias que niegan el carácter novedoso del fenómeno de la integración, advirtiendo que se trata de supuestos de cooperación internacional y, por lo tanto, configurando una variante de las relaciones internacionales convencionales, no son más que producto de un error de apreciación, en cuanto pliegan todo el fenómeno de la integración, por fundarse en un Tratado, al Derecho Internacional, y obvian considerar que los actos de las organizaciones creadas, desbordan el marco internacional clásico de las relaciones entre Estados.

Esta teoría nos obliga a introducir la diferencia entre integración y otro concepto más genérico, la cooperación. Para Pablo Pérez Tremps, la cooperación entre Estados articula el modelo institucional de la organización internacional, mientras que la organización supranacional viene definida por la idea de integración<sup>83</sup>. Es así como, “no es lo mismo hablar de cooperación entre países, que referirse a la integración que pueda darse entre ellos. Evidentemente existen diferencias claras entre ambos conceptos, y a ello habría que referirse, ya que la integración, en términos generales, supone un estadio superior al de la mera cooperación<sup>84</sup>.” La integración requiere que, aun cuando exista una relación funcional entre órganos gubernamentales de acuerdo a su misma dinámica, se permita la creación de una decisión autónoma vinculante, distinta a la expresada unilateralmente por los Estados.

A esto es lo que, desde el punto de vista jurídico, debe llamarse integración, un proceso que no sólo está depositado en los mismos Estados partícipes, sino también en una realidad que está más allá de ellos y que se caracteriza por ser supranacional.

## 2.5.-Conclusión.

Como se advierte, la riqueza de posturas en torno a la naturaleza jurídica de los procesos de integración es grande, sin embargo y, con toda probabilidad, ninguna de ellas llega a explicar, completa y coherentemente, el fenómeno, aunque cada una aporta parcialmente consideraciones de interés<sup>85</sup>, lo cual podría estar insinuando que ésta no posee cualidades exclusivas e inequívocas, permitiéndose adoptar y compartir instrumentos que no le son propios a su realidad fundamental. Algunos autores se arriesgan a asumir esta posición ecléctica, para el caso, Pierre Pescatore quien, refiriéndose al proceso de integración europeo, y a manera de conclusión expresa...”Las Comunidades Europeas han determinado la integración de los Estados miembros en un sistema jurídico mucho más cerrado que el de las reglas generales del Derecho internacional, un

---

83. Para Pablo Pérez Tremps, Opus Cit., Pág. 35.

84. Carlos Francisco Molina del Pozo, Opus Cit., Pág. 135.

85. Al respecto, Santiago Ripol Carulla, Opus Cit., Pág. 27.

sistema que estriba en el reconocimiento de objetivos comunes de importancia vital para los Estados miembros, en una organización institucional que implica una innegable medida de autonomía de voluntad y acción (que con razón calificamos, por tanto, de supranacional), en una estructura de tipo federal que comporta el otorgamiento a las instituciones comunes de competencias y poderes cuyo ejercicio implica un intercambio constante entre el nivel nacional y el nivel comunitario. Así, las Comunidades Europeas encuentran su puesto en este sector, todavía insuficientemente explorado, muy poco apreciado, del Derecho de gentes, que es el del federalismo internacional<sup>86</sup>.”

Por nuestra parte, considero que sólo pueden llegar a constituir verdaderos procesos de integración los que, en su esencia, responden a una cesión de competencias. En todo caso, debe reconocerse que la misma necesidad de flexibilidad y pragmatismo de los procesos de integración, requiere de los Estados no estar completamente al margen, en cuanto son ellos quienes en momentos claves deben intervenir, inevitablemente, para dar impulsos fundamentales, convirtiendo a la integración en un fenómeno singular y complejo de difícil encuadramiento.

### **3.-Líneas Características de los Ordenamientos Jurídicos de Integración.**

Resulta difícil determinar en concreto cuándo nos encontramos frente a un proceso de integración real o ante simples formas de cooperación internacional, porque aun cuando en el texto de los acuerdos los Estados precisen como fin a perseguir la integración económica, social o política, existen diferencias notables entre el desarrollo de la solidaridad económica mediante la cooperación, sin afectar las competencias soberanas, y los casos en que existe un proceso basado en la transferencia de competencias amplias y constantes, donde se afirma la identidad de una organización distinta de la de sus miembros<sup>87</sup>.

En las relaciones internacionales se advierten movimientos que se autodenominan de “integración”, pero que no llegan al perfeccionamiento que implica ésta, pues sus Ordenamientos Jurídicos se rigen por las reglas generales del Derecho Internacional.

Para desentrañar la esencia de cada fenómeno específico, resulta conveniente realizar un análisis cruzado, en primer lugar, corroborando si el caso, según los objetivos perseguidos, se ajusta a los requerimientos de la integración económica, social o política y, en segundo lugar, determinando si el proceso se reviste de una forma que, jurídicamente, invite a la creación de instancias distintas de los Estados con la suficiente autonomía como para impulsarlo.

Es aquí donde el aspecto político de la soberanía adquiere una especial relevancia, de tal forma que los Estados suelen acordar, por lo general, la posibilidad de intervenir e influir intensamente en la adopción

---

86. Santiago Ripol Carulla, *Opus Cit.*, Pág. 86.

87. Paul Reuter, *Opus Cit.*, Pág. 141 y sig.

de las decisiones en áreas donde los conflictos políticos son intensos, y a ceder espacio a las instancias comunes, otorgando poderes, incluso por encima de los Estados, cuando las áreas son políticamente no conflictivas<sup>88</sup>; con relación a esto último, se considera que la integración como fenómeno jurídico ha de manifestarse de una forma institucional-funcional, en el que un grupo de Estados están dispuestos a subordinar sus intereses nacionales y hasta su misma jerarquía jurídica interna, atribuyendo competencias efectivas a una organización, para que los ejerza autónomamente en el logro de los objetivos comunes.

Desde este punto de vista, puede caracterizarse a los procesos de integración y sus Ordenamientos Jurídicos, de acuerdo a la consideración global de ciertos rasgos que, aún cuando no son completamente desconocidos en las relaciones internacionales tradicionales, su conjunción en una sola organización representa un hecho inédito de invaluable originalidad. Por lo que ahora nos interesa, podemos concretar dichos rasgos en los que, a continuación, se exponen<sup>89</sup>:

### **3.1.-Sobre las competencias desarrolladas por la organización de integración.**

Por medio de los Tratados que fundan el proceso, los Estados confían las competencias que han de ejercer las organizaciones de integración; en consecuencia, por la naturaleza de este acto estas sólo gozan de funciones de atribución, limitativamente determinadas por aquellos.

Efectivamente, los Tratados de integración deben establecer en concreto los distintos ámbitos de actuación de los órganos regionales, las acciones y poderes que disponen para alcanzar los objetivos señalados, así como las formas y condiciones para el ejercicio de dichas facultades.

Sin embargo, es reconocido que una enumeración de competencias específicas, generalmente, no son suficientes para lograr la totalidad de los objetivos trazados. Para enfrentarse a tales situaciones, resulta de utilidad incluir en los Tratados cláusulas por medio de las cuales se permita extender subsidiariamente las competencias de la organización y sus instituciones, hasta los límites necesarios para cumplir las metas acordadas; así también, reconocer la existencia de competencias implícitas, pero indispensables para realizar las tareas conferidas.

Además de las competencias específicas, así como las subsidiarias a aprobarse, las organizaciones de integración y sus instituciones también pueden gozar de otras de naturaleza implícita, las cuales implican el ejercicio de poderes no expresamente atribuidos pero que son indispensables para alcanzar los objetivos.

Las competencias de las organizaciones de integración pueden ser ubicadas, según su naturaleza, en dos clasificaciones significativas:<sup>90</sup>

88. En ese sentido Pierre Pescatore, *Opus Cit.*, Pág. 78 y sig.

89. Siguiendo las líneas generales expuestas por Carlos Francisco Molina del Pozo, *Opus Cit.*, Pág. 136.

90. Siguiendo a Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 41 y sig.

las competencias de control y de acción, y las competencias de tipo internacional y de tipo estatal.

Por una parte, encontramos las competencias de control y de acción: las primeras, se refieren a la capacidad de vigilar el respeto de las obligaciones suscritas por los Estados y ejercer las acciones adecuadas para hacer constar los incumplimientos y provocar un restablecimiento del orden, también se incluyen acá las competencias para autorizar, aprobar o rechazar actos de los Estados, que puedan significar una inaplicación excepcional y temporal del Derecho de la integración; claro, esta atribución se debe otorgar a Instituciones con intereses distintos de los gubernamentales. Las competencias de acción se refieren a la capacidad de actuación de la organización de integración, por eso se traducen en las atribuciones de gran importancia, pues sirven para realizar los objetivos del proceso.

Por otra parte, encontramos competencias de tipo internacional y de tipo estatal: las primeras, se refieren a atribuciones clásicas de las organizaciones internacionales tradicionales, entre ellas, las competencias de información, consulta, coordinación y control las cuales por su naturaleza, sólo ponen en contacto a las instituciones regionales con los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. Las de tipo estatal implican funciones ejercidas directamente sobre los ciudadanos de los Estados miembros -haciéndolos sujetos del Derecho de integración-, de normal reserva para los Estados y que, al cederlas, producen una verdadera originalidad; ejemplos son los poderes de tipo judicial que permiten a los particulares ser sujetos de la justicia regional, facultades para una gestión administrativa directa que pone en contacto inmediato a órganos regionales e individuos y, sobre todo, competencias legislativas en los campos previamente dispuestos<sup>91</sup>.

Todas las competencias no atribuidas, continúan siendo reservadas por los Estados, quienes en esos campos conservan plenamente sus poderes, salvo que la organización y sus instituciones las afecten, por ser indispensables y necesarios para lograr los fines de la integración.

### **3.2.-Órganos cuya legitimidad se deriva de representar y defender los intereses comunes.**

“El éxito de las tentativas de integración regional depende, en gran medida, de la configuración de un orden institucional que debe ser siempre concebido para respetar los debidos equilibrios nacionales y, al mismo tiempo, ser capaz de actuar con eficacia para desempeñar la tarea a él confiada<sup>92</sup>.”

Ciertamente, el desarrollo de las políticas de integración en los Estados asociados requiere de una organización permanente con facultades especiales para impulsar de forma autónoma el proceso, para lo cual,

91. Guy Isaac, Opus Cit., Pág. 44.

92. Véase a Andrea de Guttry, El Proceso de Integración Regional en Centroamérica, Recopilación de Documentos Básicos con Estudio Introductorio, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1992, Pág. XIV.

además de la eficacia de sus actos, necesitan adquirir ciertas cualidades que permitan mantener cohesionados a los más diversos agentes que participan en la unificación de los Estados partícipes.

Resulta difícil intentar calificar a las organizaciones de integración en las categorías tradicionales de asociaciones internacionales de cooperación, pues por razones de eficacia necesitan de una autonomía que éstas no gozan y, aunque sus competencias están determinadas por un tratado, su poder no es simplemente una suma de las cuotas individuales de que disponen los Estados miembros, sino que es un centro activo individual, legitimado por un tratado internacional.

No existe la menor duda de que nos encontramos ante algo diferente que, a pesar de haber sido creado por unos Tratados y reservar algunos sectores de su actuación en ámbitos del Derecho internacional, presenta diferencias claras de naturaleza entre las organizaciones de integración y las de cooperación.

Una organización de integración es una institución creada por Estados, que se encuentra dotada de órganos independientes que “en determinados ámbitos de materias pueden adoptar disposiciones directamente obligatorias, no sólo para los Estados, sino también para sus habitantes<sup>93</sup>.”

Ella se constituye como un nuevo sujeto de Derecho, creado en virtud de un acuerdo multilateral entre los Estados plasmado en un instrumento de Derecho Internacional, que dispone de un poder efectivo sobre ellos y sus habitantes, e investido de una virtual autonomía en el ejercicio de sus funciones para el logro de los objetivos comunes.

Con la creación de estas organizaciones “los Estados renuncian al ejercicio de sus Derechos de soberanía en su propio territorio en determinados asuntos, transfiriendo el ejercicio de sus Derechos a órganos supranacionales que actúan, sobre la base de un orden jurídico propio, concertado convencionalmente<sup>94</sup>”; esto quiere decir, que para poder cumplir los objetivos encomendados por los Estados, se deberá estructurar institucionalmente de acuerdo a la naturaleza de las diferentes actividades a realizar.

Estos órganos, también llamados instituciones regionales, son los que le proveen de permanencia y continuidad a las políticas de integración, cada uno de los cuales representa un principio diferente de acuerdo a la naturaleza de la diversidad de actividades que tendrán que realizar y, en atención de los distintos intereses que entran en juego en la organización. Esta puede componerse de cuatro tipos<sup>95</sup>:

a) Órganos intergubernamentales, compuestos por representantes

---

93. Así Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1972, Pág. 282.

94. Al respecto, Alfred Verdross, *Ibid.*, Pág. 282.

95. Véase a Henri Manzanares y Jean-Pierre Quentin, “Un Poco de Historia”, en *El Parlamento Europeo*, Ariel, Barcelona, 1984, Pág. 26; Pierre Pescatore, *Opus Cit.*, Pág. 54; Carlos Francisco Molina del Pozo, *Opus Cit.*, Pág. 270; y Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 256.

de los gobiernos de los Estados miembros; implicando un claro contrapeso en la organización; sin embargo, suele trascender sobre los arquetipos de las organizaciones internacionales tradicionales cuando los actos adoptados en su seno obedecen a reglas de votación por mayorías, o cuando la unanimidad es la regla, si se obvia su rigor a través de exigir una manifestación activa para el veto y no una simple abstención;

b) Órganos de Administración, encargados de velar por el interés de la organización en su conjunto, caracterizados por un grado más o menos acusado de autonomía respecto del intergubernamental; sus miembros no tienen el carácter de representantes nacionales pues su investidura es colectiva y, se entiende, disponen de plena independencia en el ejercicio de su misión;

c) Órganos deliberantes, cuya legitimidad proviene de representar a los pueblos de los Estados asociados, formado por miembros que pueden ser elegidos en votación popular, o son delegados de los parlamentarios de las asambleas nacionales. Aunque la idea de una institución de esta naturaleza responde a una inspiración federalista, su misión parte con la necesidad de controlar políticamente a los anteriores órganos, conforme a principios democráticos, por eso, originalmente, suelen no tener un poder de sanción. El control político se ejerce para verificar el cumplimiento a cabalidad de las funciones que les corresponden; esto quiere decir que los Órganos Deliberantes procuran verificar la conformidad de las actuaciones de los Órganos Intergubernamentales y de Administración a las decisiones políticas fundamentales adoptadas en los tratados fundacionales. Así también, se justifica por el hecho que, las mayorías y minorías representadas en el Órgano Deliberante puedan comparar la actuación del Órgano de Administración con su programa político e influir, así, en la administración de los asuntos regionales.

d) Órganos jurisdiccionales que, de existir, podrían servir como medios de control representando el imperio de la legalidad; deben ser capaces de garantizar el respeto del Derecho surgido en el proceso de integración en su interpretación y aplicación, así como asegurar la realización de las funciones asignadas a la organización, salvaguardando la identidad e integridad de su sistema jurídico.

Esta distinción de funciones en el esquema institucional, en su misma esencia, se aparta de los modelos puramente estatales e internacionales. Para el caso, la estructura de una organización de integración no implica la tradicional división de poderes caracterizados en un Estado, pues, la división de poderes obedece a un balance entre las fuerzas estatales y las regionales, interactuando dinámicamente en el marco de las competencias que fundan el proceso.

Las organizaciones de integración “en contraste con la mayoría de las otras organizaciones internacionales, en las cuales los órganos dirigentes tienen un carácter pura y exclusivamente intergubernamental (ejerciendo el secretariado la función de un órgano de servicio a las órdenes de las instituciones políticas), y en las que muy a menudo se concentra el poder en manos de una sola institución representativa de los gobiernos...

tienen esto de particular: que el órgano intergubernamental tiene que cooperar en el ejercicio de su misión con un conjunto de instituciones que son resultado de otro principio distinto del suyo, y que actúan a su respecto con una independencia más o menos adecuada<sup>96</sup>.”

Un tema clave, especialmente en Europa, es si los miembros componentes de los órganos de integración deben ser elegidos democráticamente. De alguna manera, el vigor y legitimidad de las instituciones que gobiernan a los agregados humanos deviene de la capacidad de representación de los ciudadanos y, en el caso de las organizaciones de integración, hasta el momento, se ha dificultado la elección democrática, salvo el caso de los Parlamentos Regionales como el Europeo.

Es lógico que los órganos ejecutivos nacionales sostengan cierto control sobre los poderes de las instituciones de integración, reservándose en ciertos casos la designación de sus integrantes; esto, de manera indirecta, puede contrariar los principios democráticos y de división de poderes del Estado, en cuanto en el ámbito doméstico, podrían encontrarse las decisiones adoptadas por los delegados de los órganos ejecutivos nacionales lograrían sobreponerse a los adoptados por los parlamentarios nacionales, electos directamente por los ciudadanos. La solución a este déficit democrático requiere la intervención de los Estados, a través de los acuerdos internacionales pertinentes, dando el impulso fundamental que requiere el proceso.

### **3.3.-La salvaguardia del Ordenamiento Jurídico suele estar confiada a sistemas jurisdiccionales muy elaborados.**

En los procesos de integración es necesario el cumplimiento de las normas preestablecidas ya comunicadas por canales oficiales a los sujetos inmersos dentro del ámbito regional; para ello, es importante la existencia de un mecanismo que asegure la legalidad, rectifique las conductas que se aparten de las normas ya fijadas y garantice la unicidad en la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho. Este mecanismo debe garantizar la cesión de competencias concernientes al proceso, de tal forma que se asegure que las instituciones de la organización, así como los Estados asociados, respetarán el régimen normativo de la integración<sup>97</sup>.

En principio, se puede asumir que en el tratado fundador de un proceso de integración los Estados parte han de definir el modelo pertinente para el arreglo de controversias. Disponen entre diferentes formas de llegar a arreglos en caso de controversias, por una parte, los conocidos como medios diplomáticos y, por otra, los medios jurídicos.

Los medios diplomáticos son aquéllos donde intervienen los órganos normales de las relaciones internacionales de los Estados y se resumen en las comisiones de investigación, las negociaciones diplomáticas, los buenos oficios, la mediación y la conciliación<sup>98</sup>. Estos mecanismos, propios

96. Pierre Pescatore, *Ibidem*, Pág. 51.

97. En ese sentido, Jean-Victor Louis, *Opus Cit.*, Pág.56 y sig.

98. Así Manuel Díez de Velasco, *Opus Cit.*, Pág.795.

de las relaciones internacionales tradicionales, son inadecuados y actúan deficientemente en un proceso de integración, pues privilegian las soluciones políticas de los conflictos, en detrimento de la aplicación del Derecho, además de limitar el acceso de los particulares que necesitan resolver sus diferencias a través de decisiones firmes de obligatorio cumplimiento, lo cual no sucede en estos casos.

Los medios jurídicos de solución de conflictos implican el someter a un tercero independiente el conocimiento de la diferencia, para que éste adopte, después de un procedimiento contradictorio, una decisión fundada en el Derecho con la cual se ponga fin a la misma y con carácter obligatoria para las partes intervinientes<sup>99</sup>. Por otra parte, los medios jurídicos de solución de conflictos son dos, el arbitraje y el tribunal judicial; ambos arrastran consigo una mayor eficacia del Ordenamiento Jurídico de la integración -consecuencia del carácter obligatorio de sus decisiones-, redundando a su vez en estabilidad para la organización.

El arbitraje se caracteriza por intentar arreglar los litigios mediante árbitros designados y sobre la base del respeto del Derecho, bajo la obligación de someterse de buena fe al laudo arbitral. También permite dimensionar, en primer lugar, la relevancia de la voluntad de los interesados respecto a la sumisión o no de una controversia al mismo arbitraje, así como la facultad de designar por ellos mismos a los árbitros y, en segundo lugar, el carácter jurídico de la solución.

En cuanto al Tribunal Judicial, este presenta dos características esenciales: La obligatoriedad de su competencia en cierto número de materias y su organización permanente; ésta última es la que primordialmente no permite a los Estados influir en la constitución de sus miembros para cada caso en concreto. Se puede mencionar que los tribunales judiciales, por estas características posibilitan, al constituirse como órganos principales que controlan la legalidad, el mantener la unicidad en la aplicación e interpretación del Derecho, lo cual constituye una gran ventaja.

El arbitraje y el tribunal judicial se caracterizan por los siguientes rasgos<sup>100</sup>:

- a) Ambos implican la intervención de un tercero imparcial, el órgano arbitral o el judicial;
- b) La jurisdicción del órgano arbitral, como la del órgano judicial, se basa en la voluntad de los Estados partes en la controversia;
- c) La naturaleza contradictoria del procedimiento, en el que las partes disponen de las mismas oportunidades de hacer valer sus pretensiones jurídicas;
- d) La solución de controversias en función de la aplicación de

---

100. Juan Antonio Camillo Salcedo, Curso de Derecho Internacional Público, Pág. 301, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

99. Manuel Diez de Velasco, Opus Cit., Pág. 803.

normas jurídicas, si bien excepcionalmente, y si las partes así lo convienen, el órgano arbitral puede resolver “ex aequo et bono”;

e) El carácter obligatorio de la decisión, que adopta la forma de sentencia, también llamada laudo en el caso del arbitraje, y deberá ser motivada, cumplida y ejecutada de buena fe por los Estados partes en la controversia.

La diferencia básica entre el arbitraje y el tribunal judicial se encuentra en que en el primero son las partes en conflicto quienes someten la diferencia, por un acto voluntario, a un tribunal arbitral conformado por acuerdo especial entre partes, con la facultad de designar por ellos mismos a los árbitros. Entre estos, indudablemente, el mecanismo más adecuado para el control jurídico de las relaciones de integración lo constituye el Tribunal de Justicia que posee permanencia y jurisdicción obligatoria; gracias a dichas características se puede adecuadamente realizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones de integración, juzgar el incumplimiento de las obligaciones de los Estados y asegurar la interpretación uniforme de las normas de integración en el territorio común.

### **3.4.-Un sistema institucionalizado de creación de normas, sin que sea necesaria la aprobación previa de los Estados.**

Las normas surgidas en un proceso de integración podrían llegar a tener, en un sentido restringido, una triple vertiente: los Tratados de fundación del proceso, fuente primaria; los actos producidos por las instituciones, fuente derivada; y el Derecho que surgido en acuerdos de los Estados miembros, dentro de los ámbitos de la competencia nacional considerada, fuente complementaria<sup>101</sup>.

La organización de integración es creada por la voluntad soberana de los Estados partícipes del proceso, la cual se plasma en un instrumento de Derecho internacional, o sea, por medio del mecanismo de los Tratados, en donde se expresa el deseo soberano de los Estados de realizar los objetivos de sus intereses o valores comunes<sup>102</sup>. Los Tratados que ordenan un proceso de integración suelen disponer de cierto número de normas aplicables por sí mismas, aunque uno de los rasgos más característicos es el ostentar la misión encomendada a las instituciones comunes para lograr los fines acordados, otorgándoles una serie completa de instrumentos jurídicos para ello<sup>103</sup>.

Los Tratados, según la función que posean respecto de la creación de obligaciones, se pueden clasificar en los que establecen entre los sujetos de Derecho Internacional partes en el tratado, un intercambio de prestaciones específicas y los que consignan reglas generales aplicables a toda la comunidad internacional de Estados o sólo a una parte de ellos<sup>104</sup>.

101. Siguiendo la clasificación de Guy Isaac, Opus Cit., Pág. 135.

102. Alfred Verdross expresa: “Mediante el correspondiente tratado surge, pues, una unión de Estados de un tipo nuevo... esta unión es jurídico internacional, por cuanto se funda en un tratado internacional, el cual puede ser modificado o derogado según normas del Derecho Internacional.” Opus Cit., Pág. 282.

103. Al respecto, véase a Jean-Victor Louis, *Ibid.*, Pág. 29.

104. Al respecto, Manuel Díez de Velasco, Opus Cit., Pág. 145, señala que “En una terminología ya superada,

En ese sentido, los Tratados pueden contener normas jurídicas preceptivas y operativas vinculantes en su cumplimiento, por lo cual no necesitan desarrollo legislativo interno o nacional y comprometen directa e inmediata a los Estados y sus súbditos. También, los Tratados pueden incluir normas directivas o programáticas conteniendo principios abstractos y generales, constituyendo por ello consejos sobre la orientación política y legislativa de los órganos comunes y de los Estados asociados; es decir, los funcionarios y autoridades nacionales junto a las organizaciones de integración reciben pautas sobre lo que está prohibido, condicionado o impuesto, ya sea en la forma o en el fondo.

Parte de las facultades delegadas por los Estados a las organizaciones de integración pueden tratar sobre la creación de normas que tengan fuerza vinculante en todo el territorio común. Se reconocerían acá dos tipos de instrumentos:

a) Normas obligatorias a los Estados en cuanto al resultado a conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para conseguirlo; este método, que permite establecer un marco de actuación, favorece la aproximación de legislaciones de una manera flexible y respetuosa de las particularidades nacionales;

b) Normas obligatorias en todos sus elementos, con un alcance general, tanto para las Instituciones, los Estados asociados y sus súbditos.

Dichos actos normativos deberían estar jerárquicamente por encima del Ordenamiento interno de cada Estado miembro y, por supuesto, sometido al control jurisdiccional acordado; de lo contrario, no tendría sentido su existencia, pues se justifican por la necesidad de crear una legislación uniforme o, en el mejor de los casos, unificada, con las cuales se puede llegar a eliminar en gran medida ciertas diferencias que constituyen, por ejemplo, obstáculos a las libertades de circulación.

Estas normas disponen de diferentes técnicas para su recepción en los Estados asociados, la primera, más activa, es el método de la adaptación normativa, cuando se trata de actos que pretenden un desarrollo para su aplicación, en razón del cual las normas internas son configuradas en el sentido de la norma de integración; y la otra, pasiva, cuando existe una norma con la intención de crear una legislación única, donde simplemente se debe dejar de formular normas en los ámbitos regulados por la disposición regional.

Este Derecho derivado del proceso de integración, en cuanto sistema, debe poseer dos reglas básicas para su aplicación: la optimización del sistema global y la interpretación integral<sup>105</sup>. La primera de ellas supone, precisamente porque el sistema es un todo, que el comportamiento de los elementos o subsistemas ha de estar condicionado por la optimización del conjunto, es decir, se hace necesario sacrificar el

---

que tuvo su origen en la doctrina alemana del siglo XIX y una amplia repercusión entre los iusinternacionalistas encabezados por Triepel, se les designó como *Tratados-contrato* y *Tratados-ley*".

105. Véase Enciclopedia Jurídica Básica, Opus Cit. Pág. 6242.

perfeccionamiento de los distintos elementos en beneficio de la optimización del sistema global. La otra regla, la de interpretación integral, implica la necesidad de no olvidar, cuando se opera dentro de un subsistema, la incidencia que la operación jurídica ha de tener en el funcionamiento de los restantes subsistemas. Así, en definitiva, el sistema jurídico es un conjunto coherente, en el que si no se presta atención al sistema en cuanto conjunto global, puede provocar la descompensación de ese conjunto, con merma de la inteligencia.

### **3.5.-Actos adoptados según las reglas de la mayoría.**

En las relaciones internacionales tradicionales, de acuerdo a principios clásicos del Derecho internacional, la igualdad soberana de los Estados al momento de adoptar decisiones en las organizaciones internacionales, únicamente se acompaña con la unanimidad y el Derecho de veto<sup>106</sup>.

Los métodos de votación por unanimidad suelen mantener un latente Derecho de veto para oponerse a la adopción de actos, sobre todo en aquellas materias de gran importancia doméstica, por eso los Estados mantienen un control decisivo sobre las materias sometidas a tal mecanismo. Esta perspectiva -retrógrada para la integración-, indiscutiblemente nos lleva a los métodos de cooperación internacional donde pierde color el cuadro de la supranacionalidad, y adquiere mayor presencia la cooperación organizada de los Estados<sup>107</sup>, en el que predominarían las reglas del Derecho Internacional.

En los procesos de integración es necesario romper con la regla de la unanimidad, pues ella no hace factible llegar a rápidos acuerdos en materias donde las Instituciones deben actuar de manera pronta y efectiva, sin estar sometidas a las dilaciones que puedan surgir de intereses unilaterales, a través de los vetos. Como la falta de una natural homogeneidad entre los Estados asociados -quienes pueden poseer diferencias económicas, culturales y políticas relevantes-, no permitiría llegar a fáciles acuerdos en casos de vital importancia<sup>108</sup>; por eso, resulta conveniente encontrar un medio que perfeccione la posición y voluntad colectiva, sin recurrir al desgastante y lento proceso que implica la unanimidad, este sería el caso de la aplicación de las votaciones por mayorías.

Para la adopción de un acto por mayoría, se puede acordar requerir la mitad más uno de los votos de los Estados asociados, aunque con la clara diferencia de que el acto adoptado, reflejo del interés común, es obligatorio para todos y en todos los Estados miembros, esto es la mayoría simple.

---

106. Al respecto Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 64.

107. Utilizando palabras del General De Gaulle, en ocasión de conferencia de prensa sobre la naturaleza de la CEE, Antonio Truyol y Serra, *Opus Cit.*, Pág. 263.

108. Un ejemplo histórico en las Comunidades Europeas lo constituye "la crisis de la silla vacía", provocada por Francia, donde los desacuerdos entre los mismos miembros de las Comunidades Europeas, crearon una grave crisis institucional, que se configuró a partir del recelo de someter cuestiones fundamentales de cada Estado a voluntades externas, por medio de los sistemas de votación por mayorías. Al respecto véase a Antonio Truyol y Serra, *Ibidem*, Pág. 49 sig.

También, se puede acordar la exigencia de una mayoría cualificada, con lo que se requeriría una mayoría relevante para dar por aprobado un acto.

Cuando se regula la ponderación de los votos por Estado, se puede optar por estimar la participación de cada uno equivalente a un voto, como un vago reflejo del principio de la igualdad soberana de los Estados en las organizaciones internacionales; pero también se puede utilizar una ponderación especial de los votos asignados a cada Estado asociado, empleando criterios generales, demográficos, políticos o económicos que permitan un peso distinto para cada Estado al momento de la votación<sup>109</sup>.

Los métodos de votación por mayorías ponderadas también pueden permitir la creación de minorías de bloqueo complejas, donde el peso de los Estados por medio de los votos se vea también mediatizado, en caso de no alcanzar un número de Estados determinado.

En el sistema de votación por mayoría existe una reciprocidad permanente en el riesgo de quedarse como minoría; en todo caso, "el que sean posibles decisiones mayoritarias no significa que se vayan a tomar siempre y sin discriminación. Antes bien, tal posibilidad actuará en el sentido de reducir las resistencias de los intereses particulares de los Estados miembros frente al interés general de la comunidad. Al bien común del conjunto<sup>110</sup>".

El recurso a la unanimidad, en un proceso de integración, sólo se debe justificar cuando existan razones serias y duraderas, en donde se necesite el acuerdo previo de todos los Estados asociados en materias altamente controversiales, en el sentido de que la discusión en el seno del órgano que adopte las funciones normativas sirva de antesala al conocimiento sobre la capacidad de un país para cumplir el objetivo de una determinada norma.

Para la adopción de un acto por unanimidad, ciertamente, se necesitaría del acuerdo de los Estados miembros del proceso de integración representados en el órgano normativo, puede regularse que se mantenga firme la decisión aunque uno o varios de los Estados se inhiban de ejercer el voto<sup>111</sup>.

Los requerimientos de mayorías o de unanimidad en los métodos de votación, imprimen diferentes formas de legitimidad a los actos adoptados, ya sea porque así reflejan, y aunque sea indirectamente<sup>112</sup>, el respaldo

---

109. Véase a Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 64.

110. Antonio Truyol y Serra, *Opus Cit.*, Pág. 60.

111. Por ejemplo, en la toma de decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la oposición se puede efectuar, incluso, por medio de la simple abstención del voto de los miembros permanentes, artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas; en cambio, en la Comunidad Europea la facultad para vedar o impedir la aprobación de un acto -mejor conocido como el Derecho de veto- requiere una manifestación positiva de parte del Estado que desea oponerse a su entrada en vigor -aunque la ausencia de un estado miembro, que no se hace representar, sí lo permite-.

112. Digo indirecto porque, aun cuando muchos de los representantes estatales en los órganos de integración

mayoritario de los diversos sectores de los pueblos de los Estados partícipes del proceso de integración o, porque, en otro sentido, aseguran el respaldo de las representaciones gubernamentales.

Para el caso, la legitimidad estampada a los actos adoptados según el sistema de mayoría cualificada, es el reflejo del respaldo mayoritario de los diversos sectores de los pueblos de los Estados partícipes, en cuanto dicho acto sólo es válido cuando los representantes que votan a favor equivalen a un conjunto bastante amplio de los votos ponderados.

En cambio, la legitimidad que se da según los sistemas de mayorías simples y la unanimidad, reflejan el respaldo mayoritario o general de los Estados asociados, por lo cual el acto es válido cuando obtiene, simple y llanamente, la aceptación de representantes de Estados.

El vigor y legitimidad que dimanan del proceso de adopción de decisiones, permite, en las organizaciones de integración, llegar a garantizar que los actos formulados sean el producto de la voluntad política de representantes de una amplia mayoría de ciudadanos de los Estados asociados<sup>113</sup>.

Esa misma razón determina por qué las organizaciones de integración guardan distancia de las relaciones convencionales sostenidas en organizaciones internacionales; y es que en los Tratados que fundan procesos verdaderos de integración, se suele aceptar, por regla, que los actos del órgano decisor han de ser cumplidos y respetados por todos los Estados miembros, sin importar los mecanismos de votación empleados en su adopción.

En ese sentido, los requerimientos de mayorías se traducen materialmente en una limitación concreta del ejercicio de la soberanía de los Estados miembros<sup>114</sup>.

La originalidad en los mecanismos de votación por mayorías, es que quiebran “con la regla clásica del Derecho internacional, según la cual la igualdad soberana de los Estados únicamente se acompaña con la unanimidad y el Derecho de veto<sup>115</sup>”; y, por el contrario, fortalecen la idea de que los procesos de integración descansan en el interés común de los Estados asociados, el cual, repetimos, no es el producto de la suma aritmética del interés individual de ellos, sino el reflejo de ciertos valores comunes –y generalizados por la mayoría- en esos Estados.

#### **4.- Principios de los ordenamientos de integración.**

El Derecho de Integración forma parte del orden jurídico que se

---

pueden ser coincidentemente elegidos en sufragios domésticos para cargos nacionales, tendrán a lo sumo un mandato nacional, suelen actuar más bien como representantes de cada Estado miembro, es decir, como delegados de sus gobiernos.

113. Véase el dictamen de la Comisión “Adaptar las Instituciones para que la Ampliación sea un Éxito”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, volumen 7, enero-junio, 2000, Pág. 326.

114. Véase a Ramón Tamames y otra, Opus Cit., Pág. 227.

115. En ese sentido se pronuncia Guy Isaac, Opus Cit., 1995, Pág. 64; sin embargo, el suscrito agregaría a lo dicho que se trata de su versión más ortodoxa o fundamentalista.

aplica en cada uno de los Estados partícipes del proceso, pero no se origina en ámbito nacional, ni se somete directamente a los condicionamientos jurídicos domésticos, porque surge del proceso de integración y se encuentra destinado a todos los asociados y a sus súbditos, de ahí que no sea ajeno a los mismos.

Por eso, aun cuando la norma no es de orden doméstico, tampoco es un Derecho extranjero. Se trata del Derecho propio de la organización al cual están voluntariamente sometidos, en los campos previamente establecidos, cada uno de los Estados asociados y a partir de esa aceptación es que resulta aplicable en los territorios nacionales lo mismo que el Derecho interno, con la cualidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos<sup>116</sup>.

Esta orientación determina al Derecho de la integración como un fenómeno relativamente autónomo, con caracteres propios íntimamente conectados entre sí, que dan lugar a una realidad jurídica única<sup>117</sup>.

Los principios del ordenamiento de la integración, precisamente se manifiestan a través de sus relaciones con el Derecho propio de cada uno de los Estados y son, esencialmente, los siguientes:

#### **4.1.-Primacía.**

Esta característica implica que el Ordenamiento Jurídico de la integración prevalece sobre cualquier norma nacional, circunstancia que se deriva de la atribución de competencias a la organización de integración, pues ésta, en una perfecta correspondencia, limita las competencias normativas de los Estados asociados en los ámbitos previamente establecidos.

La primacía tiene por consecuencia que:

- a) Se conviertan en inaplicables las normas internas contrarias al Derecho de la integración;
- b) No se permita posteriormente la formación válida de nuevas normas internas contrarias al mismo;
- c) Todo juez nacional está obligado a aplicar el Derecho de la integración, y a inaplicar las normas internas contrarias, sin necesidad de esperar un acto de derogación o una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de las autoridades.

La primacía como característica de las normas de la integración no necesita ser establecida expresamente en los Tratados que fundan el proceso, constituye un presupuesto jurídico de la misma integración: no se puede admitir que una norma doméstica doblegue el valor de la norma regional, pues ello implicaría que los Estados disponen de una reserva

116. Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 183.

117. Paolo Mengozzi, *Opus Cit.*, Pág. 146 y sig.

sobre la cesión del ejercicio de las competencias que provocaría una completa descompensación del sistema y su ruptura definitiva.

Finalmente, reconocer eficacia a los actos normativos internos contrarios al Derecho de la integración, sería desconocer el compromiso adquirido en los Tratados por los Estados miembros. Esto nos permite advertir que la fuente de la primacía son los Tratados y no las disposiciones constitucionales divergentes de los Estados, que regulan las relaciones del Derecho interno con el internacional y el de integración.

Y es que una cosa es la obligación de los Estados de cumplir con las obligaciones pactadas en los Tratados, y, otra distinta, es la normativa interna que regula la forma de configurar la voluntad de cada uno de ellos para obligarse en los términos de un tratado de integración.

#### **4.2.-Aplicabilidad inmediata.**

Uno de los rasgos característicos de los actos normativos dictados por las Instituciones de integración, cuando poseen precisamente atribuciones normativas, es que deben adquirir automáticamente la calidad de Derecho positivo para los Estados asociados.

Por su propia naturaleza, en efecto, el Derecho de la Integración posee una fuerza específica de penetración en el Ordenamiento Jurídico interno de los Estados miembros. Esto quiere decir que sus normas se han de insertar en el Ordenamiento Jurídico de los Estados partícipes y deben orientarse directamente hacia éstos y a sus súbditos, sin necesidad de esperar un acto de recepción interna que habilite su aplicación.

No puede existir, por tanto, un mecanismo de control que censure el contenido o condicione la vigencia de la norma de integración, pues ello implicaría un desconocimiento de la cesión de competencias voluntariamente consentida en los Tratados fundacionales.

#### **4.3.-Efecto directo.**

El efecto directo de los actos normativos de las Instituciones consiste en que el Derecho de la integración otorga derechos y obligaciones a los Estados miembros y a los particulares, de tal suerte que cualquier persona puede solicitar a los jueces nacionales el cumplimiento de los Derechos conferidos<sup>118</sup>.

Parece claro que, si la intención de los Estados es que los actos normativos de las Instituciones estén destinados a establecer reglas de actuación a ciertos destinatarios, a los que impone determinados comportamientos o concede facultades para la realización de sus intereses propios, resulta consustancial al mismo acto el convertirse en el título directo que debe ser invocado, incluso ante los tribunales nacionales, para hacer valer los Derechos subjetivos y las obligaciones que engendra.

---

118. En ese sentido, Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 188.

También resulta conveniente agregar que el efecto directo posee una clara consecuencia; las normas de integración deben surtir efectos de forma homogénea en todos los Estados.

Esta consecuencia, diferente de la que se impondría en el marco de un tratado internacional ordinario, es producto de la naturaleza del mismo proceso de integración -distinta a las relaciones internacionales convencionales- y de los objetivos que persigue –usualmente vinculados a las personas y no sólo a los Estados-.

## **5.-Técnicas jurídicas de la integración.**

Para completar la cesión sobre el ejercicio de competencias de los Estados a la organización de integración y sus Instituciones, el Derecho de la integración ofrece una gama de mecanismos y medios para su aplicación práctica y perfeccionamiento, entre ellos los siguientes:

### **5.1.-La unificación y armonización de legislaciones nacionales.**

La unificación y armonización de legislaciones se refieren al acercamiento de las legislaciones nacionales para reducir o eliminar las discontinuidades jurídicas que provocan diferencias entre los Estados que participan en un proceso de integración.

Quando se habla de unificación de legislaciones nos referimos a la adopción de actos que se configuran como normas comunes dictadas bajo los supuestos ordinarios del sistema jurídico de la integración, es decir, la creación de un solo Derecho excluyente de cualquier tipo de diversidad.

En cambio, la armonización constituye una función más atenuada de la integración normativa, ella implica reducir las diferencias normativas manteniendo cierta diversidad; dicha tarea puede ser realizada unilateralmente por las Instituciones de integración, mediante la adopción directa de normas que obligan a los Estados en cuanto al resultado que debe conseguirse, pero que les dejan la oportunidad de elegir la forma y los medios para hacerlo, o puede ser acometida directamente por los Estados miembros mediante el uso de Tratados internacionales.

En el primer modelo normativo, creación de una Ley-marco, los Estados quedan obligados a dictar las normas que en su caso precisen adoptar para la adaptación interna, configurándose, así, una exigencia de doble escalón normativo.

Existe una forma aún más genérica en la integración normativa, se trata del simple recurso a las reglas de solución de conflictos de leyes, propias del Derecho Internacional Privado; sin embargo, su empleo resulta poco eficaz y lento en el marco de un proceso de integración donde se requiere de certeza y rapidez.

Una manifestación de la armonización es el reconocimiento mutuo, cuyo fundamento se encuentra en el sustento normativo homogéneo entre los países asociados, es decir, la existencia de equivalencia entre la

reglamentación de un Estado asociado y otro, de forma que no se justifique ningún recelo entre éstos.

El reconocimiento mutuo puede facilitar en un Estado miembro la aceptación y reconocimiento de reglamentaciones de otros asociados, de tal suerte que se eliminen o reduzcan las exigencias de controles, avisos, autorizaciones y demás, para la comercialización de mercancías, prestación de servicios, establecimiento de empresas o circulación de capitales, procurando a su vez, se contribuya materialmente a reducir las restricciones a las libertades de circulación.

## **5.2.-Prohibición de obstáculos a las libertades de circulación de los factores productivos:**

Para la efectiva realización de las libertades de circulación se requiere no sólo de medidas positivas, sino, también de numerosas prohibiciones, entre ellas, podemos citar prohibiciones de discriminación por nacionalidad, de Derechos de Aduana, de exacciones de efecto equivalente, de restricciones cuantitativas, de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas y las de tributos internos discriminatorios.

Especial mención requieren las prohibiciones de discriminación por nacionalidad, las cuales se refieren a impedimentos para los Estados respecto de la adopción de actos que impliquen una discriminación para los nacionales de otro Estado asociado, en ocasión de realizar actividades en su territorio.

Cuando el proceso alcanza un desarrollo que se adecua a las características de una Unión Aduanera, donde se supone la adopción de un arancel aduanero común en las relaciones entre el territorio común y terceros países, resulta consustancial la prohibición entre los Estados miembros del establecimiento de nuevos Derechos de Aduana para la importación o exportación de mercancías.

Las exacciones que tienen un efecto equivalente al de un Derecho de Aduana también deben prohibirse, ellas representan para los comerciantes y productores, cualesquiera sea su denominación y su técnica, una carga pecuniaria, aunque sea mínima, que es impuesta unilateralmente por los Estados asociados gravando las mercancías nacionales o extranjeras a su paso por las fronteras, cuando no sea un Derecho de Aduana propiamente dicho, aunque no sea percibido en beneficio del Estado, ni ejerza ningún efecto discriminatorio o protector y aunque el producto gravado no haga competencia a una producción nacional<sup>119</sup>.

La prohibición de restricciones cuantitativas se refiere a la limitante

---

119. En el sentido expuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1 de julio de 1969, Asunto 2/69 y 3/69, Social Fonds voor de Diamantarbeiders c. SA Ch Brachfeld & Sons y Chougol Diamond Co., en Jurisprudencia Básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, F. Jesús Carrera Hernández y otros, compiladores, Tecnos, Madrid, 2000, Pág. 27.

de los Estados para establecer condiciones respecto a la cantidad de mercancías que pueden ser objeto de importación o de exportación. Las restricciones cuantitativas o contingentes constituyen obstáculos no arancelarios al comercio de bienes, y han cobrado realce de frente al declive de los Derechos de Aduana como instrumento de protección comercial, sobre todo debido a las reducciones arancelarias negociadas en la Organización Mundial del Comercio; también son denominados obstáculos técnicos resultantes de las diferencias entre las reglamentaciones de los diferentes Estados relativas a la producción y la comercialización de mercancías<sup>120</sup>.

Las prohibiciones de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas se refieren a negar la creación de exigencias unilaterales, impuestas por la normativa de un Estado que participa del proceso de integración, en materia de requisitos mínimos para la comercialización de mercancías, pues constituyen obstáculos a sus intercambios<sup>121</sup>.

