



**ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL
"DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"**



CURSO
**FUNDAMENTOS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

NOMBRE DEL MATERIAL:
REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS 1992

TEMA:
**LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA
CONSTITUCIÓN**
(SEPARATA No.1)

AUTOR: DR. JOSÉ ALBINO TINETTI

11. LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN^{33 34}.

1.1. Significación de la Constitución. Planteamiento del Problema

1.1.1. Consideraciones previas. Multiplicidad de sentidos de la palabra Constitución

El tema Inicial de este componente del curso básico es meramente Introdutorio y está al servicio de los otros dos. Si se va a analizar la posición del Órgano Judicial en la Constitución y luego los medios para la defensa de la misma, es preciso aclarar inicialmente el sentido que se dará a ciertas palabras, empezando por "Constitución", y luego determinar la jerarquía normativa de la Carta Magna.

Prácticamente ningún autor contemporáneo parte de una sola acepción de tal vocablo, sino que previamente intenta una catalogación de los posibles significados de este término.

No se pretende pasar revista a esa amplia gama de significaciones, sino determinar el sentido que se dará a tal palabra en los temas futuros, pero será preciso contrastado con algunos de los más difundidos, a fin de conseguir una mejor determinación de él.

1.1.2. El concepto original de Constitución. Ocaso y resurgimiento de esta significación

Supuestos y contenido del concepto original

Como se sabe a principios del Siglo XVIII, al Impulso de movimiento precisamente llamado "constitucionalista", surge un concepto muy preciso de Constitución. De conformidad a lo que expresa García de Enterría³⁵, de tal concepto originario y para el desarrollo de este tema interesa destacar dos aspectos. Para los constitucionalistas clásicos sólo se estaba en presencia de una Constitución, si ella partía de unos supuestos específicos y si contaba con un contenido determinado. Los supuestos radicaban, primero en el origen popular o comunitario de la Ley Fundamental y segundo en su postulado básico que era la auto-organización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho. Esta idea de la auto-organización viene de Rousseau. La Constitución -en esta perspectiva- se presenta como una decisión del pueblo entero, como un "contrato social". Se trata de una "forma de asociación que defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más a que a sí mismo".

En lo que respecta al contenido, se ha vuelto lugar común citar el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución".

Ocaso del concepto clásico

El concepto original de Ley Fundamental sufrió luego en Europa Continental, una serie de ataques, tanto de la corriente monárquica, como de la Izquierda. Las monarquías restauradas recogen fragmentariamente la Idea de Constitución, como codificación formal del sistema político superior, pero excluyen todas las partes que consideran "peligrosas". Los Monarcas "otorgan" Cartas Fundamentales que muy poco tienen que ver con la Idea original de Constitución.

A su vez la izquierda hegeliana y, el marxismo que proviene de aquella, atacan la idea originaria de Constitución. Este ataque tiene como antecedente el famoso discurso berlinés de Ferdinand Lasalle, "¿Qué es una Constitución?"; la Constitución jurídica escrita no sería sino una "mera hoja de papel", y la verdadera, real o básica sería "la suma de los factores reales de poder". Marx y sus seguidores, con su concepción más general del Derecho como superestructura, ven

³³Sobre este tema véase: García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional (3ª.Ed.) Madrid: Civitas, 1985. En muchas partes del desarrollo se ha seguido el esquema analítico de este autor

³⁴Nota: Esta segunda parte del artículo, es la versión actualizada del desarrollo del primer tema del programa de la asignatura que estuvo a cargo del autor, en el Primer Curso Básico de la Escuela Judicial.

³⁵Op. cit. p. 41 y sgts

en la Constitución una pura retórica legalista que oculta la hegemonía de las clases dominantes de siempre sobre las fuerzas progresistas.

Esos dos embates fueron muy eficaces, a tal grado que en el sentido originario de Constitución, con algunas excepciones, se perdió en Europa continental durante casi todo el siglo XIX y para algunos paises hasta la segunda postguerra mundial. En ese lapso la Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinado. También se considera que no puede ser invocable ante los tribunales. A estas posiciones viene a añadirle el influjo del positivismo y del formalismo, que conciben a la Constitución como una mera exigencia Lógica de la unidad de ordenamiento, que está presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier régimen político. Se trata de un concepto formal y abstracto -mero "fantasma de pensamiento" como lo llamó Heller-, una realidad de hecho para la cual poco importan los valores que exprese. Este concepto de Constitución se acerca al sentido más genérico del vocablo: "la constitución de una cosa es su estructura esencial, su conformación: el modo en que está configurada, en virtud de la peculiar situación de sus elementos, y la forma en que éstos se hallan relacionados entre sí". Partiendo de supuestos Ideológicos diferentes de los formalistas, como Kelsen, Carl Schmitt sintetiza esta concepción con esta frase: "el Estado no tiene Constitución, es Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente".

Tal concepto volatiliza los temas capitales de la organización política, como por ejemplo la legitimidad del poder, su titularidad, su ejercicio y sus límites. Como ha dicho el mismo Heller, los constitucionalistas de esta tendencia nada supieron decir de la proposición: "el poder del Estado debe provenir del pueblo" y es aquí, justamente, donde debe radicarse toda la teoría de la Constitución.

Resurgimiento del enfoque original

Considera García de Enterría que la Idea originaria de Constitución ha vuelto contemporáneamente a su mismo sentido específico, tras la Segunda Guerra Mundial con el derrumbe de los totalitarismos, en los países que recuperaron sus Constituciones y las adecuaron a nuevas corrientes históricas, como Alemania Occidental e Italia; así como también en los que se reintegraron posteriormente a la misma corriente, como España y Portugal; y en los países latinoamericanos que se esfuerzan ahora por construir una democracia avanzada. En esta Idea de Constitución hay unos principios esenciales, que en forma alguna pueden considerarse como accesorios, tales como los siguientes: el pueblo debe decidir por sí mismo; él o por medio de sus representantes suyos que son "sus agentes y servidores y no Sus propietarios", debe establecer un orden político determinado, definido en su estructura y en su función; el sistema político debe basarse sobre la limitación del poder, que supone el establecimiento de un conjunto de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas; es por medio de la Constitución jurídica que se transforma el poder derivado en legítimo poder jurídico, en el contemporáneo Estado constitucional se conserva la exigencia inicial de que el arbitrario gobierno de los hombres ("Government by men") se convierta en un jurídico gobierno de las leyes ("Government by laws"), deben existir unos derechos fundamentales³⁶ de la persona y de los grupos que ella forma, que aseguren el libre desenvolvimiento de cada uno y que a la vez permitan la decisiva participación en el funcionamiento y en el control del sistema político. Todo esto se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que se viole en muchas partes, a tal grado que se ha incluido en la generalidad de Declaraciones y Convenciones contemporáneas sobre derechos humanos y se ha venido a considerar que la Constitución "es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos"³⁷.

Si una Constitución no responde a los referidos principios podrá llamarse tal, pero lo será sólo en sentido nominalista o semántica como dijera Loewenstein. Es preciso salirle al paso a una interpretación errada de lo que se está exponiendo. En manera alguna se sostiene que un concepto valedero de Constitución, para ser tal, debe elaborarse en términos idénticos a como fue formulado' en los albores del constitucionalismo, pues ello equivaldría a olvidarse de los cambios históricos acaecidos hasta la fecha. Tomando las ideas de Pedro de Vega³⁸, expuestas en relación a otro tema, podemos decir que

³⁶Es corriente que se tomen como sinónimas las expresiones "Derechos humanos" y "Derechos fundamentales", pero contemporáneamente se hace una diferencia entre ambas, la cual ha sido inspirada por la doctrina constitucional alemana. El criterio de distinción se basa en el grado de vigencia alcanzado por tales categorías. En efecto, por derechos humanos se entiende el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana. En tanto que la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico vigente, en la mayor parte de los casos en la Constitución, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Cfr. Hernández Valle, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales. San José: Juricentro, 1990, pp. 12-13

³⁷García de Enterría. Op. cit. p. 47

³⁸De Vega, Pedro. La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Madrid: Tecnos, 1985. p. 290

en la perspectiva de la generalidad de autores, el constitucionalismo democrático contemporáneo -que es el único genuino-, incluye "siempre, junto al Indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico-institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales), empalmado así, si bien desde una óptica y unos presupuestos diferentes, con la inicial versión que la burguesía otorgara al concepto político de Constitución".

Concepto original y Constitución salvadoreña

La Constitución salvadoreña de 1983, también habida cuenta del cambio histórico apuntado, responde a este significado original de la Constitución. Así vemos que se considera como autor de ella al pueblo de El Salvador, por medio de sus mandatarios: "Nosotros representantes del pueblo salvadoreño ..." "en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido ..." proclama el preámbulo, Esta idea del origen popular de la soberanía y de toda forma de poder estatal se reitera en varias disposiciones constitucionales: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado ..." (artículo 1); "El poder público emana del pueblo" (artículo 86); "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley ..." (artículo 86); "Los diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo"(artículo 125)

Titularidad de la soberanía en la Constitución salvadoreña

Como se ha dicho, si bien es cierto que se parte nuevamente de supuestos semejantes a aquellos de los que partió el constitucionalismo clásico, el cambio histórico, político y social ha dejado su impronta en los modelos constitucionales contemporáneos, Un ejemplo de ello es lo que ha ocurrido con la consideración de la titularidad de la soberanía. El artículo 83 Cn. expresa que "La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución", precepto que merece un comentario especial, ya que fundamentará el desarrollo de temas futuros,

En la Exposición de Motivos de la Constitución vigente³⁹, en relación a tal artículo se expresa lo que sigue:

"La Constitución de 1962, después de declarar que la soberanía reside en el pueblo, la limita a "lo honesto, justo y conveniente a la sociedad", Consideró la Comisión que estas expresiones eran demasiado ambiguas, susceptibles de varias, distintas y aun opuestas interpretaciones, y que era más técnico y apropiado dejar establecidas las limitaciones a la soberanía desde un punto de vista eminentemente jurídico. Es precisamente el carácter jurídico de la soberanía lo que la hace susceptible de determinadas limitaciones que la sujetan en su ejercicio a normas pre-establecidas por el mismo poder soberano. La soberanía es absoluta, es un poder supremo que no admite sobre sí ningún otro poder y no puede ser determinada más que por sí misma. Pero en tal virtud, ese poder puede auto limitarse y lo hace estableciendo normas jurídicas para su ejercicio. Este es el significado usado en el proyecto cuando se refiere al ejercicio de la soberanía "en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución".

El pueblo ejerce la soberanía por medio de los funcionarios del gobierno que son sus delegados y que no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley. Cuando el órgano gubernamental realiza un acto legislativo, administrativo o judicial lo hace en ejercicio de ese poder soberano, pero dentro de los límites que le prescribe constitución".

La disposición que se comenta, claramente se ha inspirado en el apartado segundo del artículo 1 de la Constitución italiana, según el cual "La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercita en las formas y dentro de los límites de la Constitución". Sin embargo, cuenta con un curioso antecedente remoto en nuestra historia constitucional. A nuestros constituyentes siempre les ha preocupado el problema de los límites de la soberanía y desde los albores de nuestra vida republicana se vino utilizando la fórmula citada en la exposición de motivos de la Constitución vigente, o sea que la soberanía estaba limitada por lo "Justo, honesto y conveniente a la sociedad". Aun cuando no fueron los creadores de tal fórmula, los constituyentes de 1950 la justificaron en la exposición de motivos del proyecto de Constitución de ese año, así" El proyecto consagra un tema doctrinario: el de la limitación de la soberanía, pero porque lo estima de importancia

³⁹El Salvador. Órgano judicial. *Constitución de la Republica con su Exposición de Motivos y Ley de Procedimientos Constitucionales*. San Salvador: Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, 1989. pp,55-56

extraordinaria. La limitación expresada fomenta la tranquilidad del conglomerado y da una pauta general para el ejercicio de la soberanía. Aunque el pueblo es el titular de la soberanía, la ejercita por medio de representantes, y esta circunstancia ameritaría ella sola el señalamiento de límites-del poder público, al que desde ahora se le niega carácter absoluto.

La teoría de la soberanía popular, tal como fue anunciada por Rousseau, no reconoce ninguna limitación, y éste ha sido uno de los puntos débiles de esa teoría. Los doctrinarios franceses que florecieron durante la Restauración y la Monarquía de julio, señalaron con acierto que la soberanía estaba limitada por la justicia y la razón. Los autores, en general, convienen con esta tesis, pero admiten la imposibilidad de obtener acuerdo, en los casos concretos, sobre qué es lo que se entiende como respondiendo a lo justo y a lo razonable. Esta dificultad práctica, no le quita validez a la limitación en el plano de las ideas. Es más, tiene alcance práctico, en cuanto niega carácter absoluto a la soberanía, y se dice que hay cosas que ésta no puede realizar.,⁴⁰ De paso cabe destacar que los autores del proyecto de esa Constitución, con un sentido demasiado progresista para el pensamiento dominante en su época, pues rechazó su tesis, también proponían que se agregase, además de las reconocidas en nuestra fórmula tradicional, "la limitación fundada en "los principios de Derecho Internacional que garantizan la dignidad humana y la igualdad jurídica de los Estados".⁴¹

Lo curioso del caso es que por razones que no hemos podido establecer, la fórmula recurrente de todas las constituciones anteriores a la actual, fue cambiada en las leyes supremas de 1880 y 1883, por la que sigue: "Art. 1.- La soberanía reside esencialmente en la Nación y será ejercida en la forma que prescribe esta Constitución". En la siguiente Constitución -la de 1886- se retornó a la fórmula tradicional, abandonándose un enunciado anticipatorio que ahora ha sido acogido con entusiasmo por la mejor doctrina del Derecho Constitucional.

Para algunos, el artículo 83 de nuestra Constitución acoge la doctrina de la llamada "soberanía constitucional". Una buena explicación de esa tesis se encuentra en Felipe Tena Ramírez⁴² cuyas ideas pasamos a resumir: El dice que dentro del sistema americano el único titular de la soberanía es el pueblo. Este titular originario de la soberanía hizo "uso de tal poder cuando se constituyó en Estado jurídicamente organizado. Para ese fin el pueblo expidió su ley fundamental, llamada Constitución, en la que -como materia estrictamente constitucional- consignó la forma de gobierno, creó los poderes públicos con sus respectivas facultades y reservó para los individuos cierta zona inmune a la invasión de las autoridades (los derechos fundamentales). El acto de emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y auténtica, que no está determinado por limitantes jurídicos extrínsecos a la voluntad del propio pueblo. En los regímenes que no contemplan la apelación directa al pueblo, el acto de autodeterminación representa la única oportunidad de que el titular de la soberanía la ejerza en toda su pureza e integridad.

De esta suerte los poderes públicos creados por la Constitución, no son soberanos. No lo son en su mecanismo interno, porque la autoridad está fragmentada (por virtud de la división de poderes) entre los diversos órganos ..cada uno de los cuales no tienen sino la dosis y la clase de autoridad que le atribuyó la Constitución; ni lo son tampoco en relación con los individuos. en cuyo beneficio la Constitución erige un valladar que, no puede salvar arbitrariamente el poder público. A tales órganos no les es aplicable por lo tanto el atributo de poder soberano que la doctrina europea coloca en el órgano a través de la ficción del Estado. Ni siquiera es propio hablar de una delegación parcial y limitada de la soberanía repartida entre los órganos, porque en este sistema y hasta ahora soberanía y límite jurídico son términos incompatibles. así ideológica como gramatical mente.

El pueblo, a su vez, titular de la soberanía subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía) solo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía.

La tesis de la soberanía constitucional no es, sin embargo, aceptada pacíficamente por la doctrina, ni aun en el caso de los que nada objetan a fórmula clásica es constitucionales sobre la materia como la de nuestra Ley Suprema. Un ejemplo sería

⁴⁰ El Salvador. Asamblea Constituyente. Documentos Históricos. San Salvador: Imprenta Nacional, 1950. p.40.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano (16ª. Ed.). México,D.F.: Porrúa, 1978. pp. 8-9.

Manuel Aragón⁴³. El sostiene que la soberanía entendida con carácter absoluto o ilimitado sería un poder inaprehensible por el Derecho, ya que "el Derecho no opera con términos absolutos; el Derecho es el mundo de la limitación y también de la relativización. Introducir lo absoluto en el Derecho lleva, simplemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al Derecho o en una teología o en una metafísica".

Por otra parte considera que "El Estado constitucional es en principio y no hace falta subrayarlo, Estado de Derecho y, en consecuencia, la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía" y acepta que la fórmula de lo que dice se encuentra con suma nitidez en el apartado del artículo 1o. de la Constitución italiana que se ha transcrito (que como ya dijimos Inspiró al artículo 83 de nuestra Constitución); con todo, él recalca que lo anterior no significa que la Constitución sea la fuente de la soberanía y, por tanto, que sea la Constitución, verdaderamente, la soberana. "Radical la soberanía en la Constitución - dice- es resucitar ahora a los viejos doctrinarios, que ya en el siglo XIX intentaron suplantar, bajo el concepto de soberanía de la ley, el principio de la soberanía del pueblo." A su Juicio, diluir en la Constitución la soberanía supone, simplemente, falsear su titularidad democrática. Constitucionalizar la soberanía -añade- tampoco significa exactamente la desaparición del soberano, como parece afirmar Martin Kriele cuando sostiene que no hay soberano en el Estado constitucional. Al contrario, el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la Constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, no que encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no desvirtuemos el carácter jurídico de esa teoría, esto es siempre que no separemos Estado democrático y Estado de derecho. La autenticidad de la Constitución radica, precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías, más aún, sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho "constitucional" sino mero Derecho "estatal."

Si se releen los párrafos de la exposición de motivos de nuestra Constitución vigente, que acaban de transcribirse, se advertirá que quienes los redactaron se adherían, como el autor últimamente citado, a la tesis de la autolimitación.

La verdad es que este tema supone plantearse el significado jurídico y político de la Constitución, o más simplemente, toda una teoría de la Constitución. El es un tema capital que merece un estudio -si no varios- a profundidad, que excede el objeto de este trabajo, pues como dice Pedro de Vega⁴⁴ "El Estado constitucional cimenta sus estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático; por otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional". Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados." En lo anterior confluyen dos líneas de pensamiento diferenciables y que responden a objetivos diversos y cumplen finalidades distintas. lo cual puede llevar a una contraposición. Pero por ahora basta con dejar perfilado el problema, el cual merece entre nosotros una seria y perentoria investigación.

Otros aspectos configurativos del concepto de nuestra Constitución

Luego de la anterior -larga, aunque para nosotros necesaria- consideración del artículo 83 Cn., volvemos al tema en estudio diciendo que el objetivo de los constituyentes al decretar la Constitución fue -de acuerdo al preámbulo- "establecer los fundamentos de la convivencia nacional, con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de la libertad y Justicia, valores de nuestra herencia humanista". Declara que el Estado

"está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común" (artículo 1) y postula como una obligación del Estado "asegurar a los habitantes de la República, el goce ~ la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social" (artículo 1), para luego postular una amplia declaratoria de derechos fundamentales que comprende no sólo los clásicos Individuales y políticos, sino que a los llamados sociales, culturales y económicos (Título II y V).

⁴³ Aragón, Manuel. Constitución y Democracia. Madrid: Tecnos, 1989. pp. 28 y sgts.

⁴⁴ Op. cit. p. 15

Finalmente la Constitución, a la vez que configura y ordena los órganos fundamentales del Estado, establece dos límites del ejercicio del poder y un complejo sistema de controles interorgánicos e intraorgánicos.

No hay duda que mucho del contenido de la Constitución de 1983 merece una revisión que contribuya a su modernización y perfeccionamiento, pero no puede negarse que encarna los aspectos más significativos de ese contenido ético irreductible que se generaliza universalmente en el mundo contemporáneo. Por lo anterior, si ahora se nos preguntase ¿Cuál Constitución es la que debe defenderse? podríamos decir que sólo merece la pena tutelar la que cuente con aquellos componentes que configuran la verdadera ética-política universal de nuestro tiempo y no una mera Constitución semántica.

Por otro lado, cualquiera podría decirnos que si analizamos el contenido de las numerosas constituciones con las que hemos contado y que precedieron a la vigente, éste se asemeja mucho al de la Constitución clásica y que, sin embargo, hasta ahora se dice que El Salvador se encamina hacia un sistema democrático. Esa observación alude a un fenómeno que justifica las presentes reflexiones y casi toda la razón de ser de este módulo dentro del Curso Básico, tal como se considerará adelante. Por de pronto, lo único que cabe decir es que el estudioso de la Constitución debe tener siempre presente la dramática tensión dialéctica que hay entre la Ley Fundamental como norma y el mundo real que pretende encauzar.

1.1.3. Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal

Para terminar con el subtema de la tipología de las constituciones se considera oportuno recordar una de las famosas contraposiciones de sentido de la palabra Constitución, que se basa en la llamada concepción dualista de la ley. En parte. Las ideas que sustentan esta forma de análisis se han tomado en cuenta en la exposición precedente, tal como se comprobará a continuación.

