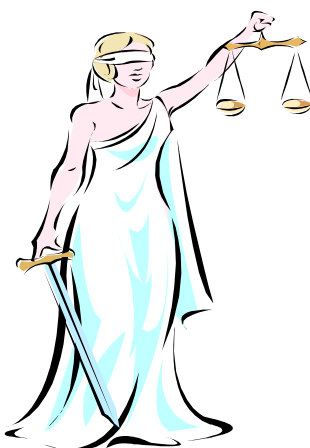


UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
CURSO DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO II
CICLO II-2007



CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LAS FUENTES DEL DERECHO SALVADOREÑO

FUENTE BIBLIOGRAFICA:

SORIANO RODRIGUEZ, Salvador Héctor: *Constitucionalización de las Fuentes del Derecho Salvadoreño*. En: AA.VV: *Teoría de la Constitución Salvadoreña*. 1ª. Edición. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea - Corte Suprema de Justicia. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador. 2000.

CIUDAD UNIVERSITARIA, OCTUBRE DE 2007

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO SALVADOREÑO

Por Salvador Héctor Soriano Rodríguez.
Diciembre de 1999.

SUMARIO: PRIMERA PARTE: EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO, I. Constitucionalización de las fuentes del derecho. II. Las normas constitucionales. III. Del valor normativo de otras fuentes del derecho constitucional. IV. De las normas de reforma constitucional.

SEGUNDA PARTE: DE LAS FUENTES ORDINARIAS. I. Los Tratados. II. Las normas ordinarias. III. Normas de excepción. IV. Los reglamentos. V. Las ordenanzas. VI. Los instructivos. VII. Las circulares. VII. Los oficios. IX. Resoluciones y sentencias judiciales. X. Los decretos, acuerdos, órdenes, providencias y resoluciones XI. Los derechos. XII. La costumbre. XII. La jurisprudencia. XIV. La doctrina legal. XV. La doctrina de los expositores del derecho. XVI. Otras fuentes del derecho constitucional.

PRIMERA PARTE: EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FUENTES

El tradicionalismo civil de las fuentes

Las fuentes del derecho han sido investidas por la tradición del pensamiento civil. Cuestión adecuada para una época pretérita, no así para hoy. Importante es, sin embargo, que recordemos algunas situaciones sobre las fuentes del derecho. La influencia fundamental se depositó en el Código Civil cuyas reglas de legalidad dominaron como reglas de interpretación y fundamentación de todo el sistema normativo. El sistema constitucional fue visto como reglas políticas y carentes de toda imperatividad.

El sistema de fuentes del derecho para Royo desde la tradición jurídica anterior a las visiones Constitucionales se caracteriza por varios puntos: (a) negativo, en cuanto que la manifestación de las fuentes escrita es derivación de un poder central. Por lo general, no hay competidores territoriales, para la emisión de las normas jurídicas. El punto de vista negativo correlaciona la abstención para dictar normas jurídicas por órganos no autorizados. (b) Positivo. Cualidad que articula el sistema jurídico alrededor de la ley. Las leyes se originan en el parlamento y los reglamentos en el gobierno central; en nuestro caso la Asamblea Legislativa, la Administración Pública, la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia complementan el sistema de fuentes. c) Jerarquía. El sistema se ordena por la posición que ocupa el órgano emisor de la norma. (d). Fundamento. Error

tradicional que arrancó de la fundamentación en la ley y no desde la Constitución.

La innovación constitucional de las fuentes

La novedad de un sistema de fuentes disciplinado por la Constitución, rompe algunas posiciones clásicas, pero reafirma una parte de ellas y entrecruza nuevas configuraciones:

(a) Nuevo concepto constitucional. El ordenamiento jurídico se ve sometido a un nuevo concepto de Constitución diferente al que se asumió históricamente. La Constitución se acompaña de garantías constitucionales extraordinarias, reforma constitucional, y una justicia constitucional. Situación que en nuestra historia constitucional reconoció en las Constituciones de 1841 en el hábeas corpus,; 1886, amparo; 1950, proceso de inconstitucionalidad de ley; 1983, proceso de inconstitucionalidad de los tratados, pero que no fue sino hasta en los 90 que adquirieron trascendencia notable. Por ejemplo, no podemos negar la incidencia de la Sala de lo Constitucional en la confirmación de la democracia constitucional.¹

(b) La subordinación de la Ley. El nuevo concepto de Constitución redujo los privilegios jerárquicos de la ley. La Constitución asumió la posición y subordinó a la ley; subordinación diseñada por la especialidad de control de un Tribunal Constitucional.² Consecuencia importante está en el principio de legalidad que se condiciona al principio de constitucionalidad, y de cómo el ordenamiento jurídico se ve completado por el principio de juridicidad.

(c) Leyes de derechos fundamentales. Royo explica el rompimiento del concepto tradicional de ley, por medio de la introducción de lo que en España son las leyes orgánicas -normas que regulan derechos fundamentales-. En nuestro caso, sin usar dicha terminología la Sala de lo Constitucional estableció en su jurisprudencia similar conclusión, al restringir el desarrollo de los derechos fundamentales por medio de ley.³

(d) Soberanía limitable. Es importante resaltar que la Constitución española particularizó el favorecimiento de la integración europea de modo claro; en igual sentido la Constitución de 1983, ha hecho lo mismo para la integración centroamericana. El Art. 89 Cn. de 1983 fomenta dicha integración y su consolidación se auxilia con la autorización de organismos supranacionales; se conserva a pesar de ello la regla de supremacía constitucional. La validez de los organismos supranacionales funciona en conexión con una teoría de soberanía limitable, por el ejercicio de las propias competencias de la Constitución.⁴

¹ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 19.

² Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 19.

³ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 20.

⁴ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 20.

Sistematización constitucional de las fuentes del derecho

Nuestra Constitución reconoce un sistema de fuentes del derecho. Sistema que no solo debe ser observado como eminentemente constitucional sino como un sistema que ordena la totalidad del sistema jurídico nacional. La Constitución legitima las siguientes manifestaciones: a) normas constitucionales y normas de reforma constitucional -normas constitucionales y normas de reforma constitucional -norma primarias, o normas constitucionales derivadas-; (b) normas ordinarias o secundarias -ley en sentido estricto-; (c) los tratados -normas ordinarias internacionales o ley en sentido preferente; (d) normas de excepción; (e) normas reglamentarias; (f) los decretos; (g) acuerdos; (h) órdenes, (i) providencias; (j) resoluciones; (k) las circulares y (m) los oficios.

Además del anterior espectro normativo, integrante de las fuentes del derecho, aparecen otras que han sido sacralizadas por la doctrina jurídica. Aquí aparecen: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina legal, y constitucional, y por último la doctrina de los expositores del derecho. Especiales comentarios de mérito en nuestras prácticas jurídicas están en las ordenanzas, memorándums e instructivos.

La clasificación anterior, ha de ser tenida en cuenta por el estimado lector, como producto de un esfuerzo académico-sistematizador de las normas jurídicas de mayor incidencia en nuestro sistema jurídico. Aclarado con brevedad este asunto, mostraremos las cualidades distintivas de cada tipo de norma jurídica.

II. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Contenido y función disciplinadora de las normas constitucionales

La primera observación de las normas constitucionales es que éstas ordenan la génesis del derecho.⁵ La Constitución regula las materias, órganos y procedimientos que determinarán las concreciones de sus propios supuestos jurídicos. La Constitución regula las fuentes del derecho y la producción del resto de normas y sistemas jurídicos.⁶ La tarea esencial de la Constitución es disciplinar como el resto de normas jurídicas de un ordenamiento jurídico deben ser producidas.⁷ Es evidente la consolidación de este principio en el pronunciamiento que hace la Sala de lo Constitucional en la sentencia de

⁵ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 31.

⁶ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 31.

⁷ No debemos olvidar que esta actividad de la Constitución es eminentemente formal. Contexto en que la Constitución ejecuta las precisiones condicionadoras de creación normativa: "tanto los órganos competentes para ello, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia. Ver a Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág. 31.

amparo 4-N-93 del 24 de noviembre de 1995. La Sala dice que: "La Constitución de la República, como expresión de la soberanía popular, no sólo es un sistema de normas, sino que cualitativamente constituye el primer conjunto normativo y base fundamental de todo el ordenamiento jurídico interno; lo que implica que todos los planos de la producción jurídica deben estar subordinados a la Constitución en cuanto a su forma y contenido."

La Constitución no es una simple creación de un orden nominalmente normativo, sino la creación de un orden que manda realizarse. "La Constitución es la autodeterminación de una generación para consigo misma; está limitada en extensión e intensidad por la potestad que ejercitaron las generaciones anteriores, y la propia, que habrá de ejercitar su turno la generación que suceda a la presente". La Sala de lo Constitucional en la sentencia de amparo 19-M-94 del 29 de julio de 1995, estima que "es imperioso advertir que la Constitución en general es un mecanismo que, además de contener normas directoras de la vida política del estado, organizadoras de la sociedad estatal, sistematizadoras de sus instituciones y limitadoras de la discrecionalidad y arbitrariedad de los gobernantes; contempla normas garantizadoras de los derechos de los gobernados sin distinción alguna, estableciendo la potestad de limitarlos únicamente en los casos regulados por la ley y por mandato de autoridad competente".

Fundamentación constitucional de las fuentes

Las normas constitucionales han sido conocidas como normas primarias o normas fundamentales. Una definición de coherencia grupal las explica como el subsistema básico del ordenamiento jurídico. Desde la posición jerárquica, es la norma suprema. Como norma que imprime el sostén del sistema normativo, ha sido entendida como la norma básica del orden jurídico. Una definición de contenidos hace que las normas constitucionales sean las que reconocen los valores, principios, derechos fundamentales o esenciales y la distribución de los órganos del Estado.

El principio de supremacía y fundamentalidad constitucional logra la idea de superioridad jerárquica de las normas constitucionales. El principio de supremacía permite el control de constitucionalidad de las leyes, impide que los órganos deleguen el ejercicio de sus funciones, supone que no existe poder superior a la norma constitucional, deroga los actos anteriores y posteriores que contradicen a la norma constitucional, con lo cual impone su poder anulatorio. Fayt dice que "la supremacía de la Constitución es una consecuencia lógica del principio de subordinación al derecho que impera dentro de la organización política. El principio de supremacía impone un deber de conformidad de los poderes públicos para con la Constitución. La supremacía pertenece a la Constitución, no a los gobernantes, de ahí que la Constitución gobierna a los hombres y no al contrario.