El efecto práctico de este tipo de medidas es asegurar una ventaja a ciertas mercancías en perjuicio de otras, cuando no existe ningún motivo que justifique que un producto, legalmente producido y comercializado en uno de los Estados miembros del proceso, se le impida su venta y comercialización en otro por la falta de requisitos mínimos.

Por otra parte, mientras las competencias en materia de impuestos al comercio de mercancías se reservan por los Estados que participan en el proceso, la misma dinámica de la integración requiere se prohíban los tributos internos discriminatorios, en primer lugar, para evitar la doble tributación y, en segundo lugar, para impedir que por esa vía se cree un mecanismo de protección de la producción nacional.

Los tributos internos discriminatorios son aquéllos que someten a las mercancías importadas a impuestos internos superiores a los aplicados a los productos nacionales similares, con lo cual, se provocan alteraciones en los costes que enfrentan los comerciantes, creando desventajas respecto de las mercancías regionales importadas y, por consiguiente, falseando la competencia en el mercado regional.

La forma adecuada para enfrentar la discriminación tributaria sería por medio de la armonización de legislaciones, aceptando como principio de tributación la imposición fiscal en el país de destino. Dicha solución permite aplicar un impuesto uniforme y, en consecuencia, no discriminatorio, a las mercancías que se han de comercializar en una determinada plaza, favoreciendo la competencia en igualdad de condiciones fiscales; sin embargo, para que el mecanismo funcione correctamente, a la uniformización normativa debe acompañarle la aplicación de una desgravación arancelaria de los impuestos que han gravado al producto en el país de origen.

---

120. Así Manuel López Escudero, *Opus Cit.*, Pág. 82.

121. En el sentido expuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia del 20 de febrero de 1979, *Jurisprudencia Básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *Opus Cit.*, Pág. 75.

Igualmente, se puede aplicar como principio de tributación la imposición fiscal en el país de origen, sin embargo, esto exigiría, para no crear condiciones anormales de competencia, que los Estados uniformaran los tipos impositivos. Esta exigencia se realiza para evitar que los Estados reduzcan unilateralmente su imposición fiscal interna, a fin de hacer más competitiva la mercancía nacional en las plazas comerciales de otros asociados.

### **5.3.-Mecanismos de control preventivo de los obstáculos a la integración.**

La detección de obstáculos a las libertades de circulación, también se puede realizar recurriendo a mecanismos que previenen la aparición de restricciones, por ejemplo, los procedimientos de autorización y los de información preventiva.

Los procedimientos de autorización implican la comunicación previa entre los Estados asociados y las Instituciones de integración competentes sobre aspectos relevantes de los agentes que intervienen en el mercado, para que las segundas se pronuncien sobre la compatibilidad de las acciones estatales con el Derecho de la integración y habiliten la adopción de ciertos actos.

Por su parte, los procedimientos de información se refieren a la notificación de acciones estatales que, sin embargo, no crean en las instituciones de integración la facultad de controlar la compatibilidad de dichos actos con el Derecho de integración, por tanto, tampoco conceden el poder para autorizar al Estado la adopción del acto. Es decir, el Estado no necesita esperar el consentimiento de las Instituciones para actuar, basta sólo con la comunicación.

Por otro lado, los procedimientos de autorización y los de información preventivos, pueden dar pauta a la realización de investigaciones especiales que determinen los alcances de una actuación estatal y, en su caso, la determinación de una posible sanción que obligue administrativamente, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, al restablecimiento del Ordenamiento Jurídico de la integración y mantenga la disciplina del proceso.

### **6.-Conclusiones preliminares.**

El Ordenamiento Jurídico que se origina en un proceso de integración es una disciplina autónoma. Podría suceder que esta nueva rama del Derecho aún se encuentre en construcción, pero desde ya posee rasgos definitorios que la individualizan.

Resulta innegable que el Derecho de la Integración posee un objeto específico, las relaciones a que dan lugar los procesos voluntarios de unión de Estados; el variado conjunto de sujetos a los cuales están destinados sus normas, difícilmente son repetidos en otras disciplinas, hablamos de la acumulación de Estados, organizaciones y particulares; sus fuentes normativas disfrutan de una naturaleza especial que en su

manifestación más contundente, el Derecho derivado, nada comparte con el Derecho Internacional o con el Derecho interno de las naciones.

Es cierto que, al día de hoy, es en la Unión Europea donde se configura con mayor nitidez la existencia de esta disciplina y, por ende, se le ha denominado Derecho Comunitario en alusión a las Comunidades donde se ha gestado. No obstante, sus rasgos, características y técnicas poseen un valor universal, de gran valía para otras experiencias en el mundo.

Salvo que se piense en crear algo más sofisticado que el Derecho Comunitario, los Estados que pretenden impulsar un verdadero proceso de integración deben recurrir a la creación de instancias superiores a ellos mismos. Hablamos de organizaciones supranacionales, las cuales deben ser depositarias de competencias fundamentales cuyo ejercicio es cedido por los mismos Estados.

Esta decisión fundamental, usualmente plasmada en un instrumento internacional, requiere del compromiso y voluntad en respetar el modelo; de ahí en adelante, todo cae por su propio peso: se necesita de órganos autónomos, un sistema jurisdiccional común, el poder para crear normas de obligatorio cumplimiento y métodos de adopción de decisiones por mayoría.

Por su parte, las normas jurídicas creadas en el seno de las organizaciones de integración, para cumplir la misión de regular el tráfico jurídico surgido en el proceso, deben disponer de Primacía, Aplicabilidad Inmediata y Efecto Directo. Características indispensables para mantener el pulso del proceso.

Un proceso de integración fundado sobre la base de cesiones progresivas de competencias y regulado por un sistema jurídico autónomo, en definitiva, crea orden y certeza en las relaciones entre Estados, Instituciones y personas, asegurando, en gran medida, el logro de los valores que el Derecho de la Integración pretende tutelar.

Sustraerse a este modelo implicaría someterse a las reglas del Derecho Internacional, regido por la igualdad y la simple cooperación entre los Estados, las organizaciones de coordinación, el consenso y la unanimidad. Nada que sea capaz de mantener la disciplina y rigurosidad necesarias para el éxito integrador.

### Capítulo III

Datos básicos sobre la región centroamericana.

#### 1.-Los rasgos estructurales.

Para los que creemos en una Centroamérica unida, constituye un interés muy fuerte comprender de mejor manera el contexto del área, por tanto, su análisis debe motivar a una reflexión y explicación adecuada sobre sus fortalezas y debilidades. El presente artículo no está preparado para resolver los problemas claves de la integración regional, pero, tal vez ayude a establecer algunas ideas sobre las cuales se pueda valorar el proceso centroamericano.

A continuación se exponen datos básicos de la región centroamericana, referentes concretos y necesarios para comprender a la región, así se incluyen aspectos básicos relacionados con la demografía, geografía y clima.

#### 1.1.-Aspectos generales de Centroamérica.

Desde el punto de vista histórico, Centroamérica es el conjunto de países que en la época colonial formaron parte de la Audiencia de Guatemala también conocida como Reino de Guatemala y que, poco tiempo después de su independencia, se organizaron en la República Federal de Centro-América, es decir, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica<sup>122</sup>.

#### Mapa con Identificación de los Países y sus capitales.

(Fuente: Universidad de Texas.)



122. Estos países configuran el núcleo duro del concepto Centroamérica; al respecto Elizabeth Fonseca, *Ibidem*, Pág. 11 y sig.; y Rodolfo Pastor, *Ibidem*, Pág.13.

Este concepto excluye la pertenencia a la región de la Provincia de Chiapas, que sí formó parte de la Audiencia, aunque decidió luego de la anexión a México separarse de los países centroamericanos y unirse con la nación del Norte.

La visión histórica también plantea interrogantes sobre Belice cuyo territorio fue desde la época colonial una posesión de la provincia de Guatemala, aunque está claro que nunca existió un control efectivo sobre la zona, lo cual favoreció la usurpación británica sobre la costa atlántica.

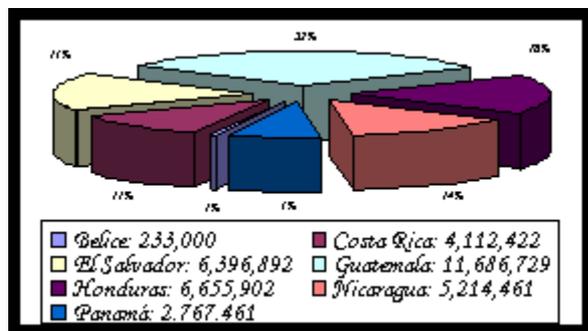
Además, se cuestiona la pertenencia de Panamá a la región ya que aun y cuando geográficamente está incluida, políticamente se ha preocupado por no identificarse plenamente como un Estado más de la zona, sin embargo debe tenerse en cuenta que desde ella se impulsaron parte de las expediciones conquistadoras de Centroamérica y que entre 1541 y 1563 el territorio panameño formó parte de la efímera Audiencia de los Confines junto al resto de territorios de los actuales países del istmo, aunque después perteneció a la Audiencia de Lima sometida al Virreinato de Nueva Granada<sup>123</sup>.

## 1.2.- Aspectos Demográficos Básicos.

Actualmente, la población total del área asciende a 37,066,406 personas, de los cuales el 32 por ciento son guatemaltecos.

### Población.

(Fuentes: Para Belice y Panamá, Informe Estado de la Región, Para el resto, Dirección General de Tecnologías de Información, SIECA.)

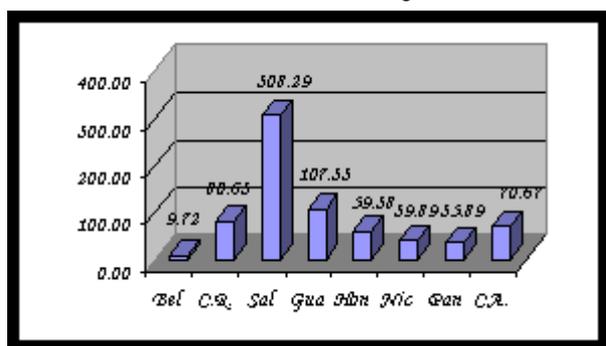


123. La vida republicana de Panamá se inició por el interés que representaba el Canal para los Estados Unidos de América: el 10. de enero de 1880, la Compañía Universal del Canal de Panamá, de origen francés, inició las obras de construcción de una vía acuática entre los Océanos. En 1891, producto de un escándalo financiero, la empresa quebró; tres años más tarde se constituyó la Compañía Nueva del Canal de Panamá, la cual debía completar el plan, pero en 1902 los Estados Unidos compraron los derechos de la compañía francesa y, en enero de 1903, suscribieron con un representante colombiano el Tratado Hay-Herrán, obteniendo el arriendo perpetuo de una franja de 9,5 kilómetros de ancho a través del istmo; el Senado colombiano rechazó el documento, aunque, en 1903, una revolución resolvió el asunto declarando independiente a Panamá, a los tres días los Estados Unidos de América reconocieron al nuevo Estado y asistieron al su gobierno con marines que reprimieron la contrarrevolución.

La densidad poblacional en la región es media, 70.67 habitantes por kilómetro cuadrado, sin embargo El Salvador es el país más poblado superando 31.79 veces a Belice, el de menor densidad. Debe señalarse que el 70 por ciento de la población se encuentra establecida cerca de la costa del Pacífico, circunstancia que debe alterar los datos al interior de cada país.

### Centroamérica, Densidad Poblacional.

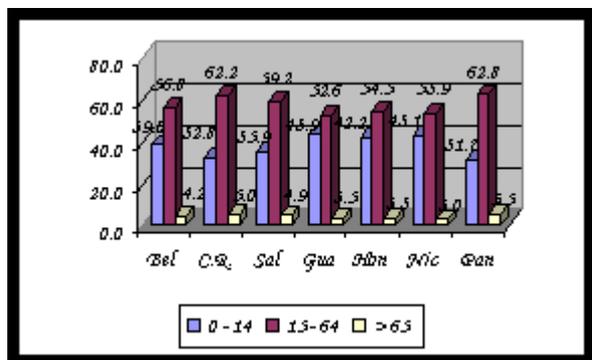
(Elaboración propia con base en datos de: Para Belice y Panamá, Informe Estado de la Región, para el resto, Dirección General de Tecnologías de Información, SIECA.)



En promedio, la mitad de la población vive en núcleos urbanos, no obstante, Guatemala, Costa Rica y El Salvador poseen datos que reflejan un porcentaje inferior a la media; de cada diez sujetos casi cuatro son menores de 14 años y sólo seis de cada cien son adultos mayores de 60 años o más; una de cada cinco personas es indígena<sup>124</sup>, la mitad de la población centroamericana son mujeres y el número medio de hijos por cada una es de 3.6, encontrándose arriba de la media Guatemala, Honduras y Nicaragua.

### Población por Grupos de Edad.

Porcentajes de la población por grupos de edad, 1999.  
(Elaboración propia con base en datos de: PNUD, Indicadores del Desarrollo Humano)

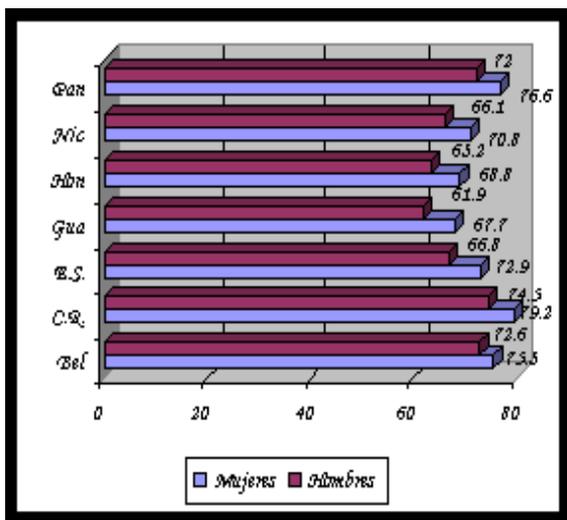


124. Datos extraídos de Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, Opus Cit., Pág. 39.

La esperanza de vida promedio para las mujeres es de 73 años y para los hombres de 68.6, en ambos casos se encuentran bajo la media Nicaragua, Honduras y El Salvador. Por año suceden 200,000 defunciones, además en los últimos treinta años ha existido una migración masiva de población, fenómeno que posee una tendencia a aumentar.

### Esperanza de Vida.

(Fuente: PNUD, Indicadores del Desarrollo Humano)



### 1.3.-Datos geográficos mínimos.

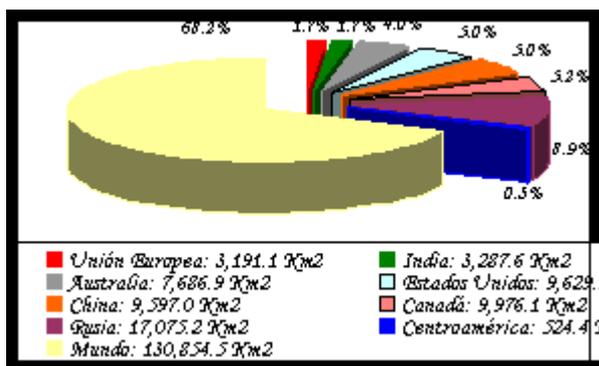
Para la geografía, el centro de América es un Istmo, una ajustada franja de tierra ubicada entre Tehuantepec y Darién, la cual en tiempos remotos unió dos grandes masas continentales, el Norte y el Sur de América, y que, por su estrechez, permite una rápida comunicación desde los litorales del océano Pacífico y el Atlántico<sup>125</sup>.

Su ubicación resulta estratégica y es favorable para el comercio mundial, se encuentra en la cintura de América y como se advierte en el párrafo anterior, se trata de una franja de tierra angosta que separa los océanos Pacífico y Atlántico.

125. Rodolfo Pastor, Opus Cit., Pág. 21; y Elizabeth Fonseca, Centroamérica: Su Historia, Opus Cit., Pág. 14 y sig.

### Un Territorio Limitado.

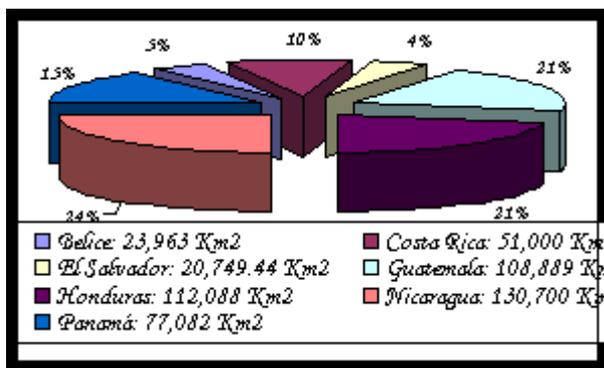
(Estimaciones en base a Eurostat, Informe Estado de la Región y Dirección General de Tecnologías de Información, SIECA.)



Centroamérica posee una superficie de 524,471.44 Kilómetros Cuadrados, lo cual representa el 0.3% de la superficie mundial. En su conjunto, aun constituye una región pequeña.

### Superficie.

(Fuentes: Para Belice y Panamá, Informe Estado de la Región, Para el resto, Dirección General de Tecnologías de Información, SIECA.)



En la región se ubica el 12% de las costas de Latinoamérica y el Caribe, es decir 6,603 Kilómetros de litoral, también se encuentran 567,000 Hectáreas de manglares, unos 1,600 Kilómetros de arrecifes coralinos y unos 237,000 Kilómetros Cuadrados de plataforma continental<sup>126</sup>.

La historia geológica de Centroamérica es reciente y se caracteriza por una persistente actividad tectónica y volcánica, las mismas que permitieron se levantara sobre los mares.

126. Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, *Ibid.*, Pág. 38.

En toda su extensión se encuentra la presencia de una columna montañosa y volcánica que le provee de una identidad específica, así como estructura el resto de sus accidentes geográficos, aunque también favorece la existencia de una diversidad de escenarios en un espacio relativamente pequeño<sup>127</sup>:

a) Un conjunto de tierras bajas cercanas a la vertiente atlántica cuyas planicies verdes abundan en recursos y poseen el ecosistema más variado y rico de la región. Más expuesta a precipitaciones abundantes, en ciertos lugares como Yucatán la permeabilidad natural del suelo drena el terreno, sin embargo, en el resto existen largos y caudalosos ríos, lagunas, esteros, pantanos, etcétera, reflejo del ambiente anegado que suele crearse y que resulta poco adecuado para las tareas agrícolas;

b) Un bloque de altiplanos originados por la columna montañosa y volcánica que cruza la región desde Chiapas hasta Costa Rica, la cual se encuentra más cerca del Pacífico que del Atlántico y cuyos suelos resultan ser los más fértiles de la región, circunstancia que ha favorecido históricamente el asentamiento de los agregados humanos más numerosos del área;

c) Un bloque montañoso y volcánico que entra desde Chiapas y recorre Guatemala, donde adquiere los nombres de Sierra de Santa Cruz y Sierra de la Minas, toma rumbo al Océano Atlántico donde se sumerge en el Golfo de Honduras, atraviesa el Mar Caribe y resurge en las islas de las Antillas, que son producto de sus crestas más prominentes; y

d) Una estrecha planicie costera conocida como el corredor del Pacífico que se encuentra al pie de la columna montañosa y volcánica, cuyas faldas están más cerca del mar; sus tierras fértiles, planas, irrigables y con ríos cortos forman una media luna que se presta para la agricultura.

#### 1.4.-Clima.

El clima en la región centroamericana está sometido, en principio, a influencias distintas<sup>128</sup>:

a) La vertiente del Atlántico se encuentra afectada por el Mar Caribe y, especialmente, por las tormentas tropicales; los vientos alisios soplan tierra adentro todo el año, depositando una fuerte pluviosidad en suelos arcillosos pobres y permeables;

b) El bloque de altiplanos y el corredor del Pacífico en el que, en cambio, no llueve tanto; la estación seca se extiende de noviembre a mayo, aunque las montañas modifican el calor de los trópicos.

Por otra parte, Centroamérica está conformada por tres niveles ecológicos: Entre los 1520 y 1830 metros de altitud están las áreas

127. Siguiendo a Rodolfo Cardenal, *Manual de Historia de Centroamérica*, UCA Editores, San Salvador, 1999, Pág. 18 y sig.; Rodolfo Pastor, *Opus Cit.*, Pág. 21 y sig.; y Elizabeth Fonseca, *Opus Cit.*, Pág. 15 y sig.  
128. Siguiendo a Rodolfo Cardenal, *Ibidem.*, Pág. 18 y sig.; Rodolfo Pastor, *Ibid.*, Pág. 23 y sig.; y Elizabeth Fonseca, *Ibid.*, Pág. 15 y sig.

denominadas tierras frías; el segundo nivel entre los 760 metros y los 1520 está constituido por la tierra templada que se ubica en los valles bajos del altiplano y en las faldas de las montañas; finalmente están las áreas cálidas por debajo de los 760 metros<sup>129</sup>.

Hasta hace poco tiempo las tierras bajas cercanas al Mar Caribe que poseían una exuberante biodiversidad, así como la cadena montañosa y volcánica, servían como un mecanismo para reducir el impacto de los huracanes, sin embargo, el crecimiento demográfico y el mal uso del territorio producto de un desordenado desarrollo urbano, la concentración humana en áreas inseguras, prácticas agrícolas insostenibles, han degradado el medio ambiente y la capacidad de reducción de los desastres.

La vertiente del Pacífico donde se concentra la mayor cantidad de asentamientos humanos se encuentra sometida a los efectos de terremotos y erupciones volcánicas, lo cual, convierte al territorio centroamericano en sumamente vulnerable a los avatares de la naturaleza<sup>130</sup>.

## 2.- Las grandes etapas de la integración regional.

Centroamérica, aunque ahora no existe como sujeto jurídico y político puede ser entendida como el espectro de una nación dividida, algo que nunca fue, pero pudo llegar ser, no en vano es una constante en la historia centroamericana la presencia de procesos de la más diversa naturaleza que han pretendido asociar a los países del istmo<sup>131</sup>.

En tal sentido, Centroamérica se convierte en una realidad difusa, pero realidad en fin, que puede determinarse a través de referentes muy concretos, especialmente los pueblos del istmo poseen antecedentes históricos que no son privativos de cada uno sino compartidos; de ahí que existan razones que motiven su unión y por consiguiente el deseo de superar las divisiones entre los países la constituyen<sup>132</sup>.

La historia coadyuva a los pueblos a encontrar la existencia de valores comunes, pero además a estructurar, o en todo momento a corroborar, los elementos que conforman su identidad, agrupándolos bajo signos de cohesión.

Conocer el pasado es útil para saber enfrentar el presente y a su vez el porvenir: anticipar el futuro resulta mucho más fácil si se conoce bien el pasado. Es decir, resulta útil comprender cuál es la causa de los hechos sociales que hoy vivimos para ayudarnos a solventar su problemática. Además, los hechos se repiten constantemente en la historia, no como un tiempo pasado que se trastoca en el presente –cuyas lecciones están destinadas las sociedades a repetir hasta su correcto aprendizaje- sino en cuanto a la presencia de rasgos que permiten encontrar cierta similitud en

129. Al respecto Rodolfo Cardenal, *Ibíd.*, Pág. 18 y sig.

130. Así en Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, Opus Cit., Pág. 254.  
131. La unión de Centroamérica ha encontrado problemas que tienen raíces profundas, de hecho, hasta ahora, el predominio de las fuerzas disgregadoras es claro y contundente.

132. "Centroamérica es Una, luego debe estar unida." Proyecto Estado de la Región, Informe Estado de la Región En Desarrollo Humano Sostenible, San José, 1999, Pág. 65.

los procesos sociales, por lo que se nos facilita rescatar lo esencial de ellos y anticipar los nuevos acontecimientos que tienen relación con los pasados.

Igualmente, es importante determinar la permanencia de las ideas acerca de la integración centroamericana o, en su caso, de la evolución que han enfrentado para adaptarse a nuevas circunstancias, para así encontrar el hilo conductor del desarrollo de su unión.

A continuación se exponen algunos datos que reflejan parte de la identidad histórica centroamericana:

### **2.1.-Desarrollo precolombino.**

Hace unos diez mil años, algunos aseguran que doce mil, el territorio de América Central fue poblado por grupos de cazadores y recolectores; en los siguientes milenios empezaron a formarse aldeas sedentarias que practicaron una agricultura incipiente y desarrollaron la técnica de la alfarería<sup>133</sup>.

Hacia 1,500 a.C. se comienza a perfilar un despunte cultural en la región: Desde el Norte llegaron influencias civilizadoras en forma de intercambio comercial, invasión y simples contactos; la presión provocada, así como al acervo cultural que se aportó dio origen al desarrollo de comunidades que crecieron alrededor de núcleos y grupos rectores, quienes organizaron a los cultivadores para proteger los territorios.

Para inicios de la era cristiana, en el Norte de Centroamérica y el Centro/Sur de México<sup>134</sup>, grandes y poderosos núcleos poblacionales se perfilan en clara diferenciación con el área cultural constituida por el Centro y Sur de Centroamérica y el Norte de Sudamérica.

Fue a partir del 300 a.C., donde la cultura maya alcanzó en el Norte de la región centroamericana, un importante grado de complejidad social, la cual, con el paso de los años y hasta su derrumbe fue ganando en desarrollo, demografía y eficiencia, por ejemplo la creación de ciudades Estado, la estratificación social en castas hereditarias, las prácticas agrícolas que fueron más allá de la roza y quema, una organización económica tributaria, obras arquitectónicas públicas muy elaboradas, la aplicación de las Matemáticas al mundo de la religión, la creación de un complejo calendario astronómico, la escritura jeroglífica, etcétera<sup>135</sup>.

Por su parte, en el Centro de la región centroamericana gran cantidad de los territorios de lo que ahora es Honduras y El Salvador, con exclusión del área maya y el pacífico nicaragüense, evolucionan sociedades con gran afinidad cultural al mundo mesoamericano, incluso, algunos agregan aquella área en ésta. La costa pacífica de la zona central se desarrolla desde sus inicios bajo el influjo de grupos mexicanos, donde

133. Rodolfo Pastor, *Historia de Centroamérica*, Editorial Piedra Santa, Guatemala, 1990, Pág. 23 y sig.; y Elizabeth Fonseca, *Centroamérica: Su Historia*, FLACSO, EDUCA, San José, 1996, Pág. 22 y sig.

134. Nos referimos al concepto social e histórico de Mesoamérica.

135. Rodolfo Pastor, *Opus Cit.*, Pág. 28; y Elizabeth Fonseca, *Opus Cit.*, Pág. 25 y sig.

nuevamente, el intercambio comercial, las invasiones o simplemente el contacto cultural empujan el desarrollo de una gran cantidad de señoríos de mucha variedad cultural.

En el Sur de Centroamérica que incluye el sureste de Nicaragua, Costa Rica y Panamá, los pobladores evolucionaron bajo la influencia de dos corrientes, la mesoamericana y la andina, aunque con el paso del tiempo se consolidó cierta filiación con el Noroeste de Suramérica.

Poco antes de la llegada de los españoles a la región, cuando el mundo Maya había desaparecido, excepto en algunos reductos de Yucatán, se habían establecido en las tierras altas de Guatemala grupos de herencia cultural Maya, por su parte, varios grupos nahuas se habían propagado a lo largo del istmo hasta la península de Nicoya, en la actual Costa Rica<sup>136</sup>.

## 2.2.-La época colonial.

Fue Rodrigo de Bastidas en el año 1501, quien descubre el istmo centroamericano cuando llega por accidente a las costas del Darién, en Panamá. Un año después regresa y captura varios centenares de esclavos, dando inicio a un negocio que atrajo a otros conquistadores<sup>137</sup>.

En 1502 Cristóbal Colón emprende su cuarto y último viaje en el cual explora la región, llega a las costas caribeñas de la actual Honduras y en el Río que llamó “de la Posesión”, ahora “Tinto”, toma posesión del territorio en nombre de la Corona española; luego de costear y desembarcar en algunos lugares del litoral llega a Panamá donde funda el primer asentamiento europeo en Centroamérica, al cual nombró Santa María de Belén<sup>138</sup>.

Poco después Diego de Solís, Vicente Yáñez y Rodrigo Pinzón exploran el territorio centroamericano en sentido contrario al de Colón. En los años siguientes se realizarían nuevas incursiones españolas para capturar esclavos, actividad que además de las nuevas epidemias introducidas ayudó a mermar considerablemente la población indígena.

En 1509 llegan a la región Diego de Nicuesa y Alonso de Ojeda quienes por disposición de la Corona española, y a pesar de no lograr consolidar ningún territorio, se dividen respectivamente la zona en dos regiones, Castilla del Oro que comprende desde el Golfo de Darién hacia el Norte, y Nueva Andalucía que comprende el citado Golfo hacia el Sur. Se trató de la primera división administrativa del continente americano bajo dominio español.

A partir de entonces, entre 1525 y 1535 se suceden una serie de acciones emprendidas por distintos líderes que, al mando de varios grupos de aventureros realizaron la conquista de los territorios centroamericanos; entre las expediciones más relevantes se encuentran las siguientes:

136. Al respecto Elizabeth Fonseca, *Ibid.*, Pág. 25 y sig; y Rodolfo Pastor, *Ibidem.*, Pág. 28.

137. Así en Rodolfo Pastor, *Ibid.*, Pág. 41 y sig.

138. Rodolfo Pastor, *Ibidem.*, Pág. 41 y sig.

- a) Desde Panamá, Gil González Dávila, Pedrarias Dávila, y Juan de Castañeda con Hernán Ponce de León;
- b) Desde la costa caribeña, del territorio que actualmente es Honduras, nuevamente Gil González Dávila;
- c) Desde México y por el Corredor del Pacífico, Pedro de Alvarado;
- d) Por mar, con dirección al Golfo de Honduras, Cristóbal de Olid; y
- e) Atravesando las tierras bajas de la vertiente atlántica, el mismo Hernán Cortes.

Los distintos intentos de conquista, las rivalidades entre los conquistadores y las correlativas fundaciones de asentamientos españoles produjeron el esbozo de una división administrativa y territorial que marcó el destino de la región hasta el día de hoy.

Luego de algunas décadas de lucha por la dominación territorial así como levantamientos indígenas y los siguientes apaciguamientos, se logró consolidar la posesión de la corona española sobre el istmo centroamericano, dando oportunidad para fundar la Audiencia de los Confines en el año de 1542<sup>139</sup>.

La Audiencia tendría por sede la ciudad de Gracias a Dios, Honduras, fue el corazón de un territorio que comprendía desde Tabasco en el actual México, hasta Veragua en Panamá. Su existencia sería efímera pues no llegaría más allá de 1563. Su creación tenía por fin servir de marco para regular la explotación de metales preciosos, aunque nunca llegaron a rendir lo esperado, así como la aplicación de leyes tendientes a proteger a los indígenas y abolir la esclavitud. Estas leyes, al final, no tuvieron la suficiente fuerza en su aplicación.

Luego de este intento fallido por ordenar la región, el Consejo de Indias decidió una modificación en la organización administrativa, estableció que los actuales territorios de Chiapas, Campeche, Tabasco, Yucatán, Guatemala, El Salvador y el Occidente de Honduras fueran sometidos a la jurisdicción de la Audiencia de México; los de Costa Rica y Panamá a la Audiencia de Lima; y el resto de territorios que comprendían lo que ahora son Nicaragua y el resto de Honduras a la Audiencia de Santo Domingo.

Esta desmembración resultó poco práctica y favoreció una nueva reestructuración así como la creación de otra Audiencia, la cual se erige en 1570 pero sin la inclusión de Panamá, Tabasco, Campeche y Yucatán, se trató de la Audiencia de Guatemala cuya existencia se prolongó hasta la fecha de independencia de los territorios que se encontraban sometidos a su circunscripción.

Los aproximadamente 300 años de Colonia en que Centroamérica vivió bajo el régimen español, permitieron desarrollar un sentido de nación muy claro, aunque también acusó el germen de la separación.

139. Así Robert S. Chamberlain, "La Fundación de la Ciudad de Gracias a Dios", en *Lecturas de historia de Centroamérica*, BCIE, San José, 1989, Pág. 3.

La llegada de los españoles y producto del sincretismo de las civilizaciones determinó el uso de una misma lengua y una nueva cultura común. La administración colonial resolvió de una vez la existencia de la identidad regional, aunque sembró la semilla de la discordia.

A pesar de la homogenización de la región, fue la misma administración española quien paradójicamente propició el germen de las identidades nacionales. De alguna manera, las divisiones al interior de la Audiencia de Guatemala, así como el mal estado de los caminos y la centralización pública y comercial en la ciudad de Santiago de los Caballeros, propiciaron el aislamiento y cierta autonomía de las Provincias, Cabildos y Alcaldías Mayores, así como el surgimiento de grupos con intereses diferenciados.

La capital de la Audiencia concentró el mayor número de europeos en la época, lo que, a su vez, atrajo a comerciantes sevillanos, gaditanos y catalanes quienes abrieron agencias en el lugar, todo esto favoreció el fortalecimiento de un sector poderoso que, íntimamente vinculado con las corruptas autoridades coloniales, manipularon y concentraron a su favor las actividades económicas, comerciales y crediticias en Guatemala, claro está, en detrimento de los agricultores y artesanos que en su mayoría eran originarios de los territorios de las provincias interiores de la Audiencia.

### **2.3.-La Independencia.**

El final del período colonial coincide con la invasión francesa a España, dicha situación determinó cierto abandono a las colonias americanas, en ocasión de lo cual Centroamérica, una región marginal en el Imperio, debió actuar con mayor libertad, por ejemplo en materia comercial y en la definición de sus políticas públicas; lo cual le aportó a los grupos económicos prominentes un sentido de autodeterminación y capacidad de gestión propia. Paralelamente, el acceso a las ideas liberales, el ejemplo de los Estados Unidos, recientemente independizado, así como los levantamientos e independencia de otras colonias españolas en el continente americano, propicio el caldo de cultivo adecuado para propiciar algunos llamamientos a la emancipación del Reino de Guatemala.

No obstante los movimientos internos no fueron los determinantes, el peso que inclinó la balanza a favor de la independencia nuevamente provino por hechos no exactamente internos. El 14 de septiembre de 1821 llega a la capital de la Audiencia de Guatemala la noticia de que la provincia de Chiapas se adhería al Plan de Iguala, proclamado por los ejércitos independentistas de Agustín de Iturbide, en México.

Las autoridades españolas disponen celebrar un cabildo para el día siguiente en el Palacio Nacional de Guatemala, en el cual son reunidos: Los miembros de la Diputación Provincial que se encontraban en la Ciudad, los miembros de la Audiencia Territorial, el Cabildo Eclesiástico, el Ayuntamiento, el Consulado de Comercio, el Colegio de Abogados, los Prelados y algunas personas de renombre en la época. Resultado de la reunión es la proclama de la independencia. Se trató de un acto pacífico que en los siguientes días se comunica a las demás Provincias y a México.

La situación se presenta confusa, nótese que la independencia se proclama antes que el mismo pueblo la imponga; de igual manera no podía existir consenso alguno entre los grupos sociales a nivel regional sobre un hecho que el resto de provincias aun no conocen. En tales circunstancias sólo José Cecilio del Valle -al que todos reconocen como el hombre sabio de la época-, recomienda prudencia planteando dudas acerca de la conveniencia de la independencia de unas provincias aun incapaces de mantener su cohesión y gobernabilidad.

El 11 de octubre de 1821, el General Iturbide, como Jefe de la Armada Imperial Mexicana envía una comunicación al que fue Capitán General de Guatemala convertido ahora en Jefe Político, invitando al Reino de Guatemala a formar una alianza con el gobierno de México. El 19 octubre de 1821 se reitera la invitación y se avisa de la llegada de tropas mejicanas a la frontera.

A consecuencia de dichos requerimientos se convocó a los representantes de las provincias a fin de tomar una decisión, se realizó una votación en la que no estuvieron presentes muchos de los delegados provinciales probablemente por la premura de las cosas; luego del escrutinio se declaró unida la antigua Audiencia de Guatemala al Imperio Mejicano.

Dicha anexión produjo resistencias en varios de los pueblos centroamericanos, muchas de las cuales fueron enfrentadas por las tropas mexicanas que penetraron en la región. No obstante, cuando aun faltaba pacificar Granada y someter a Costa Rica se recibió la noticia del desmoronamiento del Imperio Mejicano y de la anarquía reinante.

El 29 de marzo de 1823 se invita a un Congreso que sería celebrado en Guatemala tres meses después, con el fin que las provincias decidieran su suerte. El primer Congreso Centroamericano autodenominado Asamblea Nacional Constituyente, declaró solemnemente que las Provincias Unidas del Centro de América eran independientes de España, México y de cualquier otra potencia; dicho acontecimiento fue acompañado de la pérdida de las regiones de Chiapas y Soconusco así como la debelación de una profunda rivalidad entre las provincias y la capital del Reino<sup>140</sup>.

## **2.4.-La República Federal de Centroamérica.**

Con la llegada de la independencia los grupos políticos predominantes, conservadores y liberales, revelaron intereses claramente definidos, y hasta cierto punto, antagónicos, aunque muchas de sus posiciones más que estar fundamentadas en aspectos ideológicos, eran el fruto de rivalidades entre gremios.

Los grupos conservadores estuvieron integrados por personas

140. "la situación política de Centroamérica cambió... La abdicación del Emperador mexicano Agustín Iturbide permitió la formación de un Congreso Centroamericano, la Asamblea Nacional Constituyente que proclamó la independencia tanto de España como de México el 1o. de julio de 1823"; así Philip F. Flemion, "Derechos de los Estados y Política Partidaria: Manuel José Arce y la Lucha por la Unión Centroamericana", en *Lecturas de Historia de Centroamérica*, *Ibidem*, Pág. 368.

que pretendían defender el estado de cosas heredado de la colonia, su plan político fundamental era mantener a la región como productora de bienes agrícolas conservando el esquema de dominio sostenido por comerciantes, prestamistas y demás personas relacionadas al gobierno colonial, y crear una República con un gobierno central el cual tendría su asiento en la ciudad de Guatemala, baluarte conservador.

Los liberales pretendían cosas diferentes, deseaban romper el predominio de los comerciantes guatemaltecos y aprovechando la ubicación estratégica del istmo, reconvertir al sector agrícola utilizando sus recursos para crear en Centroamérica una zona industrial con conexiones a todo el mundo. Su oferta política consistió en la creación de una República Federal, la inversión en infraestructura para favorecer el transporte, la secularización del Gobierno, así como la desamortización de los bienes de la Iglesia y el fomento de la industria; claro está, los principales representantes de este movimiento no provenían de la capital sino del resto de provincias que deseaban modificar el modelo económico desarrollado desde la Colonia.

En 1824 se decreta la Constitución de la República Federal de Centro-América inspirada en el modelo de los Estados Unidos de América<sup>141</sup>. La Asamblea Nacional Constituyente organizó los poderes públicos, reservando el Legislativo a un Congreso y acordando que el Ejecutivo sería ejercido por un triunvirato.

Las fuertes pugnas entre grupos que, inicialmente fueron ganadas por los liberales, determinaron la creación de una Federación débil con un Gobierno central frágil pero extremadamente fuerte en las provincias; es así como el poder de las Provincias era superior al gobierno federal en materias clave, como los tributos y las fuerzas armadas.

A consecuencia de la debilidad del gobierno federal, los gobiernos liberales que lograron inicialmente el control de la Federación, tuvieron serios problemas para poder llevar adelante sus planes, debido al individualismo y boicot de los gobiernos locales.

Al final, los Presidentes liberales fueron en cierta medida abandonados por sus mismos electores, el caso más patente es de Manuel José Arce quien, aislado, para llevar a cabo su programa de gobierno tuvo que realizar alianzas con los mismos conservadores, lo que provocó un incremento de la tensión regional.

En 1835 se presentó un proyecto liberal de reforma y en 1838 los conservadores trataron de convertir la República Federal en una Confederación.

La República Federal de Centro-América se extingue entre 1838 y 1840; el desastre propició el advenimiento de una larga era conservadora, en la que sus líderes optaron por la segregación a fin de mantener el

---

141. Véase a Alberto Herrarte, *El Derecho de Integración, Ensayo de Sistematización*, Tipografía Nacional, Guatemala, 1991, Pág. 30.

control sobre pequeñas porciones del territorio centroamericano, lo cual les resultaba mucho más fácil.

Desde entonces y hasta 1950, se produjeron no menos de un centenar de intentos de integración de todo tipo<sup>142</sup>, en estos casos, el ideal unionista fue apuntalado por distintos personajes. En un primer momento, surge el caudillismo liberal e integrador, nombre con el cual se quiere reflejar una práctica unionista intervencionista, entre los que la realizan el primero en mencionar debe ser Francisco Morazán quien fue, con un nutrido séquito de seguidores liberales, el propulsor de la reconstrucción de la Federación; su último intento termina en Costa Rica, donde muere fusilado frente a un paredón en la plaza central de San José.

Después se suceden un sinnúmero de pactos, generalmente con fines defensivos y ofensivos, usualmente consentidos o impulsados por Rafael Carrera, un campesino que llegó a ser dictador en Guatemala con el apoyo de grupos conservadores. Curiosamente "El Carnicero", como era llamado, tuvo el poder para integrar a la región por medio de la fuerza, pero nunca lo intentó, probablemente por tratarse de una tarea que le hubiese costado tiempo, recursos y su eventual sustitución en el Gobierno.

En 1842 representantes de los Estados de El Salvador, Honduras y Nicaragua se reúnen en Chinandega para decretar las bases de una futura Unión que termina en un fracaso. Luego vienen los Pactos de Nacaome en 1847 y una iniciativa de Unión propuesta por Trinidad Cabañas en 1855 que constituye una esperanza para la unión surgida por los ejércitos vencedores de Centroamérica contra William Walker en la Guerra Nacional.

Tiempo después, Justo Rufino Barrios retoma el ideal centroamericanista y dirige a los guatemaltecos en una lucha por la reconstrucción de la Federación, pero en 1885 cae abatido por el ejército salvadoreño y su cuerpo termina envuelto en la bandera de la República Federal de Centroamérica.

Luego de este período de búsqueda de la integración por las armas aparecen los movimientos de unionismo pacifista; resurgen los movimientos liberales que toman nuevamente el poder y sólo lo alternan ocasionalmente con los conservadores; nuevamente se vuelve a impulsar la reforma liberal, especialmente el reparto de las tierras ejidales y comunales para la siembra del café, cultivo con el cual se pretendía crear el excedente necesario que sería reinvertido en la industria, sin embargo, únicamente se logró el apareamiento de una burguesía terrateniente que posteriormente no permitiría la modificación de este modelo.

En esta época, las presiones extranjeras por mantener separadas a las naciones centroamericanas siempre estuvieron presentes, originalmente provenían de los británicos, luego sucedidos por los Norteamericanos.

---

142. Véase a Ramón Tamames y otra, Estructura Económica Internacional, Alianza Editorial, Madrid, 1999, Pág. 291 y sig.

Por un lado, Gran Bretaña desde la época colonial tuvo interés en apropiarse de parte del istmo y aunque lo intentó en casi toda la costa caribeña, sólo logró consolidar su dominio en una parte del territorio guatemalteco, Belice. Su influencia también se evidenció durante el período federal a través de los empréstitos otorgados al Gobierno Federal, el cual quedó finalmente en bancarrota, con las aduanas embargadas y sin obtener las obras que motivaron los créditos y que, debiendo ser realizadas por empresas británicas, nunca se ejecutaron.

Los Estados Unidos tampoco desfallecieron en su intento por tener cierto control sobre alguna parte del Istmo, y a pesar de jugar el papel de amigable componedor en las diferencias entre los Estados de la región, su verdadera motivación se encontraba en asegurar el predominio sobre Nicaragua, donde advirtió cierta facilidad para construir un canal interoceánico.

En este período surge otro intento de integración el 15 de octubre de 1889, en San Salvador los cinco países firmaban el Pacto de Unión Provisional de los Estados de Centroamérica sin resultados permanentes.

Al finalizar el siglo el Pacto de Amapala fue el último intento fallido de integración, por medio de él se establece en 1897 en Managua una Dieta, la que gestionaría por conformar la República Mayor de Centroamérica que comprendería a Honduras, Nicaragua y El Salvador<sup>143</sup>; luego se convocó a una Asamblea Constituyente que en agosto de 1898 emitió la Constitución Federal de los Estados Unidos de Centro América. Este fue probablemente el intento más serio del siglo XIX.

Luego surge el Pacto de Marblehead entre Estados Unidos y México, por el cual los gobiernos de dichas naciones interpondrían sus buenos oficios para ayudar a pacificar el área que era azotada por continuas guerras; inicia la etapa intervencionista de Estados Unidos en la región.

La fuerza de la intromisión norteamericana en los asuntos centroamericanos se plasma en el año de 1907, los cinco países de la región firman en Washington el Tratado de Paz y Amistad y seis Convenciones más. El principal deber a que se comprometieron los Estados era a mantener en sus relaciones mutuas la paz y armonía, resolviendo todas sus diferencias en forma pacífica a través de una Corte de Justicia Centroamericana cuya sede estaría en Cartago, Costa Rica<sup>144</sup>.

La Corte pereció en el año de 1918, a causa de una serie de faltas en su organización, incluidas medidas inadecuadas para asegurar la

143. Véase a Jorge Mario García Laguardia, "La Frustrada Vocación Federal de la Región y el Proyecto de Parlamento Centroamericano", Revista de Estudios Sociales, Tercera Época No. 41, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Guatemala, 1989, Pág. 33.