En este enfoque en primer lugar se habla de "Constitución en sentido material". Acá lo que importa es el contenido y no la forma. Lo que se trata de localizar es aquello que por su trascendencia es "materia" propia de toda Constitución. Sobre lo que no ha habido prácticamente discusión de que debe ser un contenido obligado de toda Constitución es lo que la doctrina ha llamado "su parte orgánica". Es decir, la que comprende la organización y regulación del funcionamiento y regulación del funcionamiento de los poderes fundamentales del Estado. Acá se diferencian las tareas estatales de mayor trascendencia y se asignan a diferentes órganos, para enviar la concentración del poder; se incluye el mecanismo para establecer la cooperación de dichos órganos en el cumplimiento de las tareas estatales; los dispositivos y las Instituciones en forma de frenos y contrapesos para permitir control entre ellos y un mecanismo para evitar bloqueos entre tales órganos. El constitucionalismo nace además hermanado a las famosas Declaraciones o proclamaciones de Derechos Humanos y ellas son un contenido típico de las constituciones, aunque no de todas, como la original de los Estados Unidos de América como Estado Federal. En una primera etapa se reconocieron en ella únicamente derechos individuales y políticos; en una segunda generación de constituciones se agregaron los sociales, económicos y culturales y ya se empiezan a incluir en los textos constitucionales los llamados derechos fundamentales de la tercera generación, o derechos de solidaridad, que entre otros comprenden el derecho a la paz; el derecho a al desarrollo, que garantice un mínimo de condiciones de vida digna para todos los pueblos, como objetivo inmediato; el derecho a gozar de un medio ambiente sano, adecuado, y ecológicamente equilibrado; a la comunicación; a la libre determinación de los pueblos, y el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad⁴⁵

En relación a la llamada parte orgánica y a los derechos fundamentales de la primera generación no hay desacuerdos significativos sobre su pertenencia al contenido constitucional, pero en el andar del tiempo se ha comprendido por los miembros de la colectividad la ventaja de que sus Intereses sean protegidos por la Constitución, y es así que cada quien ha querido "colgarios" -como dice un autor- en ella y ya no es posible afirmar con certeza qué materia es típicamente constitucional o no lo es. Pero sí es usual que en la Constitución se expresen los grandes fines, principios y valores estatales, las decisiones políticas fundamentales como su forma de Estado y gobierno. el régimen político escogido, el método de reforma constitucional y otras materias de semejante trascendencia.

⁴⁵ Cfr. Ans. 69 y 101, 2o. Inc, de nuestra Constitución, y 22, 78, 79, 80 Y 81 de la Constitución Política de Colombia, publicada el 7 de julio de 1991

Desde otro punto de vista -"Constitución en sentido formal"- que ve más a la forma que al contenido, el nombre de Constitución se reserva a la parte de las normas que han sido enunciadas en forma constituyente por: un poder de rango superior –el constituyente- y que, por tanto, no pueden modificarse sino mediante un acto también de potestad constituyente y por medio de un procedimiento especial y dificultando –en comparación con el ordinario- de revisión. En los Estados con Constitución escrita o codificada, como dice Bidart Campos, puede decirse que formalmente la Constitución es ese estatuto único, que no puede tocar el órgano Legislativo ordinario .-le es intangible-; se sustrae a su competencia, tanto en su origen no nació de él sino de un Poder Constituyente-, como en su modificación, y que todo lo demás aun cuando tenga materia o contenido constitucional, no se considera parte de la Constitución, Los estados sin Constitución escrita, o sea con leyes constitucionales dispersas y con Constitución predominantemente consuetudinaria, carecen de Constitución formal. En un país como el nuestro, de Constitución escrita o codificada y además rígida, basta con que algo esté Incluido en su texto para que sea constitucional y si no lo está, por muy constitucional que sea su contenido, es ley secundaria y hasta reglamento, Por el contrario, materias Intrascendentes se consideran constitucionales por el simple hecho de aparecer en el texto, Cerramos la consideración de este punto parafraseando un aforismo: "No todo el contenido de la Constitución es Derecho Constitucional, ni todo el Derecho Constitucional está contenido en la Constitución."

Para los efectos de este curso la consideración predominante será la de Constitución en sentido formal y más precisamente la de Constitución como norma Jurídica. Este enfoque está generalizándose entre los constitucionalistas actuales, por ejemplo así lo hace Héctor Fix Zamudio⁴⁶ , quien parte de un concepto normativo de Constitución, para abordar el tema de su tutela, considerándola como "la ley suprema contenida en uno o varios documentos escritos que se caracterizan por su preeminencia, jurídicamente relevante respecto de todas las normas de un ordenamiento jurídico y que adquieren relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación, en relación con el que se exige para las leyes ordinarias."

Lo anterior no quiere decir que se utilizará una metodología legalista, lógico-formal o exeqética. Ni que se excluya la consideración del contenido Insustituible de una Constitución que merezca el nombre de tal, ni el de los valores a que debe orientarse, pues se ha empezado por confesar la adhesión a una concepción democrática de Constitución, NI que no se tomarán en cuenta los factores de poder que Integran la "Constitución real", Lo que sí se reconoce y después se Justificará, es que la preeminencia de enfoque la tendrá la concepción de la Constitución como norma jurídica.

1.1.4. El problema: desconocimiento práctico de 'la jerarquía normativa de la Constitución y no aplicación directa de la Constitución por los operadores jurídicos'⁴⁷. Causas del mismo

Antecedentes

Probablemente resulte extraño que en curso destinaba a abogados, que aspiran a ser jueces, se incluya un componente en el cual uno de los temas a considerar es del valor normativo de la Constitución. Pareciera que éste es un asunto tan elemental que debiera darse por sabido no solo por cualquier abogado, sino por un estudiante de Derecho en un nivel no muy avanzado de su carrera. Sin embargo, un somero estudio de realidad descubrirá la existencia de un fenómeno, que por lo menos en lo que respecta al comportamiento de jueces y funcionarios, no evidencia que se tiene conciencia de la posición jerárquica de la Constitución en el ordenamiento jurídico. El actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Constitucional de nuestro Tribunal supremo⁴⁸ describe ese fenómeno con mucha claridad: "Si quisiera señalar algunos puntos, que el observador agudo encontrará con facilidad desde el inicio de la doctrina contenida en las resoluciones y sentencias de la Sala de lo Constitucional: La verdadera valorización normativa de la Constitución, es decir, el reconocimiento franco, sin ambages ni reticencias, de la norma constitucional como "lex superior" y como tal que prevalece "sin componendas" sobre la ley y el reglamento. Esto que parece una verdad del Perogrullo, no ha sido así en nuestro medio, en el cual ha prevalecido una jurisprudencia literalista y horizontal que en la práctica ha puesto al mismo nivel el reglamento, la ley y la norma constitucional, cuando no ha invertido totalmente la pirámide jurídica -corno han hecho la mayor de las veces las autoridades y tribunales administrativos-, cuyo universo jurídico se reduce al reglamento y a la ley

⁴⁶ Fix Zamudio, Héctor. (et. al) "La Constitución y su Defensa" (Ponencia general) en La Constitución y su Defensa. México D.F. . UNAM. 1984, p, 14

⁴⁷ Con esta expresión se alude a quienes constante y permanentemente ejercen el Derecho: porque lo enseñan, lo estudian, lo hacen su trabajo. su forma de vivir. He aquí los profesores de Derecho los estudiantes, los jueces, los abogados, y quienes colaboran con la administración de justicia, tales como los fiscales y defensores públicos,

⁴⁸ Guriérrez Castro, Gabriel Mauricio, Derecho Constitucional Salvadoreño. Catálogo de Jurisprudencia (2a. Ed.). San Salvador: Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, 1991. Prólogo (s. paginación).

(en ese orden) con ignorancia absoluta de la norma constitucional. Y así han prevalecido en nuestro medio una serie de pseudo-principios jurídicos que ruborizarían a los juristas de los países más adelantados que el nuestro, para ejemplo, el concepto de que la norma constitucional no obliga si la ley secundaria no la desarrolla, la convicción de que la llamada parte programática de la constitución no tiene más valor que el puramente literario y que por consiguiente tampoco obliga".

Parfraseando a García de Enterría⁴⁹, se puede decir que el fenómeno del desconocimiento de la jerarquía normativa de la Constitución es grave, porque la consolidación de nuestro Estado constitucional depende, en no pequeña medida, del desarrollo de la "cultura jurídica" a partir del dato primario de que la Constitución es Derecho; la "constitucionalización" de nuestro derecho significa una verdadera revolución cultural, en cuanto que altera casi radicalmente, los presupuestos gnoseológicos de los juristas... "Sin profesionales técnicamente preparados para cumplir con las exigencias jurídicas que la vigencia de la Constitución impone, es muy difícil que la Constitución "valga", es decir, que sea una norma aceptada, respetada y apreciada por los ciudadanos".

En razón de lo anterior se ha creído conveniente, primero, exponer brevemente las causas a que se atribuye el fenómeno, tanto en nuestro país, como en otros que por diversas circunstancias padecen o han padecido el fenómeno de la falta de operatividad práctica de las disposiciones constitucionales. El conocimiento de las causas contribuirá a la simultánea localización de las formas de superar los obstáculos. En el caso de este curso lo importante será localizar aquellas causas que tienen que ver con los operadores jurídicos, sean éstos abogados, jueces, profesores, estudiantes de Derecho, etc., pues cada quien -en muchos casos- mediante un esfuerzo personal puede contribuir a la solución del problema. En segundo término, y esto tiene que ver con lo que acaba decirse, se verá que una de las causas de la desvalorización constitucional reside en que se desconocen los principios, técnicas e instituciones del Derecho Constitucional, por lo que se ha considerado conveniente reforzar el conocimiento de estas materias.

El influjo del autoritarismo

En lo que se refiere a las causas del fenómeno⁵⁰ se ha dicho que generalmente él se presenta en aquellos países donde el régimen político es autoritario y se cuenta con una Constitución -en la ya citada expresión de Loewenstein- meramente semántica, es decir una Ley Fundamental cuyas normas tienen poca o casi ninguna relación con la realidad política del país que teóricamente rigen, siendo este divorcio entre norma y realidad deliberadamente buscado por los titulares del poder, quienes se ocultan bajo el disfraz o la máscara de la Constitución -sobre todo para imagen exterior-, de cuya exclusiva lectura se podrá pensar que rige en un país democrático, cuando en la realidad está sometido a una dictadura. '

En relación al autoritarismo, el autor citado⁵¹, en síntesis expone que el concepto de "autoritario" caracteriza una organización política en la cual un único detentador del poder -una sola persona o "dictador", una asamblea, un comité, una junta, un sector social o un partido- monopolizan el poder político sin que les sea posible a los destinatarios del poder una participación real en la formación de la voluntad estatal. El único detentador del poder impone a la comunidad su decisión política fundamental, esto es, la "dicta" a los destinatarios del poder. El término "autoritario" -explica- se refiere más a la estructura gubernamental que al orden social. En general el régimen autoritario -a diferencia del totalitarismo- 'se satisface con el control político del Estado sin pretender dominar la totalidad de la vida socioeconómica de la comunidad, o determinar su actitud espiritual de acuerdo con su propia imagen. Aclara que la exclusión de los destinatarios del poder de la participación en el proceso político no es incompatible con la existencia de otros órganos estatales como una Asamblea Legislativa o tribunales, junto al supremo detentador del poder. Pero es característico del régimen autoritario que estos órganos separados, o bien están sometidos al control total del único detentador del poder, o en caso de conflicto con éste están obligados a ceder. Un tipo de autoritarismo ha sido el llamado "neopresidencialismo", régimen político característico de Latinoamérica hasta el advenimiento de la actual restauración democrática de la última década, nombre con el cual se alude a un predominio fáctico del Órgano Ejecutivo sobre los restantes órganos del Estado, y se trata de un modelo para monopolizar la decisión política y su ejecución, sin someterse a controles políticos efectivos, y llevándose a cabo este ejercicio del poder bajo la apariencia de una legitimación democrática.

⁴⁹ Op. cit. p. 16.

⁵⁰ Sobre este tema y para el caso de: la tendencia que minimiza el influjo de los preceptos constitucionales en el Derecho de Familia. véase: Comisión Revisora de la Legislación» Salvadoreña. Anteproyecto de Código de Familia. San Salvador: Talleres de la Corte Suprema de Justicia. 1990. p. 29 Y sgts. De este trabajo se han tomado varios pasajes para el desarrollo del presente tema.

⁵¹ Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución (Reimpr. de la 2a. Ed.), Barcelona: Arie I. 1979. p. 76.

El problema más serio es que los preceptos constitucionales, en gran medida, apuntan a "actores jurídicos particularmente poderosos", que no obedecen siempre a las reglas establecidas y que, además, tienen a su cargo hacer cumplir las normas jurídicas en caso de violación.

Un indicador de la presencia de un régimen autoritario es que aunque la Constitución tiene previstos medios para controlar su cumplimiento y para preservarla, éstos no se usan o, al ser usados, son ineficaces.

Esta primera causa de la desvalorización práctica de la normativa de la Ley Suprema y ausencia de "espíritu constitucional", parece haber tenido significativa influencia en nuestro país. Resulta paradójico que después de haber contado con doce constituciones anteriores a la presente hasta ahora los salvadoreños -abogados o legos- empecemos a "descubrir" que contamos con una Constitución.

Hay un estudio por hacer y es el de la efectividad de los medios de defensa de la Constitución de la época anterior a la Constitución de 1983, en contraste con la que ha corrido con la entrada en vigencia de ésta hasta el presente. Sin embargo, hay unos hechos notorios: En la primera época, pese a que todas las constituciones contemplaban un procedimiento dificultado para su reforma todas ellas fueron modificadas, abrogadas o cambiadas totalmente sin observar el referido procedimiento pre-establecido. En el lapso que corre desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1950 hasta que se decretó la actual, únicamente hubo un tan sólo caso en que el Presidente de la República vetó una ley y aparentemente también sólo un juicio en el que un Juez se atrevió a no aplicar un precepto del Código de Instrucción Criminal que limitaban la duración de los alegatos de la vista pública. En ese mismo lapso -casi 33 años- se iniciaron únicamente 65 procesos de inconstitucionalidad, de los cuales la generalidad culminaron con sentencias desestimatorias, o simplemente nunca fueron resueltos. En contraste con lo anterior, en los siete años y medio que van de la entrada en vigencia de la actual Constitución hasta junio de 1991, se habían presentado 54 demandas de Inconstitucionalidad. Es decir que en el primer período se presentaba un promedio de dos demandas por año, y en el segundo de siete por año. Por otra parte, ha sido un lugar común la queja de los afectados sobre la inoperancia del hábeas corpus, en situaciones de crisis política, durante esa época.

No es preciso continuar con más ejemplos, para comprobar el efecto nocivo que el autoritarismo ha producido con la erosión del sentimiento constitucional en El Salvador. Los hechos anteriores validan la tesis de Manuel Aragón⁵², quien, categóricamente dice: "opino que sólo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder."

Causas de origen doctrinario

En adición a la anterior existen otras causas que han conducido a negar, en la práctica, a la Constitución valor normativo específico, inmediato y directo e invocable ante los juzgados y tribunales. Varias de ellas tienen o pretenden tener origen doctrinario.

Hay posiciones extremas que por lo menos en terma explícita afortunadamente no se han sostenido en nuestro país, pero que parecen orientar subconscientemente a algunos de nuestros operadores jurídicos, lo cual es lógico ya que en una parte de nuestra legislación vigente tradicional está inspirada en esta forma de pensamiento. El ejemplo típico es el de Reale⁵³, para quien el Código Civil es la Constitución del hombre común, es decir, de lo que hay de común entre los hombres, y desde este punto de vista el Código Civil, es en la realidad, la Constitución fundamental. Los postulantes de esta doctrina consideran que el Derecho Privado, cuyo arquetipo es el Código Civil, contiene las premisas filosóficas de toda la legislación. Según ellos el Derecho Civil tiene vocación tradicional de ofrecer modelos a otras disciplinas jurídicas y presenta un alto grado de acabamiento si se quiere, de perfección. Prueba de lo anterior, dicen, es que el sistema básico de Código Civil apenas ha variado en muchos países. Lo anterior contrasta notablemente con la situación constitucional. En menos de dos siglos varios países –y el nuestro sería un ejemplo típico– han decretado numerosas constituciones, mientras las instituciones fundamentales de los Código Civil, han soportado intactas todas esas turbulencias constitucional. Hay quienes

⁵² Op. cit. p. 25

⁵³ Cfr. Una síntesis del pensamiento de este autor en: Fosar Benloch, Enrique. Estudios de Derecho de Familia T.I.(La Constitución de 1978 y el derecho de Familia) . Barcelona; Bosh, 1981. p. 6.

han llegado a decir que las constituciones lo que recogen son principios políticos, los cuales usualmente vienen a ser letra muerta y en muchos casos encierran el peligro de que con su pretexto, se pongan los tribunales al servicio del partidismo. Por lo anterior, concluyen, es laudable la actitud de los tribunales que con prudencias han salvado instituciones de derecho Natural y principios “nacionales” contenidos en el Código Civil, negando eficacia a principios políticos incluidos en la Constitución, por no estar desarrollados o concretados en normas secundarias.

En primer lugar habrá que replicar que algunos de los razonamientos precedentes pueden ser valederos para ciertos países –usualmente de corte autoritario- o para cierta etapa de su historia, donde la Constitución ha sido letra muerta o se le ha modificado incesantemente, pero no para otros. Por otro lado, no se puede negar que las instituciones del Derecho Civil anteceden en varios siglos a muchas del derecho público, pero también es preciso reconocer que aquel ha experimentado transformaciones formidables en los países cuya cultura jurídica es desarrollada. Probablemente la ignorancia de tales cambios ha llevado a construir la tesis que comenta, el quietismo o inmutabilidad que se destaca puede incurrir en el lugar de origen de tales autores, pero no es un fenómeno universal. Ni siquiera entre nosotros esa inmutabilidad es valedera, pues por ejemplo, el Derecho de Familia, con toda la necesidad de reformar que ahora experimenta, es la rama de la enciclopedia jurídica salvadoreña que probablemente mas reformas y avances ha sufrido desde el siglo pasado a la fecha. Por otro lado, en El Salvador, el Código Civil tiene ahora un carácter residual derivado del hecho de haber sufrido sucesivos desgajamientos de partes suyas que ahora constituyen otras disciplinas jurídicas, como el Derecho Mercantil, el Laboral, el de Inquilinato, etc. que han obtenido autonomía científica, legislativa y docente.

El peligro de la politicidad de la justicia, cuando se pretende que los jueces apliquen directamente las normas constitucionales, y en general el tema de la politización de la justicia constitucional se discutirá más adelante, pero puede anticiparse que esa politización, o mejor dicho esa manipulación partidista, se ha dado allí donde a la Constitución no se le reconoce el rango del que debe gozar en el ordenamiento jurídico. Los países en los cuales los jueces y el Tribunal Constitucional asumen efectivamente la defensa de la Constitución, tienen de común denominador la circunstancia de que tal defensa se lleva a cabo mediante modelos argumentales jurídicos y no políticos y en ningún caso sometidos a esa política partidista.

Una causa que recurrentemente se ha señalado como importante del fenómeno que se comenta, es el escaso conocimiento de muchos de nuestros abogados en general del Derecho Público y sus principios y en particular del Derecho Constitucional. Una muestra de lo afirmado es el considerable número de demandas de amparo que se declaran Inadmisibles por intentarse la acción por asuntos de mera legalidad. En el pasado ello se explicaba por la mínima oportunidad de ejercicio profesional que ofrecían estas ramas del Derecho. Esta tradición amenaza todavía la explícita vocación normativa de nuestra Constitución vigente. Para el caso, en la generalidad de planes de estudio de nuestras Facultades o Escuelas de Derecho es patente la primacía cuantitativa del Derecho Privado sobre el Derecho Público.

Se dice que toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. La cultura jurídica tradicional, acostumbrada a la claridad, precisión y seguridad, típicas del Derecho Privado, experimentó una fuerte conmoción al contemplar el panorama de dudas e incertidumbres existentes en el Derecho Público.

Muchas de las constituciones contemporáneas, aparte de contener elementos estrictamente jurídicos, en numerosas declaraciones, programas de futura legislación y pactos políticos. Lo anterior ha conducido a la corriente jurídica tradicional a cuestionar, si no a negar abiertamente, la normatividad jurídico-positiva de las formulaciones constitucionales y a considerar/as como meros postulados programáticos dirigidos al legislador. Este – como se ha visto- es un planteamiento que amenaza la hermenéutica constitucional y consiste en ignorarle su carácter jurídico al enfatizar su significación

Otro factor que impide a la hermenéutica constitucional operar de acuerdo a su peculiaridad, es el de que muchos de nuestros abogados la abordan con los esquemas elaborados por la dogmática lusprivatista, lo cual parte de la comentada formación universitaria que han recibido y el campo predominante de su ejercicio profesional. Para agravar el panorama, claramente se advierte que ellos no se han puesto al día sobre las nuevas corrientes de interpretación del Derecho, ni siquiera del Derecho Privado, y de la hermenéutica tradicional apenas parecen conocer dos sistemas de interpretación: el gramatical, en lugar preponderante; y penosamente el histórico legislativo.

Antonio Enrique Pérez Luño⁵⁴, en relación a tales factores negativos expresa que "la tarea actual de cualquier teoría de la interpretación de la Constitución..." –debe plantearse- "...prioritariamente un doble empeño: de un lado, debe tratar de reivindicar el carácter jurídico de dicha actividad, frente a quienes la entienden como un puro proceso político supeditado a la fuerza determinante de los hechos; de otro, debe dar cumplida respuesta a los problemas específicos que implica la interpretación de la norma constitucional, para lo que precisa emanciparse de la metodología iusprivatista y afirmar su autonomía con la consiguiente elaboración de sus propias categorías metódicas".

¿Será preciso cambiar de sistema de control de constitucionalidad?