La supremacía constitucional se consolida históricamente en la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso Marbury contra Madison, el juez Marshall crea la

jurisprudencia de la función legislativa limitada por la Constitución. El criterio judicial determina que los medios ordinarios no pueden modificar la norma constitucional, puesto que enfrenta la resistencia de la Constitución, que con grado de supremacía condiciona y subordina a los poderes legislativos. El dogma de la supremacía constitucional fue razonado por la jurisprudencia norteamericana a partir de la lógica de las modificaciones posibles a una norma jurídica. Si la norma constitucional puede ser modificada por una ley ordinaria; y ocupa la misma posición desde la organización jerárquica de las normas. Posibilidad que es desechada, por el convencimiento de una regla lógica de mayor convencimiento real.

El razonamiento que permitió reconocer una posición suprema a la norma constitucional evade la permisión de modificar por ley ordinaria a la norma constitucional. Aceptar dicho postulado convertiría a las constituciones en un absurdo jurídico, haciendo de las mismas, simples tentativas para limitar el poder. El argumento histórico convierte otra justificación, en cuanto que deja inservibles las luchas, y desestima los esfuerzos que hicieron las colonias anglosajonas para conseguir la unión federal. Fayt concluye que "de este modo, toda ley repugnante a la Constitución es nula, correspondiendo a las tribunales y a los jueces decidir sobre el conflicto entre una ley ordinaria y la ley suprema".⁸

Paralelo a la supremacía está el principio de fundamentalidad, que garantiza la permanencia y perdurabilidad del minimum de elementos esenciales en el orden jurídico, apoya la estabilidad de los factores reales de poder, y rechaza la alteración del equilibrio de estas fuerzas.⁹

El principio de regularidad jurídica completa el cuadro que caracteriza la supremacía constitucional. La regularidad jurídica señala la regla que valida la producción de las normas inferiores. Significa la regla de la cadena de validez de las normas jurídicas, según las determinaciones de las normas constitucionales. "Es la relación de correspondencia y conformidad que debe existir entre el grado inferior y el superior del ordenamiento jurídico".¹⁰

El principio de irradiación ilustra de otro modo la supremacía constitucional, en cuanto efectos hacia el interior del resto de sistemas jurídicos. En la jurisprudencia alemana el caso Lüth, es bastante ilustrativo como antecedente al principio de irradiación constitucional. Un periodista "Presidente de un club de prensa, encabezó un boicot contra la proyección de una película en Alemania -juzgada por él como contraria a los valores constitucionales- realizada por un productor en su día favorable al régimen nacional socialista. El productor reaccionó y consiguió por vía judicial civil una sentencia que "condenó" a los productores del boicot, estimando que el periodista se debía de abstener de seguir llamando al boicot, por ver en ello

⁸ Carlos S. Fayt. Derecho Político. Tomo II Pág.56.

⁹ José Albino Tinetti: Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución. Págs. 200 y ss.

¹⁰ José Albino Tinetti: Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución. Págs.206 y ss.

una "una acción contraria a las buenas costumbres". Ante esta decisión el periodista apeló al Tribunal constitucional Federal Alemán".¹¹ Según Rodríguez el Tribunal Constitucional falló protegiendo al periodista en sus actuaciones. Estableció que "la acción de Lüth, estaba cubierta por un derecho fundamental y el límite de la norma civil debía plegarse al derecho de rango superior".¹²

El principio de irradiación, estampó en el caso Lüth, que la aplicación e interpretación de disposiciones normativas por los jueces están influidas por los derechos fundamentales; y que la sentencia no debe olvidar la influencia de la Constitución en las normas ordinarias. Las peculiaridades del efecto de irradiación consisten, en que este no es nuevo ámbito del derecho constitucional, permite que cada ámbito de los sistemas normativos ordinarios -civil, penal, administrativo- permanezca como tal, pero éstos son influidos conformándolos constitucionalmente, situación que consigue una especie de mixtura entre el derecho ordinario y el derecho constitucional. Además, el principio afecta a las tres funciones del Estado y no se limita al poder judicial.¹³ Flores Valdéz respalda la afirmación en el sentido que "quizá esta cualidad de general o universal incidencia explique y hasta justifique la atención prestada a la Constitución en el mundo jurídico no sólo por parte de los constitucionalistas sino también por todos los iuspublicistas y iusprivatistas, sirviendo para en cierto modo, fomentar un sano fenómeno de ósmosis jurídica al desparcelar antiguos encasillamientos y conectar ancestrales compartimientos científicos, tradicionalmente casi incomunicados".¹⁴

Flores-Valdés plantea a las normas constitucionales con un fundamento que no es exclusividad del derecho público, notable error que se arraigó en las escuelas jurídicas. La norma constitucional también es ley fundamental de las relaciones entre los particulares." A nuestro juicio, para valorar la incidencia de la Constitución en el derecho privado ha de tenerse en cuenta el estado actual de la clásica y dicotómica división del derecho en público y privado. Resulta, desde luego, imperiosa la necesidad funcional de parcelar el estudio del derecho, pero esta apremiante necesidad no justifica ruptura alguna con la esencial unidad del ordenamiento jurídico, ni avala la desconexión de sus instituciones con la cúspide normativa constitucional".¹⁵

La imperatividad completa la efectividad jerárquica constitucional. El principio de imperatividad formula la vinculación automática, inmediata y directa de las normas constitucionales. Implica que todas las normas constitucionales son preceptivas u operativas. Por lo tanto no pueden estar

¹¹ Roberto Rodríguez. Particulares y Derechos en el Derecho. Pág.312.

¹² Roberto Rodríguez. Particulares y Derechos en el Derecho. Pág.312.

¹³ Roberto Rodríguez. Particulares y Derechos en el Derecho. Pág.314 y ss.

¹⁴ Joaquín Arce y Flórez-Valdés. El Derecho Civil Constitucional. Cívitas, Madrid. 1ª reimpresión 1991. Pág.28.

¹⁵ Joaquín Arce y Flórez-Valdés. El Derecho Civil Constitucional. Pág.30.

condicionadas a un desarrollo posterior en normas ordinarias para justificar su aplicación. La imperatividad de las normas constitucionales dice que la ausencia de normas constitucionales.¹⁶ Habilidosamente Sagués ha descrito las dimensiones doctrinarias de la fuerza normativa que fundamenta la Constitución. Pasando por la esfera dominante del valor absoluto, en una pirámide jurídica y nomocrática; y reproduciendo la advertencia de recaer en un sin sentido, de la hoja de papel o la fuerza normativa como valor nulo. Las doctrinas menos radicales, que esmeran la constitucionalización de los actos y normas inconstitucionales; las que únicamente aceptan a la norma constitucional como propuesta, y la meteorológica, que fulmina predictivamente, por medio de la invalidación de los comportamientos o normas inconstitucionales. En el poder judicial, Saguez destaca el rol constructivo de la fuerza normativa, para resolver en cualquier jurisdicción los litigios, a través de "ser guardianes del proceso político" y protectores de la jurisdicción constitucional de la libertad. Los jueces para Sagués, tiene un rol, como legislador negativo, al expulsar normas inconstitucionales; y con un rol positivo, para que ante inconstitucionalidades por omisión, cumplan "el hacer, que la Constitución les ha dispuesto"¹⁷.

En general, el reflejo de la fundamentación constitucional estima que una norma existe en el orden jurídico, por la autorización de la Constitución, esto es considerar a la norma jurídica como válida¹⁸. Kelsen condensa las cualidades validadoras de las normas inferiores por la norma primaria al afirmar que: "La norma básica se refiere únicamente a una Constitución que es fundamento de un orden coactivo eficaz. Solamente si la conducta real de los hombres corresponde, generalmente, el significado subjetivo es considerado también como su sentido objetivo. La razón de la validez objetiva de un orden jurídico es... la norma básica presupuesta de acuerdo con la cual

¹⁶ José Albino Tinetti: Fundamentos del Valor Normativo de la Constitución. Págs.216 y ss.

¹⁷ Nestor Pedro Sagués: La Fuerza Normativa de la Constitución y la Actividad jurisdiccional. En Divulgación Jurídica. Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador. Año III, número 1, febrero, 1996. Pág.2. Un estudio de imprescindible consulta sobre la fuerza normativa de la Constitución está en José Albino Tinetti: Estudios Constitucionales en los Programas de Capacitación de los miembros del Sistema de Administración de Justicia. En Revista de Ciencias Jurídicas, año I, número 2, enero de 1992. Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador. La caracterización de la norma constitucional puede respaldarse también en Pablo Lucas Verdú: Reflexiones en Torno y Dentro del Concepto de Constitución. La Constitución como Norma y como Integración Política. En Revista de Estudios Políticos. Nueva época, número 83, enero-marzo de 1984. Centro de Estudios Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹⁸ La validez es criterio de existencia, diferente de la vigencia que asimila la obligación, y distinta a la eficacia, que relaciona el cumplimiento fáctico. La validez condiciona la validez y la eficacia. Estas, dos últimas, no imponen condicionantes a la validez para lograr que la validez produzca sus efectos existenciales. Al mismo tiempo, la vigencia es requisito para lograr la eficacia, pero no a la inversa. Póngase atención que normalmente se confunde vigencia y eficacia; validez y eficacia; y la vigencia como criterio de existencia. Fusiones conceptuales que han ameritado comentarios intensos en la doctrina; sin embargo, siguen dominando las consideraciones Kelsenianas

se debe obedecer una Constitución efectivamente sancionada¹⁹ y efectivamente eficaz"²⁰.

Con mayor claridad, refiriéndose a la norma constitucional, Kelsen preceptúa con insistencia que: "La norma básica presupuesta de un orden jurídico que determina el hecho constituyente en cuanto hecho básico de la creación de las normas de ese orden es el fundamento de validez común de todas y cada una de las normas jurídicas pertenecientes al mismo, y constituye, así, la unidad en la pluralidad de las normas creadas de acuerdo a ella"²¹. Pace, reproduce las ideas de Santi Romano: "es indudable que la Constitución formal, en cuanto dotada de prescriptividad, provoca en todo caso consecuencias jurídicas a cargo de la estructura constitucional, de forma semejante a lo que sucede - según la metáfora - en la relación entre el proyecto de restauración y el edificio en parte destruido, que deberá ser restaurado según el proyecto aprobado, y no de otro modo. Esta potencial interdependencia no excluye que los específicos problemas que generan la estructura constitucional y - para continuar con la metáfora- el edificio en parte destruido sean distintos de aquellos que suscitan respectivamente la Constitución forma y el proyecto de restauración".²²

La investigaciones de Robert Walter reafirman las ediciones Kelsenianas, que calificaron a la norma constitucional, como <<norma fundamental>>, <<fundamento hipotético>> La denominación hipotética presupone que "ella vale..... también el ordenamiento jurídico que se apoya en ella"²³. Walter termina reconociendo que "la idea de la norma fundamental surgió en una cooperación altamente productiva de opiniones científicas y que han permanecido constantemente como la base del edificio intelectual de la Teoría Pura del Derecho. Lo que siempre de nuevo fue motivo de cavilaciones ha sido el carácter científico de la norma fundamental, discutido en diferentes direcciones, y que Kelsen siempre buscó aprehender de forma más precisa. Algo esencialmente nuevo no ha resultado de esto, pero quizás se ha confirmado la licitud de un supuesto básico semejante"²⁴.