144. Centroamérica disputa haber creado por primera vez en la historia una corte internacional de justicia de carácter permanente, jurisdicción propia y valor obligatorio. Al contrario, hay quienes afirman que el primer órgano jurisdiccional permanente fue el Tribunal Permanente de Arbitraje, creado en 1899, aunque lo permanente en él se reduce a la oficina y a una lista de árbitros propuestos por los distintos Estados que forman parte del tratado de creación; Así, Hugo Lindo, La Integración Centroamericana ante el Derecho Internacional, Ministerio de Educación, San Salvador, 1969, Pág. 212; y Alfred Verdross, Derecho Internacional Público, Ediciones Aguilar, Madrid, 1972, Pág. 276.

independencia de criterios de sus miembros y definir su competencia<sup>145</sup>, pero, por encima de todo, fracasó por estrellarse contra dificultades políticas insuperables derivadas del segundo fallo pronunciado en el litigio entablado por las Repúblicas de El Salvador y de Honduras en contra de Nicaragua con Estados Unidos por atrás, respecto de la soberanía que correspondía a dichos países en el Golfo de Fonseca.

Luego de fracasar los pactos de Washington y ante la proximidad del centenario de la Independencia de Centroamérica, que hizo resurgir la idea de una unión federal, se firmó en 1921 en San José un nuevo Pacto de Unión entre cuatro Estados: Honduras, El Salvador, Costa Rica y Guatemala. Por medio de dicho acuerdo se estableció una Asamblea Nacional Constituyente que con prontitud emitió una Constitución que no tuvo aplicación práctica<sup>146</sup>.

Con un nuevo patrocinio norteamericano se logró el 7 de febrero de 1923 la firma del Tratado General de Paz y Amistad entre Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Honduras, así como nueve convenciones más, entre ellas una que establecía un nuevo tribunal internacional centroamericano el cual pretendía sustituir a la Corte de Justicia Centroamericana que había desaparecido poco antes, sin embargo aquel era más bien era una institución arbitral<sup>147</sup>.

Con estos tratados se cierra un siglo de fracasados intentos unionistas e integracionistas.

A comienzos del Siglo Veinte, en cada país se consolidan en el poder las burguesías terratenientes y los sectores industriales que comienzan a aparecer, apoyados y representados por dictadores militares; entre estos grupos no existió interés por crear un ambiente de unión regional que permitiera gratificaciones económicas mutuas, por el contrario, los métodos por los que se optaron, nunca pudieron remediar la deslealtad comercial.

## 2.5.-La puesta en marcha de la ODECA.

En 1951 los países del Istmo crean la Organización de Estados Centroamericanos, en adelante ODECA, para orientar la integración política y económica de la región; su estructura institucional fue para ese momento histórico muy avanzada<sup>148</sup>. Posteriormente, se suscribe el Tratado General de Integración Económica, que perseguía establecer el libre comercio entre los países miembros y la creación del Mercado Común Centroamericano<sup>149</sup>.

145. Véase a Shabtai Rosenne, *El Tribunal Internacional de Justicia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Pág. 43.

146. Jorge Mario García Laguardia, *Opus Cit.*, Pág. 37 y sig; y Alberto Herrarte, *Opus Cit.*, Pág. 66 y sig.

147. Véase a Oscar De León Aragón, *Recopilación de los Convenios, Protocolos y Acuerdos celebrados entre los cinco países del Istmo*, relativos a la Integración Centroamericana, Edición de la Tipografía Nacional, Guatemala, 1969, Pág. 3.

148. Al respecto Andrea de Guttry, *El proceso de Integración Regional en Centroamérica*, Recopilación de Documentos Básicos con Estudio Introductorio, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1992, Pág. XXI.

149. Nombre con el que se ha conocido a todo éste proceso.

Bajo este esquema los índices económicos de la región alcanzaron crecimientos sin precedentes; para algunos “por su planteamiento y por su desarrollo, el Mercado Común Centroamericano fue durante bastante tiempo el proceso de integración más adelantado en el continente americano, y reiteradamente se le tomaba como modelo de lo que podía ser el acercamiento entre economías nacionales del resto de los países iberoamericanos<sup>150</sup>.”

La estructura institucional de la ODECA y del Mercado Común permitió un fuerte impulso al proceso de integración, sin embargo, este buen momento fue transitorio pues debido a que hubo ganancias desequilibradas y graves diferencias entre los Estados participantes, en 1969 explota una guerra entre El Salvador y Honduras, con la posterior inaplicación de los Tratados por el último de los citados; Costa Rica y luego todos los demás no dejaron de hacer lo propio a fin de conseguir mayores ingresos fiscales.

Las verdaderas causas del conflicto que fue conocido como la Guerra del Fútbol, fueron los desequilibrios generados en el comercio regional que tuvieron como únicos beneficiarios a Guatemala y El Salvador, en detrimento de Honduras y Nicaragua –podría afirmarse que Costa Rica no ganó ni perdió nada-; desde los dos primeros países se realizaron triangulaciones de productos, importando desde terceras naciones bienes hacia Honduras, que estuvo al borde del colapso económico y social, y sólo resolvió la situación impulsando una reforma agraria que no afectó los latifundios de los terratenientes y enclaves bananeros, sino a las pequeñas parcelas propiedad de más de medio millón de inmigrantes salvadoreños radicados en el lugar, arrebatándoles la propiedad con brutalidad; la reacción salvadoreña fue igual de violenta.

Los eventos señalados provocan la salida de Honduras del Mercado Común Centroamericano; luego se comienzan a aplicar restricciones comerciales entre los países centroamericanos, siendo Nicaragua el primero en aplicar barreras fiscales a productos e importaciones provenientes de Centroamérica y, después Costa Rica aplica tipos de cambio diferenciados entre las distintas monedas de la región propiciando que, en Guatemala y El Salvador se realizaran fuertes fugas de capital hacia Honduras y Nicaragua, cuyas monedas se vieron fortalecidas en el intercambio con Costa Rica.

En la década de los años ochenta se genera una crisis política y económica profunda, el despegue en los precios del petróleo y un alza de las tasas de interés internacional. A partir de entonces se experimenta una fuerte caída del comercio regional, en cuyo contexto los Estados adoptaron Políticas de ajuste, tales como la adopción de barreras fiscales y arancelarias, el control de las exportaciones e importaciones, y la aplicación de numerosas modificaciones de los tipos de cambio de las monedas centroamericanas -que favorecieron convertir al dólar de los Estados Unidos en la moneda de intercambio regional-.

Pronto el complejo normativo e institucional, aunque vigente, se

---

150. Véase a Ramón Tamames y otra, Opus Cit., Pág. 292.

dejó de aplicar. A partir de entonces, prácticamente se cancelaron las actividades de muchas organizaciones regionales algunas de las cuales nunca llegaron a su fase operativa y no funcionaron jamás, especialmente las ligadas a la ODECA.

Las décadas de los años setenta y ochenta encontraron a Centroamérica con guerras civiles y desastres naturales que provocaron que la integración pasara a segundo plano. Sin embargo, la misma interrelación entre los países vuelve necesaria la participación de todos para alcanzar la paz en la región; es así como surgen el Plan Arias y las rondas de Esquipulas, estas últimas combinan mecanismos de pacificación con la posibilidad de reiniciar los esfuerzos de integración.

Después de una serie de reuniones los presidentes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, suscriben en 1991 el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, a fin de readecuar el marco jurídico de la ODECA y agrupar las múltiples instituciones regionales en un solo cauce, para lograr que todas las actividades en favor de la construcción de Centroamérica permitan el desarrollo armónico y equilibrado de la región.

Con la complejidad de órganos e instituciones regionales heredados de las décadas anteriores, a comienzos de los años noventa se consideró indispensable ordenarlos de manera jerárquica, coherente y funcionalmente diferenciados, para realizar una nueva acción en la búsqueda de la integración de Centroamérica. La solución aportada fue la creación del Sistema de la Integración Centroamericana<sup>151</sup>.

El Sistema posee una base institucional y normativa sólo aceptable para iniciar el proceso de integración regional, más no para mantener un pulso permanentemente del mismo; de ahí que haya quienes opinan que "si el SICA se evalúa desde el punto de vista de los propósitos que se le asignan, y de las condiciones existentes en Centroamérica para lograrlos, es forzoso admitir que el Protocolo de Tegucigalpa define un proyecto grandilocuente e inviable"<sup>152</sup>.

En los albores del siglo Veintiuno y sin haber resuelto las profundas limitaciones sociales y económicas que dominan el orden interno, los centroamericanos han despertado con un nuevo proyecto económico que desea aprovechar su vocación para el comercio mundial, abriéndose al mercado global. El Sistema de la Integración Centroamericana es el último esfuerzo en la reconstrucción de Centroamérica, criticado por su ineficacia y pocos resultados obtenidos, el éxito en su cometido, claro está, aún no se ha alcanzado.

---

151. Los Estados que se entienden miembros del Sistema según lo indican los artículos 1 y 5 del Protocolo de Tegucigalpa son todos los países que fueron miembros originales de la ODECA, es decir Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica; a ellos se suma Panamá que por expresa declaración realizada en el Protocolo, así como por el hecho de la correspondiente suscripción y ratificación adquiere la condición de Estado Miembro.

152. Alfredo Guena-Borges citado por Ramón Tamames, *Opus Cit.*, Pág. 301.

## **2.6.- La Configuración Formal del Proceso de Integración: Los Tratados constitutivos, Evolución y Ajustes.**

El actual proceso de integración se encuentra fundado sobre la base de una organización denominada “Sistema de la Integración Centroamericana”, así como la existencia de múltiples Tratados que se yuxtaponen unos sobre otros. Esta superposición refleja un desarrollo continuo del proceso de integración que se inicia en los años cincuenta.

Por otra parte, estos instrumentos a pesar de poseer a los mismos Estados parte y en muchos casos tener por objeto materias iguales, parecen un conjunto no ordenado de instrumentos normativos resultando ser una simple acumulación de Tratados.

Con la intención de crear un orden por materias se han creado sectores especiales a los que se les ha llamado Subsistemas que son, en principio, manifestaciones del mismo Sistema de la Integración pero orientados a las materias económicas por una parte, y social, por otra.

A continuación se exponen los instrumentos internacionales que han impulsado la integración en sus distintos sectores:

En lo que respecta a su vertiente política, el actual proceso de integración dio inicio con la constitución de la Organización de Estados Centroamericanos, ODECA, a partir de la suscripción de la Carta de San Salvador en 1951; en ella participaron Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, quedando el Convenio abierto a Panamá, que nunca se adhirió a la Carta. Luego, dicho instrumento fue sustituido por la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos suscrito por los cinco Estados mencionados en ciudad de Panamá durante el año de 1962, acá también se admitía la posibilidad para que Panamá se adhiriera a la misma, aunque nuevamente no participó del Tratado.

El dos de octubre del 1987 se firmó el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras Instancias Políticas, que fue ratificado por todos los Estados salvo Costa Rica; a la fecha ha sido enmendado y modificado tres veces. También, aunque no entraba en la perspectiva original del Tratado, en mayo de 1994 Panamá se adhirió a dicho Tratado, participando actualmente como observador de carácter permanente.

El Tratado surgió en un momento determinante en el que se necesitaba de diversos esfuerzos para lograr pacificar el área, en ese contexto se crean nuevos órganos regionales y se introducen reglas para otros ya establecidos por la Carta de la ODECA.

El Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos fue firmado y ratificado por todos los países de la región, excepto Belice, en la ciudad de Tegucigalpa el 13 de diciembre de 1991. Con él se retoma la institucionalidad de la ODECA y se readecua según una visión sistémica.

Poco después, el 10 de diciembre de 1992 se firma en Panamá el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, instrumento derivado del Protocolo de Tegucigalpa ratificado solamente por Honduras, Nicaragua y El Salvador.

En su vertiente económica, aun cuando fueron suscritos previamente algunos Tratados comerciales<sup>153</sup>, para efectos prácticos, puede considerarse que el actual proceso de integración económico comienza con la suscripción del Tratado General de Integración Económica Centroamericana por Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador el día 13 de diciembre de 1960 en la ciudad de Managua, posteriormente, fue ratificado por todos los Estados. En 1962, Costa Rica se adhirió a dicho instrumento; ese mismo año el Tratado General fue enmendado con el objeto de ampliar sus anexos, introduciendo las listas de productos que se sometían al régimen transitorio de libre comercio entre Costa Rica y cada uno de los Estados Parte.

Tres décadas después el Tratado General se vuelve a enmendar por el Protocolo al Tratado de Integración Económica Centroamericana, suscrito en la ciudad de Guatemala el día 29 de octubre de 1993 y posteriormente ratificado por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; el Protocolo de Guatemala como es conocido, tiene por objeto readecuar el proceso de integración económico a la realidad y necesidades del momento.

El ámbito económico es probablemente donde existe una mayor cantidad de acuerdos, además de los anteriormente citados encontramos, entre otros, el Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano como instrumento originario del proceso de integración económica.

Otro de los ámbitos sobre el cual se han suscrito convenios regionales ha sido el social, para el caso el 30 de marzo de 1995 se suscribe en San Salvador el Tratado de Integración Social Centroamericana que aborda los aspectos a que hace referencia de su nombre.

Existen dos viejos Tratados de gran valor, el primero denominado Convención para Unificar las Leyes Protectoras de Obreros y Trabajadores, suscrita por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Honduras el día siete de febrero de 1923 en la ciudad de Washington, y ratificada solamente por los tres primeros; y el segundo llamado Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales, suscrita por las cinco naciones centroamericanas el mismo día y en la misma ciudad que la anterior, pero solo ratificada por Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Nicaragua.

Parece que la Convención para Unificar las Leyes Protectoras de Obreros y Trabajadores, lastimosamente, ha perdido toda aplicación práctica. Se trató de un instrumento para uniformar las legislaciones en política laboral que estableció contenidos mínimos de obligatorio cumplimiento en temas como el trabajo de los menores, las jornadas de trabajo y los contratos laborales; definió contenidos básicos que debían ser desarrollados por los Estados miembros en materia de Seguridad Social, asociación sindical, viviendas de bajo costo, etcétera.

---

153. Por ejemplo, el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana, suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 10 de junio de 1958; el Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración, suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 10 de junio de 1958; y el Tratado de Asociación Económica, suscrito en la ciudad de Guatemala entre los Estados de Honduras, Guatemala y El Salvador, el 6 de febrero de 1960.

La Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales aun invocada por los particulares es Derecho sobre el cual se ha fundamentado y resuelto algún recurso presentado ante la Corte Centroamericana de Justicia. En ella se otorga a los centroamericanos el Derecho a ejercer su profesión libremente en el territorio de cualquier nación distinta a aquélla donde adquirieron el título profesional o diploma científico, o donde se les reconoció el adquirido en el extranjero siempre que sea con arreglo a sus respectivas leyes y sin más requisitos que los de presentar el título o diploma correspondiente debidamente autenticado, salvo el de obtener el pase del Poder Ejecutivo cuando la Ley lo requiera.

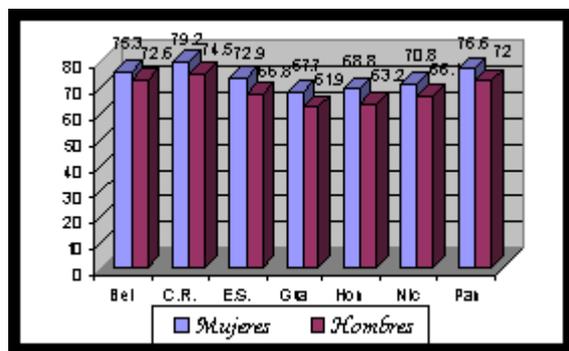
### 3.- Indicadores de Centroamérica.

En los albores del siglo Veintiuno aún se encuentran pendientes de resolver las profundas limitaciones sociales y económicas que dominan el orden interno de la región; los problemas comunes, considero, son elementos que justifican aun más la necesidad de afrontarlos de manera conjunta a través de la disciplina pública que impone la integración. A continuación se expresan algunos datos de interés actual.

El porcentaje de la población económicamente activa en promedio para las mujeres es del 73.4 por ciento, y para los hombres es del 68.15; en el primer grupo, sólo Costa Rica se encuentra arriba del promedio, y, en el segundo grupo Belice, Costa Rica y Panamá.

#### Porcentaje de la Población Económicamente Activa.

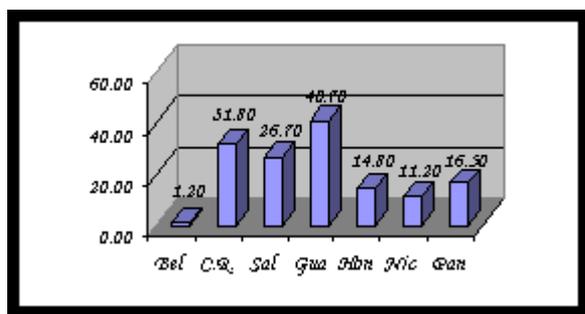
(Fuente: Panorama Social de América Latina, CEPAL, 2000-02)



Para 1999 el Producto Interno Bruto de la región, en miles de millones de dólares americanos reducidos a Paridades de Poder Adquisitivo ascendía a 142.9, siendo el PIB promedio igual a 20.41; no obstante, existen grandes diferencias entre países, por ejemplo sólo Guatemala, Costa Rica y El Salvador se encuentran arriba de la media y, por otra parte Guatemala posee un PIB 33.9 veces mayor que el de Belice. A pesar de lo dicho, estas diferencias resultan irrelevantes cuando se mira el índice del PIB por habitante donde el promedio regional es igual a 4618 dólares, sobrepasándolo solamente Belice, Costa Rica y Panamá, de los que el segundo llega a superar en más de tres veces a Nicaragua.

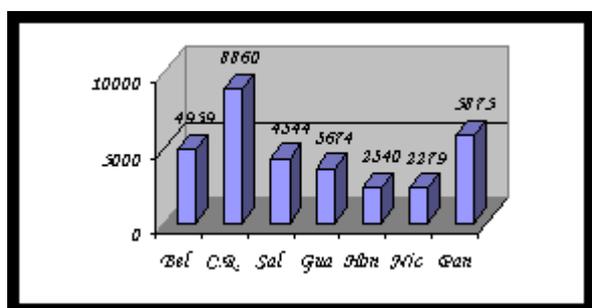
### PIB por país.

Medidos en dólares y reducidos a Paridades de Poder Adquisitivo, 1990-99  
(Fuente: Indicadores del Desarrollo Humano)



### PIB por habitante.

Medidos en dólares y reducidos a Paridades de Poder Adquisitivo, 1990-99  
(Fuente: Indicadores del Desarrollo Humano)



Las diferencias no sólo se limitan a los aspectos estrictamente económicos, también algunas desigualdades en los Indicadores de Desarrollo Humano, IDH, pues a pesar que todos los países poseen una clasificación que los coloca con un desarrollo humano medio, Costa Rica se desliga del resto ubicándose en el segmento de alto desarrollo humano. Por ejemplo, entre los países con mejor y peor posición en el índice de Desarrollo Humano existen 79 puestos.

### 3.1.-Índice de Desarrollo Humano

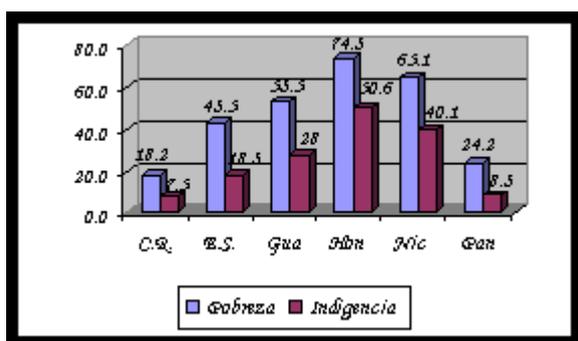
(Fuente: PNUD, Indicadores del Desarrollo Humano)

País	Índice
Costa Rica	42
Panamá	59
Belice	67
El Salvador	105
Honduras	115
Guatemala	119
Nicaragua	121

Exceptuando a Belice del que no se obtuvieron datos y, salvando a Costa Rica y Panamá, el índice de pobreza es realmente alarmante, el promedio regional es del 46.46 por ciento de la población, superando el dato Guatemala, Honduras y Nicaragua; no obstante, el indicador que refleja la situación más abominable es el de la magnitud de la indigencia para la región, en promedio es del 25 por ciento, superado casi tres veces por Honduras.

#### Magnitud de la Pobreza y la Indigencia 1990-2000, en porcentajes.

(Fuente: Panorama Social de América Latina, CEPAL, 2000-02)



En cada país el gasto en salud por habitante es mínimo, en esta ocasión ni Costa Rica alcanza un promedio aceptable, sólo España le supera en más del doble. El gasto público en educación por habitante tampoco es muy distinto, aunque en el ámbito regional resalta que, arriba del promedio, 85.16 dólares, sólo sobresalen Panamá y Costa Rica.

Los anteriores datos ocultan diferencias al interior de cada Estado, donde por lo general existen grandes contrastes entre las capitales y las zonas rurales, fronterizas y aquellas alejadas de los centros urbanos. Por ejemplo, en cada país sólo un pequeño grupo de ciudades, en su mayoría las capitales, posee un Índice de Desarrollo Humano muy superior al valor otorgado a las zonas peor calificadas, por ejemplo “el número de veces que el valor del IDH del departamento o provincia mejor calificado de un país contiene al valor del peor calificado de ese mismo país, es de 2.3 para Guatemala, 2.1 para Honduras y 1.6 para El Salvador, únicos países con medición desagregada del IDH. La evidencia para Costa Rica, si bien no referida al IDH, sugiere una situación similar”<sup>154</sup>.

Esto quiere decir que, en los países que poseen mejores cifras sólo algunas regiones están desarrollándose en condiciones aceptables y son éstas las que se encuentran empujando las estadísticas, las desigualdades reales se manifiestan complejas y mayores a lo esperado convirtiendo a cualquier problema en un fenómeno común a todos los países de la región.

Por eso es que en todos los Estados existen sectores especialmente desprotegidos como las mujeres, los niños, los indígenas y las poblaciones asentadas en la costa caribeña, para quienes la falta de acceso a la educación, salud, trabajo y salarios dignos constituye una constante regional.

#### **4.-A manera de conclusión.**

Centroamérica antes del descubrimiento, era una zona en proceso de reestructuración social; así la misma descomposición de la sociedad maya daba pie al surgimiento de una nueva civilización, con extensiones hacia el Sur del istmo. Tal evento no se consolidó pues fue interrumpido por la Conquista, sin embargo, evidencia la natural armonía cultural que los pueblos de la región pueden desarrollar.

Los aproximadamente 300 años de Colonia en que Centroamérica vivió bajo el régimen español, permitieron desarrollar un sentido de nación no consolidado, aunque también acuso el germen de la separación. No es difícil comprender cómo después de la independencia, las provincias que formaron parte de la Audiencia de Guatemala, se sometieron a un proceso de desintegración del bloque, pero, que a la vez representa un proceso de consolidación nacional, donde la identidad política y social es más estable y homogénea en cada país que con el resto del área.

El origen de las fuerzas centrífugas en Centroamérica se remonta con mayor claridad a los tiempos de la Colonia con la implantación de la división político-administrativa española, las que se ven redimensionadas a través de grupos económicos y políticos que poseían intereses muy claros y diferenciados. Es por eso que, si bien la base histórica común de Centroamérica es la pertenencia a la Audiencia de los Confines que estableció el imperio colonial español, el surgimiento de los Estados se

---

154. Así Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, *Ibid.*, Pág. 45.

encuentra en la formación de jurisdicciones administrativas, así como el surgimiento de grupos económicos con intereses diferenciados a todo lo largo y ancho de la Audiencia. Si esto es así con relación a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, resulta más evidente con respecto a Belice y Panamá.

En 1951 cinco países centroamericanos crearon la Organización de Estados Centroamericanos para orientar la integración política y económica de la región; posteriormente, suscribieron el Tratado General de Integración Económica, que perseguía establecer el libre comercio entre los países miembros y la creación del Mercado Común Centroamericano; finalmente, en 1991 Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, refundaron el proceso de integración al suscribir el Protocolo de Tegucigalpa, en él se creó el Sistema de la Integración Centroamericana.

Hasta la fecha la historia sigue igual, un juego de intereses estatales que determinan la defensa de los compartimientos estancos nacionales. Hasta el día de hoy, y luego de 189 años de vida independiente, poco ha contado que los países centroamericanos dispongan de un espacio común, posean problemas comunes y gocen de una cultura común; aun falta reconstruir la identidad y la conciencia regional que permita comprender que sus orígenes y destinos están íntimamente ligados. Por esto los gobiernos de los países del istmo y las instituciones de integración siguen estando en deuda con los centroamericanos, no han logrado fortalecer la identidad regional y superado las fuerzas centrífugas de la desunión.

## **Segunda Parte**

# **Una Interpretación del Proceso de Integración Centroamericano**

### **Capítulo IV**

#### **El Sistema de la Integración Centroamericana.**

##### **1.-El Sistema de la Integración Centroamericana.**

El propósito de integrar a países como los centroamericanos, no debe ser sólo recuperar su identidad histórica, más importante es impulsar, en forma conjunta, el desarrollo de la región creando un ambiente que ayuden a mejorar las condiciones de vida de sus habitantes; este propósito necesita de una adecuada planificación económica, social y política, y especialmente, requiere la existencia de un sistema jurídico lo suficientemente fuerte para mantener el pulso del proceso.

El esquema planteado con el Sistema de la Integración Centroamericana, posee una base institucional y normativa sólo aceptable para iniciar el proceso de integración regional, mas no para mantener un pulso permanentemente del mismo; de ahí que haya quienes opinan que "si el SICA se evalúa desde el punto de vista de los propósitos que se le asignan, y de las condiciones existentes en Centroamérica para lograrlos, es forzoso admitir que el Protocolo de Tegucigalpa define un proyecto grandilocuente e inviable"<sup>155</sup>.

##### **1.1.- Creación de una organización de integración.**

En la segunda Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, así como en el Protocolo de Tegucigalpa, sin mayores precisiones se establece en los artículos 1 de cada instrumento, que los países de la región constituyen una comunidad económico política, la cual tiene por pretensión la integración del área.

Estos preceptos no llegan a determinar la naturaleza jurídica de la Comunidad, por lo que más bien parece una simple declaración de contenido político y no la manifestación de un acuerdo de asociación de Estados.

Sin embargo, el reconocimiento de esta comunidad de países constituye un supuesto anticipado para la creación, en la parte final del Art. 1 del Protocolo de Tegucigalpa, de una organización garante de la integración regional. Esta organización es el Sistema de la Integración Centroamericana, originalmente la ODECA, la cual posee personalidad jurídica según lo establece el artículo 29 del Protocolo de Tegucigalpa, dispone de capacidad jurídica de actuación en el ámbito internacional y en cada uno de los Estados miembros, según lo dispuesto en el artículo 30.

---

155. Alfredo Guena-Borges citado por Ramón Tamames, Opus Cit., Pág. 301.

Ello quiere decir que el Sistema es una persona jurídica, creada según el Derecho Internacional y, por tanto, sujeto del Derecho de Gentes, responsable del cumplimiento del Protocolo de Tegucigalpa.

El Sistema de la integración Centroamericana también se puede definir de acuerdo al Art. 2 del Protocolo de Tegucigalpa, como un conjunto ordenado de Instituciones, actos normativos, políticas y competencias que, de manera sintética y comprensiva, son formulados en los Tratados que reinician el proceso de integración. Al Sistema se deben vincular los órganos e instituciones regionales que gozan de autonomía funcional, según lo establece el Art. 8 del Protocolo de Tegucigalpa, para efectos de alcanzar la coordinación de sus acciones.

El Sistema posee una duración ilimitada, artículo 36 inciso 3º. La forma de financiación es la más simple, por no decir la ordinaria, para las organizaciones internacionales: de acuerdo al Art. 32 del Protocolo de Tegucigalpa, se trata una contribución por cuotas iguales de los Estados miembros, circunstancia que condiciona la independencia del Sistema.

## **1.2.- Estados miembros y condiciones de adhesión.**

Los Estados que se entienden miembros del Sistema, según lo indican los artículos 1 y 5 del Protocolo de Tegucigalpa, son todos los países que fueron miembros originales de la ODECA, es decir: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica<sup>156</sup>; a ellos se suma Panamá, que por expresa declaración realizada en el Protocolo, así como por el hecho de la correspondiente suscripción y ratificación, adquiere la condición de Estado Miembro.

No se advierten requisitos especiales para adquirir la calidad de Estado miembro del Sistema, salvo que se trate de Estados centroamericanos y se realice la aceptación previa de la Reunión de Presidentes.

Por tal razón, el Protocolo de Tegucigalpa debe considerarse un Tratado semicerrado, pues en él se establece cierta exclusividad de la comunidad económica-política que conforman los países centroamericanos, de ahí que, por el fundamento mismo del Sistema deben existir restricciones para que otros Estados, diferentes a los de la región, obtengan la calidad de partes.

En definitiva, la única posibilidad de adhesión, jurídicamente admisible, sería la de Belice -supuesto actualizado desde diciembre del 2000-, pues ya son partes todos los países del Istmo Centroamericano que fueron miembros originales de la ODECA, así como Panamá. Podría agregarse hipotéticamente la posibilidad de participación de México, especialmente considerando que parte de dicha Federación forma parte geográfica del istmo, e incluso la pertenencia histórica de Chiapas al Reino de Guatemala.

---

156. Que son los mismos países cuyos territorios constituyeron parte de la Audiencia de Guatemala.

Además, en el artículo 36 inciso quinto del Protocolo de Tegucigalpa se realiza una especial mención sobre la adhesión de Belice y por consiguiente, sobre su entrada al Sistema como Estado miembro; también se deja abierta la posibilidad de establecer una relación jurídica distinta a la del resto de países centroamericanos como la asociación o vinculación -formas más tenues de participación-. Las razones que configuran esta regulación, giran en torno al reclamo de Guatemala sobre el territorio beliceño y su desconocimiento como Estado independiente.

El Protocolo de Tegucigalpa no tiene regla alguna que regule la salida de sus miembros como las cláusulas para la denuncia o renuncia, lo cual no quiere decir que no se pueda denunciar los tratados fundacionales de acuerdo a las reglas ordinarias del Derecho Internacional.

### **1.3.-Fines, propósitos y principios del sistema.**

El fin principal del sistema lo constituye la integración de Centroamérica, para constituirla en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo. Esto quiere decir, que la intención última del proceso no es la integración, sino que ésta es un medio para lograr otros fines superiores, de ahí que no esté limitada a sólo un sector, sino que abarca aspectos tan diversos como el económico, el político y el social.

En el artículo 3 del Protocolo de Tegucigalpa se han definido diversos propósitos, o lo que sería igual, objetivos más específicos para la acción de las Instituciones regionales y los mismos Estados parte, algunos son de relevancia interna y otros de relevancia regional<sup>157</sup>.

Los objetivos de naturaleza interna o nacional, resumidos, son: consolidar la democracia; promover gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto; asegurar el respeto a los Derechos Humanos; y fomentar las libertades en beneficio del individuo y la sociedad en su conjunto.

En el fondo de lo que se trata es de comprometer a los Estados centroamericanos a superar el caudillismo y las dictaduras como formas políticas, favoreciendo un ambiente que dé oportunidad a regímenes democráticos, frene el surgimiento de grupos que se adueñen de los poderes supremos en cada país, violenten el principio de alternabilidad presidencial y afecten arbitrariamente los derechos y libertades de las personas. Resulta claro que, al día de hoy, falta mucho para convertir los regímenes democráticos en verdaderas democracias.

En cuanto a los objetivos de naturaleza regional encontramos los siguientes: delimitar un modelo de seguridad regional; alcanzar un sistema regional de bienestar y justicia económica y social; lograr la unión económica; fortalecer el sistema financiero centroamericano; consolidar la autodeterminación de Centroamérica como una unidad en sus relaciones externas; fomentar el desarrollo sostenido de los Estados miembros y de la región en su conjunto; definir acciones comunes para la conservación del medio ambiente; y sustentar el Sistema en un ordenamiento institucional

---

157. Véase a Andrea de Guttry, *Opus Cit.*, Pág. XLVII.

y jurídico basado en el respeto mutuo entre los Estados miembros.

A su vez, los objetivos señalados participan de tres vertientes, por un lado garantizar la seguridad regional, por otro asegurar un sistema económico y social más justo y, finalmente, lograr que Centroamérica se proyecte internacionalmente con éxito.

Para los efectos de disponer de un mecanismo de control de las actuaciones de los mismos Estados miembros, en cuanto actúen en el ámbito de la comunidad, o en cuanto afecten unilateralmente el proceso de integración, se han introducido ciertos principios que deben permitir la convergencia o articulación de sus acciones con el resto de Estados y evitar distorsiones en el mismo proceso de integración; en forma sintética, se pueden detallar los siguientes: el respeto de los Derechos Humanos; la paz, democracia, desarrollo y libertad como parámetros de actuación; la identidad centroamericana; la solidaridad centroamericana; la gradualidad, especificidad y progresividad del proceso de integración económica; el tratamiento especial a países de menor desarrollo relativo; la equidad y reciprocidad; la aplicación de la Cláusula Centroamericana de Excepción; la participación democrática de todos los sectores sociales; la seguridad jurídica y la solución pacífica de sus controversias; la buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones; el respeto a los principios y normas de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, y las Declaraciones emitidas en las Reuniones Presidenciales centroamericanas desde mayo de 1986.

A estos principios debe agregarse que en el artículo 6 del Protocolo de Tegucigalpa, los Estados miembros se han comprometido a abstenerse de adoptar medidas unilaterales que pongan en peligro la consecución de los propósitos y la vigencia de los mismos principios del Sistema; además, en el artículo 7 se adopta el procedimiento de consulta previa, que debe servir para garantizar cierta coordinación política y favorecer la discusión común en todos aquellos casos en que no hubiere lineamientos previos, ya sea en materia de relaciones económicas o de cooperación centroamericana extraregional.

#### **1.4.-Los subsistemas: económico y social.**

El Sistema se ve afectado por una redistribución de materias y una especialización de sus órganos, ordenada por Tratados complementarios creadores de los Subsistemas Económico y Social. Esta delimitación a ramas determinadas de la integración, deja al ámbito político claramente individualizado, por lo que, aun cuando no se le reconozca como uno más, es indudable que sí posee cierta singularidad.

El Subsistema Social fue creado en 1995 cuando se suscribe el Tratado de la Integración Social Centroamericana, conocido como la Carta de San Salvador; tiene por finalidad promover mayores oportunidades y una mejor calidad de vida y de trabajo a la población centroamericana.

Sus medios de acción son la formulación de políticas, mecanismos y procedimientos de cooperación y el apoyo solidario que permitan la

coordinación, armonización y convergencia de las políticas sociales nacionales entre sí y con las del SICA.

Para su operatividad son regulados los Consejos de Ministros especializados en asuntos sociales, a quienes les corresponde atender los problemas de la familia, trabajo, salud y Seguridad Social; además se crea una Secretaría especializada en materia social que sustituye en funciones a la Secretaría General del SICA, y una vergonzosa Instancia Asesora constituida por los cónyuges de los presidentes de los países de la región.

El Subsistema de Integración Económica Centroamericana, fue creado en mil novecientos noventa y tres, cuando se suscribe el Protocolo al Tratado General de Integración Centroamericana, conocido como Protocolo de Guatemala.

Se pone de manifiesto como fin del Subsistema, lograr la Unión Económica del área, así como conseguir un desarrollo económico y social equitativo y sostenible para entrar con competitividad a la economía internacional.

El Protocolo de Guatemala dispone que la integración económica será impulsada por los mismos órganos que crea, así como los derivados del Protocolo de Tegucigalpa, en especial, los Consejos de Ministros que actúan en materia económica, a los que se agrega, aunque sólo con competencias de proposición y ejecución, el Consejo Monetario Centroamericano integrado por los Presidentes de los Bancos Centrales. También posee varias secretarías especializadas en materias muy concretas.

Las metas del Subsistema son el perfeccionamiento de diferentes estadios del proceso de integración económica, y el avance de un grado a otro será acordado por la voluntad de los Estados miembros, pudiendo progresar algunos con mayor celeridad que otros<sup>158</sup>.

Actualmente, el Subsistema Económico está individualizado institucionalmente por medio de “los Consejos de Ministros que ven lo relativo a la integración, la Secretaría General de Integración Económica (SIECA), el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), el Consejo Monetario Centroamericano (CMCA).”<sup>159</sup>

## **2.-Los Órganos e Instituciones del Sistema.**

El actual proceso de integración de Centroamérica se encuentra fundado sobre la base de una organización denominada “Sistema de la Integración Centroamericana”; la cual posee personalidad jurídica y capacidad de actuación en el ámbito internacional y en cada uno de los Estados miembros. Ello quiere decir que el Sistema es una persona del Derecho de Gentes.

158. No se establecen plazos para la realización de ninguna etapa.

159. Jorge Antonio Giamattei, Opus Cit., Pág. 25.

El Sistema constituye el marco institucional de la integración Regional, a él se vinculan todos los órganos e instituciones de integración, que coexisten imbricados unos sobre otros, donde especialmente se marca el predominio jerárquico y funcional de las estructuras de cooperación intergubernamental sobre las de integración. Es así como la intensificación de la cooperación intergubernamental no permite que la integración despliegue su poder unificador en la región.

## **2.1.- Órganos Fundamentales del Sistema.**

Los Órganos fundamentales del Sistema se encuentran señalados en el artículo 12 del Protocolo de Tegucigalpa, estos son los siguientes:

### **2.1.1.- La Reunión de Presidentes.**

Es un órgano de naturaleza intergubernamental y se define como el de mayor jerarquía del sistema.

La Reunión de Presidentes a través de la celebración de las reuniones periódicas, posibilita el manejo de información, consultas y concertación entre los Estados miembros, para armonizar sus puntos de vista tanto en materia de su política exterior y propiamente la política referida a la integración regional. Se confía aún en el método de la cooperación intergubernamental a efecto de formular las difusas políticas comunes.

Debe advertirse que los compromisos adquiridos son extremadamente débiles, debido al carácter predominantemente intergubernamental de la cooperación, fundamentada en la voluntariedad de los Estados miembros, pues a falta de la unanimidad, nada obligaba a los Estados a cumplir los acuerdos, pudiendo apartarse sin más sanción que el reproche político del resto de miembros del Sistema.

#### **a) Composición.**

Se encuentra conformado por cada uno de los Presidentes constitucionales de todos los Estados miembros, por supuesto, se trata de los presidentes en funciones.

Nada se dice si es posible sustituir al representante de un país porque le sea imposible comparecer, es decir, cuando aun no se pierde la calidad de Presidente y se delega la comparecencia al Vicepresidente o el Designado que corresponda. La simple lógica indicaría que la Reunión se constituye sólo cuando concurren los Presidentes de cada Estado miembro, conclusión que obliga a desestimar como válidas reuniones celebradas con otros agentes distintos.

#### **b) Funcionamiento.**

El quórum necesario para celebrar las sesiones es el de la totalidad de miembros de la Reunión, así se interpreta de los Arts. 14 del Protocolo de Tegucigalpa y 23 del Tratado Constitutivo del Parlamento

Centroamericano y Otras Instancias Políticas, en los cuales se precisa que se integra por los Presidentes de los Estados miembros, regla que se refiere a la presencia de todos y no abre la posibilidad para reuniones instaladas con un quórum mayoritario. Téngase en cuenta que no se trata de una conferencia internacional constituida por los jefes de Estado de los países centroamericanos, y que una cosa es celebrar las reuniones del órgano del Sistema y otra que puedan constituirse conferencias con algunos de los presidentes de la región, con todos o, incluso, con jefes de Estado o de Gobierno de países ajenos a Centroamérica.

La Reunión no es un órgano permanente, sus sesiones ordinarias se han de realizar una vez cada seis meses, lo cual no impide que se puedan llevar a cabo reuniones extraordinarias, las que se pueden efectuar cuando así sea necesario. Según el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, la sede de la reunión es la ciudad de Guatemala, aunque se puede acordar celebrar sus sesiones en otros lugares cuando así lo dispongan sus miembros.

El país que sirve de sede para la sesión ordinaria se convierte durante el siguiente semestre en el Vocero de Centroamérica, regla que probablemente indique que el Presidente de dicho país ha de ser temporalmente una especie de protagonista principal en la integración regional, recibiendo la carga de evacuar oficialmente los traslados, consultas y demás gestiones que le corresponden a este órgano, y que por su constitución eventual no puede darle continuidad a sus responsabilidades.

#### c) Método de Votación.

El mecanismo empleado para adoptar sus actos es el consenso, el cual consiste en el método de la unanimidad, cuando el derecho a veto de sus miembros se admite sólo de manera expresa.

#### d) Atribuciones.

La Reunión más bien recuerda a un órgano de cooperación internacional ordinario. Su misión es esencialmente política, pues debe servir como un foro de discusión al más alto nivel para abordar los temas de mayor interés en la región, definir la política regional del Sistema, poner en armonía la política internacional de los Estados miembros, etcétera.

Por medio de la Reunión de Presidentes se deberían definir las grandes líneas estratégicas sobre las cuales se debe construir la centroamericana, en el entendido de que los países miembros manifiestan, a través de sus más altos mandatarios, su disposición a cooperar y respetar los planes políticos que voluntariamente acuerdan en dicho foro. Se advierte que la Reunión de Presidentes no dispone de poderes efectivos para llevar a cabo sus planes, pues sus actos no poseen carácter vinculante.

La producción de actos por parte de la Reunión de Presidentes ha sido exagerada, de ahí que exista poca capacidad de respuesta en el resto de instituciones regionales, "desde la Cumbre de Esquipulas I, en 1986, hasta...1994, se contabilizan alrededor de sesenta documentos de

este tipo, resultado de aproximadamente tres cumbres presidenciales por año. Existen aproximadamente 2,500 acuerdos, entre resoluciones, mandatos, decisiones presidenciales y declaraciones de intención, de los cuales se ha ejecutado un porcentaje mínimo. Un recuento realizado por el SICA sobre el número de acuerdos tomados en las trece cumbres presidenciales celebradas durante los años 90 (de la VII a la XIX), revela que 72 de los 707 acuerdos no tienen especificado el organismo responsable de su ejecución. Sin contar aquellos que son de carácter declarativo, es decir, que no suponen la necesidad de un ejecutor, resulta que un 14%, uno de cada siete acuerdos presidenciales tomados en la presente década, no tiene especificación de responsable.<sup>160</sup>

### **2.1.2.- Reunión de Vicepresidentes y Designados a la Presidencia.**

También se trata de un órgano intergubernamental.

El estatuto de este órgano se encuentra desarrollado en el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas, el cual aun no es ratificado por Costa Rica y Belice, aunque se encuentra vinculado al Sistema según se advierte en el Art. 12 inciso 2º del Protocolo de Tegucigalpa, el cual es un instrumento que sí tiene por partes a todos los países de la región.

Un dato histórico interesante es que fueron los vicepresidentes los encargados de integrar una comisión preparatoria para formular el Proyecto del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano.

#### **a) Composición.**

Este órgano está constituido por los Vicepresidentes o, en su caso, por los designados a la Presidencia de cada Estado miembro. Si existieren varios Vicepresidentes o designados, es la Asamblea Legislativa de cada Nación la que debe precisar quién ha de participar en dicha instancia.

La sustitución es consentida en caso de ausencia, muerte o incapacidad de alguno de sus miembros; en dichos supuestos, el que reemplace en el ámbito interno será el que lo sustituya en el órgano.

#### **b) Funcionamiento.**

El quórum necesario para celebrar las sesiones es el de la totalidad de sus miembros, el Art. 20 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, determina que éste órgano se integra con un Vicepresidente o Designado por cada Estado miembro, la regla se refiere a la presencia de todos ellos, por lo que excluye la celebración de reuniones con asistencias menores.

La Reunión de Vicepresidentes tampoco es un órgano permanente, sus sesiones se han de realizar ordinariamente una vez cada semestre

---

160. Proyecto Estado de la Región, Opus Cit., Pág. 314.

o extraordinariamente, cuando así lo decidan sus miembros. Su sede se ubica en la República de Guatemala, aunque puede realizar sus sesiones en cualquier lugar señalado por sus miembros.

c) Método de Votación.

El mecanismo de adopción de decisiones es el consenso, el cual, como ya se advirtió, consiste en el empleo de la unanimidad condicionando la oposición a la formación de un acto a través de un veto expreso.

d) Atribuciones.

En el escaso apartado dedicado a la Reunión de Vicepresidentes, el Protocolo de Tegucigalpa establece que este órgano tendrá como carácter esencial el proveer de asesoría y consulta.

En el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, sus competencias resultan un tanto generales, son aparentemente una réplica de las atribuciones de la misma Reunión de Presidentes, de ahí que no tuviese mucho protagonismo en el devenir histórico del proceso de integración regional; conoce de las recomendaciones que sobre materias de su competencia le haga el Parlamento, posee iniciativa para promover la integración centroamericana, especialmente en el conocimiento, análisis y proposición de recomendaciones relacionadas con dicho proceso. Cuando, por la naturaleza de los asuntos, se requiere de una decisión de mayor fuerza política, la Reunión de Vicepresidentes eleva la cuestión a discusión de la Reunión de Presidentes.