El desconocimiento del valor normativo de la Constitución por la generalidad de operadores jurídicos y particularmente por parte de los jueces, no es un fenómeno privativo de El Salvador. En primer lugar ha ocurrido en la generalidad de países latinoamericanos, tal como lo expone Humberto Quiroga Lavié⁵⁵: "América Latina se encuentra, en esta temática, urgida por una difícil situación: su modelo normativo constitucional predominante fue la Constitución de los Estados Unidos, pero la metodología de la aplicación jurídica no ha sido anglosajona sino romanista continental europea. Vale decir: en lo estático, Latinoamérica se dejó influir por el derecho anglosajón, pero en lo dinámico lo fue por el continental europeo (sabido es que mientras el sistema romanista es racional y conservador, el angloamericano es historicista, dialéctico y propicio al cambio

Mauro Cappelletti⁵⁶ aduce razones semejantes para explicar por qué ha sido preciso estructurar un modelo propio para ejercer el control judicial de la constitucionalidad en Europa continental. El dice que cualquiera hubiese pensado que, dado que en Estados Unidos de América existe desde 1803 un sistema bastante eficaz de control Jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, lo natural hubiese sido que los países europeos -que tardamente emprendieron esta tarea- adoptasen sin mayores esfuerzos de imaginación.

El expresa que aquel sistema es simple y racional en su teoría y en su práctica. Parte de la base de que la Constitución es la ley suprema del país. Ley por tanto superior a las leyes ordinarias; y por consiguiente, una ley contraria a la Constitución es simplemente *nula e inaplicable*, la práctica es que *cualquier juez* tiene el derecho, incluso el deber, de no aplicar una ley que considere contraria a la Constitución. Que incluso este sistema encarna un "derecho fundamental de resistencia", dado que todo Individuo, toda minada tiene el derecho de negarse a acatar reglas inconstitucionales, incluso legislativas, y de solicitar la protección de los jueces en el ejercicio de ese "derecho de resistencia." El autor citado se pregunta por qué no se adoptó en Europa continental ese sistema, tan simple y racional. A su juicio las razones son numerosas y entre las decisivas que aduce, transcribimos las que siguen: "Los jueces ordinarios de la Europa continental estaban ya mal preparados para el control de la administración; con mayor razón estaban mal equipados, intelectual y profesional mente, para esta tarea nueva y cuajada de desafíos: el control del legislador"... "su promoción depende más de su antigüedad y de su capacidad como "intérpretes" que de su dinamismo creador. Durante casi dos siglos, la ideología del "orden judicial" ha sido en efecto la del "fiel servidor". "boca de la ley", según la célebre definición de Montesquieu, más que de un poder que participa consciente y abiertamente en el proceso de formación y de modernización del derecho." ... "El juez continental europeo siente como misión la aplicación de la ley, no de su crítica.

"Además, -continúa- debemos mencionar aquí que existe una diferencia notable entre las leyes ordinarias (o la mayoría de éstas) y la ley constitucional. Sobre todo cuando ésta se refiere a los derechos fundamentales, la norma constitucional es inevitablemente más vaga, se funda en principios muy generales y sus valores político-filosóficos con frecuencia están poco definidos: así la libertad, la Igualdad, la Justicia social, etc. Estas "normas de valor" corren el riesgo de quedarse en letra muerta si se deja a los jueces ordinarios, anónimos y burocráticos, el cuidado de su aplicación y puesta en marcha."

Cappelletti refuerza sus argumentos con una experiencia histórica.¹ Refiere que "En Italia, de 1948 a 1956, se experimentó provisionalmente con el sistema "americano" de control de leyes, ..." y "durante esos ocho años (os Jueces italianos, sobre todo los de los tribunales superiores, estimaron que la mayor parte de: las normas constitucionales relativas a los derechos

⁵⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos. 1984. p. 253.

⁵⁵ Quiroga Lavié, Humberto. "Los Cambios Constitucionales a través de la Costumbre y la Jurisprudencia en Los Cambios Constitucionales. (Obra colectiva) México, D.F.: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977. pp. 109-110

⁵⁶ Cappelletti, Mauro. "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional" en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. (Obra colectiva). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. pp. 654 y sgts.

fundamentales eran puramente "programáticas", carentes de valor jurídico! Como escribió en 1955 el gran Jurista italiano, Piero Calamandrei, esos jueces trabajaron más para lograr que no se aplicase la Constitución que para conseguir su puesta en marcha. Obviamente, las normas constitucionales eran demasiado distintas de las leyes ordinarias que los Jueces italianos habían aprendido a aplicar a lo largo de su carrera."

Las citas anteriores brindan elementos de juicio para localizar las causas del mínimo funcionamiento de nuestro sistema de control de constitucionalidad: el cual, como se tendrá ocasión de comprobar, tiene muchos elementos en común con el norteamericano; pero no se está sugiriendo de entrada y sin mayor análisis que sea cambiado. Lo primero que debe hacerse es conocerlo. En segundo término habrá que verlo funcionar, pues tal como se expresó ha permanecido aletargado y no es posible partir de una base tan exigua de experiencia para sugerir cambios drásticos. Si ahora que recién ha empezado a tener vivencia efectiva, se le pretendiese cambiar abruptamente, se estaría contribuyendo a repetir un vicio recurrente en nuestro país y en varios de Latinoamérica, donde, como dice Quiroga Lavié. Cit. p. 110 "los pueblos de América Latina no han tenido tiempo suficiente para consolidar la Constitución que le proponían las normas."

En todo caso, aun cuando se cambiase a un sistema semejante al europeo, creándose un Tribunal Constitucional con competencia exclusiva para controlar la constitucionalidad de las leyes, no hay que olvidar que el derecho comparado no nos ofrece ahora ningún ejemplo de sistema "concentrado puro", y que los jueces no constitucionales u ordinarios, desempeñan el rol de *filtros* de las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantean al Tribunal especializado, lo cual no los exime de la necesidad de tener un conocimiento amplio de la materia constitucional.

1.2. Los fundamentos del valor normativo de la Constitución. Los principios constitucionales de mayor relevancia

1.2.1. Consideraciones previas

El propósito que se quiere conseguir con el estudio de este tema es comprobar que la Constitución –en sentido formal, tal como aclaramos- es una norma Jurídica. Que toda ella, sin excepciones, tiene valor normativo Inmediato y directo. Pero no sólo eso, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por último, que la vinculación normativa de los preceptos de la Constitución afectan a todas las personas y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Órgano Legislativo como mandatos o instrucciones que sólo a él corresponde desarrollar, y entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales.

En el presente apartado se abordará el problema desde la perspectiva doctrinaria y, para sistematizar el análisis, se ha creído conveniente enmarcar su estudio en el ámbito de los principios constitucionales de mayor significación. Hay que advertir que se considerarán los principios valederos para realidades constitucionales como la nuestra, donde la Constitución es escrita -mejor dicho codificada- y, a la vez, rígida. En el último apartado de este tema se analizará si tales principios han recibido consagración normativa en nuestra Constitución.

1.2.2. El principio de supremacía constitucional⁵⁷

La supremacía como categoría instrumental de la finalidad de la Constitución

De acuerdo al pensamiento de Loewenstein⁵⁸ la finalidad o "telos" de toda Constitución debe ser la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. La supremacía de la Constitución se legitima si está al servicio de esa finalidad constitucional, y con ello viene a ser una de las más características instituciones, de esa lucha de las personas por la tutela de los derechos humanos.

⁵⁷ Este tema puede ser ampliado en cualquier obra de Derecho Constitucional. Entre otros véanse:
Bidart Campos. German J. Manual de Derecho Constitucional Argentino (2a. Ed.) Buenos Aires: Ediar, 1981. pp. 55 Y sgts
Burgoa. Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano (2a. Ed.), México. D.F.: Porrúa. 1976. pp. 342 y sgts.
Hernández Valle. Rubén. Op. cit. pp. 123 y sgts.
Linares Quintana. Segundo V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional.1 (2a. Ed.) Buenos Aires. Plus Ultra. 1978. T. III. pp. 301 Y sgts.

⁵⁸ Op. cit. p. 15l.

En la actualidad, uno de los autores de habla castellana que más profunda atención han dedicado a la teoría del control en el Estado constitucional, es Manuel Aragón⁵⁹. Este autor sostiene⁶⁰ "que al margen de cualquier tipo de adjetivaciones, hablar de la Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un Instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se "realice", en expresión, bien conocida, de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución. Como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma." Y en el primero de tales ensayos⁶¹ postula que existe una pluralidad de conceptos de control, reflejo de las diversas formas que él asume en el Estado constitucional, pero que en todos ellos "late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control, en el Estado constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en general, atribuye Ely al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría."

La técnica adoptada por nuestro sistema jurídico, de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias o secundarias ya las demás normas del ordenamiento y más bien determinante de la validez de éstas, valor judicialmente tutelado, representa el tránsito de una a otra etapa en la historia reciente de la protección de los derechos humanos. Como se sabe, la primera fue el esfuerzo de los individuos para consagrar los derechos y libertades fundamentales por medio de la ley, a fin de ponerlos al abrigo de la arbitrariedad de su primer y natural enemigo: el monarca absoluto y omnipotente. Los parlamentos o cuerpos legislativos aparecen, en este momento histórico, como los celosos guardianes de la libertad.

Si habla Constitución ella era impuesta al monarca. Q se pactaba con él su aprobación y de allí en adelante él no la podía tocar, pero sí estaba a disposición del Parlamento. Blackstone⁶² expresa que según la doctrina inglesa de la "soberanía del Parlamento" éste "tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, interpretar cualquier ley ... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo; es por tanto, el verdadero soberano, esto es la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada".

Una segunda etapa, consistió en incorporar esos derechos fundamentales ya no a la ley, sino a una norma de superior jerarquía, la Constitución, de modo que quedasen por encima, no solamente de las autoridades ejecutivas, sino también de las cambiantes mayorías de los órganos parlamentarios. Algo que interesa mucho para los fines de este curso es el reparar que a partir de entonces, en sistemas como el nuestro, ya no es el Parlamento, sino el Juez, el protector de los derechos fundamentales, como órgano encargado de reconocer y asegurar la supremacía de la Constitución sobre la ley y el resto de normas del ordenamiento jurídico. De allí en adelante, en el orden interno, el Órgano Judicial es el guardián de la Constitución.

La tercera etapa, que está en vías de consolidación, consiste en el establecimiento de medios supraestatales de protección de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que estas tres etapas en la historia reciente de los derechos humanos, han generado cada una de ellas sistemas de protección diferentes, usualmente porque los precedentes, en un momento dado, se consideraron insuficientes; pero ello no los ha descalificado totalmente y su acción es ahora acumulativa y complementaria, no sustitutiva o excluyente.

Nuestra primera conclusión será que la supremacía de la Constitución resulta de la necesidad de limitación poder por el Derecho, que es inherentes derecho constitucional democrático y que el control es el vehículo a través del cual se hacen

⁵⁹ 58 Aragón, Manuel. "La interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional" en Revista Española de Derecho Constitucional. No. 17 Mayo-Agosto 1986. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp. 85 y sgts.: y, "El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución." en el No.19 Enero-Abril 1987. pp. 15 y sgts. de la misma revista.

⁶⁰ 2º de los artículos citados p.16

⁶¹ p. 88

⁶² Cit. Por García de Enterría. Ibid. p. 53

efectivas tales limitaciones. A continuación se expondrán otras consideraciones sobre este principio constitucional, que sólo pueden ser rectamente entendidas si previamente se conoce la finalidad del mismo en el Estado Democrático.

Supremacía constitucional y ordenamiento jurídico jerarquizado,

Tal como afirma Bindart Campos⁶³ "la supremacía constitucional supone una *gradación jerárquica* del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos, Los más altos subordinan a los inferiores, y todo en conjunto se debe subordinar a la .Constitución". Esta idea de estructura jerárquica ha permitido explicar el problema mediante la técnica metafórica -la pirámide jurídica, la estructura escaleriforme, el cimientto. etc.. Por tratarse de meras metáforas no debe extrañar que en algunos casos se hable de la norma superior como la cima o cúspide, de la cual pende todo el orden jurídico; y, en otros casos se la entienda como base, sustento o cimientto de tal orden.

Incidental mente apuntamos que la doctrina constitucional⁶⁴ se esfuerza ahora por dar respuestas válidas a preguntas como éstas: ¿Cuál es, desde un punto de vista jurídico, la razón de desde el principio de jerarquía normativa?; ¿Cuáles son los criterios jurídicos por los que se determina la existencia de una relación jerárquica entre normas jurídicas? Las investigaciones correspondientes han demostrado que un buen número de los criterios que se han utilizado hasta ahora, para dar razón a la jerarquía normativa, no son más que simples efectos o manifestaciones -nunca necesarias y, menos, razón suficiente- de tal jerarquía: que algunos de ellos, aparte de conducir a consecuencias absurdas, suministran ordenaciones jerárquicas que nada tienen que ver con las de los sistemas jurídicos empíricos y que otros pueden hacernos llegar a paradojas. Sin embargo, una profundización sobre este tópico -que por lo demás estimamos que conviene emprender entre nosotros- nos alejaría mucho del tema en examen, por lo que se procurará utilizar los criterios menos imperfectos y de mayor tradición histórica y nos concretamos a dejar señalada la necesidad de adentrarse en el conocimiento de esta labor crítica.

La fundamentalidad de la Constitución

Es usual vincular el principio de supremacía constitucional con la fundamentalidad de la Constitución. Es lo que hace Ignacio Burgoa en su obra que acaba de citarse y cuyo pensamiento resumimos. El dice que la fundamentalidad de la Constitución entraña que ella sea el ordenamiento básico de toda la estructura Jurídica estatal, es decir, el cimientto sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad. Expresa que, conforme a la concepción kelseniana, es la base de la pirámide normativa.

Significaciones de fundamentalidad constitucional. Relación entre fundamentalidad y supremacía

Luis Sánchez Agesta⁶⁵ considera que este carácter fundamental de la Constitución no tiene sólo una mera Importancia teórica para determinar su concepto. sino que se expresa en formas e instituciones jurídicas que regulan y desenvuelven este carácter. El atribuye al carácter de derecho fundamental que caracteriza a la Constitución tres significaciones:

- o La primera alude a la conexión inmediata con los factores reales del poder de un Estado, en cuyo carácter se apoya la efectividad de la misma y es la única garantía de su perdurabilidad. El admirable sentido anticipatorio que caracterizó a James Bryce ya había considerado esta última idea: "La estabilidad de cualquier Constitución depende no tanto de su forma como de las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen. Y la constitución se mantiene inalterable cuando se apoya en el equilibrio de estas fuerzas, siempre que se corresponda con él" ⁶⁶ .

En la medida que la Constitución es expresión de los factores reales de poder -dice Sánchez Agesta- expresa los valores vinculantes de una comunidad y establece y ordena la conexión de los órganos de poder con las instituciones y fuerzas efectivas del orden social.

⁶³ Op. cu. p. 55.

⁶⁴ 63 Por todos aro Ruiz Miguel. Alfonso. 'El Principio de Jerarquía Formativa.' en Revista E.spañola de Derecho Constitucional. No. 24. Sept..Dic .. 1988. Madrid: Centro de Estudios Consltitucionales. p. 135 Y sglS.

⁶⁵ Cit. p. Linares Quintana, Ibíd. p. 303 y sgts.

⁶⁶ Cit. p. Andueza Acuña. José Guillermo. "Los Cambios Constitucionales en América". en Los Cambios Constitucionales. Obra colectiva preparada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977. p. 10.

- o Una segunda significación alude a que en la Constitución se contienen el mínimo de elementos para que el orden jurídico pueda existir; en cuyo sentido vale tanto como esencial del orden, vinculándose el término a significaciones tales como importancia o principalidad. La presencia de esas decisiones y principios fundamentales en la Constitución es lo que justifica su supremacía. "Es suprema porque es fundamental" ha dicho Burgoa. Sánchez Agesta manifiesta que, siendo la Constitución la estructura esencial del orden, la tendencia a asegurar su estabilidad, como identidad del orden y salvaguarda de los principios que en ella se formulan, incita a establecer trabas y cortapisas a su transformación. Otra consecuencia de esta característica fundamental es la reforma de la Constitución sometida a un procedimiento específico de particular dificultad o prohibida por un espacio de tiempo. A veces Incluso se prohíbe la reforma de algunas instituciones establecidas por la Constitución. García de Enterría⁶⁷ coincide con este punto de vista, al decir que la Constitución es norma fundamental por varias razones, una de ellas es porque en la medida que la Ley Fundamental es la expresión de una intención fundacional, configurada ora de un sistema entero que en la misma se basa, tiene una pretensión de superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido, Esta idea determinó -prosigue- primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias, De allí se dedujo inicialmente -dice- la llamada "rigidez" de la norma constitucional, que le asegura una llamada "superlegalidad formal", que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios. Pero la Idea llevará también -añade- al reconocimiento de una "superlegalidad material", que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente, Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de la producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución expresa. En Un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda 'decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida. bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios. Sobre el tema de la estabilidad constitucional, que tan discutido ha sido recientemente, es conveniente tener en cuenta que el ordenamiento constitucional debe ser permanente, mas no inmutable. Esto lo explicó Hamilton en los albores del constitucionalismo, al decir que las normas fundamentales hay que protegerlas de esa "facilidad extrema que las hace demasiado variables, y de esa exagerada dificultad que perpetúa sus defectos"⁶⁸.
- o Finalmente, Sánchez Agesta considera, que una tercera significación del término fundamental está referida a su sentido genuino de cimiento o fundamento sobre el que se levanta alguna cosa. Orden fundamental-dice- quiere significar aquí que la Constitución es la base en que descansa el restante ordenamiento jurídico.

Consecuencias de la supremacía constitucional

Del principio de supremacía de la Constitución y de su aplicación en la práctica jurídica se derivan diversas consecuencias, algunas de las cuales ya han quedado señaladas. La mayoría de ellas son el fundamento jurídico dogmático de diversas Instituciones. A continuación se ofrece una síntesis de las que más frecuentemente cita la doctrina contemporánea:

- a. El control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales, que se impone a raíz de la necesidad de que la Constitución debe condicionar el ordenamiento jurídico en general;
- b. La imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de sus funciones competencias o facultades que la Constitución les ha atribuido;
- c. Que la legitimidad de la Constitución es incontrolable. porque no existe un poder superior al constituyente que le dio origen; no existe la posibilidad de declarar una "inconstitucionalidad de la Constitución". Este aserto se ha puesto en duda contemporáneamente en algunos países, como Alemania. Por otro lado. el Derecho Internacional pretende tener supremacía sobre el derecho doméstico. incluido el constitucional y si bien es cierto que en el orden Interno esta pretensión. por ahora es inviable. la violación de un tratado por una nueva Constitución de un Estado. puede acarrearle a éste responsabilidad internacional;

⁶⁷ Op. cu. p. 50.

⁶⁸ Citado por Valadés, Diego, 'Reforma Constitucional en <1 Sistema Mexicano' en Los Cambios Constitucionales. Cit. p. 194.

- d. Las disposiciones de la Constitución priman sobre todas las demás normas y consecuentemente. las leyes o actos con efectos generales dictados con anterioridad, quedan derogados, si se oponen a aquellas. Ignacio de Otto⁶⁹ llama *fuera activa* a la eficacia derogatoria que la norma superior tiene sobre la inferior. Esta consecuencia, aun cuando es derivación lógica del principio de supremacía constitucional, ha presentado no obstante graves dificultades de orden práctico, por lo que se le estudiará adelante por separado; y
- e. Las leyes o actos que entren en contradicción con la Constitución o que se dicten en contravención a lo que la misma dispone carecen de validez formal, siendo susceptibles de declararlos "nulos", "Inválidos", "ineficientes", "derogados". sobre la naturaleza de estas declaratorias existe también un problema todavía muy controvertido, por lo cual se usan todas las expresiones procedentes. Utilizando nuevamente la terminología de Ignacio de Otto⁷⁰ diremos que la resistencia o Inmunidad que la norma superior tiene frente a la Inferior y que consiste en la nulidad, Invalidez, etc, de ésta cuando contradiga a aquella, se denomina *fuera pasiva*. El concluye diciendo que dos normas tienen el mismo rango cuando pueden derogarse entre sí, esto es. Cuando tienen fuerza activa, pero no fuerza pasiva.

Consideración especial del control de constitucionalidad

De todas estas consecuencias nos interesa ahora hacer unas consideraciones adicionales sobre la primera de ellas, por la, relación que tiene con la función jurisdiccional y con los jueces. En esta perspectiva no se desconoce que la Constitución sea la piedra basal del ordenamiento, sino que a lo que se atenderá es a su condición de suprema, y por ser tal obliga normativamente a que las otras normaciones de rango inferior se ajusten a ella, so pena de reputarlas anticonstitucionales. Más que interesarnos la situación posicional de la Constitución, nos interesará ahora la condición que adquiere-y este es un aporte del constitucionalismo norteamericano- de convertirse en un parámetro, es decir, en la medida para determinar la legitimidad de las restantes normas y actos del ordenamiento jurídico. Esta perspectiva de la supremacía constitucional, la considera como una técnica jurídica concreta y consiste en plasmar en la Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las restantes normas.