En complemento Pena Freire nos recuerda que: "a partir de esta norma supuesta se convierten en vinculantes los dictados del poder constituyente, es decir, se faculta a este poder para dictar normas obligatorias a todos. A partir de este germen se va construyendo escalonadamente el ordenamiento

¹⁹ Para Kelsen la sanción perfecciona la validez. En nuestro medio jurídico está determinada por la promulgación, cuya interpretación constitucional la muestra en la orden de mandar a publicar la norma jurídica aprobada por la Asamblea Legislativa

²⁰ Hans Kelsen: El Profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho. En Hans Kelsen: Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. Fontamara, México, 1a Edición.1992. Pág. 67.

²¹ Hans Kelsen: El Profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho, Pág.99.

²² Alessandro Pace. La instauración de una Nueva Constitución, Perfiles de una teoría constitucional. Pág.26.

²³ Robert Externando de Colombia, Bogotá. 1a Edición.1997 Pág. 86.

²⁴ Robert Walter; Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia, Pág.95.

jurídico"²⁵. Las normas constitucionales como normas supremas, además de la obligación de ceñimiento de los poderes públicos, trae como consecuencia la posibilidad de controlar judicialmente el ejercicio del poder²⁶. Para Del Vecchio, las normas constitucionales determinan las libertades fundamentales, la estructura y funciones del Estado, las demás leyes están subordinadas a éstas, representan -las normas ordinarias- algo consecutivo de las normas primarias. Las normas constitucionales representan una materia de mayor gravedad y garantía, debido a la actividad constituyente.²⁷

La Sala de lo constitucional, ha calificado a las normas constitucionales como normas abiertas, abstractas, indeterminadas y con perfiles sumamente amplios - sentencia de amparo del 5 de febrero de 1996, número 22-A-94 y 27-M-94-. La perspectiva de la Constitución viviente es adoptada por la jurisprudencia constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad del 18 de julio de 1996, 1-92/9.92, en la que manifiesta que la living Constitución es una Constitución que el gobierno y el pueblo reconocen y respetan, es lo que piensan que es, no lo que ha sido: "siempre se está convirtiendo en algo diferente, y tanto las críticas, como aquellos que la elogian, al igual que los actos realizados bajo su imperio, ayudan a convertirla en lo que será mañana". -(Charles y William Beard: The American Leviathan).

Como concepto básico y práctico la Constitución ha sido enfatizada por la doctrina en su función en su función que determina los derechos fundamentales, los reconoce y no se limita a decir cuales son. La Constitución introduce a los derechos fundamentales, tanto con carácter general, como específico, al considerar a muchos de ellos en sus aspectos singulares. La Constitución, regula su régimen jurídico, las condiciones para la suspensión, fija las reglas para derechos concretos y los mecanismos especiales de garantía. Esta idea de Constitución deviene de la sistematización académica de Pérez Tremps, para quien debe considerarse también, que la regulación que la Constitución hace de los derechos fundamentales "tiene como consecuencia inmediata dotar a las reglas en que se concreta del rango, y, por tanto, de la rigidez constitucional, de forma que lo regulado por la norma fundamental se convierte en indisponible para el legislador, con las ventajas e inconvenientes que ello trae consigo"²⁸.

De las reglas programáticas y operativas

²⁵ Antonio Manuel Peña Freire: La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Pág.90.

²⁶ Eduardo Alfredo Cuéllar: Apuntes sobre el Constitucionalismo de Tipo Económico. En Divulgación Jurídica. Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador. Año V, número 4, agosto, 1998. Pág.10.

²⁷ Giorgio Del Vecchio: Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona. 9a Edición. 2a reimpresión 1991. Pág.375.

²⁸ Pablo Pérez Tremps. Teoría General de los Derechos Fundamentales. En Revista de Justicia de Paz, Año II, Vol. II mayo-agosto de 1999. Corte Suprema de Justicia Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz. Págs. 148 y 149.

En nuestra historia constitucional, hay que insistir en la visión tradicional, que la impregnó con las características de un documento político. Concepción que negó por mucho tiempo el carácter de norma jurídica. Sin que hubiera razón alguna, igual que en otros países -que siguieron las mismas teorías como modo irracional y temerosa del significado de la supremacía todopoderosa y omnipresente de la fuerza del derecho marcado por el fundamento que justifica la explicación humana, la que dice como vivir en organización y constituirse en una sociedad que debe vivir para lograr su propia autorrealización

El temor a la fuerza normativa de la Constitución hizo que ésta se convirtiera en un documento que podía ser dominado en las discusiones de los parlamentarios, significando más que todo obligaciones de conducta moral que relegaba la coercibilidad que introyecta cualesquier norma jurídica; aquella que logra que las conductas sean exigibles en la fuerza del mundo de los ordenamientos jurídicos. En España han pasado situaciones similares, Royo dice que previo al régimen de Franco: "la Constitución no era norma jurídica, documento jurídico, sino un documento político consistente de manera exclusiva en la institucionalización de los agentes básicos del proceso político: el Rey y las Cortes. Todo aquello en que estuvieran de acuerdo ambos agentes era jurídicamente legítimo, no existiendo límite jurídico alguno para su actuación conjunta. La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes de ella misma organizada, sino que la Constitución era el Rey y las Cortes, la Constitución estaba permanentemente a disposición de estos dos órganos del Estado, titulares conjuntos del poder legislativo."²⁹

De la aplicación inmediata y directa

Según la cualificación temporal y personal, la norma constitucional representa un mandato de aplicación inmediata y directa, puesto que su aplicación no puede ser relegada a que exista una ley posterior que desarrolle la vaguedad de sus contenidos, especialmente de los programáticos. A partir de los condicionamientos al resto de normas, y sistemas normativos especiales, la norma constitucional manda que los contenidos y formas desarrolladas por el legislador, al producir el resto de normas inferiores, respeten las situaciones jurídicas, derechos y obligaciones reconocidos por el legislador constitucional.

La clave del carácter normativo de la Constitución resulta en el deber de aplicación por parte de los operadores jurídicos. La Constitución en sí misma fuente del derecho no sólo es un conjunto de mandatos dirigidos al legislador, también afecta a los órganos del Estado en la medida que se haya incorporado a las leyes, sino fundamentalmente, la fuerza normativa deviene en la obligación de aplicación por parte de los jueces. De esta forma, la doctrina democrática de avanzada dogmatiza el sistema de eficacia directa para la Constitución. Significa "que los jueces, y en general todos los llamados a

²⁹ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág.32.

aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más".³⁰

La regla determinante es que la falta de norma jurídica confeccionada por el legislador no afecta la coercibilidad de la norma constitucional. Por otro lado, no quiere decir tampoco, que habiendo desarrollo legislativo, no deba obedecerse la concreción que realiza el legislador en las normas secundarias. La desobediencia, o inaplicación de normas secundarias está en función del criterio de contrariedad constitucional. Esto nos permite insistir, que la norma constitucional y el mandato de aplicación directa e inmediata no desvaloriza el trabajo del legislador; si el legislador hace su trabajo de producción legislativa conforme los mandatos y respeto de las normas constitucionales; pero la omisión de actividad legislativa que determine los contenidos constitucionales en situaciones más específicas, no puede servir de pretexto para dejar de aplicar las normas constitucionales. Puesto que, la autonomía, primacía y superioridad, junto al carácter supremo y disciplinador de las normas fundamentales, otorgan a éstas la capacidad jurídica para intervenir como efectivos y verdaderas normas jurídicas, de obligatoria aplicación en la defensa y resolución de los conflictos que susciten los derechos reconocidos y demás supuestos contenidos en ella misma, es decir, en la propia y auténtica Constitución.

La aplicación inmediata es resaltada por el Magistrado Mario Solano en su voto particular de la sentencia de habeas corpus del 14 de febrero de 1996, 21-S-95, en el que señala que la Constitución tiene "un valor normativo de aplicación inmediata, no establece únicamente preceptos programáticos - salvo que se remita la Constitución a la Ley- y por lo tanto sus preceptos deben ser aplicados directamente por los operadores de derecho; además porque la fuerza normativa de la Constitución se manifiesta en dos aspectos: El aspecto represivo, en tanto que ejerce el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, en cuyo caso tiene una labor negativa expulsando del ordenamiento jurídico el acto normativo o declarando nulo el acto de gobierno. Y el aspecto constructivo, en tanto que es labor de los jueces interpretar la normativa secundaria, a partir del marco constitucional".

Con la evolución del constitucionalismo las concepciones cambian y el mismo Royo palabrea el cambio hacia la fuerza normativa que debe tener la

³⁰ Ignacio de Otto: Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes. Pág. 76.

Constitución: "está claro que se ha roto radicalmente con esa tradición constitucional y que se ha impuesto en nuestro país³¹ en el que se expresa fielmente esa doble condición de ser fuente del derecho, la primera de las fuentes del derecho y norma reguladora de las fuentes del derecho. Esto se pone de manifiesto no sólo en la propia arquitectura del texto constitucional: soberanía nacional que reside en el pueblo español directamente y no en alguno o en algunos de los órganos del Estado actuando conjuntamente o por separado, superioridad, en consecuencia, del poder constituyente respecto de los poderes constituidos, y garantías de dicha superioridad, ordinaria, la justicia constitucional, y extraordinaria, la reforma constitucional."

Aplicación inmediata y derechos fundamentales

No debemos olvidar que la teoría de la eficacia inmediata de la Constitución tiene su máxima trascendencia por la intencionalidad de maximizar la efectividad de los derechos fundamentales. En la doctrina alemana Roberto Rodríguez estampa en su tesis doctoral las consideraciones de Müller, quien concibe a los derechos fundamentales como principios elementales que ordenan la vida social, vigentes en la universalidad de la comunidad, no son derecho público, ni derecho privado, "sino derecho constitucional, superpuesto, precisamente derecho fundamental que con su fuerza normativa penetra de modo inmediato en el ámbito de las relaciones jurídicas especiales".³²

Una regla a perseguir es que la exigibilidad de aplicación directa e inmediata de la Constitución es la regla general. Aunque no existan normas de desarrollo legislativo, ello no debe ser obstáculo para que los jueces o las autoridades dejen de obedecer el mandato constitucional. En nuestra historia constitucional tenemos un caso histórico. La Constitución de 1983 había reconocido la igualdad de los hijos naturales. Sin embargo, ésa época el Art. 988 del Código Civil no estaba reformado y colocaba en un plano secundario o subsidiario a los hijos naturales en materia sucesoria. La Sala de lo Civil da cátedra constitucional al pregonar que se infringe la Constitución al sostener diferencias entre los hijos legítimos y los naturales en la sucesión del padre conforme a las reglas civiles. La sentencia de la Sala de lo Civil del 27 de febrero de 1992, advierte que la mora del legislador en actualizar las leyes secundarias, "no puede impedir jamás los derechos protegidos por la Carta Fundamental, sobre todo si se trata de la aceptación de la herencia del padre y se considere en una sentencia el artículo constitucional como letra muerta y se desconoce su existencia".³³

La actuación de la Sala de lo Civil deja que miremos implícita otra regla en

³¹ Royo habla de España, también, aplicable a nuestro país en la época actual.