### **2.1.3.- El Consejo de Ministros.**

Es un órgano intergubernamental, compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, por tanto, expresa los intereses particulares de cada uno de ellos; sin embargo, suele trascender sobre los arquetipos de los órganos internacionales tradicionales, por cuanto sus decisiones se convierten en vinculantes.

Ciertamente, el Consejo de Ministros en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser considerado como una simple conferencia internacional propia de las relaciones de cooperación internacional. Se trata de una instancia fundamental en el proceso de integración, pues ejerce poderes que en las relaciones de los países centroamericanos, son históricamente originales.

a) Composición.

Se conforma por los Ministros del ramo correspondiente de los Estados miembros y, en casos extraordinarios, por los Viceministros que se encuentren debidamente facultados para ello, por eso se trata de una institución cuya composición varía de acuerdo a la materia que se discute, lo que hace que se manifieste con varias facetas sin variar su identidad.

Sin embargo, la regla que establece la variabilidad en su composición

no deja posibilidad para salvar formalmente que en algún Estado miembro no exista ministro competente; tampoco dice mucho sobre el número de Ministros que lo deben componer, pues el artículo 16 se refiere a los Ministros del Ramo, lo cual abre la posibilidad teórica para la participación de varios ministros que, temáticamente, se encuentren interesados por la problemática a tratar.

El régimen que precisa la representación nacional de los Ministros ante el Consejo y, en definitiva, simplifica el funcionamiento del órgano, se encuentra en el Art. 16 del Protocolo de Tegucigalpa, el cual plantea que la composición del órgano está determinada por la presencia de los ministros del ramo, lo cual implica que la designación clara y precisa del funcionario que represente a los Estados miembros en el Consejo se encuentra plasmada en dicho artículo y, únicamente, falta acreditar la calidad de ministro del ramo correspondiente, para lo cual, en atención a la sencillez y originalidad de la integración, bastaría la extensión de la respectiva credencial con la que los Secretarios de Estado suelen demostrar su condición en el ámbito nacional. Por las razones expuestas resulta irrelevante la presentación de plenos poderes para poder participar en este órgano.

#### b) Funcionamiento.

También debe entenderse que el quórum necesario para celebrar las sesiones es el de la totalidad de sus miembros.

Las reuniones de trabajo pueden realizarse con la frecuencia que dicten las circunstancias, pues se efectúan cuando sean necesarias, a petición de unos de sus miembros o de la Reunión de Presidentes. Estas sesiones son presididas por el Ministro del país vocero de Centroamérica.

No obstante que el Consejo de Ministros es institucionalmente un órgano único, entre sus múltiples facetas la preeminente es una, el Art. 16 inciso último del Protocolo de Tegucigalpa establece que el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores será el principal, específicamente en cuanto a la coordinación de las acciones del resto, lo cual debería ser útil para evitar contradicciones entre las distintas decisiones adoptadas por los diferentes Consejos.

#### c) Métodos de Votación.

Las decisiones sobre cuestiones de fondo se adoptan por consenso —que ya se explicó anteriormente—, si son cuestiones de procedimiento se adoptan por mayoría. Cuando existe duda sobre si la cuestión es de fondo o de procedimiento, el incidente planteado se resuelve por mayoría.

#### d) Atribuciones.

El Consejo de Ministros posee por competencia principal la normativa, en esencia le corresponde traducir en normas jurídicas las decisiones de carácter político que formula la Reunión de Presidentes: adopta actos de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros y

particulares según se ha dispuesto en el Art. 22 del Protocolo de Tegucigalpa, lo que aparenta ser un paso significativo en la dirección del proceso.

En el Consejo se facilita la discusión de los temas relevantes a la integración centroamericana y permite la rápida adopción de decisiones de obligatorio cumplimiento en los Estados miembros y directamente aplicables a los particulares, evitando las vías del Derecho Internacional, como sería el caso de los tratados, por medio de los cuales se emplean trámites prolongados de celebración y entrada en vigor.

Sin embargo, el poder normativo de este órgano se ve manchado por una degradante regla, la cual establece que los Estados pueden oponerse, y por tanto, substraerse a la ejecución de las decisiones, alegando disposiciones de carácter legal internas -los Tratados que estructuran los subsistemas social y económico han dado otras cualidades a dichos actos, tornándolos vinculantes sin excepción-.

Las competencias del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores son múltiples y a parte de las tareas de coordinación del resto de Consejos, posee entre sus principales atribuciones las siguientes: asegurar la ejecución de las decisiones adoptadas por la Reunión de Presidentes - lo cual resulta fundamental cuando se advierte que la Reunión no dispone de poderes normativos para asegurar sus decisiones-; preparar los temas a discutir por la Reunión de Presidentes; conocer sobre la democratización, pacificación, seguridad regional y otros temas políticos; coordinar y dar seguimiento a las decisiones y medidas políticas de carácter económico, social y cultural que puedan tener repercusiones internacionales; y aprobar el presupuesto del Sistema.

#### **2.1.4.- El Comité Ejecutivo.**

Se trata de un órgano de naturaleza intergubernamental que se ha reunido probablemente en no más de diez ocasiones, lo cual, con toda seguridad es una de las razones de la falta de éxito del SICA.

Aunque el Comité Ejecutivo es el encargado de velar por el interés de la organización en su conjunto, no se caracteriza por disponer de autonomía respecto de los gobiernos de los Estados miembros; sus integrantes tienen el carácter de representantes nacionales, de ahí que, se entienda, no disponen de una verdadera independencia en el ejercicio de sus atribuciones.

En el Subsistema Económico se sustituye la presencia de este órgano por un Comité Económico especializado en atender el área.

##### **a) Composición.**

Se integra con un representante de cada uno de los Estados miembros, los cuales son nombrados por los respectivos Presidentes por intermedio de los Ministros de Relaciones Exteriores, de ahí que constituya un órgano intergubernamental que representa los intereses de los Estados partes.

## b) Funcionamiento.

Preside el Comité el representante del último país sede de la Reunión de Presidentes. Sus sesiones ordinarias se deben realizar una vez por semana, o extraordinariamente cuando sea necesario a petición de su presidente.

## c) Método de Votación.

No existen reglas precisas que determinen como han de adoptarse los actos de este órgano.

## d) Atribuciones.

Sus competencias son de control y monitoreo, pues se desempeña como garante de la ejecución eficiente a través de la Secretaría General de las decisiones de la Reunión de Presidentes, tutela el cumplimiento del Derecho de la Integración Centroamericana y revisa los informes semestrales de actividades de la Secretaría General y demás Secretarías especializadas.

También puede definirse como un órgano de ciertas funciones ejecutivas, pues prepara las propuestas necesarias para asegurar el desarrollo de las directrices generales de la Reunión de Presidentes, las que luego presentan al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; también elabora el proyecto de Presupuesto del Sistema.

Finalmente, se reconoce que posee poder normativo, pero limitado a la aprobación de los Reglamentos e Instrumentos que se elaboren en las Secretarías u otros órganos del Sistema. También posee iniciativa normativa en materia organizativa, ya que puede proponer al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores la creación de órganos subsidiarios.

### **2.1.5.- La Secretaría General.**

Se trata de un órgano unipersonal y permanente que representa los intereses regionales, encargado de velar por el interés de la organización en su conjunto, caracterizado por un grado más o menos acusado de autonomía respecto de los órganos intergubernamentales; su titular no tiene el carácter de representante nacional pues su investidura es colectiva y, se entiende, dispone de plena independencia en el ejercicio de su misión.

Existen otras secretarías especializadas en ciertas materias y que en el desempeño de sus atribuciones deben mantener el equilibrio y armonía con las actuaciones de la Secretaría General. Entre estas Secretarías encontramos la Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, la Secretaría del Consejo Agropecuario Centroamericano, la Secretaría del Consejo Monetario Centroamericano y la Secretaría de la Integración Social.

## a) Composición.

Está a cargo de un Secretario General quien es el más alto

funcionario administrativo del Sistema, no representa a los Estados sino a la región debiendo privarse de ejercer influencia alguna sobre tal personaje.

El Secretario General es nombrado por la Reunión de Presidentes para un período de cuatro años; son requisitos para ocupar el cargo los siguientes: tener la nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros, poseer vocación integracionista, y ser imparcial, independiente e íntegro.

b) Funcionamiento.

Como ya se advirtió, la Secretaría General es un órgano unipersonal y permanente, su titular constituye el más alto funcionario administrativo del Sistema.

Para el desempeño de sus tareas, la Secretaría General deberá contar con personal suficiente, quienes han de ostentar la nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros. El titular debe asegurar que entre el personal exista una distribución proporcional de la representación nacional de los Estados miembros.

El Secretario General y los empleados actuarán en interés de la región y se abstendrán de recibir instrucciones de los Estados miembros. A su vez, éstos están obligados a respetar la independencia de éstos.

La Secretaría General es la organización central del SICA, de ahí que su sede se encuentre en la ciudad de San Salvador.

c) Atribuciones.

Dentro de sus funciones se encuentra, además de actuar como secretaria permanente de las Reuniones de Presidente, las de ejecutar y coordinar los mandatos derivados de las Reuniones de Presidentes, Consejos de Ministros y Comité Ejecutivo. También, a solicitud del Consejo de Ministros, puede representar al Sistema en el ámbito internacional, y gestionar ante los Estados u Organismos financieros la cooperación financiera necesaria para el buen funcionamiento del Sistema.

El Secretario General tiene la representación del Sistema.

Una atribución especial es que puede participar con voz, pero sin voto, en todos los Órganos del Sistema.

### **2.1.6.- El Parlamento Centroamericano.**

Se trata de un órgano deliberante, cuya legitimidad proviene de representar a los pueblos de los Estados asociados. Aunque la idea de una institución de esta naturaleza responde a una inspiración federalista, su misión parte con la necesidad de controlar, política y jurídicamente, a los órganos del Sistema, conforme a principios democráticos, por eso, en principio, no tiene un poder de sanción.

a) Composición.

El Parlamento Centroamericano está integrado por delegaciones de 20 diputados titulares y sus respectivos suplentes, los cuales son electos para períodos de cinco años; también forman parte los Presidentes y Vicepresidentes salientes de cada Estado miembro.

La composición del Parlamento evidencia el déficit democrático existente, derivado de la desproporcionada base electoral que difiere de país en país e impone una aritmética electoral distinta en cada uno.

Además, la presencia de los ex mandatarios de los países de la región evidencia aún más la falta de legitimidad democrática de las delegaciones nacionales, pues ellos no tienen mandato de los electores centroamericanos que los habilite a participar en dicho órgano.

b) Organización.

El Parlamento Centroamericano dispone de distintos órganos, entre ellos se encuentran la Asamblea Plenaria, compuesta por delegaciones de los Estados miembros; la Junta Directiva, integrada por un Presidente, cuatro Vicepresidentes y cinco Secretarios, elegidos por la Asamblea Plenaria de entre sus miembros -la Junta Directiva es una instancia permanente del Parlamento-; y un Secretario permanente, cuyo titular es elegido por la Asamblea Plenaria.

c) Funcionamiento.

La sede del Parlamento es la República de Guatemala, aunque se puede constituir en sesión en cualquier lugar que estime adecuado. Las sesiones de la Asamblea son realizadas en período ordinario una vez al año el cual se prolonga por un total de diez meses.

d) Método de Votación.

El mecanismo de adopción de decisiones en la Asamblea General es la votación por mayoría simple. En cambio, las decisiones de la Junta Directiva deben ser tomadas con el voto favorable de siete de sus integrantes, es decir, mayoría cualificada.

e) Atribuciones.

El Parlamento Centroamericano es un órgano de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común; en ese sentido, puede afirmarse que está concebido como un foro deliberativo con simples poderes de recomendación que deben de servir para propiciar un ambiente favorable en el cual se puedan resolver los problemas comunes y de seguridad del área centroamericana, así como para impulsar y orientar el proceso de integración regional. También puede proponer proyectos de Tratados y recomendar a los gobiernos soluciones viables y efectivas para los conflictos regionales.

Aunque el Parlamento Centroamericano sólo es un órgano de recomendación, posee ciertas atribuciones que le debieran permitir ejercer cierto control político sobre las autoridades de los organismos de la integración centroamericana, para el caso el artículo 5 literal C de su tratado constitutivo le confirió la potestad para elegir, nombrar o remover, según corresponda, a los funcionarios ejecutivos de más alto rango en los organismos de integración, sin embargo dicha atribución no tiene aplicación práctica, producto de las distorsiones que produce la no ratificación de Tratados relativos a la integración regional, pues Costa Rica aún no es parte ratificante. El Parlamento Centroamericano también debe evaluar el trabajo de cada Institución regional, a partir de los informes anuales que se le rindan.

### **2.1.7.- La Corte Centroamericana de Justicia.**

Sirve como medio de control jurídico representando el imperio de la legalidad; debe ser capaz de garantizar el respeto del Derecho surgido en el proceso de integración en su interpretación y aplicación, así como asegurar la realización de las funciones asignadas al Sistema, salvaguardando la identidad e integridad de su ordenamiento jurídico. Más adelante nos ocuparemos de esta institución con mayor detalle.

#### **a) Composición.**

La Corte Centroamericana de Justicia se integra con magistrados titulares originarios de cada uno de los Estados miembros, los cuales serán electos por períodos de diez años por las Cortes Supremas de Justicia de cada país. Al Consejo Judicial Centroamericano le corresponde establecer el número de magistrados, el cual ha decidido que sean dos por Estado.

Los magistrados deberán ser personas que gocen de alta consideración moral y han de reunir las condiciones requeridas en su país, para el ejercicio de las más altas funciones judiciales; no obstante, los requisitos que puedan existir en cada país, respecto de la edad se pueden dispensar siempre y cuando el candidato a Magistrado sea un jurisconsulto de notoria competencia.

#### **b) Organización.**

La Corte puede dividir o distribuir sus competencias y jurisdicción en Salas o Cámaras; en ellas sólo se podrán conocer y resolver aquellas controversias que las partes expresamente consientan.

#### **c) Funcionamiento.**

La sede de la Corte es la ciudad de Managua, capital de la República de Nicaragua; aunque esto no impide que pueda decidir realizar la celebración de algunas de sus sesiones en cualquier parte del territorio de los países de la región.

La Corte ejerce sus funciones en sesión plenaria aunque, según su reglamento, no se puede realizar ninguna sesión sin estar presentes la mitad más uno de los magistrados en funciones. Las sesiones deben celebrarse cada vez que sea necesario, y por lo menos, una cada semana.

d) Métodos de Votación.

La sentencia, como toda decisión tomada por la Corte se adoptará con el voto favorable de al menos la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal.

e) Atribuciones.

La Corte tiene por atribución general, el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.

## **2.2.- Valoración sobre el balance de poderes.**

Las funciones esenciales del Sistema se encuentran distribuidas entre órganos intergubernamentales, o en cuya configuración se deja un marcado peso a la representación intergubernamental; es el caso de los órganos de decisión política, Reunión de Presidentes y Reunión de Vicepresidentes, el órgano que ejerce las competencias normativas, Consejo de Ministros, y al que le corresponde la calidad de órgano de administración, el Comité Ejecutivo. Además, la composición del Parlamento Centroamericano responde a cuotas iguales por país, además de la presencia de los Presidentes salientes de los Estados parte, lo cual le resta legitimidad como órgano deliberante democrático.

En este entramado organizativo no existe un equilibrio entre órganos y poderes distribuidos, pues el peso competencial se inclina a favor de aquellas instituciones dominadas por los Estados, frente a éstos sólo se ubican la Secretaría General, órgano de administración pero que, a final de cuentas, constituye un secretariado al servicio de los demás, el parlamento centroamericano, que arrastra su déficit democrático y dispone de exiguas atribuciones de control, y la Corte Centroamericana de Justicia, que no se encuentra habilitada para conocer en casos donde se encuentren incluidos Estados miembros del sistema que no han ratificado su estatuto.

A todo esto debe agregarse el recurso generalizado al método de votación por unanimidad en todos los órganos intergubernamentales, salvo graciosas concesiones a la votación por mayoría, como en los asuntos de procedimientos que conoce el Consejo de Ministros, lo cual asegura a los Estados miembros mantener el control absoluto sobre las decisiones del Sistema. En todo caso, se pueden oponer a las adoptadas, aun cuando ha existido consentimiento, si se encuentran razones legales en su derecho interno que fundamenten el incumplimiento.

En definitiva, el predominio es intergubernamental, y los órganos deliberantes, de administración y jurisdiccional se encuentran profundamente limitados.

### 2.3.- Instituciones vinculadas al sistema.

El Sistema agrupa a las viejas instituciones de la integración regional, en el entendido que todas son partes interrelacionadas para el logro de un mismo propósito<sup>161</sup>, así, en el artículo 8 del Protocolo de Tegucigalpa se establece la vinculación funcional entre esas instituciones y el SICA.

Se trata de organizaciones que han sido constituidas de acuerdo al Derecho Internacional como personas jurídicas, siguen gozando de autonomía, aunque el marco de sus operaciones debe estar orientado a la ejecución de las decisiones que emanen de la Reunión de Presidentes y, consecuentemente, han de mantener la coordinación que corresponde.

Entre los organismos regionales que mantienen mayor preeminencia en el área encontramos:

a) La Secretaría Permanente del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, SIECA.

La SIECA fue creada en virtud del artículo XXIII del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, como ente ejecutor de las disposiciones del Consejo Económico Centroamericano y del Consejo Ejecutivo; sus funciones iniciaron el 12 de octubre de 1961 a cargo de un secretario general y su sede se fijó en la ciudad de Guatemala.

El artículo veintiocho del Protocolo de Tegucigalpa reconoce a la SIECA competencia, prácticamente exclusiva, para desempeñarse como una secretaría especializada del Consejo de Ministros responsables del área Económica. Se vincula directamente con la Secretaría General del Sistema a quien debe sólo informar de sus actividades.

En el nuevo Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana de 1993, los artículos 43 y 44 establecen que el Secretario General será nombrado por el Consejo de Ministros de Integración Económica.

Tiene el objetivo fundamental de constituirse en un organismo capaz de contribuir a la consolidación de la Unión Económica; coordinar y apoyar técnicamente las tareas que reactiven, fortalezcan y reestructuren el proceso de integración, adaptándolo a las nuevas estrategias de competitividad y apertura internacional que emprenden los países; ayudar a completar lo dispuesto por los gobiernos para conseguir una transformación institucional y programática regional, potenciando las posibilidades, no sólo nacionales, sino regionales de crear riqueza; y cooperar para satisfacer las aspiraciones de paz, bienestar social y económico de la población centroamericana.

---

161. Las que son creadas a partir de los años cincuenta.

b) El Banco Centroamericano de Integración Económica, BCIE.

El Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica fue suscrito el día trece de diciembre de 1960 por Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua, entrando en vigencia el ocho de mayo de 1961. El gobierno de la República de Costa Rica se incorporó como miembro el 23 de septiembre de 1963.

El Banco Centroamericano de Integración Económica, es una institución de desarrollo económico y social regional, así como el organismo financiero de la integración del istmo. Su doble finalidad le da características especiales, ser un banco de desarrollo y simultáneamente un instrumento financiero para la integración.

Como institución bancaria regional debe atender principalmente programas o proyectos de infraestructura que completen los sistemas regionales ya existentes, inversión a largo plazo en industrias de carácter regional o de interés para el mercado centroamericano, y el financiamiento de servicios necesarios para el desarrollo de la región.

El BCIE tiene una Asamblea de Gobernadores que está conformada por miembros titulares y suplentes de cada país fundador, los cuales son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; además posee un Directorio y un Presidente Ejecutivo.

El Presidente Ejecutivo, los funcionarios y los empleados dependen exclusivamente del Banco y no reconocen ninguna otra autoridad, en tal sentido, los Estados miembros deberán respetar el carácter independiente de tales funcionarios y empleados.

c) El Consejo Monetario Centroamericano, CMCA.

El Acuerdo Monetario Centroamericano de 1974 es el instrumento que crea el Consejo Monetario Centroamericano, modificado íntegramente el veintidós de enero de 1999 para adecuarlo al Protocolo de Tegucigalpa, a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, así como al Protocolo al Tratado General de Integración económica Centroamericana.

El CMCA es un organismo para la integración económica y monetaria de Centroamérica conformado por los Presidentes de los cinco Bancos Centrales Centroamericanos, cuenta con una Secretaría Ejecutiva que tiene personalidad jurídica y es encargada de los aspectos técnicos y administrativos del Consejo.

La principal función del CMCA es armonizar y coordinar la orientación de las políticas monetarias, crediticias y cambiarias de los países centroamericanos, buscando la uniformidad de los sistemas cambiarios, la estabilidad y convertibilidad de las monedas nacionales y su utilización en las transacciones comerciales intraregionales. Asimismo, busca promover la movilidad de recursos financieros de capitales nacionales.

Actualmente el CMCA mantiene un seguimiento sobre los criterios

de convergencia regional, también realiza estudios para la facilitación del establecimiento y operación de sucursales y subsidiarias de bancos y financieras nacionales en los demás países del área, la coordinación necesaria para la integración de las Bolsas de Valores de los países centroamericanos, la revisión de la legislación financiera y el tratamiento fiscal de los instrumentos e instituciones financieras a fin de lograr su armonización.

d) El Instituto Centroamericano de Administración Pública, ICAP.

El Instituto Centroamericano de Administración Pública es un organismo intergubernamental de acción regional, dedicado a fomentar el conocimiento, análisis y solución de los problemas administrativos de los países del istmo, para ello debe proporcionar asesoría técnica y realizar investigaciones sobre la modernización de la administración pública de los países miembros.

e) El Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá, INCAP.

El Convenio Básico del Instituto de Nutrición de Centroamérica y Panamá fue suscrito en Guatemala el día diecisiete de diciembre de 1953 y posteriormente ratificado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

El INCAP con sede en la ciudad de Guatemala es un organismo que tiene por objeto el generar, captar, transferir y aplicar conocimientos, tecnologías y recursos que contribuyan a la solución de los problemas alimentarios y nutricionales de la población de los países miembros.

Su creación fue impulsada por la Fundación W.K. Kellogg, gracias a la cual, en sus inicios, aplicó técnicas avanzadas para la creación de un producto alimenticio de bajo costo y gran valor nutricional que aún es comercializado con el nombre de Incaparina.

f) La Comisión Técnica Regional de Telecomunicaciones, COMTELCA.

La Comisión Técnica Regional de Telecomunicaciones fue creada por el Tratado Centroamericano de Telecomunicaciones, suscrito 26 de abril de 1966 en la ciudad de Managua, fue ratificado originalmente por Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, posteriormente se adhirió Costa Rica. Su órgano ejecutivo es el grupo supervisor con sede en Tegucigalpa.

COMTELCA es un organismo técnico regional especializado en las telecomunicaciones, su objetivo principal es coordinar y promover la integración y el desarrollo de las telecomunicaciones de Centroamérica, así como las de orden internacional que satisfagan las necesidades de los clientes de la región, especialmente por medio de propuestas de armonización de las normas nacionales, la administración de los sistemas de telecomunicaciones y resoluciones obligatorias para sus miembros.

Para tales propósitos, COMTELCA se encarga de planificar, instalar, operar y dar mantenimiento a un sistema de telecomunicaciones que permite las comunicaciones de los países centroamericanos entre sí y con el resto del mundo.

g) La Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea, COCESNA.

El Convenio Constitutivo de la Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea, fue suscrito el día veintitrés de febrero de 1960 y posteriormente ratificado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

El COCESNA es un organismo con sede en Tegucigalpa y tiene derechos exclusivos en la prestación de los servicios de control de tránsito aéreo sobre el espacio aéreo centroamericano, telecomunicaciones aeronáuticas y radioayudas a la navegación aérea que surque el espacio aéreo regional.

h) La Comisión Centroamericana de Transporte marítimo, COCATRAM.

Fue creada mediante la resolución 5-80 de la Reunión de Ministros Responsables en la Integración, vigente a partir del 15 de julio de 1980.

La Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo es un organismo técnico de los gobiernos miembros, a los que propone la adopción de políticas, medidas, recomendaciones y decisiones en los diferentes campos del transporte marítimo en el ámbito regional y nacional.

La conducción de la comisión está a cargo de un directorio integrado por un Director Titular y un Director Alterno, nombrados por cada uno de los países miembros. Para el desarrollo de las actividades técnicas y administrativas existe una secretaría a cargo del Secretario Ejecutivo, que cuenta con el respectivo personal técnico y administrativo.

### **3.- Las Fuentes del Derecho en el Sistema de la Integración.**

El Sistema de la Integración Centroamericana dispone de un conjunto de órganos de producción, aplicación e interpretación de normas.

Las normas surgidas en el proceso de integración centroamericano podrían llegar a tener, en un sentido restringido, una triple vertiente de fuentes:

#### **3.1.- El Derecho Originario.**

El Derecho Originario está constituido por los tratados que fundan el proceso de integración, así como por aquellos que los complementan, modifican o adaptan. Ellos determinan el contenido de las competencias a ejercer por la organización de integración, los órganos que le componen, así como sus funciones, los actos normativos adoptados y las relaciones

que se establecen entre éstos y el Derecho de los Estados miembros.

Una de las características de los pactos internacionales es que suelen manifestarse como entidades independientes y autosuficientes, que no necesitan de una correlación normativa entre ellos, cuando son empleados en un proceso de integración, su estructura debe ser ajustada pensando en que han de participar de un ordenamiento jurídico, de tal forma que claramente se manifiesten como elementos de un conjunto ordenado de normas.

La falta de rigor en la preparación y puesta en vigor de los convenios de integración puede originar que surjan los rasgos autárquicos de los tratados internacionales que terminan descompensando el sistema. Esto sucede con el proceso de integración centroamericano.

El actual proceso de integración se encuentra fundado sobre la base de múltiples tratados que se yuxtaponen unos sobre otros. A pesar de esta problemática, dichos tratados reflejan una aparente continuidad del proceso de integración que se inicia en los años cincuenta, pero que sólo es eso, un figurado encadenamiento de etapas.

Los tratados constitutivos, a pesar de poseer en su mayoría a los mismos Estados parte y, en muchos casos, tener por objeto materias iguales, parecen un conjunto de instrumentos normativos con muy poco orden entre sí, de ahí que resulten ser una simple acumulación de tratados de difícil sistematización.

La misma búsqueda de orden degeneró en la inconexión normativa, es así como se han ratificado tratados que desarrollan sectores especiales a los que se les ha llamado Subsistemas, los cuales son, en principio, manifestaciones del mismo Sistema de la Integración, pero orientados a las materias económicas por una parte, y social, por otra.

La multiplicidad de Sistemas y Tratados, referidos a ámbitos diferentes pero íntimamente relacionados, favorece la existencia de complejas relaciones que originan problemas muy específicos, empezando por la falta de ratificación de los mismos tratados por todos los países del área, por ejemplo, sólo en la década de los años 90 fueron ratificados completamente seis, de los veintinueve instrumentos suscritos, lo cual equivale a un porcentaje de ratificación de apenas el 20.7%<sup>162</sup>.

Existen otros inconvenientes, por ejemplo, algunos instrumentos tienen como objeto principal otro tratado, respecto del cual poseen un carácter auxiliar o complementario, tal es el caso de los protocolos que enmiendan, modifican, complementan o aclaran a otros tratados y que no son ratificados por todas los Estados de la región, aunque participen de la suscripción, verbigracia, nuevamente, los tratados que han creado los Subsistemas. Esto hace realmente difícil sostener cierta uniformidad y coherencia en el proceso de integración, aún cuando esa sea la intención que persigan los instrumentos que han originado cada Subsistema.

---

162. Sólo en la década de los años 90 fueron ratificados completamente seis de los veintinueve instrumentos suscritos, lo cual equivale a un porcentaje de ratificación de apenas el 20%, Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, Proyecto Estado de la Región, San José, 1999, Opus Cit., pág. 317.

También se presenta el caso de tratados que, no estando subordinados a otros, se encuentran simplemente condicionados entre ellos, lo cual crea cierta confusión que deriva en la difícil determinación de los alcances del derecho originario centroamericano; es el caso de los instrumentos que regulan el régimen arancelario y aduanero.

Además, existen casos de instrumentos que mantienen una relación más sutil con otros tratados, pero que no por ello dejan de alterar el sentido del régimen original.

En definitiva, el sistema normativo posee una base excesivamente desordenada y dispersa que se encuentra fundada sobre múltiples tratados que se encuentran yuxtapuestos unos sobre otros, lo cual favorece la existencia de complejas relaciones que originan problemas de seguridad jurídica.

### **3.2.- El Derecho Derivado.**

El Derecho Derivado es aquel que emana de los órganos de integración, en los límites de las competencias reconocidas por los tratados.

El artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa establece que las decisiones del Consejo de Ministros serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros, tal disposición adquiere una relevancia jurídica de naturaleza revolucionaria en Centroamérica pues introduce una nueva fuente de derechos y obligaciones entre los países miembros del SICA, de tal suerte que pueden ser consideradas como el punto de partida para construir un derecho regional unificado<sup>163</sup>.

El método de votación empleado es el consenso que, en otras palabras, se refiere a la unanimidad, siempre que no exista un veto expreso; sobre éste último, se ha desestimado la aplicación clásica del veto en las relaciones internacionales ordinarias, de tal suerte que el consenso se puede traducir, en la práctica, en una simple mayoría, siempre que no exista una oposición activa a la adopción de la decisión. Se aplica una ponderación simple a cada miembro del Consejo, disponiendo cada uno de ellos de un solo voto.

En los Subsistemas Económico y Social se regulan una serie de instrumentos normativos especiales con fines específicos:

a) Las Resoluciones que son actos obligatorios de sus respectivos Consejos, pero referentes a asuntos internos e institucionales de los Subsistemas, por tanto, el alcance de sus efectos es limitado en cuanto a sus destinatarios;

b) Los Reglamentos, los cuales tienen carácter general y son directamente aplicables en todos los Estados partes, afectando incluso a particulares;

---

163. Sobre tal aspecto, Andrea de Guttry, *El proceso de Integración Regional en Centroamérica, Recopilación de Documentos Básicos con Estudio Introductorio*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1992, pág. IV.

c) Los Acuerdos que tienen carácter específico e individual y sólo son obligatorios para sus destinatarios;

d) Las Recomendaciones que contienen orientaciones obligatorias en cuanto a sus objetivos y principios, pero que sólo sirven para preparar la emisión de resoluciones, reglamentos o acuerdos.

No queda muy claro quién es el encargado de la elaboración de los reglamentos, acuerdos y recomendaciones, ni cuál es la materia exacta sobre la cual han de ser empleados. Desde hace algunos años se trabaja en un proyecto de reforma en este tema, sin embargo, aún no existe ninguna posición final, por lo que la confusión perdura hasta el día de hoy.

Estos actos pueden entrar en vigencia desde el día de su aprobación o en la fecha que indique. La publicidad de los mismos es una carga que se impone a los Estados miembros, por lo que ella no constituye un requisito para su validez.

Como se podrá advertir, no existe un medio específico en el Sistema de la Integración o en los Subsistemas, para la aproximación de legislaciones de los Estados miembros; por ello, se puede señalar que la suscripción de tratados juega un papel muy importante a la hora de proceder con tareas de armonización de legislaciones en Centroamérica.

Probablemente en el actual momento de desarrollo de la integración regional, la existencia de instrumentos de unificación normativa no sean los más útiles para avanzar en el mismo proceso, quizás sería más valioso disponer de instrumentos que originados en las mismas instituciones regionales, permitan a los Estados miembros acordar la aproximación de políticas y legislaciones, sin necesidad de recurrir a la lenta y engorrosa negociación internacional de los tratados. Lastimosamente, esta carencia sólo se palia a través de decisiones políticas de ningún valor normativo y de los tratados internacionales, los cuales poseen las debilidades propias del ordenamiento jurídico internacional, por ejemplo el que su negociación dependa de la voluntad de los Estados, que necesiten ser acordados en conferencias intergubernamentales y ratificados según el ordenamiento interno de cada miembro, lo que en definitiva torna más escasas estas herramientas, con menos sentido de unidad y menos efectivas.

Existen instituciones regionales con facultades para la proposición o recomendación de Tratados, por ejemplo:

a) El Parlamento Centroamericano que puede proponer proyectos de tratados a negociar entre los países de la región, artículo 5 literal d del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas;

b) La Comisión de Seguridad que puede formular y trasladar a los Consejos sectoriales o intersectoriales, recomendaciones de armonización de legislaciones y tipos penales, artículo 25 literal b del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica; y,

c) La Corte Centroamericana de Justicia que es competente para hacer estudios comparativos de las legislaciones de los países del área, para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes, artículo 22 literal i) del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

Estas propuestas, recomendaciones y estudios, al ser viabilizados por la negociación internacional, entre los Estados miembros del Sistema, ya han permitido el establecimiento de normas mínimas en materias de interés regional, ejemplo es el tratamiento preventivo y judicial del Lavado de Dinero que, a través del “Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos”, podría alcanzar cierto tratamiento uniforme en todos los países del Istmo.

Entre algunos de los principales actos del Derecho Derivado centroamericano, aunque no los únicos, encontramos los siguientes:

a) El Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías, resolución número 2-95 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional, que establece los criterios para determinar cuáles son los bienes que se favorecerán con los beneficios que otorga el régimen de libre comercio de la región, así como los correspondientes procedimientos de certificación y verificación en caso de duda.

b) El Reglamento sobre el Régimen de Tránsito Aduanero Internacional, Formulario de Declaración e Instructivo. Este formulario contiene una declaración de origen, una declaración aduanera para el control respectivo, un contrato de compraventa y título de propiedad, el cual puede ser transferible o no transferible a voluntad de las partes, una declaración de valores para fines estadísticos de los Bancos Centrales, y un contrato de transporte.

c) El Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia, resolución número 19-96 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional, que establece el procedimiento para la adopción de las medidas de excepción, respecto de la circulación de mercancías provenientes de terceros países, que fueren internadas por cualquiera de los Estados miembros. Este documento es un complemento al régimen establecido en el artículo 57 del Protocolo de Guatemala, donde se establece que cualquier Estado afectado por alguna de las medidas derivadas de la aplicación de aquél, podrá pedir al Comité Ejecutivo la suspensión temporal de las providencias que causan agravio.

d) El Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio, resolución número 12-95, Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional; el cual no está referido al ámbito regional, sino a las prácticas comerciales con terceros países, en el que se establece la facultad para imponer derechos “antidumping” o derechos compensatorios, según el caso, cuando las prácticas desleales de comercio causen o amenacen causar un perjuicio grave a alguna una rama de la producción nacional, según los criterios establecidos por la

Organización Mundial del Comercio.

e) El Sistema Arancelario Centroamericano. El “Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano” determina en su artículo 7 literal c), que la aprobación de los derechos arancelarios a la importación y sus modificaciones es competencia exclusiva del Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano; y el 15 inciso 3º establece que la creación, supresión, sustitución o modificación de la nomenclatura también corresponde al Consejo; por su parte el artículo 13 establece que el Arancel Centroamericano de Importación es el instrumento que contiene la clasificación oficial de las mercancías susceptibles de ser importadas a los Estados parte, así como los derechos arancelarios para su importación; todos estos elementos constituyen el Sistema Arancelario Centroamericano, SAC, lo cuales, jurídicamente perfeccionan la sustitución, casi total, de los aranceles aduaneros nacionales, por un arancel aduanero común.

f) El Acuerdo Monetario Centroamericano, originalmente aprobado en 1974, creó el Consejo Monetario Centroamericano, modificado íntegramente el veintidós de mayo de 1999, para adecuarlo al Protocolo de Tegucigalpa, a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, así como al Protocolo y al Tratado General de Integración Económica Centroamericana. El Acuerdo regula al Consejo Monetario Centroamericano, organismo para la integración económica y monetaria de Centroamérica conformado por los Presidentes de los cinco Bancos Centrales Centroamericanos, cuenta con una Secretaría Ejecutiva que tiene personalidad jurídica y es encargada de los aspectos técnicos y administrativos del Consejo; la principal función del CMCA es armonizar y coordinar la orientación de las políticas monetarias, crediticias y cambiarias de los países centroamericanos, buscando la uniformidad de los sistemas cambiarios, la estabilidad y convertibilidad de las monedas nacionales y su utilización en las transacciones comerciales intraregionales. Asimismo, busca promover la movilidad de recursos financieros de capitales nacionales.

### **3.3.- Derecho Complementario.**

El Derecho Complementario está constituido por los acuerdos internacionales suscritos por la organización de integración, así como por los convenios suscritos por los Estados miembros, en los límites de sus competencias y según que el objeto se vincule con los objetivos de la integración regional.

Entre los principales actos del Derecho Complementario centroamericano, aunque no los únicos, encontramos los siguientes:

El 15 de diciembre de 1995 Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, firmaron en San Pedro Sula, el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, ratificado por todos, salvo Costa Rica y Panamá. Mediante éste se pretende establecer un modelo de cooperación entre las fuerzas policiales y militares para garantizar a la región, la seguridad en paz, libertad y democracia. De alguna manera, el Tratado Marco viene a sustituir al Tratado de Defensa Centroamericano de 1965, que fue firmado únicamente por Guatemala, El Salvador, Honduras

y Nicaragua -aunque el segundo de los mencionados realizó una reserva total del instrumento-, al final, nunca fue ratificado por alguno de sus Estados suscriptores.

En el ámbito económico es donde probablemente existe una mayor cantidad de acuerdos, pues encontramos, entre otros, los siguientes: el Código Aduanero Uniforme Centroamericano, posteriormente sustituido por el Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano; el Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación y sus Protocolos; el Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración y sus Protocolos; el Sistema Especial de Promoción de Actividades Productivas, incluido en el Primer Protocolo al Convenio sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración; el Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración; y el Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales al Desarrollo Industrial.

En el sector social existen dos viejos tratados: la Convención para Unificar las Leyes Protectoras de Obreros y Trabajadores, y la Convención sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales.

#### **4.- Los Principios del Derecho de la Integración y sus Relaciones con los Ordenamientos Internos.**

El Derecho de Integración forma parte del orden jurídico que se aplica en cada uno de los Estados partícipes del proceso, pero no se origina en ámbito nacional, ni se somete directamente a los condicionamientos jurídicos domésticos, porque surge del proceso de integración y se encuentra destinado a todos los asociados y a sus súbditos, de ahí que no sea ajeno a los mismos.

Por eso, aún cuando la norma no es de orden doméstico, tampoco es un Derecho extranjero. Se trata del Derecho propio de la organización al que están voluntariamente sometidos, en los campos previamente acordados, cada uno de los Estados asociados y a partir de esa aceptación es que resulta aplicable, en los territorios nacionales, lo mismo que el Derecho interno, con la cualidad suplementaria de coronar la jerarquía de los textos normativos de cada uno de ellos<sup>164</sup>.

Esta orientación determina al Derecho de la Integración como un fenómeno jurídico relativamente autónomo, con caracteres propios íntimamente conectados entre sí, que dan lugar a una realidad jurídica única<sup>165</sup>.

Los rasgos peculiares de las normas de la integración, precisamente se manifiestan a través de sus relaciones con el Derecho propio de cada uno de los Estados y son, esencialmente, los siguientes:

---

164. Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 183.

165. Paolo Mengozzi, *Opus Cit.*, Pág. 146 y sig.

#### **4.1.-La Primacía del Derecho de la Integración Centroamericana.**

Esta característica implica que el ordenamiento jurídico de la integración prevalece sobre cualquier norma nacional, lo cual se deriva de la atribución de competencias a la organización de integración, hecho que, en una perfecta correspondencia, limita las competencias de los Estados asociados.

La primacía como característica de las normas de la integración no necesita ser establecida expresamente en los tratados que fundan el proceso, constituye un presupuesto jurídico de la misma integración: admitir que una norma doméstica doblegue el valor de la norma regional, implicaría que los Estados disponen de una reserva sobre la cesión del ejercicio de las competencias, por tanto, desconocer dicho principio provocaría una completa descompensación del sistema y su ruptura definitiva.

Sobre la primacía de las decisiones, el artículo 35 establece que los instrumentos complementarios y derivados del Protocolo de Tegucigalpa prevalecerán sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo que afecte y se relacione con la integración regional suscrito entre los Estados miembros, sean estos bilaterales o multilaterales. Esta regla deja clara la primacía del derecho de la integración regional, respecto de los instrumentos internacionales suscritos entre los países del área, sin embargo, nada se dice de la situación que ostenta respecto del Derecho Interno.

En relación con este punto, el mismo artículo 22 establece que los Estados miembros pueden oponerse a la ejecución de las decisiones invocando razones de carácter legal, en cuyo caso, y previos los estudios técnicos pertinentes, se debe reconsiderar y acomodar la decisión al ordenamiento legal interno del Estado objetor. Nada se dice acerca del conflicto normativo que pueda surgir entre los Estados que adoptasen los actos por acuerdos ejecutivos y los que objetaren la decisión -potencial problema que sería capaz de crear una verdadera descompensación en todo el sistema normativo del SICA.

Es decir que, en cualquier caso, no existe una verdadera prevalencia del derecho derivado regional sobre los ordenamientos internos, pues cuando un Estado se resiste y deja sin aplicación una decisión del Consejo de Ministros, invocando la afectación de una norma doméstica, se revela la jerarquía inferior del derecho derivado frente al Derecho nacional. En consecuencia, la Primacía otorgada en el ámbito de los tratados se transforma en una característica inexistente al interior de los Estados.

#### **4.2.-Aplicabilidad inmediata.**

En cuanto a la aplicabilidad inmediata, parece que tampoco caracteriza a las decisiones, pues frente a la posible discrecionalidad de los Estados para controlar la penetración de las decisiones del Consejo de Ministros, no puede, en consecuencia, reconocerse aquélla como un rasgo intrínseco del derecho derivado regional.

La posibilidad de controlar la penetración del Derecho Derivado

se fortalece en cuanto el artículo 34 del Protocolo de Tegucigalpa establece que las decisiones pueden entrar en vigor, luego que cada Estado adopte un acuerdo ejecutivo, lo cual resulta un medio de distorsión sobre la aplicabilidad inmediata de las mismas decisiones, pues se requiere de la cooperación nacional para lograr su vigencia.

Es indudable que la falta de una instancia, que difunda los actos normativos, como podría ser un Diario o Gaceta Oficial, es un grave problema del sistema normativo centroamericano. Esta falencia hace dudar sobre la legitimidad de los derechos y obligaciones otorgados por las decisiones del Consejo de Ministros, pues por el momento resulta difícil que el Derecho centroamericano pueda ser conocido y apreciado en su verdadera dimensión jurídica por aquellos que se ven directamente afectados por él, por ejemplo, intentando precisar las fechas de aprobación, adopción nacional o publicación interna del Derecho derivado, las cuales serán diferentes en cada país. La Corte Centroamericana de Justicia, en consulta prejudicial resuelta el día veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco, advierte: "la publicidad de los actos normativos de los órganos e instituciones del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) no es requisito esencial para la validez de ellos."

Esto es una fuente de gran inseguridad, pues a los destinatarios del Ordenamiento Jurídico de la integración regional les resulta difícil determinar con meridiana claridad, y de antemano, aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de este conocimiento los centroamericanos podrán organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura, bajo pautas razonables de previsibilidad.

#### **4.3.- El Efecto Directo.**

El efecto directo de los actos normativos de las Instituciones consiste en que el Derecho de la integración otorga derechos y obligaciones a los Estados miembros y a los particulares, de tal suerte que cualquier persona puede solicitar a los jueces nacionales el cumplimiento de los Derechos conferidos<sup>166</sup>.

Por su parte, parece claro que las decisiones tienen efecto directo pues son capaces de otorgar derechos y obligaciones a los Estados miembros y a los mismos particulares, de manera que puede ser invocado directamente ante los jueces nacionales.

---

166. En ese sentido, Guy Isaac, *Opus Cit.*, Pág. 188.

## Capítulo V

### El Perfeccionamiento de los Grados de la Integración Económica.

#### 1.-Desarrollo de las etapas de la Integración Económica.

Pasamos a continuación a exponer de forma descriptiva y sintética, el perfeccionamiento de las fases de la integración económica y las políticas sectoriales complementarias en el proceso centroamericano:

##### 1.1.-Zona de Libre Comercio.

Como ya se relacionó en anteriores apartados, la Zona de Libre Comercio supone la eliminación total, inmediata o paulatina, de aranceles y otras restricciones cuantitativas de una parte sustancial del comercio entre un grupo de países, por lo que cada Estado miembro mantiene sus propios aranceles frente a terceras naciones, así como su peculiar política comercial<sup>167</sup>.

En el Protocolo de Guatemala se establece la creación de una Zona de Libre Comercio como un proyecto a realizar entre los Estados parte, aunque esta pretensión ya existía desde la época del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, cuya aplicación efectiva cayó en la indolencia durante los años ochenta.

Según lo establece el Art. 1 del Protocolo de Guatemala, la Zona de Libre Comercio supondrá la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio intra-regional, así como de las restricciones cuantitativas y cualquier medida de efecto equivalente<sup>168</sup>. Según la doctrina, puede entenderse que las barreras arancelarias son los derechos que se han de pagar en ocasión de la importación de mercancías en el territorio de un Estado; las no arancelarias se refieren a un conjunto más complejo entre las que se encuentran: a) la exacciones de efecto equivalente, que consisten en cualquier medida que consiga los mismos resultados discriminatorios o protectores que los derechos de aduana; b) las restricciones cuantitativas que consisten en los contingentes a la importación de mercancías; y c) las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, que están referidas a toda reglamentación nacional susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios comerciales<sup>169</sup>.