Como se sabe, esta perspectiva del principio de la supremacía constitucional lo consagró, por vez primera en forma explícita, el Chief Justice John Marshall en la célebre sentencia de Marbury vs. Madison en 1803. No obstante ella tiene varios antecedentes que no es posible analizar ahora. Bástenos con citar uno de los más inmediatos: Alexander Hamilton propuso en "El Federalista" el tratamiento de la Constitución como una Ley Fundamental, que impone a los jueces una vinculación más fuerte" que la debida a las leyes, con lo que se reconoce a los tribunales la facultad y el deber de inaplicar leyes del Congreso en contradicción con ella. Entre otras cosas Hamilton escribió lo que sigue: "La Interpretación de las leyes -decía- es propia y peculiarmente de la Incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los Jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores: en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus-mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los Jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberían regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son"⁷¹.

La doctrina sentada por Marshall en el caso Marbury vs. Madison la resume Rubén Hernández Valle⁷² en la siguiente forma: "cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución Juez le queda una alternativa: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o bien se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley de Marchall optó por la segunda opción, que juzga "the very essence of judicial duty", pues de lo contrario las Constituciones escritas serian absurdos intentos de parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable"

⁶⁹ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 89

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Cit. p. Linares Quintana •. Ibid. p. 344.

⁷² Op. en. p. 125.

Condiciones para que la supremacía constitucional tenga efectividad práctica

Finalmente, se ha señalado que para que el principio de supremacía constitucional sea realmente operativo, no basta con que una Constitución se declare a sí misma como la norma suprema y que fije un determinado procedimiento para la creación de las diferentes normas. Es preciso, adicionalmente, que declare nulos, Ineficaces, carentes de valor, los actos contrarios a las prescripciones constitucionales y, finalmente, que establezca los procedimientos Idóneos para dejar sin valor tales actos irregulares.

1.2.3. El principio de regularidad jurídica⁷³

El orden jurídico como sistema

Kelsen llevó hasta sus últimas consecuencias y popularizó una concepción del orden jurídico. De acuerdo a esta tesis dicho orden tiene una estructura piramidal. Es decir que las normas de este orden se encuentran jerarquizadas. Hay unas de rango superior y otras de rango inferior. A semejanza de las gradas de una escalera. Adicionalmente, dicha estructura es un verdadero sistema. ya que los estratos de la estructura referida no sólo están superpuestos, sino que los vincula una relación dinámica. Kelsen sostuvo que cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción del Derecho, frente al grado inferior. y una reproducción o aplicación del Derecho ante el grado superior. Además expresó que en la norma de grado superior se establece qué órgano goza de la correspondiente competencia de producción normativa y en ella están las reglas de cómo debe elaborarse válidamente la de rango inferior. En algunos casos. Incluso, la norma superior prescribe lo que debe contener la de rango supraordinario, o lo que no debe contener. Por ejemplo. la Constitución indica quienes deben participar en el proceso de creación de la ley y fija los pasos precisos que deben seguirse para producirla. En algunas ocasiones dice con toda claridad lo que una ley debe contener. Y así sucesivamente; una ley nos dice lo que debe contener un contrato de seguro y qué se requiere para que se genere válidamente. Esta es la función de producción que realizan las normas superiores en relación a las inferiores. Por otro lado, las inferiores no pueden ser sino una reproducción o aplicación de las de más alta jerarquía. Un reglamento, para el caso, no puede otorgar derechos que la ley que desarrolla no confiera, ni atribuir competencia que aquella no haya contemplado.

En resumen. de acuerdo al pensamiento de Kelsen. la fundamentación de validez jurídica es una relación dinámica, consistentes en la determinación por parte de la norma superior de cómo se pueden producir las inferiores, señalando el órgano competente Y. en su caso, fijando el procedimiento que tal órgano debe seguir: es posible también, que la norma superior determine además, limitándolo, el contenido de la inferior. La relación de las normas inferiores respecto de las superiores constituye. Además, un proceso de concreción o especificación: De este modo. Las normas superiores son más generales que las inferiores. que deben ajustarse al marco de aquéllas concretándolo⁷⁴ . .

De acuerdo a la teoría Kelseniana. la Constitución es el principio supremo que determina por entero el orden estatal y esencia de la comunidad constituida por ese orden.

Formulación del principio de regularidad jurídica

El fenómeno de la regularidad jurídica, se puede definir como la relación de correspondencia y conformidad que debe existir entre un grado inferior y un superior del ordenamiento jurídico. Esta conformidad debe darse tanto en lo que respecta al cumplimiento de las reglas que la forma de rango superior fija para producir la de rango inferior, como en cuanto a las prescripciones que sobre el contenido de ésta en algunas ocasiones establece aquella. Este principio debe lógicamente cumplirse en todos los estratos, los cuales están, inmediata o mediatamente, subordinados a la Constitución, pues en alguna medida esos estratos constituyen etapas de aplicación del Derecho.

Por otra parte, si la Constitución es la fuente de las fuentes, en el sentido de que todos los órganos y procedimientos idóneos para crear Derecho están regulados por ella, es evidente, entonces, que las llamadas garantías de la Constitución no son sino garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a ella, es decir, esencialmente garantías de su constitucionalidad.

⁷³ En algunas partes del desarrollo de este lema se resume la exposición de Rubén Hernández Valle. Op. cit. pp. 126 Y sgts.

⁷⁴ Cfr. Ruiz Miguel. Alfonso. Op. cit. pp. 144.145

Este enfoque del principio de regularidad jurídica supera la visión meramente formalista de atender al cumplimiento de las reglas que tienen que ver con la producción de las normas.

De donde se deduce que las garantías de la Constitución no sólo constituyen un medio para tutelar su cumplimiento, sino además una forma de conseguir el ejercicio regular de las funciones estatales. Un operador jurídico importante para que el principio de regularidad jurídica tenga efectividad es el Tribunal Constitucional, como ha dicho Pablo Lucas Verdú⁷⁵, al ejercerse la justicia constitucional, se consigue que la conexión de los múltiples actos y manifestaciones de voluntad de los otros órganos del Estado se realicen de modo unitario, conforme al plan fijado por la Constitución y se le da vivencia a la fórmula política y los valores jurídicos contenidos en aquella. De esta manera, dice, cobran realidad los factores de integración que determinan el origen, existencia y desarrollo de la unidad política. En esto estriba -concluye- la esencia de la justicia constitucional, que la distingue de cualquier otra especie de justicia.

Significación precisa de la potestad de fijación de contenido normativo

Generalidades

Hay que tener en cuenta que el principio de regularidad jurídica no significa que las normas generales fijen de manera taxativa los contenidos de las menos generales y éstas las de las más concretas; lo cierto es que sólo en algunos casos existe fijación más o menos taxativa de esos contenidos. y que generalmente se usan técnicas para que quien va a aplicar la norma general. la acomode él una situación dada en un contexto y una época determinados, e incluso les permite, sea en forma particular o general, que fijen la norma que estimen más justa. En el caso de los jueces vemos un ejemplo de permisión particular cuando la ley les confía a ellos la determinación del plazo de las obligaciones que no lo tuvieren señalado por las partes. o cuando el plazo hubiese quedado a voluntad del deudor. El caso de permisión general para los jueces lo condiciona el principio de inexcusabilidad, según el cual los tribunales no podrán en ningún caso rehusar el fallo. Aplicación del mismo en el inciso 1o. del artículo 474 del C. Pn.: "El juez o funcionario administrativo que se negare a juzgar bajo cualquier pretexto, aunque fuere el de oscuridad. Insuficiencia, contradicción o silencio de la ley, será sancionado con prisión de seis meses a un año". Aun cuando haya lagunas en la ley el juez está obligado a dictar sentencia y en este caso que él está facultado por la misma ley para aplicar la regla que estime procedente. ¿Dónde la localiza? En muchas legislaciones se prescribe que deberá resolver según los principios generales del derecho. En nuestro país el Código Procesal Civil -que se aplica supletoriamente para otras materias- dispone en el artículo 421 que las sentencias definitivas "Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural". Puede verse este tipo de permisión para en lo laboral. en el artículo 418 del Código de Trabajo.

Las mutaciones constitucionales de orden normativo

Pero en materia constitucional los casos que mayor interés despiertan son los primeramente aludidos. o sea los de las técnicas empleadas para acomodar la Constitución y en determinados supuestos la ley. a una realidad cambiante. En ellos se comprueba que el principio de regularidad jurídica no supone que en todo caso el estrato superior del ordenamiento disponga taxativamente lo que deberá contener el inferior. El primer ejemplo sucede por el fenómeno de que las normas constitucionales no pueden -ni deben- regular en detalle toda la materia constitucional, por lo que necesariamente ocurre que de manera frecuente deben apoyarse en las normas legislativas ordinarias. En tales casos, las normas legislativas, expedidas o reformadas a gran distancia de tiempo de la formulación de la Constitución y por tanto, a instancia de fuerzas sociopolíticas que suelen ser notablemente diversas de las existentes cuando se dictó la Ley Fundamental, pueden llegar a cambiar muy sensiblemente el contenido y alcances de las normas constitucionales, sin que el texto de las disposiciones afectadas experimente cambio alguno. Este es un ejemplo de las llamadas "mutaciones constitucionales", Aquí no hay oposición formal entre lo que dispone la Constitución y lo que expresa la ley que la ejecuta, ya que aquella remitió a ésta la normación de los detalles: y aun cuando hay aplicación del principio de regularidad jurídica, el constituyente permite al legislador ordinario determinar, con una buena dosis de libertad, el contenido de las normas que aplican la Constitución. En

⁷⁵ Verdú. Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Vol. 11(3a. Ed.), 1981. p. 692.

nuestra Constitución encontramos un buen número de ejemplos -expresos o tácitos, de aplicación de esta técnica. Veamos uno solo. El ordinal 2o. del artículo 72 Cn. dice que uno de los derechos políticos del ciudadano es "2o. Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e Ingresar a los ya constituidos;". Esta disposición por un lado, permite al legislador acomodar la norma constitucional a la realidad. Por ejemplo, en una legislación inicial, tomando en cuenta el número de habitantes, se puede fijar un determinado número de firmas de ciudadanos para constituir un partido político, pero más adelante, al comprobarse que ha habido un incremento poblacional 'y consecuentemente de ciudadanos, considerable, se puede modificar la ley para exigir mayor número de firmas. En otra perspectiva, si lo que el legislador quiere es impedir el fenómeno del mini partidismo puede exigir un número considerable de firmas para que se constituyan partidos; o si por el contrario, quiere conceder participación política a las minorías, optará por exigir un número exiguo de firmas, es decir que puede ampliar o restringir el alcance de este derecho político. En todos estos supuestos el texto literal de la disposición no experimenta reforma alguna, Cabe advertir que el poder del legislador no es ilimitado y que algunas constituciones se han cuidado de sentar reglas muy precisas al respecto, como la de que nunca la ley de desarrollo puede alterar el contenido esencial del derecho constitucional de que se trate, o hacerlo nugatorio.

Las mutaciones de orden jurisdiccional y los conceptos jurídicos indeterminados.

Antecedentes

El otro ejemplo a considerar nos interesa especialmente porque no sólo se refiere a los legisladores, sino que también a los jueces. Ocurre que las leyes y en gran medida la Constitución incluyen conceptos indeterminados, normas abiertas, cláusulas supuestamente vagas, normas Imprecisas. En la Constitución es explicable que sea así porque por su propia naturaleza ella es extremadamente concentrada, breve en su extensión, y sin embargo con la pretensión de ser la base y el cimiento de todo el orden jurídico. Ejemplos de tales conceptos Indeterminados en la Constitución serían "democracia", "orden público", "seguridad jurídica", "justicia", "bien común", "vida", "bienestar económico", "igualdad", "familia", "libertad de contratar", "intimidación familiar", "graves perturbaciones del orden público", "pronta y cumplida justicia", "libertad económica", "Interés social", "campesino", "agricultores en pequeño", "pluralista", "moralidad e Instrucción notorias", etc.

Conceptos jurídicos determinados y conceptos jurídicos indeterminados

Repetimos que el fenómeno no es privativo del Derecho Constitucional y para el caso podemos comprobar que ha sido considerado en el Derecho Administrativo⁷⁶ Los autores que se han citado explican que por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa o inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se alcanza a los veintiún años; el término para apelar de toda sentencia será de tres días: la jubilación debe concederse cuando el funcionario cumpla setenta años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite duda alguna en cuanto ad ámbito material en que tales conceptos se refieren; siempre y cuando, claro está, si se ha precisado por la ley el modo del, cómputo y se ha efectuado la prueba correspondiente. De paso hay que advertir que la Constitución no sólo contiene conceptos jurídicos Indeterminados, sino también normas bien precisas, "concentradas" o conceptos jurídicos determinados, como por ejemplo "Son ciudadanos todos los salvadoreños mayores de dieciocho años" (artículo 71 Cn.); "Los límites del territorio nacional son los siguientes: AL PONIENTE con la República de Guatemala, de conformidad a lo establecido en el Tratado de Límites Territoriales, celebrado en Guatemala, el 9 de abril de 1938." (primera parte del 5o. inc. Del artículo 84 Cn.).

A diferencia de lo que ocurre con los conceptos jurídicos determinados, donde tanto el legislador ordinario como el constituyente no hacen dejación de su poder de especificación normativa, que les permite el principio de regularidad jurídica, con la técnica del concepto jurídico indeterminado -nos continúan explicando los autores citados- se hace referencia a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante es claro que Intentan delimitar un supuesto concreto. Ya hemos ofrecido ejemplos de tales conceptos en la Ley Suprema, en la ley

⁷⁶ Véase: García de En ter ría, Eduardo y Fernández, Tomás RamÓil. Curso de Derecho Administrativo. Vol. 1, 4a. Ed. Madrid: Civitas, 1988. pp. 433 Ysgrs.

secundaria lo serían: "buena fe"; "Incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones"; "justo precio"; "conducta de un buen padre de familia", etc. La norma no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque ellos no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la Indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de su aplicación. Para el caso de la ley secundaria vemos que ella utiliza conceptos de experiencia (Incapacidad para el ejercicio de sus funciones. premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, probidad), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos incluidos en las leyes ordinarias, a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Esto –concluyen dichos tratadistas-, es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una Indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso.

Manejo operativo de los conceptos jurídicos indeterminados

Si de acuerdo a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, ante un supuesto de hecho siempre hay una única respuesta correcta y por tal justa ¿Cómo se debe proceder para localizarla? No es uno de los objetivos de este trabajo ahondar en el asunto, y lo que se sugiere a quienes no dominen estas técnicas, que son útiles para cualquier clase de Juez y no sólo para el Juez constitucional, es estudiarlas por separado. Muy superficialmente y con base en un símil que hoy puede ser más comprensible por la actualidad que cobró recientemente el tema de los eclipses, en relación a los cuales se distingue el foco de luz, el área de penumbra (penumbra = casi sombra) y el cono de sombra, la doctrina, particularmente del Derecho Administrativo, considera que los conceptos jurídicos indeterminados contienen una zona de certeza, una zona de incertidumbre y una zona de certeza negativa. Además existe otro postulado básico de la doctrina de los conceptos jurídicos Indeterminados legales: el de que la aplicación de la ley debe ser la más legal -valga la redundancia- o De entre dos opciones se debe seguir la que más se ajuste a la legalidad, y en este caso la que más se ajusta al respectivo concepto jurídico Indeterminado. Si existen dos o más opciones y ambas están en la penumbra, una forzosamente cae mejor que la otra bajo el halo del concepto jurídico indeterminado, y esa opción pasa a formar parte del círculo de certeza. Expliquemos lo anterior con un ejemplo. Supongamos que el Código de Trabajo estableciese que el patrono, entre otros riesgos profesionales, debe responder por la Incapacidad permanente del trabajador; y supongamos, también, que dicho Código no Incluya la prolija regulación sobre la materia que aparece en los artículos 324 y siguientes del mismo. Si en tal supuesto un Juez de lo Laboral tuviese que sentenciar un caso de accidente de tránsito, de un vehículo de propiedad de una sociedad que se dedicase al servicio de transportes, en el que se conducían, en el desempeño de sus labores, trabajadores de aquella, habría casos en los que no tendría problema alguno para fallar. En primer lugar, los que claramente estuviesen en la zona de certeza: por ejemplo, si uno de los trabajadores, a raíz del accidente, hubiese resultado cuadrupléjico. Ante este caso, en el que se habría producido una incapacidad permanente total, es decir la pérdida absoluta de facultades o de aptitudes que imposibilitan a un individuo para desempeñar cualquier trabajo, por el resto de su vida, no le cabría duda al juez de que el mismo está comprendido en el concepto legal. Tampoco tendría problema con los trabajadores que resultaren ilesos, ellos estarían en la zona de certeza negativa del concepto. Los casos que estarían en la incertidumbre o de penumbra serían, por ejemplo, el de un trabajador para el cual la incapacidad resultante fuese absoluta para el ejercicio de su profesión habitual, aunque quedase hábil para dedicarse a otro trabajo. O el de aquel que en opinión de los expertos puede ser rehabilitado. ¿Hasta cuándo habría que esperar que hubiese cesado la incapacidad para seguir considerando que es temporal y no permanente? Como se ha 'dicho, el propósito aquí no es llegar a las soluciones, sino únicamente despertar interés sobre el tópico, por ello no continuamos con el tema de los conceptos jurídicos indeterminados en relación a la ley secundaria. Únicamente se quiere insistir en que se repare que no sólo la Constitución incluye este tipo de conceptos, sino también la ley secundaria.

Conceptos jurídicos indeterminados constitucionales

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados legales es igualmente aplicable a la interpretación de los conceptos jurídicos Indeterminados constitucionales, pero el tratamiento de los segundos es más problemático que el de los primeros, que ya es de suyo complejo. Hay algunos aspectos de los conceptos jurídicos Indeterminados que son comunes tanto para los legales, como para los constitucionales. Uno de ellos sería el de su Justificación ¿Por qué se usan y no se prefiere llegar

a fórmulas más detalladas En el caso de la Constitución, por su propia naturaleza -breve, básica, con pretensiones de fundamentación de todo el ordenamiento jurídico- no se puede dejar de usar conceptos abiertos: pero la verdadera razón, o la de mayor trascendencia, estriba en que esas fórmulas supuestamente vagas están perfectamente intencionadas y cargadas de sentido. Lo que ocurre es que, de propósito, la técnica legislativa constituyente prefiere el uso de "conceptos abiertos, entendidos en la perspectiva de Ronald Dworkin⁷⁷ como "un estándar valorativo abstracto que corresponde a los destinatarios rellenar en cada aplicación". Ellos se diferencian, según este mismo autor, de las "concepciones", las cuales son concretas y referentes a una realidad perfectamente señalada e identificada desde el momento en que se formulan. Con un ejemplo de la vida ordinaria que se acomoda a los ofrecidos por Dworkin se puede comprender tal distinción. Si yo les digo a mis hijos que por las noches siempre deben llegar temprano a casa, es seguro que yo puedo pensar en ese momento como "temprano" a las 9 de la noche; pero yo no opto por imponerles mi "sentido" particular sobre este asunto, por dos razones: Primero, porque espero que mis hijos apliquen mis instrucciones a situaciones que yo no he pensado ni he podido pensar, por ejemplo que se hubiese impuesto un "toque de queda" a partir de las 5 de la tarde. Segundo, porque estoy dispuesto a admitir que algún acto particular que yo había considerado correcto en el momento en el que yo hablo fuese de hecho incorrecto -mi hijo llega a las 9 de la noche, pero estaba comprometido a traerle un medicamento urgente a su madre enferma, a las 6 de la tarde-; o viceversa, si uno de mis hijos es capaz de convencerme de ello -llegó a la una de la mañana porque estuvo preparando un reporte académico con su grupo de estudio; en este caso yo quería decir que mis instrucciones cubren el caso que él cita, no que he cambiado mis Instrucciones. Lo que intento es que mis hijos sean guiados por el "concepto" de corrección en materia de la hora de llegar a casa, no por la específica concepción que yo tuve en mente cuando di las instrucciones.

Pues bien, ésta es la técnica que usa la Constitución. No se trata de imponer la concepción que se tuvo de "igualdad" cuando se dictó nuestra primera Constitución, por ejemplo; sino que ella carga a quienes deben aplicar el principio, de la responsabilidad de desarrollar y aplicar sus propias concepciones y las de su época, con ocasión del caso controvertido. Esto no es igual a confiarles la libertad de actuar como quieran, pues se les propone un standard valorativo abstracto, que ellos deben rellenar en cada aplicación. Por eso no es adecuado llamar "vagas" en sentido peyorativo, a estas cláusulas. El juez Hufstедler⁷⁸ ha dicho que no es con ironía que él llamaba a los términos de las enmiendas que incorporaron a la Constitución norteamericana la declaración de derechos fundamentales, "ambigüedades gloriosas pues "La naturaleza Inasible de su substancia ha hecho posible la determinación y la redeterminación de la doctrina constitucional de manera que se satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. Mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva".

En lo que respecta a la mayor dificultad de manejo de los conceptos jurídicos indeterminados constitucionales seguimos para exponerla a Enrique Alonso García ⁷⁹ El expresa que cuando quien formula la norma Indeterminada es el legislador ordinario, Su determinación corresponde exclusivamente al Juez. Cuando quien la formula es el poder constituyente su especificación corresponde tanto al Órgano Legislativo, como al Juez constitucional -en nuestro caso principalmente a la Sala de lo Constitucional que efectúa la determinación jurisdiccional definitiva o última-. Como sabemos, el legislador basado en el principio de regularidad jurídica, puede determinar de manera muy precisa lo que en un supuesto determinado debe contener la sentencia del Juez, pero en ciertos casos, por medio de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, hace dejación de aquel poder de especificación normativa y lo deja en manos del órgano encargado de aplicar la ley por sentencia. Cuando quien configura el concepto jurídico indeterminado. es el poder constituyente, y el sistema político es pluralista -como el nuestro, según la 1a. parte de 120. inc. del artículo 85 Cn. - la facultad de especificarlos no corresponde sólo a los tribunales -específicamente a la Sala de lo Constitucional-, sino también al Órgano Legislativo y mediamente al pueblo que, a través de sus representantes legítimos, tiene libertad de opción, pues en ello consiste el pluralismo en materia jurídica. La indeterminación del concepto en este caso habilita al juez para' desarrollar jurídicamente una especificación correcta, pero también habilita al legislador para optar por otras especificaciones. Ello significa que la justicia constitucional sólo defiende la zona de certeza no la sombra de penumbra. Como ha dicho el Tribunal Constitucional español, en un sistema de pluralismo político, la función del juez constitucional es, en el supuesto de conceptos jurídicos indeterminados, fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas

⁷⁷ Cit. p. García de Enterría. pgs. 226 y sgts. de La Constitución como Norma Jurídica...Cit.