³² En Roberto Rodríguez. Particulares y Derechos en el Derecho. Pág.296.

³³ La sentencia puede encontrarse en: Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos. Edición de la Revista del Instituto de Derechos Humanos Iudicium Et Vita, de febrero, 1995, número 2. Pág.59.

materia de control constitucional. Esta regla es la capacidad y facultad jurídica de los tribunales superiores para controlar la constitucionalidad de los actos de los tribunales inferiores. Claro está que el argumento siempre debe estar conectado con las competencias atribuidas en razón de la especialidad de conocimiento. Por atribución legal de conocer materia familiar y específicamente sucesoria, la Sala de lo Civil estaba autorizada para controlar la constitucionalidad de los actos de discriminación sobre los pretensores del patrimonio del causante. Que a partir de reglas familiares constitucionales obligaban a no discriminar por razón de la situación jurídica en que los sujetos pretensores había sido engendrados. De ahí el reclamo, y el mandato para los juzgados de grado inferior de no discriminar por el hecho jurídico que siltua a algunos herederos como hijos naturales.

Otro caso que aún no está resuelto, pero que debe llevarnos a las mismas conclusiones, es sobre el derecho de respuesta. Reconocimiento de un derecho constitucional que aún no tiene desarrollo legislativo en materia de libertad de expresión. Aunque no exista norma secundaria, la reclamación no debe impedirse por la mora legislativa. Para ello están las normas supletorias del procedimiento civil que tratan sumariamente la forma de cómo debe procederse para resolver el conflicto. Y en caso de que fuere positiva la reclamación otorgar la tutela del derecho a respuesta.

Identificaciones de reglas programáticas por la jurisdicción constitucional

Frente a éstas concepciones en que la norma constitucional debe ser directamente aplicable, la Sala de lo Constitucional, ha dejado establecida la identificación excepcional de normas programáticas que no son mencionadas expresamente por la Constitución. Considera que las normas de referencia económica para la expropiación y transferencia de tierras tienen carácter programático. La sentencia de amparo 7-L-95 del 30 de mayo de 1995 dice que: "los derechos que se alegan haberse violado, como son la obligación del Estado de transferir las tierras que exceden del límite legal, así como la posibilidad de expropiación por ministerio de ley, cuando dicha transferencia no se realice en el plazo establecido constituyen normas programáticas de carácter social, y que no obstante, existe un deber estatal de hacerlas cumplir, por su misma naturaleza de normas de aplicación diferida, necesitan un desarrollo en la normativa secundaria para que se traduzcan en derechos concretos que puedan reclamarse en un juicio de amparo; ya que este tiende a la protección del gobernado contra una acción u omisión de una autoridad del aparataje estatal que viole los derechos subjetivos constitucionales, derechos que en el presente caso no han sido concretados en el escrito de demanda".

Derecho de acción procesal y reglas programáticas

Al respecto de las reglas operativas y programáticas en la Constitución de 1983 debemos deslindar dos aspectos. Una cuestión es que todas las normas constitucionales son operativas, a menos que el carácter programático sea

señalado como excepción por la misma constitución o bien por la jurisdicción constitucional concentrada en la Sala de lo Constitucional. La otra cuestión es que el carácter programática no debe confundirse con el derecho de acción que legitima la acción en proceso constitucional de amparo. La configuración de la acción en un proceso de amparo en nada tiene que ver con el carácter programático que pueda ser señalado como excepción.

III. DEL VALOR NORMATIVO DE OTRAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El preámbulo constitucional.

Un aspecto del carácter normativo constitucional es extenderlo al preámbulo de la Constitución. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, el 23 de octubre de 1995, reconoció la fuerza normativa del preámbulo de la Constitución, dentro de las constelaciones normativas que la intergran. "Aplicando este concepto al asunto que nos ocupa, se tiene que la invalidación de normas inferiores por ser contrarias a las normas del preámbulo, sería consecuencia más que suficiente para dar a ésta el carácter de norma jurídica, así esta consecuencia no haga parte de la expresión en que consiste dicho preámbulo sino que resulta de su integración al todo constitucional". La fuerza normativa del preámbulo constitucional ha de contemplarse producto de la fuerza de la norma constitucional. Cuidados especiales, a nuestro parecer deben atisbarse en pretender generalizar el carácter normativo de los preámbulos para todas las normas. Consecuencia para que los preámbulos del resto de normas, incluso las de reforma constitucional sirvan sólo para asentar criterios interpretativos.

Posición radical que niega a las exposiciones de motivos alguna utilidad para la técnica jurídica es la de Santaolalla. Aunque al final, no niega la posibilidad de dicha operación en tanto mandato legislativo expreso en el ordenamiento español -3.1 CC español-. Sin embargo entiende que no hay razón para entenderlos como parte del cuerpo de la ley. En primer lugar, ésta posición radical justifica la ausencia de carácter normativo para las exposiciones de motivos por el hecho que no son ley, de dárseles el carácter normativo haría perder la nota prescriptiva de las leyes. Por otra parte Santaolalla reniega del valor interpretativo, puesto que ello hace chocar de entrada con la técnica legislativa que elabora leyes. Las leyes deben ser claras, precisas, completas, concisas. Aceptar el carácter interpretativo de las exposiciones sería acepta de antemano que las disposiciones legislativas son defectuosas.

Dibujando un paisaje positivo la explicación de las leyes debe quedar como auxilio interpretativo, reducido a los principios o disposiciones generales que si forman parte de la ley. El autor aduce además que las exposiciones de motivos consideradas como texto de ley, rompen la regla del procedimiento legislativo, con lo cual se quiebra la lógica formal de las leyes cual significado imperativo. Por último, el autor sostiene, que aún así puede decirse que por la jurisprudencia y prácticas doctrinales alguna utilidad mínima debe

observarse para las exposiciones de motivos, especialmente cuando la opinión dominante según prescripción del ordenamiento jurídico español en el Art. 31 CC figura la autorización para interpretar según los antecedentes legislativos o históricos. Pero sin embargo, el autor no cede en cuanto la afirmación de que las exposiciones de motivos formen parte del texto de las leyes.³⁴

Exposiciones de motivos, fórmula sancionatoria, considerandos legislativos.

Estamos convencidos que normalmente las exposiciones de motivos no forman parte de la ley, pero creemos que en materia constitucional se valida la coercibilidad normativa del preámbulo³⁵ de la Constitución, tal cual norma constitucional, en tanto, imbricación de la fórmula sancionatoria del poder constituyente. Las primeras, gramaticalmente están formuladas fuera del contexto introductorio de la ley. Normalmente en nuestras prácticas legislativas se presentan como documentos separados que explican el conjunto de las voluntades subjetivas de los diputados, discusiones y alegatos ocurridos en el seno de la asamblea antes de aprobar la norma. En cambio el preámbulo constitucional diferente a una exposición de motivos reproduce como enunciado sancionatorio una fórmula solemne que frasea el legislador constitucional en señal que la norma aprobada tiene fuerza normativa, y justificada única y sumariamente por la razón de antecedentes, claro está que luego de cumplir los trámites que fueren necesarios para el perfeccionamiento normativo. En este sentido la norma Constitucional es antecedida por la fórmula sancionadora expresada así: <<DECRETAMOS SANCIONAMOS Y PROCLAMAMOS, la siguiente CONSTITUCION>>. Lo cual nos parece de lógica que la fuerza normativa debe imperar. Aunque cabe aclarar que esta es una excepción que no valida equivalentes naturalezas para los considerandos que anteceden a las normas ordinarias. Vistas las cosas desde una perspectiva universal, que no consideramos ociosa para el esclarecimiento de nuestro tema, los considerandos, los preámbulos y exposiciones de motivos sólo son en nuestra técnica legislativa justificaciones sucintas del legislador.

Deriva entonces que las exposiciones de motivos, diferentes al preámbulo constitucional, no califican asimilación de norma jurídica, sino fuente del derecho, sirviendo de criterios interpretativos. Indicación que otorga condiciones lógicas para aplicarse y no mera vinculatoriedad independiente. En el proceso de inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96, de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado la Sala de lo Constitucional consideró en la sentencia del 14 de febrero de 1997 que la exposición de motivos de la Constitución de 1983 en el apartado de los tratados había perdido actualidad. Lo cual derivó en la

³⁴ Fernando Santaolalla López: Exposiciones de Motivos de las Leyes: Motivos para su Eliminación, Revista Española de Derecho Constitucional. Número 33, Centro de Estudios Constitucionales. Págs.47 y ss.

³⁵ Que no es en propiedad una exposición de motivos, ni considerandos legislativos.

negación de carácter normativo alguno, u obligación que determinase una fundamentación constitucional de igual sentido que lo expresado.

IV. LAS NORMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El procedimiento de creación está previsto por el Art. 248 Cn. Estas normas pueden llamarse, normas primarias, o normas constitucionales derivadas. Hay que tener en cuenta que las normas de reforma constitucional permiten la supervivencia del viejo orden constitucional, aunque lo modifican. Así el viejo orden constitucional se adapta a las nuevas demandas constitucionales.³⁶

Las normas de reforma constitucional son verdaderas normas constitucionales, tanto las que prevén un procedimiento para la modificación, como las que se originan por las primeras. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar la creencia de Ross, quien sostiene la inexistencia de las primeras. Debe inferirse que no podemos aceptar la posibilidad de las segundas. Las normas constitucionales que establecen el procedimiento de su reforma, dice Ross, que no son normas del sistema "sino una previsión no estrictamente obligatoria, destinada a provocar mágicamente ciertos hechos sociológicos".³⁷

Royo sostiene, que para la creación de las normas de reforma casi todas las Constituciones democráticas tienen previsto un procedimiento distinto al ordinario."Son, como su nombre indica, normas de reforma de la Constitución, es decir, normas que añaden, suprimen o sustituyen algún precepto de la Constitución. Estas leyes de reforma de la Constitución, una vez aprobadas, sancionadas, promulgadas y publicadas, se incorporan al texto constitucional y se convierten en Constitución a todos los efectos".³⁸ El Art. 248 Cn establece en nuestro orden constitucional que para su creación se requiere la iniciativa de por lo menos de diez diputados, un acuerdo de reforma constitucional, y otro que lo ratifique. Los acuerdos han de ser producidos por diferentes Asambleas Legislativas, cuidando que la ratificación sea efectuada por la siguiente Asamblea. Adviértase que la intencionalidad constitucional, imposibilita y termina el proceso, al no ser ratificada por la siguiente Asamblea. Ocurre entonces, que no puede haber un lapsus temporal intermedio que se abstenga de completar el proceso de formación de norma constitucional. En otras palabras, nos parece un error de interpretación y de práctica constitucional de reforma, que una primera Asamblea acuerde la reforma, y luego sea una tercera la que realice la ratificación.