En los términos del Art. 1 del Protocolo de Guatemala, la Zona de Libre Comercio debería construirse sobre la más amplia libertad de circulación para las mercancías de origen regional, tal como la doctrina entiende dicho grado. A pesar de ello, las normas programáticas del

167. Véase a Josep Ma. Jordán Galduf y otros, *Economía de la Unión Europea*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, Pág. 28.

168. No obstante, el comercio regional está sometido a un variado número de obstáculos y barreras, cuya eliminación ha constituido hasta el día de hoy un permanente problema que impide el desarrollo normal del proceso: políticas económicas nacionales discriminatorias, obstáculos de origen arancelario, exacciones de efecto equivalente, etcétera.

169. Carlos Francisco Molina del Pozo, *manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, Dijusa, 2002, pág. 711 y siguientes.

protocolo necesitan de un desarrollo posterior; en este caso, sólo las reglas del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, así como algunos Reglamentos aprobados por los Consejos de Ministros que actúan en la materia, regulan el régimen de intercambio de mercancías y sus temas conexos.

El Art. 3 del Tratado General concede a los productos naturales y manufacturados originarios de los Estados parte, el ingreso libre del pago de derechos de importación y exportación en los territorios de los países socios, así también los redime de exacciones equivalentes, salvo cuando se trate de la liquidación de servicios de gabaraje, muellaje, almacenaje, manejo de mercancías y equivalentes; tampoco libera de los costos ocasionados por las diferencias del tipo de cambio de moneda. La libre circulación se extiende a la eliminación de las restricciones cuantitativas, excepto cuando se trate de medidas de sanidad, seguridad o policía.

Aunque el intercambio de mercancías de productos originarios de los Estados parte se someta al libre comercio, de conformidad con el Art. 4 del Tratado General, ciertas mercancías se encuentran sujetas a regímenes especiales excluyéndolas del libre cambio y, por tanto, sometiéndolas a un trato comercial discriminatorio.

Las mercancías de origen regional no sometidas a regímenes especiales, han de gozar del trato nacional en los países de destino, según lo establecen los Art. 3 Inciso Último del Tratado General y 7 Inciso Primero del Protocolo de Guatemala; estas reglas preceptivas se traducen, en un sentido negativo, en la imposibilidad de efectuar discriminaciones por razón de la nacionalidad, las cuales, de ser efectivas terminarían compartimentado la zona de libre cambio, pues tiene por efecto encarecer los bienes no nacionales, por lo que, en última instancia, disuaden a los agentes del mercado a consumir determinados productos y orientan la demanda hacia la producción nacional.

Condición para gozar del libre cambio es que las mercancías sean originarias de los Estados parte. Los artículos contenidos en el Capítulo II del Tratado General hacen una constante relación a los productos originarios y, especialmente, en el Art. 5 se hace una referencia genérica a las reglas de origen. Actualmente el desarrollo de esta materia se encuentra en el Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías, donde se establecen los criterios para determinar cuáles son los bienes originarios de los Estados signatarios, así como los correspondientes procedimientos de certificación y verificación en caso de duda<sup>170</sup>.

Estrechamente vinculado con las reglas de origen se encuentra el formulario de declaración centroamericano creado en 1959 y recogido por el Tratado General de Integración Económica Centroamericana. Actualmente se encuentra regulado por el Reglamento sobre el Régimen de Tránsito Aduanero Internacional, Formulario de Declaración e Instructivo.

170. Reglamento Centroamericano sobre el Origen de las Mercancías, Resolución Número 2-95 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional.

Este formulario contiene una declaración de origen, una declaración aduanera para el control respectivo, un contrato de compraventa y título de propiedad, el cual puede ser transferible o no transferible a voluntad de las partes, una declaración de valores para fines estadísticos de los Bancos Centrales, y un contrato de transporte. Los beneficios derivados del uso de este formulario deberían ser de dos órdenes: documentarios y de liberalización del Transporte; sin embargo, estos se ven disminuidos por las arbitrariedades y las restricciones al comercio existentes en cada Estado.

También las Salvaguardias constituyen un elemento que completa el panorama del supuesto régimen de libre comercio regional, en el artículo 57 del Protocolo de Guatemala se establece que cualquier Estado afectado por alguna de las medidas derivadas de la aplicación de aquel podrá pedir al Comité Ejecutivo la suspensión temporal de las providencias que causan agravio.

El Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia completa el régimen de éstas, establece el procedimiento para la adopción de las medidas de excepción respecto de la circulación de mercancías provenientes de terceros países que fueren internadas por cualquiera de los Estados miembros<sup>171</sup>.

## **1.2.-La Unión Aduanera.**

Con la Unión Aduanera, además de la eliminación de los tributos originados con la importación de bienes y otras restricciones al comercio de productos, se adopta un arancel externo común aplicable a mercaderías provenientes de terceros países, lo que asegura un nivel de protección uniforme ante cualquier producto sea cual sea el punto de la Unión por el que se importe el mismo.-

La creación de una unión aduanera en la región es una aspiración de larga data, actualmente, dicha intención se encuentra inmersa en el propósito general señalado en el artículo 3 literal e) del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, y en el artículo 15 del Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, que establece la posibilidad de constituir una Unión aduanera que permita crear una zona de libre tránsito de mercaderías, independientemente de su lugar de origen previa internación en uno de los Estados miembros.

Es patente que en la región no se ha logrado constituir una Unión Aduanera, sin embargo, uno de los elementos de base para comenzar a estructurar esta etapa es la unión de los tipos arancelarios; para tales efectos los países de la región han firmado el "Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano".

El Convenio establece en su artículo 13 que el Arancel

---

171. Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia, Resolución Número 19-96 del Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional.

Centroamericano de Importación es el instrumento que contiene la clasificación oficial de las mercancías susceptibles de ser importadas a los Estados parte, así como los derechos arancelarios para su importación; ambos elementos constituyen el Sistema Arancelario Centroamericano, SAC, lo cuales, jurídicamente perfeccionan la sustitución casi total de los aranceles aduaneros nacionales por un arancel aduanero común.

El Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano se erige como el órgano principal del régimen, artículo 5 del Convenio; su composición esta determinada por la exclusiva presencia de los ministros que en el ámbito doméstico sean los encargados de los asuntos de la integración económica. Además el artículo 7 precisa que dependiendo de la naturaleza de los temas a tratar, el “Consejo” podría reunirse con los ministros de otros ramos, especialmente se hace mención de los Ministros de Hacienda o Finanzas y de los Presidentes de los Bancos Centrales; dichas reuniones intersectoriales no constituyen un Consejo ampliado, nada por el estilo, se trata del encuentro de dicho órgano del Régimen, con los representantes nacionales interesados en los temas a tratar.

El artículo 7 literal c) del Convenio determina que la aprobación de los derechos arancelarios a la importación y sus modificaciones es competencia exclusiva del Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano; y el 15 inciso 3º establece que la creación, supresión, sustitución o modificación de la nomenclatura también corresponde al Consejo. La fuerza vinculante de las decisiones del Consejo se derivan de la delegación del ejercicio de las atribuciones arancelarias estatales en su favor, y, para garantía de su prevalencia y uniformidad, el artículo 18 prohíbe a los Estados parte cobrar otros derechos arancelarios distintos a los indicados en el SAC.

El artículo 24 del Convenio establece que los actos normativos del Consejo, en este el caso las decisiones, se pondrán en vigencia en cada Estado parte a más tardar en los siguientes treinta días de adoptado el acto, y sin más trámite que la adopción de un acuerdo o decreto ejecutivo. El recurso a los gobiernos de los Estados asociados se debe a la falta de una instancia regional especializada en difundir los actos normativos, como podría ser un Diario o Gaceta Oficial.

En el artículo 26 se regula el régimen de salvaguardia, por el cual se inaplica excepcionalmente el SAC por el término de un mes, y disponer las medidas arancelarias que estime conveniente para resolver la emergencia. La decisión de ejecutar la salvaguardia y las medidas adoptas estarán sometidas a ratificación del mismo Consejo, salvo esta circunstancia, nada dice el Convenio, porque no tiene que decirlo, sobre la restitución del ejercicio de las competencias en materia arancelaria a los órganos de cada Estado, por lo que corresponde confirmar que las medidas adoptadas en el ámbito doméstico deben ser adoptadas y ejecutadas por aquellos órganos del gobierno que según el derecho interno deban hacerlo.

La instauración del Sistema Arancelario Centroamericano constituye un elemento fundamental del proceso de unificación externa llevado a cabo por los países del área en el terreno comercial, y comprende tanto

los rubros con derechos arancelarios a la importación equiparados así como aquéllos en proceso de equiparación autorizados por el Consejo.

### **1.3.-Mercado Común.**

El mercado común implica la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de los factores de producción, así como una necesaria coordinación o armonización de ciertas políticas y legislaciones relevantes.

El Protocolo de Guatemala menciona expresamente como una de las metas consolidar un Mercado Común, sin embargo determina que los Estados parte procuraran que la libre circulación de trabajo y capital será alcanzada mediante la aprobación de políticas relevantes a este propósito.

A pesar de tan ambicioso fin, las libertades de circulación aún no se logran, como ya se advirtió las mercancías no se desplazan en un ámbito económico único pues existen grandes limitantes que impiden su liberalización; por su parte, la libre circulación de personas aún es una tarea pendiente, aunque es cierto que existen reglas comunes entre Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua para facilitar los trámites y reducir las formalidades migratorias en el ingreso y permanencia de los nacionales de dichos países a territorio de cualquiera de ellos; tampoco se ha abordado con profundidad el tema de la libre prestación de servicios y establecimiento, mucho menos la libre circulación de capitales.

Respecto de la libre prestación de servicios, en el Tratado General de Integración Económica Centroamericana se introduce el principio de trato nacional como medio para liberalizar la prestación de servicios de construcción de carreteras, puentes, presas, sistemas de riego, electrificación, vivienda y otras obras, cuando el objeto de la obra sea el desarrollo de infraestructura económica centroamericana.

El Protocolo de Guatemala ha dispuesto la posibilidad de coordinar las relaciones comerciales externas de los Estados miembros a fin de poder alcanzar un punto en el que se pueda adoptar una política conjunta de relaciones comerciales con terceros países. Dicha exigencia parece no tener un verdadero desarrollo, hasta la fecha cada nación centroamericana ha hecho lo que desea en materia de política comercial, basta saber que sólo existen tres Tratados de libre comercio negociados en conjunto por los cinco países centroamericanos, uno con Chile, otro con República Dominicana y uno más con Panamá; lo irónico del asunto es que la negociación y revisión legal de la parte normativa de los Tratados se realiza en conjunto pero suelen agregarse listados de desgravación, reglas de origen y otros textos anexos negociados bilateralmente de tal suerte que difícilmente puede hablarse de un régimen común.

También se encuentran varios Tratados pactados bilateralmente o multilateralmente por grupos de países, estos son el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá; el Tratado de Libre Comercio entre Guatemala, El Salvador, Honduras con México; el Tratado de Libre Comercio entre Nicaragua y México; y el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México.

En el Tratado General de Integración Económica existe un Capítulo entero dedicado a los Subsidios a la Exportación y Comercio Desleal, donde se aborda, de manera limitada, ciertos aspectos relacionados con la política de la competencia, en especial las actuaciones anticompetitivas de los poderes públicos estatales cuando inciden en el comercio regional, como por ejemplo, las exenciones a la importación de productos, las políticas monetarias especulativas y devaluativas, los subsidios a la exportación, la existencia de precios predatorios y el *dumping* comercial.

En este tema, existe un Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio el cual no está referido al ámbito regional sino a las prácticas comerciales con terceros países, en él se establece la facultad para imponer derechos "*antidumping*" o Derechos compensatorios según el caso, cuando las prácticas desleales de comercio causen o amenacen causar un perjuicio grave a alguna una rama de la producción nacional según los criterios establecidos por la Organización Mundial del Comercio<sup>172</sup>.

#### 1.4.-Unión Económica y Monetaria.

La Unión Económica y Monetaria implica la fusión de las economías de los Estados. En su vertiente monetaria conlleva un proceso de sustitución de las Políticas Monetarias de los Estados partícipes por las que dicte una institución común y la adopción de una moneda común.

En Centroamérica, el monetario fue uno de los sectores de la integración que se manifestó desde los inicios del proceso como uno de los más prometedores, sin embargo con el devenir del tiempo ha sufrido una sorprendente involución.

Los Bancos Centrales de Centroamérica empezaron a reunirse desde el año 1952 con el propósito de discutir los aspectos monetarios, cambiarios y crediticios de las economías del área. De esta manera llegó a establecerse un sistema de consulta y cooperación mutua destinado a dar cumplimiento a lo dispuesto en el Tratado General de Integración Económica. Entre los principales fines encomendados a los Bancos Centrales de los Estados se encontraban, establecer la cooperación necesaria para evitar las especulaciones monetarias que afectaran los tipos de cambio, y mantener la convertibilidad de las monedas de los respectivos países sobre una base que garantice dentro de un régimen nominal la libertad, uniformidad y estabilidad cambiarias<sup>173</sup>.

Posteriormente, fue firmado en febrero de 1964 el Acuerdo para el Establecimiento de la Unión Monetaria Centroamericana, dicho instrumento fue concebido originalmente como un paso vital en la constitución de la Unión Monetaria.

En julio de 1961 firmó el Convenio Constitutivo de la Cámara de

172. Reglamento Centroamericano sobre Prácticas Desleales de Comercio, Resolución Número 12-95, Consejo de Ministros Responsables de la Integración Económica y Desarrollo Regional.

173. "Resumen y Estado Actual de los Tratados de Integración Económica Centroamericana;" en Cuadernos de la Secretaría Permanente del Tratado de General de Integración Económica Centroamericana, SIECA, Número 12, Guatemala, noviembre 1984, Pág. 44.

Compensación Centroamericana con la participación de los Bancos Centrales de El Salvador, Guatemala y Honduras. El Banco Central de Nicaragua se adhirió al Convenio de referencia en mayo de 1962 y por último el Banco Central de Costa Rica hizo lo mismo en junio de 1963.

Otro de los mecanismos empleados originalmente para impulsar la Unión Monetaria fue el Fondo Centroamericano de Estabilización Monetaria creado el primero de octubre de 1969. Sus objetivos más importantes eran proporcionar asistencia financiera para corregir los desequilibrios temporales en la balanza de pagos de los países miembros y prevenir tendencias adversas al normal funcionamiento de sus regímenes cambiarios, así como constituir un mecanismo interbancario especializado, el cual operó bajo la dirección del Consejo Monetario Centroamericano y cuyos recursos debían utilizarse únicamente para los objetivos indicados.

Así se potenció el manejo del peso centroamericano como unidad de cuenta entre las transacciones de las cinco Repúblicas para préstamos del Banco Centroamericano de Integración Económica, y para las reservas de monedas de los demás países detenidas por sus Bancos Centrales. No hay duda de que la existencia de esta área de moneda común y las facilidades de compensación ayudaron a estimular el comercio entre las naciones del istmo; sin embargo las finanzas no formaban en realidad un sistema coordinado<sup>174</sup>.

Actualmente, con el Protocolo de Guatemala la integración Monetaria y Financiera es planteada como la fase culminante del proceso de integración, a la cual se llegaría de forma progresiva armonizando las políticas macroeconómicas de los Estados miembros.

Por el momento el Consejo Monetario Centroamericano se limita a realizar un seguimiento de ocho indicadores básicos de la evolución económica de la región, los cuales son revisados periódicamente a efecto de corroborar tanto el equilibrio como la estabilidad macroeconómica de los Estados miembros: Estos son:

- a) Una variación del PIB real igual a 5.0%,
- b) La tasa anual de inflación a diciembre del 9.0%,
- c) La tasa de interés pasiva promedio de referencia en términos reales a diciembre de cada año ha de ser del 5.0%,
- d) El índice del tipo de cambio efectivo real de cada moneda de los países miembros respecto del dólar de los Estados Unidos, debe oscilar entre 90 y 110,
- e) La razón que indica las reservas internacionales netas de los Bancos Centrales y la base monetaria debe ser igual a 100,
- f) La razón que indica el déficit de la cuenta corriente y la balanza de pagos con respecto al PIB debe ser igual a 3.5%,
- g) La razón que indica el déficit del sector público con respecto al PIB debe ser igual a 2.5%, y

---

174. Irvin George y Holland Stuart. Centroamérica: El futuro de la integración económica, San José, Costa Rica. Mayo 1990. Pág. 168 Sig.

h) La razón que indica la deuda pública total con respecto al PIB debe ser igual al 50.0%<sup>175</sup>.

En general, los indicadores de convergencia no sirven para establecer una Política Monetaria de obligatorio cumplimiento, sólo favorecen la creación de un ambiente para la cooperación, coordinación y negociación entre los Bancos Centrales regionales, sobre todo, para demandar atención nacional ante los problemas domésticos que puedan alterar el entorno regional o debilitar las posiciones regionales frente a negociaciones comerciales.

Sin embargo, esta cooperación monetaria no alcanza para afirmar la existencia de una unión monetaria parcial pues no existe una verdadera solidaridad entre los Estados miembros, por ejemplo, el panorama monetario-financiero centroamericano fue recientemente alterado cuando El Salvador unilateralmente aprobó la Ley de Integración Monetaria que a partir del 1 de enero del 2001, estableció el dólar como unidad de cuenta, fijó el tipo de cambio en 8.75 colones por dólar y autorizó la circulación de otras monedas<sup>176</sup>.

A partir de entonces El Salvador alcanzó una tasa de interés activa real promedio para créditos del 4.7%, el país con condiciones más cercanas es Panamá con una tasa real del 7.5%, con las otras naciones, la diferencia es mucho mayor: Costa Rica tuvo una tasa del 12.2%, Nicaragua 25.4%, Honduras 13.1 y Guatemala 9.0%<sup>177</sup>.

Probablemente, tiene mayor mérito el esfuerzo que han realizado las instituciones financieras privadas mediante la realización de acciones como fusiones y alianzas estratégicas, creación de sistemas particulares de pagos y una incipiente comunicación de las bolsas de valores. Esfuerzos que resultan más dignos cuando el ambiente económico y jurídico no está provisto de elementos como el reconocimiento mutuo, reglas de supervisión y regulación bancarias uniformes, etcétera.

## 2.- El Perfeccionamiento de las Políticas Sectoriales.

El proceso de integración centroamericano persigue ambiciosos fines, sin poseer metas y objetivos concretos que correspondan adecuadamente a su logro; no obstante existen algunas acciones específicas orientadas a reformar y modernizar la infraestructura regional, con las que puede esbozarse un espectro de política común. A continuación exponemos las más relevantes:

175. Al respecto, véase Informe Económico Regional 2000, Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano, San José, Pág. 19.

176. En ese sentido, Centroamérica: Evolución Económica Durante 2000, CEPAL, julio 2001 México, Pág. 8.

177. Los datos fueron obtenidos para Panamá de una publicación periodística aparecida en El Financiero, una edición especial de La Prensa Gráfica del día 28 de mayo del 2002, El Salvador, Pág. 3b; y para el resto Informe Económico Regional 2000, Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano, Pág. 16.

## 2.1.-Política Industrial.

Para algunos, la industria es el corazón de las economías, pues aun y cuando sólo signifique un reducido porcentaje del Producto Interno Bruto de las naciones, su actividad es decisiva, para otros sectores como el de servicios, ya que los flujos comerciales que canaliza son en su mayoría productos industriales.

Los procesos de integración ofrecen grandes oportunidades de desarrollo a la industria, así como posibilidades de realizar una transformación estructural, lograr una mayor eficiencia productiva, desarrollar nuevas actividades difíciles de emprender en forma aislada, y sobre todo, la posibilidad de fortalecer la competitividad de la industria dentro de un mercado mayor.

Se pueden reconocer algunos puntos necesarios a desarrollar: acelerar la reconversión estructural de sectores en crisis; una política para la iniciativa y desarrollo de la empresa, especialmente la pequeña y mediana; el fomento de la cooperación empresarial y una política de aprovechamiento industrial de la investigación y el desarrollo tecnológico.

En el actual proceso de integración centroamericano no existe una política industrial orientada a puntos como los señalados, aunque debe reconocerse que en la época del Mercado Común Centroamericano sí existió una línea de acción para el desarrollo industrial integrado a través de lo que se denominó las Industrias Centroamericanas de Integración, que consistía en establecer industrias nuevas o especializar y ampliar las existentes.

Cada Industria debía tener una capacidad tal que pudiera abastecer al mercado regional y no sólo el nacional, la producción era estratégicamente escogida para que repercutiera en los procesos productivos de otras industrias regionales, su ubicación geográfica sería una en cada Estado centroamericano, y su proceso productivo estaba sometido a reglas de calidad para protección de los consumidores.

Las Industrias Centroamericanas de Integración fueron beneficiadas con el libre comercio, obtuvieron rebajas arancelarias en los productos alternos producidos y no acogidos al régimen, recibieron un tratamiento especial para la importación de materias primas y envases para la producción y distribución, así también se les otorgó un sistema de Derechos y gravámenes protectores a la importación de mercancías similares o sucedáneos de los artículos producidos.

Dentro de este régimen industrial se crearon la industria de soda cáustica e insecticidas clorados en Nicaragua, la industria de llantas y neumáticos en Guatemala, y la industria de vidrio plano o en láminas en Honduras. No lograron crearse más industrias en el resto de países, debido al quiebre del Mercado Común Centroamericano.

En la actualidad probablemente lo más semejante a una política industrial podría ser el proyecto de interconexión eléctrica entre los países centroamericanos, excepto Belice, cuyos fines son la creación de un

mercado regional de la energía eléctrica y la rebaja de su precio, lo que, indirectamente mejoraría la competitividad de las empresas regionales que verían reducidos sus costos de producción.

La conexión de líneas eléctricas se inició en 1976 y fue abandonada con la ruptura del Mercado Común, luego se reanuda en 1986. A la fecha existen dos bloques, el Norte que comprende a Guatemala y El Salvador y, el Sur que comprende Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá; el último tramo de la conexión entre El Salvador y Honduras se espera completar en fechas próximas.

## **2.2.-Política de Transportes.**

El transporte implica la prestación de una actividad económica y comercial destinada a satisfacer necesidades de traslado de las personas, por tanto, se trata de un servicio que engrosa el sector terciario de la economía.

En los procesos de integración el servicio del transporte adquiere una gran importancia pues afecta a todos los sectores de actividad y participa en casi todos los estadios del proceso de producción, distribución y consumo de bienes y servicios; la sola idea de un mercado interior supone un sistema de transporte eficaz con objeto de hacer posible el movimiento de personas y mercancías<sup>178</sup>.

Usualmente los modos de transporte son clasificados en terrestres, marítimos y aéreos; sus medios son de lo más diverso: automóviles, ferrocarriles, buques, aviones, oleoductos, etcétera.

En casi todos los países del Mundo se impone el predominio de los vehículos y camiones en las carreteras; esto no quiere decir que el resto de medios de transporte ya sean terrestres, marítimos o aéreos no poseen una especial importancia, pues de cara al futuro se impone la necesidad de reconsiderar el papel que juegan los medios alternativos que impliquen más seguridad, menos contaminación, menor costo, mayor respeto por el paisaje, etcétera.

En Centroamérica la materia de transporte terrestre se encuentra regulada por el Art. 15 del Tratado General de Integración Económica; el Acuerdo Regional para Importación Temporal de Vehículos de Carretera suscrito en San Salvador el 8 de noviembre de 1956; el Acuerdo Centroamericano sobre Circulación por Carretera suscrito en Tegucigalpa el 10 de junio de 1958; y el Acuerdo Centroamericano sobre Señales Viales Uniformes suscrito en Tegucigalpa el 10 de junio de 1958.

Dichos instrumentos proporcionan en forma general un marco jurídico para temas relacionados con el transporte terrestre dejando a los Estados centroamericanos un amplio margen de actuación para su adaptación, por ejemplo: El ingreso temporal de vehículos a los Estados miembros; la regulación de los pesos, dimensiones y capacidades de los

---

178. Manuel López Escudero y otros, Derecho Comunitario Material, McGraw-Hill, Madrid, 2000, Pág. 235.

vehículos de carga; la armonización de señales viales, etcétera.

El Tratado General establece que cada uno de los Estados parte concederán en sus territorios, plena libertad a los vehículos que transporten las mercancías sometidas al libre cambio, ya sea que el destino de los productos sea dicho país o que sólo se encuentren en tránsito, especialmente éstas se encuentran exentas del pago de derechos, impuestos o contribuciones fiscales, municipales o de otro orden con motivo del tránsito, cualquiera que sea su destino. La liberalización del servicio implica la no aplicación de deducciones, discriminaciones ni restricciones cuantitativas, pero no exime de la obligación de respetar el régimen de tránsito nacional, ni de someterse a los correspondientes trámites aduanales en frontera.

Como se advierte, las reglas para el transporte de mercancías es insuficiente para satisfacer la necesidad de crear un espacio abierto para el transporte regional, así como eliminar las limitantes e inconvenientes intraregionales del sector<sup>179</sup>; tampoco se abordan asuntos de verdadero interés como son la construcción de redes centroamericanas de transporte, la elección de modelos de transporte multimodal, etcétera. La política de transporte aun carece de actuaciones relevantes que pretendan aprovechar la posición geográfica privilegiada que posee Centroamérica en el Mundo, tampoco ha podido crear un ambiente de cooperación para concretar la reparación completa de la Carretera Panamericana, así como para coordinar los múltiples proyectos de canales secos que estarían compitiendo entre sí.

Finalmente, debe mencionarse que en materia de transporte aéreo y marítimo existen sendas organizaciones de cooperación regional, el COCESNA y COCATRAM, a las cuales ya nos referimos con anterioridad, de ambas es la primera la que posee un protagonismo mayor por la naturaleza de sus funciones, el control del tránsito aéreo sobre Centroamérica así como el soporte de las telecomunicaciones aeronáuticas y radioayudas a la navegación; en materia de transporte marítimo la inversión portuaria no logra coordinarse para generar ventajas mutuas, ni aprovechar la cuantiosa inversión panameña en materia de puertos.

### **2.3.-Política Medioambiental.**

El medio ambiente está compuesto por los recursos naturales, la flora, la fauna y los minerales, los tres reinos clásicos de la naturaleza, en el escenario que suponen el suelo, el agua y el aire, es decir, el espacio natural; recientemente se han incorporado otros elementos que no son naturaleza sino historia, se trata de los monumentos y el paisaje, que son entre otras cosas, un modo de mirar distinto cada época y cultura.

La idea sobre el medio ambiente no debe acabarse en reconocer la simple agregación de los recursos naturales en su espacio natural, implica además la interdependencia compleja de todos los elementos que

179. Por ejemplo, en el documento elaborado por SIECA denominado El Sector Transporte para la Competitividad e Integración de Centroamérica, se dice: "A nivel nacional, el régimen jurídico del sector transporte está actualmente regulado por diversas leyes, creando es este sector una falta de certeza y de coordinación a nivel legal."

tienen existencia en ella y cuya relación les otorga un significado que va más allá de lo individual<sup>180</sup>.

El medio ambiente posee recursos finitos, y de la capacidad de recuperación de éstos depende el bienestar de la humanidad, hoy y mañana. Es por ello que al Derecho del hombre de poseer, administrar y utilizar los recursos naturales también le corresponde paralelamente la obligación de prevenir los daños ambientales<sup>181</sup>.

Por eso es que, el ser humano en su relación con el medio ambiente debe condicionar su misma actuación en función de proteger los recursos naturales, así como porque de esa manera su conducta se manifiesta imbuida del bien común.

Un caso de actividad social que debe ser orientada a la tutela del medio ambiente y a la satisfacción del interés común es la economía: Si se considera que el destino de los limitados bienes de la tierra es satisfacer las múltiples necesidades de los hombres, una economía orientada al bien común sería aquella que esté configurada en orden a la equilibrada explotación de la naturaleza y adecuada satisfacción de las necesidades humanas, tanto presentes como futuras, de tal forma que la persona posea un papel privilegiado y la economía se convierta en un instrumento para el bienestar y no un fin en sí mismo<sup>182</sup>.

El ser humano no se puede aislar del conjunto de cosas de la naturaleza debido a que existe una amplia variedad de bienes naturales involucrados en la producción de los bienes económicos, también la calidad del ambiente influye directamente en el bienestar de las personas, y, adentro de ciertos límites, el medio ambiente es el gran receptor de los residuos derivados de las actividades de producción y consumo humanos, lo que hace posible la continuación del ciclo productivo<sup>183</sup>.

La actividad económica constituye una de las formas inevitables de relación del hombre con el medio ambiente por lo que su uso con relevancia económica no debe realizarse en forma que comprometa su existencia, pues de él dependen el progreso social, presente y futuro, de los seres humanos.

A pesar de ser un imperativo de conveniencia el uso racional del medio ambiente, el inadecuado aprovechamiento del entorno constituye uno de los principales problemas de la sociedad contemporánea. Las consecuencias derivadas del deterioro ambiental no tienen una limitación geopolítica sino que suelen tener el potencial de trascender las fronteras de los Estados donde se originan, perjudicando directamente otras naciones y al mundo en su conjunto.

---

180. Al respecto Luis Ortega Álvarez, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, Pág. 52.

181. Véase la Carta de la Tierra, Valores y Principios para un Futuro Sostenible, Conferencia Internacional "Soria 21", 8 y 9 de marzo.

182. Joaquín María Arago Mitjans S.J., *Ética y Valores*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1994, Pág. 45 y sig.

183. Josep María Jordán Galduf y otros, *Opus Cit.*, Pág. 392.

Para corregir el mal funcionamiento de la actividad económica en perjuicio del medio ambiente se hace necesaria la intervención integral de los Estados en el ámbito nacional e internacional. Tal exigencia no está exenta de problemas debido a la imperfecta comprensión que se posee de los problemas ambientales y su interacción con las actividades humanas, y a consecuencia del impacto que determinadas decisiones pueden tener sobre la actividad económica y la tecnología que suelen crear resistencias en los agentes económicos<sup>184</sup>.

En el ámbito regional el interés por las cuestiones medioambientales se fundamenta tanto en la premisa que el deterioro ambiental no conoce fronteras, así como también en el hecho que la no integración de los costes medioambientales en los gastos de las empresas puede ser un modo de “*dumping* comercial”, cuando son asumidos de modo desigual por los Estados. De ahí que bloques de países busquen introducir modelos económicos basados en reglas de protección ambiental uniformes<sup>185</sup>.

La problemática del medio ambiente reclama a los países centroamericanos soluciones que en definitiva repercutan en las actuales pautas de producción y consumo, modifiquen el vigente modelo de desarrollo económico, reduzcan la vulnerabilidad de la región y a la vez mejoren en las posibilidades de vida de la población.

Uno de los asuntos más difíciles de la política medioambiental centroamericana es el tema de la fragilidad y la vulnerabilidad regional: la zona está sometida a fenómenos naturales y desastres recurrentes que perjudican a la población, su base productiva y la infraestructura física<sup>186</sup>.

Por eso se destaca la importancia de erradicar los modelos de comportamiento social que no se encuentran en armonía con el medio ambiente y aumenten la fragilidad ambiental de Centroamérica, por ejemplo el uso desordenado y poco planificado del territorio, la inadecuada disposición de los desechos, la sobre explotación del agua y el inadecuado tratamiento de las aguas negras, el uso excesivo de plaguicidas en las tareas agrícolas, la deforestación y la agricultura en laderas sin planes de manejo conservación de suelo<sup>187</sup>.

Para la gestión de la cooperación regional tendiente a la utilización óptima y racional de los recursos naturales del área, el control de la contaminación y el restablecimiento del equilibrio ecológico, se constituyó la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo<sup>188</sup>, la cual se dedicará especialmente a la coordinación de las acciones estatales orientadas a la protección del medio ambiente y la promisión del desarrollo sostenible.

---

184. Josep María Jordán Galduf y otros, *Ibíd.*, Pág. 392.

185. Al respecto, véase a Ferran Brunet, *Opus Cit.*, Pág. 506 y sig.

186. En ese sentido, Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, Proyecto Estado de la Región, San José, 1999, Pág. 52.

187. Así en Proyecto Estado de la Región, *Ibíd.* Pág. 52.

188. Creada en el Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, suscrita en diciembre de 1989.

Por otra parte, la Reunión de Presidentes aprobó en Managua, Nicaragua, el 12 de octubre de 1994 la “Alianza para el Desarrollo Sostenible”. Dicho instrumento no posee un efecto vinculante pero tiene un valioso valor político; en él se indica que los países de la región deben realizar un cambio del esquema de desarrollo, de sus políticas y acciones, fundamentando la transformación en el equilibrio ecológico y el soporte vital de la región, así como un proceso que persiga mejorar la calidad de vida del ser humano y lo coloque como centro y sujeto primordial del desarrollo, aplicando criterios que conjuguen el crecimiento económico con la equidad social, el cambio en los métodos de producción y en los patrones de consumo.

En la Alianza se precisó que la transformación del modelo de desarrollo debe implicar el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local, así como el fortalecimiento y la plena participación ciudadana, en convivencia pacífica y en armonía con la naturaleza, sin comprometer, pero garantizando, la calidad de vida de las generaciones futuras.

Entre los principios medioambientales destinados a regir las políticas, programas y actividades promovidas por los Estados miembros del Sistema se encuentran: el respeto a la vida en todas sus formas, el mejoramiento de la calidad de vida, el respeto y aprovechamiento de la vitalidad y diversidad de la tierra de manera sostenible, la promoción de la democracia como formas básicas de convivencia humana, el respeto a la pluriculturalidad y diversidad étnica de la región, el logro de mayores grados de integración económica entre los países de la región y de estos con el resto del mundo y la responsabilidad intergeneracional.

Además, se dedica una parte especial donde se determina que el agotamiento y el deterioro de la base renovable de los recursos naturales en Centroamérica es un problema para su desarrollo futuro, y en el cual la contaminación del agua, el aire y la tierra se ha incrementado rápidamente y probablemente continúe si no se reorientan los procesos actuales de desarrollo e industrialización.

Tal consideración sirve de preámbulo para que la Reunión de Presidentes declarase la urgente necesidad de formular compromisos y diseñar políticas en las áreas de control y prevención de la contaminación del agua, el aire y la tierra, entre otras.

Sin embargo, parte negativa de toda esta iniciativa integradora en el ámbito del medio ambiente es la falta de una verdadera coherencia entre las declaraciones y las acciones de los órganos de la integración regional y los Estados miembros, siendo inexistente la interacción institucional a todo nivel, lo que no permite una adecuada coordinación de las normas internas respecto de las directrices de la Alianza para el Desarrollo Sostenible que impide se manifieste una labor concreta en la materia.

## Capítulo VI

### La Resolución de Conflictos y la Interpretación Uniforme en el Sistema de Integración.

#### 1.- Una aproximación histórica.

En el año de 1907, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica firman en Washington el Tratado de Paz y Amistad y seis Convenciones más. El principal deber a que se comprometieron los Estados era a mantener en sus relaciones mutuas la paz y armonía, resolviendo todas sus diferencias en forma pacífica a través de una Corte de Justicia Centroamericana cuya sede estaría en Cartago, Costa Rica<sup>189</sup>.

Inicialmente se pretendía establecer una Corte de Justicia Arbitral, a semejanza del Tribunal Permanente de Arbitraje, para resolver las dificultades que surgieran entre los países centroamericanos; el proyecto presentado originalmente fue conocido por Anderson Gallegos, y contemplaba el establecimiento de un tribunal permanente de arbitraje. Este proyecto fue sometido a una comisión, que después de discutirlo previamente con representantes de México y Estados Unidos, lo modificó completamente.

Centroamérica disputa haber creado por primera vez en la historia una corte internacional de justicia de carácter permanente, jurisdicción propia y valor obligatorio; aunque hay quienes afirman que el primer órgano jurisdiccional permanente fue el Tribunal Permanente de Arbitraje, creado en 1899, sin embargo, lo permanente en él se reduce a la oficina y a una lista de árbitros propuestos por los distintos Estados que forman parte del tratado de creación.

El principio fundamental de la Corte fue el arreglo pacífico de sus diferencias a través de un tribunal regional, el Artículo primero del Tratado General de Paz y Amistad, estableció: “Las Repúblicas de Centro América, consideran como primordial de sus deberes, en sus relaciones mutuas, el mantenimiento de la Paz y se obligan a observar siempre la más completa armonía y a resolver todo desacuerdo o dificultad que pueda sobrevenir entre ellas, de cualquier naturaleza que sea, por medio de la Corte de Justicia Centroamericana, creada por la Convención que han concluido al efecto en esta fecha”.

Este principio fue desarrollado en la “Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana”. El Tribunal, de acuerdo con las facultades que se le otorgaron procedió a promulgar su Reglamento Interno en diciembre de 1911, cuyo artículo primero engloba muy bien todas las características de Tribunal: “ La Corte de Justicia Centroamericana tiene por objeto garantizar con su autoridad, basada en el honor de los Estados y dentro de los límites de la intervención que le ha sido concedida, los derechos de cada uno de ellos en sus recíprocas

189. Así, Hugo Lindo, *La Integración Centroamericana ante el Derecho Internacional*, Ministerio de Educación, San Salvador, 1969, Pág. 212; y Alfred Verdross, *Opus Cit.*, Pág. 276.

relaciones, así como mantener estas la paz y la armonía, y es por su naturaleza, por sus atribuciones y por el carácter de su jurisdicción, un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, con potestad para juzgar y resolver a petición de parte, todos los asuntos comprendidos en su ley constitutiva y para sostener y administrar, conforme a la misma, la oficina de su despacho y los intereses de ésta.”

El objeto principal de la Corte de Justicia Centroamericana eran todas las controversias que ocurrieron entre los gobiernos contratantes, sin excepción ninguna, exigiendo únicamente el requisito no haberse llegado a un avenimiento diplomático; esta condición fue interpretada de una manera muy amplia en los casos que se le plantearon a la Corte, la cual sostuvo siempre que no era necesario se procediera a la gestión diplomática, si del estado circunstancial de las cosas se pudiera inferir como inútil cualquier gestión en ese sentido.

La jurisdicción de la Corte de Justicia Centroamericana estuvo abierta a los particulares originarios de los Estados miembros, reconociéndoles capacidad para demandar a los Gobiernos de la región por violación de sus derechos. Su legitimación activa estuvo condicionada a que se hubiesen agotado los recursos internos o que existiese denegación de justicia.

La Corte de Justicia Centroamericana pereció en el año de 1918, a causa de una serie de faltas en su organización, incluidas medidas inadecuadas para asegurar la independencia de criterios de sus miembros y definir su competencia<sup>190</sup>, pero, por encima de todo, fracasó por estrellarse contra dificultades políticas insuperables derivadas del segundo fallo pronunciado en el litigio entablado por las Repúblicas de El Salvador y de Honduras en contra de Nicaragua con Estados Unidos por atrás, respecto de la soberanía que correspondía a dichos países en el Golfo de Fonseca<sup>191</sup>.

Con un nuevo patrocinio norteamericano se logró el 7 de febrero de 1923 la firma del Tratado General de Paz y Amistad entre Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Honduras, así como nueve convenciones más, entre ellas una que establecía el Tribunal Internacional Centroamericano, el cual pretendía sustituir a la Corte de Justicia Centroamericana que había desaparecido poco antes, sin embargo aquel era más bien una institución arbitral<sup>192</sup>.

En 1951 los países del Istmo crean la Organización de Estados Centroamericanos, en adelante ODECA, para orientar la integración política

---

190. Véase a Shabtai Rosenne, *El Tribunal Internacional de Justicia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, Pág. 43.

191. Esto fue en ocasión del Tratado Bryan-Chamorro, suscrito por Estados Unidos y Nicaragua, en el cual se otorgaba a la Marina de Guerra Estadounidense, el derecho a establecer bases en el Golfo de Fonseca. La República de El Salvador invocó la llamada doctrina Meléndez, según la cual, el Golfo de Fonseca es una bahía histórica, cuya soberanía corresponde en condominio a los países limítrofes. La Corte admitió esta tesis, falló en tal sentido y las consecuencias ulteriores le fueron adversas.

192. Véase a Oscar De León Aragón, *Recopilación de los Convenios, Protocolos y Acuerdos celebrados entre los cinco países del Istmo, relativos a la Integración Centroamericana*, Edición de la Tipografía Nacional, Guatemala, 1969, Pág. 3.

y económica de la región; su estructura institucional fue para ese momento histórico muy avanzada<sup>193</sup>, y comprendía la Corte Centroamericana de Justicia como un tribunal no permanente e integrado por los presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de los países miembros.

Como es conocido, el esfuerzo de la ODECA es abandonado en la década de los años setenta y ochenta, a pesar de ello, después de una serie de reuniones los presidentes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, suscriben en 1991 el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, por el que se readecua el marco jurídico e institucional de la ODECA. El Sistema posee una base institucional que incluye una nueva regulación sobre la Corte Centroamericana de Justicia. El Estatuto que actualmente determina la integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte fue suscrito en diciembre de 1992, sin embargo, sólo se encuentra vigente para los tres países de la región que lo han ratificado, Nicaragua, Honduras y El Salvador.

## **2.- Organización y Funcionamiento.**

Es conveniente precisar como se regula la organización interior de la Corte Centroamericana de justicia, su composición y funcionamiento, las formas de creación de las salas o cámaras vinculadas o dependientes de ella, así como la atribución y distribución de competencias a su interior. El análisis de esta materia es relevante por cuanto afinará el tema de sus competencias.

### **2.1.- Composición.**

El artículo ocho del Estatuto, al referirse a la composición del Tribunal no determina el número de magistrados que han de componerlo, aunque establece que se integrará con magistrados titulares originarios de cada uno de los Estados miembros, los cuales serán electos por períodos de diez años por las Cortes Supremas de Justicia de cada País. En el artículo 46 se determina que será el Consejo Judicial Centroamericano quien establezca el número de Magistrados, el cual ha establecido un número de dos por Estado.

Según el Artículo nueve, los Magistrados deberán ser personas que gocen de alta consideración moral y reúnan las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales; no obstante, los requisitos que puedan existir en cada país respecto de la edad se pueden dispensar siempre y cuando el candidato a Magistrado sea un jurisconsulto de notoria competencia.

A pesar que los Magistrados son elegidos con total discrecionalidad por las Cortes Supremas de Justicia de cada Estado, el artículo seis del Estatuto establece que la Corte representa la conciencia nacional centroamericana, lo cual implica, sobre todo, la independencia y autonomía

193. Al respecto Andrea de Guttry, *El proceso de Integración Regional en Centroamérica*, Recopilación de Documentos Básicos con Estudio Introductorio, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1992, Pág. XXI.

de la Corte sobre los Estados miembros.

Esta misma independencia se refuerza en el artículo catorce del mismo Estatuto, donde se asienta el principio de la independencia. También, en el artículo tres del Reglamento, se establece que los Magistrados deben jurar absoluta imparcialidad e independencia; y según el artículo quince del Estatuto, éstos deberán abstenerse de intervenir en otras ocupaciones profesionales que sean incompatibles con el carácter y la dignidad del cargo, para el caso, las actividades políticas y administrativas. La violación de cualquiera de estos preceptos, da motivo a la remoción del Magistrado de su cargo.

Los Magistrados, titulares y suplentes, designados por las Cortes Supremas de Justicia, deberán, a más tardar treinta días después de su elección, ser juramentados por el Consejo Judicial Centroamericano; luego de lo cual, le corresponderá al Magistrado Presidente de la Corte, poner en posesión de su cargo a cada Magistrado Titular.

## **2.2.- Organización Interna.**

De acuerdo a lo mencionado en el ya citado artículo siete, la Corte puede dividir o distribuir sus competencias y jurisdicción en Salas o Cámaras; en ellas solo se podrán conocer y resolver aquellas controversias en que las partes expresamente consientan su sometimiento.

La compartimentación de la Corte en salas especializadas responde a una posible distribución entre sus miembros de los diversos asuntos que se conoce en razón de la materia, por lo que no debe entenderse modificada la característica de ser un tribunal de una sola instancia.

## **2.3.- Funcionamiento.**

La Corte es el Órgano Judicial principal y permanente del Sistema de la Integración Centroamericana; de acuerdo al Protocolo de Tegucigalpa, le corresponde garantizar el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del Derecho de la Integración Centroamericano.

La sede de la Corte es la ciudad de Managua, capital de la República de Nicaragua; aunque esto no impide que pueda decidir realizar la celebración de algunas de sus sesiones en cualquier parte del territorio de los países de la región.

Ejerce sus funciones en sesión plenaria según lo establece el artículo siete del Estatuto, aunque el artículo catorce del Reglamento determina que no se puede realizar ninguna sesión válida sin estar presentes la mitad más uno de los Magistrados en funciones. Las sesiones deben celebrarse cada vez que sea necesario, y por lo menos, una cada semana.

El derecho que tendrá que aplicar para cumplir con tal tarea, será el Protocolo de Tegucigalpa, sus instrumentos complementarios y los actos derivados, es decir, los actos normativos que tengan origen en los órganos del sistema, de acuerdo a lo establecido en el artículo veintidós del Protocolo

de Tegucigalpa, o sea, las decisiones y actos adoptados por el Consejo de Ministros.