⁷⁸ Cit. p. García de Enterría, *Ibid*, nota anterior.

⁷⁹ García. Enrique Alonso. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. pp. 26-28 y 116-131

opciones, pues en términos generales resulta claro que la existencia de una sola opción es la negativa del pluralismo. La interpretación del juez constitucional no puede ser tal que anule el carácter democrático y pluralista del sistema política previsto en la Constitución. El autor últimamente citado dice que la función del Juez constitucional consiste en interpretar el texto del constituyente, no en anular el poder constituido. Hay que tener en cuenta que a principio de la década de los años 80, tanto el profesor de Harvard John H. Ely, como el jurista germano Peter Haeberle, vinieron a concluir que lo sustancial de los valores constitucionales "sería definir un espacio abierto Que haga posible el luego de las posibles alternativas que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria⁸⁰, lo que se ha llamado "principio esperanza." Esta forma de pensamiento coloca en la cúspide de los valores constitucionales al pluralismo y a la democracia. Según ella los valores materiales que la sociedad necesita destacar e imponer corresponde elegirlos al legislador ordinario, y otra cosa sería bloquear el desarrollo de una sociedad libre y cambiante. Los jueces deben limitarse a limpiar los conductos y a mantener en orden los mecanismos por los cuales el sistema intenta asegurar que los representantes representen efectivamente. Para explicar el papel del Juez según esta doctrina, García de Enterría⁸¹ usa la analogía sobre el papel del árbitro: "el árbitro interviene sólo cuando uno de los equipos está adquiriendo ventajas desleales, no porque el equipo "malo" esté ganando".

Se ha creído conveniente ampliar un tanto el tema de estas dos técnicas –las mutaciones constitucionales de orden normativo y la Interpretación de los conceptos Jurídicos indeterminados constitucionales- porque las mismas, en combinación con otro tipo de actividades y medidas, pueden ayudar en nuestro país a conseguir una especie de quimera: lograr que el cambio social pueda penetrar en el sistema político sin destruir sus bases fundamentales; es decir, conciliar la necesidad de cambiar la Constitución y realizar el valor seguridad, el cual, juntamente con la justicia en todas sus variedades y el bien común, deben orientar a todo derecho y muy particularmente al constitucional salvadoreño.

1.2.4. El principio de imperatividad constitucional

1.2.4.1. Formulación del principio

Otro principio capital, denominado imperatividad constitucional, es que la Constitución tiene operatividad inmediata; que establece una vinculación automática, desde que ella entra en vigencia, para gobernantes y gobernados. Ella tiene un valor normativo inmediato y directo, que no se limita al Órgano Legislativo, sino que a todos los demás. Dicho en otros términos: todas las normas constitucionales vinculan a todos los magistrados y jueces y sujetos públicos y privados. Este principio nos hace evocar la conocida frase de Sieyes: "Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada."

De conformidad al mismo principio de imperatividad constitucional que postula el valor normativo de todas las normas constitucionales para toda persona pública o privada. es inaceptable la postura -más política que jurídica- de aquellos que sólo invocan a la Constitución cuando un interés propio les resulta afectado, pero se olvidan de la misma para afectar intereses ajenos; o de los que sólo reclaman eficacia para unas partes de la Constitución y no para otras; o los que, 'en suma, tácitamente proclaman una eficacia selectiva, si no oportunista de la Ley Suprema.

1.2.4.2 Condicionamiento del principio por el sistema de control de constitucionalidad que rige en cada país

Como ya se sabe, existen diversos sistemas de control de constitucionalidad. Este tema se ha desarrollado teniendo como presupuesto el sistema que rige en El Salvador, para el cual, como se verá en el apartado 1.3, son valederos los postulados y conclusiones teóricos y doctrinarios que se están sentando en relación a los principios doctrinarios de mayor significación. Para que se comprenda la validez de la información que encabeza este sub-tema se considerará el sistema quizás más opuesto al nuestro.

En la Europa continental la recepción de la justicia constitucional tiene lugar hasta la post-guerra de 1919. Dentro de los sistemas que aparecieron en tal época el más importante y con variaciones será acogido generalmente en ese ámbito geográfico, es el austriaco o "concentrado"⁸² que fue obra personal de Hans Kelsen; sistema expresado por vez primera en

⁸⁰ García de Enterría. La Constitución como Norma Cit p. 101.

⁸¹ *Ibid*, pg. 220.

⁸² Para la exposición del sistema concentrado se sigue casi literalmente a García de Enterría. La Constitución como Norma.... pp. 56 y sgts.

la Constitución austriaca de 1920, que se perfecciona con la reforma de 1929, pero nosotros consideraremos la versión original o "sistema concentrado puro".

El sistema austriaco-kelseniano difiere del sistema americano como ha quedado anticipado por Hamilton y Marshall. Frente al llamado "control difuso" americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes, cuando las juzguen contrarias a la Constitución, el sistema kelseniano configura un "control concentrado", confiado a un solo Tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de cualquier disposición de carácter general y al cual habrán de dirigirse los tribunales que estén en trance de aplicar dicha disposición, los cuales, de este modo, carecen de poder de inaplicar las leyes Inconstitucionales por sí mismos. Pero esta variante organizatoria esconde una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica. Este sistema se configura como una función que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen de "legislación negativa".

El Tribunal Constitucional no resuelve el conflicto concreto que es conocido por el tribunal de origen, sino sólo el problema abstracto de compatibilidad lógica entre norma cuestionada y Constitución. Según Kelsen hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la ley inconstitucional ella es válida, como cuando se deroga una ley, lo cual justifica que los jueces y tribunales ordinarios no pueden inaplicarla, no se trata de un vicio de nulidad de la ley inconstitucional, sino de una mera anulabilidad. De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competir con el Parlamento, termina siendo su complemento lógico, pues actúa como un "legislador negativo". Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el "legislador positivo"; otro, el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las leyes que no respetan al marco constitucional. El juicio que el Tribunal Constitucional se reserva, de eliminar las leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y ley. Lo esencial aquí es que la invalidez de la ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del "legislador negativo", Los tribunales ordinarios están sólo vinculados a las leyes y a las decisiones del Tribunal Constitucional –legislador negativo, no a la Constitución. Esta última no es, pues, una norma verdaderamente justiciable.

Algunos comentaristas de nuestro sistema para negarle valor normativo a la Constitución se fundamentan en estas ideas kelsenianas, las cuales no tienen aplicación en El Salvador donde, se pasará a demostrar, nuestra Ley Fundamental es explícita en reconocerse a sí misma un valor normativo y directo que, sin perjuicio del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes con carácter general atribuido a la Sala de lo Constitucional, afecta a todos los poderes públicos ya todas las personas y, que por tanto, necesariamente, es aplicable efectivamente, por todos los tribunales y juzgados.'

1.2.4.3. Principio de imperatividad constitucional y tipos de normas: normas preceptivas u operativas y normas programáticas o directivas

El principio de imperatividad jurídica está íntimamente ligado con la función normativa de la Constitución, es decir, el relativo a la eficacia de sus normas. ¿Son todas ellas verdaderas normas jurídicas o algunas carecen de fuerza normativa? En relación a lo dicho, una doctrina tradicional que ahora ha sido revisada ha tratado de diferenciar entre normas constitucionales directivas o programáticas y normas preceptivas u operativas

Las normas constitucionales preceptivas u operativas son verdaderas normas jurídicas, cuentan con el elemento de la coercibilidad, no suponen desarrollo legislativo Y vinculan en forma directa o inmediata ~ los miembros de la colectividad, gobernantes y gobernados. La generalidad de las mismas pueden ser aplicadas por los jueces desde el momento mismo en que la Constitución entra en vigencia; pero puede haberlas de aplicación diferida, es decir las que tienen asignado un plazo por la misma Ley Fundamental para entrar en vigencia, y de aplicación condicionada.

La concepción de las normas directivas o programáticas no es uniforme. Para unos autores ellas son las normas constitucionales que contienen principios particularmente abstractos y generales. Otros sostienen que son normas incompletas en el sentido de que carecen de todos los requisitos indispensables para operar como obligatorias; por ejemplo, les falta el desarrollo legislativo necesario para que puedan funcionar. Otro sector de la doctrina estima que constituyen

recomendaciones sobre una determinada dirección político legislativa, usualmente relacionada con los llamados derechos sociales, económicos y culturales. Finalmente, otro criterio es el de los destinatarios. Estas normas, se dice, se refieren exclusivamente a unos determinados sujetos: los legisladores. Por este motivo sólo pueden aparecer en la Constitución. Ellas prohíben, condicionan o imponen, ya sea en la forma o en el fondo, una determinada actividad al legislador. Por esto se les llama también normas de legislación. Ellas no son susceptibles de aplicación judicial directa, es decir que no sirven para resolver controversias concretas sometidas a los tribunales.

La doctrina dominante contemporánea expresa que todas las normas constitucionales son preceptivas, aunque sean susceptibles de ser divididas en normas de legislación, normas no susceptibles de aplicación judicial y normas de aplicación diferida o condicionada.

Lo que importa ahora es destacar -y en esto se retorna a García de Enterría⁸³- es que tanto la Sala de lo Constitucional al enjuiciar las leyes, como también en el ejercicio de sus restantes competencias, como los otros tribunales y juzgados, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como se ha visto, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación. Esto suscitará problemas interpretativos, pero en ningún caso podrá concluirse en su falta de carácter normativo. Quien se adentre en las técnicas propias de la hermenéutica constitucional encontrar, por ejemplo, que ya se han desarrollado técnicas especiales para la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados tan numerosos en el texto de la Constitución. Este tema será ampliado más adelante.

La conclusión es que no existen en la Constitución declaraciones que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico que dicho valor en cuanto a sus efectos. Para el caso en ciertas materias, la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión en cualquier clase de proceso, sin necesidad de ningún tipo de desarrollo legislativo. Hay varias de ellas en materia de derechos individuales. Por ejemplo, "Todas las personas son iguales ante la ley" (artículo 3). También se acepta que la parte orgánica de la Constitución es vinculante para los órganos constitucionales por ella diseñados, tanto para su formación como para sus competencias y funcionamiento. Para el caso. La prohibición contenida en el artículo 1.27Cn. según la cual no podrán ser candidatos a diputados: "2o. Los que hubiesen administrado o manejado fondos públicos, mientras no obtengan el finiquito de sus cuentas"; es de aplicación inmediata o la fracción 32a. del artículo 131 ha permitido a la Asamblea Legislativa nombrar Comisiones especiales de investigación, con las facultades que este precepto contempla, aunque el Reglamento Interno de la Asamblea no das ha previsto.

Sin embargo, hay otras materias donde la aplicación directa parece ser más problemática. Veámoslo con un ejemplo. El artículo 38 Cn. expresa que el trabajo estará regulado por un Código y que el mismo deberá incluir especialmente unos derechos que dicha disposición constitucional detalla. La Constitución de 1950 contenía una disposición semejante (el artículo 183) y ocurrió que durante toda su época de vigencia no fue dictado; la Constitución de 1962 incluyó un artículo (el 182), pero, además fijó un plazo de un año a contar de la vigencia de ella, para que tal cuerpo normativo fuese decretado, plazo que prácticamente fue cumplido. En todo ese lapso existía una legislación secundaria dispersa que regulaba la materia laboral. ¿Qué habría ocurrido si ante un juez laboral -que por cierto tampoco los habla- se hubiese presentado un conflicto para cuya resolución se podía aplicar una de esas leyes secundarias, de acuerdo a la cual en una misma empresa o establecimiento y en idénticas circunstancias, a trabajo igual podía corresponder remuneración desigual al trabajador, pese a que la Constitución, en el apartado 1º. del artículo citado, prescribe que en el Código que se detalla se deberá reconocer que debe corresponderle igual remuneración, cualquiera que sea su sexo, raza, credo o nacionalidad? De conformidad a la doctrina que niega a estas disposiciones constitucionales valor normativo, el juez, entretanto no se decretaba el Código de Trabajo, debía aplicar la legislación preconstitucional. De conformidad al principio de imperatividad constitucional, por la mera circunstancia de haber entrado en vigencia la Constitución y atendiendo a los criterios de temporalidad y jerarquía, la norma secundaria que negaba el referido derecho constitucional laboral habría quedado por un lado, derogada. y por el otro, carente de validez por ser inconstitucional. En consecuencia, la obligación del juez era la de no

⁸³ La Constitución como norma Cit. pp. 68 y sgts, y pgs. 97 y sgts

aplicar esa norma secundaria y preferir la constitucional, abstracción hecha de que-no se hubiese dictado el Código, que, por lo demás, para este caso concreto en nada era necesario para aplicar directamente el precepto constitucional.

Por otro lado, si antes de dictarse el Código se decretase una ley secundaria que prohibiese la indemnización a un trabajador que hubiese sido despedido sin causa justificada por su patrono -desconociendo así el derecho que el mismo artículo que nos sirve de ejemplo reconoce al trabajador en su ordinal 11o.- tal ley debería haber sido declarada inconstitucional, sin que importase en manera alguna que el Código, donde se suponía que se incorporaría tal derecho, no hubiese entrado en vigencia.

El Tribunal Constitucional español, ante situaciones semejantes, ha sentado ya una jurisprudencia uniforme, uno de cuyos ejemplos sería el siguiente: "Por lo demás debe señalarse que la reserva de ley que efectúa en este punto el art. 105 de la norma fundamental no tiene significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que, en todo caso, sus principios son de aplicación inmediata"⁸⁴

Así como los expuestos hay otros ejemplos, algunos muchos más complejos y tal como se ha dicho habrá que resolver caso por caso, para determinar el grado de eficacia de la respectiva disposición. Un aspecto que amerita estudio separado y que no se aborda por no referirse específicamente a la actividad de los jueces, es el de qué hacer, desde el punto de vista exclusivamente jurídico, con situaciones de mora legislativa como la que ocurrió con el caso del Código de Trabajo. Es decir, si existía una verdadera norma jurídica que obligaba al legislador a dictar ese Código y él no lo hizo ¿Cómo se le podría obligar a cumplir con tal obligación?

1.2.4.4 Valores y principios constitucionales e imperatividad constitucional

Consideraciones previas

Finalmente, cabe considerar un problema arduo vinculado al principio de imperatividad constitucional y es el de los valores y principios constitucionales y su eficacia jurídica. Como ha dicho Raúl Canosa Usera⁸⁵, "Quizás estas consideraciones no serían de recibo en nuestra materia y habría que dejárselas, en exclusiva, a los filósofos del derecho si no fuera porque las constituciones modernas entre sus más conspicuas afirmaciones recogen nociones netamente valorativas que todo intérprete de la Constitución, ya sea auténtico, judicial o doctrinal, debe tener presentes a efectos de su posterior aplicación. En acertadísima frase del profesor Hernández Gil, la Constitución [...] "no sólo permite la pregunta axiológica y teleológica, sino que la impone, la exige, como obligado instrumento en la interpretación del derecho."

En la actualidad prácticamente casi todas las fuentes de interpretación constitucional acaban reconduciendo a la teoría de los valores. En muchos países la llamada "jurisprudencia de los valores" experimenta un enorme auge, aunque, también debe reconocerse, que ha generado una considerable crítica, que pese a sus diferentes orientaciones obedece al mismo fundamento: evitar el subjetivismo judicial. El Tribunal Supremo español ha reconocido que los valores proporcionan la dinámica de la interpretación constitucional: "La Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico"⁸⁶

Principios generales del derecho y principios constitucionales

Para empezar es conveniente establecer la diferencia que existe entre los principios constitucionales y los principios generales del derecho. Antonio Gordillo Cañas⁸⁷ manifiesta que "A cualquiera que por primera vez se asome al tema de las Fuentes del Derecho llama la atención el contraste entre la solemnidad del concepto Principios Generales del Derecho y la modestia de su rango normativo." En efecto, ellos siempre se ha entendido que tienen un valor subsidiario o meramente

⁸⁴ García, Enrique Alonso. Op. cit. p. 18.

⁸⁵ Canosa Usera, Raúl. Interpretación Constitucional y Fórmula Política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

⁸⁶ Cit. p. García, Enrique Alonso. *Ibid*, 277

⁸⁷ Gordillo Cañas. Antonio. Ley Principios Generales y Constitución: Apuntes para una Relectura", desde la Constitución, de I. Teoría de las Fuentes del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 41

informador -como instrumentos que auxilian en la interpretación de las disposiciones legales-. En lo que respecta a su valor subsidiario se considera que los principios generales del derecho pueden alcanzar valor normativo cuando existen lagunas legales. También se dice que el valor informador o normativo de los principios generales del derecho depende de si se oponen totalmente o no a una norma jurídica. Si el principio se opone totalmente a una norma tendrá valor subsidiario, es decir, no prevalecerá sobre dicha Constitucionales. 1988. p. 157, norma. Si no se opone enteramente, la norma tendrá que interpretarse conforme al principio general. De paso cabe aclarar que en la legislación tradicional salvadoreña no se usa explícitamente la expresión "principios generales del derecho." Sin embargo, el Código Civil, en el artículo 24 se refiere al "espíritu general de la legislación" y tal como explica Jaime Williams⁸⁸ para el caso del Código Civil chileno, del cual tomamos la disposición últimamente citada, "La doctrina mayoritaria hace equivalente la expresión "espíritu general de la legislación" con la expresión "principios generales del derecho."

En lo que respecta a la materia constitucional Miguel Aragón⁸⁹ dice que la cuestión de los principios constitucionales puede plantearse en un doble nivel. En primer lugar, la apreciación se dirige a un aspecto meramente cuantitativo. Una diferencia apreciable, desde esta perspectiva entre los principios generales constitucionales y los demás principios generales del derecho radica en que "el Derecho constitucional, por la materia política que regula y por el carácter notablemente genérico (y también sintético) de sus normas, es mas fuertemente principalista que cualquier otro sector del ordenamiento. Es decir, en él operaran, inevitablemente, en mayor medida que otros Derechos, los principios generales."⁹⁰

Los principios generales constitucionales y los demás principios generales del derecho -dice este autor- disfrutan de la ya referida doble condición de fuente: (1) fuente de primer grado o de aplicación directa, en ausencia de norma escrita o de costumbre; y, (2) fuente de segundo grado o interpretativa. Hasta aquí y sólo en este punto -continúa- no cabe señalar distinción cualitativa alguna entre esas dos clases de principios.

Ahora bien, cuando se pasa de la condición genérica de ordenamiento que el Derecho constitucional posee, dice este autor, a la específica del lugar que, en el ordenamiento ocupa, aparece, de manera inmediata, una diferencia, ya cualitativa, entre los principios constitucionales y los demás principios, jurídicos. Debe tenerse en cuenta que cuando el texto constitucional recoge estos principios, además, como es obvio -prosigue-, de conservar su carácter informador -e integrador de algunas legales- reciben otro carácter más fuerte: participan de la fuerza de la Constitución. Los principios constitucionalizados ocupan, en las fuentes del Derecho, el lugar de la Constitución, simplemente porque son Constitución; disfrutan de la condición normativa propia de la Constitución, pues ella los normativiza.

Aunque sea brevemente es oportuno reparar en un efecto que este autor reconoce a los principios generales constitucionales y que, en su propia expresión, es el menos subrayado generalmente por la doctrina. "Me refiero -dice- al efecto, creo que benéfico, para la certeza del Derecho. Dada la importancia, crucial, que en el ordenamiento tienen los principios constitucionales, su positivación en el texto constitucional reduce ciertamente los riesgos del subjetivismo en su conformación, poniendo coto a un excesivo activismo judicial o doctrinal. L. Prieto Sanchís (y refiriéndose tanto a los valores como a los principios "constitucionalizados") lo expresa muy bien: "Nuestra Ley Fundamental es una Constitución de principios y valores, abundante en cláusulas genéricas o inconcretas... No creo que estas características propicien necesariamente la aparición de un activismo judicial, sino que, al contrario, suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían -entonces sí- que ser creados por los órganos de aplicación del derecho;" "los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces [...]. La obligada observancia de los valores superiores no propicia el libre decisionismo, sino que fortalece el papel de la Constitución".

Es cierto -prosigue Miguel Aragón- que la conformación jurisprudencial de los principios generales no es, en rigor, una actividad de libre creación y que mediante ella, como expresa R. Dworkin en frase feliz, el Derecho se "descubre pero no se inventa", mas también lo es que la necesidad y la capacidad de "descubrimiento" doctrinal se reduce si el Derecho escrito deja menos territorios incógnitos. Ello no significa la erradicación (completamente imposible) de la labor Integradora,

⁸⁸ Williams, Jaime. 'Las Fuentes del Ordenamiento Jurídico en Chile: en Revista de Ciencias Jurídicas. Año 1 Núm.I San Salvador: Centro de Investigación ' Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial. 1991. p. 287.

