



CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA  
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL "DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"

CURSO

# FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

NOMBRE DEL MATERIAL:

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO SALVADOREÑO.

AUTOR: SALVADOR HÉCTOR SORIANO RODRÍGUEZ

## CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO SALVADOREÑO

Por Salvador Héctor Soriano Rodríguez  
(Reproducción parcial)<sup>1</sup>

### LAS NORMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El procedimiento de creación está previsto por el Art.248 Cn. Estas normas pueden llamarse, normas primarias, constitucionales derivadas. Hay que tener en cuenta que las normas de reforma constitucional permiten la supervivencia del viejo orden constitucional, aunque lo modifican. Así el viejo orden constitucional se adapta a las nuevas demandas constitucionales.

Las normas de reforma constitucional son verdaderas normas constitucionales, tanto las que prevén un procedimiento para la modificación, como las que se originan por las primeras. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar la creencia de Ross, quien sostiene la inexistencia de las primeras. Debe inferirse que no podemos aceptar la posibilidad de las segundas. Las normas constitucionales que establecen el procedimiento de su reforma, dice Ross, que no son normas del sistema "sino una previsión no estrictamente obligatoria, destinada a provocar mágicamente ciertos hechos socio-sicológicos".

Royo sostiene, que para la creación de las normas de reforma casi todas las Constituciones democráticas tienen previsto un procedimiento distinto al ordinario... "Son, como su nombre indica, normas de reforma de la Constitución, es decir, normas que añaden, suprimen o sustituyen algún precepto de la Constitución. Estas leyes de reforma de la Constitución, una vez aprobadas, sancionadas, promulgadas y publicadas, se incorporan al texto constitucional y se convierten en Constitución a todos los efectos". El Art. 248 Cn establece en nuestro orden constitucional que para su creación se requiere la iniciativa de por lo menos de diez diputados, un acuerdo de reforma constitucional, y otro que lo ratifique. Los acuerdos han de ser producidos por diferentes Asambleas Legislativas, cuidando que la ratificación sea efectuada por la *siguiente* Asamblea. Adviértase que la intencionalidad constitucional, imposibilita y termina el proceso, al no ser ratificada por la siguiente Asamblea. Ocurre entonces, que no puede haber un lapsus temporal intermedio que se abstenga de completar el proceso de formación de norma constitucional. En otras palabras, nos parece un error de interpretación y de práctica constitucional de reforma, que una primera Asamblea acuerde la reforma, y luego sea una tercera la que realice la ratificación.

La denominación de normas constitucionales derivadas, las cualifica para diferenciarlas de las normas constitucionales originarias -producidas en un bloque, la, primera vez-. La consecuencia práctica del asunto estriba en poder estimar la inconstitucionalidad de las normas ordinarias, en cualquier tiempo que origen dicha imperfección. Royo lo dice en sus propias palabras, dotadas de una mayor claridad que las nuestras: "La Constitución, sin embargo, ocupa una posición jurídica superior a la de las leyes de reforma. Aunque la Constitución española, a diferencia de lo ocurrido con otras constituciones europeas, no contiene las llamadas cláusulas de intangibilidad, es decir, límites materiales para el poder de revisión, y aunque no parezca convincente deducirlos a partir de formulas como las contenidas en el artículo 10.1 «los derechos inviolables...», pienso que no es difícil deducir la primacía de la Constitución sobre las leyes de reforma". Royo sostiene dos argumentos, el primero basado en el procedimiento, que se necesita para aprobarlas. Procedimiento que al ser violado obligaría al Tribunal Constitucional ha declararlas inconstitucionales. En segundo lugar, la reforma afecta contenidos fundamentales que impone una subordinación como leyes ordinarias que tratan de incorporarse y convertirse en parte de la Constitución. Aplicables a nuestro ordenamiento constitucional los dos argumentos anteriores, creemos que existe un tercero. El cual desde el punto de vista formal, adviene de la posibilidad de interponer un proceso de inconstitucionalidad. Nuestra regulación no contiene norma alguna de caducidad para interponer la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la norma fundamental. Resulta que las leyes de reforma constitucional están siempre, *en todo tiempo* sujetas a un probable proceso que las declare contrarias a la constitución. Sobra decir, que ello demuestra otra razón de subordinación.

<sup>1</sup> | Publicado en Teoría de la Constitución Salvadoreña. Corte Suprema de Justicia de El Salvador -Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional de la República de El Salvador, Unión Europea. 1ª edición 2000, Págs. 170 y sgts

## TERCERA PARTE: CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES ORDINARIAS

### I. LOS TRATADOS

*Las reglas internas nacionales y la regla internas internacionales.*

Nuestro sistema jurídico nacional está integrado por un conjunto de normas, presentadas en forma sistemática a la colectividad y a los diferentes operadores jurídicos. La serie de normas que conforman nuestro ordenamiento son de diferente tipo, según hemos mencionado. Así, encontramos normas constitucionales- normas primarias-, normas ordinarias -normas secundarias-; normas reglamentarias de ejecución- normas terciarias-, normas instructivas, circulares, y oficios para mencionar las más relevantes. En este sentido, las normas que integran el ordenamiento nacional pueden observarse clasificatoria y jerárquicamente.

Para condensando una mínima noción de los tratados sirve la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969. La Convención entiende por tratado, "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Deducible de esta definición, es la existencia de un acuerdo de voluntades, efectuado entre Estados a la luz de las reglas internacionales. La Convención de Viena de 1986 amplió el concepto para las organizaciones internacionales, y desformalizó el término. Al referirse a las organizaciones internacionales productoras de tratados, dejó claro, la calidad jurídica del instrumento internacional tratado, independiente de sus denominaciones particulares.

La significación de tratados sirve para nuestros efectos, dado que se necesita para poder incorporar al orden jurídico nacional, que los tratados estén validados, primero por el derecho internacional; y segundo por las reglas nacionales. Al hacer un enfoque de mínima concepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC 10189 del 14 de julio de 1989, que interpreta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Art.64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, da por suficiente, que el sentido de "tratado" sea al menos, "una instrumento internacional de aquellos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena"; sin embargo la declaración "no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena, porque no fue adoptada como tal, en consecuencia no lo es tampoco en el Artículo 64.1".

Lo interesante es que las normas en razón del sujeto que las produce pueden ser nacionales. Es decir, las normas enumeradas pueden ser nacionales, tomando como punto de partida la producción de las mismas por parte del legislador nacional. La autoridad nacional produce completamente la norma. Entendiéndose que el proceso de formación inicia internamente y termina internamente, aquí entonces estamos en presencia de normas internas nacionales, puesto que su, formación se debió a que todos los actos jurídicos desarrollados para su producción fueron ejecutados por autoridades nacionales.

Sin embargo, hay normas que aspiran a ser nacionales en las que su proceso de formación inicia en el exterior y terminan su proceso de formación en el interior. Esta clase de normas a pesar de poder ser verdaderas normas en el exterior no lo son nacionalmente sino reúnen los requisitos que se establecen dentro de la norma constitucional y otras normas del ordenamiento jurídico que la detallan o complementan. En otras palabras, las normas internacionales pueden ser válidamente normas en el ordenamiento internacional, y sin embargo no ser- normas válidas- en la República de El Salvador. Para ello se necesita que la autoridad competente nacional las valide y les de la autorización legal para que éstas sean normas válidas internamente. Cuando éste o estos actos jurídicos suceden es cuando podemos hablar en sentido estricto que las normas internacionales se han convertido en normas internas. Entonces con la propiedad terminología podemos llamarles: normas internas internacionales o normas internacionales interiorizadas nacionalmente.

Mata Tobar fundando su afirmación en Visscher dice que: "el proceso de incorporación de las normas internacionales en la legislación interna, es el resultado de la introducción y reconocimiento de los tratados o convenciones en el orden jurídico estatal y su consiguiente aplicación por los órganos nacionales sobre la base de su ratificación o permiso de aplicación interna, generalmente otorgado por el órgano legislativo o congreso, previa negociación del tratado por el órgano ejecutivo".

### ***La validez y vigencia de las normas internacionales***

La importancia práctica deviene para la operación jurídica judicial, en el punta de las aplicaciones de norma jurídica. Aquí se abre la interrogante (cuales son las normas jurídicas internacionales que puede y debe aplicar el juez /). No podemos tomar otro criterio que no sea, el que la norma sea valida en el sistema nacional. Y al mismo tiempo que este en vigencia. Veamos por tanto, que las normas internacionales implican obligación de aplicación para el operador jurídico cuando estas se han formado completamente y han sido interiorizadas en nuestro sistema jurídico. Expresando así, que las normas internacionales interiorizadas nacionalmente son validas y vigentes en nuestro sistema. No se olvide, en este punta de vista la prescripción que se establece en el Art.144 Cn, que supone dos requisitos básicos para ser consideradas leyes de la Republica: a) que la norma internacional este conforme alas disposiciones constitucionales y b) haya entrado en vigencia conforme las disposiciones del mismo tratado. Cumplidos estos dos requisitos, *previa ratificación de la Asamblea Legislativo* podemos hablar en nuestro país de que la norma internacional es norma valida y vigente en nuestro sistema jurídico. Es decir, la norma internacional se ha incorporado al sistema jurídico nacional, y es de obligatoria aplicación en vista a la vigencia que opera a partir de las reglas del tratado. Reglas que valga de paso recordar no deben contrariar a la Constitución.

La Sala de lo Constitucional manifiesta su preocupación por la incorporación de las normas internacionales al sistema nacional. En la sentencia de habeas corpus 19-R-96 del 7 de agosto de 1996 nos señala que "Los tratados son expresión de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, que al ser ratificados por El Salvador, hacen suyos esos preceptos, principios y valores universales, que no deben ser desconocidos en los procedimientos penales". Esperando que no nos mueva a confusión esta máxima de Sala advertimos que su considerando nos lleva únicamente par una parte proceso de formación de los tratados internacionales para convertirse como norma nacional, ya que, como hemos venido mencionando, la ratificación no constituye un requisito de cierre para considerar que la norma internacional es válida sino, y esto nada más, un requisito previa para convertir la norma internacional en norma nacional.

Téngase en cuenta por tanto, los dos requisitos básicos que señalamos en el Art. 144 de la Cn. Para evadir confusiones, en la vigencia de los tratados *aclaremos nuestra costumbre jurídica de identificar que basta la ratificación para que los tratados entren en vigencia* y sean normas validamente consideradas para su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Pero si somos acuciosos y Observamos detenidamente la prescripción del 144 Cn, miraremos que *la ratificación es solo una fase previa* en la formación de normas internacionales que aspiran a integrarse en el orden jurídico nacional. Otra sentencia que incurre en la tradición jurídica de la *ratificación* es el habeas corpus 18-P-96 de 5 de noviembre de 1996 que dice que los tratados internacionales *ratificados* por El Salvador son ley de la Republica, y junto alas reglas internas deben tomarse en cuenta para decretar una detención provisional.

El problema que puede suceder, *al reducir la validez y vigencia de un tratado a la exigencia de ratificación* es que *el tratado no haya entrado en vigencia pero haya sido ratificado*. Si seguimos la regla Constitucional (las reglas de vigencia son las del tratado (y también de la Constitución. Ambas reglas deben cumplirse para que sea ley nacional. Es probable que tratados, especialmente aquellos de reciente ratificación, no hayan sido aun perfeccionados en su vigencia, y se crea que por su publicación que demuestra la ratificación si lo están. Es común que los tratados *dispongan plazos* que se cuentan posteriormente *al depósito de un instrumento que sumado al resto de instrumentos depositados cumple Con el número de instrumentos depositados para que entre en vigencia el tratado*. No dudamos de la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, pero la cláusula de vigencia es más explicativa. El Art. 49 de la CDN establece que entrara en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión en poder del Secretario general de las Naciones Unidas. Añade que el Estado que ratifique la Convención después del depósito del vigésimo instrumento entrara en vigor después del trigésimo día después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

Ahora piense el lector que esta regla no se haya cumplido, reflexione el lector en otros tratados que publicados y ratificados no cumplen con las respectivas reglas de vigencia del tratado. Nos parece que la costumbre jurídica que otorga vigencia a los tratados por el hecho simple de la ratificación legislativa ha sido la permanencia de una información que en ciertos casos, cuando la regla de vigencia del tratado no se ha cumplido conduce a la inconstitucionalidad si se aplicara la norma internacional, otro asunto, es la falta de información de parte de las instituciones involucradas en los procesos de formación

de normas internacionales de aplicación nacional. Instituciones que tienen el deber de involucrar una nueva actitud, para corregir estas relaciones, *que confirmen* existencias de normas internacionales con pretensión de ser nacionales. Por el momento resaltamos la gravedad de la problemática y el oscurantismo que a la postre impide la verdadera eficacia de las normas internacionales en la jurisdicción nacional.

### ***Jerarquía normativa***

Los tratados están en la categoría de normas internacionales que son interiorizadas o incorporadas por el sistema jurídico nacional. Son normas secundarias, de igual rango y naturaleza que la ley. Fuera de comentario está la posible superioridad en estos aspectos de la Constitución, aunque algunas especificaciones haremos en otro apartado de este trabajo. En el tópico de la interpretación hermenéutica gozan de preferencia respecto a la ley -al contradecir la ley a los tratados-. Tradicionalmente los tratados fueron vistos superiores a la ley. Recientes interpretaciones, le han señalado, el mismo rango de ley. Las consideraciones jurisprudenciales de la materia interpretan que el Art.144 Cn. desde este punto de vista es solo una regla de interpretación hermenéutica de preferencia. Aunque el criterio no ha sido del todo uniforme al interior de las fundamentaciones de otros procesos constitucionales. En resoluciones de de amparo y especialmente en el proceso de habeas corpus, aun sigue apareciendo con posterioridad, que los tratados están dentro de la escala jerárquica, en un nivel mas ventajoso a la ley, y por lo tanto esta ha de subordinarse, por la prevalencia a y superioridad de los tratados. Sin embargo, el cambio de criterio de igual posición no conlleva consecuencias diferentes, nos parece solo un cambio en la fundamentación de la relación tratados y la ley. La ley sigue estando restringida en su poder modificatorio, derogatorio o anulador de los contenidos que sean contradichos en los tratados.

El rompimiento con los precedentes históricos que hicieron a los tratados superiores a la leyes la en las justificaciones jurídicas de la sentencia de inconstitucionalidad del 14 de febrero de 1997, que decidió las alegaciones de inconstitucionalidad de determinadas disposiciones en la *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado*. La decisión comprendió las reclamaciones efectuadas en los juicios 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96, que fueron acumulados previa decisión definitiva de la jurisdicción constitucional.

La Sala sostuvo que el Art.144 CN no supone prevalencia, sino preferencia, y que el nivel jerárquico de los tratados es igual de la ley. Es importante en este razonamiento jurídico, la invalidez circunstancial de las fuentes del derecho inmediatas a la producción de la norma constitucional. En adición es resaltable el cambio de criterio, que incluso choca con la textualidad de las intenciones subjetivas del legislador constituyente. La exposición de motivos manifestó claramente una relación de prevalencia. A pesar de ello el razonamiento de la Sala de lo Constitucional obvia la consideración del *momento constituyente inicial* y asienta explicaciones al tenor de interpretaciones realistas actuales, objetivas, dinámicas e impositivas de la esterilidad normativa en los significados de los contenidos constitucionales.