### **3.- Jurisdicción y Competencias.**

La Corte Centroamericana de justicia es un órgano judicial, dispone de competencias que lo convierten en un nuevo centro de poder diferente a los órganos jurisdiccionales estatales, que la perfilan claramente en un órgano de integración.

#### **3.1.-La Jurisdicción.**

La Corte posee jurisdicción propia la cual es obligatoria para los países de la región así como para los órganos u organismos del Sistema de Integración Centroamericano, ello se traduce en la facultad de interponer acciones sin necesidad de acuerdo para someter la controversia a la Corte en los casos contemplados en el Estatuto.

Sin embargo, se establece una excepción a esta regla general, y lo constituyen las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, las que para ser de conocimiento de la Corte requiere la solicitud expresa de todas las partes interesadas y el previo intento, por parte de las Cancillerías nacionales, de lograr un avenimiento del conflicto. Sobre estos casos, cabe interrogarse si la Corte dispone del derecho adecuado para aplicar, pues como ya se dijo, ella posee un conjunto específico de normas, en virtud de las cuales debe resolver.

Vale mencionar que el Estatuto de la Corte no niega la legitimación activa de los particulares en los recursos que conoce, a pesar de ello, por jurisprudencia establecida en la misma Corte y, probablemente ante el temor de verse desbordada en el trabajo judicial, sólo son admitidos aquellos casos en que se han agotado las instancias internas.

#### **3.2.- Los Recursos Directos.**

En cuanto a sus competencias, la Corte tiene por atribución general el respeto del derecho en la interpretación y ejecución del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. Entre sus competencias específicas se encuentra el conocimiento de los siguientes recursos:

##### **a) Recursos de tipo Internacional.**

La Corte puede conocer de cualquier controversia que se suscite entre los Estados miembros, a excepción de los temas fronterizos, territoriales y marítimos, siempre que sea a solicitud de alguno de los involucrados, requisito que constituye una manifestación del principio de soberanía e independencia aplicable a las relaciones tradicionales de cooperación.

Se puede constituir en un Tribunal de Justicia Internacional no regional, cuando conozca de las controversias entre un Estado centroamericano y un tercer Estado, nuevamente, bajo la condición de

que el conflicto le sea sometido de común acuerdo.

También la Corte puede fungir, si lo acepta, como árbitro en todos aquellos casos que los Estados partes le sometan; en caso de aceptar la competencia, los interesados podrán disponer si ésta funcionará como árbitro de derecho o árbitro arbitrador, en cuyo caso conocerá y resolverá la controversia según el principio "*ex aequo et bono*", empleando el buen sentido y razones justas para alcanzar un resultado equitativo para las partes.

Sumamente innovador a nivel internacional -aunque no a nivel regional, pues la regla a la cual me referiré era recogida de la extinta Corte de Justicia Centroamericana-, resulta la capacidad de la Corte para conocer, a solicitud de afectados, de aquellos conflictos que puedan surgir entre los poderes u órganos fundamentales de los Estados del istmo; es decir, que pueden resolver conflictos entre los poderes de un mismo Estado.

b) Recursos relativos al control de legalidad del Derecho de Integración.

Se establece la competencia de la Corte para conocer acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos de los organismos del Sistema, supuesto especialmente dirigido a las Instituciones de integración regional. También dispone de facultades para conocer de las acciones dirigidas en contra de aquellos actos de Derecho interno adoptados por un Estado miembro que afecten a los convenios, tratados y cualquier norma del Derecho de integración centroamericano.

Se dispone de atribuciones para conocer de acciones motivadas en perjuicios ocasionados a particulares, a consecuencia de los acuerdos adoptados por los órganos u organismos del Sistema, que se sometan directa e individualmente.

Los conflictos laborales o de otra naturaleza, entre los miembros del personal de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, y estos mismos, podrán ser conocidos en última instancia por la Corte. En este caso, el interesado tiene la facultad de constituirse ante el órgano u organismo que supone está violentando sus derechos laborales, interponiendo apelación para ante la Corte; una vez se admita la alzada, será emplazado el apelado para contestar agravios, contestados los agravios o en su rebeldía, la Corte dictará sentencia a más tardar veinte días después.

### **3.3.- La Competencia Consultiva.**

Las consultas sobre casos sometidos por las Cortes nacionales y órganos u organismos del SICA.

Los Estados podrán formular consultas a la Corte sobre la interpretación de cualquier tratado o Convención Internacional, o respecto a conflictos de los Tratados entre sí o con el Derecho interno de los países, con lo cual se puede llegar a determinar la compatibilidad de tales

instrumentos con el Derecho de la Integración Regional.

Además, este Tribunal también dispondrá de competencias consultivas para expresar opiniones ilustrativas sobre aquellos casos que le sean sometidos por las Cortes nacionales, vía el organismo de comunicación del Tribunal de justicia nacional, usualmente el secretario de cada Corte; en dichos casos servirá de un tribunal de consulta permanente, sin embargo sus opiniones no serán obligatorias (como es en todos los demás casos en que evacua consultas), sino que tendrán estrictamente carácter consultivo.

También tiene facultades para constituirse en órgano de consulta de los órganos u organismos del Sistema de Integración Centroamericano, en la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa, su derecho complementario y derivado; en este caso, tal como lo establece el artículo veinticuatro del Estatuto, las consultas evacuadas serán de obligatorio cumplimiento.

Otra de las competencias consultivas son las consultas prejudiciales requeridas por todo juez o tribunal que conozca de un caso pendiente de fallo. La Corte podrá resolver de toda consulta prejudicial requerida por cualquier juez o tribunal que conozca de un caso pendiente de fallo, sobre el cual mantenga duda para su resolución, para obtener así, una interpretación y aplicación uniforme de las normas que rigen el ordenamiento jurídico del Sistema de la Integración Centroamericana, sus instrumentos complementarios y actos derivados.

Sobre la consulta prejudicial debemos decir que no es un recurso directo porque la Corte no resuelve el caso en concreto –aunque contribuye–, éste lo resolverá el tribunal interno. En el fondo, la cuestión prejudicial constituye un incidente, que surge del proceso principal, pero el cual será tramitado ante la Corte Centroamericana.

El incidente se configura como un proceso dilatorio, accesorio dentro del juicio principal, sobre la validez e interpretación de la norma. Estas diligencias se tramitarán en un término de treinta días, posteriores a la recepción de la solicitud hecha por el Juez o Tribunal nacional, al evacuarse, la Corte se remitirá una certificación conteniendo su interpretación.

#### **4.- El Procedimiento Contencioso.**

A la fecha, la Corte en uso de sus facultades ha emitido el Reglamento interno y su Ordenanza de Procedimientos, instrumentos donde se regulan aspectos relevantes para la sustanciación de los recursos.

El tipo de proceso que se ha dispuesto emplear en la Corte se caracteriza por una relativa disposición de sus miembros para dirigir el proceso y aplicar la oralidad.

Aun cuando se vislumbra que el proceso se encuentra regido por el principio dispositivo, se nota una mayor participación de los juzgadores

en la sustanciación, a diferencia de los procesos tradicionales donde es más bien el impulso es obra exclusiva de las partes. De esta manera se evidencia que en la etapa probatoria, el Tribunal tiene grandes facultades para: decidir la necesidad de prueba; los hechos que han de probarse y los términos en que se realizará la probanza; y además puede exigir o aceptar los medios de prueba que estime convenientes, para con ello, al momento de sentenciar, estar en capacidad de mejor proveer.

Los momentos procesales que van desarrollando el proceso empleado en la Corte, son los que se enuncian a continuación:

En un primer momento, el demandante presenta su escrito de demanda ante el Secretario de la Corte, o en su defecto, por razón de la distancia, al Secretario de la Corte Suprema de Justicia de cualquiera de los Estados miembros en que se encuentre.

La Corte como acto inicial, al recibir el escrito de demanda, debe determinar su competencia, pudiendo declarar inadmisibles la demanda si se llegara a considerar incompetente.

Admitida la demanda se ha de notificar a la parte demandada, personalmente o por medio de su representante legal en el caso de los incapaces y las personas jurídicas; tal notificación tendrá la calidad de emplazamiento para que se presenten a contestar la demanda en un plazo que fijará la Corte, que no podrá ser mayor de sesenta días.

Al término de ocho días luego de contestada la demanda, la Corte decidirá, de oficio o a petición de parte, sobre si es procedente la apertura del período probatorio para demostrar las circunstancias alegadas.

Si se resuelve abrir a prueba, la Corte ha de resolver qué hechos han de probarse y otorgará el término que estime conveniente para que tal probanza sea aportada.

Las pruebas serán valoradas de acuerdo a un razonamiento libre, debiendo detallarse al momento de sentenciar, los criterios de valoración que se hubieren aplicado, es decir, razonar el valor apreciado en las pruebas.

Una vez se determine por la Corte que se dispone de los medios probatorios necesarios y suficientes, para declarar, establecer y ejecutar los derechos que se aleguen o reclamen; fijará fecha para la verificación de la audiencia, convocando a las partes para su concurrencia.

Llegado el día de la audiencia, que será pública salvo excepciones, se abrirá el debate oral conducido por el Presidente de la Corte, previa lectura de un resumen objetivo del desenvolvimiento del proceso. Con esta diligencia se procura lograr una intermediación, o relación directa y personal entre los sujetos del proceso y los miembros del Tribunal, concentrar el debate procesal en una sola audiencia, y conseguir un rápido desarrollo del proceso.

Al finalizar la audiencia, el Tribunal puede considerar conveniente la práctica de nuevas pruebas o la ampliación de las ya aportadas. En todo caso, agotas las diligencias probatorias o luego de la etapa procesal de la audiencia, la Corte deberá dictar el fallo que decida definitivamente el asunto controvertido.

### **5.- La Sentencia.**

Las sentencias emitidas por la Corte son de obligatorio cumplimiento adquiriendo autoridad de cosa juzgada para los Estados miembros, órganos de integración y particulares que se han mostrado parte en los procesos. La Doctrina tiene carácter vinculante para los mismos sujetos.

La sentencia, como toda decisión tomada por la Corte se adoptará con el voto favorable de al menos la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal. Tal resolución será definitiva e inapelable, es decir que adquiere autoridad de cosa juzgada, obligando con su determinación a las partes intervinientes a su cumplimiento.

La ejecución de la sentencia corresponde a los Tribunales nacionales, que están obligados a seguir su cumplimiento compulsivo -si es necesario- por los medios que el derecho interno le determine.

### **6.- Addenda**

Al momento de escribir estas palabras, la Corte Centroamericana de Justicia enfrenta un gran problema, se reformó el Art. 35 del Protocolo de Tegucigalpa por el cual se introduce el mecanismo de solución de controversias comerciales entre los países centroamericanos, lo cual ha permitido que el Consejo de Ministros de la Integración Económica formule la respectiva decisión desarrollando los medios alternos a emplear. La figura resta participación a la Corte y limitará aun más su actuación regional. Además, de los actuales tres Estados miembros del Estatuto de la Corte, Honduras anunció su intención de abandonar la institución, lo que probablemente implique la eventual denuncia del instrumento.

En consecuencia, tal vez estamos presenciando los últimos momentos de existencia de nuestro actual tribunal regional.

## **Conclusiones Generales**

La integración plantea un escenario en el cual un grupo de Estados voluntariamente consiente en modificar sus relaciones de poder, aceptando que una instancia distinta a ellos establezca las decisiones políticas fundamentales que han de regir a los agregados humanos conducidos por cada uno de aquéllos. Para tales efectos, ceden el ejercicio de ciertas competencias a una organización común, la cual adquiere facultades y capacidades especiales, entre ellas comprometer a los Estados y vincular directamente a la población en los campos y condiciones previamente establecidos.

El avance cualitativo de la integración sólo es posible cuando existe la adecuada madurez y seriedad en las naciones que están dispuestas a embarcarse en una odisea como aquélla, y es que las relaciones de integración distan mucho de las convencionales relaciones de cooperación internacional, donde los Estados centralizan los procesos de toma de decisiones y, por consiguiente, la definición de las políticas públicas.

La voluntad para participar de la integración debe materializarse en mecanismos especiales como el Derecho derivado y las instituciones comunitarias, diseñados de tal manera que permitan crear un sistema relativamente equilibrado entre los intereses comunes y los nacionales, por cuyo medio se pueda armonizar las posiciones de cada Estado, así como alcanzar compromisos aun cuando existan diferencias y obtener mutuas gratificaciones en las interacciones que surjan. La creación de estos sistemas de normas e instituciones es imperativa para la integración, pues definen su naturaleza y constituyen una garantía para intentar alcanzar responsablemente los fines comunes acordados por los Estados que participan del proceso.

Los rasgos característicos con los cuales se puede distinguir un proceso de Integración son, en esencia, los siguientes: las competencias desarrolladas por la organización de integración son de las mismas que resultan de las funciones superiores de los Estados; existen instituciones que interactúan desde la organización y cuya legitimidad se deriva de representar y defender los intereses comunes; la salvaguardia del Ordenamiento Jurídico suele estar confiada a sistemas jurisdiccionales muy elaborados; existe un sistema institucionalizado de creación de normas, sin que sea necesaria la aprobación previa de los Estados; y los actos suelen ser adoptados según las reglas de votación de las mayorías. Especialmente, los actos normativos poseen características especiales que los individualizan, como son, la Primacía, la aplicabilidad inmediata y el efecto directo.

Sobre Centroamérica, no resulta difícil comprender cómo después de la independencia, las provincias que formaron parte de la Audiencia de Guatemala, se sometieron a un proceso de desintegración del bloque, que a la vez representa un proceso de consolidación nacional, donde la identidad política y social es más estable y homogénea en cada país que con el resto del área.

El origen de las fuerzas centrífugas en Centroamérica se remonta con mayor claridad a los tiempos de la Colonia con la implantación de la división político-administrativa española, las que se ven redimensionadas a través de grupos económicos y políticos que poseían intereses muy claros y diferenciados. Es por eso que, si bien la base histórica común de Centroamérica es la pertenencia a la Audiencia de los Confines que estableció el imperio colonial español, el surgimiento de los Estados independientes se debe a la formación de jurisdicciones administrativas en los mismos que, a la vez, fomentaron el desarrollo paulatino de grupos con aspiraciones independientes. Si esto es así con relación a Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, resulta más evidente con respecto a Belice y Panamá.

El actual proceso de integración en Centroamérica tiene ciertos trazos del sistema jurídico europeo, en ambos casos, encontramos Instituciones similares que desarrollan algunas atribuciones parecidas, por ejemplo: la Reunión de Presidentes recuerda al Consejo Europeo; el Consejo de Ministros tiene un referente muy importante en el Consejo; el Parlamento Centroamericano se asemeja vagamente al Parlamento Europeo; la Corte Centroamericana de Justicia tiene por modelo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etcétera.

Las similitudes no se agotan ahí, las tres organizaciones comunitarias originales CEE, CECA y CEEA, plantearon la posibilidad de fundar un proceso de integración sobre la base de múltiples asociaciones de Estados. Los centroamericanos con una finalidad distinta, pero con una lógica similar, crearon divisiones del Sistema en segmentos claramente diferenciados.

Sin embargo y a pesar de todas estas coincidencias, el modelo comunitario europeo parece mal adaptado y peor aplicado; con ello se ha contribuido al escaso desarrollo del mismo SICA; aunque la mayor responsabilidad debe atribuirse a los mismos dirigentes regionales que han demostrado poca voluntad por hacer las cosas bien. A continuación nos explicamos.

El Sistema de la Integración Centroamericana es un instrumento al servicio de los Estados, los compromisos adquiridos son extremadamente débiles, debido al carácter predominantemente intergubernamental de la cooperación diseñada; de ahí que el método aplicado sea la cooperación intergubernamental y no la integración.

El rasgo predominante del Sistema es la voluntariedad de los Estados miembros en cumplir sus compromisos o profundizar en el proceso. Realmente importante es destacar que, en el proceso de adopción de las decisiones la falta de consentimiento de un representante nacional permite excluir a su país de cumplir lo acordado por los demás, pudiéndose apartar de la posición mayoritaria sin más sanción que el reproche político del resto de miembros del SICA.

Por otra parte, el sistema normativo e institucional del Sistema posee una base excesivamente desordenada y dispersa, pues se encuentra fundado sobre múltiples Tratados que se encuentran yuxtapuestos unos sobre otros, lo cual favorece la existencia de complejas relaciones que originan problemas de seguridad jurídica.

También existe una gran diversidad de órganos e instituciones donde se ven disipadas las distintas tareas a realizar, y que, a través sus acciones carentes de contundencia, se pretende justificar inútilmente el proceso; de ahí que aun es necesario ordenar de manera jerárquica y definir adecuadamente las atribuciones de cada instancia.

En materia de adopción de las decisiones el método de votación empleado es el consenso, y se aplica una ponderación simple a cada miembro del Consejo de Ministros, disponiendo cada uno de un solo voto. Este sistema evoca directamente a las formas de votación tradicional

empleadas en las organizaciones internacionales de cooperación y no a las de integración.

Las decisiones de obligatorio cumplimiento pueden entrar en vigor luego que cada Estado adopte un acuerdo ejecutivo, lo que es una distorsión sobre la aplicabilidad inmediata de aquellas. También, existiendo acuerdo, no hay mayor limitación para que un Estado pueda sustraerse del cumplimiento de las reglas establecidas, bastándole invocar aspectos de mera legalidad interna para sustraerse del cumplimiento de la decisión. Dicha posibilidad no permite la vigencia de la Primacía.

En el proceso centroamericano las decisiones constituyen instrumentos de unificación normativa que, por el momento y como se ha advertido, no son los instrumentos más útiles, por el contrario, sería más valioso disponer de instrumentos que permitieran a los Estados miembros acordar el acercamiento de políticas y legislaciones, sin necesidad de recurrir a la lenta y engorrosa negociación internacional de los Tratados. Sin embargo, el Sistema aún no cuenta con un medio específico para la aproximación de normas, lo cual es irónico, pues representa un instrumento de menor envergadura y peso político que el caso de la técnica de la unificación normativa.

Por otra parte, se advierte un desarrollo incompleto de los grados de integración, la zona de libre comercio no está fundamentada exclusivamente en la eliminación de los aranceles, sino en su reducción, además, con todo y sus singularidades no existe una irrestricta libre circulación de mercancías, debido a los innumerables obstáculos y barreras al comercio regional.

En cuanto a la Unión Aduanera, existe el Arancel Externo Común por el cual se han coordinado las legislaciones aduaneras nacionales aproximando los tipos impositivos arancelarios. Además, aunque existe un Servicio Aduanero Común, éste no se encuentra verdaderamente articulado, pues se trata de las mismas administraciones nacionales.

El mercado común no se ha logrado, lo que resulta obvio de sólo advertir que los anteriores grados aún son incompletos. Por lo demás, parece que los países centroamericanos desean conservar el mayor grado de autonomía en sus estrategias comerciales, actuando con claros límites para la participación de las instancias regionales.

La Unión Económica y Monetaria ha sufrido una sorprendente involución. En sus inicios se estructuró un modelo de cooperación monetaria relativamente estricta, que prometía mucho. Ahora esa forma incompleta de unión ha sido desarticulada y básicamente solo existe un foro de coordinación, el Consejo Monetario Centroamericano, el cual se limita a realizar un seguimiento de ocho indicadores básicos de la evolución económica de la región.

Finalmente, existen escasas acciones concretas sobre las cuales puede esbozarse un espectro de política sectorial regional y las existentes tienen muy poco impacto en la realidad centroamericana.

## Anexo

### Referencias Bibliográficas

#### Obras Generales

1.-Abellán Honrubia, Victoria; *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

2.-Álvarez, Luis Ortega; *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

3.-Aragó Mitjans, Joaquín María, S.J.; *Ética y Valores*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1994.

4.-Brunet, Ferran; *Curso de Integración Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

5.-Cardenal, Rodolfo; *Manual de Historia de Centroamérica*, UCA Editores, San Salvador, 1999.

6.-Carrillo Salcedo, Juan Antonio; *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

7.-Catalano, Nicola; *Manual de Derecho de la Comunidades Europeas*, BID-INTAL, Milán, 1962, Pág. 418.

8.-Dada Hirezi, Héctor; *La Economía de El Salvador y la Integración Centroamericana, 1945-1960*; UCA Editores, San Salvador, 1987.

9.-Diez de Velasco, Manuel; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1994.

10.-López Escudero, Manuel y otros; *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

11.-Fonseca, Elizabeth; *Centroamérica: Su Historia*, FLACSO, EDUCA, San José, 1996.

12.-George, Irvin y Holland Stuart; *Centroamérica: el futuro de la integración económica*, San José, 1990.

13.-Giamattei, Jorge Antonio; *Guía Concentrada de la Integración Centroamericana*, San Salvador, 1999.

14.-González Casanova, José Antonio; *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1983.

15.-Grauwe, Paul de; *Teoría de la Integración Monetaria, Hacia la Unión Monetaria Europea*, Celeste Ediciones, Madrid, 1994.

- 16.-Héller, Hermann; *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- 17.-Herrarte, Alberto; *El Derecho de Integración, Ensayo de Sistematización*, Tipografía Nacional, Guatemala, 1991.
- 18.-Horowitz, Evelyn; *El vínculo Comercio/Medio Ambiente, en Comercio Y Medio Ambiente el Debate Internacional*, Nueva Sociedad, Caracas, 1995.
- 19.-Isaac, Guy; *Manual de Derecho Comunitario General*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- 20.-Jellinek, Georg.; *Teoría General del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.
- 21.-Lindo, Hugo; *La Integración Centroamericana ante el Derecho Internacional*, Ministerio de Educación, San Salvador, 1969.
- 22.-López Escudero, Manuel y otros; *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.
- 23.-López Lecube, Alejandro Freeland; *Manual de Derecho Comunitario, Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996.
- 24.-Louis, Jean-Victor; *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1995.
- 25.-Mariscal, Nicolás; *Integración Económica y Poder Político en Centroamérica*, UCA Editores, San Salvador, 1989.
- 26.-Mengozzi, Paolo; *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000.
- 27.-Molina del Pozo, Carlos Francisco; *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Editorial Trivium, Madrid, 1997.
- 28.-Montoya Melgar, Alfredo y otros; *Derecho Social Europeo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- 29.-O'Kean, José María; *Análisis del Entorno Económico delos Negocios, Una Introducción a la Macroeconomía*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1994.
- 30.-Pastor, Rodolfo; *Historia de Centroamérica*, Editorial Piedra Santa, Guatemala, 1990.
- 31.-Pastor Ridruejo, José Antonio; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

32.-Pérez Tremps, Pablo; *Constitución Española y Comunidad Europea*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

33.-Reuter, Paul; *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

34.-Ripol Carulla, Santiago; *La Unión Europea en Transformación, El Tratado de la Unión Europea en el Proceso de Integración Comunitaria*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

35.-Rosenne, Shabtai; *El Tribunal Internacional de Justicia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

36.-Rossetti, José P.; *Introducción a la Economía, Enfoque Latinoamericano*, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1979.

37.-Servais, Dominique; *Un Espacio Financiero Europeo*, Comisión Europea, Bruselas, 1995.

38.-Tamames, Ramón y otra; *Estructura Económica Internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

39.-Truyol y Serra, Antonio; *La Integración Europea, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

40.-Verdross, Alfred; *Derecho Internacional Público*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1972.

#### Artículos

1.-Chamberlain, Robert S.; “*La Fundación de la Ciudad de Gracias a Dios*”, en *Lecturas de historia de Centroamérica*, BCIE, San José, 1989.

2.-Constantinesco, Leontín; “*Las Relaciones del Derecho Comunitario con el Derecho de los Estados Miembros de la CEE*”, en *La Dimensión Jurídica de la Integración*, BID/INTAL, Buenos Aires, 1973.

3.-Flemion, Philip F.; “*Derechos de los Estados y Política Partidaria: Manuel José Arce y la Lucha por la Unión Centroamericana*”, en *Lecturas de Historia de Centroamérica*, BCIE, San José, 1989.

4.-García Laguardia, Jorge Mario; “*La Frustrada Vocación Federal de la Región y el Proyecto de Parlamento Centroamericano*”, en *Revista de Estudios Sociales*, Tercera Época No. 41, Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Guatemala, 1989.

5.-Guerra Borges, Alfredo; “*Globalización y Regionalización: Una Presentación Abreviada*”, en *Revista de Estudios Sociales*, Número 47, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, enero-junio 1992.

6.-Manzanares, Henri y Jean-Pierre Quentin; “*Un Poco de Historia*”, en El Parlamento Europeo, Ariel, Barcelona, 1984.

7.-López, José Roberto; Origen, “*Desarrollo y Perspectivas en el Contexto del Conflicto Regional*”, en Revista de la Integración y el Desarrollo de Centroamérica, Número 48, Banco Centroamericano de Integración Económica, Tegucigalpa.

8.-Pescatore, Pierre; “*Distribución de Competencias y de Poderes entre los Estados Miembros y las Comunidades Europeas*”, en La Dimensión Jurídica de la Integración, BID/INTAL, Buenos Aires, 1973.

#### Documentos

1.-*Carta de la Tierra, Valores y Principios para un Futuro Sostenible*, Conferencia Internacional “Soria 21”, 8 y 9 de marzo.

2.-*Centroamérica: Evolución Económica Durante 2000*, CEPAL, México, julio 2001.

3.-*Resumen y Estado Actual de los Tratados de Integración Económica Centroamericana*, Cuadernos de la Secretaría Permanente del Tratado de General de Integración Económica Centroamericana, SIECA, Número 12, Guatemala, 1984.

4.-*Adaptar las Instituciones para que la Ampliación sea un Éxito*, Comisión Europea, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, volumen 7, enero-junio, 2000.

5.-*El Sector Transporte para la Competitividad e Integración de Centroamérica*, SIECA.

6.-*Estado de Situación de la Integración Económica Centroamericana hasta el año 2001*, SIECA, junio del 2001.

7.-*Informe Económico Regional 2000*, Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano, San José.

8.-*La situación de la Agricultura en la Unión Europea*, Comisión Europea, Bruselas, 2000.

9.-*Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

10.-*Medidas Contrarias al Libre Comercio Intraregional*, II Reunión interinstitucional de Integración, Aduana, Salud, Salud Animal, Sanidad Vegetal y Transporte Terrestre.

11.-*Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*, Proyecto Estado de la Región, San José, 1999.

12.-*Informe sobre Desarrollo Humano 2001, Poner el Adelanto Tecnológico al Servicio del Desarrollo Humano*, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

#### Recopilaciones y Diccionarios

1.-Cabanellas de Torres, Guillermo; *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

2.-Guttry, Andrea de; *El proceso de Integración Regional en Centroamérica, Recopilación de Documentos Básicos con Estudio Introductorio*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 1992.

3.-León Aragón, Oscar De; *Recopilación de los Convenios, Protocolos y Acuerdos celebrados entre los cinco países del Istmo, relativos a la Integración Centroamericana, Tomo I*, Tipografía Nacional, Guatemala, 1969.

4.-Molina del Pozo, Carlos Francisco y Luis Ortúzar Andechaga; *Tratado de la Unión Europea, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado de Ámsterdam, Textos Refundidos y Anotados, Sus Anexos, Protocolos y Declaraciones*; Editorial Comares, Granada, 1999.

5.-*Instrumentos Relativos a la Integración Económica de América Latina*, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales e Instituto para la Integración de América Latina, México, 1968.

6.-*Jurisprudencia básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

7.-*Enciclopedia Jurídica Básica*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

8.-*Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española*, Ediciones Rayuela, Barcelona, 1992.

9.-*Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Edición, Tomo II, Real Academia Española, Madrid, 1984.

## 7. LA ACUSACION PENAL.

### Una Aproximación desde el Principio Acusatorio y la Garantía de Defensa.

Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar\*

A mi esposa Marty.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Fundamentos: 1.a. Fuentes Constitucionales. 1.b Fuentes del Derecho Internacional. 1.c. Finalidad de la acusación 2. Etapa de la acusación. 2.a. Órgano Requirente. 2.b. Presentación 2.c. Control. 3. Estructura de la acusación 3.a. Identificación del acusado. 3.b. Los hechos de la acusación. 3.c. Fundamentación de la acusación. 3.d. Calificación jurídica 3.e. Sustento probatorio. 4. Aspectos Conexos a la Acusación. 4.a. Sobre el Ne bis in ídem. 4.b. Acusación alternativa. 4.c. Nulidad de la acusación. 4.d. La inviolabilidad de la defensa. 5. La Acusación en el Debate. 5.a. Delimitación del objeto del proceso. 5.b. Intimación. 5.c. Ampliación de la acusación 5.d. El principio acusatorio y el principio de congruencia. 5.e. Control de casación y congruencia. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Costa Rica y Juez de Sentencia de El Salvador.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en una breve reflexión sobre el contenido y los alcances de la acusación en materia penal, explorando en parte la dimensión que la acusación desempeña en el proceso penal, primero a partir del principio acusatorio, que permite separar los límites del poder acusatorio y los de la jurisdicción; se analizan además las consecuencias de la acusación, en el sentido de constituir una garantía básica de todo inculpado, para saber cuáles son los hechos que se le acusan y además para tener la seguridad que el órgano que le juzgará y que tomará la decisión sobre su inocencia o culpabilidad, es totalmente ajeno a quien sostiene y promueve por otra parte la acusación.

En la presente reflexión se examinará la garantía de acusación muy estrechamente vinculada a los principios acusatorio y de inviolabilidad de la defensa en juicio. Para ello, se parte de los fundamentos constitucionales y del derecho internacional, para luego examinarla a nivel del código procesal penal, su génesis y posterior desarrollo en las fases del proceso. El punto medular del estudio, radica entonces en el contenido de la acusación, cuales son los presupuestos que la satisfacen, cómo se garantiza el derecho de defensa y además qué aspectos del derecho penal de fondo tienen relevancia respecto de la acusación y de su vigencia como garantía de toda persona sometida a juicio.

### 1. FUNDAMENTOS

En la actualidad en los sistemas procesales penales ha ido cobrando vigencia de manera más o menos acentuada, la aplicación del principio acusatorio, el cual a grandes rasgos puede ser delimitado en dos aspectos fundamentales:

a) la debida separación que debe existir entre el ente que formula la acusación y el órgano decisor<sup>1</sup>. Esta separación debe hacerse visible desde la función investigativa que debe corresponder íntegra al Ministerio Fiscal en cuanto al ejercicio de la acción penal pública, o al Acusador en aquellos casos en los cuales se ejerza la acción penal privada; estando sometida únicamente al control jurisdiccional, en materia de restricciones de garantías y el ámbito decisonal.

La separación entre quien juzga y quien acusa es fundamental en un proceso penal erigido democráticamente, por cuanto la formulación de los cargos acusatorios desde sus fases iniciales, es una cuestión que le corresponde al ente acusador, sin que ello pueda ser una función que desarrolle el órgano jurisdiccional, empero, esta actividad de investigar el delito y de la formulación de la acusación, no está exenta del control del

---

1. Señalando esa separación entre acusador y juzgador, aunque advirtiendo sobre sus contenidos prácticos ver: CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps 66 a 67. Entre nosotros se ha advertido la necesidad de distinguir entre funciones acusatorias y de juzgamiento sobre la base de un modelo acorde a la Constitución. SANDOVAL Rommell Ismael "La Necesaria Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño. Del sistema mixto acusatorio al acusatorio adversativo. Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V-Vol. IV. Diciembre 2002. San Salvador. El Salvador. 2002 ps 277 a 281.

poder judicial, en materia investigativa, por cuanto las injerencias del Ministerio Fiscal y los actos de investigación de la policía, están subordinados a la autorización jurisdiccional, cuando dicha actividad implique la restricción de los derechos fundamentales, priva en este caso el principio de jurisdiccionalidad, por medio del cual la afectación de un derecho fundamental, respecto de un acto de eficiencia de conocimiento del poder penal, supone la valoración y autorización de un juez.

En lo relativo a la separación entre juez y acusador, por cuanto únicamente el principio acusatorio permite la diferenciación clara de las funciones del ejercicio del poder penal estatal, por una parte un sujeto procesal, que es quien tiene a cargo la persecución del delito y la adecuación de la acusación en todos sus aspectos, siendo que sólo al mismo –Ministerio Fiscal, o Acusador– le corresponde demostrar los hechos que acusa, lo cual en el ámbito del conocimiento penal, estará referido a la realidad de la imputación, respecto del hecho acusado, el delito y la persona a quien se atribuye la conducta delictiva.

La otra función será desarrollada por otro sujeto procesal, que esta completamente desligado de quien formula la acusación, a dicho funcionario del Estado no le corresponde el sostener la pretensión punitiva, sino únicamente decidir sobre ella, respecto de los méritos que le haya presentado el acusador, sin esta radical separación, no sería posible garantizar a los gobernados de manera funcional los principios de imparcialidad y de inviolabilidad de la defensa, ello es así, en virtud de que el acusado tendría notablemente menguadas sus capacidades defensivas, si quien juzga, pudiese tener un dominio de configuración respecto de la acusación o de la producción de la prueba, es por ello que al juez, con exclusividad se le confía la decisión sobre tales cuestiones, y en ello radica el control respecto de los actos del acusador.

b) El restante aspecto versa sobre el derecho de hacer saber al imputado las circunstancias de los hechos que se le acusan, las cuales tienen una gradualidad ascendente conforme a la evolución secuencial del proceso y de la incriminación<sup>2</sup>, ello es fundamental en un proceso ajustado a los criterios de un juicio justo, por cuanto quien no tiene claridad sobre qué se le acusa, no puede desplegar debidamente los actos apropiados para ejercer su defensa y resistir los alcances de la acusación.

Sin embargo, esta renovación por sistemas tendencialmente acusatorios, debieron esperar un periodo laxo, pues los modelos que imperaron estuvieron asentados sobre estructuras inquisitivas<sup>3</sup>, en las cuales la función de investigar acusar y juzgar se concentraba en un mismo poder el órgano jurisdiccional, aun en los sistemas procesales que tenían un modelo "mixto-moderno"<sup>4</sup>, las practicas inquisitoriales fueron prevaleciendo

2. En este sentido MORA MORA Luis Paulino "Garantías Constitucionales en relación con el imputado" en Un nuevo sistema procesal penal en América Latina. Konrad-Adenauer-Stiftun, CIEDLA, primera edición, Caracas, Venezuela, 1995, p. 26.

3. Sobre los orígenes y alcances del sistema inquisitivo ampliamente VELEZ MARICONDE Alfredo "Derecho Procesal Penal" Tomo I 3° Edición, 1° Reimpresión actualizado por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner. Córdoba, Argentina. pp. 93 a 128.

4. Respecto al sistema Mixto. VELEZ MARICONDE Alfredo "Derecho Procesal Penal" Tomo I...". op. cit. ps. 131 a 148.

conforme al ritual y la cultura inquisitiva<sup>5</sup> tornándose finalmente en un sistema profundamente inquisitivo<sup>6</sup>, de esa cultura predominantemente inquisitiva, vista como una ideología propia del poder, no pueden escaparse los sistemas procesales actuales que han iniciado una reforma procesal penal, con una formulación más acusatoria, y prueba de ello, son las diversas facultades instructorias, que las normativas procesales deparan a los jueces, mismas facultades, que por ese sólo sentido deben ser utilizadas con prudencia y siempre en sentido restrictivo.

En el actual estado de cosas, una amplia y extensa reforma de corte acusatorio mitigado<sup>7</sup> ha sido impulsada en diversos países de Latinoamérica, el pilar central de este nuevo modelo, radica en una clara distinción en la forma de ejercer el poder punitivo del estado: un ámbito corresponde —o debe corresponder— íntegro a un organismo que tiene que asumir la función requirente del Estado, dentro de la cual se incardina la actividad acusatoria. El otro ámbito esta reservado a la función jurisdiccional, a quien debe corresponder de manera íntegra la decisión sobre la pretensión punitiva ejercida por el ente acusador<sup>8</sup>.

### 1.a. FUENTES CONSTITUCIONALES.

La garantía de la acusación, al menos la que garantiza la inviolabilidad de la defensa del justiciable, encuentra su fundamento en el artículo doce de la Constitución<sup>9</sup>, al prescribirse que al imputado se le deben asegurar todas las garantías necesarias para ejercer su defensa; ahora bien, el conocimiento de la imputación de manera gradual, desde que nace la incriminación hasta que se formaliza de manera casi inmovible mediante el pliego acusatorio, es el principal mecanismo para que el acusado pueda ejercer una real y adecuada defensa de los hechos que se le atribuyen, el desconocimiento de la acusación de manera completa o incompleta generará una afectación a la defensa en juicio,

5. La pretensión de mantener estas influencias inquisitivas como modelo cultural en "BINDER Alberto M. "Límites y Posibilidades de la Simplificación del proceso" en Derechos Fundamentales y Justicia Penal, Juricentro. San José Costa Rica, 1992, pp. 184.

6. En tal sentido ver. BINDER Alberto M. "Política Criminal de la Formulación a la Praxis". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997 ps 220 a 221.

7. Sobre las tendencias del sistema acusatorio mitigado confrontar CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso..." op. cit ps 9 a 12.

8. Sin embargo debe advertirse que la adopción del sistema acusatorio se ha visto influenciada por el sistema sajón y con ello instituciones propias del "Common Law", lo cual tiene sus propias repercusiones en el sistema de derecho continental de corte románico-germánico. Así ARMILLO SANCHO Gilbert AA. VV. "Constitución y Derecho de Defensa" en Nuevo Proceso Penal y Constitución. Editorial investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998 p. 275.

9. El mencionado artículo dice "Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa". Al consultar las memorias de adopción del texto en la exposición de motivos, se encuentra diáfana el aseguramiento del ejercicio de defensa al conocimiento de la acusación por parte del sindicado, así se expreso: "Además de la garantía constitucional en virtud de la cual nadie puede ser privado de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, se introduce otra garantía procesal en el caso de las personas acusadas de algún delito. Se establece en primer lugar la presunción de su inocencia. Es éste un principio universalmente reconocido y su texto en su inciso primero esta tomado del Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Adicionalmente se garantiza a toda persona detenida, acusada formalmente o no, su derecho a ser informada de las razones de su detención en forma inmediata, esto es, en el acto mismo de su detención y de modo que le sea comprensibles, explicándole de la misma manera sus derechos". Constitución de la República de El Salvador, actualizada, con exposición de motivos y sus concordancias, Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, El Salvador, 1998. P. 12.

pues quien desconoce puntualmente de qué se le acusa, no puede presentar una adecuada defensa para resistir la pretensión punitiva estatal<sup>10</sup>.

En cuanto al órgano del *dominus* del ejercicio de la acción penal, y por ende el único legitimado para formular y mantener la acusación, el programa constitucional reserva este monopolio a la Fiscalía General de la República, al confiarle la dirección sobre la investigación del delito y la promoción de la acción penal<sup>11</sup>, de esa manera la actividad persecutoria sobre el delito y la solicitud del enjuiciamiento queda reservada a la Fiscalía<sup>12</sup>. Más adelante volveremos sobre las actuales formulaciones al principio acusatorio y sus implicaciones en el proceso penal.

También de manera negativa el principio acusatorio se ve afirmado en el artículo 172<sup>13</sup> de la Constitución, al reservarse de manera exclusiva al órgano jurisdiccional la potestad de juzgar, desligada de manera absoluta de fines de investigación o acusatorias, con ello se satisface el principio acusatorio, pues quien debe pronunciar la decisión, queda enervado de formular o sostener la acusación, mandato que corresponde a una institución diferente y no vinculada al poder judicial.

## 1.b. FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL.

Como normas de Derecho internacional que garantizan que el imputado pueda conocer de los hechos que se le acusan son citables la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en materia de garantías mínimas establece en el Artículo 8 Garantías Judiciales lo siguiente:

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

10. En tal sentido ver: CAMIÑA María C. "El Proceso Penal" en AA. VV. "Principios de Derecho Procesal Penal". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 2002 ps 22 a 23.

11. Dice el Art. 193 Cn. en lo pertinente: "Corresponde al Fiscal General de la República: (3°) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; (4°) Promover la acción penal de oficio o a petición de parte."

12. Sobre la correcta formulación del ejercicio de la función acusatoria ver: BOVINO Alberto "Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo". Editores del Puerto. Buenos Aires Argentina. 1998 ps 40 a 43.

13. El mencionado artículo reza en su tenor literal "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás Tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley".

Además el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Artículo 14. 3. En lo pertinente a la garantía de acusación establece que: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

### 1.c. FINALIDAD DE LA ACUSACIÓN.

La formulación de la acusación, supone una carga grave para la persona que la soporta, también supone en términos de eficacia, una actividad de costos para el Estado<sup>14</sup>, pues el sistema penal es utilizado hasta su máxima expresión, al requerirse el debate oral y público para demostrar por el ente que acusa, la culpabilidad del imputado; con ello se quiere puntualizar, que la formulación de una acusación, tanto por la carga que debe soportar el imputado, como por el grado de recursos que se invierten debe ser un acto reflexivo y ponderado, que debe asumirse únicamente cuando las pretensiones del acusador, tengan un grado de probabilidad positiva<sup>15</sup> de demostrarse en el iter del debate, es decir que a partir de las fuentes probatorias, el Ministerio Fiscal está en una razonable posición de demostrar la imputación penal que ha formulado en la acusación.

Precisamente por ello, la formalización de la acusación no puede escapar del control jurisdiccional, y en tal sentido, debe ser sometida a la crítica instructoria, en la cual, mediante la observancia de principios rectores, como la oralidad, intermediación y contradicción de los distintos sujetos procesales, los fundamentos proponentes que sostienen la acusación deben ser valorados para meritarse su elevación a juicio, para ello la acusación debe ser capaz de ser contradicha, por quien ejerce la defensa, y únicamente a partir de esta etapa crítica es posible, que los hechos acusados sean admitidos para ser llevados al juicio oral.

En el sentido expresado, la formulación de la acusación como presupuesto necesario e ineludible para posibilitar en principio el debate, debe responder a la triada siguiente: (I) El aseguramiento de la garantía de defensa, lo cual se cumplirá circunstanciando los diferentes requisitos que se exigen para la configuración de la acusación; (II) Al limitarse la acusación a aquellos casos en los que verdaderamente proceda, se evitara cargas excesivas para el imputado; (III) Se evitara también el dispendio de los recursos del Estado, en la investigación del delito, los cuales en consecuencia, pueden reservarse para los casos que efectivamente lo

---

14. Así BAUMANN Jürgen "Derecho Procesal Penal". Conceptos fundamentales y principios procesales. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1982 ps 23 a 24.

15. Sobre este particular se ha dicho: "Habrà probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos; es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista) se dice que hay improbabilidad (o probabilidad negativa). CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". Tercera edición, actualizada y ampliada. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 9.

ameriten<sup>16</sup>.

## 2. ETAPA DE LA ACUSACIÓN

En este apartado, se pretende fijar la etapa de la acusación, sin embargo antes de señalar el momento preciso en la cual se propone la misma, es preciso distinguir el génesis de ella, pues la garantía no se realiza plenamente cuando se formula la misma, en estadios avanzados del proceso, al contrario, la formulación de la imputación en la fase inicial del proceso, se torna inevitable, pues solo de esa manera, se puede garantizar que en la etapa de la investigación inicial —también conocida como instrucción o fase preparatoria según la mayor o menor acentuación del sistema acusatorio— se pueda ejercitar de manera idónea, la función de defensa, pues sólo conociendo los hechos imputados el encartado, puede oponer mecanismos defensivos a la investigación, y resistir efectivamente la actividad persecutoria.

De ahí la necesidad que, surgida la imputación hacia una persona en concreto, le ampara a ésta el derecho de saber de manera concreta y precisa, cual es la imputación que se le incrimina, aunque la misma tenga un carácter meramente provisional. Tales requerimientos encuentran contenido en las exigencias siguientes: a) la adscripción de la calidad de imputado, cuando el sujeto sea señalado como autor o partícipe en un hecho punible ante la policía, la fiscalía o el Juez o por cualquiera de ellos<sup>17</sup>.

b) Adquirida la calidad de imputado, es obligación de la autoridad o funcionario a cargo del procedimiento —puede ser policía, fiscalía, o aun el juez en casos extraordinarios— enterar al imputado de los derechos y garantías que acuerdan en su favor la Constitución y demás normas<sup>18</sup>, y de entre ello, hacerle saber de manera sencilla el hecho imputado.

---

16. Se ha señalado lo siguiente respecto de la funcionalidad de la acusación: "Se trata de un juicio de probabilidad que realiza el fiscal, según los elementos de prueba que hubiere podido recoger durante la investigación y los que pudiera aportar durante el juicio. Conforme señalábamos, dependerá del Ministerio Público el que solicite la apertura a juicio cuando las condiciones probatorias del caso así lo justifiquen, con el fin de evitar los debates innecesarios, con la consecuente pérdida de recursos y de tiempo". GONZALEZ ALVAREZ Daniel "El Procedimiento Preparatorio" en AA. VV. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal" Daniel González Álvarez compilador. Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1996, p. 606.

17. Dice el artículo 8 CPP. "tendrá calidad de imputado toda persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible y, como tal, puede ejercer todas las facultades que la Constitución de la República, este Código, y demás leyes establecen, desde el primer acto del señalamiento hasta su finalización. Cuando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputado las personas naturales que acordaron o ejecutaron el hecho punible".