³⁶ Alejandro Pace. La instauración de una Nueva Constitución. Perfiles de Teoría Constitucional. Revista de Estudios políticos. 97, julio-septiembre 1997, Centro de Estudios Constitucionales. Pág.11.

³⁷ Ricardo A Guibourg: La Autorreferencia Normativa y la Continuidad Constitucional. En Eugenio Bulegyn y otros. El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1ª Edición 1983. Pág.182.

³⁸ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág.42.

La denominación de normas constitucionales derivadas, las cualifica para diferenciarlas de las normas constitucionales originarias - producidas en un bloque, la primera vez-. La consecuencia práctica del asunto estriba en poder estimar la inconstitucionalidad de las normas ordinarias, en cualquier tiempo en que origine dicha imperfección. Royo lo dice en sus propias palabras, dotadas de una mayor claridad que las nuestras: "La Constitución, sin embargo, ocupa una posición jurídica superior a la de las leyes de reforma. Aunque la Constitución española, a diferencia de lo ocurrido con otras constituciones europeas, no contiene las llamadas cláusulas de intangibilidad, es decir, límites materiales para el poder de revisión, y aunque no parezca convincente deducirlos a partir de fórmulas como las contenidas en el artículo 10.1 <<los derechos inviolables....>>, pienso que no es difícil deducir la primacía de la Constitución sobre las leyes de reforma"³⁹ Royo sostiene dos argumentos, el primero basado en el procedimiento, que se necesita para aprobarlas. Procedimiento que al ser violado obligaría al Tribunal Constitucional ha declararlas inconstitucionales. En segundo lugar, la reforma afecta contenidos fundamentales que impone una subordinación como leyes ordinarias que tratan de incorporarse y convertirse en parte de la Constitución.⁴⁰ Aplicables a nuestro ordenamiento constitucional los dos argumentos anteriores, creemos que existe un tercero. El cual desde el punto de vista formal, adviene de la posibilidad de interponer un proceso de inconstitucionalidad. Nuestra regulación no contiene norma alguna de caducidad para interponer la inconstitucionalidad de las normas contrarias a la norma fundamental. Resulta que las leyes de reforma constitucional están siempre, en todo tiempo, sujetas a un probable proceso que las declare contrarias a la Constitución. Sobra decir, que ello demuestra otra razón de subordinación.

SEGUNDA PARTE: DE LAS FUENTES ORDINARIAS

I. LOS TRATADOS

La reglas internas nacionales y las reglas internas internacionales.

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

Para una mínima noción de los tratados sirve la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969. La Convención entiende por tratado, "un acuerdo internacional

³⁹ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág.42

⁴⁰ Javier Pérez Royo. Las Fuentes del Derecho. Pág.43.

celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Deducible de esta definición, es la existencia de un acuerdo de voluntades, efectuado entre Estados a la luz de las reglas internacionales⁴¹. La Convención de Viena de 1986 amplió el concepto para las organizaciones internacionales, y desformalizó el término. Al referirse a las organizaciones internacionales productoras de tratados, dejó claro, la calidad jurídica del instrumento internacional tratado, independiente de sus denominaciones particulares.

La significación de tratados sirve para nuestros efectos, dado que se necesita para poder incorporar al orden jurídico nacional, que los tratados estén validados, primero por el derecho internacional; y segundo por las reglas nacionales. Al hacer un enfoque de mínima concepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC 10/89 del 14 de julio de 1989, que interpreta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, da por suficiente, que el sentido de "tratado" sea al menos, "una instrumento internacional de aquellos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena"⁴²; sin embargo la declaración "no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena, porque no fue adoptada como tal, en consecuencia no lo es tampoco en el Artículo 64.1".

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

Sin embargo, hay normas que aspiran a ser nacionales en las que su proceso de formación inicia en el exterior y terminan su proceso de formación en el interior. Esta clase de normas a pesar de poder ser verdaderas normas en el exterior no lo son nacionalmente sino reúnen los requisitos que se establecen dentro de la norma constitucional y otras normas del ordenamiento jurídico que la detallan o complementan. En otras palabras, las normas internacionales pueden ser válidamente normas en el ordenamiento internacional, y sin embargo no ser- normas válidas- en la República de El Salvador. Para ello se necesita que la autoridad competente nacional las

⁴¹ Alberto Herrarte: El Derecho de Integración. Ensayo de Sistematización. Guatemala. 1ª Edición. 1991. Pág.121.

⁴² Juan Antonio Travieso: La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones Consultivas y Fallos. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1a. Edición. 1996. Pág.277.

valide y les de la autorización legal para que éstas sean normas válidas internamente.⁴³ Cuando éste o estos actos jurídicos suceden es cuando podemos hablar en sentido estricto que las normas internacionales se han convertido en normas internas. Entonces con la propiedad terminológica podemos llamarles: normas internas internacionales o normas internacionales interiorizadas nacionalmente. Mata Tobar fundando su afirmación en Visscher dice que: "el proceso de incorporación de las normas internacionales en la legislación interna, es el resultado de la introducción y reconocimiento de los tratados o convenciones en el orden jurídico estatal y su consiguiente aplicación por los órganos nacionales sobre la base de su ratificación o permiso de aplicación interna, generalmente otorgado por el órgano legislativo o congreso, previa negociación del tratado por el órgano ejecutivo".⁴⁴

La validez y vigencia de las normas internacionales

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

La Sala de lo Constitucional manifiesta su preocupación por la incorporación de las normas internacionales al sistema nacional. En la sentencia de hábeas corpus 19-R-96 del 7 de agosto de 1996 nos señala que "Los tratados son expresión de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, que al ser

⁴³ Sobre la incorporación de los tratados al orden jurídico nacional puede consultarse a Víctor Hugo Mata Tobar: Incorporación de las Normas Internacionales a la Legislación Interna. En Lecturas sobre Derechos Humanos. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos-ONUSAL, División de Derechos Humanos, 1994, 1ª Edición. Págs.105 y ss.

⁴⁴ Víctor Hugo Mata Tobar: Incorporación de las Normas Internacionales a la Legislación Interna. Pág.106.

ratificados por El Salvador, hacen suyos esos preceptos, principios y valores universales, que no deben ser desconocidos en los procedimientos penales". Esperando que no nos mueva a confusión esta máxima de Sala advertimos que su considerando nos lleva únicamente por una parte proceso de formación de los tratados internacionales para convertirse como norma nacional, ya que, como hemos venido mencionando, la ratificación no constituye un requisito de cierre para considerar que la norma internacional es válida, sino, y esto nada más, un requisito previo para convertir la norma internacional en norma nacional.

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

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

Ahora piense el lector que esta regla no se haya cumplido, reflexione el lector en otros tratados que publicados y ratificados no cumplen con las respectivas reglas de vigencia del tratado. Nos parece que la costumbre jurídica que otorga vigencia a los tratados por el hecho simple de la ratificación legislativa ha sido la permanencia de una información que en ciertos casos, cuando la

regla de vigencia del tratado no se ha cumplido conduce a la inconstitucionalidad si se aplicara la norma internacional. Otro asunto, es la falta de información de parte de las instituciones involucradas en los procesos de formación de normas internacionales de aplicación nacional. Instituciones que tienen el deber de involucrar una nueva actitud, para corregir estas velaciones, que confirmen las existencias de normas internacionales con pretensión de ser nacionales.⁴⁵ Por el momento resaltamos la gravedad de la problemática y el obscurantismo que a la postre impide la verdadera eficacia de las normas internacionales en la jurisdicción nacional.

Jerarquía normativa

Los tratados están en la categoría de normas internacionales que son interiorizadas o incorporadas por el sistema jurídico nacional. Son normas secundarias, de igual rango y naturaleza que la ley. Fuera de comentario está la posible superioridad éstos respecto de la Constitución, aunque algunas especificaciones haremos en otro apartado de este trabajo. En el tópico de la interpretación hermenéutica gozan de preferencia respecto a la ley -al contradecir la ley a los tratados-. Tradicionalmente los tratados fueron vistos superiores a la ley. Recientes interpretaciones, le han señalado, el mismo rango de ley. Las consideraciones jurisprudenciales de la materia interpretan que el Art. 144 Cn. desde este punto de vista es sólo una regla de interpretación hermenéutica de preferencia. Aunque el criterio no ha sido del todo uniforme al interior de las fundamentaciones de otros procesos en el proceso de hábeas corpus, aun sigue apareciendo con posterioridad, que los tratados están dentro de la escala jerárquica, en un nivel más ventajoso a la ley, y por lo tanto esta ha de subordinarse, por la prevalencia y superioridad de los tratados.⁴⁶ Sin embargo, el cambio de criterio de igual posición no conlleva consecuencias diferentes, nos parece solo un cambio en la fundamentación de la relación tratados y la ley. La Ley sigue estando restringida en su poder modificatorio, derogatorio o anulador de los contenidos que sean contradichos en los tratados.

El rompimiento con los precedentes históricos que hicieron a los tratados superiores a la ley⁴⁷ está en las justificaciones jurídicas de la sentencia de inconstitucionalidad del 14 de febrero de 1997, que decidió las alegaciones de

⁴⁵ Las versiones informáticas de la Corte Suprema de Justicia son un buen soporte de publicidad permanente. Pero aún faltan versiones más actualizadas con los detalles que comentamos, aparente deber del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴⁶ Jurisprudencia comparada estima que la contradicción en los criterios de dos secciones de un mismo tribunal no contradice el principio del stare decisis. La sentencia española 42/93, de 8 de febrero, en el caso Fernández, no hay contradicción en resoluciones distintas cuando se acreditan en un mismo tribunal, secciones organizadas, con funciones propias y alejadas de órganos con formación de personal variable. En Luis López Guerra. Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1ª Edición 1998.

⁴⁷ El hábeas corpus 23-S-95 de 24 de enero de 1996 se reconoce que los tratados internacionales prevalecen sobre la ley secundaria.

inconstitucionalidad de determinadas disposiciones en la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado. La decisión comprendió las reclamaciones efectuadas en los juicios 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96, que fueron acumulados previa decisión definitiva de la jurisdicción constitucional.

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

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

Tratados con grado de ley, y los tratados sobre la ley

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

prevalente de las reglas internacionales interiorizadas al ordenamiento jurídico. En este sentido siguiendo a Del Vecchio los tratados pueden considerarse como una fuente secundaria del derecho, tienen el mismo rango de ley, pero con un carácter *sui generis*.⁴⁸

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

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

Experiencias sobre la jerarquía de los tratados.