Las aseveraciones condensan en este sentido una interpretación histórica, que acomoda conforme parámetros objetivos, una diferente ideación del significado de los tratados en su relación y posibles contrariedades en ley. En consonancia, su tendencia se dirige hacia un criterio hermenéutico de especialidad, al actualizar el contenido jerárquico del Art. 144CN. La prevalencia que usa la figura de la pirámide jurídica para situar en un escalón superior a los tratados se clarifica con el argumento que la Constitución no hizo tal relimitación, sino que prescribió una técnica hermenéutica de solución ante conflictos normativos, en este caso entre el tratado y la ley. El texto del *Informe Único de la Comisión Redactora* haciendo usa de una interpretación histórica no concuerda en la actualidad con el texto constitucional. Respalda la igualdad de posición del tratado y la ley con la dinámica conceptual de la Constitución viviente, rechazo de una voluntad subjetiva y encuentro actualizador de la voluntad objetiva del legislador constitucional. La pretensión de inalterabilidad de los significados constitucionales niega la autodeterminación de las futuras generaciones, confronta la soberanía popular y el Estado Constitucional de Derecho. La interpretación estática hace que las normas constitucionales pierdan fuerza y se esterilicen; aunque el texto no varíe su sentido cambia por las contingencias de la realidad.

### ***Tratados con grado de ley y los tratados sobre la ley***

La jurisdicción constitucional ha entrampado la inconstancia que regularice el criterio jerárquico de lo tratados. La regla que les posiciona en el rango de la ley, y condiciona sus aplicaciones a reglas de la hermenéutica ha sido una a sorpresa constitucional en las consideraciones institucionales de los magistrados. Máxime si en otras materias procesales, el criterio sostenido ha sido diferente. Como hemos dicho anteriormente algunas resoluciones de habeas corpus todavía siguen la

tradicional perspectiva de la superioridad prevalente de las reglas internacionales interiorizadas al ordenamiento jurídico. En este sentido siguiendo a Del Vecchio los tratados pueden considerarse como una fuente secundaria del derecho, tienen el mismo rango de ley, pero con un carácter *sulgeneris*.

El atolladero para difundir *el igual rango.*, para la universalidad de las jurisdicciones inferiores colapsan al desdibujarse interpretaciones uniformes con la fundamentación forma. Saltibajos omisivos de las concordancias con la regla recién establecida, han dificultado la certeza que sigan opiniones judiciales de igualdad interpretativa de los tratados y la ley. Los procesos juridificados en la intelectualidad de los jueces ordinarios patronalizan inseguridad jurídica. No por que sea atribuibles alas decisiones comunes, sino por las decisiones supremas. En unos procesos se dice que son de igual rango mientras que en otros los tratados son superiores a la ley. En inconstitucionalidades la primera posición, la segunda compara los sucesos jurídicos en que se procedimentalizan las tutelas de la libertad personal. La igual posición en los procesos de inconstitucionalidad y la superioridad en habeas.

Las causas que han defendido la libertad personal en habeas corpus, no han sido comunicados de la transformación tasada para los tratados; que en la jurisdicción protectora de la libertad siguen climatizando la superioridad. Realizamos en este sentido un punta que para nuestro ordenamiento jurídico debe definirse con certeza por los jueces supremalizados por la Constitución. De tal forma que la discontinuidad posicional en las opiniones jurídicas de las normas internacionales sepulten las convulsiones descifradas, que contrarían al sentido común. Especialmente si los interpretes son idénticos en individualización y biología.

### ***Experiencias sobre la jerarquía de los tratados***

En otros países la evolución no ha sido del todo fácil en la jerarquía normativa. La importancia de los tratados lleva consigo un repunte histórico legislativo. Por ejemplo, el caso Argentino en que por reforma constitucional, ha replicado la posición de jerarquía constitucional para los tratados de derechos humanos. Argentina eleva a nivel constitucional los tratados de derechos humanos enumerados por la Constitución en su Art.75; pero los condiciona a no derogar algún artículo de la primera parte de la Constitución, y se consideran como complementarios de los derechos y garantías allí establecidos. Los tratados de derechos humanos no enumerados que quisieran tener jerarquía constitucional necesitan el voto de los dos tercios.

Por la gravedad y peligro de las libertades en juego hay tratados de importancia universal. Según Edwards merecen mencionarse los que contienen garantías de naturaleza penal: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacta Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas a Degradantes.

Por la vía jurisprudencial Costa Rica ha hecho lo suyo, elevando a nivel constitucional los tratados de derechos humanos. En cambia nosotros prácticamente estamos todavía en un nivel antecedente, donde primero hay hacer llamadas de aplicación y para luego pensar en tipologías jerárquicas constitucionales. Sin hacer un análisis teórico, y aun con los defectos de formulación técnica que aparecen en el, es valido que apreciemos neutramente el rechazo a la propuesta legislativa del FMLN del 24 de abril de 1997. Dicho cuerpo político proponía agregar al artículo 144 Cn. que literalizaba lo siguiente: "Los derechos humanos fundamentales, las libertades democráticas y las garantías jurídicas reconocidas en tratados internacionales vigentes tienen rango constitucional". Aunque la redacción era demasiado general, la intencionalidad indudable era que los tratados sobre derechos humanos tuviesen categoría constitucional.- Sin embargo, por el momento son solo falsas expectativas que el momento podrían realizarse a muy largo plazo, según las condiciones para reformar la Constitución. Por el momento los tratados, la mayor parte, y en ellos incluidos los de derechos humanos siguen en la infraconstitucionalidad.

### ***Tratados normas constitucionales***

Consideraciones personales sobre la jerarquía me llevan a proponer de forma especial, espeluznante para otros, que algunos tratados reconocidos en la Constitución tienen rango constitucional. Me permito llamar la atención sobre la naturaleza de los tratados que hacen normas en blanco en la Constitución. La remisión directa que hace la Constitución abre al menos en mí una duda favorable para dotarlos de una jerarquía superior a la ley y al nivel de la norma constitucional

a los tratados aprobados según el Art. 144 Cn. Por ejemplo, sería dudosamente aceptable, que los tratados del Art. 84, no fuesen norma constitucional, en especial cuando hay restricciones para alterarlos según el Art. 248. Cn. Otro punta de valiosa consideraciones el Art. 89 Cn, con el que se alienta la integración centroamericana. Los expertos internacionalistas han sostenido la superioridad de este sobre la Constitución; sin embargo creo que dicha posición es totalmente inadmisibile. La Constitución es la norma condicionadora de cualquier orden jurídico permitiendo su supervivencia o destrucción. La supranacionalidad es posible solo por autorizaciones de una Constitución nacional. Claro esta que siempre que no estemos en presencia de un Estado Federado. Resulta que *el tratado es permitido por la concesión del Art. 89 en. En suma es un condicionamiento constitucional*, que a lo mucho consigue que dicho tratado con regulaciones y órganos supracionales tenga el mismo nivel de la norma constitucional. De ahí que poco argumento queda para seguir sosteniendo la superioridad de los tratados sobre la Constitución. Par otra parte tampoco creemos admisible que la mención de estos tratados sean una especial formulación constitucional de reservas de ley.

### ***La jurisdiccionalidad constitucional de los tratados: el parámetro de constitucionalidad***

Un error constante en la jurisdicción constitucional es la invocación de los tratados para conseguir la aceptación de violaciones a la Constitución; sucede en inconstitucionalidades, amparos y habeas corpus muy a menudo. Nos parece que la confusión resulta de los criterios que la jurisdicción constitucional estima para conocer de reclamaciones que violen en abstracto o en con creta la norma constitucional. A pesar que parezca formalismo puro, es destacable que solo las normas constitucionales legitiman el parámetro de constitucionalidad. El Art. 11 señala la procedencia del habeas corpus por violaciones a la libertad personal, la jurisprudencia entiende que las restricciones ilegales o arbitrarias deben ser contrarias a la Constitución para estimar la solicitud. El Art. 149 Cn señala que la declaratoria de inconstitucionalidad de los tratados se hará en la forma prevista por la Constitución. El Art. 183 Cn faculta la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes a la Sala de Lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Y el Art. 247 Cn que restringe el amparo a la violación de derechos constitucionales. Puede advertirse la insistencia en la constitucionalidad de los actos objeto de conocimiento, lo cual hace decir que el parámetro es la Constitución. Por otra parte la semántica de "la declaratoria de inconstitucionalidad" indica contrariedad a la Constitución, resultado lógico es que el criterio debe ser constitucional, según la norma fundamental.

Bajo el examen de los criterios admisibles en los procedimientos constitucionales para impulsar las investigaciones de inconstitucionalidad, el parámetro de constitucionalidad es esencial, y condición a cumplirse sin excepción en las argumentaciones que pretenden la declaratoria de inconstitucionalidad. Las pretensiones de inconstitucionalidad a menudo suelen atrapar en sus escritos, argumentativas que recalcan confusamente las fundamentaciones de, inconstitucionalidad, al atacar directamente la infracción de la ley al tratado. Cabe distinguir, a pesar que aparentemente conduzca a lo mismo, que no es lo mismo argumentar la inconstitucionalidad por infracción a los tratados, que aducir la inconstitucionalidad por contrariar alas normas constitucionales; o por que la ley suponga contradicción con un tratado, y cuya infracción es violación de la constitución. No podemos medir igualmente las circunstancias, por ejemplo, en que la ley al disponer como regla general la detención provisional contradice un tratado que hace regla general a la libertad; y; una justificación aceptable; que en cuanto la regla general de libertad es reconocida en la Constituciones inconstitucional a ley que invierte la regla, que además contradice la regla general de libertad establecida en los tratados internacionales. En relación con el parámetro de constitucionalidad que rechaza la perspectiva de los tratados, manifiesta La Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21- 96/23-96 del 14 de febrero de 1997, que impugna la *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado* que las disposiciones que se impugnan deben transgredir la norma constitucional, la deficiencia de la petición en este sentido causa la inadmisión de la causa jurídica de la pretensión La Sala hace la consideración porque los demandantes fundan transgresiones en normas internacionales de derechos humanos Sigue señalando que el parámetro para el examen de constitucionalidad es la Constitución, en base a la cual se confronta la legitimidad de la norma impugnada,

La Sala recuerda una tan sola excepción histórica en que se amplio el concepto normativo de Constitución, por consiguiente el parámetro de juzgamiento de inconstitucionalidad. Fueron textos adicionales a la Constitución " se denomino a tal conjunto con la expresión derecho constitucional positivo. Especificamente, *en la sentencia de las doce horas del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta y uno., dictada en el proceso de inconstitucionalidad del decreto legislativo numero 133, de 20 de febrero de 1951*, se expreso: "Se llega a la conclusión de que es inexacta la tesis de que toda la Constitución es un cuerpo legal único, formado por un solo Decreto del Poder Constituyente. Ese Decreto "amado Constitución, *strictu*

*sensu*, es la ley o documento principal; pero hay otras leyes constitucionales que también forman parte de la Constitución, entendida esta en sentido lato. Así sucede con los Decretos números 9, 10 Y 11 de la Constituyente de mil novecientos cincuenta, y con la Ley Transitoria para la aplicación del Régimen Constitucional; toda esa labor normativa fundamental representa, como dice en su escrito el señor Fiscal General de la Republica, nuestro Derecho Constitucional Positivo".

La Sala sostiene que fuera del caso anterior, debido a circunstancias históricas, no se han incorporado disposiciones como parámetro de decisión constitucional. Sin embargo, los tratados son portadores de criterios de ilustración sobre el contenido y alcance de un derecho constitucional pero no constituyen parámetro de constitucionalidad.

### ***Aplicación de los tratados internacionales***

Algunas cuestiones especiales acerca de los tratados nos remiten a un área sumamente problemática. Principalmente por el involucramiento de la libertad personal del habitante de la republica, situación relevante que evalúa la aplicación de los tratados internacionales por parte de los operadores jurídicos. Aclarado el debate sobre las normas internacionales que pueden ser consideradas normas nacionales o de aplicación interna entramos alas discusiones y llamados jurisprudenciales que han venido asentando el deber de aplicación de esta clase de normas. La Jurisprudencia Constitucional en este sentido introduce alas normas internas internacionales en sus considerandos sentenciadores. Haciendo una clara alusión a una parte olvidada de nuestro sistema jurídico, zona que debe ser considerada al momento de aplicar norma jurídica y resolver situaciones que exponen a la libertad personal frente al marco de la ilegalidad.

Sobre las particularidades que se han generado en habeas corpus, por medio de la jurisprudencia constitucional cabe hacer en primer lugar algunas consideraciones. Conviene resaltar que el ámbito de funcionamiento del habeas corpus es bastante amplio. Ya que su operatividad puede llevarnos a enfrentarlo a los particulares. Sin menos precio de los diversos espacios de operación del habeas corpus, nos detendremos en los diferentes criterios y problemas que se han venido mostrando en la Sala para frenar o confirmar las resoluciones judiciales que han dictaminado sobre la esfera de la libertad. Dicho así, tenemos que el habeas corpus ingresa en los procesos judiciales conforme pautas constitucionales, el habeas corpus por tanto de aquí en adelante lo discutiremos desde las esferas judiciales ordinarias y al mismo tiempo por medio de las pautas que se generan en sede constitucional.

La libertad es un derecho que, vincula a todos los poderes públicos, es decir, *si* de un la de de la relación jurídica encuéntrese el derecho a la libertad personal, del otro la de de la relación jurídica avistamos las obligaciones estatales que deben cumplimentar en dicha zona con el mandato constitucional de protección. El asunto no es retórica, es un llamado jurídico constitucional de carácter imperativo, en el que todos los órganos del Estado, sean fundamentales o no, deben observar en las funciones y atribuciones que la norma básica les encomienda.

El Ejecutivo debe idear los recursos para que la regla general de libertad sea vigente y en caso de las excepciones, cuando la restricción de la libertad pone a los sujetos en una situación jurídica que permite la privación debe procurar que lo sea en el marco de la legalidad constitucional. La misma razón es aplicable al resto de órganos del Estado dentro de los cuales, nuestros jueces y magistrados no pueden dejar de observar los mandatos dadas las circunstancias jurídicas que hacen que el caso hipotético tenga aplicabilidad en el rumbo de la generalidad o en la dirección de la excepcionalidad. De esta manera el juez tiene un mandato a cumplir en el proceso judicial y el cual radica en la protección de la Libertad inclusive cuando la libertad esta en la faceta de su restringibilidad o privación. El juez debe hacer que la libertad como derecho se convierta en un obligación de garantía para el como operador jurídico y el resto de operadores jurídicos que le acompañan en el sistema, y debe hacer que las libertades conectadas con la libertad personal en los diferentes procesos judiciales tengan una virtualidad practica y efectiva.