18. El artículo 9 inciso final indica "Toda autoridad que intervenga en el procedimiento velará para que el imputado conozca, inmediatamente los derechos que la Constitución de la República, el Derecho Internacional y este Código le conceden". Inclusive la afectación al ejercicio del derecho de defensa constituye delito el cual atenta contra los garantías fundamentales, tal es la regulación del artículo 298 CP "Atentados Relativos al Derecho de Defensa" cuyo tenor literal dice: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que impidiere u obstaculizare el ejercicio del derecho de defensa o la asistencia de abogado al detenido o procesado, procurare o favoreciere la renuncia, del mismo o no informare, de forma inmediata y de manera comprensible al detenido sobre sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo".

c) La calidad de imputado genera para la persona sindicada, de manera automática, el derecho a saber de manera rápida y comprensible las razones de su detención, las cuales se circunscriben a la imputación de un hecho punible, por lo que éste debe serle explicado según la atribución de los hechos fácticos, que han permitido al funcionario actuante formular la imputación, más que una calificación jurídica precisa debe señalarse el hecho material en la sencillez de su enunciación<sup>19</sup>.

d) Se señala con relación a la policía, como una regla básica de actuación, que al proceder a la detención de una persona, esta debe ser informada de todos los derechos que le asisten en la calidad de imputado<sup>20</sup>, tal información —entendemos— debe ser inmediata en el sentido razonable de la expresión por la vinculación con el Art. 87 N° 1 CPP.

e) También regula el código procesal penal, que previo a que el imputado rinda declaración, es obligación de la autoridad actuante, hacer saber al imputado, él o los hechos que se le atribuyen, de manera clara y precisa, en la medida en que se conozcan por la imputación formulada<sup>21</sup>, tal exigencia es aplicable, a cualquier momento en el proceso, en el cual, el imputado rinda declaración —Art. 264 CPP—.

Un momento más detallado de la formulación de los hechos atribuidos al justiciable, lo constituye la elaboración del requerimiento fiscal, en el cual, de acuerdo a los elementos de sospecha, que se hayan obtenido al momento, de las diligencias iniciales de investigación, el fiscal debe presentar una relación de los hechos sobre los cuales esta requiriendo<sup>22</sup>; esta formulación, obviamente no puede ser tan prolija, como la que se construirá en la acusación, puesto que en la elaboración del requerimiento fiscal, se cuenta con una menor información de fuentes probatorias, lo cual es distinto, al momento de la formulación de la acusación, puesto que en este caso, ya ha mediado toda una investigación preparatoria; ello como se precisó, lo distingue la norma procesal al exigir para el requerimiento *"la relación circunstanciada del hecho con indicación en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución..."*. Pero nótese que, no obstante lo inicial de la investigación, ya se exige una especificación de los hechos, como suceso histórico acontecido, y ciertamente, esa información, puede ser obtenida de una correcta investigación sobre el suceso delictivo, para ello es fundamental, que se realicen óptimas entrevistas a los potenciales testigos, y que la información del procesamiento del escenario del delito, sea correctamente evaluada, así como los actos urgentísimos de

19. Expresa el Art. 87 CPP: "El imputado tendrá derecho: 1) A ser informado de manera inmediata y comprensible de las razones de su detención y de la autoridad a cuya orden quedará detenido.

20. El artículo 243 N° 6 CPP. prescribe "Los oficiales o agentes de la policía deberán detener a los imputados en los casos que este Código autoriza, cumpliendo estrictamente con los siguientes principios básicos de actuación: Informar a la persona en el momento de la detención de todos los derechos del imputado".

21. El artículo 259 inciso primero reza "Antes de comenzar la declaración, se comunicará detalladamente y de un modo comprensible al imputado el hecho que se le atribuye en el requerimiento fiscal en su caso, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones legales que se juzguen aplicables".

22. Dice el artículo. 247 N° 2° CPP: "La solicitud contendrá: (2) La relación circunstanciada del hecho con indicación, en la medida de lo posible, del tiempo y medio de ejecución, las normas aplicables, y la calificación jurídica de los hechos".

investigación que se hayan practicado.

De ese material, perfectamente se puede construir, la relación de hechos que se exige para fundamentar el requerimiento fiscal, lo cual debe ser controlado por el juez de paz, mediante el mecanismo de la prevención sobre el defecto y de no ser subsanado mediante la inadmisibilidad del requerimiento<sup>23</sup>. Relatado lo anterior conviene fijar ahora la etapa propia en la cual se afirma la acusación, en la legislación procesal penal salvadoreña y a ello se dedican los párrafos subsecuentes.

## 2.a. ÓRGANO DE LA ACUSACIÓN.

Según lo habíamos anticipado, el órgano titular sobre el cual recae la formulación de la acusación, es el Ministerio Fiscal, es decir que al mismo, le corresponde la facultad de acusar ante el poder jurisdiccional<sup>24</sup>; sin embargo esta función en los procesos penales que se siguen mediante el ejercicio de la acción penal pública, es compartido con la figura del denominado "Querellante conjunto"<sup>25</sup>, que en la etapa de formulación de la acusación formal, ostenta poderes autónomos para continuar con la acusación aunque el Ministerio Público no presente acusación en contra del encartado. En tal sentido los sujetos con capacidad para formular la acusación resultan ser el Fiscal o el Querellante, pues éste es autónomo del ministerio fiscal para presentar y sustentar su propia acusación<sup>26</sup>.

## 2.b. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN.

La etapa en la cual debe ser presentada la acusación, respecto del proceso penal salvadoreño, se circunscribe a la denominada "etapa intermedia", conocida como etapa "crítica o crítica instructoria"<sup>27</sup>, en el sentido que, en la misma se examina de manera exhaustiva y contradictoria,

23. En primer lugar el Juez de Paz, es la autoridad que ejerce control de los actos iniciales de investigación, cuya culminación, se da al materializarse el requerimiento fiscal, tal competencia esta establecida por el artículo 55 N° 1 CPP que dice: "Los jueces de Paz conocerán: 1) Del control de las diligencias iniciales de investigación y la realización de la audiencia inicial. Además sobre el control concreto del requerimiento, dichas regulaciones están contenidas en la parte final del citado artículo 247 CPP que dice: "Si falta alguno de estos requisitos, el juez ordenará que se completen durante la audiencia inicial si el imputado estuviere detenido, o fijará un plazo de tres días para ello, si el imputado no estuviere detenido. Si los datos no son completados el requerimiento será declarado inadmisibile. En caso de declararse inadmisibile el requerimiento, las partes agraviadas podrán interponer el recurso de apelación".

24. Sobre la actividad acusatoria del ministerio fiscal como atribución propia ver CRUZ CASTRO Fernando "El Ministerio Público en el nuevo código procesal penal costarricense" en AA. VV. "Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal" Op. cit. p. 255.

25. La figura del Querellante conjunto autónomo —según lo informa Salas Porras— es la que reconoce el código procesal penal costarricense, no teniendo aplicación la figura del denominado querellante adhesivo del cual se dice que es la ejercida por el particular perjudicado por el delito, pero supeditada a la existencia o subsistencia de la acción llevada adelante por el órgano estatal. Por ende si este no acusa, el querellante tampoco podrá hacerlo". SALAS PORRAS Ricardo "La Querrela Pública" en AA. VV. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Op. cit. p. 53 a 54."

26. Dos son las normas que permiten interferir la autonomía del querellante respecto de sustentar su propia acusación, así el artículo 313 CPP. dice en lo que interesa "El fiscal y el querellante podrán proponer...". Lo cual se ve confirmado en el artículo. 321 que indica "Cuando el fiscal no acuse, ni lo haya hecho el querellante...". Aunque de manera negativa, la afirmación de que el querellante puede acusar de manera independiente y autónoma respecto del ministerio fiscal nos parece la conclusión adecuada.

27. Confrontar CRUZ José Manuel, ORELLANA Levis Italmir "La Etapa Intermedia de la Investigación". Evaluación de los medios de investigación que habrán de convertirse en medios probatorios" en AA. VV. "Ensayos Doctrinarios". Nuevo Código Procesal Penal. ARSJ. UTE. 1998 ps. 606.

las fuentes de prueba, en las cuales el ministerio público sustenta su acusación, y los fundamentos de la misma<sup>28</sup>; así dentro de esta fase crítica es que el legisferante ubicó la presentación de la acusación, ora que la deduzca la fiscalía o el querellante, así se entiende de la ubicación de la misma en el capítulo que corresponde a la audiencia preliminar<sup>29</sup>.

En efecto el artículo 313 CPP, indica que en un periodo de diez días antes de la fecha para la cual ha sido fijada el desarrollo de la audiencia preliminar, el fiscal o el querellante podrán proponer entre otras peticiones la de acusación, en caso de no presentarse acusación por el fiscal, y si no acusado tampoco el querellante el juez procederá en disconformidad.

Lo que sí es oportuno indicar, es que la presentación de la acusación, genera como efecto inmediato —dentro del plazo de veinticuatro horas— la intimación a las restantes intervinientes, para que en su oportunidad concurren a la celebración de la audiencia, para ello el juez instructor pondrá a disposición de todas las partes, las actuaciones y evidencias para que sean consultadas a efectos que el defensor y los responsables civiles, puedan constatando la acusación y la base de fuentes probatorias que le sirven de fundamento, proponer sus propias peticiones<sup>30</sup>.

Únicamente con fines de distinción, ha de mencionarse que, en los delitos sujetos al régimen de la acción privada, la acusación, se presenta directamente ante el Tribunal de Sentencia<sup>31</sup>, sin que corresponda la existencia de etapa preparatoria, son estos los modelos de juicio por citación directa, en la cual con la presentación de la acusación, se inicia el proceso penal, en todo caso la acusación, que en este caso presenta la figura del acusador, debe reunir los mismos requisitos exigidos por el artículo 314 CPP para su formulación, sin los cuales la acusación deviene en inadmisibles y si la misma es admitida con tal defecto, en nula, siendo que tal nulidad es de orden absoluto, en cuanto se refiera a la determinación de los hechos, por estar vinculada al ejercicio del derecho de defensa, el

28. De esa idea ALVAREZ Alejandro E. "El Control Jurisdiccional de los Requerimientos Acusatorios o Conclusivos del Ministerio Público" en AA. VV. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993 ps 155 a 156.

29. En la legislación procesal penal costarricense la presentación de la acusación corresponde a los denominados actos conclusivos del procedimiento preparatorio, así lo entiende Llobet quien dice al comentar el artículo 299 "Actos Conclusivos". "Un acto conclusivo es también la acusación y solicitud de apertura a juicio, la que solo es mencionada en este artículo a través de una interpretación a contrario sensu... Nótese que en realidad las peticiones mencionadas arriba no son incompatibles con la presentación de la acusación y de apertura a juicio, ya que debe partirse al igual que con respecto a ésta de la existencia de un grado de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado." LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado", Mundo Gráfico", San José, Costa Rica, 1998, p. 627; en el mismo sentido se ha dicho "La acusación también constituye otra forma de concluir el procedimiento preparatorio, y la formula el fiscal cuando "estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado". GONZALEZ ALVAREZ Daniel "El Procedimiento Preparatorio". Op. cit. p. 606.

30. En lo pertinente el artículo 315 CPP dice " Presentada la acusación o las otras solicitudes previstas en la ley, el juez dentro de las veinticuatro horas intimará a las partes a que concurren a la audiencia preliminar y pondrá a disposición de todos los convocados las actuaciones y las evidencias, para que puedan consultarlas en el plazo común de cinco días.

31. Dice el artículo 400 CPP "Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe presentar la acusación por sí o mediante apoderado especial, directamente ante el tribunal de sentencia, cumpliendo con los requisitos previstos en este Código para la Acusación".

cual es una garantía fundamental<sup>32</sup>.

## 2. c. CONTROL DE LA ACUSACIÓN.

Aunque esta reconocido, que la actividad acusatoria, es una función exclusiva de los sujetos habilitados para la persecución penal —fiscalía y querellante— en el sentido que, la presentación de una solicitud de acusación corresponde a sus facultades, y a la merituación propia que hagan, del fundamento probatorio que la sostiene, para hacerla eficaz en el debate, ello no significa que la acusación esté exenta del control jurisdiccional<sup>33</sup>.

El sentido de lo anterior permite establecer, que el juez que tiene competencia para verificar la etapa intermedia y para celebrar la audiencia preliminar, ejerce vigilancia sobre la acusación presentada, tal dominio lo despliega de una doble manera, controlando de manera formal y sustancial la acusación formulada.

Ello significa que desde un examen formal, el juez de instrucción controlará el cumplimiento de los requisitos rituales de la acusación, como por ejemplo que el libelo contenga la fecha de presentación, la acreditación del fiscal del caso, etc.

Sin embargo la revisión de fondo, importará el análisis de otros parámetros entre ellos: que los hechos estén completamente circunstanciados, que a los hechos corresponda una correcta calificación jurídica, que los fundamentos de la imputación estén relacionados respecto de los dos primeros presupuestos que se han enunciado.

Sobre el primer motivo, el juez ejercita poderes de anulación; en lo atinente a los dos últimos requisitos el juez de instancia ejerce control, en virtud del base del principio *iura novit curia*, en tal sentido, el juzgador tiene plenos poderes, para apartarse de la solicitud de acusación, la cual como pretensión punitiva no le es vinculante, así perfectamente puede el juzgador, en el uso de sus facultades decisoriales, apartarse del pedido de acusación y pronunciar por ejemplo un dictado de sobreseimiento, quedando a la parte que acusa, expedito el derecho de recurrir según los agravios que le cause la resolución.

Sin embargo, en el caso contrario no acontece lo mismo, cuando el fiscal no presente acusación, por que entiende que procede un sobreseimiento, los poderes de decisión del juez se encuentran limitados, y el único recurso a su alcance —como ya se expreso— es la presentación de la disconformidad<sup>34</sup>.

---

32. En tal sentido el artículo 224 N° 6 CPP reza: "El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 6) Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional vigente y en este Código.

33. Reafirmando la función de contraloría del juez LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo II. Primera edición CSJ. AECL PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001 ps 322 a 323.

34. Ver por ejemplo ROGEL ZEPEDA Martín "La Instrucción". AA. VV. "Selección de Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal". Unidad Técnica Ejecutiva. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2000 p 540.

Las normas que justifican el control jurisdiccional al que hemos aludido, se encuentran sustentadas así: respecto del artículo 314 CPP, el incumplimiento de los requisitos esenciales que debe contener la acusación, son objetos de una declaración de nulidad, cuando se cumplan los presupuestos para la anulabilidad; por otra parte, el Art. 320 CPP que regula lo concerniente a la resolución del juzgado de instrucción, permite al juez, admitir total o parcialmente la acusación, pero en todo caso, no vincula al juez a aceptar la acusación, pues lo faculta para adoptar múltiples soluciones al caso que se ventila, entre ellas la de pronunciar sobreseimiento en su carácter provisional o definitivo.

En igual sentido, corresponde al juez de esta etapa admitir o inadmitir la prueba que haya sido ofrecida para ser incorporada al debate, cuestión que siempre debe ser objeto de motivación y está sujeta a anulabilidad posterior en caso contrario, este punto es fundamental, por cuanto, por así decirlo, los ofrecimientos de prueba, constituyen el fundamento esencial para el debate en cuanto a los hechos que deben ser acreditados, se trata de una materia compleja, que se complica ante la ausencia normativa de mayores reglas probatorias, sin embargo, los criterios de pertinencia, necesidad, utilidad, y licitud de prueba permiten al tribunal considerar la debida motivación respecto de la prueba que admita o no admita en relación a los ofrecimientos de las partes adversarias.

### **3. ESTRUCTURA DE LA ACUSACIÓN.**

Digamos que, este es el punto medular de la garantía de acusación, pues de la substanciación de ésta, dependerá hacer efectiva la garantía de defensa en juicio, pues sólo una acusación que se baste por sí sola, permitirá que el acusado, ejerza correctamente su derecho de defensa, al conocer de manera amplia y precisa, cuáles son los hechos de los que se le acusa.

En tal sentido el Art. 314 CPP, dispone que la acusación cumpla con una serie de requisitos, que no son potestativos, para el sujeto que formula la acusación, sino por el contrario, tienen un carácter imperativo, pues de no satisfacerse, la acusación se torna anulable en su caso, dicho control, puede ser ejercido tanto por el Juez de Instrucción, como por los Tribunales de Sentencia, cuando el juez de instrucción no haya efectuado la tutela correspondiente.

Los requisitos anunciados que deben colmar la acusación en estos ítems de manera ineludible son: (1) la relación suficiente de los hechos; (2) fundamentación de la imputación. Estas circunstancias –digámoslo así– son inmodificables para el Tribunal, puesto que sus efectos controladores, no lo pueden llevar a suplir la actividad fiscal, pues la determinación de esos presupuestos, en virtud del principio acusatorio, corresponde íntegros a la parte que acusa, en tal sentido, su inobservancia afectará de nulidad la acusación, o en el caso de la fundamentación de la imputación, podrá dar lugar a un proveído de sobreseimiento.

Otras circunstancias como la calificación jurídica o la identificación del imputado quedan sujetas al control formal del juzgador quien puede

variar fundadamente las proposiciones del sujeto que ejercita la acusación<sup>35</sup>, sin que ello implique la modificación del contenido de la acusación, por cuanto en este caso sólo se modifica el llamado nomen iuris del delito, empero la amplitud para este pronunciamiento como se verá más adelante varía según la fase del proceso, de tal manera que en la etapa crítica la modificación jurídica del delito, es plausible realizarla sin mayores afectaciones, y cuando estas concurren, debe posibilitarse la suspensión de la audiencia preliminar, si la modificación es esencial, cuestión análoga que es permitida en la vista pública.

### 3.a. IDENTIFICACION DEL ACUSADO.

Este requisito, tiende a la individualización o singularización, de quien o quienes soportan la incriminación acusatoria, más que la identificación nominal, importa que el imputado sea identificado desde una perspectiva física, con ello se quiere indicar, que no debe quedar duda alguna, respecto de la persona sometida a imputación, en el sentido que debe haber uniformidad, con respecto a la persona imputada en el inicio de la investigación, y aquella que va a ser sometida a juicio, como se expresó, más que una coincidencia nominal, lo que se requiere es tener la certeza, que en cuanto a su individualidad física como persona, se trata del mismo imputado<sup>36</sup>; la alusión a la identificación del justiciable, no supone aquí establecer o tener por probados requisitos de autoría, la norma sólo pretende, que la persona sea individualizada como tal, de los restantes miembros de su género, siendo lo relevante para los fines meramente procesales, que la persona que será sometida a juicio, es la misma persona, en su individualidad contra quien se inició el proceso

35. Para efectos comparativos conviene aquí citar las disposiciones que regulan la acusación tanto en el código procesal salvadoreño, como en el costarricense: dice el artículo 314 CPP. "La acusación contendrá bajo pena de nulidad: 1) Datos personales del imputado, o si se ignoran, los que sirvan para identificarlo; 2) Relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido; 3) Fundamentación de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan; 4) Calificación jurídica con expresión precisa de los preceptos legales aplicables; y 5) Ofrecimiento de prueba para incorporar en la vista pública...". Por su parte el Art. 303 CPP de Costa Rica reza "Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado, presentará la acusación requiriendo la apertura a juicio: La acusación deberá contener: a) Los datos que sirvan para identificar al imputado; b) La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya; c) La fundamentación de la acusación con la expresión de los elementos de convicción que la motivan; d) la cita de los preceptos jurídicos aplicables; e) El ofrecimiento de prueba que se presentará en el juicio..".

36. Sobre este punto es aplicable la norma siguiente: Art. 88 CPP de El Salvador "La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, señas particulares o a través de cualquier otro medio. Si se niega a dar esos datos o los da falsamente, se procederá a su identificación por testigos, en la forma prescrita para los reconocimientos, o por otros medios que se estimen útiles. Cuando exista certeza sobre la identidad física de la persona imputada, las dudas sobre los datos personales no alterarán el curso del procedimiento, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado de las actuaciones, incluso durante la ejecución de la pena". El código de la especie de Costa Rica dice en el Art. 83 "El imputado deberá suministrar los datos que permitan su identificación personal y mostrar su documento de identidad. Si no lo suministra o se estima necesario se solicitará constancia al registro civil, sin perjuicio de que una oficina técnica practique su identificación física utilizando sus datos personales, impresiones digitales y señas particulares. También podrá recurrirse a la identificación por testigos en la forma prescrita para los reconocimientos o a otros medios que se consideren útiles. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso del procedimiento y los errores referentes a ellos podrán corregirse en cualquier oportunidad aun durante la ejecución de la pena. Estas medidas podrán aplicarse aun en contra de la voluntad del imputado. Llobet comentando el requisito de la identificación del imputado señala que: "debe recordarse que en el proceso penal lo fundamental es la identidad física del imputado y no su identidad nominal" LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado" Op. cit. pp. 635; ver además ver MANZINI Vicenzo "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo II, Editorial Tipografía, Buenos Aires, Argentina 1954. p. 386.

penal.

### 3.b. LOS HECHOS DE LA ACUSACIÓN.

Este requisito es de suma importancia, en cuanto a su correcta acreditación en la acusación, nos atreveríamos a decir que es el elemento trascendental, sobre el cual girará la garantía de la acusación, en el sentido de permitir que el imputado, pueda ejercer una defensa adecuada. Sólo el conocimiento de los hechos, le podrá permitir al justiciable, comprender cabalmente los alcances de la acusación, y poder según los medios a su alcance, preparar la estrategia de defensa junto con su abogado, para resistir el peso de la acusación. Es por ello que, estas líneas introductorias únicamente tienen por objetivo, destacar lo importante que resulta, que el acusado pueda conocer en toda su extensión, los hechos por los cuales se le imputa una conducta delictiva, la cual se pretende discutir en el debate<sup>37</sup>.

La primera afirmación que se asentará, es que los hechos de la acusación, no deben entenderse como la calificación jurídica del delito, es decir, las descripciones del supuesto de hecho como materia de prohibición, que contiene el tipo penal, no son identificables ni equiparables con la exigencia de los hechos, que debe contener la acusación.

Por hechos debe entenderse, el sustrato fáctico, la realidad histórica, que aconteció en un lugar y tiempo determinado, y que constituye la base material, sobre la que posteriormente recaerá el juicio de tipicidad, es en todo caso, la situación fáctica base de la imputación jurídica, pero que es independiente de ella por tener un contenido ontológico.

Así, delimitados los hechos, y negada su equivalencia material con la descripción típica, debe señalarse que dichos hechos, deben ser presentados en la acusación bajo una relación clara —es decir no confusa— circunstanciada —vale decir detallada y pormenorizada— y además dicha relación debe ser específica—entiéndase concreta—<sup>38</sup>.

Lo que se pide, es que la acusación al momento de definir los hechos tenga en cuenta aspectos esenciales de la ocurrencia de los mismos así:

(I) cuándo ocurrieron los hechos: con ello se pretende fijar temporalmente el suceso histórico, es decir, determinar de la manera más certera, su fecha de ocurrencia, día y horas, en caso de no ser posible tal exactitud, debe comprenderse por lo menos la época del suceso. Tal exigencia no es ociosa, sólo reaparece en los alcances que podría tener,

37. Ver LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo II. Primera edición CSJ. AECL PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001 ps 325.

38. Como comentario es oportuno citar la interlocutoria proveída a las doce horas cuarenta y nueve minutos del jueves veintuno de noviembre de dos mil dos por el Tribunal Tercero de Sentencia en la cual sobre este tópico se dice: "Ahora bien: ¿serán hechos de la investigación los que requiere el artículo 314 CPP, cuando señala que la acusación debe contener una "relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho atribuido? El tribunal entiende que no, pues el hecho atribuido, consistirá en la descripción de la conducta como delictiva, es decir los actos ejecutivos del delito, pero como hechos históricos... el cómo se cometió el delito; cuando se cometió; adónde se cometió y otras circunstancias de hecho que sean relevantes al acto delictivo".

una defectuosa fijación del período de los hechos en materia de prescripción, o tratándose de delitos permanentes o de efectos permanentes, o de delitos continuados, cuya figura acepta el código penal salvadoreño.

De igual manera, cuando lo que se imputa es un concurso material, la multiplicidad de hechos atribuidos, debe quedar prístinamente delimitados, en sus períodos de ejecución o consumación, es decir, cuando concurren varios hechos constitutivos cada uno de ellos de figuras delictivas independientes entre sí, no provenientes de una misma acción u omisión, cada hecho, debe quedar plenamente individualizado, en cuanto su ocurrencia en el plano temporal y espacial.

El cumplimiento de este requisito es esencial, pues del mismo, dependerá, que el acusado tenga claridad del tiempo, en el cual se le formula la imputación, y conociendo ese período, podrá formular una correcta defensa de refutación, de los hechos acusados, así como proponer la prueba si fuere necesario –en el caló de la investigación se llama “coartada” o más técnicamente contra-indicios– para desvanecer la acusación que se le formula.

Precisamente, este derecho en cuanto al conocimiento del hecho, es la médula de la garantía de inviolabilidad de la defensa, como oportunidad defensiva y está amparado por la Constitución de la República en los Arts. 11 cuando reza “*sin ser previamente oída y vencida en juicio*” y 12 al estatuir “*en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa*”.

Pero además dicha garantía de inviolabilidad de la defensa está prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Art. 8. 3. (c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. (f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Y de manera expresa, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tutela el derecho de defensa al prescribir en el Art. 14. 3. (b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. (e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

(II) El lugar de los hechos. A esta interrogante, debe corresponder, la determinación del ámbito espacial, en el cual se desarrollaron los hechos, tal formulación responde a la cuestión, dónde ocurrieron los hechos; es importante que los mismos, sean perfectamente delimitados, pues ello en el plano procesal, legitimará la competencia del Tribunal, elemento importante de la garantía del Juez Natural, pero también tal precisión, tiene repercusiones en el plano dogmático, por ejemplo, en materia de tentativa, resultaría posible que los actos iniciales de ejecución, no hayan alcanzado todo su agotamiento, y sin embargo en el ámbito espacial, dichos actos

ejecutivos se vean verificados de un lugar a otro.

En igual sentido, la especificidad del lugar donde ocurren los hechos, es importante para aquellos delitos, que se califican como de tracto sucesivo. También la fijación de los hechos en el plano espacial, permitirá al imputado, si es el caso, determinar su presencia física en otro lugar, en este punto, el tiempo en que ocurren los hechos, es convergente para mantener una estrategia de defensa, pero ello no ocurrirá o la misma se verá seriamente afectada, si el acusado desconoce el lugar y el tiempo en el cual se afirma aconteció el suceso delictivo.

(III) La forma en que ocurrieron los hechos. Esta formulación está destinada a particularizar, el modo en el cual el suceso delictivo se desarrolló, pero ello debe entenderse de una manera integral, abarcando todas las particularidades que acontecieron, *verbi gratia*: cuál fue el acto realizado; por ejemplo, si lo que se efectuó fue un disparo, o si se esgrimió un arma blanca, y qué tipo de arma de ser posible; también debe quedar abarcado, el objeto de la acción, así debe quedar claro, si fue un bolso el que sustrajo, sobre que persona individualizada recayó el acto homicida, cual fue la cosa dañada, etcétera. También deben puntualizarse los instrumentos del delito, la forma del ataque, etc.

Como se apreciará, esa abundante descripción de los hechos, tiene amplias repercusiones en el plano dogmático, pues a partir del mismo es posible, contradecir o afirmar cuestiones como: la concurrencia de circunstancias agravantes (el modo del ataque puede afirmar o desvanecer una acción alevosa), de igual manera, puede cuestionarse la existencia del objeto material, la concurrencia de una causal específica de agravación que haga pasar un tipo penal de simple a agravado (así el uso de un arma de fuego en un robo o la violencia ejercida sobre las cosas en un hurto)<sup>39</sup>.

Es importante aquí hacer notar, que este requisito, no se satisface

---

39. Llobet señala en cuanto a la relación precisa y circunstanciada de los hechos "Precisa implica que hay que señalar concretamente cuál hecho es el que se acusa. Debe relatarse el hecho tal y como lo vería un observador imparcial, sin que sea suficiente que se haga una enumeración de los indicios existentes. La relación circunstanciada quiere decir que deben narrarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la conducta se realizó. LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado. Op cit. p. 635. Por la importancia de este requisito es conveniente citar algunos fallos que valoran las circunstancias aludidas: "El proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra la base del juicio, en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales únicamente, es lícito fundamentar la sentencia. Aquí no se dan esas condiciones sino el relato de un modo de actuar impreciso e indeterminado que ni puede servir de base para el contralor de la legalidad de una ampliación de requisitoria por el Fiscal de Cámara... La premisa tiene indudable repercusión en el ámbito del derecho de defensa toda vez que es esencial que los imputados conozcan los hechos que se les atribuyen y sin lo cual no pueden estar en condiciones de defenderse con la amplitud necesaria, y lo tiene también por que son esos hechos los que deben ser recogidos por la sentencia sin cambios que puedan menoscabar su situación legal en el proceso (Tribunal Superior de Córdoba). No habiendo el Sr. Agente Fiscal concretado en forma expresa cuál es la conducta errada que reprocha al encartado, su tipificación y encuadre legal no suple la deficiencia si se admite que el objeto procesal consiste en un hecho humano considerado desde el punto del derecho penal material, sobre cuya base fáctica —en esta etapa decisiva del proceso— debe la defensa estructurar su auxilio y el Tribunal juzgar en definitiva." (Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza) ABALOS Raúl Washington "Código Procesal Penal de la Nación", Ediciones Jurídicas Cuyo. 1° edición. talleres gráficos de editorial universitaria. Santiago de Chile. 1994 pp. 771 a 772.

con la transcripción de actos de investigación policial, como la relación del acta de captura, o con la reproducción de lo que se dijo en la denuncia o en la entrevista de un testigo; al contrario, la relación que debe mediar, en cuanto a que los hechos sean circunstanciados, obedece a que quien acusa, debe construir esa relación, a partir de todo el caudal de información probatoria que tiene a su disposición, lo cual no equivale a transcribir, lo que dijo tal o cual posible testigo o perito, o lo que conste en una acta de inspección.

Es imperativo, que la relación de los hechos sea una construcción del acusador, después de analizar toda la información probatoria que ha recolectado y que será ofrecida como prueba para ser incorporada en la vista pública, la relación de los hechos, como suceso histórico, deberá ser la base que posteriormente sustente las cuestiones jurídicas relativas a la imputación penal. Por ejemplo si en un homicidio, se pretende sustentar la agravante de alevosía, debe particularizarse la misma, con una situación de hecho descriptiva, que sustente la misma, de lo contrario sólo se tratará de una argumentación, sin base fáctica.

### 3.c. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN.

Este punto, resulta también de vital importancia, pues es exigencia para el ministerio público —entendemos también para el querellante— fundamentar todas sus peticiones —Art. 83 CPP<sup>40</sup>— y ciertamente, uno de los requerimientos más importantes que el fiscal del caso formula es la petición de acusación.

En este apartado conviene pues que el representante del ministerio fiscal, hilvane un razonamiento lógico, para vincular la imputación objetiva y subjetiva que desde el ámbito del injusto penal, hace al acusado, con el material fáctico probatorio que le sirve de apoyo; y por el cual pretenderá demostrar la culpabilidad de aquel en el debate.

Debe pues realizarse una argumentación en el sentido de expresar, como con los elementos de prueba, que se producirán en el juicio, se sustenta la acusación y le imputa al encartado un concreto hecho delictivo como obra suya<sup>41</sup>.

40. Dice el Art. 83 Inciso final CPP "Los fiscales formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones; en la audiencia inicial, en la audiencia preliminar, la vista pública y en las demás audiencias que convoquen los jueces, en forma oral; en los demás casos, por escrito".

41. También sobre este punto Llobet dice "En la fundamentación de la acusación el Ministerio Público debe expresar por qué puede concluir como probable la responsabilidad penal del imputado, realizando así la mención a los elementos de convicción en que se basa" LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado"... op cit. p. 635 a 636. Entre nosotros López Ortega sobre el punto ha dicho: "Así pues, la acusación necesariamente ha de basarse en datos objetivos que permitan atribuir al imputado la realización de unos hechos delictivos. En ello reside el fundamento de la imputación que deberá expresarse en el dictamen de acusación" LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo II..." op. cit. p 326. De igual manera conviene citar en este apartado el fallo siguiente: "En la especie no solo se observa una falencia descriptiva en cuanto a la situación fáctica, sino que tampoco se ha efectuado una adecuada relación y análisis en orden a la actuación del imputado y a la prueba acumulada, la que por otra parte tampoco ha sido precisada ya que los elementos de convicción enumerados en el capítulo "Prueba de la responsabilidad penal" no son sino una remisión a los que hizo referencia en los "Hechos" en su mayoría ineficaces para sustentar prueba de cargo... lo cierto es que la desprolijidad en la puntualización de dicho accionar en la acusación y en la prueba que le incumbe como parte pretensora, ha limitado el ejercicio del derecho en juicio, y resultando este un interés de orden público... debe

Demás esta decir, que si son varios los hechos que se están imputando al acusado, cada uno de ellos, debe tener su propia fundamentación, a menos que estos hechos sean convergentes según las reglas del concurso ideal, y no sea necesario una mayor precisión por la unidad de actos y resultados, aunque siempre, deberá estarse a las particularidades del caso, por ejemplo en un caso de concurso formal medial.

### 3.d. CALIFICACIÓN JURÍDICA.

La exigencia de la calificación legal, resulta importante, pues ello, no sólo atañe a la adecuación típica de la conducta que proponga el fiscal, sino que también a otras particularidades; así resulta imprescindible, que se determine la calidad bajo la cual se atribuye al imputado, la comisión u omisión de un hecho delictivo, si lo es a título de autor directo, o mediato, o coautor; o si la imputación es en calidad de instigador o cómplice primario o secundario.

Lo anterior, es importante, puesto que cada figura de la participación —en sentido amplio— requiere la concurrencia de ciertos presupuestos, que no son requeridos por las otras, así por ejemplo, a quien es sindicado como autor mediato, más que la realización material del hecho, debe imputársele el dominio de la voluntad del instrumento, del cual se sirve para cometer el delito, o de haber actuado inserto en una estructura de poder, si se entiende que tal forma de autoría tiene arraigo en el concepto de autor mediato que prevé el código penal.

También deben ser puntualizadas, las distinciones entre figuras simples y figuras calificadas, y dentro de estas últimas, deben precisarse las circunstancias agravantes especiales que concurren a calificar la conducta, así para poner un ejemplo, si se acusó por homicidio agravado debe señalarse con claridad cual es la calificante concurrente, si consiste en alevosía, o si se trata de premeditación para el caso del número tres del artículo 129 N° 3 Cp por cuanto este supuesto de hecho, contiene dos calificantes disyuntivas, y la no especificación de la misma, implica oscuridad en cuanto a la circunstancia de hecho y jurídica atribuida en el sentido de agravante especial.

Respecto de la concurrencia de varios resultados, cometidos mediante única conducta, o cuando un delito es necesario como medio para la realización de otro, o si el caso de concurrencia de varios hechos delictivos independientes entre sí, deben calificarse las formas concursales que han tenido lugar.

Todos los presupuestos señalados, integran la calificación jurídica, y deben ser cumplidos, en la medida en que, se necesiten ser satisfechos, debiéndose tener en cuenta, que respecto de la calificación legal, el juez puede apartarse de la calificación propuesta por el fiscal, bajo el principio ya anunciado de "*iura novit curia*".

---

declararse la nulidad de dicha acusación" (Cámara federal de Apelaciones de Mendoza) ABALOS Raúl Washington "Código Procesal Penal de la Nación" ... Op. cit. p. 772.

Sin embargo, las facultades que tiene el juzgador, también se encuentran limitadas, puesto que el principio aludido no es una potestad omnímoda, de ahí que, hechos que no han sido investigados, y que deriven en otra imputación distinta a la acusada, aunque estén relacionados, por los supuestos de concurso ideal o real, no son admisibles su planteamiento, si no medió para su acreditación, la fase regular del procedimiento, vale decir si no fueron planteados en el requerimiento fiscal.

Lo anterior, en virtud de que en el proceso penal, también impera la garantía del *nulla poena sine processu*, por la cual, se requiere que los hechos, sean completamente investigados, mediante el *iter* del procedimiento, sin que sean admisibles, la formulación de hechos sobrevinientes, aunque tengan relación concursal, para fundamentar lo anterior, es suficiente señalar que, la ampliación de la acusación –precisamente por este fundamento– no procede en la terminología del artículo 343 CPP por concurso real o ideal; y esa regla que es propia del debate, también es aplicable a la etapa intermedia.

### 3.e. FUNDAMENTO PROBATORIO.

El fiscal, el querellante, o el acusador, deben ofrecer la prueba que pretendan incorporar en el momento de la vista pública, este requisito de ofrecimiento es importante, pues se pretende mantener vigente el principio de lealtad entre partes, y sobre todo que el imputado ejerza correctamente su derecho de defensa, conociendo todos los elementos de prueba que se esgrimen contra él y que constituyen el sustento fáctico de la acusación, más que una cuestión ética en cuanto a la lealtad procesal, la necesidad de garantizar al justiciable un juicio justo, permitiéndole conocer la prueba que será usada en su contra, para que pueda confrontarla, es el fundamento esencial para esta exigencia.

Es por ello que, el ofrecimiento de la prueba, debe colmar ciertos requisitos, así la identificación propia del testigo –una excepción que sólo valdría para la instrucción y la etapa crítica pero no para el juicio, sería el régimen de protección de testigos<sup>42</sup> – y sobre todo, la indicación de cuales son los hechos que se pretenden demostrar con tal o cual elemento de prueba, sin esta última exigencia, la prueba propuesta deviene en inadmisibles<sup>43</sup>. Sin embargo, estas limitaciones, en cuanto a oportunidad

42. Ciertamente con la limitación del conocimiento del testigo en la instrucción, la garantía de defensa ya resulta bastante disminuida, pues escasamente puede prepararse una estrategia de defensa, cuando se desconoce la fuente probatoria, en este caso la persona del testigo, con mucha dificultad, podrá investigarse por la parte contraria a la prueba, todas las cuestiones atinentes al testigo para poder confrontarlo y refutarlo, es por ello que, la no revelación de la identidad del testigo en la etapa de instrucción, es una afectación al derecho de defensa, la cual –aun con reservas– podría aceptarse, lo que es completamente inaceptable, es que la reserva de esa identidad, se pretenda introducir al debate, por cuanto entonces, ninguna capacidad tendría el acusado de confrontar y refutar al testigo, y por ende a su testimonio, de ahí que, en el juicio oral, no puede reservarse la identidad del testigo, en el sentido de escuchar a un testigo “anónimo”, por cuanto ello viola el derecho del acusado a confrontar la prueba, y por ende vulnera su derecho a que “se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

43. Sobre el ofrecimiento de prueba el artículo 343 prescribe “Para ofrecer prueba testimonial será necesario presentar la lista de testigos, con indicación del nombre, profesión, domicilio, residencia o lugar donde pueda ser encontrado. Se presentarán también los documentos que no han sido ingresados antes, o se señalará el lugar donde se hallan, para que el juez o el tribunal los requiera. La prueba será ofrecida con indicación de

de proposición de prueba, no son tan rígidas sobre el ámbito de defensa material del imputado.

La proposición de la prueba, en los términos indicados tiene por objeto permitir además un mayor control, por parte de la autoridad jurisdiccional, quien ante las especificidades, que se hagan respecto de la prueba ofrecida, estará en mejor posición, para estimar si el recaudo probatorio, es por ejemplo, impertinente por no tener ninguna relación directa o indirecta con el objeto del proceso, o superabundante, en el sentido de ser excesiva, pues el hecho que se pretende acreditar, puede ser confirmado por otros medios ofrecidos.

#### **4. ASPECTOS CONEXOS A LA ACUSACION.**

En este apartado, se examinarán diferentes formas, que guardan íntima relación con la formulación de la acusación, y que es menester precisar, pues su vinculación a los aspectos de la enunciación de la acusación, permiten comprender de mejor su funcionalidad, nos referimos a situaciones que pueden importar vulneración al doble juzgamiento; a la llamada acusación alternativa; y a los presupuestos anulatorios que alcanzan a la acusación.

##### **4.a. ASPECTOS SOBRE EL NE BIS IN IDEM.**

En la formulación de los hechos acusados, fácilmente si no se es cuidadoso, puede incurrirse en la violación de la garantía, que prohíbe la múltiple persecución penal, ello porque, la acusación puede presentar varias calificaciones jurídicas del delito, cuando desde el plano dogmático, su adecuación típica, no corresponda a la multiplicidad de delitos atribuidos; es por ello que, tratándose del juez —como controlador de la acusación— deben extremarse los cuidados, para evitar que hechos imputados de manera plural, cuando constituyan una sola imputación, sean discutidos en la fase de debate.

Únicamente conviene aquí recordar, que la prohibición de múltiple persecución penal, constituye una garantía fundamental<sup>44</sup>, por la cual, se prohíbe que un imputado, sea sometido a doble o múltiple persecución penal, por un mismo hecho. Así, cuando a una persona, se le atribuyen diversas conductas, que pueden en el plano abstracto, ser incardinadas en diferentes tipos penales, sin que por ello, sea necesariamente constitutivo de una pluralidad de delitos, entendemos que se está vulnerando el principio de doble persecución penal, pues se acusa —y en su caso podría resultar una condena— a una persona por varios hechos, cuando la imputación corresponde, con exclusividad a un único hecho y por ende corresponde sólo una calificación jurídica.

Para evitar o remediar estos yerros, en materia de subsunción de

---

los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad".  
44. El artículo 11 Cn. establece la garantía del Ne bis in idem y dice "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, la libertad, a la propiedad y posesión ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa"

la conducta, debe siempre tenerse a cuenta, las reglas del concurso aparente de normas o de tipos penales, que permiten bajo los criterios de la especialidad, de subsidiariedad o de consunción, realizar un correcto juicio de adecuación típica, sirven aquí además, diversos criterios –de entre otros– como el rectoría del bien jurídico, en materia de hermenéutica jurídico-penal, el de unidad de dolo, el de absorción por delitos de pasaje, la prohibición de doble desvalorización sobre un mismo hecho, que ya conjuga el mismo desvalor conforme al principio de culpabilidad<sup>45</sup> etcétera.

#### 4.b. ACUSACION ALTERNATIVA.

La virtualidad de este modelo de acusación, es que permite disminuir las modificaciones sorpresivas en el debate, en cuanto a la calificación de los hechos, a partir de las cuales, en algunos casos, podría presentarse una verdadera indefensión del acusado, al variarse la calificación de los hechos acusados. Precisamente por ello, se permite al sujeto que acusa, proponer alternativamente las circunstancias que, podrían dar base, para calificar de manera distinta la conducta del imputado, siendo que en tal sentido se posibilita de mejor manera un adecuado ejercicio de la defensa<sup>46</sup>.

Sin embargo, como ya se expresó, esta facultad no significa imputar hechos distintos a los inicialmente contenidos en la acusación, y que no han sido objeto de investigación, en la etapa instructoria, mediante la habilitación del auto de instrucción, que en su oportunidad se pronunció; los límites que tiene la acusación alternativa, están dados por los hechos, que sirven de sustrato a la acusación originaria, de ahí que, lo que se permite acusar alternativamente, no es un hecho diferente o autónomo, sino sólo hechos, que constituyan circunstancias vinculadas al hecho originario, es por ello que, la prescripción del artículo 314 inciso III debe examinarse en relación a las facultades de ampliación de la acusación que se prevén en el Art. 343 CPP.

---

45. Dice Quintero Olivares comentando el concurso aparente de leyes: "Las reglas que resuelven esos concursos aparentes son lógica consecuencia de la prohibición de castigar dos veces el mismo hecho. Al impulso de este propósito la ciencia penal ha elaborado unos principios que son reglas de solución de estos casos. Todos esos principios tienen una meta en común: la búsqueda de una norma que con la mayor precisión y plenitud recoja las diferentes circunstancias y elementos del hecho, pues esa será la que expresará la exacta valoración que el hecho merece para el legislador. Esa norma como veremos no será siempre la más dura opresora, sino aquella en que mejor se subsume el hecho.... "Respecto de las reglas dice "Principio de especialidad. Es fácil el entendimiento de este principio pues por su propio sentido significa que existen dos leyes (normas o tipos) concéntricas de modo que dentro del círculo mayor se requieren menos elementos que dentro del círculo menor. Por lo tanto siempre habrá que acudir a la norma que incluya la mayor parte de los elementos del hecho. Principio de Subsidiariedad. En realidad la subsidiariedad es una sub-forma de la especialidad, pues todos los casos de subsidiariedad podrían con un mínimo esfuerzo interpretativo resolverse con el criterio de la especialidad. Cada vez que el Código Penal emplea la expresión "Salvo que el hecho no constituya delito más grave" o frase parecida está diciendo que la norma solamente puede aplicarse una vez que se descarta la principal". Principio de Consunción. Junto con el de especialidad, este principio es el más importante criterio para optar entre el concurso de delitos y el de normas penales. Es expresado bajo la fórmula *lex consumens derogat legi consumptae* y el Código entiende por esa *lex consumens* (absorbente) el precepto penal más amplio o complejo que absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel". QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Manual de Derecho Penal" Parte General. editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999, pp. 748 a 751.