⁸⁹ Constitución y Democracia. Cit, pp. 74 y sgts. Cfr. también sobre este tema. del mismo autor: 'La eficacia jurídica del principio democrático.' en Revista Española de Derecho Constitucional. No 24. Septiembre-Diciembre de 1988. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp. 9 y sgts.

⁹⁰ Constitución y Democracia, Cit. p. 75.

recreadora, que desempeñan la doctrina y la jurisprudencia, sino sólo la conveniencia de acrecentar su objetivación normativa, disminuyendo el campo de la discrecionalidad. De ese modo, la Constitución democrática, al positivizar los principios generales (y un buen ejemplo de esa positivación es nuestro propio texto constitucional), no cumple sólo su función de limitar el poder del Estado, sino también de limitar el poder de los juristas".

Paulatinamente la doctrina dominante ha ido reconociendo a los principios generales constitucionales el pleno valor normativo e informador o interpretativo que les atribuye Miguel Aragón. Así, por ejemplo, se entiende que si un acto o norma inferior a la Constitución se opone radicalmente a un principio constitucional, éste asume pleno valor normativo y la norma inferior no es salvable, carece de valor. El principio constitucional jugará el papel informador o interpretativo cuando el acto o norma inferior no lo contradiga de plano. Esto último constituye una aplicación del llamado principio de la Interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento.

Sobre el tema de los valores y principios constitucionales y su oficio jurídica en los estados de Derecho democráticos contemporáneos, García de Enterría⁹¹ expresa que la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un "orden de valores" materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. Manifiesta que la unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que los ha hecho, unos valores sociales determinados, que se proclaman en ed solemne momento constituyente como primordiales v básicos de toda la vida colectiva. Afirma él que ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución- podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación al servicio, precisamente, a dichos valores.

Postula que estos valores no son simple retórica, no son, como los considera una doctrina que él califica de falaz y que tuvo mucha fuerza inercial en su país de origen, simples principios "programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son -dice- justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, lo da su interpretación y aplicación.

Distinción precisa entre la eficacia jurídica de los principios y de los valores constitucionales.

A esta altura del desarrollo del sub-tema, un lector atento, podrá haber advertido que tanto en las citas o relación de tesis de García de Enterría⁹², como de otros de los autores citados y, en general en todo el texto, se ha hablado indistintamente de valores y principios constitucionales, o se ha pasado de una a otra de estas figuras jurídicas, sin relacionarlas ni diferenciarlas. Todo lo anterior no es sino un reflejo del avance doctrinario sobre esta materia, cuando las obras citadas fueron escritas. Este no es el único punto difuso en este tópico y existen en relación a él varias cuestiones, hasta lo que hemos podido investigar, todavía por resolver satisfactoriamente. Sin embargo, debe reconocerse que existe un serio esfuerzo doctrinario contemporáneo tendente a desarrollar modelos que permitan, cada vez con mayor rigor, el manejo operativo jurídico de las referidas figuras del Derecho constitucional de nuestro tiempo. Entre la ya copiosa bibliografía orientada a conseguir ese objetivo, pudiera destacarse como pionera la contribución de Antonio E. Pérez Luño⁹³. Por otra parte es generalmente reconocido el mérito de Manuel Aragón con las obras que ya hemos citado. Otra de las más recientes y conspicuas colaboraciones, dentro de este esfuerzo, particularmente en el tema de los valores constitucionales, es la de Luciano Parejo Alfonso⁹⁴ Para cerrar este sub-tema resumiremos las que nos parecen más importantes ideas de estos autores.

Pérez Luño aborda el tema en relación a los derechos fundamentales. Indica que en el plano constitucional los derechos fundamentales aparecen positivados a través de dos sistemas: el de las cláusulas generales y el casuístico; métodos que, a su vez, pueden combinarse en un sistema mixto que es el más frecuentemente utilizado en las constituciones. En el sistema de cláusulas generales los derechos fundamentales aparecen consagrados en forma de valores en unos casos y en forma

⁹¹ La constitución como norma...Cit pp. 97 y sgts.

⁹² **Quien además del libro** mayormente citado **en este trabajo** tiene una obra notable **sobre la materia**: Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales de Derecho Madrid; Civitas, 1984

⁹³ Op. Cit. P 286 y sgts.

⁹⁴ Parejo Alfonso, Luciano Op. Cit pp. 29-133

de principios en otros; mientras que en el sistema casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de los distintos derechos fundamentales. Se da el caso de que una misma noción puede revestir, a tenor del propio texto constitucional, el significado de más de una de tales figuras jurídicas (valores, principio o normas específicas). El ofrece ejemplos de la Constitución española sobre lo anterior, pero nosotros podemos corroborar que ello también ocurre en la nuestra. Así ésta se refiere como uno de los "valores de nuestra herencia humanista" en el preámbulo y como disposición específica al concretar sus distintas manifestaciones jurídico fundamentales, al consagrar las diferentes formas de libertad (religiosa, de difusión del pensamiento, de asociación, de reunión, de asociación, personal, etc.) Por otra parte, la protección de la libertad personal, por ejemplo, es el principio constitucional que inspira una serie de disposiciones de nuestra Constitución. Situación semejante ocurre con la justicia, que aparece como un valor en el preámbulo y en el artículo 1, y una de sus especies -da justicia social-, como principio en el artículo 101. Este es uno de los factores que complican el manejo de las referidas figuras jurídicas.

Pérez Luño reconoce la dificultad de trazar demarcaciones netas y aptas para deslindar inequívocamente los valores de los principios, pero estima que "el análisis de su respectiva significación resulta imprescindible para clarificar y precisar su peculiar función constitucional"⁹⁵

Luego de emprender un breve rastreo histórico del concepto moderno de valor afirma que: "Se ha indicado recientemente que los valores son modos de preferencias conscientes y generalizables. Los valores son, por tanto, los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. De ahí que los valores constitucionales supongan el sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva. Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural".⁹⁶

Dicho autor expresa que los valores constitucionales, en razón de lo dicho, poseen una triple dimensión: (1) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e Instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Son pues "el núcleo básico e Informador de todo el sistema Jurídico-político"⁹⁷, (2) *orientadora*, "en sentido dinámico, del orden Jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución"⁹⁸ de tales enunciados; y (3) *crítica*, "en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma tal que es posible un control de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales"⁹⁹.

Frente al sentido de los valores, que este autor califica de "relativamente preciso", él considera que la Idea de los principios generales del derecho y de los principios constitucionales, es mucho más ambigua y equívoca.

Basándose en las investigaciones de Genaro R. Carrió -quien entre otras cosas ha localizado, sin pretensiones de exhaustividad, hasta once acepciones a la expresión "principios generales del derecho"-, Pérez Luño dice que de todos esos significados, uno muy interesante es el que considera a los principios como *metanormas* o normas de segundo grado, que se dirigen a indicar cómo deben interpretarse, aplicarse e integrarse las normas de primer grado,

La acepción de los principios del derecho como metanormas -según piensa Pérez Luño les da un significado metodológico que se manifiesta, a su vez, en dos sentidos: (1) como reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas; con lo cual vienen a constituir una base lógica o técnico-formal que contribuye a la comprensión y aplicación de las normas de primer grado; y, (2) como finalidad u objetivo perseguido por las normas y que deben orientar su interpretación teleológica y evolutiva,

⁹⁵ Op. Cit. p. 288

⁹⁶ *Ibíd*

⁹⁷ *Ibíd*

⁹⁸ *Ibíd*

⁹⁹ *Ibíd*

Además de esa primera acepción existen otras también útiles de conocer, En ciertas ocasiones -dice este autor-la expresión tiene un sentido primordialmente *ontológico*, como cuando se les utiliza para ser aplicados en defecto de ley o costumbre,

Por último, cabe considerar la acepción que entiende a los principios jurídicos en su dimensión *axiológica*, como los primeros principios, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico,

Pérez Luño atribuye, en gran medida, la pluralidad significativa que asumen los principios generales del derecho a la tradicional controversia que se ha suscitado sobre su alcance entre las distintas escuelas y concepciones jurídicas, que han venido a poner el acento sobre alguna de sus acepciones,

Estima este autor que la propia heterogeneidad de planos operativos y significativos de los principios generales del derecho, explica la dificultad de diferenciar su alcance respecto al de los valores en el ámbito constitucional. Al mismo tiempo, considera que dicha pluralidad de sentidos debe ser tenida muy en cuenta por quien intente un enfoque de las relaciones entre valores y principios que sea clarificador, Si no se parte de tal supuesto, se pueden utilizar inadecuadamente determinados criterios distintivos para diferenciar los valores de los principios constitucionales: por ejemplo, la postura que cifra la distinción entre valores y principios en la atribución de un significado Instrumental a éstos, frente al carácter axiológico de aquéllos: ya que, como se ha visto, los principios pueden también asumir un contenido axiológico.

Pérez Luño estima que el criterio más adecuado es el que se basa en el diferente grado de *concreción* existente entre valores y principios, Expone que "Los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; constituyen ideas directivas generales que, [...]fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico, Los valores forman, por tanto, el *contexto histórico-espiritual* de la Interpretación de la Constitución" [...] "Los principios, por su parte, entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas. De otro lado, los principios, ya posean un significado hermenéutica (metodológicos), ya actúen como fuentes del derecho (ontológicos). o como determinaciones de valor (axiológicos), reciben su peculiar orientación de sentido de aquellos valores que especifican o concretan. Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado respecto a las reglas o disposiciones específicas." [...] "De igual modo que los valores tienden a concretarse en principios que explicitan su contenido, los principios, a su vez, se incorporan en disposiciones específicas o casuísticas en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas se hallan tipificadas en términos de mayor precisión. Tal proceso se realiza, en primer lugar, en las propias disposiciones constitucionales y, a partir de ahí, en las restantes normas de inferior rango que Integran el ordenamiento jurídico.

Conviene advertir -finaliza diciendo- que un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que [...] son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen normas constitucionales"¹⁰⁰.

Manuel Aragón ¹⁰¹ acoge la distinción tripartita de valores, principios y normas específicas o casuísticas -llamando a estas últimas "reglas"-, diferenciados por su menor o mayor concreción, que efectúa Pérez Luño. Expresa que "la distinción entre valores y principios, por un lado, y reglas, por otro, es cuestión relativamente pacífica. Los primeros enuncian cláusulas "generales" y las reglas contienen disposiciones específicas en las que se tipifican supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas.¹⁰² Reconoce también que la distinción entre valores y principios es menos pacífica.

Como expone Luciano Parejo Alfonso¹⁰³, Manuel Aragón se enrola en una corriente hasta ahora mayoritaria en España, para la cual las reglas 'o normas específicas o casuísticas- son disposiciones derechamente construidas para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social. En cambio, los valores y principios son, por igual, normas de

¹⁰⁰ op. cit. pp. 291-292

¹⁰¹ Constitución y Democracia. en. p. 84 Y sgts.

¹⁰² Ibid. p. 84

¹⁰³ Op. cit. pp. 124 y sgts

normas, que se diferencian sólo por su eficacia. Tal corriente de pensamiento, en vista de que los valores representan el grado máximo de concreción o abstracción de la prescripción normativa y de que ello "conduce de suyo el peligro de la dilución del Derecho en un decisionismo y activismo judiciales, con la consecuente subversión de principios claves para la construcción del Estado y, en particular, de la posición del legislador como representante de la soberanía popular constituida. La suma de ambas circunstancias conduce, sin negación del alcance normativo de los valores, a la máxima restricción posible de su eficacia" ¹⁰⁴

El autor últimamente citado resume el pensamiento de Manuel Aragón, como uno de los representantes más conspicuos de la tesis que se expone, diciendo que "En ella los valores lucen como normas que precisan fines, cuyo enunciado jurídico se agota en la simple declaración de tales fines, careciendo de estructura jurídica interna, es decir, no albergando en su seno elementos jurídicamente significantes. La indeterminación o concreción de los valores radica, pues, en su mismo enunciado jurídico, cosa que no sucede en el caso de los principios, puesto que éstos están más precisados, tienen estructura jurídica interna: la que consiste en albergar, en germen, un cierto número determinable de reglas (por ello se dice que son fórmulas de Derecho fuertemente condensadas). Esta diferencia entre ambos tipos de normas es expresada gráficamente trayendo a colación la distinción que J. Stick hace entre lo impredecible y lo indeterminado. Los valores pertenecen a lo primero, puesto que sus características normativas posibilitan una amplísima variedad de concreciones normativas o, dicho de otro modo, dejan un generosísimo campo a la libertad de configuración normativa, que es lo propio del legislador (primariamente llamado a desarrollar la Constitución), lo que significa que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos que la oportunidad política suministra. Los principios, sin embargo, se sitúan en el terreno de lo indeterminado, ya que sus características normativas acotan el ámbito de la disponibilidad en el orden de las concreciones normativas, predicen o predeterminan las reglas en que pueden traducirse, de suerte que en su proyección normativa sólo juega la discrecionalidad jurídica (y no la política), a través de la cual "se descubren", pero no "se inventan", las correspondientes reglas en que se traducen. De ahí que -y en esta afirmación aflora la explicación última del brillante esquema establecido- el juez, en los supuestos en que se ve obligado a extraer la regla para el caso directamente de las normas de segundo grado, no esté (cuando acude a un principio) suplantando al legislador, sino aplicando el Derecho condensado ya establecido por éste; suplantación que, por contra, corre el riesgo de producirse cuando acude a un valor".

Parejo Alfonso, aun cuando reconoce mérito al riguroso análisis de las características propias y diferenciales de valor y principio efectuado por Manuel Aragón, le refuta las consecuencias a que arriba en lo que respecta a la eficacia Jurídica de una y otra figura. El primer autor acepta que los valores son más abstractos, genéricos e Indeterminados que los principios, pero señala que es un error identificar mayor grado de abstracción con práctica nulidad de contenido jurídico. Este error - que sería común a la doctrina hoy dominante en España- obedece, a juicio de Parejo Alfonso, a la falta de atención que se ha prestado a un dato capital: la estructura y funcionalidad del orden valorativo. Con su trabajo citado, este autor brinda a los Interesados en el tema muy buenas herramientas para manejar esta temática, y a la par sustenta su tesis de que la eficacia jurídica de los valores debe ser la misma que la de los principios, pero la extensión de tal ensayo no permite ni siquiera ofrecer aquí una síntesis. De todas maneras, ya se anticipó que la construcción doctrinaria sobre este tópico es aún Incipiente y quedan varios asuntos por resolver. Lo único que se ha pretendido es reunir una parte de la Información disponible sobre estas figuras jurídicas, pues, como adelante se verá, nuestra jurisprudencia constitucional ya las está empleando y será Indispensable para muchos de nuestros operadores jurídicos mantenerse al día sobre los avances de tales Investigaciones.

1.3. El valor normativo de la Constitución Salvadoreña

1.3.1. Consideraciones iniciales

Luego de haber efectuado las anteriores consideraciones sobre el valor normativo de las disposiciones constitucionales, principalmente desde la perspectiva doctrinaria, toca ahora comprobar que nuestra Constitución, en consecuencia con el sistema jurídico salvadoreño, es un verdadero cuerpo de Derecho que regula no sólo a los órganos estatales -a todos ellos-, sino también las relaciones entre el poder estatal y las personas; que ella es fuente de derechos -verdaderos derechos públicos subjetivos- y no sólo fuente de Derecho como queda Kelsen, al asignarle sólo la competencia de sentar las reglas

¹⁰⁴ Luciano Parejo Alonso. Op. cit. pp. 124-125

de producción de las restantes normas: que vincula a todos los poderes públicos y ha de ser aplicada e interpretada por el conjunto de los tribunales y jueces salvadoreños. Pasemos a comprobar lo que antes se afirma casi de una manera dogmática. Para sistematizar el análisis, siempre se enmarcará su estudio en el ámbito de los principios constitucionales de mayor significación, como se hizo en la perspectiva doctrinaria.

1.3.2. El principio de supremacía constitucional en nuestra Ley Fundamental

Reconocimiento expreso e implícito del principio

El principio de supremacía constitucional está expresamente consagrado en la Carta Magna, en la siguiente forma: "La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos" (1a. parte del 20. Inc. del artículo 246 Cn.).

Lo está también implícitamente en otras disposiciones como en el artículo 244 Cn. Y la Constitución salvadoreña acoge todas las consecuencias que la doctrina infiere de la supremacía constitucional, así como también el sistema de autopreservación que le da eficacia práctica al principio.

Consecuencias del principio en nuestro texto constitucional

Veámos que una de las consecuencias de la supremacía constitucional y en último término de la fundamentalidad es la llamada "rigidez" de la norma constitucional que la dota de "superlegalidad formal". La rigidez constitucional -dice Pablo Lucas Verdú¹⁰⁵ "es aquel sistema formal, propio de la Constitución escrita o codificada, que establece un modo distinto -procedimiento agravado- del seguido por la legislación ordinaria para producir, modificar, derogar e interpretar auténticamente las normas constitucionales, lo cual se traduce, precisamente en la existencia de determinados obstáculos técnicos que evitan que los preceptos constitucionales se reforman fácilmente, consiguiendo de este modo su permanencia y continuidad." La Constitución salvadoreña, por medio del artículo 248, ha dotado de rigidez a sus disposiciones y a algunas de ellas de rigidez absoluta. O sea, que esta consecuencia de la supremacía está cumplida en la Ley Fundamental de El Salvador.

Se dijo, además, que la supremacía de la Constitución lleva también al reconocimiento de una "superlegalidad material", que de asegura una preeminencia jerárquica sobre todas las normas del ordenamiento y que la hace "resistente", frente a cualquier norma u orden contrarias a sus mandatos. A juicio de García de Enterría¹⁰⁶ esta "resistencia o "plus" de validez e inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella deriven, es la base misma de su supremacía y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento Jurídico". Nuestra Constitución, a tenor de sus propias disposiciones, goza también de "superlegalidad material". Veámoslo: "Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio" (1er. Inc. del artículo 246 Cn.); "Todos los decretos, acuerdos, órdenes 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" (artículo 164 Cn.); "No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República" (artículo 145 Cn.). "Todo funcionario civil o militar, antes de tornar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen. ..." (la. parte del artículo 235 Cn.).

Una consecuencia adicional del principio de supremacía constitucional, que es la imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de sus atribuciones, competencias o facultades que la Constitución les ha asignado, aparece también establecida en nuestra Ley Fundamental: "Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables,..." (última parte del 1er. inc. del artículo 86 Cn.).

¹⁰⁵ Verdú, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. VII (3ª. Ed.) Madrid: Tecnos. 1981. pp. 592-593.

¹⁰⁶ La Constitución como norma ... Cit. p. 65

Otra consecuencia de la supremacía constitucional es el control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales, que se impone a raíz de la necesidad de que la Constitución debe condicionar el ordenamiento jurídico en general; que, como hemos visto, convierte a Ley Fundamental en un parámetro, es decir en la medida para determinar la legalidad de las restantes normas y actos del ordenamiento. Nuestra Constitución establece un sistema amplio de control de la constitucionalidad, y las instituciones más características del mismo son: (1) Un control a priori, de naturaleza política, en su impulso inicial, pero que se puede decidir jurisdiccional mente, y es el veto por razones de inconstitucionalidad. El artículo 137 Cn. contiene algunas regulaciones genéricas para todo tipo de veto, y el artículo 138 Cn. regula lo relativo al veto por razones de inconstitucionalidad; (2) Controles a posteriori, tales como: i) el proceso de inconstitucionalidad, que se destina al control constitucional de actos regla tales como leyes, decretos y reglamentos (artículo 183 Cn.) y tratados (20. inc. del artículo 149 Cn.); y ii) la atribución O "poder-deber" que de conformidad a la Constitución corresponde a todos los tribunales salvadoreños de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales (artículo 185 Cn.), así como también de los tratados (1er. inc. del artículo 149 Cn.). A esta institución se le denomina "inaplicabilidad o desaplicación" y es la que, como luego se verá, evidencia con mayor claridad nuestro sistema de control de constitucionalidad con predominio del llamado sistema "difuso". Por otro lado, se acoge la doctrina de la supremacía constitucional, que se expresa en una "vinculación más fuerte"; la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes y restantes normas del ordenamiento, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución ¹⁰⁷

Las condiciones para la operatividad práctica del principio en la Constitución salvadoreña

Declaración expresa del rango superior de la Constitución

Finalmente, se concluyó el apartado doctrinario sobre este tema, diciendo que para que el principio de supremacía constitucional sea realmente operativo, no basta con que una Constitución se declare a sí misma como la norma suprema y que fije un determinado procedimiento para la creación de las diferentes normas, sino que, además, se requiere que declare carentes de valor, nulos, ineficaces, los actos contrarios a sus prescripciones y, finalmente, que establezca los procedimientos idóneos para dejar sin valor tales actos irregulares. Pasemos a comprobar que nuestra Carta Magna satisface todas y cada una de tales exigencias.

En primer término y tal como se ha visto, ella se declara a sí misma suprema en el segundo inciso del artículo 246 ("La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos"). En el siguiente apartado, que se refiere al principio de regularidad jurídica, se verá que ella también fija los procedimientos para la creación de la normas que le están subordinadas.