Al tenor de este marco atributivo es que la Figura del juez emerge, como garante de la norma jurídica constitucional y como garante de la subjetivación - nos referimos cuando los casos abstractos se convierten en casos concretos- de la norma jurídica general constitucional. Y es dentro de esta óptica que la Sala de lo Constitucional hace su presencia en el contexto jurídico brindando didácticamente los criterios que deben esta presentes en las tomas de decisiones que incumben a la libertad personal. A continuación presentamos esos criterios que se nos muestran relevantes: Fundamentalmente la aplicación de los tratados internacionales ha tenido mucho que ver con la *detención provisional y la libertad personal* La Sala sostiene que la detención provisional no solo puede decretarse con las reglas del derecho interno -entiéndase el

formulado por medio del proceso de formación de ley ordinario- sino que debe reconocerse la eficacia de las reglas del derecho internacional ratificado por El Salvador, ya que ello implicaría desconocer el Art. 144 de la Cn. -sentencia 18-A-96 del 6 de junio de 1996-. Retomando la validez de los tratados, y ante el olvido en los fallos judiciales, no queda a la Sala otra cosa, que señalar, con expresión de causa esa grave ausencia en las sentencias, enfatizando en los operadores jurídicos que la inobservancia de los tratados internacionales es la puerta de ingreso a la ilegalidad. En la sentencia 8-8-96 hace claras advertencias a la Policía Nacional Civil y al juez de la causa sobre las omisiones que han venido permitiendo en los procedimientos penales, así En dicha sentencia se dice:" grave es que tanto la Policía Nacional Civil, y el Juez de la causa hagan caso omiso de los mandamientos constitucionales. El primero deteniendo sin orden escrita, en un caso que no es flagrancia, y el segundo, ordenando detenciones solo en base al Código de Procedimientos Penales sin tomar en cuenta los Convenios Internacionales que esta obligado a cumplir ... "

La primacía de los tratados se destaca también en las supeditaciones de las resoluciones judiciales: el voto razonado del doctor Enrique Argumedo en el habeas corpus 35-R-96 del 9 de diciembre de 1996, manifiesta que la restricción de la libertad personal implica la privación de esta. Vislumbra que se contraviene el espíritu y letra de los tratados sino se aplican medidas cautelares que hagan la excepción y no la regla en la privación de la libertad. Aunque no lo ordene la Sala, el juez de la causa puede resolver conforme dichas reglas: El habeas corpus 27-S-96 del 4 de diciembre de 1996 considera violaciones a la libertad personal por infracciones a la ley y tratados internacionales. El habeas corpus 24-R-96 del 8 de octubre de 1996 considera que la detención provisional reconocida en la Constitución no contradice los instrumentos internacionales, que suponen la presunción de inocencia. En la sentencia de habeas corpus 34-R-96 del 17 de diciembre de 1996 demanda que el juez de la causa haga de manera ineludible una valoración y busque una interpretación sistemática e integradora de los, principios constitucionales, internacionales y procesales: El habeas corpus - 23-S-95 de 24 de enero de 1996 sostiene que la detención provisional se fundamenta como regla excepcional se fundamenta en los tratados internacionales. El habeas corpus 24-P-95 del 29 de enero de 1996 razona que se debe razonar adecuadamente los fundamentos de la detención provisional, según lo establecen los tratados internacionales ratificados por El Salvador; refiere el deber de incorporar fundamentos de derecho, el peligro de fuga o la posibilidad de modificar o alterar la prueba.

La aplicación de los tratados generan un debate consecuencialista. Se argumenta que al aplicar los tratados se genera facilidad en el castigo penal, y hace que los delincuentes salgan por la puerta ancha de la Sala de lo Constitucional. Se ha llegado al grado, inclusive, de hacer responsable periódicamente a los magistrados constitucionales de los delitos cometidos por supuestas bandas peligrosas que fueron beneficiadas en habeas corpus con un cambio de medida cautelar. Al tenor la afirmaciones consecuencia listas son hechas irresponsablemente sin el menor criterio jurídico que haga sanear una aplicación de norma jurídica diferente. Creemos que el en vez del problema no esta en la Sala de lo Constitucional cuyo deber es el de aplicación de normas jurídicas validadas por la Asamblea Legislativa , sino en las propias normas jurídicas respecto de las cuales debe generarse un cambio conforme a nuestras propias realidades y por los canales establecidos procesalmente y atendiendo los contenidos constitucionales. Mas, sin embargo, las normas jurídicas internacionales, no son puerta abierta a la destrucción y a la legitimación de la violencia desenfrenada y traumática, mas bien, son y representan un arma certera para el castigo, constituyen espectros que hipotéticamente señalan situaciones jurídicas meritorias de la fuerza del Derecho, presentan supuestos jurídicos que están inmersos en las reglas de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho dentro de los cuales la libertad, nunca puede ser absoluta, pero si relativa y restringible conforme las mismas pautas normativas. De ahí que, es temerario noticiar la culpabilidad de una tribunal cuando este lo único que ha hecho es introducir su competencia

Justificando las actuaciones que aplican los tratados internacionales en la sentencia 18-A-96 del 6 de julio de 1996 la Sala de lo Constitucional sustenta que la aplicación de la normativa internacional en materia de detención provisional no implica arbitrariedad o libertad irrestricta, sino el saber distinguir entre un Estado Democrático y un Estado arbitrario. Siendo este último donde las libertades se niegan. La sentencia 23-A-96 y la 2-U-96 retoman el punta e insisten que la aplicación de los tratados no generan impunidad, y que es su no aplicación la que puede llegar a generarlo.

### ***Los tratados de Derechos Humanos***

Los llamados de atención para la jurisprudencia ordinaria hace destacar que el carácter normativo de los tratados en general no ha merecido la atención debida. Mucho mas habría de decirse para tratados especiales que repuntan sus caracteres en los derechos humanos. Por de pronto, declaramos la necesidad de su estudio. La inclusión de las normas de

derechos humanos internacionales tienen que acabar aplicándose en el orden interno. Las normas internacionales de derechos humanos son parte de la historia moral de la humanidad, determinan la calidad del hombre, documentan una genuina libertad, legalizan una especial ciudadanía, que aplasta los privilegios medievales, generalizan la lucha contra un poder superior y dominante. La eficacia plena de los tratados de derechos humanos nutren las raíces del antiabsolutismo y consagran a la persona como la cosa más noble del mundo. La sistemática jurídica internacionalizada de los derechos humanos garantizan el disfrute de los derechos mínimos, vedan la comercialización humana. La protección no se reduce alas esferas individuales, sino que extienden sus garantías a la globalización de los derechos sociales.

El esquema de protección se expresa para el mundo entera, en la Carta de las Naciones Unidas y La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Se suman los grandes Pactos Internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; mas dos Protocolos Facultativos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Siguen en el orden universal la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. La determinación por universalizar los derechos humanos se mediatiza con agencias que se instituyen por los Pactos. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos conforma al Comité de Derechos Humanos; la Organización de Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos.

Los intentos de regionalizar la protección de los derechos humanos se manifiesta en el Sistema Regional Europeo, por medio de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Sistema Regional Americano se consolida con la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención organiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los africanos hacen sus determinaciones en la Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

En definitiva, numerosas normas sobre los derechos humanos se encuentran en el campo internacional Normas que además de los aspectos mencionados intentan erradicar el hambre de la mujer y el niño en los conflictos armados; contribuir a la igualdad de la mujer; lei utilización de la tecnología para la paz y beneficio de la humanidad; la eliminación de perjuicios raciales o religiosos; acordar los deberes de los medios de comunicación para fortalecer la paz y los derechos. Dedicatorias en la normativa internacional procuran la abolición del trabajo forzado y la igualdad en la remuneración por razón de sexo; igualdad en materia de emplea y ocupación; normas mínimas de seguridad social; condicionamientos en el trabaja de los inmigrantes; aparecen reglas para efectivizar la libertad sindical, que abarca inclusive la función publica, y una verdadera negociación colectiva; referencia normativas protegen a los representantes de la empresa y brindan las respectivas facilidades. Normas laborales incursionan también en el beneficio de organizaciones de trabajadores rurales y su mejor tratamiento; se regula también sobre la eliminación de discriminaciones en la enseñanza. La mujer recibe condiciones ventajosas con el reconocimiento de sus derechos políticos; reglas sobre la nacionalidad a consecuencia del matrimonio. En cuestión matrimonial se regulan aspectos relacionados con el consentimiento, edad mínima y registros públicos.

Un aspecto que debemos destacar por ultimo, es el tratamiento cuidadoso que solucionen los conflictos jurídicos referidos a los derechos sociales. La proliferación puede sobrecargar desmedidamente al Estado y dejarlo en quiebra. La solvencia económica del Estado sometida a una exigencia de hacer par parte de los sujetos de derechos, puede hacerlo tambalear financieramente a nuestro modo de ver por lo que Bobbio ha señalado como la proliferación del reconocimiento de los derechos sociales.

La multiplicación de derechos humanos sociales desde las normas internacionales ha ido en aumento. Los reconocimientos se han incrementado por las cantidades de bienes que merecen ser tutelados. Paso a los derechos sociales que requieren una intervención directa del Estado. Porque, se amplían las titularidades a sujetos diferentes al hombre, es decir de la persona a otros sujetos que no son los individuos, inclusive en ocasiones a los animales: la familia, una minoría étnica o religiosa, toda la humanidad en su conjunto y en los movimientos ecológicos el surgimiento de un derechos de la naturaleza a ser respetada y no explotada.

Porque el hombre es vista en ciertas formas específicas de actuar en sociedad, dejándose la consideración de hombre como ente genérico u abstracto. Consideraciones que por especificación han llevado a distinguir que "la mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sana del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de otros enfermos, los físicos normales de los minusválidos ; etc. Basta una mirada alas cartas, de. los. Derechos

que se han ido sucediendo en el ámbito internacional, en los últimos cuarenta años, para darse cuenta de este fenómeno aplicable a Europa: en 1952, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer; en 1959, la Declaración de Derechos del Niño; en 1971, la Declaración de Derechos del Disminuido Mental; en 1975, la Declaración de Derechos de los Minusválidos; en 1982, la Primera Asamblea Mundial en Viena sobre los Derechos de los Ancianos que propone un proyecto aprobado por una resolución de la Asamblea de la ONU de 3 de diciembre".

## II. LAS NORMAS ORDINARIAS

*Valoraciones constitucionales de la Ley, propiamente norma ordinaria.*

*Calificación en las normas*

Una de las pautas que hacen presencia en este tema es en atención a las concepciones normativas que se manifiestan en el orden jurídico. El ámbito de las normas no es único ni diametralmente uniforme. Las naturalezas jurídicas que se impregnan a cada una de ellas reflejan desde una *teoría genérica del derecho* que la igualdad indistinguible dentro de su conformación normológica no puede ser representada de la misma manera. Esto hace que existan normas diferentes. Unas pequeñas, otras grandes, unas altamente sistematizadas otras con poquedad sistémica, las hay para diferentes materias, como también para diferentes colectivos, algunas se cualifican en función de disponibilidad, mientras que otras se retocan con la taxatividad, unas desarrollan principios generales del derecho por medio de una relación de complementariedad, mientras que otras lo hacen impidiendo la especificación de la generalidad de los principios y conforman así regulaciones excepcionales en el sistema jurídico.

"La ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado". De las normas que produce el legislador nacional la norma par excelencia es la ley, la que continuamente esta presente en la intersubjetividad de los particulares. La ley es el objeto jurídico que dilata sus contenidos tocando a cada momento el actuar social. Por supuesto, que estas afirmaciones no excluyen las características e imbricaciones antes analizadas de la Constitución. Es notable que las normas Jurídicas que integran, que ingresan, que salen del sistema, gozan cada una de ellas, individualmente o en conjunto, de cualidades que las hace distinguibles del resto. Uno de los criterios que en este sentido la historia jurídica positiva ha impregnado por generaciones de juristas es el de las escalas o posiciones jurídicas, otrora la jerarquía. Los niveles normativos primarios, secundarios, terciarios y hasta cuaternarios producen así el intento de diferenciar en orden ascendente o descendente, de superioridad e inferioridad, de supremacía y subordinación a las normas jurídicas.

Las normas de uso constante, las que permanecen en cada instante vital, las que muy a menudo produce el legislador se les conoce como las "leyes", otros prefieren el de normas secundarias, no falta quien las denomina normas ordinarias. La denominación de ordinarias guarda esa faceta de lo común, de lo que general mente se regula bajo dicha forma normativa) lo que el pueblo identifica tradicionalmente en las lecturas de textos articulados sobre la base del trabajo legislativo. Véase entonces la amplitud comprensiva del término "ordinarias". El proceso de formación esta previsto por el Art.133 CN. En el se presupone los sujetos legitimados para iniciar el proceso y posibilita la participación de los órganos fundamentales del Estado, en atención a las situaciones jurídicas previstas. Empero, la naturaleza del proceso aprovecha para legalizar el rol determinante de la Asamblea Legislativa al hacer este tipo de normas, especialmente es la especificación de sus contenidos. La Asamblea posee para algunos casos autonomía absoluta para hacer determinadas normas, por ejemplo su reglamento interno. La regla general es que el proyecto sea sancionado por el Presidente, y en caso de desacuerdo, que haga las observaciones, o el veto por razones de inconveniencia o contradicción a la Constitución. En cuanto este sea fundado en inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia puede intervenir. En adelante ampliamos estas manifestaciones.

### ***Aproximación de significado***

Siguiendo los presupuestos de verticalidad jerárquica en las normas jurídicas es que aparece la ley) la norma y la Constitución. Concepciones que al mismo tiempo deben tener en sus contenidos esenciales una misma naturaleza jurídica llamase *ley genera* (pero pueden poseer otra naturaleza que las hace diferente en el rubro de la especialidad rigurosa del derecho; llamase *leyes especiales o singulares*. El patrón conductual medido por ley, como concepto de sentido estricto es el-que pretende analizarse en estos puntos. La ley es en definitiva la ley un concepto que se ha venido plagando desde el principio de legalidad, y que el consentimiento voluntario soberano previa ha integrado para los juzgamientos posteriores. La

ley se detalla en este sentido como un concepto condicionado a otro sector normativo y se queda perpretada dentro de la secundariedad definatoria civilista.

Se ha dicho corrientemente que la ley no es la Constitución, como también que la ley no es un tratado, por ser la ley un dato y norma jurídica que se subordina a ambas normas, aunque el tratado también deba tener la misma relación de subordinación respecto de la Constitución. Unos buscan el argumento tautológico para explicarla y añaden que "la ley es la ley". La generalización de un concepto amplísimo abarca a la Constitución y los Tratados. Suele decirse que la Ley fundamental es la Constitución, mas sin embargo haberle negado primariamente la denominación objeto de este comento; el artículo 144 de la Cn, encuentra su detalle en la concepción existencialista de los tratados para la Republica al establecer que conforme a los requisitos que no contrarían a la Constitución y según las disposiciones de vigencia del mismo tratado constituye ley de la republica, a pesar de que la técnica jurídica aparentemente ha hecho un distingo diferente; mientras que la astucia definatoria del artículo uno del Código Civil, habla de otro tipo de norma, a la que nos referiremos en este apartado, en tanto manifestación de la voluntad soberana la presenta con rasgos trinitarios mas que unarios o binarios: el mandato, la prohibición y la permisión. Sin embargo estas aproximaciones son demasiado imprecisas, toda norma incorpora o puede incorporar mandatos, prohibiciones y permisiones. De paso noten en el artículo 8 Cn que el principio general de libertad en el reconocido hace desde la validez constitucional una definición similar cuando establece la libertad desde la definición de lo mandado o prohibido. "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, similar por no decir igual enumeración, basando las posibilidades de acción personal en lo que no esta prohibido dejar de hacer, ni mandado hacer, así la permisión enfoca al sujeto una esfera de carácter libertario. ¿Y entonces que es la ley en nuestro ordenamiento jurídico?

### ***Intentos definatorios***

#### ***Norma jurídica del sistema***

En primer lugar, la ley adquiere la connotación genérica que está presente en todas las regulaciones que pueden ser incorporadas en un sistema jurídico. "Es la regla general que rige un numero determinado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran" La ley compone así supuestos que provén conductas, que convierten obligaciones y deberes, y lo que debería ser normal, prever consecuencias jurídicas por incumplimiento. Si nos situamos en una primera aproximación la ley tiene una dirección: los seres humanos; tiene otra dirección: la finalidad inmediata, en tanto se espera que sea obedecida; un nuevo rumbo, la desobediencia abre las posibilidades de usar y atender un cumplimiento coactivo.

Generalizando, la ley tiene diversas acepciones. *Las leyes naturales* que derivan de la esencia de las cosas. *Las leyes sociales* que funcionan como probabilidades y según las condiciones de la estadística. *Regla de conducta*, regida por el deber ser de los fenómenos de la naturaleza. Este punto de vista de la ley hace que se comprenda como norma jurídica qUe se origina en la legislación.

Por medio de una presentación de efectos jurídicos, a través de una visualización de su naturaleza jurídica originando regulación en supuestos de conductas personales - entiéndase dentro del concepto genérico de sujetos del derecho. La ley es una norma jurídica. Como norma jurídica la denominación indiferenciadora hace que la misma pueda ser incorporada al ordenamiento jurídico. Damos por supuesto que la norma ha seguido los procedimientos formales que le atribuyan validez en el sistema positivo. Ahora bien, sabido que la ley en sentido amplio es una norma, tenemos que adentrarnos a delimitar el sentido estricto de la ley como norma.