En otros países la evolución no ha sido del todo fácil en la jerarquía normativa. La importancia de los tratados lleva consigo un repunte histórico legislativo. Por ejemplo, el caso Argentino en que por reforma constitucional, ha replicado la posición de jerarquía constitucional para los tratados de derechos humanos⁴⁹. Argentina elevó a nivel constitucional los tratados de derechos humanos enumerados por la Constitución en su Art. 75; pero los condiciona a no derogar algún artículo de la primera parte de la Constitución, y se consideran como complementarios de los derechos y garantías allí

⁴⁸ Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*. Pág.391.

⁴⁹ Elisa Carrió dice que: "La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido una victoria decisiva y sella la lectura de la legitimidad política de la nueva Constitución. Esta Constitución debe ser leída desde los derechos del hombre, desde el derecho de las minorías de la igualdad de oportunidades, de la libertad y de la no discriminación". En María Luisa Carrió: *Alcance de los Tratados en la Herramenéutica Constitucional*". En María Elisa Carrió y otros: *interpretando la Constitución*. Pág.72.

establecidos. Los tratados de derechos humanos no enumerados que quisieran tener jerarquía constitucional necesitan el voto de los dos tercios⁵⁰.

Por la gravedad y peligro de las libertades en juego hay tratados de importancia universal. Según Edwards merecen mencionarse los que contienen garantías de naturaleza penal: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes⁵¹

Por la vía jurisprudencial Costa Rica ha hecho lo suyo, elevando a nivel constitucional los tratados de derechos humanos. En cambio nosotros prácticamente estamos todavía en un nivel antecedente, donde primero hay hacer llamadas de aplicación y para luego pensar en tipologías jerárquicas constitucionales. Sin hacer un análisis teórico, y aún con los derechos de formulación técnica que aparecen en él, es válido que apreciemos neutramente el rechazo a la propuesta legislativa del FMLN del 24 de abril de 1997. Dicho cuerpo político proponía agregar al artículo 144 Cn. que literalizaba lo siguiente: "Los derechos humanos fundamentales, las libertades democráticas y las garantías jurídicas reconocidas en tratados internacionales vigentes tienen rango constitucional". Aunque la redacción era demasiado general, la intencionalidad indudable era que los tratados sobre derechos humanos tuviesen categoría constitucional.- Sin embargo, por el momento son sólo falsas expectativas que al momento podrían realizarse a muy plazo, según las condiciones para reformar la Constitución. Por el momento los tratados, la mayor parte, y en ellos incluidos los de derechos humanos siguen en la infraconstitucionalidad⁵².

Tratados normas constitucionales

Consideraciones personales sobre la jerarquía me llevan a proponer de forma especial, que algunos tratados reconocidos en la Constitución tienen rango constitucional. Me permito llamar la atención sobre la naturaleza de los tratados que hacen normas en blanco en la Constitución. La emisión directa que hace la Constitución abre al menos en mi una duda favorable para dotarlos de una jerarquía superior a la ley y al nivel de la norma constitucional a los tratados aprobados según el Art. 144 Cn. Por ejemplo, sería dudosamente aceptable, que los tratados del Art. 84, no fuesen norma constitucional, en especial cuando hay restricciones para alterarlos según el Art. 248. Cn. Otro punto de valiosa consideración es el Art. 89 Cn, con el que

⁵⁰ María Elisa Carrió: Interpretando la Constitución. Ediciones Ciudad Argentina Madrid. 1ª. Edición. Pág. 67 y ss.

⁵¹ Carlos Enrique Edwards: Garantías Constitucionales en Materia Penal. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1a. Edición 1996. Pág. 5.

⁵² Un mayor detallesore el asunto está en la propuesta de iniciativa de ley de reforma constitucional por la representación legislativa del FMLN, del 24 de abril de 1998.

se alienta la integración centroamericana. Los expertos internacionalistas han sostenido la superioridad de este sobre la Constitución; sin embargo creo que dicha posición es totalmente inadmisibles. La Constitución es la norma condicionadora de cualquier orden jurídico permitiendo su supervivencia o destrucción. La supranacionalidad es posible sólo por autorizaciones de una Constitución nacional. Claro está que siempre que no estemos en presencia de un Estado Federado. Resulta que el tratado es permitido por la concesión del Art. 89 Cn. En suma es un condicionamiento constitucional, que a lo mucho consigue que dicho tratado con regulaciones y órganos supracionales tenga el mismo nivel de la norma constitucional. De ahí que poco argumento queda para seguir sosteniendo la superioridad de los tratados sobre la Constitución. Por otra parte tampoco creemos admisible que la mención de estos tratados sean una especial formulación constitucional de reservas de ley.

La jurisdiccionalidad constitucional de los tratados: el parámetro de constitucionalidad

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

Bajo el examen de los criterios admisibles en los procedimientos constitucionales para impulsar las investigaciones de inconstitucionalidad, el parámetro de constitucionalidad es esencial, y condición a cumplirse sin excepción en las argumentaciones que pretenden la declaratoria de inconstitucionalidad. Las pretensiones de inconstitucionalidad a menudo suelen atrapar en sus escritos, argumentativas que recalcan confusamente las fundamentaciones de inconstitucionalidad, al atacar directamente la infracción de la ley al tratado. Cabe distinguir, a pesar que aparentemente conduzca a lo mismo, que no es lo mismo argumentar la inconstitucionalidad

por infracción a los tratados, que aducir la inconstitucionalidad por contrariar a las normas constitucionales; o por que la ley suponga contradicción con un tratado, y cuya infracción es violación de la constitución. No podemos medir igualmente las circunstancias, por ejemplo, en que la ley al disponer como regla general la detención provisional contradice un tratado que hace regla general a la libertad; y, una justificación aceptable, que en cuanto la regla general de libertad es reconocida en la Constitución es inconstitucional la ley que invierte la regla, que además contradice la regla general de libertad establecido en los tratados internacionales.

En relación con el parámetro de constitucionalidad que rechaza la perspectiva de los tratados, manifiesta La Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 del 14 de febrero de 1997, que impugna la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado que las disposiciones que se impugnan deben transgredir la norma constitucional, la deficiencia de la petición en este sentido causa la inadmisión de la causa jurídica de la pretensión La Sala hace la consideración porque los demandantes fundan transgresiones en normas internacionales de derechos humanos Sigue señalando que el parámetro para el examen de constitucionalidad es la Constitución, en base a la cual se confronta la legitimidad de la norma impugnada.

La Sala recuerda una tan sólo excepción histórica en que se amplió el concepto normativo de Constitución, por consiguiente el parámetro de juzgamiento de inconstitucionalidad. Fueron textos adicionales a la Constitución" se denominó a tal conjunto con la expresión derecho constitucional positivo. Específicamente, en la sentencia de las doce horas del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, dictada en el proceso de inconstitucionalidad del decreto legislativo número 133, de 20 de febrero de 1951, se expresó:

"Se llega a la conclusión de que es inexacta la tesis de que toda la Constitución es un cuerpo legal único, formado por un solo Decreto del Poder Constituyente. Ese Decreto llamado Constitución, strictu sensu, es la ley o documento principal; pero hay otras leyes constitucionales que también forman parte de la Constitución, entendida ésta en sentido lato. Así sucede con los Decretos números 9, 10 y 11 de la Constituyente de mil novecientos cincuenta, y con la Ley Transitoria para la aplicación del Régimen Constitucional; toda esa labor normativa fundamental representa, como dice en su escrito el señor Fiscal General de la República, nuestro Derecho Constitucional Positivo".

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

Aplicación de los tratados internacionales

Algunas cuestiones especiales acerca de los tratados nos remite a un área sumamente problemática. Principalmente por el involucramiento de la libertad personal del habitante de la república, situación relevante que evalúa la aplicación de los tratados internacionales por parte de los operadores jurídicos.

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

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

internacionales ratificados por El Salvador; refiere el deber de incorporar fundamentos de derecho, el peligro de fuga o la posibilidad de modificar o alterar la prueba.

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

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

Los tratados de derechos humanos

Los llamados de atención para la jurisprudencia ordinaria hace destacar que el carácter normativo de los tratados en general no ha merecido la atención debida. Mucho más habría de decirse para tratados especiales que repuntan sus caracteres en los derechos humanos. Por de pronto, declaramos la necesidad de su estudio. La inclusión de las normas de derechos humanos internacionales tienen que acabar aplicandose en el orden interno. Las normas internacionales de derechos humanos son parte de la historia moral de la humanidad, determinan la calidad del hombre, documentan una genuina

libertad, legalizan una especial ciudadanía, que aplasta los privilegios medievales, generalizan la lucha contra un poder superior y dominante. La eficacia plena de los tratados de derechos humanos nutren las raíces del antiabsolutismo y consagran a la persona como la cosa más noble del mundo. La sistemática jurídica internacionalizada de los derechos humanos garantizan el disfrute de los derechos mínimos, vedan la comercialización humana. La protección no se reduce a las esferas individuales, sino que extienden su garantía a la globalización de los derechos sociales.⁵³

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

Los intentos de regionalizar la protección de los derechos humanos se manifiesta en el Sistema Regional Europeo, por medio de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Sistema Regional Americano se consolida con la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención organiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁴ Los africanos hacen sus determinaciones en la Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

En definitiva, numerosas normas sobre los derechos humanos se encuentran en el campo internacional.⁵⁵ Normas que además de los aspectos mencionados intentan erradicar el hambre de la mujer y el niño en los conflictos armados; contribuir a la igualdad de la mujer; la utilización de la tecnología para la paz y beneficio de la humanidad; la eliminación de prejuicios raciales o religiosos; acordar los deberes de los medios de comunicación para fortalecer la paz y los derechos. Dedicatorias en la normativa internacional procuran la abolición del trabajo forzado y la igualdad en la remuneración por razón de sexo; igualdad en materia de empleo y ocupación; normas mínimas de seguridad social; condicionamientos en el trabajo de los inmigrantes; aparecen reglas para efectivizar la libertad sindical, que abarca inclusive la función pública, y una

⁵³ Referimos al texto integro de Félix Laviña. Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Depalma. 1ª Edición. 1987. Págs. 5 y ss.

⁵⁴ Félix Laviña. Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Págs.15 y ss.

⁵⁵ Texto de interés sobre refugiados es la Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: Principios y Criterios Relativos a Refugiados y Derechos Humanos. Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para Los Refugiados. ACNUR. 1992.

verdadera negociación colectiva; referencias normativas protegen a los representantes de la empresa y brindan las respectivas facilidades. Normas laborales incursionan también en el beneficio de organizaciones de trabajadores rurales y su mejor tratamiento; se regula también sobre la eliminación de discriminaciones en la enseñanza. La mujer recibe condiciones ventajosas con el reconocimiento de sus derechos políticos; reglas sobre la nacionalidad a consecuencia del matrimonio. En cuestión matrimonial se regulan aspectos relacionados con el consentimiento, edad mínima y registros públicos.