46. Llobet distingue conforme a la legislación costarricense en acusación alternativa y subsidiaria por la primera indica "Si se trata de una acusación alternativa no se señala la prioridad de ninguna de las acusaciones " con respecto a la subsidiaria dice "En la acusación subsidiaria se señala un orden de prioridades existe una acusación principal y una subsidiaria". LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado" Op. cit. pp. 637.

#### 4.d. LA INVIOABILIDAD DE LA DEFENSA.

Este aspecto, solo lo queremos destacar, en el sentido de la estrecha relación, que guardan la garantía de la acusación, respecto de un correcto y adecuado ejercicio de defensa, como lo habíamos anticipado, solo podrá oponer una idónea defensa, aquel que sepa con precisión y claridad, cuales son los hechos que se le acusan, si éstos no aparecen claros o detallados en manera suficiente, es viable sostener que el derecho de defensa se ha visto afectado.

De ahí que, la necesidad de que los hechos acusados, sean claros, precisos, específicos y circunstanciados, como garantía mínima de los justiciables, esta en función de garantizar, el ejercicio del derecho de inviolabilidad de la defensa, tanto en su contenido material como técnico, y al final ambas garantías, lo que resguardan respecto de los ciudadanos, es la configuración de un debido proceso legal o de un proceso regular o justo<sup>47</sup>.

#### 4.e. LA NULIDAD DE LA ACUSACIÓN.

Cuestión novedosa, comprende la forma de control que se dispensó respecto de la acusación, para la satisfacción de la misma, se resguarda bajo el ámbito de la nulidad, cuando la acusación no cumpla con los requisitos preceptuados para su validación.

En primer lugar, debe repararse, si la nulidad que se contiene en el artículo 314 CPP es de índole absoluta o relativa, según la tradicional distinción, que incorpora el Código Procesal Penal, entendemos que, la nulidad concurrente en este caso, es de índole absoluta<sup>48</sup>, ello mediante el mecanismo expansivo, de las denominadas nulidades insalvables, cuando se trata de tutelar derechos y garantías fundamentales, pues precisamente una de las causales de nulidad absoluta, comprende esta formulación según el artículo 224 N° 6 CPP que en lo pertinente dice "El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: Cuando el acto implique inobservancia de derechos y garantías fundamentales previstas en la Constitución de la República, en el Derecho internacional vigente y en este Código".

Como lo habíamos aproximado, una acusación defectuosa, afecta de manera directa el derecho de defensa, y este es una garantía fundamental,

---

47. La Sala de lo Constitucional refiriéndose al debido proceso, aunque denominándolo como proceso constitucionalmente configurado ha dicho: "El debido proceso o proceso constitucionalmente configurado es una categoría jurídica constitucional que no puede analizarse de forma aislada respecto de ciertos derechos de naturaleza procesal que la Constitución prevé... en tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia o, desde otra óptica -la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones- dicho proceso es el único y exclusivo instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún derecho o algunos de los derechos consagrados a su favor. Sentencia de Amparo Ref. 714-1999 de fecha 19 de noviembre de dos mil uno.

48. De otra opinión entendiendo que se trata de una nulidad relativa, aunque sin examinar el ámbito de la garantía de inviolabilidad de defensa que resguarda el conocimiento de la acusación" LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Primera edición CSJ. AECL PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001 p 823

de carácter inviolable, que se reconoce tanto en la Constitución, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según los preceptos supra relacionados oportunamente; así mismo, el código procesal penal, como garantía procesal mínima, derivada de aquellos principios de mayor rango estatuye en el Art. 9 CPP que: "Será inviolable la defensa en el procedimiento".

En tal sentido, la violación de la garantía de defensa en juicio, a través de una acusación defectuosa, torna nula la misma, y de nulidad absoluta, con carácter no subsanable para el juez, puesto que afecta palmariamente, la garantía de defensa en juicio, y mediante la afectación de la misma, lesiona el derecho a un proceso regular, fundamento esencial en un Estado Constitucional de Derecho, para la privación de derechos fundamentales.

En efecto, el problema de la subsanación, en el caso de la nulidad de la acusación, es que ella no corresponde al juzgador, por ejemplo, en cuanto a la narración de los hechos, si los mismos están descritos de manera defectuosa, el juez no puede corregirlos, porque aunque mantenga control sobre la calificación jurídica, sobre los hechos, el juez no puede ni sumarles ni restarles, es decir es una zona inexpugnable para el juez, y reservada únicamente para el órgano que acusa en cuanto a presupuesto fáctico de la acusación.

Lo anterior, tiene una sencilla explicación de rango constitucional, el juez por el principio de imparcialidad, no tiene funciones acusatorias, por tanto, no puede configurar el sustrato acusatorio, sólo puede, conforme a la potestad de juzgar controlarlo y declararlo, si así procede en cuanto a sus estimación, pero no tiene potestades acusatorias y la formulación del hecho acusado es por antonomasia una facultad del órgano acusador<sup>49</sup>, priva aquí los principios *nemo iudex sine actore*; ne procedat iudex ex officio por los cuales la acusación en ninguna de sus modalidades corresponde al juez<sup>50</sup>.

Por último, es oportuno indicar, cierta jurisprudencia de lege condendo, que descansa sobre la misma base normativa de nuestro instituto de nulidad, así se ha dicho: "El requerimiento de elevación a juicio debe contener, al describir el hecho, las circunstancias de tiempo para satisfacer el requisito de una relación clara precisa y circunstanciada...", cuya omisión impone su invalidación y la de los actos dictados en consecuencia<sup>51</sup>.

---

49. RODRÍGUEZ Mariano A. "Los Límites de la Jurisdicción Penal". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1997 p 28.

50. Prudente ha sido la sabiduría popular al acuñar el adagio de "quien tiene al juez por fiscal necesita a Dios como defensor".

51. ABALOS Raúl Washington "Código Procesal Penal de la Nación" Op. cit. p. 772."

## **5. LA ACUSACION EN EL DEBATE.**

La acusación adquiere su trascendencia en el debate, pues es esa fase del proceso, en la cual va a generar sus mayores efectos, tanto posibilitando la correcta defensa del acusado, que precisamente será intimado en el acto del debate, conforme a los hechos que consten en la acusación, y de igual manera, será el fundamento de la sentencia, pues los hechos acusados, deben corresponderse, con los fallados por el tribunal, para respetar el principio de congruencia, examinemos pues aún de manera breve los aspectos más importantes de la acusación en la vista pública.

### **5.a. DELIMITACION DEL OBJETO DEL PROCESO.**

Una de las finalidades de la acusación es delimitar el objeto del proceso, es decir el tema que será sometido a consideración. La fijación de los hechos, como objeto del proceso, es importante, pues a partir de ellos, se circunscribe la actividad que se desarrollará en la vista pública, en el sentido que como hechos centrales, sólo pueden discutirse los que fueron determinados como objeto de debate.

Su fijación, se da respecto de la lectura de la acusación en lo relativo a los hechos acusados, que consta como admitidos en el auto de apertura a juicio, y que constituirá el objeto central del contradictorio en el juicio oral. Sólo sobre esos hechos se podrá pronunciar el tribunal como acreditados, sin poder estimar otros, que no se hayan modificado por el mecanismo previsto de la ampliación de la acusación, la variación de los hechos, por regla general, significará vulneración al principio de congruencia, siendo un defecto que de estimarse concurrido, habilita a casar la sentencia, por cuanto, tras el principio de correlación, se resguarda la garantía de inviolabilidad de la defensa.

### **5. b. INTIMACIÓN.**

Este acto es de inusitada trascendencia en el debate, por cuanto por el mismo se permite que el acusado, pueda ejercer de manera suficiente, su defensa material, es éste un acto personalísimo e indelegable, y consiste en hacerle saber de manera clara, precisa y comprensible al justiciable, los hechos por los cuales se le acusan, esos hechos, deben ser coincidentes, con los que constan como admitidos en la acusación, y deben ser comprensibles para el imputado en cuanto a su conocimiento.

Podríamos entonces afirmar que, la intimación oral, que inicia con la lectura de los hechos acusados, y continúa después, con la explicación que debe hacerse por el juez al imputado, constituye un acto, cuyo objetivo fundamental es, permitir una debida intervención del imputado, ya que la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, está vinculado al presupuesto ineludible de conocer de manera clara, detallada y precisa las acusaciones que se le formulan.

Sin este conocimiento, la intervención del imputado, sólo sería constitutiva de un acto formal, carente de las garantías, que de manera efectiva preconiza la Constitución. Lo que se pretende pues, es que el

imputado de manera efectiva, conozca el cargo que se le formula y tenga la posibilidad de ser oído y de probar y alegar en su derecho.

Y ello es irrealizable, si no es precedente a la actividad defensiva, una imputación concreta, clara, circunstanciada, y específica, referida al o los hechos atribuidos, y que se tenga como acusada. Es por ello que, entrándose de la intimación, lo importante es hacer saber al imputado, los hechos históricos nudos que se le atribuyen particularmente, desprovistos de la calificación jurídica, el mero *nomen iuris dil reato* no satisface la intimación, puesto que la calificación jurídica del delito, no satisface el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Por ejemplo al acusado “Juan” le sirve entender: “que el día cinco de mayo del año dos mil tres, a las once horas en la casa cinco del pasaje seis de la colonia Popotlán le disparó con un revolver 38 por la espalda a don José mientras éste dormía en una cama, quien murió ahí a consecuencia de los disparos”; no teniendo el mismo nivel de comprensión que se le diga al encartado que se le atribuya el delito de homicidio agravado por alevosía en don José.

### **5. c. AMPLIACIÓN DE LA ACUSACIÓN.**

En principio diremos que, los hechos fijados en la acusación son inconvencionales, sin embargo, debe señalarse que, la excepción a esta regla, lo constituye lo que se conoce como la ampliación de la acusación, figura por la cual se permite, que los hechos constituidos como primigenios en el libelo acusatorio, puedan ser modificados solo en su aspecto circunstancial.

Sin embargo, tal variabilidad importará únicamente, una modificación periférica, y no central de los hechos acusados, de tal manera que, el *factum* que sirvió de sustrato originario, debe mantenerse incólume, y únicamente puede ampliarse, por circunstancias sobrevinientes en el debate; si las circunstancias, eran desconocidas, y las informa la prueba que emana del juicio, se trata técnicamente de una ampliación de la acusación.

Lo anterior, es diferente a que, ya los hechos acusados, contengan la circunstancia modificatoria, sobre la cual, se ha prefigurado una incorrecta calificación jurídica, en este último caso, no se trata, de una ampliación de los hechos y de la acusación, porque los mismos ya están implícitos en la misma, lo que sucede es que, ha concurrido un error de subsunción en la calificación jurídica, con todo, el tribunal, no está habilitado sin más, para calificar los hechos de manera distinta.

Esa actividad de corrección, del juicio de tipicidad, que es perjudicial porque significa una agravación de la imputación, debe realizarse, siempre que se haya advertido la misma, y concedido la oportunidad de suspensión de la vista publica conforme a las reglas del Art. 333 N° 7 CPP, la cual cubre la contingencia derivada de un cambio de calificación jurídica sustancial al tenor del artículo 344 CPP que prescribe: “El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la

calificación jurídica; en este caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia”.

Por el contrario, los motivos de ampliación *strictu sensu*, que prevé el Art. 343 CPP son los siguientes: La inserción de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no conste en la acusación cuando: (1) se modifica la calificación legal del delito; (2) o se modifica la penalidad prevista para el delito; (3) o cuando se integra un delito continuado; (4) o cuando podría modificarse lo concerniente a la responsabilidad civil.

En todo caso, la decisión de ampliar la acusación, trae como consecuencia, la pronta intimación al justiciable, sobre la imputación ahora configurada, y la advertencia que para efectos de preparar su defensa, puede solicitar la suspensión del debate; nótese que, en este caso, según el precepto legal, procede una nueva intimación –a diferencia del cambio de calificación jurídica sustancial– porque en la ampliación de los hechos, esta nueva circunstancia, es desconocida en la facticidad del suceso acaecido, por el cual se ha acusado.

En cambio, en la modificación esencial de la calificación jurídica, el hecho ya está descrito en la acusación, y como dato histórico sobre el cual recayó la conducta del acusado, ya se la ha hecho saber en la acusación, lo que sucede es que, la adecuación típica era la incorrecta, por lo que, lo que aquí debe intimarse al imputado, es la nueva calificación, en relación al hecho que la justifica, quedando siempre expedito, la facultad de suspensión si así lo decide la parte que podría resultar perjudicada, por el cambio sustancial de calificación legal del delito.

Examinemos ahora –en apretado epitome– los puntos medulares de ampliación de la acusación: (1) una de la modalidades, es el surgimiento de un nuevo hecho, que indiquen que el delito adopta la modalidad de continuado, para ello se requiere, la existencia de un imputación de hechos dependientes, y se exige que los hechos sobrevinientes, puedan incardinarse al originalmente imputado, pues son conexos con éste en su materialidad, aunque separados temporal y especialmente, pero en fin unidos, bajo la triple dimensión de que haya: unidad de plan o de ocasión, similitud del precepto penal infringido, similitud de circunstancias, todo ello cubierto por un mismo dolo, es decir el hecho desconocido y por el cual se ampliará la acusación, debe constituir un hecho de delito continuado.

El porqué de la permisón para ampliar la acusación en un delito continuado, respecto de uno de los hechos de la misma continuación delictiva que es conocido en el debate, obedece a la regla que prohíbe posteriormente, que respecto de un delito continuado, se puedan conocer posteriormente hechos de esa continuación delictiva constitutivos del mismo período, por cuanto, opera aquí, el principio de cosa juzgada tácita, y un posterior juzgamiento significaría violación del principio de *Ne bis in Idem*.

(2) La inclusión de un hecho nuevo en cuanto circunstancia, que importa la modificación de la calificación legal, está dispuesta sobre la mutación de tipos simples a calificados, o de tipos penales a sub tipos

penales, cuando establecida una circunstancia específica como agravatoria, el tipo penal se deriva de uno simple a otro calificado que inclusive puede constituir un tipo penal autónomo de la misma especie, que generalmente constituye un delito más grave, por cuanto la cualificación importa una pena más severa en cuanto sus límites.

De suyo, la acusación de un robo, en el cual posteriormente se descubriera que fue cometido con un arma de fuego, importaría la imputación de un robo simple a un robo agravado por la calificante de uso de arma de fuego, imputación que depara una sustancial agravación de la pena en rango de cuatro años, de ahí que ello importe una ampliación de la acusación, aunque huelga decir que al estar desvalorada la agravante sobre el arma de fuego, en virtud de la prohibición de doble imputación, conforme a la vigencia del principio de culpabilidad y mediante la concurrencia de la consunción ya no es posible imputar en ningún otro modo el delito de tenencia ilegal de armas de fuego o de tenencia de armas de guerra o artesanales.

Para la consideración anterior, debe ponderarse no sólo la prohibición de doble o múltiple desvaloración de la misma imputación, sino el criterio del bien jurídico y tener presente que el interés jurídico de peligro, ya ha sido consumido por la tutela de otro bien jurídico, que en su carácter pluriofensivo, depara como desvalor una pena más grave para el objeto del arma, que es el mismo objeto que se desvalora anticipadamente por los delitos de tenencia, el cual mantiene la autonomía de la imputación, siempre y cuando el mismo objeto material no concorra como circunstancia calificante especial.

En cuanto a circunstancias que modifiquen la penalidad, se atiende a la concurrencia de una causa, que de manera genérica, puede afectar la dosimetría de la pena, y que hasta ese momento del debate, permanecía incognoscible, en este caso, el delito no se ve modificado, sino sólo por el mayor reproche, que puede recaer en el desvalor del acto o de la culpabilidad, en estos casos, es plausible la concurrencia de los denominados tipos penales alternativos, los cuales tienen diversas formas de adecuación típica, según la modalidad de conducta que se describa, en el mandato de prohibición, pero con una particularidad, en este caso la conducta alternativa, tiene un agregado de desvalor, que depara una diferente penalidad, un caso aplicable es la regulación que se hace en el artículo 34 de la actual Ley Reguladora sobre las Actividades Relativas a las Drogas, tipo penal en el cual los supuestos de posesión o tenencia “simples” tienen una pena menor; y el supuesto de tenencia con fines de tráfico tiene una pena de mayor dosimetría.

#### **5.d. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.**

Es importante destacar en este apartado, la configuración que tiene el principio acusatorio, los límites, que de éste se derivan, pero además su directa relación con el principio de congruencia, que como ya lo hemos señalado, tiene como finalidad última tutelar la garantía de inviolabilidad de la defensa.

El principio acusatorio parte históricamente de la separación entre acusador y juzgador<sup>52</sup>, en el sentido que la persona que juzga, no puede ser la misma que acusa, y el poder de acusar, le estaba reservado a un sujeto ajeno completamente al juez, inclusive el juzgamiento de los hechos correspondía a los pares, siendo que el juez dictaba sentencia sobre la decisión que asumía el jurado respecto de los hechos que se acusaban<sup>53</sup>; de ahí que la garantía para los acusados es que mientras un sujeto asume la acusación, de la cual el justiciable se defiende, el juez es un sujeto imparcial, decisor únicamente de los hechos sometidos a controversia<sup>54</sup>.

De ahí que el fundamento del principio acusatorio, desde los planos regulativos, y en el actual estado de cosas, se sustenta sobre la base de construir los modelos de persecución penal, de acuerdo a un Estado garantista o a un Estado con tendencia totalitaria<sup>55</sup>, por cuanto el principio –más clásico– que identifica a éste principio –*nullum iudicium sine accusatione*– establece la separación entre acusadores y juzgadores<sup>56</sup>.

Cuestión importante, es determinar los alcances del principio acusatorio, y sobre ello se han señalado los siguientes aspectos: (a) que el sometimiento de los jueces al principio acusatorio, es total en cuanto a los hechos objeto de acusación, de ahí que los hechos mismos, no pueden ser configurados por los tribunales, y los mismos, son objeto de su delimitación por el ente acusador, de ahí, la garantía de que el justiciable, no puede ser condenado por otros hechos, que no fueron aquellos que se tuvieron como acusados, y toda ampliación de acusación corresponde a los acusadores, aunque la decisión sobre la misma, corresponde al juzgador, de acuerdo al control que el poder judicial, ejerce sobre la acusación al menos en el sistema continental<sup>57</sup>.

(b) Respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, tanto aquellas, que son generales como las especiales, por estar constituidas respecto de circunstancias, las mismas, quedan amparadas bajo la formulación del principio acusatorio, de ahí que, la responsabilidad penal no puede determinarse sobre cuestiones modificativas de la responsabilidad penal, que no hayan sido incorporadas por la pretensión penal que ejerce el órgano acusador, ello sin perjuicio,

52. Es por ello que desde antaño señalaba Montesquieu: “en los estados monárquicos, el príncipe es la parte que persigue a los acusados haciéndolos castigar o absolver, si juzgará el mismo, sería a la vez juez y parte”. MONTESQUIEU “Del Espíritu de las Leyes”. Editorial. Altaya. Madrid. España. 1993 p 66.

53. Por ello se indicaba: “Ya en Inglaterra el jurado decide si el acusado es culpable o no del hecho que se le presenta, si es declarado culpable el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos”. MONTESQUIEU “Del Espíritu de las Leyes”. Editorial. Altaya. Madrid. España. 1993 p 64.

54. Este aspecto es destacado por el pensamiento liberal cuando se expresa respecto de la función del poder judicial: “El tercer carácter del poder judicial es el no poder actuar más que cuando se le llama, o, según la expresión legal, cuando se le somete algo. Creo que (...) puede considerárselo esencial. Por su naturaleza el poder judicial carece de acción. TOCQUÉVILLE Alexis “La Democracia en América”. Editorial Orbis. Barcelona España. 1985 p 67.

55. En tal sentido se expresa FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Bañez y otros. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997 p 97.

56. Sobre tal idea FERRAJOLI Luigi “Derecho y Razón”. Teoría del garantismo... op. cit. p 110.

57. En el sistema del civil law el poder judicial ejerce un mayor control sobre los hechos acusados, cuestión diferente en el sistema del comom law en el cual las funciones del acusador, son todavía más extensivas, por ejemplo hasta por la formulación de los delitos a acusar, es una función que corresponde a quien acusa.

que el tribunal deba calificar, la procedencia de tales circunstancias modificativas, en cuanto a la constatación de su acreditación en el sentido fáctico y jurídico.

(c) En lo que respecta a la calificación legal del delito, que en el ámbito de la dogmática jurídico penal, significará, el juicio de adecuación, el poder acusatorio disminuye, por cuanto no obstante la pretensión del *nomen iuris* del delito que le pretende formular a quien acusa, le corresponde al tribunal, determinar la tipicidad de la conducta establecida, sin que por ello esté vinculada a la pretensión del acusador, no obstante la modificaciones en las calificaciones de los delitos deben respetar dos reglas: (I) sólo procede una distinta calificación jurídica de los hechos, aún sin pedido o contra el pedido de quien acusa, cuando esa calificación jurídica, importa la imputación de un delito de menor gravedad; (II) el cambio de calificación jurídica, debe ser advertido, para no causar indefensión al justiciable, a menos, que tal cambio de calificación jurídica no sea esencial, por que si no lo es, no se afecta el derecho de defensa, ni se provoca indefensión<sup>58</sup>, por demás esta decir que cambio de calificación no importa modificación de los hechos, los cuales permanecen inalterables.

(d) Cuestión harto discutida, es la atinente a la pena que ha de imponerse a los justiciables, por cuanto en relación a este tópico, la doctrina no ha encontrado una solución de pacífico consenso, y al contrario se sostienen dos posturas: (I) La primera de ellas, se erige sobre la base de que la pena y la determinación de la pena, es un aspecto, que no está sometido al alcance del principio acusatorio, y que por ende los jueces, pueden imponer penas más severas que las solicitadas, pero no se trata aquí propiamente de la condena por un precepto penal distinto, por cuanto como ya se expresó, los jueces tienen la facultad de condenar por un delito distinto, siempre que concorra homogeneidad, y que la pena impuesta sea de menor gravedad.

En tal sentido se sostiene que lo que no se encuentra sometido al principio acusatorio, sería el juicio de dosimetría legal de la pena, con lo cual si el pedido del fiscal, yerra sobre los parámetros de la pena a imponer, por cuanto se equivoca, en el pedido, o porque pide una pena menor a la determinada por el tipo penal en sus límites mínimos y máximos, el juez puede corregir ese defecto, sobre la base del principio *iura novit curia* y porque en todo caso, la determinación de la pena no es una cuestión que pueda vincular facultativamente el acusador, sino que se determina por el legislferante, por lo que son normas de estricto cumplimiento, y por ende no vinculatorias para el tribunal, ni sometidas al principio acusatorio.

(II) La posición restante, que sin ser mayoritaria, se encuentra teniendo importante avances, es aquella que sostiene que en la pretensión punitiva concreta, el juzgador se encuentra sometida a los alcances del principio acusatorio, lo cual significa que ante un caso de error en la dosimetría de la pena o en un caso de error de petición de la pena de quien sustenta la acusación, el juez no puede desvincularse de la pretensión

58. Por ejemplo cuando se califica un hecho como homicidio simple cuando, se había acusado como agravado, o cuando se califica un robo como imperfecto, cuando se había acusado como consumado.

punitiva de quien ejerce la acusación, y aunque se trata de un error en la solicitud de pena, el juez no puede imponer otra pena, corrigiendo en este caso la pretensión del acusador.

Obviamente, la crítica de mayor rendimiento, al planteamiento señalado, es que cuando recae un error sobre la determinación en abstracto de la pena, en el sentido que la pena solicitada, es menor que la prevista por el tipo penal por el cual se ha juzgado, tal cuestión errática, no puede superponerse a la dosimetría de la pena que el legislador ha fijado para los merecimientos de pena. Sin embargo, para quienes no vinculan al juez al pedido acusatorio, y entienden que este puede condenar por una pena *in error* solicitada por el fiscal, imponiendo la pena correcta, que es más grave, deben considerar otra cuestión que ligada al principio acusatorio, tiene un distinto alcance, y es la garantía de inviolabilidad de la defensa.

Lo anterior es importante expresarlo, por cuanto, cuando el juez condena a una persona a una pena distinta que la solicitada por el fiscal, siendo la pena más grave, por cuanto el fiscal, ha errado en la dosimetría de la pena, lo cierto, es que el acusado no ha podido defenderse en concreto de la pena impuesta, por cuanto la única oportunidad que ha tenido para defenderse ha sido de la petición que en concreto, ha formulado su contraparte, es decir se ha podido defender con exclusividad de la pena pedida por quien acusa, pero nunca de la pena impuesta por quien juzga, pena que es mayor, y de la cual no se ha podido controvertir. De ahí que, el aspecto más sustancial, para quienes sostienen que los ámbitos de dosimetría de la pena, están sometidos al control del principio acusatorio, surgen de la garantía de inviolabilidad de la defensa y de los límites que esta determina respecto del poder penal.

(e) El último aspecto en relación al principio acusatorio, se erige, respecto de las consecuencias civiles del delito, así como de la cuestión atinente al comiso. En cuanto a las consecuencias de orden civil, que se derivan a partir de la comisión de un hecho delictivo, debe quedar claro, que las mismas, quedan sujetas a la pretensión de la parte que acusa, sin pedido sobre tal aspecto, el juez está imposibilitado de pronunciarse *ex officio* sobre las mismas, y no puede recaer condena, en lo relativo a consecuencias civiles, cuya pretensión no se ha formulado en el debate, como tampoco, si tal petición no se respalda probatoriamente.

En lo relativo al comiso, entendido éste como una consecuencia jurídica del delito, que recae, sobre los instrumentos, o los efectos del delito, el principio acusatorio exige, que la declaración del comiso, sobre los medios o ganancias del delito, estén respaldados, por una solicitud por parte de quien acusa, solicitud que sólo puede ser respaldada, si probatoriamente se ha establecido que los objetos, ora como bienes ora como instrumentos han sido obtenidos o utilizados en relación al delito ejecutado, en tal sentido si no media solicitud de acusación, la garantía del principio acusatorio, se extiende al juez impidiendo que este decrete la pérdida de los efectos o de los instrumentos del delito, por cuanto en este punto también debe observarse la aplicación del principio acusatorio, así como la garantía de inviolabilidad de la defensa, sin pretensión de comiso el juez o tribunal no puede resolver sobre los objetos sujetos a

comiso, por cuanto ello violaría el principio *ne procedat iudex ex officio*, así como el derecho a defenderse del justiciable.

Únicamente están fuera de los presupuestos del principio acusatorio los siguientes objetos destinados a comiso cuando: a) los objetos están implícitos como elementos del tipo penal, por ejemplo el dinero en el cohecho, o del soborno, la mercadería del contrabando; b) cuando los objetos son calificados de ilícito comercio como droga, armas; c) objetos sujetos a control de autoridad, según el mandato legal.

Conviene ahora examinar el principio acusatorio, en relación al principio de congruencia. En tal sentido se sostiene, que es el principio acusatorio, el que permite mantener la correlación entre los hechos acusados y los fijados de manera final en la sentencia, según los elementos de prueba desfilados; se entiende que los hechos acusados, deben ser congruentes con los que se afirman en la sentencia, la variación sustancial de los mismos, causará indefensión, anulará la garantía de que el imputado sepa cuáles son los hechos acusados, y tornará ilegítima la sentencia<sup>59</sup>.

La variabilidad de los hechos sostenidos en la sentencia, cuando son distintos a los esbozados en la acusación, afecta el principio de congruencia, pues el límite de su alterabilidad, de manera legal está fincado por la posibilidad de la oportuna ampliación de la acusación, con la garantías que tal evento supone; y de igual manera cuando únicamente sobrevengan modificaciones esenciales en la calificación jurídica, sin previa advertencia para el justiciable. Al contrario, las variaciones que se ha admiten, son aquellas de carácter intrascendente, es decir nimias que en nada afectan el derecho de defensa.

Los hechos acusados, por quien sostiene la acusación no pueden ser modificados, sin que corresponda para ello, una solicitud de ampliación de la acusación y únicamente bajo los supuestos que la ley permite ampliar, es decir debe tratarse de un nuevo hecho o circunstancia desconocida, la cual se sabe, de manera sobreviniente, por la cual: a) se modifica la calificación legal del delito inicialmente imputado; b) se modifica la pena que podría imponerse al acusado: c) se integra un nuevo hecho a un delito

59. Como doctrina jurisprudencial conviene destacar en este apartado la siguiente: "Cabe destacar que el carácter constitucional de aquel principio, como expresión de la defensa en juicio obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales —sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo pero sin olvidar que también en la formas se realiza las esencias" ABALOS Raúl Washington "Código Procesal Penal de la Nación"; también respecto al principio de congruencia como integrante del derecho de inviolabilidad de la defensa se ha dicho "Otro principio importante afirmado por la Corte Suprema y conectado con la garantía en examen, es el que relama que exista congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y los hechos concretos que motivaron la acusación... Otro caso donde la corte afirmó la importancia de respetar el llamado principio de congruencia es "Rochia" Fallos CSJN 310: 2094 donde se dijo que es deber de los magistrados restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio. Igualmente en "Weissbrod" Fallos CSJN 312:597 la Corte señaló que la condena dictada al recurrente por presuntas lesiones a pesar de que por ese hecho no había sido aquel acusado "importaba una clara afectación a la garantía de la defensa en juicio". Carrió Alejandro D. "Garantías Constitucionales en el proceso penal". 3° edición actualizada y ampliada. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1997 pp. 71 a 73; en tal sentido también VELEZ MARICONDE ALFREDO "Derecho Procesal Penal" tomo II. Lerner. Editores. Buenos Aires. Argentina. ps. 233 a 242; DE LA RUA Fernando "La Casación Penal" De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1994 138 a 139 1994.

continuado; d) se altera la cuestión de la responsabilidad civil.

En cuanto a la modificación legal del delito, lo cual no implica ampliación de la acusación, pues en este caso los hechos permanecen inalterados, no se adiciona nada, sino que únicamente se ajustan los hechos al supuesto típico descrito por la norma penal, respecto de los hechos que se probaron en juicio, debe señalarse, que no obstante que tal modificación legal no implica ampliación de los hechos, cuando la misma sea de índole esencial, el acusado debe ser advertido de la variación de la calificación jurídica, por cuanto sin esa advertencia lo que se afecta, es el principio de inviolabilidad de la defensa, pero si la calificación no es esencial, ésta puede verificarse sin advertencias, por cuanto ello no implica indefensión para el justiciable<sup>60</sup>.

### 5.e. CONTROL DE CASACIÓN Y CONGRUENCIA.

Solo resta destacar en este punto que precisamente la violación del principio de congruencia dará lugar a un motivo de casación de la sentencia que contenga tal vicio tal como lo dispone el Art. 362 N°8 CPP que dice "Los defectos de la sentencia que habilitan la casación serán los siguientes: La inobservancia de las reglas relativas a la congruencia entre la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio.

---

60. Sirva como ejemplo la sentencia de las dieciséis horas del viernes treinta y uno de julio de dos mil cuatro, pronunciada por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador en la cual se dice: Fundamento Jurídico N° 8. Ahora bien, debe hacerse en este caso una precisión dogmática, el representante del Ministerio Fiscal, acusó originalmente al justiciable, por homicidio doloso agravado, invocando el número tres del artículo 129 del CP, sin embargo, es oportuno indicar que conforme con el conjunto de toda la prueba desfilada, dicha calificante especial, no ha concurrido, es decir, no se ha probado ninguna de las circunstancias agravatorias que se establecen en el supuesto pre-indicado, como son la alevosía, el abuso de superioridad o la premeditación. De ahí que, si no se ha probado más que el homicidio simple y no la figura agravada, el tribunal debe hacer la adecuación típica correspondiente, que no es esencial en cuanto modificación de la imputación, en los términos del artículo 344 del CPP, porque a la base siempre estará un homicidio, y lo que desaparecerá como no probado es la agravante, este evento que atañe a la calificación jurídica, ni causa indefensión, ni genera una situación más perjudicial al imputado, por lo que al no estar probada –según los elementos de prueba que desfilaron– la calificante que agrava el homicidio, el hecho debe calificarse definitivamente como homicidio simple, sin que ello genere problemas de advertencia, porque los apercibimientos que haga el tribunal en los términos de garantizar el derecho de defensa y el principio de congruencia, lo son únicamente cuando la modificación de la calificación jurídica sea sustancial o esencial para usar el vocablo que refiere el artículo 344 del CPP cuando reza: "El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica, en este caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia." Fundamento Jurídico N° 9. En nuestra opinión, la modificación de la calificación jurídica no es esencial, cuando se califica un hecho de homicidio agravado a un homicidio simple, porque a la base de las dos figuras subyace el homicidio como sustrato material. Si ello es así, tampoco conviene advertir, porque la calificación jurídica, no sufre más modificación que el desechar la concurrencia de la agravante; el tipo simple, en este caso homicidio doloso se mantiene incólume, puesto que el homicidio agravado, está constituido por el tipo simple de homicidio doloso, con un plus que está construido por la circunstancia calificante que lo vuelve un tipo penal agravado –aunque no autónomo– de ahí que, a falta de la agravante, el tipo penal deviene en su configuración básica de homicidio doloso simple. Si es importante acotar, que lo que no podría realizarse, es lo inverso, el tribunal no podría pasar –sin hacer la advertencia– de un tipo penal simple a uno agravado, porque en este caso hay necesariamente una modificación esencial en la penalidad que opera en perjuicio del justiciable. En suma, en contra de José Antonio Robles Ascencio, lo que se ha probado es un homicidio simple y no un homicidio agravado. En consecuencia, según los hechos que se tienen probados, la calificación del delito debe adecuarse correctamente de un homicidio agravado a un homicidio simple y ese es el nomen iuris con el que se califica el delito que se conoce, puesto que es el adecuado a los hechos típicos.

Lo anterior, descansa en la obligación del juzgador de mantener la identidad entre los hechos que se acusan y los que se juzgan, tal como lo prescribe el artículo 359 CPP por el cual los hechos acreditados en la sentencia para legitimarla deben corresponderse con los que la acusación fiscal o querellante precisaron al momento de formular el libelo acusatorio, la única variación que se admite en cuanto a tener por acreditados hechos diferentes a los acusados dentro de la esencialidad de los mismos es cuando esa variación del cuadro fáctico del objeto del debate, favorece al justiciable, fuera de ese caso, en el marco de los hechos principales, los hechos objeto de la acusación no pueden ser alterados en su aspecto esencial.

Aquí es oportuno señalar, que la intangibilidad del principio de congruencia, admite ciertas excepciones, respecto de la variación de los hechos, pero sólo en su ámbito periférico, ello obedece sin lugar a dudas –como ya lo señalamos– a la nominada “ampliación de la acusación” (artículo 343 CPP) pero esta facultad, del ente acusador de ampliar los hechos objeto de la acusación, cuando lo ameritan circunstancias sobreviniente conocidas hasta el debate, solo abarca la variación de hechos accesorios, pero no se extiende a los principales, ello es entendible, puesto que tal expansión de los hechos acusados, solo es atinente a la modificación legal del delito, verbi gratia cuando de un tipo simple se amplía a uno agravado, así de homicidio simple a calificado, (artículos 128 y 129 PN) o de Hurto a Hurto agravado (208 a 209 PN).

De igual manera se permite la ampliación de la acusación a la configuración del delito continuado, es decir si en el transcurso del debate se acredita un hecho nuevo pero integrante de la continuidad delictiva, bajo las características de unidad de espacio temporal, de modo, de especie de delito, de bien jurídico y de elemento subjetivos –dolo y elementos especiales de animo– tal hecho debe integrarse al conjunto de conductas que estructuran la continuidad delictiva y debe ampliarse en tal sentido la acusación.

En todo caso, en ambas situaciones el acusado, debe ser advertido de la variación de la acusación, es decir de los hechos y circunstancias ampliadas, ello en atención al derecho de defensa que presupone conocer con exactitud la plenitud de los hechos que se imputan, sin la intimación correspondiente y la advertencia de la posibilidad de pedir la suspensión del debate, para preparar la defensa (según el artículo 333 N° 7 CPP) resulta afecta la garantía de defensa material y técnica del acusado, con lo cual se genera un vicio que puede dar efecto al control de casación.

Otro punto importante de señalar que debe deslindarse totalmente de la ampliación de la acusación, es la soberanía que tiene el órgano jurisdiccional para conceder el “nomen iuris” a la imputación delictiva, es decir, la facultad de fijar la calificación legal del delito, conforme al apotegma “iuris novit curia”; tal poder está acordado a la judicatura en el inciso final del artículo 344 que reza “El presidente del tribunal advertirá a las partes sobre la posible modificación esencial de la calificación jurídica, en ese caso se podrá solicitar la suspensión de la audiencia”.

La norma anterior, está directamente vinculada al precepto que establece las potestades del tribunal en materia de congruencia, conforme al artículo 359 inciso segundo que reza: “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación o querrela, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas. El imputado no podrá ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación, su ampliación, o en el auto de apertura a juicio, si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica; la regla comprenderá también a los preceptos que se refieren sólo a la pena, cuando se pretenda aplicar una más grave a la solicitada”.

Este monopolio sobre la calificación jurídica sin embargo no se extiende a la modificación de los hechos, con lo cual queremos indicar que si bien sobre los hechos objetos de la acusación, el juez tiene la libertad de fijarles la adecuación típica que estime idónea sin estar vinculada por la propuesta del ente que acusa, tal determinación del nomen iuris de la conducta debe hacerse sin que ningún hecho de cualquier especie resulte modificado o ampliado –salvo las inocuas modificaciones previstas en el artículo 344 CPP, mismas que no implican violación al principio de congruencia, por cuanto no importan una modificación esencial de la calificación jurídica, y por ello no causan indefensión, por cuanto el acusado ha podido defenderse plenamente de la imputación penal principal, sin que la modificación del delito altere este supuesto jurídico.

Lo predicho es importante tenerlo a cuenta, porque modificaciones de la calificación jurídica, incluso entendidas como beneficiosas, pueden comportar –en nuestra opinión– una modificación de los hechos, que afectaría el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa, nos estamos refiriendo por ejemplo a la modificación de un delito doloso por uno culposo, así cuando se trate de un delito de homicidio, en principio se podría afirmar que, ello es beneficioso al imputado, por la gravedad del injusto, sin embargo, debe repararse en que tal variación importa, la modificación de un hecho, que recae en el ámbito subjetivo –la mutación de dolo a culpa– siendo que, ese aspecto del tipo subjetivo, está conformado por un hecho, sólo que de carácter psíquico, cuya estructura no es idéntica, lo cual erosiona el ejercicio de una defensa adecuada.

Solo repárese en las diferencias que presentan el tipo penal doloso y el imprudente –por ejemplo el deber de cuidado, el nexo de determinación, el principio de confianza, la previsibilidad– y por ende en las dificultades que se presentan para ejercer razonablemente una defensa adecuada, ante una intempestiva variación en la calificación delictiva, de ahí que las modificaciones en la calificación delictiva, es plausible realizarlas, siempre que no se cause indefensión al justiciable.

Los límites señalados son los que le compete tutelar al Tribunal de Casación como máximo custodio de las garantías, en este caso del derecho de inviolabilidad de la defensa que se incardina en el principio de congruencia.

**CONCLUSIÓN:**

Las conclusiones a las que podemos arribar son las siguientes:

(1) Que la garantía de una acusación que permita saber y comprender al imputado cuáles son los hechos que se le acusan, está tutelada en el orden Constitucional, en el derecho Internacional a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(2) Que la garantía en alusión se estructura básicamente en una doble vertiente: Por un lado el derecho de todo acusado a saber de manera clara, precisa y circunstanciada la totalidad de los hechos acusados; por otra parte que el principio acusatorio impone la debida separación entre quien sostiene la acusación y quien ejerce el poder de juzgar.

(3) Que media una estrecha relación entre garantía de acusación y de inviolabilidad de la defensa en juicio.

(4) Que la garantía de acusación para ser satisfecha plenamente debe ser ejercitada por el imputado desde el inicio de la investigación cuando se le asigne tal calidad y que en ese momento debe de hacerse saber cuál es el fundamento de los hechos que le imputan.

(5) La importante distinción que debe haber entre calificación jurídica y hechos acusados, pues sólo con la narración circunstanciada y clara de estos últimos se satisface la garantía objeto de estudio.

(6) La importancia de que en el debate los hechos objetos de la acusación no pueden ser modificados, excepto en caso que la acusación sea debidamente ampliada.

(7) Que los cambios de calificación jurídica, también afectan el principio de congruencia cuando tal modificación sobre el *nomen iuris* es esencial, en cuyo caso debe mediar advertencia.

(8) Que la violación del principio de congruencia entre los hechos acusados y los tenidos por acreditados en la sentencia vuelve esta defectuosa siendo objeto de casación.

**BIBLIOGRAFÍA**

ABALOS Raúl Washington "Código Procesal Penal de la Nación", Ediciones Jurídicas Cuyo. 1° edición. Mendoza. Argentina 1994.

ALVAREZ Alejandro E. "El Control Jurisdiccional de los Requerimientos Acusatorios o Conclusivos del Ministerio Público" en AA. VV. El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

ARMIGO SANCHO Gilbert "Constitución y Derecho de Defensa" AA. VV en "Nuevo Proceso Penal y Constitución". Editorial investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica. 1998.

BAUMANN Jürgen "Derecho Procesal Penal". Conceptos fundamentales y principios procesales. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1982.

BINDER Alberto M. "Límites y Posibilidades de la Simplificación del proceso" en Derechos Fundamentales y Justicia Penal, Juricentro. San José Costa Rica, 1992.

BINDER Alberto M. "Política Criminal de la Formulación a la Praxis". AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 1997.

BOVINO Alberto "Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo". Editores del Puerto. Buenos Aires Argentina. 1998.

CAFFERATA NORES José I. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CAFFERATA NORES José I. "La Prueba en el Proceso Penal". Tercera edición, actualizada y ampliada. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CAMIÑA María C. "El Proceso Penal" en AA. VV. "Principios de Derecho Procesal Penal". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 2002.

CRUZ CASTRO Fernando "El Ministerio Público en el nuevo código procesal penal costarricense" en AA. VV. "Reflexiones Sobre el Nuevo Proceso Penal". Daniel González Álvarez compilador. Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1996.

CRUZ AZUCENA José Manuel, ORELLANA Levis Italmir "La Etapa Intermedia de la Investigación". Evaluación de los medios de investigación que habrán de convertirse en medios probatorios" en AA. VV. "Ensayos Doctrinarios". Nuevo Código Procesal Penal. ARSJ. UTE. 1998.

DE LA RUA Fernando "La Casación Penal " De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1994 138 a 139 1994.

FERRAJOLI Luigi "Derecho y Razón". Teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Editorial Trotta. Madrid. España. 1997.

GONZALEZ ALVAREZ Daniel "El Procedimiento Preparatorio" en AA. VV. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal" Daniel González Álvarez compilador. Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1996.

LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Primera edición CSJ. AECI. PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001.

LOPEZ ORTEGA Juan José en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo II. Primera edición CSJ. AECI. PNUD. San Salvador. El Salvador. 2001.

LLOBET RODRIGUEZ Javier "Proceso Penal Comentado", Mundo Gráfico". San José. Costa Rica. 1998.

MANZINI Vincenzo "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo II. Editorial Tipografía. Buenos Aires. Argentina 1954.

MONTESQUIEU "Del Espíritu de las Leyes". Editorial. Altaya. Madrid. España. 1993.

MORA MORA Luis Paulino "Garantías Constitucionales en relación con el imputado" en Un nuevo sistema procesal penal en América Latina. Konrad-Adenauer-Stiftun, CIEDLA, primera edición, Caracas, Venezuela, 1995.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Manual de Derecho Penal" Parte General. editorial Aranzandi. Pamplona. España. 1999.

RODRÍGUEZ Mariano A. "Los Límites de la Jurisdicción Penal". AD-HOC. Primera edición. Buenos Aires. Argentina. 1997.

ROGEL ZEPEDA Martín "La Instrucción". AA. VV. "Selección de Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal". Unidad Técnica Ejecutiva. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2000.

SALAS PORRAS Ricardo "La Querella Pública" en AA. VV. Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. ". Daniel González Álvarez compilador. Mundo Gráfico. San José. Costa Rica. 1996.

SANDOVAL Rommell Ismael "La Necesaria Transformación del Sistema Procesal Penal Salvadoreño. Del sistema mixto acusatorio al acusatorio adversativo. Revista Justicia de Paz. N° 14. Año V-Vol. IV. Diciembre 2002. San Salvador. El Salvador. 2002.

TOCQUEVILLE Alexis "La Democracia en América". Editorial Orbis. Barcelona España. 1985.

VELEZ MARICONDE Alfredo "Derecho Procesal Penal" Tomo I 3° Edición, 1° Reimpresión actualizado por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner. Córdoba. Argentina. 1986.

VELEZ MARICONDE ALFREDO "Derecho Procesal Penal" tomo II, Lerner. Editores. Buenos Aires. Argentina. 1986.

## **LEGISLACIÓN**

1. Códigos Penal y Procesal Penal. Actualizado en enero del 2000. FESPAD Ediciones, San Salvador, El Salvador, 2000.
2. Constitución de la República de El Salvador, actualizada, con exposición de motivos y sus concordancias, Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, El Salvador, 1998.
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
4. Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