#### ***Ubicación escalonada***

En segundo lugar la ley ocupa una posición dentro del sistema jurídico. Describiendo la teoría tradicional, las escalas jerárquicas han adoptado la dogmática del segundo lugar en las escalas normativas. Una mención de esta posición puede entretejerse cuando en el Art. 271 de la Constitución establece la obligación para la Asamblea Legislativa de armonizar las "leyes secundarias" con la Constitución en materia de Instituciones Oficiales Autónomas. La sintonía de la posición del segundo lugar en el orden jerárquico de las normas jurídicas puede ser consolidado por otras menciones expresas. La relación es evidente con el artículo 42 Cn al colocar un plaza para reformar la "Legislación secundaria" en materia electoral o en el caso del Art.36 Cn en que prescribe el deber de que sea la "ley secundaria" la que regule el derecho constitucional a

un nombre. La previsión constitucional en el Art.72 ordinal 3° relacionada con el derecho político de optar a cargos públicos carga de nuevo con un posicionamiento secundario de la ley al obligar al ciudadano que quiera verse inmerso en dicha situación jurídica de cumplir con los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes "secundarias". La restricción en las atribuciones de la Asamblea Legislativa en el Art.131 Cn ordinal 5°, para interpretar auténticamente, decretar reformar y derogar cierto tipo de normas jurídicas en este caso las "Leyes secundarias" es otro parámetro expresado con claridad constitucional.

Las constantes constitucionales de secundariedad de la ley nos demuestran que la ley ocupa una posición en el sistema jurídico esta en el segundo lugar. También hay que dejar entrever que la ubicación en el contexto normativo no es simplemente un posicionamiento inútil. El uso común de las normas secundarias permitirá un mayor aporte de soluciones concretas y detalladas en la solución de conflictos. Las normas ordinarias completan a la Constitución cuyos contenidos son demasiados generales y de poco detalle. En atención a lo esgrimido podemos entender a la ley desde una *visualización de secundum objeto*, deviniendo de la posición que ocupa en la escala jerárquica.

### ***Subordinación por constitucionalidad***

La ley retoma así una posición de condicionamiento respecto de la primera posición y guarda la referencia de necesaria explicación. Esto es la subordinación respecto de las normas primarias y el respeto debido con carácter material -compréndase sustancial- y en la forma de elaboración de la propia norma jurídica secundaria. Recordemos que desde el Art. 133 Cn se prescribe como la ley debe elaborarse. Desde las formas cabe afirmar el respeto de las autorizaciones, competencias, y contenidos atribuidos y permitidos por la norma primaria. Un parámetro constitucional que sirve para deducir la subordinación normativa de la ley esta en el Art.246 de la Constitución. Propone la prevalencia sobre este tipo de normas jurídicas e impone la prohibición para alterar los principios, derechos y obligaciones establecidos por la Constitución.

Las previsiones *civiles* suplieron por mucho tiempo la ceguera de las normas constitucionales, y en dichas normas civilistas se haya también criterios que derivan el carácter subordinado de la ley. El Código con mucho adelanto se había expresado en ese sentido. La ley debe ser emanada en la forma constitucional, cumpliendo los requisitos establecidos en dicha norma. El Art 1 del Código *Civil* es importante al resaltar la condición de la manifestación de la declaración de la voluntad que debe estar contenida en una ley. En esta perspectiva, la voluntad soberana debe manifestarse en la forma prescrita por la Constitución. El Art.83 Cn lo ha dicho en forma similar, al prever el ejercicio de la soberanía popular en atención alas reglas constitucionales

### ***Subordinación Infralegal***

En cuarto lugar, la ley adquiere una nueva fuente de subordinación por permisión constitucional. Se hacen así reacondicionamientos para normas infralegales. Los *nuevos* contenidos por tanto de normas inferiores; entiéndase reglamentos, de ejecución, acuerdos, oficios, circulares, son normas que deben atender una nueva labor de respeto para la norma jurídica ley validada por la norma constitucional al aparecer en el sistema jurídico.

### ***Armonía con normas de igual rango***

En tercer lugar, la norma jurídica ley media dentro de su relacionabilidad con normas de igual rango adquiriendo una nueva fuente .de importancia. Desde la generalidad de contenidos previstos, hasta la especialidad de especificaciones. De la ley general a la ley especial. De la ley local a la ley territorial. De la ley internacional a la ley nacional. De la ley sin apellidos a la reglamentación autónoma, existente por mandato constitucional directo. La ley dentro de su capacidad de relacionarse con norma de igual rango importa por el nacimiento de nuevas reglas del ordenamiento jurídico. Estas son las que atienden a políticas de *preferencia*, más que de *prevalencia* en la temática interpretativa.

### ***Cualidad política***

En quinto lugar, ubicados en medio de una política constitucional la norma jurídica ley, representa una manifestación de la voluntad soberana. Debemos comprender que la ley esta formulada y así es como ha de ser medida, en tanto expresión de las querencias de la colectividad que gobierna. La soberanía, concepto moderno en la estratificación del gobierno del Estado, llama hacia un *nuevo* punto. La ley no es identificable con la voluntad del monarca, del rey, de la divinidad, del cosmos o del universo. La ley como expresión de soberanía suena conforme pautas contemporáneas, en los requintos del

pueblo. Giorgio Del Vecchio manifiesta que la ley es el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados, que representan la voluntad preponderante en una multitud asociada. La ley es pues, el pronunciamiento solemne del derecho, la expresión racional del mismo. Solo en esta forma alcanza la más alta perfección la elaboración técnica del derecho... La ley es conjuntamente pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio".

No es por tanto, una expresión unipersonal e individualista, ni la personificación del sujeto singular, totalitario o dictatorial que detenta el poder, sino manifestación del sujeto fundador y creador de todo el derecho y porque no decirlo de la ley objeto de estudio en esta ocasión. El pueblo como ente soberano dentro de una fundamentación primaria que elabora la ley es la autoridad competente. El pueblo soberano se concibe con un carácter independiente, naturaleza que le es impresa como negación de la interferencia y de la imposición desde afuera y desde adentro en el contexto del territorio nacional.

La soberanía es independencia externa e interna, la soberanía es la autorización que hace posible ejercer potestades de creación, reforma, y derogación normativa, la soberanía hace que las leyes no sean hechas por extra nos al poder de nuestra republica, sino por conocidos. En este sentido no podemos perder de vista al pueblo. El mandato del Art.1 del Código Civil es importante al presentar la ley como declaración de la voluntad soberana, y el Art.83 de la Constitución al hacer residir la soberanía en el pueblo.

En vista de lo anterior la ley como concepto político es una declaración del pueblo, creada conforme las reglas establecidas en la Constitución para el ejercicio del poder soberano. El recurso asambleario, político partidarista y, los diputados, son así la representación exigible para que la ley llegue a ser una norma jurídica valida dentro del sistema. Es imposible olvidar con la debida puntualización las permisiones y atribuciones constitucionales que autoriza la Constitución para la participación presidencial de los consejos de ministros y muy excepcionalmente por la Sala de lo Constitucional en su intervención previa o posterior como contralora de la constitucionalidad de los proyectos de ley o de la ley producida. Por ultimo hay que tener en cuenta que con los de no menos de integración la soberanía se relativiza cada vez más, y comporta cesiones parciales de contenido, justificadas en las ventajas de unirse con otros Estados.

### **Significación constitucional**

Un tópico adicional es la zona de los mandatos, prohibiciones y permisiones. El Art. 8 de la Constitución como regla, derecho o principio general de libertad mueve a una confusión. El caso puede contraponerse a través de la misma literalidad. El Art. 1 del Código Civil vuelve a realizar la mención. La ley manda prohíbe o permite. Enunciando diferentes clases de presentación de la ley. Como la obligación de hacer algo, como la obligación de abstenerse de hacer algo y como la posibilidad de hacer cualquier cosa o desarrollar la acción humana ad infinito presupuestando que no se rebasan los limites del mandato o prohibición legal. La contra posición de iguales características para la ley y para el derecho de libertad, puede confundir en un primer momento. Sin embargo la respuesta no puede quedarse estancada allí sin más. Es obvio, que toda norma jurídica debe realizar la libertad, al mismo tiempo que puede restringirla por medio, de obligaciones de carácter positivo u obligaciones de carácter negativo. La ley en esta insistencia es a su vez una especificación de la libertad y como tal tiene que tender a su plena efectividad. Siendo así que debe discurrir entre las naturalezas especiales que la concretan, el hacer, no hacer, y la elección de hacer o no hacer.

Queda aun la discusión cuales han de ser las notas diferenciantes de la ley bajo un concepto constitucional. Creemos fervientemente que la primera nota es *la posición*, y a partir de esta nota podremos ver como subyacen el resto de elementos en tanto la *leyes condicionada* y *es condicionadora* en la primera situación por la Constitución, en la segunda respecto de normas jurídicas inferiores. La ley en sentido estricto es *una expresión del cúmulo de normas jurídicas* que integran el sistema jurídico, por tanto las notas comunes que informan a cualesquier norma jurídica están en la ley. Desde el punto de vista constitucional la ley es una *expresión* al tenor del Código Civil de la *libertad*. Conceptualmente un contenido muy importante pero aun limitado. La esfera igualitaria más que liberal debe ser concebida en su ambiente naturalmente positivo, y exige como labor constitucionalizadora la puesta en tema del principio de no-discriminación. Mas las exigencias de los fines que encuentrase el Art.1 de la Constitución. En definitiva es expresión axiológica de los fines constitucionales.

### ***En la jurisprudencia nacional***

La jurisprudencia constitucional nacional, ha coincidido con bastante similitud, al esclarecer el sentido de ley en la Constitución; a la par, se desatan justificaciones de las obligaciones que han de contenerse en las normas ordinarias, para que se experimente un régimen de protección de los derechos fundamentales. La sentencia de inconstitucionalidad 494 del 3/06/95 resalta esta situación al sostener la imposibilidad de alterarse los derechos constitucionales y principios fundamentales por ley ordinaria. La Sala de lo Constitucional considera que: "El constituyente manda que la ley, no debe alterar los principios establecidos por la Constitución. El término leyes empleado por la disposición constitucional mencionada se refiere a la ley en sentido formal o sea aquella norma jurídica que, independientemente de su contenido, fue creada por el Órgano Legislativo del Estado, ajustándose al procedimiento de formación de la ley". *En resumen* la ley no es la ley, la ley no es el Art.8 de la Cn, pero si su desarrollo, fa ley es realización de principios y fines constitucionales; como parte del ordenamiento jurídico es un elemento secundario, condicionada por el primario que esta en la Constitución.

### ***En la jurisprudencia internacional***

La opinión consultiva OC -6/86 del 9 de mayo de 1986, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visiona alas leyes como normas generales. A pesar que la definición, ha sido buscado desde el punta de vista de un tratado internacional y no tratar de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de los Estados, nos parece, que no dista mucho, de ser compatible con el ordenamiento nacional. "El término leyes no es sinónimo de cualquier norma jurídica". El vocablo leyes en sentido formal, es "norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado". La opinión consultiva hermetiza el término leyes para la protección y restricciones de los derechos fundamentales y coincide en validar la legalidad y legitimidad, por ser adoptada los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, y ceñida al bien común".

### ***Historización del concepto***

En relación al concepto de ley es importante destacar el estadio actual, muestra de un nuevo significado. En este sentido retomamos su evolución doctrinaria: (a) La primera etapa es destacada por los franceses, quienes elaboraron la tesis de la generalidad y la abstracción. Regla que entra en quiebra al autorizarse las leyes sin guiar es.

(b) Un segundo momento, es aportado por la doctrina alemana. Los teóricos distinguen que la ley tiene una posición de jerarquía en el sistema jurídico, puede ocuparse de cualquier materia, es una regla de derecho, tiene fuerza vinculante y puede dictarse por un procedimiento legislativo o administrativo, de lo cual resulta la indiferencia del órgano que la dicta.

Esta segunda se entiende, en algunas definiciones doctrinarias. Ignacio de Otto menciona que: "La atribución del nombre de ley a esas normas y solo a ellas forma parte de la tradición del derecho publico occidental, el español incluido. Desde la revolución francesa el término de ley en su acepción técnica se reserva a las normas dictadas con arreglo a un determinado procedimiento por el órgano de representación popular."

Las principales consecuencias para el concepto de ley, es la existencia de reservas. Una absoluta y otra relativa. Ello supone que los reglamentos no pueden incidir en su regulación, y la segunda la posibilidad de actuación de las normas reglamentarias independientes. Al mismo tiempo, se reconoce la conexión de las previsiones legislativas con la Constitución. Sin embargo, la noción política de Constitución sigue siendo un serio obstáculo para el condicionamiento de las normas ordinarias.

(c) El tercer momento, encuentra el condicionamiento de superioridad normativa de la ley. Desaparece el imperio de la ley por el imperio de la Constitución. La justificación de representación popular de los parlamentarios avanza hacia el poder controlador de la Constitución. La ley mas que acto de soberanía o de representación se analiza como acto de los poderes constituidos y de la eficacia del principio democrático.

Bajo esta concepción contemporánea de la Constitución la evocación de los derechos fundamentales cobra de nuevo la esencialidad de su sentido. Pérez Tremps dice que la ley se presenta como Fuente de los derechos fundamentales, y "como garantía democrática de dicha regulación, reservándose, en general, a la ley aprobada por el parlamento la regulación de los derechos fundamentales". En sentido similar Roberto Rodríguez dice que: " el orden axiológico de la Constitución

encuentra su manifestación culminante en los derechos fundamentales, que requieren de una constante redefinición a fin de acomodarlos a las siempre mutantes exigencias de la realidad social, todo ello al margen de la ineludibilidad en ciertos casos, de acotar el ámbito de vigencia de determinados derechos que colisionan entre sí".

### **La reserva de ley**

La necesidad regular por medio de normas ordinarias tiene diferentes ámbitos de acción. De allí que la necesidad de hacer leyes y regulaciones bajo la forma de leyes no siempre está sujeta a mandatos específicos sobre la determinación de contenidos. La regla general es que el legislador ordinario tiene amplia movilidad para determinar las conductas objeto de la norma jurídica. Así se posibilita una adecuación de la realidad normativa con la realidad social. Sin embargo la técnica normativa, la importancia del material a normar, la necesidad que se discuta y debata por los representantes parlamentarios, desterrar la actividad normativa de los ejecutivos - en situaciones específicas- y el sistema de protección de derechos, obliga a regular bajo la forma de ley ciertas materias, según previas directrices sobre los contenidos que deben desarrollarse por el legislador. Esto es lo que conocemos como reserva de ley.

La Sentencia del Tribunal Supremo Español del 10 de noviembre de 1998, propone bajo la competencia administrativa, que la reserva de ley asegure que los ámbitos de libertad sujetos a regulación dependan exclusivamente de los representantes, por lo que tales ámbitos quedan exentos de la acción del ejecutivo y en consecuencia de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. Para Rubio y Llorente la reserva de ley se estampa en un tipo de normas que contienen *mandatos al legislador*. "Se trata de preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución". Basol reviste a la reserva de ley en el marco de las garantías constitucionales "en el sentido de que determinadas materias... están vedadas al poder ejecutivo y, en consecuencia su actuación solo se legitima en base a una ley previa y con respeto absoluto a su contenido esencial".