Un aspecto que debemos destacar por último, es el tratamiento cuidadoso que solucionen los conflictos jurídicos referidos a los derechos sociales. La proliferación puede sobrecargar desmedidamente al Estado y dejarlo en quiebra. La solvencia económica del Estado sometida a una exigencia de hacer por parte de los sujetos de derechos, puede hacerlo tambalear financieramente a nuestro modo de ver, por lo que Bobbio ha señalado como la proliferación del reconocimiento de los derechos sociales⁵⁶.

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

Porque el hombre es visto en ciertas formas específicas de actuar en sociedad, dejándose la consideración de hombre como ente genérico u abstracto. Consideraciones que por especificación han llevado a distinguir que "la mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sano del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de otros enfermos, los físicos normales de los minusválidos. etc. Basta una mirada a las cartas de los derechos que se han ido sucediendo en el ámbito internacional, en los últimos cuarenta años, para darse cuenta de este fenómeno aplicable a Europa: en 1952, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer; en 1959, la Declaración de Derechos del Niño; en 1971, la Declaración de Derechos del Disminuido Mental; en 1975, la Declaración de Derechos de los Minusválidos; en 1982, la Primera Asamblea Mundial en Viena sobre los Derechos de los Ancianos, que propone un proyecto aprobado por una resolución de la Asamblea de la ONU de 3 de diciembre".⁵⁷

⁵⁶ Norberto Bobbio. *El Tiempo de los Derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial. Sistema-Madrid. 1991. Pág.118

⁵⁷ Para un mayor detalle ver a Pedro Niken. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*. Instituto de Derechos Humanos. Editorial Cívitas, S.A. Madrid.1987.

II. LAS NORMAS ORDINARIAS

Valoraciones constitucionales de la Ley, propiamente norma ordinaria.

Cualificación en las normas.

Una de las pautas que hacen presencia en este tema es en atención a las concepciones normativas que se manifiestan en el orden jurídico. El ámbito de las normas no es único ni diametralmente uniforme. Las naturalezas jurídicas que se impregnan a cada una de ellas reflejan desde una teoría genérica del derecho que la igualdad indistinguible dentro de su conformación normológica no puede ser representada de la misma manera. Esto hace que existan normas diferentes. Unas pequeñas, otras grandes, unas altamente sistematizadas otras con poquedad sistémica, las hay para diferentes materias, como también para diferentes colectivos, algunas se cualifican en función de disponibilidad, mientras que otras se retocan con la taxatividad, unas desarrollan principios generales del derecho por medio de una relación de complementariedad, mientras que otras lo hacen impidiendo la especificación de la generalidad de los principios y conforman así regulaciones excepcionales en el sistema jurídico. "La ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado".⁵⁸ De las normas que produce el legislador nacional la norma por excelencia es la ley, la que continuamente está presente en la intersubjetividad de los particulares. La ley es el objeto jurídico que dilata sus contenidos tocando a cada momento el actuar social. Por supuesto, que estas afirmaciones no excluyen las características e imbricaciones antes analizadas de la Constitución.

Es notable que las normas jurídicas que integran, que ingresan, que salen del sistema, gozan cada una de ellas, individualmente o en conjunto, de cualidades que las hace distinguibles del resto. Uno de los criterios que en este sentido la historia jurídica positiva ha impregnado por generaciones de juristas es el de las escalas o posiciones jurídicas, otrora la jerarquía. Los niveles normativos primarios, secundarios, terceros y hasta cuaternarios producen así el intento de diferenciar en orden ascendente o descendente, de superioridad e inferioridad, de supremacía y subordinación a las normas jurídicas.

Las normas de uso constante, las que permanecen en cada instante vital, las que muy a menudo produce el legislador se les conoce como las "leyes", otros prefieren el de normas secundarias, no falta quien las denomina normas ordinarias. La denominación de ordinarias guarda ésa faceta de lo común, de lo que generalmente se regula bajo dicha forma normativa, lo que el pueblo identifica tradicionalmente en las lecturas de textos articulados sobre la base

⁵⁸ Enrique R. Aftalión y José Vilanova. Introducción al Derecho. Conocimiento y Conocimiento Científico. Historia de las Ideas jurídicas. Teoría General del Derecho. Teoría General Aplicada. Pág.654.

del trabajo legislativo. Véase entonces la amplitud comprensiva del termino "ordinarias". El proceso de formación está previsto por el Art. 133 CN⁵⁹. En el se presupone los sujetos legitimados para iniciar el proceso y posibilita la participación de los órganos fundamentales del Estado, en atención a las situaciones jurídicas previstas. Empero, la naturaleza del proceso aprovecha para legalizar el rol determinante de la Asamblea Legislativa al hacer este tipo de normas, especialmente es la especificación de sus contenidos. La Asamblea posee para algunos casos autonomía absoluta para hacer determinadas normas, por ejemplo su reglamento interno. La regla general es que el proyecto sea sancionado por el Presidente, y en caso de desacuerdo, que haga las observaciones, o el veto por razones de inconveniencia o contradicción a la Constitución. En cuanto este sea fundado en inconstitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia puede intervenir. En adelante ampliamos estas manifestaciones.

Aproximación de significado

Siguiendo los presupuestos de verticalidad jerárquica en las normas jurídicas es que aparece la ley, la norma y la Constitución. Concepciones que al mismo tiempo deben tener en sus contenidos esenciales una misma naturaleza jurídica, llámase ley general; pero pueden poseer otra naturaleza que las hace diferente en el rubro de la especialidad rigurosa del derecho, llámense leyes especiales o singulares. El patrón conductual medido por ley, como concepto de sentido estricto es el que pretende analizarse en estos puntos. La Ley es en definitiva la ley un concepto que se ha venido plagando desde el principio de legalidad, y que el consentimiento voluntario soberano previo ha integrado para los juzgamientos posteriores. La ley se detalla en este sentido como un concepto condicionado a otro sector normativo y se queda perpretada dentro de la secundariedad definitoria civilista.

Se ha dicho corrientemente que la ley no es la Constitución, como también que la ley no es un tratado, por ser la ley un dato y norma jurídica que se subordina a ambas normas, aunque el tratado también deba tener la misma relación de subordinación respecto de la Constitución. Unos buscan el argumento tautológico para explicarla y añaden que "la ley es la ley". La generalización de un concepto amplísimo abarca a la Constitución y los Tratados. Suele decirse que la Ley fundamental es la Constitución, más sin embargo haberle negado primariamente la denominación objeto de este comento; el artículo 144 de la Cn, encuentra su detalle en la concepción existencialista de los tratados para la República al establecer que conforme a los requisitos que no contrarian a la Constitución y según las disposiciones de vigencia del mismo tratado constituye ley de la república, a pesar de que la técnica jurídica aparentemente ha hecho un distingo diferente; mientras que la astucia definitoria del artículo uno del Código Civil, habla de otro tipo de

⁵⁹ Es valiosa una lectura crítica de los procesos de formación de normas ordinarias que sistematiza desde la política sociológica, Oscar Martínez Peñate: El Salvador. La Asamblea Legislativa. Nuevo Enfoque, San Salvador. 1ª

norma, a la que nos referiremos en este apartado, en tanto manifestación de la voluntad soberana en este apartado, en tanto manifestación de la voluntad soberana la presenta con rasgos trinitarios más que unarios o binarios: el mandato, la prohibición y la permisión. Sin embargo estas aproximaciones son demasiado imprecisas, toda norma incorpora o puede incorporar mandatos, prohibiciones y permisiones. De paso noten en el artículo 8 Cn que el principio general de libertad en él reconocido hace desde la validez constitucional una definición similar cuando establece la libertad desde la definición de lo mandado o prohibido. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe. similar por no decir igual enumeración, basando las posibilidades de acción personal en lo que no está prohibido dejar de hacer, ni mandado hacer, así la permisión enfoca al sujeto una esfera de carácter libertario. ¿Y entonces que es la ley en nuestro ordenamiento jurídico?

Intentos definitorios: Normas jurídica del sistema

En primer lugar, la ley adquiere la connotación genérica que está presente en todas las regulaciones que pueden ser incorporados en un sistema jurídico." Es la regla general que rige un número determinado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran".⁶⁰ La ley compone así supuestos que prevén conductas, que convierten obligaciones y deberes, y lo que debería ser normal, prever consecuencias jurídicas por incumplimiento. Si nos situamos en una primera aproximación la ley tiene una dirección: los seres humanos; tiene otra dirección: la finalidad inmediata, en tanto se espera que sea obedecida; un nuevo rumbo, la desobediencia abre las posibilidades de usar y atender un cumplimiento coactivo.

Generalizando, la ley tiene diversas acepciones. Las leyes naturales que derivan de la esencia de las cosas. Las leyes sociales que funcionan como probabilidades y según las condiciones de la estadística. Regla de conducta, regida por el deber ser de los fenómenos de la naturaleza. Este punto de vista de la ley hace que se comprenda como norma jurídica que se origina en la legislación⁶¹

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

Ubicación escalonada

⁶⁰ Enrique R. Aftalión y José Vilanova. introducción al Derecho. Pág.649.

⁶¹ Enrique R. Aftalión y José Vilanova, Introducción al Derecho. Pág.648 y ss.

En segundo lugar, la ley ocupa una posición dentro del sistema jurídico. Describiendo la teoría tradicional, las escalas jerárquicas han adoptado la dogmática del segundo lugar en las escalas normativas. Una mención de esta posición puede entretenerse cuando en el Art. 271 de la Constitución establece la obligación para la Asamblea Legislativa de armonizar las "leyes secundarias" con la Constitución en materia de Instituciones Oficiales Autónomas. La sintonía de la posición del segundo lugar en el orden jerárquico de las normas jurídicas puede ser consolidada por otras menciones expresas. La relación es evidente con el artículo 42 Cn al colocar un plazo para reformar la "legislación secundaria" en materia electoral, o en el caso del Art. 36 Cn en que prescribe el deber de que sea la "ley secundaria" la que regule el derecho constitucional a un nombre. La previsión constitucional en el Art. 72 ordinal 3º. relacionada con el derecho político de optar a cargos públicos carga de nuevo con un posicionamiento secundario de la ley al obligar al ciudadano que quiera verse inmerso en dicha situación jurídica, de cumplir con los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes "secundarias". La restricción en las atribuciones de la Asamblea Legislativa en el Art. 131 Cn ordinal 5º, para interpretar auténticamente, decretar, reformar y derogar cierto tipo de normas jurídicas, en este caso las "leyes secundarias" es otro parámetro expresado con claridad constitucional.