La declaratoria de nulidad o ineficacia de la normativa inconstitucional

En los que respecta a la segunda condición para que el principio de supremacía pueda ser efectivo -al menos en el plano normativo-, y que consiste en que la Constitución declare nulos o ineficaces los actos y normas que la contradigan, ella no consta en forma explícita en el texto de nuestra Carta Magna, pero se localiza por la vía interpretativa, o sea que está presente. Veámoslo. En la teoría general de las nulidades ellas aparecen, generalmente, como una sanción a lo que es contrario al ordenamiento, ya que la razón que las anima consiste en *salvaguardar los valores tutela dos por dicho ordenamiento*. Una de las causas específicas de nulidad es la de que el acto en cuestión sea contrario a la ley. Por ejemplo, los actos contrarios a la ley vienen sancionados en forma general por nuestro Código Civil, según el cual, (Art.10),"Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Aplicando estos conceptos básicos de la teoría de las nulidades podemos decir que de acuerdo a nuestra Constitución, los actos que la contrarían son nulos, ya que el primer inciso del artículo 246 Cn. prescribe que los "Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución *no pueden* ser alterados por las leyes

¹⁰⁷ García de Enterría. La Constitución como Norma ... p. 54

que regulan su ejercicio". Dicho en otras palabras, la Constitución salvadoreña prohíbe que las leyes -y aquí la palabra leyes se toma en sentido amplio¹⁰⁸- alteren los principios, derechos y obligaciones que ella ha establecido.

Eso quiere decir que un acto o norma que quebrante dicha prohibición, en consecuencia con los fundamentos precedentes, es nulo. Hay que tener en cuenta que la Ley Suprema, como ya dejamos sentado, consagra los más altos valores y principios del ordenamiento, con lo cual -siempre en congruencia con la doctrina de las nulidades- la anulación de estos actos está harto justificada. La contravención es más intensa que cuando se ejecuta un acto prohibido por la ley ordinaria. El artículo 164 Cn. confirma la tesis de que los actos contrarios a la Constitución son nulos.

Las garantías constitucionales en la Ley Suprema de El Salvador. Sentido contemporáneo de la expresión garantías constitucionales

Por último y como ya podrá haberse advertido, la Ley Fundamental salvadoreña ha configurado un amplio sistema de medios para dejar sin valor tales actos irregulares dentro del marco de la defensa de la Constitución. Este sistema es el llamado de las "garantías constitucionales". Es oportuno desde ya hacer otra aclaración terminológica¹⁰⁹ El término "garantía" puede ser y ha sido entendido por lo menos en dos significados diversos: uno, tradicional, que lo equipara a derecho fundamental. En este primer sentido, varias constituciones de América Latina, particularmente las que se decretaron en el siglo pasado o a principios del presente, identifican "garantías" con el concepto de "derechos fundamentales" (v.gra. la Constitución de México que regula las "garantías individuales"). Nuestra propia Constitución habla de suspensión de garantías entre otros artículos en el 29 Cn., cuando lo propio es hablar de suspensión de derechos fundamentales. En los medios académicos, Rubén Hernández Valle¹¹⁰ considera que una de las "principales fuentes de la confusión terminológica la constituye el texto del profesor mexicano Ignacio Burgos *Las Garantías Individuales*, que ha tenido gran acogida y seguidores en Latinoamérica".

Un segundo sentido, más técnico y restringido, en el que se distinguen los derechos fundamentales de las garantías que los protegen, surge a partir de Jellinek, quien estudió los medios de defensa de la Constitución calificándolos como "garantías de derecho público"; continuado por Duguit, para quien las garantías constitucionales se dividían en "preventivas" (en cuanto tienden a evitar las violaciones de las disposiciones constitucionales, y en nuestro caso el ejemplo es del veto por razones de inconstitucionalidad que acaba de mencionarse) y "represivas" (que operan cuando las primeras han sido insuficientes para evitar o impedir el quebrantamiento de la "Ley Fundamental"); y rematado por Kelsen en su estudio sobre la "garantía jurisdiccional de la Constitución". Con esto se llega hoy día al concepto de garantías constitucionales con un significado jurídico, técnico y preciso: son los medios o instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que persiguen lograr la efectividad de las normas, derechos, valores y principios fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de ellos.

Como ejemplo de ese amplio cuadro de garantías constitucionales que incluye la Constitución salvadoreña destacan:

- El amparo constitucional (1er. inc. del artículo 247, ordinal 1o. del artículo 182 y 1er. inc. del artículo 174 Cn.);
- El hábeas corpus (2o. inc. del artículo 11, 1er. inc. del artículo 174 y 20. inc. del artículo 247 Cn.);
- Los controles de constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, tratados y demás disposiciones de carácter general, cuyos ejemplos más conspicuos son:
 - El proceso de inconstitucionalidad (artículo 183, 1er. inc. del artículo 174 y 20. inc. del artículo 149 Cn.);
 - La inaplicabilidad o desaplicación (artículo 185 y 1er. inc. del artículo 149 Cn.); y,
 - El veto por razones de inconstitucionalidad (artículo 138 y 1er. inc. del artículo 174 Cn.). -
- El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. Institución que recién acaba de ser incorporada a nuestra normativa constitucional mediante reformas a la Ley Fundamental. Sus atribuciones aparecen en el apartado I del artículo 194 Cn.¹¹¹

¹⁰⁸ Entendiéndose como todo derecho de creación estatal "in genere"

¹⁰⁹ Para ampliar este tema Cfr. Fix Zamudio, Héctor. Op. cit. pp. 42-47.

¹¹⁰ Op. cit. p. 15.

¹¹¹ Cfr. D.O No. 217. T. 313 de 20 de noviembre de 1991

1.3.3. Aplicación del principio de regularidad jurídica por la Constitución de 1983 algunos ejemplos en la legislación secundaria

Recapitulación

Según hemos visto, el ordenamiento jurídico vigente, en un momento dado, está compuesto por la Constitución, los tratados que tengan vigencia en el Estado, las leyes, las costumbres, las ordenanzas municipales, los reglamentos, así como también por otra clase de normas más concretas, como los estatutos de las sociedades y asociaciones, e incluso individualizadas, como las estipuladas de un contrato o de un testamento, las disposiciones de una sentencia judicial, o de una resolución administrativa. Estas normas, que tienen distintos orígenes y rangos varios, no son una aglomeración desordenada de disposiciones, sino que integran un sistema, ya que tienen un común fundamento de validez, pues se derivan de una misma norma, la Norma Fundamental o Constitución. Además entre ellas existen relaciones de supra y subordinación, o sea que integran un orden jerárquico. Ello ocurre en base al principio de regularidad jurídica, según el cual la creación o determinación de normas jurídicas está regulada en otras normas jurídicas. De acuerdo a lo anterior una norma vale, porque y en tanto que fue establecida por quien y de la manera que dispone una norma superior. Además de ese aspecto formal el principio atiende aspectos materiales ya que esa validez también se hace depender de .si la norma inferior tiene el contenido que en algunos casos le ha fijado la norma superior e, incluso, en el caso de la Constitución, si se acomoda a los valores y principios contenidos en ésta.

En definitiva, la regularidad jurídica se concreta en la relación de correspondencia y conformidad que debe existir entre un grado inferior y el superior del ordenamiento jurídico; ello debe cumplirse en todos sus estratos, los cuales están, inmediata o mediatamente, subordinados a la Constitución, pues ellos son etapas de aplicación de la misma.

Ejemplos de aplicación del principio en nuestro marco constitucional

La situación de la ley

En el ordenamiento salvadoreño está supuesta la aplicación del principio de regularidad jurídica. Así vemos que la Constitución sienta reglas para determinar qué órganos (artículo 121; ordinal 5o. del artículo 131; ordinal 5o. del artículo 168; ordinales 30. y 40. del artículo 133 Cn.) deben participar en el proceso legislativo y de qué manera deben hacerla. Esto último está regulado principalmente por la Sección Segunda del Capítulo I del Título VI "La Ley, su Formación, Promulgación y Vigencia" (Artículos 133 y sgts. Cn.), aunque hay otras disposiciones que completan la regulación de ese proceso, como el artículo 123 Cn. que rija los quórum de presencia y acuerdo de la Asamblea Legislativa. Además, la Constitución, para algunos casos, fija lo que deben contener algunas leyes, así como también prohíbe unos determinados contenidos. Por ejemplo y según se vio, el artículo 38 Cn. determina el objeto principal del Código de Trabajo y dice qué derechos laborales debe incluir especialmente; el artículo 33 fija el contenido de una determinada legislación familiar y las bases sobre las cuales debe ser dictada; el inciso final del artículo 277 Cn. establece lo que deberá contener una legislación especial en materia presupuestaria. En lo que se refiere a prohibiciones el artículo 10 prescribe que "la ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro".

Los tratados internacionales

En lo que respecta a los tratados internacionales la Constitución determina quiénes deben participar en el proceso de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico (ordinal 40. del artículo 168 y ordinal 70. del artículo 131 Cn.) y la Sección Tercera del Capítulo I, del Título VI "Tratados" (artículos 144 y sgts. Cn.) fija la manera cómo vienen a constituir leyes de la República, e incluye disposiciones sobre su contenido y sobre cuando no deben ser ratificados.

La superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre las leyes ordinarias, está reconocida expresamente en el inciso segundo del artículo 144 Cn. Desde la perspectiva del principio de la regularidad jurídica vemos que algunos de los tratados vigentes en nuestro país determinan lo que debe contener cierta legislación futura, lo que evidencia esa relación de supra-subordinación. Un ejemplo sería el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San

José de Costa Rica, que establece para los Estados Partes, el deber de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades que menciona el artículo 1 de dicha Convención.

La costumbre

Doctrinariamente se ha dejado sentado que la Constitución es "la fuente de las fuentes", en el sentido de que todos los órganos y procedimientos idóneos para crear Derecho están regulados por ella. Sin embargo, nuestra Constitución no dispone nada en relación a la costumbre, sea como fuente general del Derecho, ni sobre la costumbre y los usos o prácticas constitucionales, que tanta importancia tienen en esta materia. Lo que sí ha hecho la Constitución salvadoreña es plasmar el llamado principio de la autoridad formal de la ley en el artículo 142: "Para interpretar, reformar o derogar las leyes se observarán los mismo trámites que para su formación" con lo cual no sería válido adjudicarle valor jurídico a la llamada costumbre "*contra legem*".

Ordenanzas y reglamentos municipales

En lo que se refiere a las ordenanzas municipales y reglamentos locales de los municipios (Ordinal 50. del artículo 204) ellos deben dictarse de conformidad a los principios generales que debe sentar el Código Municipal (Cfr. el 1er. inc. el artículo 203 Cn.) y los acuerdos de los Concejos Municipales que creen, modifiquen y supriman tasas y contribuciones públicas, deberán hacerla dentro de los límites que una ley general establezca (primera parte del ordinal 10. del artículo 204 Cn.). Todo lo cual evidencia la subordinación de esta clase de normas a la ley, en base al principio de regularidad jurídica.

Otro tipo de reglamentos

Sobre los reglamentos la Constitución indica en ciertos casos quienes pueden decretarlos. La disposición más importante es la que reconoce la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo; se trata del ordinal 140. del artículo 168 Cn. De conformidad al cual "Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:... 140.) Decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde"; adviértase que de acuerdo a lo anterior el Presidente de la República no está facultado o para decretar todo tipo de reglamento, sino que exclusivamente los que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponda. En el caso de leyes que él no ejecutará existen algunas previsiones constitucionales sobre quién debe dictados, tal es el caso de la Corte de Cuentas a la cual se le reconoce la potestad reglamentaria en la atribución 6a. del artículo 195; y de los municipios en el ordinal 50. del artículo 204 Cn. El caso del reglamento interior de la Asamblea Legislativa (ordinal 10. del artículo 131 Cn.), merece consideración más amplia, empezando por su naturaleza jurídica, que no es oportuno efectuar acá. Por vía de interpretación se ha considerado que la Corte Suprema de Justicia tiene potestad reglamentaria, aunque no le sea reconocida expresamente por la Constitución.

En general, puede decirse que nuestra Constitución no formula de manera expresa la regla de que los reglamentos deben adecuarse dentro de la pauta de la ley y en ningún caso pueden contrariar sus preceptos, modificarlos o ampliarlos: sin embargo, de las disposiciones constitucionales que se refieren a los reglamentos cabe inferir que las disposiciones de éstos tienden a poner en práctica el contenido de la ley, pero sería preferible explicar con más claridad su dependencia a la misma. En numerosas leyes se puede comprobar que ellas contienen regulaciones sobre el contenido de los reglamentos que van a desarrollarlas.

La regularidad jurídica en la normativa infraconstitucional salvadoreña

El principio de regularidad jurídica tiene también aplicación en los estratos inferiores de nuestro ordenamiento. Por ejemplo vemos que los artículos 22 y 194 del Código de Comercio fijan contenidos indispensables para las escrituras constitutivas de las sociedades anónimas. Que ese código, en el artículo 1345, prescribe que las regulaciones del mismo relacionadas con el contrato de seguro tienen carácter imperativo a favor del asegurado, a no ser que admitan expresamente pacto en contrario. Ello evidencia la preeminencia de la ley mercantil sobre las estipulaciones del contrato de seguro, ya que aquella fija muchos de los contenidos de éste. Igual ocurre en materia laboral donde el artículo 23 del Código de Trabajo fija el contenido del contrato individual de trabajo, cuando es escrito. En general, nuestra legislación nos dice que personas son

capaces para contratar, para testar, etc., fija el ámbito en que ellas pueden efectuar estos actos y las formas para ejecutarlos.

En artículos como el 427 y el 428 del C. Pr. C. y el 507 del C. Pr. Pn. la ley determina con su sujeción a qué reglas los jueces y tribunales pronunciarán la sentencia definitiva.

En suma, puede concluirse que en nuestro ordenamiento encontramos la aplicación de un principio de conexión interna y es una relación de fundamentación de la validez de unas normas en la validez de otras y que efectivamente hay entre ellas relaciones de coordinación y de dependencia; que en definitiva descansan en la Constitución, o sea, que se trata de un sistema regido por el principio de regularidad jurídica.

1.3.4. La operatividad inmediata de la Constitución salvadoreña para todos. Consideración especial del caso de los jueces

Antecedentes

Según sabemos, de acuerdo al principio de imperatividad constitucional, la Constitución tiene operatividad inmediata, que establece una vinculación automática, desde que ella entra en vigencia, para gobernantes y gobernados. La Constitución tiene un valor normativo y directo, que no se limita al Órgano Legislativo, sino a todos los demás. Pasaremos a comprobar que en el sistema jurídico configurado por la Constitución salvadoreña, el principio que se comenta tiene aplicación plena y consistente.

El pueblo y la fuerza vinculante de la Constitución

En primer término, la Constitución salvadoreña tiene valor normativo y vinculante directo que afecta a todo el pueblo -sin perjuicio de que él es el titular originario de la soberanía- y, en general, a todo habitante. Efectivamente, la segunda parte del artículo 83 Cn. -del cual ya nos hemos ocupado con algún detalle, cfr. supra 1.1.2- declara lo siguiente: "La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución". Según se ha visto, esta disposición da base para postular que el pueblo, titular originario de la soberanía, ha subsumido en la Constitución su propio poder soberano, como dicen unos, o se ha autolimitado, como dicen otros, y mientras la Constitución exista ella vincula a todos, incluso a quien la creó. Hasta la potestad jurídica de alterar la Constitución, que es una facultad latente de la soberanía, sólo cabe ejercerla legítimamente por los cauces previstos en la propia Constitución, (artículo 248 Cn.).

La sumisión del pueblo a la Ley Suprema se reitera en el segundo ordinal del artículo 73 Cn.: "Los deberes políticos del ciudadano son: 2o. Cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República".

Los extranjeros

En lo que se refiere a los extranjeros, la Constitución los vincula estrictamente a nuestro orden jurídico el cual, como ya sabemos, está presidido por la Constitución. Esto se puede comprobar en el siguiente artículo constitucional: "Art. 96.- Los extranjeros, desde el instante en que llegaren al territorio de la República, estarán estrictamente obligados a respetar las autoridades y a obedecer las leyes, -la Constitución es la primera ley del Estado- y adquirirán derecho a ser protegidos por ella".

Sujeción de los órganos fundamentales a la Constitución

Por otra parte, los órganos fundamentales del gobierno -Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, están también sujetos a la Ley Suprema, según se prescribe en el primer inciso del artículo 86 de la misma, que dice: "El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes". -en ese orden- Este es un aspecto característico de la estructura constitucional, y consiste en que la ordenación interna y coordinación de funciones y las atribuciones de cada órgano, se deben realizar con arreglo de una normatividad jurídica que está más allá de la voluntad arbitraria de los titulares del poder, por altos que

éstos sean, ya que con ello se proporciona la mínima garantía de unidad y permanencia¹¹². Según esto el poder del Estado -que se origina en el pueblo- se debe ejercer a través del esquema establecido en la Constitución.

Sometimiento de todo funcionario a la Constitución

A su vez todo funcionario público está vinculado por la Constitución salvadoreña y ella lo reitera en varios artículos. El que postula esta sumisión de cualquier funcionario a la Ley Fundamental con mayor generalidad, es el 235 Cn., en su primera parte: "Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen....."

El ordinal 1o. del artículo 168 Cn. establece específicamente la vinculatoriedad de la Constitución para el Presidente de la República: "Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: 1o. Cumplir la Constitución, los tratados, las leyes y demás disposiciones legales;" -en ese orden. El artículo 164 Cn. evidencia la misma vinculatoriedad para todo funcionario del Órgano Ejecutivo: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aun que se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa".

EL caso del Consejo Central de Elecciones (hoy Tribunal Supremo Electoral)

El Consejo Central de Elecciones, pese a ser la máxima autoridad en materia de sufragio, no escapa al control de que sus actos se deben ejecutar de acuerdo a lo que prescribe la Constitución: "El Consejo Central de Elecciones será la autoridad suprema en esta materia, -el ejercicio del sufragio- sin perjuicio de los recursos que establezca esta Constitución, por violación de la misma." (última parte del 1er. inc. del artículo 209 Cn.).

Los magistrados y jueces y la Constitución

De todos los funcionarios el caso que más nos interesa en este trabajo es el de los magistrados y jueces. Para comprender a cabalidad la situación de ellos es preciso recordar un método de la hermenéutica jurídica, de común aplicación para toda rama del Derecho, pero que en materia constitucional ha cobrado relevancia significativa, a tal grado que se le ha llamado la "regla de oro" de la hermenéutica constitucional y que, sin embargo, es frecuentemente ignorado entre nosotros tanto por legos -lo que es natural-, como por abogados -lo que es inexcusable-.

El método en cuestión es el de la interpretación sistemática, de acuerdo al cual ninguna disposición debe interpretarse en forma aislada. El ha sido aplicado a la materia constitucional y tal como dice Antonio E. Pérez Luño¹¹³ "La interpretación sistemática de la Constitución parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico en su conjunto debe ser considerado como un sistema caracterizado por la coherencia del contenido de las diversas normas que lo integran y dotado de una unidad orgánica y finalista. De ahí que la sistematicidad constitucional, más que un simple método de trabajo para el intérprete, haya sido considerada por Pietro Merota Chierchia como una característica esencial de la interpretación de la Constitución, en el sentido de que incluso al proyectarse sobre sus normas singulares es siempre y necesariamente interpretación del entero sistema constitucional.

La interpretación sistemática -continúa- es considerada, desde estas premisas, como una actividad prioritaria en el plano de los métodos de la hermenéutica constitucional. Ya que se parte de que la sistematicidad es un dato objetivo de cualquier ordenamiento jurídico, que precede y condiciona la labor del intérprete". Aclara este autor que la sistematicidad no es un dato meramente formal, sino que ella precisa tener presentes las exigencias de unidad y de coherencia de los intereses que conforman la realidad social y que el intérprete no debe no debe ni puede ignorar. Hay que recordar que para ello cuenta con medios propicios los cuales son los conceptos jurídicos indeterminados. Este tipo de interpretación, entonces, pretende relacionar el sistema normativo constitucional, con el sistema de relaciones sociales que le sirve de contexto.

¹¹² Cfr. García Pelayo, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. (5a. Ed.) Madrid: Revista de Occidente, 1959. p. 109

¹¹³ Op. Cit. pp. 273-274.

En íntima conexión con lo anterior, el mismo autor¹¹⁴ expresa que entre los principios que deben orientar la labor del intérprete de la Ley Fundamental se encuentra el de la unidad constitucional, "es decir, el postulado de que el conjunto de las normas constitucionales forman una totalidad. Este principio obliga a no contemplar las normas constitucionales como *"disiecta membra"* o entes aislados, sino a captar en la interpretación de cada una de ellas la unidad del sistema del que ha surgido, en el que se integran y del que constituyen una parte".

En razón de lo anterior será preciso considerar no sólo una disposición constitucional sino varias, en armoniosa coordinación, para comprender a cabalidad de qué manera están sujetos los magistrados y los jueces a la Constitución.

De lo que habrá que partir -y no olvidar- es que tanto jueces como magistrados son funcionarios públicos y a tenor del artículo 235 Cn. -que ya se comentó-, están obligados -y han jurado hacerlo así- a cumplir y hacer cumplir la Constitución y deben atenerse a sus preceptos, valores y principios, cualesquiera que fuesen las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen. La disposición citada dice literalmente que los funcionarios deben atenerse al "texto" de la Constitución, pero como veremos luego y lo haremos aplicando también el método sistemático de interpretación, la vinculación proviene más que del texto, de los valores y principios consagrados por la Constitución salvadoreña. Hemos subrayado "cualquiera" y "leyes" porque hay unos que sostienen, o actúan como si sostuviesen, como que la Constitución prevalece sólo sobre la legislación que se dicte después de que aquella entró en vigencia y no sobre la legislación pre-constitucional, sin reparar que el constituyente no distinguió y, más bien enfatizó, que está sobre toda la ley; y porque, hay otros operadores jurídicos, que abiertamente postulan que si, por ejemplo, un Juez ha cumplido con la ley al sentenciar, ha actuado correctamente, abstracción hecha de si la ley que aplica era inconstitucional, ya que los jueces están "exclusivamente sometidos a la ley". Con el desarrollo que sigue de inmediato, se comprobará la falacia de este planteamiento.