Para Baena del Alcazar la reserva de ley mantiene latente dos ideas: una, la exclusividad de la potestad legislativa para regular ciertos derechos de los ciudadanos; por otra parte, es una prohibición para que se dicten reglamentos independientes: "constituyendo así un límite a la potestad reglamentaria del gobierno y en su caso de la Administración Pública. Hay que tener en cuenta que este razonamiento es un arma de doble filo, pues la reserva de ley significa también que en las materias no reservadas actúa libremente el gobierno en uso de su potestad reglamentaria." Para nuestro ordenamiento jurídico, no creemos aplicable el peligro señalado por Baena, especialmente porque la potestad reglamentaria del gobierno se encuentra articulada por la disposición que sujeta la actividad reglamentaria a las leyes cuya ejecución les corresponda.

## **III. NORMAS DE EXCEPCIÓN**

### **Las circunstancias de Estado**

Las emergencias en la organización social, relaciones grupales de suma anormalidad y de peligro para el mantenimiento de la institucionalidad ordinaria del Estado hace que se puede configurar un Régimen de Excepción. Nuestro parecer identifica en el Régimen de Excepción a un Derecho Fundamental del Estado. Respaldo interpretativo es el contexto en que aparece en la Constitución, puesto que se reconoce en el Título II que regula los derechos fundamentales y garantías de la persona. El Régimen de Excepción como Derecho Fundamental se ejercita cuando cabe un riesgo alto de malformaciones en su persona jurídica. La doctrina según el origen de las circunstancias que motivan su declaración los denomina *Estados de Guerra Estados de Calamidad Estado de Sitio Estado de Emergencia o Estados de Alarma*. Nuestra Constitución utilizando un criterio omnicompreensivo prefiere llamarle Régimen de Excepción.

### **Denominación y posición**

Como nuestro interés está en el ámbito normativo volvemos a dichas consideraciones. Las normas dictadas conformes las categorías del Art. 29 Cn, se denominan *normas de excepción*. En la jerarquía del sistema normativo son normas secundarias de excepción. Se utilizan en situación de grave anormalidad, y pueden ser dictadas por la Asamblea Legislativa, en su defecto por el Consejo de Ministros, y por no más de 30 días. el plazo no puede extenderse en puridad técnica, ya que si las circunstancias persistieren será necesario un nuevo decreto, condicionado a igual plazo y situación grave según prescripción del Art. 29 Cn.

### ***Autoridades competentes y actos de formación***

Cuando corresponda a la Asamblea Legislativa, por el Art. 131 ordinal 27° Cn, el acto de *creación o derogación de las normas excepcionales* debe hacerse en votación nominal y publica, y con los dos tercios de votos. Al tenor del Art. 135 Cn, por interpretación a *contrario sensu* ya que dicho artículo determina los actos legislativos que requieren de sanción presidencial, y al no estar determinado como excepción el ordinal 27o del Art. 131 Cn tendríamos que entender que requiere de la sanción del Presidente, discurriendo el proceso normal de formación de ley señalado por la Constitución. Nos parece de importancia esta formulación en el procedimiento de formación, ya que permite el ejercicio del veto sea con observaciones, por inconveniencia o inconstitucionalidad que identifique el Presidente. De esta manera la potestad de crear un régimen excepcional no se absolutiza en las facultades del legislador.

El procedimiento de creación de normas excepcionales puede iniciarse por requerimiento del Ejecutivo a través de su Consejo de Ministros, según el ordinal 5° del Art. 167 Cn. Entendemos, que es una posibilidad, puesto que la independencia orgánica del legislador puede hacer la moción desde el interior de su organización colegiada. De todos modos siempre existe el control del Presidente al no vedarse sus facultades sancionatorias o de veto.

El Consejo de Ministros puede actuar en forma supletoria para la creación de normas excepcionales, no es una forma propositiva, sino como verdadero creador normativo. Sin embargo, sus facultades están condicionadas a que la Asamblea Legislativa no este reunida, debe dar cuenta inmediatamente a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa de las causas que motivaron la medida y los actos que haya ejecutado. Supuestos condicionadores del Art. 167 ordinal 6° Cn. De nuevo se trata de eliminar las arbitrariedades en la creación de normas excepcionales. Por otra parte, aquí, el proceso de formación se invierte, y el legislador se identifica con el Consejo de Ministros controlable posteriormente por el legislador ordinario.

La justificación en la emisión de estas normas deriva por el respaldo de circunstancias graves que afectan al Estado. Véase que son situaciones que ponen en grave peligro su -existencia o funcionamiento normal. Por eso, debe entenderse que las razones de guerra, invasión del territorio rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden publico, son taxativas. El ámbito territorial de validez de las normas de excepción queda a discrecionalidad del órgano competente que las emita. Claro esta que deben de identificarse las situaciones de gravedad que enuncia el artículo 29.

### ***Derechos suspendibles***

El contenido normativo parte de la idea de suspensión. La suspensión tiene tres ideas básicas: *la primera* que reconoce un procedimiento ordinario de suspensión para ciertos derechos y otro agravado. En uno, según el caso, pueden tener competencia tanto el legislador ordinario como el Consejo de Ministros; en el agravado la suspensión es competencia exclusiva del legislador asambleario y solo permite suspensión parcial de contenidos. *En segundo lugar!*; la suspensión no se asimila a derogación. Por eso la suspensión implica un plazo de 30 días término de duración de la pérdida de vigencia de los derechos detallados por el Art. 29 Cn. *Y en tercer lugar!*; los derechos suspendibles pueden serlo en su totalidad de contenidos regulados por la Constitución y en la mayor parte de los casos solo parcialmente, restricción esta que se hace exclusiva en la suspensión agravada.

### ***Suspensión ordinaria, parcial y total***

A continuación detallamos los derechos que se suspenden por un procedimiento ordinario. Se necesitan dos tercios de votos y hay posibilidad de dos autoridades competentes, la Asamblea Legislativa o el Consejo de Ministros. La segunda en suplencia de la primera. En materia de suspensión parcial de contenidos encontramos que solo puede suspenderse el inciso 1° del Art. 6 Cn. Lo cual permite la censura en la *libertad de expresi3n*, excepto para los espectáculos públicos; pero no autoriza al secuestro de los instrumentos que sirven a la difusión del pensamiento, no valida la nacionalización de empresas de comunicación, y permite el ejercicio del derecho a respuesta. La suspensión parcial se restringe también al inciso 10 del Art. 7 Cn. Con lo cual se autoriza la suspensión del *derecho de asociaci3n y reuni3n* y no puede suspender la prohibici3n de existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial. En el orden de la suspensión de derechos fundamentales en la totalidad de su contenido esta el Art. 5 Cn. Con lo cual se suspende la *libertad de ingreso y transito libertad de elecci3n domiciliar y el derecho a no ser expatriado*. El Art. 24 Cn sufre también la autorizaci3n para suspender

la totalidad de su contenido, y da la posibilidad de violar e *interceptar la correspondencia, interferir e intervenir las comunicaciones telefónicas*.

### **Suspensión agravada y parcial**

La suspensión de los derechos fundamentales, especialmente los relacionados al juzgamiento, son suspendibles bajo el cumplimiento de condiciones agravadas. Los derechos de los incisos 2° de los Arts 12 y 13 Cn solo pueden ser suspendidos por la Asamblea Legislativa, y necesita de las tres cuartas partes de votos. Entendemos que estos derechos no pueden suspenderse por el Consejo de Ministros. En este orden de ideas parcialmente se puede suspender el Art. 12 Cn, solo en su inciso 2°. Con lo cual *se niega la información de las razones de detención y el derecho a defensor*. Pero no suspende la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado según la ley y en juicio publico, la obtención de declaraciones forzadas. Asumimos que no pueden suspenderse los derechos a no obtener declaraciones forzadas por la contradicción en que incurre el Art. 29 Cn. Primero suspende el inciso 2° del 12, que prohíbe declaraciones forzadas, con lo cual estarían permitidas, pero no suspende el inciso en que se vician de nulidad. Resultado interpretativo es que no pueden suspenderse.

Autorización parcial está en la posible suspensión del Art: 13 inciso 2°. De imposible suspensiones el derecho que las órdenes de detención sean escritas, según la ley, a menos que las circunstancias de la flagrancia lo impidan. Prácticamente se trata de dar *una mayor libertad a las autoridades administrativas* cuando permite que *no se aplique el plazo de 72 horas término preclusivo que obliga a poner al detenido a la orden del juez competente*. Pero que *en todo caso no pueden exceder de los días* según el inciso 2° del Art. 29 CN. No pueden suspenderse los plazos de la detención por inquirir, el derecho de la indagatoria, y en su caso de libertad. Queda a salvo la posibilidad de someter a medidas de seguridad reeducativas, readaptación a " los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos". Las medidas deben ser conforme a la ley y controladas judicialmente.

## **IV. LOS REGLAMENTOS**

En consonancia con Del Vecchio, la razón de existencia de los reglamentos esta "en la necesidad de que las máximas generales establecidas por las leyes sean aproximadas a la actuación practica mediante prescripciones particularizadas. La ley, por tanto, constituye el limite de su validez". Siguiendo la lógica jerárquica de posiciones normativas, y debido alas escalas de condicionamiento, de la Constitución a la ley, de la ley alas normas reglamentarias, los reglamentos ocupan una posición de tercer grado. Esta caracterización de los reglamentos entiende, que pueden ser según la ley, no contra ley, que si el reglamento va mas allá de las facultades que la ley otorga al gobierno para la ejecución de las mismas, el reglamento es jurídicamente nulo.

Advertimos al lector, que la mayor parte de autores clásicos, lo que incluye a Del Vecchio, estiman a los reglamentos como fuente del derecho secundaria. Dogmática jurídica que esta superada. Puesto que en la actualidad se diferencia la supremacía de la norma constitucional respecto de la debida subordinación de la ley. En el tiempo que dichos autores escriben aun dominaba la percepción legalista, que hizo dominar a la ley, en el plano de jerarquías normativas. Para ese entonces, todavía no se había elaborado el significado práctico operativo de las normas constitucionales. Se les miraba, sobre todo como documento político, fuente del derecho subsumida a la legalidad. Hoy en día, el concepto de Constitución se transforma, y sustenta el carácter de una verdadera norma jurídica alegable ante los tribunales, y con efectiva vinculación operativa, y no como simple directriz para la interpretación de la ley. Por ello, en la dogmática contemporánea ocupan la posición terciaria.

En nuestro sistema, los procesos de creación no tienen mucha claridad al respecto. No obstante se identifican, los autónomos y los de ejecución. Los primeros son directamente autorizados por la Constitución; los segundos en cambio, la autorización ha de estar en la ley.

Reale ha marcado, que el sentido propio de los reglamentos no debe confundirse con la ley. Los reglamentos -de ejecución-, en consecuencia no son lo mismo que las normas ordinarias. "Porque, siendo concreciones de la norma legal o destinándose a la ejecución de la misma, no pueden sobrepasar los limites señalados por la misma ley. Todo lo que en las

normas reglamentarias o ejecutivas este en conflicto con lo dispuesto en la ley no tiene validez y es susceptible de impugnación por quien se sienta lesionado". Los reglamentos que detallan ilegalidad importan para Reale, por la extensión del «poder de legislar» que confiere la Constitución. Inmerso en el razonamiento de Reale esta la organización jerárquica de las normas jurídica; lo cual aplica para los reglamentos. Consecuencia interpretativa de esto, ha sido abordada por Recasens, al detener su pensamiento escrito en las Fuentes habituales del derecho. Por lo que, "la ley tiene un rango superior a los reglamentos... Quien y de que manera ha de emitir los reglamentos se halla determinado en ciertas leyes".

Una puntualización adicional respecto de los reglamentos, es que todas instituciones de la Administración Pública tienen potestades reglamentarias en el ámbito de su competencia. La Sala de lo Contencioso Administrativo respalda en constantes consideraciones jurisprudenciales la aptitud genérica para producir un orden reglamentario. Por tanto, desaparece la idea que la producción reglamentaria estaba centralizada en el órgano ejecutivo.

En respaldo de una potestad genérica para reglamentar según leyes que compete ejecutar, esta la sentencia del 16 de julio de 1992 dictada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 7-91 en donde se dice: "...es del caso señalar, acepta el principio de acuerdo al cual, la potestad reglamentaria sobre la materia que se administra esta implícita en el órgano al que compete la ejecución o aplicación de la ley, precisamente para conservar su independencia y evitar la injerencia de otros órganos en la esfera de su respectiva competencia; todo lo cual como se sabe es garantía fundamental de los derechos humanos".

En materia de regulación reglamentaria la Sala de lo Constitucional ha estimado la imposibilidad de regular los derechos fundamentales. A pesar de ello, nos parece adecuado tomar en consideración que para Pérez Tremps, "es difícil establecer a priori en que casos son lícitos los reglamentos que afecten a los derechos fundamentales; puede decirse, sin embargo, 1°) que no caben habilitaciones genéricas a favor de la potestad reglamentaria para regular los derechos fundamentales; 2) que la incidencia del reglamento solo es posible respecto de elementos técnicos y complementarios de un derecho, no de la regulación de sus aspectos esenciales; y 3) que hay campos donde la regulación del reglamento se encuentra prohibida, con carácter general, por la especial fuerza de la reserva de ley, en especial, en los terrenos penales y procesales".

## V LAS ORDENANZAS

Las ordenanzas son normas dictadas por órganos administrativos que tienen cierto nivel de autarquía. Las ordenanzas más comunes son las creadas por la municipalidad, aduanas, universidad y fuerzas de seguridad. Su rango es el mismo que el de los reglamentos. Y están condicionadas a las previsiones de ley.

El Centro de Estudios jurídicos tiene una interesante reflexión sobre las ordenanzas municipales. Estos enfatizan que «*las ordenanzas municipales no son leyes*», lo cual podemos extender a cualesquier ordenanza. Las ordenanzas, refiriendo las municipales, son reglamentos para el mejor gobierno local; "normas de carácter general que se aplican dentro del municipio. Se emiten para regular asuntos de competencia municipal, tales como la administración de servicios, tasas, uso de la propiedad municipal, ornato público, nomenclatura, fiestas patronales, etc. Como todos los reglamentos, deben estar subordinados a la Constitución y a la ley; no pueden contradecirlas, sobrepasarlas ni regular materias de competencia de la Asamblea legislativa. No pueden imponer a los particulares obligaciones que no estén en las leyes; por ejemplo, pueden establecer como estos usaran las calles, aceras, playas, plazas, etc., pero no pueden imponer deberes de otro tipo".

La evaluación que hace el Centro de Estudios Jurídicos respecto de las ordenanzas en nuestro sistema jurídico, identifica el crecimiento cuantitativo de las mismas. Muchas contienen disposiciones que contrarían la Constitución y la legalidad. Ante ello advierten sobre la transformación cualitativa de las ordenanzas, tal que se están convirtiendo en fuente de arbitrariedades y violación de los derechos de los ciudadanos. Por ello reclaman el entrenamiento de los funcionarios que tienen estas facultades. Capacitación que en el aspecto jurídico evite perjuicios a los particulares y a ellos mismos, puesto que pueden verse sancionados con prisión, multas o indemnizaciones por los errores cometidos. Algunas de estas equivocaciones se resaltan con ejemplos de ordenanzas que deben cumplirse en centros educativos privados o públicos; algunas que han declarado inembargable el sueldo de los empleados municipales; las que han regulado establecimientos prohibidos por la ley; y otras que han prohibido construcciones en lugares permitidos por la ley. En este orden de ideas

resaltamos la tesis de la jurisprudencia constitucional, que estimo inconstitucional, la regulación de derechos fundamentales por ordenanzas. La Justificación centralizo la incompetencia por razón de la autoridad.

## VI. LOS INSTRUCTIVOS

Los instructivos están en el rubro de normas jurídicas de tercer o cuarto orden, según su origen este en una ley o reglamento. La costumbre en la técnica legislativa que tiene mayor aceptación es el reconocimiento del cuarto orden, haciendo pender el origen en la autorización de una norma reglamentaria. Normalmente se ocupan para detallar informaciones clarificadoras de la aplicación de las normas superiores mencionadas. No pueden ampliar sus contenidos pero si explicarlos con mayor capacidad de entendimiento para el usuario. En nuestro medio son comunes los instructivos de la administración que refieren un mayor entendimiento de leyes y reglamentos en materia de finanzas publicas, uso de bienes del Estado; o peticiones a la administración -para obtener registros de actos jurídicos de relevancia publica personerías jurídicas, reconocimiento de estados familiares etc..-

## VII. LAS CIRCULARES

Con el auxilio del derecho administrativo clásico, se han entendido como normas de quinto orden en la escala jerárquica de normas; a veces de cuarto orden. Ello esta en función que los instructivos estén en el tercer o cuarto orden. A pesar de la dualidad en la escala posicional, las circulares cubren los mandatos que se dirigen a colectivos reducidos, y muy concretos. Con frecuencia son utilizados, para normar genéricamente las conductas queridas de los empleados de una institución, o de un departamento específico. Por ejemplo, para informar asuetos, horas de salidas.

A partir de las definiciones del derecho administrativo la circular es la comunicación escrita del superior jerárquico hacia sus inferiores. Las circulares contienen indicaciones sobre los modos de comportamiento obligatorio de los inferiores. Linares sostiene que por lo general las circulares se presentan como instrucciones, caso en que puede existir por su infracción una sanción disciplinaria. Normalmente no se publican y pueden ser impugnadas vía administrativa y judicial.

## VIII. LOS OFICIOS

Recorriendo el camino de las normas generales e individuales, los oficios son normas dirigidas a sujetos concretos. Los oficios predicen la individualización del destinatario de la norma. Son normas cuyo origen suele estar en las circulares; aunque, la regla suele disolverse con facilidad. Puesto que la ley directamente puede aprobarlos. Comentario especial, merecen en este apartado los memorandums; practica que ha desatado una popularización sin precedentes en la Administración Publica, y no es excepción en la Administración de Justicia. A criterio nuestro, interpretamos que el término técnico ha de ser de oficios, o circulares en su caso, pero no, la de memorandums. Estos son, una mera copia de costumbres gerenciales en la Administración de Empresas Privadas

En materia jurisdiccional han sido aprobados para ordenar la práctica *de* determinadas diligencias a sujetos concretos o determinables por las competencias atribuidas. Según la posición del sujeto a quien se dirige la diligencia los oficios se denominan: suplicatorios si la petición es a un superior; requisitoria cuando es a un igual; y provisión o orden al dirigirse a un inferior; exhorto cuando el destinatario no esta individualizado pero es singularizable en este caso el obligado será a "quien corresponda competencia"; las reglas procesales anticipan el exhorto para diligencias en el extranjero. A pesar de ello, ha sido práctica común el utilizarlos respecto de iguales.

En respaldo *de* la clasificación de los oficios judiciales el Art. 27 CPRC dice en el inciso 1°: Todas las diligencias que deban practicarse en el Estado fuera del territorio del tribunal o juzgado competente se harán precisamente por un superior por un igual o por un inferior del tribunal o juzgado que actué. Se harán por el superior a virtud de suplicatorio que se libre; por igual a consecuencia de requisitoria; y por el inferior, por medio de provisión u orden, pudiendo dirigirse directamente el requirente al requerido. Solo en el caso de impedimenta legal o de incapacidad del Juez inferior, podrán cometerse a un notario.

Al referirse a los exhortos el Art.27 CPRC dice en el inciso 2°. que: "Cuando se libre exhorto que haya de cumplirse en el extranjero, la diligencia podrá ser cometida al funcionario a quien la ley del lugar le diere competencia para realizarla, o a los

agentes diplomáticos o consulares salvadoreños acreditados en dicho lugar, si el interesado fuere salvadoreño; sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales".

## XIX. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS JUDICIALES

La doctrina contemporánea admite la naturaleza de normas jurídicas para las resoluciones y sentencias judiciales. Algo que a principios del siglo hubiese sido totalmente inaceptable. En el afán de cualificarlas con seriedad se impregno, en la actualidad el rechazo de posiciones anteriores que negaron a estas la singularidad del mandato. Particularización que no es, por ahora sino una diferente cualidad especializada de una norma jurídica. En otras palabras, en una época temporalmente extensa, solo se aceptó como normas jurídicas las legisladas en sus efectos para toda la población. Las decisiones judiciales a la par de este concepto no legitimaron por exclusión, alguna significación de normas jurídicas. Las decisiones judiciales eran sentencias, sin más. Las sentencias judiciales no eran normas jurídicas; aunque parezca tautológica, eran «*sentencias per se*».

La discusión a partir de las descripciones de Santiago Nino permiten citar a Sebastian Soler sobre si las sentencias judiciales son o no normas jurídicas. Santiago Nino menciona que "el profesor Sebastian Soler, especialmente, ha expresado una opinión negativa, sobre la base que las sentencias de los jueces no tienen algunas de las propiedades que según él son definitorias del concepto de norma jurídica, fundamentalmente de la generalidad, sin embargo, sin perjuicio de estudiar de la conveniencia de estudiar más a fondo los interesantes argumentos de Soler la caracterización de la noción de norma jurídica que se ha formado en el primer capítulo parece ser más compatible con las propiedades que presentan las sentencias judiciales".

Santiago Nino al fundamentar la posición contraria a Soler recurre a Genaro Carrio. Creyendo demostrar el malentendido que niega facultades para los jueces de originar norma jurídica, especifica el carácter "creativo de los jueces en el derecho". Punto y seguido establece que, los jueces crean normas jurídicas particulares que no siempre se deducen de las leyes, aunque tampoco sea cierto que "cada juez por separado sancione normas generales". La función judicial creadora ha sido concebida también en Gardá Belaunde, aunque sus palabras completan que "queda por discutir de que clase de creación estamos hablando. Pero es indudable que la interpretación, sobre todo la judicial tiene algo siempre de creadora, y no descubridora de algo preexistente".

Resumiendo la doctrina dominante, no podemos negar hoy en día la calidad de normas jurídicas a mandatos que no sean generales. Dicho criterio restrictivo del concepto de norma jurídica, consolidado en tiempos pasados, ha evolucionado, abarcando considera como normas singulares, ya que normalmente decidirán sobre casos y personas concretas. Las excepciones más importantes al fenómeno sentenciador que singulariza normas, debe ser ubicado en los arquetipos que devienen de las decisiones en los procesos constitucionales, en especial el de inconstitucionalidad; y en las derivaciones que configuren una doctrina legal, en los procesos que deciden las peticiones de casación. En el apartado dedicado a la jurisprudencia, haremos las respectivas referencias que aclaren un poco más este asunto. Por de pronto, no se pierda de vista el lado excepcional que contraría a las resoluciones judiciales. La regla general que acepta como normas singulares las resoluciones y sentencias judiciales, ha de mirarse en otra perspectiva, en las trasmutaciones especiales que suceden en la jurisdicción constitucional y en casación.

La formación de normas singulares ha sido uno de las reflexiones en Kelsen. Analizar la función Kelsen escribe: "desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre lleva a la sentencia judicial y de esta, a la ejecución de la sanción. Este proceso en que el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general o abstracto a lo individual o concreto. Se trata de un proceso de una individualización a concretización con incremento ininterrumpido".

## X LOS DECRETOS, ACUERDOS, ÓRDENES, PROVIDENCIAS Y RESOLUCIONES

Una cuestión que no está salvada con claridad es la que logre explicaciones satisfactorias de las notas distintivas para los decretos, acuerdos, ordenes, providencias y resoluciones. Al rescate de un fundamento que no se distancie de la

Constitución, nos abocaremos bajo aprobación de una interpretación analógica, a los supuestos constitucionales que moldean, en este tópico, las conductas esperadas de los funcionarios del órgano ejecutivo.

Un detenimiento previa en los Arts.163y 164 CN, conducirán al lector a una agilidad mayor para la comprensión de las opiniones que participaremos: El primero presupuesta que: "Los decretos, acuerdos, ordenes y providencias del Presidente de la Republica deberán ser refrendados y comunicados por los Ministros en sus respectivos Ramos o por los Viceministros en su caso. Sin estos requisitos no tendrán autenticidad legal". Y el segundo literalmente dice que: "Todos los decretos, acuerdos, ordenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa".

El lector puede deducir de la simple lectura que se juntan dos bloques que autorización la producción normativa en ese orden. Las atribuciones conferidas al Presidente de la Republica, y la otra a los funcionarios del ejecutivo. Ha de tenerse en cuenta la posibilidad de extender la sistematización al resto de actividad funcionarial en la Administración Publica, sobre la base de respaldos validados por la interpretación jurídica.

## XI LOS DECRETOS

La norma jurídica que comparte la forma de decreto puede contener normas primarias, secundarias o de tercer orden dictadas por el presidente, algunas veces debido a previsiones legales puede alcanzar un cuarto orden. En otras palabras, tiene permitido, el dictar ley general, de manera excepcional; y el preceptuar norma reglamentaria, según el ordinal 14° del Art. 168 CN, "que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde". En otros casos, por mandato constitucional los decretos representan la forma de ordenanzas municipales. Art.204 CN ordinal 5°. Ante la extensión de contenidos, y la indiferencia en su utilización rigurosa por el constituyente, optamos por una solución rellena de escepticismo. En este sentido, los decretos, en nuestro sistema nacional, únicamente, es una forma por la que se presentan variedad de normas jurídicas. Por decreto se hacen normas constitucionales de reforma, leyes, reglamentos y ordenanzas. Nótese la amplia gama de contenidos que a la postre no asegura el encuentro con la naturaleza distintiva de los decretos.

En la senda del contenido reglamentario aparece por ejemplo, en el ordinal 1o. del Art.167 CN. se faculta al Consejo de Ministros para que decrete el reglamento interno del órgano ejecutivo y su propio reglamento; el Art.168 CN que en el ordinal 14° confiere facultades reglamentarias al Presidente, condicionada a la leyes que deba ejecutar, y ala obligación que facilite y asegure la aplicación de dichas leyes; el Art.204 eN que en el ordinal 2° reconócela potestad de los municipios, de decretar su presupuesto de ingresos y egresos a fin de asegurar la autonomía de la institución; en el ordinal 5° del citado Art., los municipios pueden decretar también ordenanzas y reglamentos locales; Y el inciso 2° del Art.248 Cn. que señala a la Asamblea Legislativa que suceda a la que acordó la reforma constitucional, que la ratificación del acuerdo ha de ser por decreto.

A pesar de la falta de uniformidad en el uso del decreto, es forzoso distinguir algunas manifestaciones de uso común, y algunas especies similares. De esta manera, los decretos según la institución que los produzca pueden especificarse como decretos ejecutivos, legislativos, judiciales, y municipales. Esta demás ahondar en estas especies, puesto que la identificación institucional permite el reconocimiento.

Las dificultades mas serias en la valoración de los decretos, se estampan al valorar los decretos-leyes. Estos ocupan el espacio de los gobiernos de facto, que lideran rompimientos revolucionarios con el sistema constitucional. La junta o el ejecutivo, legisla bajo esta forma, en sus actos iniciales que buscan consolidar el poder. .

## XII LA COSTUMBRE

La costumbre ocupa en las fuentes del derecho un reconocimiento lógico. La condición de validez de la costumbre esta en función que no contrarié la—ley Relacionado esta el Art.2 del Código Civil CC que dice: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que las ley se remite a ella".Como puede verse el articulo es restrictivo a la conservación del

principio de legalidad, pasado por el criterio del tiempo, y de la previsión para normar. Esto es, que debe estar prevista, y autorizada su aplicación por el legislador.

En Aftalión la costumbres una norma jurídica que se produce espontánea irreflexiva e inconsciente. Surge anónimamente del comportamiento colectivo; todos y cada uno, con su conducta, con su consentimiento y con su acatamiento, admiten su preexistencia y le dan renovada vigencia en cada acto" Para Linares la costumbre "es el comportamiento en interferencia intersubjetiva constante y uniforme, en un grupo social, conceptualizado y reglado por normas jurídicas no dictadas por órganos del Estado, ni establecida convencionalmente por los particulares".

La configuración de la costumbre esta condicionada a que reúna dos elementos básicos: la opinión jurídica de obligatoriedad de parte de la comunidad social, y la práctica constante del acto jurídica. El primero atribuye un sentido espiritual, que ingresa alas conciencias de los participantes bajo el cúmulo de la deontología coercible; y el segundo, participa de la naturaleza fáctica, que inclina la comprobación de hechos. García Maynez explica que esta integrada por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso mas o menos largo; y que tales reglas se transforman en derecho positivo "cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley". Bidart Campos en la misma línea dice que la costumbre "son comportamientos repetidos con la convicción de que debe ser tal cual son, o sea, valorándolos como valiosos... El fenómeno sociológico de *la imitación* juega un papel preponderante".

En el orden constitucional se ha distinguido varias dimensiones de la costumbre: una es la costumbre interpretativa o según la ley, también conocida como *consuetudo secundum legem*. Funciona como Fuente de interpretación, porque supone la preexistencia de la norma constitucional. La doctrina afirma que en realidad no es derecho consuetudinario, sino derecho convertido en costumbre. La utilidad comporta una interpretación que determina los términos empleados por la Constitución, cuando estos no son muy claros. La costumbre según la ley sirve para determinar competencias de la autoridad o actos que están confusos en la norma primaria. Para ello permite que tomen en cuenta los usos, prácticas y tradición. Un caso nacional fue antes de la reforma constitucional del Art.137 Cn. Dicho articulo expresaba que el veto correspondía al órgano ejecutivo. Según el Art. 150 Cn, el órgano ejecutivo esta conformado por el Presidente y VicePresidente, los Ministros y ViceMinistros. Lo cual hubiese significado por la letra impresa que a todos los funcionarios del Ejecutivo les correspondía el veto. Sin embargo la práctica era que el veto lo hacia el Presidente. Situación repetitiva que produjo mas tarde la reforma constitucional de 1991, que detallo al Presidente como autoridad competente para vetar el proyecto de ley.

Una dimensión adicional de la costumbre es la que se denomina costumbre supletoria o *praeter legem*. Este tipo de costumbre como principio general no se admite, aunque si por excepción. La costumbre supletoria comprende la aplicación de sus contenidos que van mas allá de las normas constitucionales. La aplicación esta sujeta a los casos de silencio y omisión de las normas primarias. Se requiere, para que sea valida su aplicación que guarde armonía con las normas constitucionales y se interprete con prudencia.

La doctrina menciona también la costumbre contra ley, modificatoria, derogatoria o *contra legem*. Esta costumbre pretende modificar las normas constitucionales. Lo cual la hace prohibida en la interpretación constitucional, y en el orden de validez de las fuentes normativas. Nuestra Constitución refuerza dicha, prohibición en cuanto, el Art.248Cn. establece el proceso de .reforma constitucional; en tanto contraría los Arts. 86 y 142 Cn, que impide las modificaciones de las resoluciones del órgano legislativo; y por el Art. 246 en, que impide la alteración de las normas constitucionales.

En el orden jurídico nacional, la costumbre, según dijimos, es limitada por un tercer requisito queda condiciona a que sea reconocida por la ley, para que., constituya derecho, Art 2 del CC. La practica al tenor interpretativo niega .la costumbre que contraría la ley.;mas no la que es según ella. Debemos entender que lo establecido por el Art 2 CC, hace que .la costumbre ocupe una condición de inferioridad a la ley. La norma dice que la costumbre es según la ley, y permite la costumbre supletoria, pero no la que contraría la voluntad legislativa. La condición de inferioridad deja costumbre en vista a su carácter, algunas veces supletorio, nos hace distinguir que la costumbre no necesita . ser reconocida por el legislador para operar en el-sistema jurídica. De ahí la validez de la *praeter-legem*.