En segundo término, debe tenerse en cuenta que al constituyente no le bastó con proclamar la sujeción de todo funcionario a la Constitución, por encima de cualquier otra vinculación normativa, sino que para el caso de magistrados y jueces, en el inciso final del artículo 172 Cn., que es una regulación muy importante ya que tutela la independencia funcional o imparcialidad de tales funcionarios, estableció que, pese a tal independencia, ellos están sometidos a la Constitución ya las leyes -en ese orden, es decir primero a la Constitución y luego a las leyes-.

La inaplicabilidad o desaplicación

Como si no bastara con lo anterior, que en otros países ha sido suficiente, la Constitución ha dotado a nuestros magistrados y jueces de un mecanismo con el que no cuentan otros funcionarios, que a la par que les obliga a cumplir la Constitución les permite por vía jurisdiccional hacer que ella se cumpla, convirtiéndolos de esa manera en los "guardianes de la Constitución". Se trata del poder-deber con que cuentan nuestros tribunales de declarar la inaplicabilidad de cualquier tratado, ley o disposición de otros órganos, contrarios a los preceptos constitucionales (Cfr. Artículo 185 y 1er. inc. del artículo 149 Cn.).

La inaplicabilidad o desaplicación es la institución que da operatividad al principio que impone a los jueces y magistrados una "vinculación más fuerte" a la Constitución, que a las restantes normas del ordenamiento jurídico. En primer lugar, cabe analizar la opinión de algunos, según los cuales -sobre la base de una interpretación aislada y literal del artículo 185 y del primer inciso del artículo 149 Cn.- inaplicar una norma inconstitucional es una "potestad" o una "facultad" de los magistrados y de los jueces, por lo cual queda a discreción de ellos hacerla o no; es decir, que si les place lo hacen y si no quieren no lo hacen. Para empezar, quienes así piensan ignoran supinamente la naturaleza jurídica de los preceptos que confieren atribuciones a los funcionarios. Tales preceptos son impero-atributivos, en el sentido de que a la par que confieren una competencia, potestad, función o atribución a su titular, le imponen el deber de hacer uso de ellas. Se trata de funciones preceptivas y no de facultades o derechos renunciables, como por ejemplo serían aquellos que se reconocen a los particulares en un contrato. Si lo que la ley o especialmente la Constitución quieren es conferir una atribución discrecional a un funcionario, lo dicen expresamente y con toda claridad, porque es la excepción.

¹¹⁴Ibid. pp. 276-277

Lo anterior bastaría para rechazar la tesis que se critica, pero hay que tener en cuenta otro aspecto para confirmar definitivamente su invalidez. Si interpretamos el artículo 185 y la primera parte del artículo 149, en relación con la primera parte del artículo 235 y con el inciso final del artículo 172, todos Cn., concluiremos que los jueces y magistrados tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y en acatamiento de aquella, sin excusas ni pretexto deben inaplicar cualquier norma que consideren inconstitucional. Queda claro, pues, que inaplicar normas estimadas inconstitucionales no es una facultad discrecional de magistrados y jueces, sino que uno de sus deberes de mayor obligatoriedad.

Consideramos además de la opinión de otros que, aun admitiendo aparentemente todo lo anterior, dicen que cuando un Magistrado o Juez considera que es inconstitucional la norma que pudiera aplicar para dictar sentencia y resolver el caso sometido a su conocimiento, lo que debe hacer es declararlo así y suspender la actuación. Probablemente este parecer se ha basado en la consulta de algún autor que comenta un sistema predominante concentrado en control de la constitucionalidad. En tales sistemas la misión del Juez ordinario, para la generalidad de casos, se concreta, ante un supuesto como el anterior, a declarar la inaplicabilidad del precepto en entredicho, suspender su actuación y plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, que es el único habilitado para declarar inconstitucionalidades.

Nuestro sistema es diferente. En él predomina el sistema disperso y si bien es cierto que sólo a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia –máximo guardián de nuestra Constitución-le corresponde el llamado "monopolio del rechazo", o sea la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio (artículo 183Cn.), cualquier otro Tribunal o Juez ordinario salvadoreño, en cumplimiento de la función preceptiva a que le obliga el juramento constitucional (artículo 235 Cn.) y el sometimiento al imperio de la Constitución (artículo 172, inciso final, Cn.), debe enjuiciar previamente la constitucionalidad de cualquier norma subordinada a la Ley Fundamental que pudiera utilizar para decidir el caso, antes de aplicarla, para los efectos que a continuación se precisan:

- Constar en todo caso que la norma es constitucional. Se trata del llamado "juicio positivo de constitucionalidad" que condiciona la aplicación de cualquier norma. Declarar la inconstitucionalidad de toda disposición general que contradiga a la Constitución. El no debe remitir a nadie la cuestión para que la decida. Su declaratoria no tendrá efectos generales, no eliminará la norma cuestionada del ordenamiento, pero sí plenos efectos en el caso sometido a su conocimiento, si su resolución queda firme. En este supuesto, que es el considerado en la tesis que se comenta, él no debe suspender el conocimiento del asunto, sino que debe fallar. Si se niega a fallar incluso comete delito, como ya vimos. En tales casos, usualmente no habrá siquiera una laguna, pues si bien es cierto que no podrá aplicar la norma que él ha declarado inconstitucional, sí habrá una en el ordenamiento que debe preferir a cualquier otra y que usualmente será la misma de la Constitución que le motivó a declarar la inaplicabilidad de la de rango inferior. Si hay efectivamente una laguna, deberá aplicar las técnicas usuales de la teoría general del Derecho que tienen vigencia en nuestro ordenamiento, para colmar ese vacío, pero siempre debe fallar;
- Negar validez a cualquier norma jurídica individualizada que proceda de actos jurídicos públicos (administrativos, judiciales, etc.) y privados cuando concluya que son inconstitucionales; y, finalmente;
- Interpretar "conforme a la Constitución" la totalidad del ordenamiento jurídico.

Eficacia jurídica de los valores y principios en la Constitución salvadoreña

Para cerrar este subtema debemos recordar que, tal como se concluyó en el análisis doctrinario del principio de imperatividad constitucional, tanta fuerza vinculante tienen las normas de la Constitución, como los valores y principios que ella consagra. Es más, algunos de estos principios y valores han sido calificados de "superfundamentales", pues si ya de suyo la Constitución es fundamental, tales valores y principios lo son en mayor medida, ya que fundamentan a la misma Constitución y orientan la interpretación y la aplicación de la generalidad de preceptos de ella y de los derechos fundamentales que consagra.

Es notorio como la Sala de lo Constitucional ha empezado a basar cada vez con mayor frecuencia sus sentencias en valores constitucionales -cual sería el caso de la seguridad jurídica.¹¹⁵ Recientemente ha ocurrido un hecho sin precedentes en nuestra práctica judicial y es el de que una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, distinta de la de lo Constitucional, declarase inaplicable una disposición legal por considerarla inconstitucional. Otra novedad en nuestro medio ha sido que la inaplicación se haya basado en violación de valores y principios constitucionales. "Es indudable -se ha dicho en la sentencia respectiva- que la problemática de inconstitucionalidad suscitada reviste alcance más extenso que el que se plantea en la demanda, ya que más que con las normas invocadas, se vincula con disposiciones que proclaman principios de mayor jerarquía. En efecto, la cuestionante de inconstitucionalidad formulada se relaciona estrechamente con las regulaciones que consagran que la seguridad jurídica es uno de los grandes objetivos del Estado y uno de los derechos y garantías fundamentales de la persona"¹¹⁶.

La fuerza vinculante de los principios constitucionales ha sido reconocida de manera expresa por nuestra propia Ley Suprema, al decir que "Los principios, derechos y obligaciones establecidas por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio" (1er. inc. del artículo 246 Cn.). Por lo que hemos afirmado que, cuando el artículo 235 obliga a todo funcionario a atenerse a lo que disponga la Constitución, no debe entenderse literalmente que únicamente al texto de ella, sino que también a los principios que inspiran a sus preceptos, sin perjuicio de que en diversos casos tales principios están reconocidos en el texto.

En nuestra Constitución los valores constitucionales están considerados, repetimos, en forma expresa por diversos artículos ya algunos de ellos se les reconoce el carácter de básicos. Principalmente dichos valores y principios constitucionales aparecen en el Preámbulo; en el Capítulo Único del Título I y en el Título III que juntos vienen a ser lo que otras constituciones es su Título Preliminar; en el Título II dedicado a los derechos y garantías de la persona; y en el Título V que se ocupa del orden económico. Otro artículo que destaca la significación de esos principios, es la parte final del artículo 248, que declara irreformables unas partes de la Constitución donde se encuentran varios de esos principios básicos y expresamente "petrifica" uno, de larga data en nuestra historia constitucional, y es el de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.

En forma muy breve y somera haremos referencia a algunos de tales valores y principios constitucionales. Un principio cimero y fundamentador de un buen número de derechos constitucionales es el respeto a la dignidad de la persona humana ¹¹⁷ postulado en el preámbulo y aplicado en diversas disposiciones constitucionales.

Entre los valores superiores de nuestro ordenamiento destacan la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. A la justicia se le reconoce tal valor cardinal tanto en el preámbulo como en el artículo 1 que le asigna a ella y a los otros dos valores la jerarquía de ser ellos la razón de ser por la cual está organizado el Estado Salvadoreño.

La libertad tiene un alto rango de conformidad a nuestra Constitución, reconocido por el preámbulo y por diversas disposiciones de la Ley suprema.

A su vez la igualdad se reconoce por la Constitución no sólo como un derecho fundamental autónomo o aislado, sino como un principio informador de la casi generalidad de derechos fundamentales.

Toda esta temática merece ser incluida en los cursos y seminarios de los programas de capacitación en el servicio de los miembros de nuestro sistema de administración de justicia, particularmente dedicados a los valores y principios constitucionales que más tienen que ver con la actuación de tales operadores jurídicos, en especial de los que se destacan como primarios para todo el sistema, con "enérgica pretensión de validez" y que deben ser jerárquicamente superiores para la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de nuestra Constitución.

¹¹⁵ Cfr. Guitérrez Castro, Gabriel Mauricio. Op. cit. pp. 91 y sgts. (Casos relacionados con la "Garantía de Audiencia")

¹¹⁶ Sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, pronunciada el 21 de marzo de 1991. (Aún inédita).

¹¹⁷ Sobre este tema véase: Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. Anteproyecto de Código de Familia. Cit. pp. 79 y sgts

1.3.5. La disposición derogatoria de la Constitución (artículo 249 Cn.), el artículo 271 de ella y el problema de la legislación ordinaria preconstitucional

1.3.5.1. El artículo 249 Cn.

Planteamiento del problema

En muchos países ha generado discusión la circunstancia de la entrada en vigor de una nueva Constitución y su incidencia sobre toda la legislación anterior. El problema se ha complicado en mayor medida en aquellos estados donde existe un Tribunal Constitucional, el cual es el único competente para declarar inconstitucionales las normas generales, ya que se discute si cabe a los tribunales ordinarios declarar ineficaz una norma anterior a la Constitución, por oponerse a esta última, ya que se trataría de una cuestión de inconstitucionalidad reservada al Tribunal especializada; o, a la inversa, algunos autores le ha negado al Tribunal Constitucional el conocimiento de la cuestión, porque, según ellos, se trata simplemente de una derogación y el Tribunal Constitucional no debe conocer el problema de las derogaciones de las normas, sino, precisamente, de la posible contradicción con la Constitución de las normas formalmente vigentes, y las que se oponían a la nueva Ley Fundamental ya fueron derogadas. La cuestión se agrava en aquellos países donde no existe una disposición derogatoria expresa en la Constitución; o en otros, donde la acción directa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional tiene plazo determinado y no es disponible indefinida e imprescriptiblemente tres de los países con más reciente experiencia en esta temática -Italia, Alemania y España- por una o por otra vemos que de momento no se tiene tiempo de analizar, se ha llegado a concluir que el Tribunal Constitucional sí puede y, es más, debe conocer de estos conflictos entre legislación pre-constitucional y Ley Fundamental.

Tratamiento de la normativa pre-constitucional en la práctica jurisdiccional salvadoreña

Entre nosotros el asunto no ha sido muy polémico y la Sala de lo Constitucional ha admitido demandas de inconstitucionalidad de leyes anteriores a la vigencia de la actual Constitución, habiendo declarado la inconstitucionalidad de varias de ellas ¹¹⁸. El problema, realmente, ha sido otro. Como se sabe, nuestros magistrados y Jueces están plenamente facultados tanto para declarar que las disposiciones de una ley anterior están tácitamente derogadas porque no pueden conciliarse con las de una ley nueva (artículo 50 C.C.), como para declarar que una ley dictada con anterioridad a la Ley Suprema es Inconstitucional, por contradecir algún precepto o principio de la misma. En lo primero no parecen tener problema alguno cuando resuelven conflictos entre leyes ordinarias, pero cuando la Constitución está involucrada, actúan con una prudencia que llega a la exageración. Aquí podrían tomarse las palabras de Piero Calamandrei de que los Jueces tienden más bien a no usar los poderes que tienen que arrogarse los que no tienen. En algunos casos ellos tratan de justificar esa pasividad con diversos argumentos, de uno de los cuales nos ocuparemos concretamente al final de este tema. En la generalidad de esas argumentaciones parece olvidarse que existe en la Constitución el artículo derogatorio que estamos examinando y es por ello que se ha considerado necesario estudiarlo.

Análisis del artículo 249 Cn.

El texto

Empecemos por transcribirlo: .. Art. 249.- Derógase la Constitución promulgada por Decreto No. 6, de fecha 8 de enero de 1962, publicado en el Diario Oficial No. 110. Tomo 194. de fecha 16 del mismo mes y año, adoptada por Decreto Constituyente No. 3, de fecha 26 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial No. 75. Tomo 275, de la misma fecha, su régimen de excepciones. así como todas aquellas disposiciones que estuvieren en contra de cualquier precepto de esta Constitución".

¹¹⁸ Por ejemplo, véanse: Demanda 3-83. Sentencia 1984 que declaró inconstitucional la "Ley General de Colegiación Profesional Obligatorio en: El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sentencias (Separata de la Revista Judicial). San Salvador; Talleres Gráficos, de la Corte Suprema de Justicia. 1989. pp. 1 y. sgts y Demanda 3-85. Sentencia 1989 relacionad. en Nota No 48.

Consideración de las partes de la disposición

Esta disposición derogatoria tiene dos partes claramente distinguibles. En la primera hay una derogación expresa de los contenidos constitucionales que se incorporaron, con un régimen de excepciones, a la normativa fáctica de la época inmediatamente precedente al actual período de continuidad constitucional. Esta parte no ofrece ningún problema que ahora merezca nuestra consideración.

La segunda parte del referido artículo involucra una derogación tácita, ya que se dijo que también hablan quedado derogadas todas aquellas disposiciones que estuvieran en contra de cualquier precepto de la Constitución. Esta es la parte que parece ignorarse y que ha generado los problemas apuntados: aunque en apariencia ella tiene un alcance claro, y es que tal derogación se entiende producida por ministerio de la ley, y en este caso la Ley Suprema para todas aquellas normas que regulaban de manera distinta a la Constitución determinadas materias. Aquí en palabras de García de Enterría¹¹⁹, el efecto derogatorio implicado que cualquier aplicador del Derecho. Juez. Tribunal. Órgano Público, sujeto privado, intérprete de cualquier especie, debería concluir que esas disposiciones han dejado de tener vigencia y proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. Sin embargo ello no ha ocurrido de esa manera y persisten las dudas. Ir es natural que así sea, porque en este asunto se encuentran mezcladas dos instituciones -inconstitucionalidad y derogación- que aun cuando en sus efectos parecen coincidir en la negación final de validez de la norma, esto es aparente, porque ambas instituciones discrepan en su esencia, en sus causas y también en sus efectos, como luego se verá. Por lo anterior, desde la perspectiva del rigor lógico pareciera ser lo correcto -como sostiene Rubio Urente¹²⁰- propugnar la separación completa entre las instituciones de inconstitucionalidad y derogación, reservando la primera para la normativa posterior a la Constitución, y la segunda para las normas anteriores a la vigencia de aquella, que están en contra de sus preceptos. Si se acepta lo anterior, la constatación de este tipo de derogación estada confiada únicamente a los Jueces y tribunales que no sean la Sala de lo Constitucional, sin que ésta tuviese ninguna función sobre tal materia.

Sin embargo, tal solución sólo es aparentemente correcta y, además, como han sostenido varios autores, adolece de una debilidad pragmática visible.

Problemas generados por la concomitancia de dos figuras jurídicas: nulidad y derogación

Mediante un examen más detenido de la disposición constitucional que declara derogadas tácitamente ciertas normas, por incompatibilidad sobrevenida con normas de rango constitucional, se advertirá que la cuestión no es tan simple como acaba de plantearse. En gran medida efectuaremos tal análisis siguiendo el curso del pensamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹²¹. La peculiaridad de este problema es de que si las leyes preconstitucionales están en contra de lo que viene a prescribir la Constitución, entonces sucede que la Ley Fundamental es una ley superior -criterio Jerárquico- y posterior -criterio temporal- y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las normas que se opongan a la Constitución; y, de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir a su derogación, tal como lo dice el artículo 249 Cn. Pero lo que hay que tener muy en cuenta es que a esta peculiar derogación se produce por contradicción con la Constitución; es decir que lo primero que se debe examinar es si esta contradicción existe. Dicho de otro modo tal incompatibilidad es la premisa de la derogación. La inconstitucionalidad no es la consecuencia de la derogación, sino por el contrario, es la premisa de tal consecuencia. Tal como dice Rubén Hernández Valle¹²² cuando se declaran derogadas tácitamente unas normas por incompatibilidad sobrevenida con normas de rango constitucional, tal resolución implica en el fondo una derogatoria en cuestión se funda en el contraste existente entre la norma dictada con anterioridad a la vigencia de la Constitución y disposiciones contenidas en esta última. Es decir, que la derogatoria tácita se da por vicios de inconstitucionalidad. Como apunta García de Enterría¹²³ 122, la derogación o no derogación pasa por un juicio previo de inconstitucionalidad ("inconstitucionalidad sobrevenida"), y ese Juicio previo tiene exactamente el mismo contenido tanto ella ley contrastada es posterior como si es anterior a la Constitución. La consecuencia entonces es obligada: la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer esta materia.

¹¹⁹ "La Constitución como norma... Cit. Pgs. 83 y sgts"

¹²⁰ Cit. p. García. de Enterría, *Ibid.* p. 91

¹²¹ García de Enterría. *Ibid.* pp. 88-91.

¹²² *Op. cit.* p. 164.

¹²³ La constitución como norma... Cit p 93

La tesis que niega absolutamente a la Sala de lo Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, competencia para enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Ley Suprema de las normas preconstitucionales Impugnadas, y para declarar, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y. en tal supuesto. la derogación operada por disposición del artículo 249 Cn., además de ser equivocada, como se deduce del análisis que se acaba de hacer del asunto, adolece, como ya se dijo. Y sostiene la doctrina dominante. de una debilidad pragmática visible. Para explicarla tomaremos nuevamente las palabras de García de Enterría¹²⁴. El dice que esa debilidad está en que se consagra una grave Inseguridad jurídica 51 se deja a una multiplicidad de centros de decisión. la que compone la totalidad de jueces ordinarios .Y tribunales, resolver el problema del alcance que la promulgación de la Constitución supone efectivamente. sin permitir que el Tribunal Constitucional pueda ejercer una actividad correctora de los excesos en que pueden Incurrir los tribunales ordinarios. Expresa que este problema es de primera Importancia. para precisar el efecto normativo de la Constitución misma y su lugar real en el sistema y que no es un problema de solución fácil, accesible a cualquiera, como suelen serlo. sin perjuicio de eventuales complejidades técnicas. los problemas ordinarios de la derogación de la ley antigua por la ley nueva. Una de las razones de la complejidad del problema es que, como acabamos de verlo, la Constitución utiliza conceptos sumamente abiertos -conceptos jurídicos indeterminados- y su contraste con las normas ordinarias precedentes, que son por lo regular disposiciones específicas y detallistas, no es tarea fácil y supone una especialización no siempre presente en todos los jueces. El riesgo de que no se compruebe nunca una derogación, como se suponga que hay derogaciones donde no existen, es -dice- un riesgo notorio si se deja el problema exclusivamente en manos de los tribunales ordinarios. y. finalmente, un riesgo que afecta a la vez a la certeza del Derecho y a la seguridad pública.

Conclusiones

En definitiva y para nuestro caso, adaptando a él las Ideas de Otto Bachof ¹²⁵, el sistema debe operar en la siguiente forma: La Sala de lo Constitucional, que viene a ser una Instancia especializada en estas cuestiones, que debe estar Integrada por personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y en práctica constitucionales: una experiencia -en definitiva- que no tiene el juez ordinario, tiene la facultad exclusiva de declarar de manera general y definitiva, que la norma.

¹²⁴ Op. últimamente en. pp. 92-94.

¹²⁵ Bachof, Otto, Jueces y Constitución, Madrid Civitas, 1985.p 55