La conclusión que dirime la posición normativa de la costumbre y la ley ha sido posible por las aclaraciones doctrinarias que explican los conflictos históricos de ambas normas. Las relaciones de la costumbre y la ley parten para Del Vecchio de los

fundamentos lógicos que sostienen a dichas normas. En primer lugar, son dos manifestaciones de la voluntad, con igual significado y base real. Aunque la costumbre la manifestación de la voluntad popular no es inmediata como en la ley, sino mediata. En segundo lugar se ha creído por algún tiempo que la costumbre es una fuente secundaria, por depender de la *voluntad tacita del legislador*-, tesis de la época medieval, doctrinalmente abandonada.

La prevalencia de una u otra fuente debe ser examinada según los periodos históricos. El valor consuetudinario se acrecienta en las épocas primitivas. La escasa actividad legislativa justifica su importancia. Pero el derecho pasa de elaboraciones espontáneas o modos reflexivos. En este sentido se constituyen órganos de producción, se forman Asambleas Legislativas y nace la clase de los juristas. En este proceso la ley reafirma la costumbre. Consecuencia es que se construye el sistema jurídico, la costumbre se alberga en el, y se sostiene por la ley. Se justifica entonces la máxima "de que la costumbre deriva su autoridad de la voluntad del legislador, y vale solo en cuanto la ley la reconoce". Afirmación que para Del Vecchio es insostenible, por el hecho solo de corresponder a una fase de evolución.

La costumbre conserva un imperio extenso en los sectores del derecho en que la elaboración legislativa es mínima y lenta. Estamos en el periodo del derecho de las *gentes*, Época en que se origina el derecho Internacional de las relaciones entre Estados luego que estos se organizaron En el derecho constitucional la elasticidad de las normas hace que a veces se confíe en las elaboraciones consuetudinarias. Este delineamiento proviene afirmar más que todo para la Constitución inglesa. Para el derecho *penal* la importancia de la costumbre es muy poca. Las reglas *nullum crimen sine lege* y *nullo poena sine lege*, impiden cualesquier arbitrariedad respaldada en prácticas atentatorias de la libertad. En los procedimientos civiles es considerable el valor superlativo y predominante de la ley. En el derecho civil la costumbre vale "mientras tanto secunde la ley o vaya mas allá de esta sin contradecirla. Del Vecchio conviene en la conclusión anterior respecto de *consuetudo secundum legem* y la *praeter legem*. Inclusive tampoco desdice la validez de la *contra legem*, en relaciones anteriores a la promulgación de la ley, puesto que esta no tiene efectos retroactivos.

Del Vecchio concluye que la condición de inferioridad de la costumbre se evidencia en la época actual por la necesidad de regulaciones fijas uniformidad del sistema jurídico, precisión, seguridad jurídica Y por la facilidad, continuidad y permanencia de la producción normativa. Razones que difícilmente pueden superadas por la costumbre. Sin embargo Del Vecchio deja sentado que "la ley no excluye las otras Fuentes del derecho; pero que en la fase actual las supera; acepta la colaboración de ellas, pero no puede en general ser dominada o subyugada por las misma". Debemos recordar al lector que la máxima de Del Vecchio es aplicable para las normas inferiores y no para las normas primarias, en tanto poseen un rango superior que la ley; asimismo tampoco es valido preferir la ley cuando entra en contradicción con los tratados, en tanto que aunque estos tienen la misma naturaleza y posición que la ley la regla de interpretación hermenéutica prescrita par el inciso 20 del Art. 144 Cn. prohíbe caso de contradicción la prevalencia de: la ley sobre el tratado. EL mencionado articulo-inciso 2° del Art 144 Cn. impide también el poder derogatorio y de modificación de la ley respecto de los tratados internacionales ratificados par El Salvador.

Por último solo hacemos referencia a la distinción clásica que separa a los usos y hábitos sociales; de los que se ha dicho que no participan de la conciencia de obligatoriedad, Por lo que no unifican costumbre. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, jurídico el legislador, ha usado indistintamente, la costumbre y el uso. Por ejemplo el A.rt.1 del, Código de Comercio CCOM .regla que se acuda subsidiariamente a los usos y costumbre, por lagunas en los supuestos normativos del Código de Comercio. Similar tendencia aparece en el Art 488 CCOM que obliga a los comerciantes a ejercer sus actividades comerciales de acuerdo a la ley usos mercantiles y buenas costumbres sin perjudicar al público ni a la economía nacional. En definitiva, la previsión .legal de los usos autoriza su apiicación.

### XIII LA JURISPRUDENCIA

Un tema que aporta contenidos alas Fuentes del derecho es la jurisprudencia. El concepto antiguo la acumulo como Ciencia del Derecho. Los Romanos en cambio dieron las primeras pautas que dar tan con los inicios de la noción. "La Ciencia del Derecho desde los textos primitivos consagradores de las normas positivas y consuetudinarias después de las respuestas de los prudentes mas tarde las glosas de la exégesis hasta la influencia de los razonamientos filosóficos con los enlaces históricos y la sistematización de instituciones, es un largo caminar hacia la configuración como Ciencia Sociales. Así la jurisprudencia determinaría "un saber jurídico y filosófico" que debe ser bebido por los jueces.

La parte científica del derecho, parece olvidarse en parte de nuestra pragmática jurisprudencial ordinaria de muchos países, en especial cuando derivan en conductas legalistas; Aunque de ella quedan aun restos en jurisdicciones constitucionales de avanzada; las que esperan un auge renovado. El concepto mínimo de jurisprudencia que predomina en la actualidad transpira sus concepciones en el conjunto de sentencias dictadas por los jueces y magistrados. Escéptico, al describir la actividad judicial de actualidad, Elizalde, describe que la doctrina jurídica latina es la que mas ha contribuido a desnaturalizar la noción. La posición de lo práctico ha hecho que la aplicación y ejecución del derecho abandone el original sentido de la jurisprudencia.

Diez Picazo dice que la curiosa palabra que comenzó a designar una labor determinada de los tribunales en la tradición occidental se comenzó a utilizar desde un momento no bien conocido y por razones un tanto oscuras. García Maynez depurando el concepto sostiene que la acepción equivalente en la actualidad es la que comprende "el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales, Como puede verse hay un gran tránsito terminológico de la jurisprudencia asimilada a fallos y concebida, por la doctrina y principios declarados judicialmente.

Para unos autores, como el caso de Ezquiaga, la Jurisprudencia se constituye inclusive por una sola sentencia; para lo cual no se exigen reiteraciones que patenten un conjunto de decisiones. Al respecto Vigo sostiene, en la valoración de los precedentes jurisprudenciales como Fuente del derecho que: "La fuerza obligatoria del precedente pone en el tapete el viejo problema de la jurisprudencia como Fuente del derecho en los sistemas de derecho codificado. Aun cuando es mucho lo que se ha avanzado en este siglo desde que Kelsen reconociera la naturaleza creadora normativa de la función judicial, los recelos en los sistemas de raigambre francesa sobre el papel innovador de la jurisprudencia están reflejados en los silencios tradicionales legislativos a la hora de hablar acerca de las Fuentes del derecho que se reconocen explícitamente. Creemos que para la existencia de jurisprudencia no se requiere la reiteración de fallos, basta el criterio sustentado por una sola sentencia"

Elizalde en cambio fustiga la doctrina monojurisprudencial y la pluraliza. En *concreto* la jurisprudencia es habitualidad, lo cual exige que sea reiterada constante idénticos fallos o al menos más de una sentencia que adopte la misma doctrina. Es una necesidad para estabilizar la jurisdicción.

Un rudo y frecuente muestreo de la actividad creativa de la jurisprudencia esta en la jurisdicción constitucional comparada. Se evidencian así, los deslices de las sentencias interpretativas hacia terrenos creadores de innovación, manipulación integración o adición de contenidos normativos no se contentan con fijar el único sentido al texto de un precepto constitucional. Menchén Herreros teoriza que la consideración de Fuente del derecho pudo deberse, afán de destacar la fuerza y el sentido creativo de la jurisprudencia.

La jurisprudencia asemeja una costumbre jurídica que se origina en las justificaciones y decisiones de los jueces. La jurisprudencia corporeiza sin discusión la calidad de fuente del derecho. Nos parece que esto no es ya objeto de debate. Ocurre sin embargo la polémica de la fuerza jurídica de la jurisprudencia, en cuanto implicaciones generales de obediencia; o efectos particulares. Respecto del juez; la cuestión polemiza sobre el carácter intrínseco de la jurisprudencia, sobre la base de si esta es obligatoria, cual norma legislativa general o mero criterio interpretativo de elección racional.

Singularizando nuestra posición tomamos partido por entender que la regla general no hace de la jurisprudencia obligación para los operadores jurídicos distintos del que la emitió; o las decisiones del juicio no tienen implicaciones obligatorias para otros operadores en otros juicios. El emisor esta obligado en el sentido que debe hacer que permanezca el mismo criterio en posteriores juzgamientos so pena de incurrir en arbitrariedad o discriminación ilegal. Por excepción, al operar el régimen recursivo cuyo conocimiento compete a un superior existe también la obligación de obedecer dentro del juicio.

En el marco de otras excepciones es posible considerar que una sentencia sea de obligatoria obediencia para todos los operadores jurídicos, y todos los habitantes de la Republica. La regla general es que la decisión solo obliga a los participantes en el proceso. Es el efecto conocido como inter-partes. Sin embargo, afirmando positivamente, hay un núcleo reducido de sentencias o decisiones que suelen traspasar la barrera del juicio, e impregnar sus consideraciones como normas generales, cuales normas ordinarias.

La vinculación genérica para todos -con efectos erga-omnes- entronca con facilidad en la sentencia de inconstitucionalidad. Aquí la controversia se salva sin complicación. El artículo 10 de la LPRCN manifiesta en su inciso 10 que: "La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general para los órganos del Estado para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica." Y en el inciso 2° prosigue: "Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución".

El debate se recrudece en las sentencias de amparo y habeas corpus. Normalmente, se les otorga el efecto inter-partes. Desde nuestro punto de vista ella ha de ser la regla general. Sin embargo, de manera excepcional hay efectos erga-omnes. Estos son identificables en los criterios de justificación que buscan transformar circunstancias jurídicas y sociales que impactan a toda una colectividad. Por ejemplo, la adopción *del periculum in mora* en la jurisprudencia constitucional, significa la producción de una norma legislativa por medio de la jurisprudencia. La obligación de motivar suma otro tanto en la misma dirección. Reconociendo ese criterio restrictivo en los procesos de amparo y habeas corpus, entenderíamos la vinculatoriedad general de la jurisprudencia constitucional.

Por la relevancia de la temática constitucional nos detendremos un poco, en aras de una mayor profusidad, en los grados de vinculatoriedad genérica o específica, con efectos erga omnes o inter-partes de las sentencias que edita la Sala de lo Constitucional. Según afirmamos la jurisprudencia en los procesos de inconstitucionalidad no está sometida a la duda. Las disposiciones del legislador son claras. Es indiscutible que la fuerza jurídica es impresa por la sentencia de inconstitucionalidad con efectos intra y extraorgánicos para la sociedad nacional. Es decir, que no se queda únicamente la obligación jurídica para el órgano judicial y el resto de sus operadores jurídicos, o para los otros órganos del Estado. Queda en esta perspectiva que la sentencia coloca en el ordenamiento jurídico norma jurídica como si fuese de carácter ordinario.

En este orden de ideas, corresponde examinar ahora el caso del habeas corpus y amparo, en donde abundante doctrina se ha vertido a fin de limitar sus efectos. Lo imprescindible en el análisis requiere el examen de la división típica de las sentencias. Una, la de los considerandos, fundamentaciones jurídicas a razonamientos del tribunal; dos, la decisión, el fallo la conclusión lógica de los argumentos previos. La expresión mayoritaria perfila a las decisiones. con efectos inter-partes, o sea, dotando a la decisión de la singularidad respecto de los sujetos intervinientes. La discusión nos remonta también a los considerandos en donde para algunos sus elaboraciones en conjunto son de vinculación general; o a veces, para otros las elaboraciones en modo de justificación solo transmiten en algunos casos el efecto obligatorio genérico. De ahí que se necesita de una tarea de identificación de considerandos y justificaciones jurisprudenciales para concluir la existencia de una vinculación genérica.

Nos parece que el tema debe verse con especial cuidado. Frente a las partes de la *ratio* y de las *obiter* que se estructuran en una sentencia somos de la opinión que la regla general en los procesos de inconstitucionalidad es de vinculación general y obligatoria tal como se ha sostenido con anterioridad; en cambio para los procesos de amparo y habeas corpus, respecto de la *obiter* el efecto ha de ser interpartes. Analizando las *ratio*, el efecto debería canjearse a través de una regla general interpartes pero que excepcionalmente sería genérica -vinculación general- si la justificación ha interpretado algún artículo o precepto constitucional. La fuerza de la Jurisprudencia en De Robles Rodríguez depende de la fuerza expansiva que tengan sus razones y de la medida en que alcancen valor suficiente -siempre susceptible de nueva discusión, matización y afinamiento- para constituirse en «normas» y para fundar expectativas razonables en la construcción de nuevas relaciones sociales que sean capaces de aludir un nuevo litigio".

La jurisprudencia en materia de amparo sustentan nuestras afirmaciones, en cuanto corren en el amparo 4-N-93 del 24/11/95. En esa sentencia la Sala concede cierta trascendencia al amparo al darle impulso de la singularidad a la objetividad en la defensa constitucional. Acentuando, según nuestra interpretación que transitar de la singularidad a la objetividad, es pasar de lo particular a la generalidad. Para que no queden resguardos imprecisos la Sala acude a las autodefiniciones de su papel en tanto: "actúa como intérprete supremo, de manera que su labor hermenéutica sobre los preceptos constitucionales, es decir, la precisión de la norma, se impone a todos los poderes públicos".

Al hacer el análisis de otra parte de la misma sentencia en que se reconoce el amparo contra leyes heteroaplicativas es útil recordar que asemeja para el amparo, en el caso presentado, a una especie de pronunciamiento de inaplicación de norma inconstitucional. Dice la sentencia: "el amparo contra leyes es prácticamente un medio de desaplicación de un precepto reputado como inconstitucional (...)"; pues, al limitarse a hacer una declaración particular (la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de modo general y obligatorio es objeto del proceso de inconstitucionalidad), ordena la desaplicación en los casos de leyes heteroaplicativas o no aplicación en caso de leyes autoaplicativas." En consecuencia, según lógica jurídica personal hemos de obtener que si la inaplicación de norma inconstitucional, como control difuso, tiene un efecto interpartes, en este caso el efecto debe considerarse de igual manera. No se mal interprete tampoco que los procesos de amparo llevan todos una óptica de inaplicación, sino, en el caso objeto de análisis. Sin embargo la sentencia aludida es importante por las constantes preocupaciones jurisprudenciales que buscan conceder su propio efecto a los considerandos que se suscitan en las materias de amparo.

Un año después en la sentencia de amparo 19-5-94 del 22/02/96 la Sala de lo Constitucional aparentemente consolida el argumento al asumir que las consideraciones de amparo, entre líneas literales, llámese interpretación, aunque suceda en amparo vincula a la generalidad. La sentencia dice: " pues siendo este Tribunal el único que desarrolla, amplia, Y llena el contenido de la Constitución, ninguna autoridad puede darle a las normas constitucionales una interpretación diferente a la que da esta Sala, pues al hacerlo violaría la Constitución misma."

Acercándonos a la materia de hábeas corpus la tendencia de la vinculación ha tomado también su propia fuerza jurídica. En algunas ocasiones la remisión a la fuerza jurídica es parcial, en tanto retoma consideraciones que deben imponerse para todos. Por ejemplo, aparece la sentencia de habeas corpus 1-8-95 del 13/02/96 en que se sostiene que la doctrina del precedente o el principio del "*stare decisis*" y el principio de igualdades vinculante para todos los, operadores de derecho" ; y la sentencia de habeas corpus 21-S-95 del 14/02/96, que menciona al criterio del *periculum in mora* con efecto general, dice la sentencia que: "Tal criterio es vinculante para todos: los operadores del derecho, en base al principio de igualdad. y a la doctrina del precedente a *stare decisis*";

Convenimos que la sentencia de habeas corpus 7-Q-96 del 20/09/96 resulta serla mas relevante. Puesto que su extensa fundamentación carga con los' efectos que origina la jurisprudencia constitucional de la Sala de lo Constitucional. La insistencia no se aleja de la vinculación general de que "la última palabra la tiene la Sala de lo Constitucional. En la sentencia se advierten en adición sobre las interpretaciones coherentes can la Constitución, se llama alas jueces que se constituyan en guardianes del sistema primario de normas, y a la vez que no olviden la existencia del ente jurisdiccional unificador de criterio - La Sala de lo Constitucional-, garantía de igualdad y seguridad jurídica.

El principio del *stare decisis* renace en esta sentencia para recordar que vincula a la generalidad de los operadores jurídicos. Otras de las razones destacables en la sentencia es que junto al jurista Luis Prieto, se edifica a la Sala de lo Constitucional como interprete supremo. Al mismo tiempo no descansa para relacionar su atribución creadora de normas, sin que ellas pierdan, sino que poseen la propia fuerza del legislador "operando directamente sobre el ordenamiento". La Sala recuerda al legislador que el retraso en la armonización de los preceptos ordinarios can la Constitución es lo que le ha llevado a la Sala a pronunciarse can causa justificada.

Con el titulo de *LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL* la sentencia mencionada nos dice en el capitulo VII que:

«"- Dado nuestro sistema de control de la constitucionalidad de los actos normativos y concretos producidos par los órganos del Estado y entes públicos en el ejercicio de sus potestad des publicas, tenemos que según los arts. 149, 185 Y 249 Cn., la defensa de la constitucionalidad corresponde, en nuestro ordenamiento jurídico, a todos los tribunales de la Republica, en razón del principio de interpretación conforme a la Constitución, esto es, que toda norma infraconstitucional debe obligatoriamente interpretarse de modo que el resultado sea conforme a la Constitución. Lo anterior debe entenderse que en caso de que una disposición ordinaria no admita razonablemente una interpretación coherente de la Constitución, todo juez esta obligado a declarar la inaplicabilidad de aquella, ya que su rol no solamente se limita a una rama específica del derecho, -para el caso sub-júdice, Juez de lo Penal-, sino que deben ser "guardianes de la Constitución", es decir, jueces de la Constitución. -

Sin embargo, esa misma configuración del sistema de control -que ha sido calificado como un sistema "difuso"- obliga a que exista un ente jurisdiccional que emita la última palabra respecto de las pretensiones constitucionales deducidas ante los tribunales inferiores.-

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, reforzada por el principio de *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, respecto al fallo y a los fundamentos del mismo (y no meramente orientadora o ilustrativo como cree el Juez Décimo de lo Penal -fs. 414 de la pieza principal-, u otros funcionarios del ámbito judicial). El sistema del *stare decisis* convierte por tanto al sistema jurídico en un derecho del caso judicial concreto del precedente judicial, siendo así que una realidad indiscutible es que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo vincula jurídicamente.-

Por medio de la jurisprudencia constitucional se ha insistido en la última década sobre este punto, al cual se ha denominado: efecto nomotético de las sentencias de la Sala o el valor objetivo de la jurisprudencia constitucional, aspecto que es. una consecuencia ineludible .del concepto normativo de la Constitución y de la configuración de una jurisdicción constitucional;, al, respecto, Luis Prieto Sanchis, manifiesta que: "... las interpretaciones del Tribunal Constitucional no se presentan como argumentaciones externas sobre el objeto cierto, sino como argumentaciones que desde .dentro conforman ese objeto. El Tribunal Constitucional es el Supremo Interprete de la Constitución, gran parte de la doctrina entiende, sin embargo, que tienen efectos generales, erga omnes, tanto la parte dispositivo de las resoluciones comprendidas por el tenor del citado precepto, como los fundamentos que conducen al falla, solución que supone otorgar relevancia general a la gran mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional con independencia del procedimiento en que se original Agrega este autor que esta fuerza conformadora de la jurisprudencia constitucional hace de su responsable -el Tribunal- un sujeto especialmente cualificado desde el punto de vista de la interpretación o de la argumentación jurídica. En primer lugar, porque, a diferencia del legislador cuyo poder es indiscutible para dictar normas, pero no para razonar sobre ellas, el Tribunal actúa como un autentico Órgano Jurisdiccional, es decir, actúa a instancia de parte, conecta su actividad a casas y controversias y, sobre todo, ha de fundar su decisión en una motivación que se extiende no solo al estricto enunciado sino también a los preceptos que derivan de la interpretación de este enunciado. Y en segundo lugar, a diferencia del juez ordinario cuyas decisiones solo se despliegan hacia el futuro en cuanto que precedentes, las del Tribunal tienen la fuerza propia de las normas del legislador, operando directamente sobre el ordenamiento que habrá de proporcionar la premisa mayor de los futuros actos de interpretación. En suma, el Tribunal constitucional se muestra como un Interprete creador del derecho, no ya en el sentido de que proyecte su subjetividad a sus concepciones morales sobre la concreta decisión que adopta, sino en el sentido mas fuerte de que hace de su razonamiento un elementos mas del orden jurídico en su conjunto ... " ("Notas sobre interpretación Constitucional).-

Lo anteriormente expuesto, tiene no obstante, una enorme resistencia a la vinculatoriedad de la Jurisprudencia Constitucional (v.gr. el que los Jueces estén sometidos exclusivamente a la Constitución y a la Ley); sin embargo, este Tribunal comparte dicho carácter vinculante: En primer lugar, porque aun existe mora legislativa, ya que el Órgano Legislativo no ha cumplido aun con el mandato constitucional preceptuado en el art. 271 Cn., y por lo tanto es imprescindible interpretar el ordenamiento infraconstitucional, conforme a los preceptos constitucionales; y en segundo lugar, en atención al derecho fundamental a la igualdad (art. 3 Cn.), por lo tanto la aplicación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución debe ser aplicado a todos los que se sometan a la jurisdicción salvadoreña, y es precisamente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la interprete de las normas, preceptos, doctrinas y principios consagrados en la Constitución de la Republica. Por lo tanto, de obligatorio cumplimiento para todos los operadores del Derecho."»

En adición a la fuerza jurídica de la jurisprudencia, vale reconocer, que su protagonismo principal, no solo esta en el aspecto de las normas y principios; sino también en los para adaptar a la coyuntura histórica la axiología constitucional. Que aunque cause resistencia interpretativa, cada vez avanza más la secuela de una obligatoriedad generalizada. Sirve a estos efectos el discurso de Robles Rodríguez en el apartado en que dice: "La fuerza creadora de la jurisprudencia. Creo que esto es

también evidente para todos, basta reflexionar sobre lo que estamos haciendo; no se trata de terciar aquí en la discusión de si la jurisprudencia es o no Fuente del derecho; se trata de comprobar, basta con comprobarlo, que todos los valores, *standard*, conceptos indeterminados, no se pueden llenar mas que a través de la fuerza expansiva de la resolución del caso práctico. Crecen; los valores no están simplemente en el limbo de las normas, están para encarnar en la vida social, mediante sentencias señadas al caso, pero remontándose desde el caso por la Fuerza expansiva del valor que protege; están creando el cuerpo, el cuerpo tangible de los valores base de nuestra Constitución, y en la base de todas sus instituciones".

En términos generales Elizalde diferencia la vinculación general de la jurisprudencia de los tribunales superiores y la del tribunal constitucional. La fuerza vinculante de la jurisprudencia para los inferiores es rechazada por el autor, justificando el peligro de la obsolescencia; que impide la elasticidad y capacidad para adaptar la jurisprudencia a nuevas situaciones. La vinculación sería una exacerbar la importancia de la seguridad jurídica. Recordamos, que la idea de estos argumentos se sientan en la posibilidad que las consideraciones de los tribunales superiores tengan, un efecto tal cual norma jurídica producida por un legislador, cuando la jurisprudencia se reitera. La valoración, es muy diferente al régimen recursivo, en que el Fallo superior conducen a, un cumplimiento. Obligatorio del interior, según un efecto inter-partes, o vinculante singularizado.

Para la Jurisprudencia Constitucional; en el proceso de inconstitucionalidad verifica por el contrario una vinculación general. Las buenas razones para optaren el sentido anterior están en la trascendencia del proceso y la especial posición del Tribunal Constitucional. En amparo la tónica debe seguir por el mismo camino que se estima en el ámbito de las inconstitucionalidades.' Las atribuciones de tutela de los derechos Fundamentales, al tenor de la última palabra, infieren junto a la dogmática reconocida en la Constitución, que la jurisprudencia constitucional esta por encima de los restantes órganos jurisdiccionales.

#### XIV. LA DOCTRINA LEGAL

Una variedad conceptual que presenta la jurisprudencia es la formación de *la doctrina legal*. Concepto jurídico que no debe confundirse con la doctrina -a secas- o lo que es lo mismo, con la doctrina de los expositores del derecho. Diferencia sustancial es que la doctrina legal deriva de autoridades judiciales específicas, y se deduce de las características afines que tienen sus pronunciamientos en sede jurisdiccional. Resaltamos que la doctrina legal se produce por operadores jurídicos situados en una jerarquía suprema de la organización judicial. La doctrina simplemente denominada, es producida por los estudios e investigaciones de juristas, que desde sus respectivas disciplinas tratan de explicar sistemática mente el ordenamiento jurídico.

El aspecto mas importante que caracteriza a la doctrina legal es que se considera "*ley*", con las mismas notas cual hubiere sido producida por el legislador ordinario. En apartados anteriores hemos explicado de como la *ley*, *general* y *fundamentalmente* es producida por la Asamblea Legislativa, pero excepcionalmente puede ser hecha por otras autoridades, siempre que la ley atribuya alas mismas, facultades de creación normativa. En nuestro ordenamiento jurídico la configuración de doctrina legal, y por tanto la formación de este tipo de ley, necesita de la actividad jurisdiccional. El Art. 1 de la Ley de Casación establece dicha posibilidad en las competencias de la Sala de lo Civil, cuando conoce del recurso de casación, sea en materia civil, mercantil o laboral. Según el Art. 3 ordinal 1o, parte final de la Ley de Casación entiende que hay doctrina legal cuando la jurisprudencia de los Tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes, no interrumpidas por otra en contrario, resuelva de la misma manera, en materias idénticas y casos semejantes.

#### XV. LA DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES DEL DERECHO

##### *Criterio interpretativo y fuerza normativa subsidiaria*

El parámetro de las opiniones de los expertos en el derecho, no representa, mas que *un criterio interpretativo* al que se puede acudir; *para comprender en mejor forma los textos normativos aplicables*. Sin embargo, *algunas veces el legislador le da fuerza normativa*. El cambio de naturaleza de la doctrina que influye en una sentencia puede transformarse por la conformación de lagunas legales. El Art. 421 CPRC obliga a fundamentar las sentencias en las leyes vigentes, pero en

defecto, -puede ser normalmente por falta de previsión de supuestos para resolver el caso-, debe hacerlo en la doctrina de los expositores del derecho.

### ***Significado de la «falta de leyes vigentes»***

Un enfoque integrador de técnica interpretativa, nos permite opinar, que la falta de leyes vigentes, y por tanto la validez del uso doctrinal como norma jurídica supletoria, esta en la línea de la inutilidad interpretativa varia, que supone el orden jurídico civil y constitucional. Insistimos en aclarar que las valoraciones siguientes representan la consideración de condiciones para usarla con fuerza normativa, es decir como verdadera norma jurídica en que se transforma la opinión de un jurista. Esperamos que el lector no confunda el uso normal de la doctrina como elemento auxiliar en la aplicación de normas jurídicas. En este caso, no, hay fuerza normativa alguna.

El operador se ayuda de las explicaciones que dan los autores o estudiosos para adherir un determinado sentido a la norma. Puede incluso que existan opiniones doctrinarias opuestas, de ahí que su uso es potestativo. En lo que sigue analizamos un rumbo distinto en el uso aplicativo de la doctrina, esto es desde su fuerza normativa supletoria. Por ello es necesario considerar que no hay ley vigente aplicable, para que la fuerza doctrinal se valide en la aplicación judicial. Consideramos que la habilitación opera *solo y solo si se han agotado todos los medios interpretativos* que desde las normas vigentes puedan deducir una solución adecuada al caso. La falta de ley vigente, no solo es la falta de una ley vigente con previsiones exactas en su literalidad. Por tanto debe haberse agotado el posible acomodamiento con significados naturales, técnicos, legales, auténticos y constitucionales.

### ***Agotamiento de interpretaciones ordinarias***

La consideración que no hay ley vigente aplicable debe haber agotado posibles interpretaciones extensivas o restringidas, sin que lo odioso o favorable de la norma influya. Debe haberse ilustrado adecuadamente sobre el contexto en que se establece la ley. Las obscuridades no deben servir de pretexto para no aplicarla, en cuanto el operador esta habilitado para dibujar sus soluciones sobre la base de leyes parecidas, que le hacen incursionar en el campo de interpretaciones por analogía. Por otra parte debe haber acudido al campo teleológico buscando el espíritu legislativo objetivado en la norma. Frente a dudas en el procedimiento judicial debe considerar resolver según principios jurídicos del procedimiento y favorables al demandado.

### ***Agotamiento de interpretaciones constitucionales***

Las soluciones no están solo en los textos legales, a veces las generalizaciones constitucionales pueden contribuir. Por ello, la falta de ley vigente debe considerar el agotamiento de interpretaciones constitucionales: conforme a la Constitución; no vedar los aportes constitucionales por las interferencias formales o literales de los contenidos constitucionales; debe buscar la solución con recorridos que dinamicen la unidad y sistemática de la Constitución; las deducciones deben cuidar la idoneidad, la previsión y consecuencias negativas de aplicarse. La ponderación constitucional puede añadir más posibilidades de solución según las leyes vigentes. Luego de haber agotado todas estas técnicas interpretativas de orden civil a común y constitucional, compartimos la idea que el operador jurídico use de la doctrina con toda su fuerza normativa que le habilita el Art. 421.CPRC.

### ***Significado de la doctrina***

Para Linares la doctrina enuncia ciertas verdades jurídicas, y se fundamenta en la opinión individual autorizada a en la opinión publica jurídica del hombre de derecho media. La doctrina puede entenderse también como el conjunto de teorías y estudios científicos referentes a la interpretación del derecho positivo. Maynez data de características científicas a estos estudios; los propósitos pueden ser de especulación, sistematización normativa, interpretación de preceptos y señalar reglas de aplicación.

La doctrina que se fundamenta en la opinión individual autorizada, es la representación de una idea científica. "El creador descubre una doctrina, regla, principio, axioma, en el modo que es dable hacerlo en la ciencia del derecho: mediante la comprensión de las circunstancias del caso, de la norma y de la justa valoración de esa norma y del caso, y mediante la sistematización del resultado. El vocero es el jurista que toma esas reglas, principios, axiomas creados por el descubridor y sistematizados por aquel, los complementa en sus perfiles secundarios y los difunde". En el segundo caso, la doctrina se utiliza cuando se ha formado opinión publica, lo que no ha sucedido en el primer caso. "Su fuerza de convicción será en tal

caso mucho mayor porque ha salida de los cenáculos de los creadores y *voceros* y al hacerse intersubjetiva tiene carácter *objetivo*".

## XVI OTRAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Conde recuerda la influencia que se ejerce por el principio de constitucionalidad, el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley, el principio de jerarquía normativa, del principio de publicidad las normas, del principio de seguridad jurídica, de la interdicción de la arbitrariedad.