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

Subordinación por constitucionalidad

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

Las previsiones civiles suplieron por mucho tiempo la ceguera de las normas constitucionales, y en dichas normas civilistas se haya también criterios que

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

Subordinación infralegal

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

Armonía con normas de igual rango

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

Cualidad política

En quinto lugar, ubicados en medio de una política constitucional la norma jurídica ley, representa una manifestación de la voluntad soberana. Debemos comprender que la ley está formulada y así es como ha de ser medida, en tanto expresión de las querencias de la colectividad que gobierna. La soberanía, concepto moderno en la estratificación del gobierno del Estado, llama hacia un nuevo punto. La ley no es identificable con la voluntad del monarca, del rey, de la divinidad, del cosmos o del universo. La ley como expresión de soberanía suena conforme pautas contemporáneas, en los requisitos del pueblo. Giorgio Del Vecchio manifiesta que la ley es "el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por órganos adecuados, que representan la voluntad preponderante en una multitud asociada. La ley es pues, el pronunciamiento solemne del derecho, la expresión racional del mismo. Sólo en esta forma alcanza la más alta perfección la elaboración técnica del derecho.... La ley es conjuntamente

pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio".⁶²

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

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

En vista de lo anterior la ley como concepto político es una declaración del pueblo, creada conforme las reglas establecidas en la Constitución para el ejercicio del poder soberano. El recurso asambleario, político partidista y, los diputados, son así la representación exigible para que la ley llegue a ser una norma jurídica válida dentro del sistema. Es imposible olvidar con la debida puntualización las permisiones y atribuciones constitucionales que autoriza la Constitución para la participación presidencial, de los consejos de ministros y muy excepcionalmente por la Sala de lo Constitucional en su intervención previa o posterior como contralora de la constitucionalidad en cuenta que con los fenómenos de integración la soberanía se relativiza cada vez más, y comporta cesiones parciales de contenido, justificadas en las ventajas de unirse con otros Estados.

Significación constitucional

Un tópico adicional es la zona de los mandatos, prohibiciones y permisiones. El Art. 8 de la Constitución como regla, derecho o principio general de libertad mueve a una confusión. El caso puede contraponerse a través de la misma literalidad. El Art. 1 del Código Civil vuelve a realizar la mención. La ley manda prohíbe o permite. Enunciando diferentes clases de presentación de la ley. Como la obligación de hacer algo, como la obligación de abstenerse de hacer algo y como la posibilidad de hacer cualquier cosa o desarrollar la acción humana ad infinitum presupuestando que no se rebasan los límites del mandato o prohibición legal. La contraposición de iguales características para

⁶² Giorgio Del Vecchio: Filosofía del Derecho. Bosch, Barcelona. 9ª Edición. 2ª reimpresión. 1991. Pág. 370.

la ley y para el derecho de libertad, puede confundir en un primer momento. Sin embargo la respuesta no puede quedarse estancada allí sin más. Es obvio que toda norma jurídica debe realizar la libertad, al mismo tiempo que puede restringirla por medio de obligaciones de carácter positivo u obligaciones de carácter negativo. La ley en esta insistencia es a su vez una especificación de la libertad y como tal tiene que tender a su plena efectividad. Siendo así que debe discurrir entre las naturalezas especiales que la concretan, el hacer, no hacer, y la elección de hacer o no hacer.

Queda aún la discusión cuáles han de ser las notas diferenciantes de la ley bajo un concepto constitucional.

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

En la jurisprudencia nacional

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

En la jurisprudencia internacional

La opinión consultiva OC -6/86 del 9 de mayo de 1986, de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, visiona a las leyes como normas generales. A pesar que la definición, ha sido buscado desde el punto de vista de un tratado internacional y no tratar de determinar la acepción del sustantivo leyes en el derecho interno de los Estados, nos parece, que no dista mucho, de ser compatible con el ordenamiento nacional. "El término leyes no es sinónimo de cualquier norma jurídica". El vocablo leyes en sentido formal, es "norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el poder ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".⁶³ La opinión consultiva hermetiza el término leyes para la protección y restricciones de los derechos fundamentales y coincide en validar la legalidad y legitimidad, por ser adoptada los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, y ceñida al bien común".

Historización del concepto

En relación al concepto de ley es importante destacar el estadio actual, muestra de un nuevo significado⁶⁴. En este sentido retomamos su evolución doctrinaria: (a) La primera etapa es destacada por los franceses, quienes elaboraron la tesis de la generalidad y la abstracción. Regla que entra en quiebra al autorizarse las leyes singulares. (b) Un segundo momento, es aportado por la doctrina alemana. Los teóricos distinguen que la ley tiene una posición de jerarquía en el sistema jurídico, puede ocuparse de cualquier materia, es una regla de derecho, tiene fuerza vinculante y puede dictarse por un procedimiento legislativo o administrativo, de lo cual resulta la indiferencia del órgano que la dicta. Esta segunda se entiende en algunas definiciones doctrinarias. Ignacio de Otto menciona que: "La atribución del nombre de ley a esas normas y sólo a ellas forma parte de la tradición del derecho público occidental, el español incluido.

Desde la revolución francesa el término de ley en su acepción técnica se reserva a las normas dictadas con arreglo a un determinado procedimiento por el órgano de representación popular."⁶⁵ Las principales consecuencias para el concepto de ley, es la existencia de reservas. Una absoluta y otra relativa. Ello supone que los reglamentos no pueden incidir en su regulación, y la segunda la posibilidad de actuación de las normas reglamentarias independientes. Al mismo tiempo, se reconoce la conexión de las previsiones legislativas con la Constitución. Sin embargo, la noción política de Constitución sigue siendo un serio obstáculo para el condicionamiento de las normas ordinarias. (c) El tercer momento, encuentra el condicionamiento de superioridad normativa de la ley. Desaparece el imperio de la ley por el imperio de la Constitución. La justificación de representación popular de los

⁶³ La opinión consultiva reproduce la interpretación del término leyes en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁴ Remitimos al lector a Enrique Alvarez Conde. Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los Derechos y Libertades Volumen I. Madrid, Tecnos. 2ª edición. Págs. 212 y ss.

⁶⁵ Ignacio de Otto: Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Pág. 102.

parlamentarios avanza hacia el poder contralor de la Constitución. La ley más que acto de soberanía o de representación se analiza como acto de los poderes constituidos y de la eficacia del principio democrático. Bajo esta concepción contemporánea de la Constitución la evocación de los derechos fundamentales cobra de nuevo la esencialidad de su sentido. Pérez Tremps dice que la ley se presenta como fuente de los derechos fundamentales, y "como garantía democrática de dicha regulación, reservándose, en general, a la ley aprobada por el parlamento la regulación de los derechos fundamentales".⁶⁶ En sentido similar Roberto Rodríguez dice que: " el orden axiológico de la Constitución encuentra su manifestación culminante en los derechos fundamentales, que requieren de una constante redefinición a fin de acomodarlos a las siempre mutantes exigencias de la realidad social, todo ello al margen de la ineludibilidad en ciertos casos, de acotar el ámbito de vigencia de determinados derechos que colisionan entre sí".⁶⁷

La reserva de ley

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

La Sentencia del Tribunal Supremo Español del 10 de noviembre de 1998, propone bajo la competencia administrativa, que la reserva de ley asegure que los ámbitos de libertad sujetos a regulación dependan exclusivamente de los representantes, por lo que tales ámbitos quedan exentos de la acción del ejecutivo y en consecuencia de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.⁶⁸ Para Rubio y Llorente la reserva de ley se estampa en un tipo de normas que contienen mandatos al legislador. "Se trata de preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura revista en la Constitución".⁶⁹ Basol reviste a la reserva de ley en el marco de

⁶⁶ Pablo Pérez Tremps. Teoría General de los Derechos Fundamentales. Pág.149.

⁶⁷ Roberto Rodríguez. Particulares y Derechos en el Derecho. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".1998.Pág.151.

⁶⁸ Ana de Marcos Fernández: Crónicas de Jurisprudencia. IV. Fuentes del Derecho.Pág.91.

⁶⁹ Francisco Rubio y Llorente: La Constitución como Fuente del Derecho. En La Constitución Española y las Fuentes del Derecho. Revista del Instituto de Estudios Fiscales de la Dirección general de lo Contencioso del Estado. Volumen.1979.Pág.70.

las garantías constitucionales "en el sentido de que determinadas materias... están vedadas al poder ejecutivo y, en consecuencia su actuación sólo se legitima en base a una ley previa y con respeto absoluto a su contenido esencial".⁴³⁶

Para Baena del Alcazar la reserva de ley contiene latente dos ideas: una, la exclusividad de la potestad legislativa para regular ciertos derechos de los ciudadanos; por otra parte, es una prohibición para que se dicten reglamentos independientes: "constituyendo así un límite a la potestad reglamentaria del gobierno y en su caso de la Administración Pública. Hay que tener en cuenta que este razonamiento es un arma de doble filo, pues la reserva de ley significa también que en las materias no reservadas actúa libremente el gobierno en uso de su potestad reglamentaria."⁴³⁷ Para nuestro ordenamiento jurídico, no creemos aplicable el peligro señalado por Baena, especialmente porque la potestad reglamentaria del gobierno se encuentra articulada por la disposición que sujeta la actividad reglamentaria a las leyes cuya ejecución les corresponda.

III. NORMAS DE EXCEPCIÓN

Las circunstancias de Estado

Las emergencias en la organización social, relaciones grupales de suma anormalidad y de peligro para el mantenimiento de la institucionalidad ordinaria del Estado hace que se puede configurar un Régimen de Excepción. Nuestro parecer identifica en el Régimen de Excepción a un Derecho Fundamental del Estado.⁴³⁸ Respaldo interpretativo es el contexto en que aparece en la Constitución, puesto que se reconoce en el Título II que regula los derechos fundamentales y garantías de la persona. El Régimen de Excepción como Derecho Fundamental se ejerce cuando cabe un riesgo alto de malformaciones en su persona jurídica. La doctrina según el origen de las circunstancias que motivan su declaración los denomina, Estados de Guerra, Estados de Calamidad, Estado de Sitio, Estado de Emergencia o Estados de Alarma. Nuestra Constitución utilizando un criterio omnicompreensivo prefiere llamarle Régimen de Excepción.

Denominación y posición

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

Autoridades competentes y actos de formación

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

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

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

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

Derechos suspendibles

El contenido normativo parte de la idea de suspensión. La suspensión tiene tres ideas básicas: la primera, que reconoce un procedimiento ordinario de suspensión para ciertos derechos y otra agravado. En uno, según el caso, pueden tener competencia tanto el legislador ordinario como el Consejo de

Ministros; en el agravado la suspensión es competencia exclusiva del legislador asambleario y sólo permite suspensión parcial de contenidos. En segundo lugar, la suspensión no se asimila a derogación. Por eso la suspensión implica un plazo de 30 días, término de duración de la pérdida de vigencia de los derechos detallados por el Art. 29 Cn. Y en tercer lugar, los derechos suspendibles pueden serlo en su totalidad de contenido regulados por la Constitución y en la mayor parte de los casos sólo parcialmente, restricción esta que se hace exclusiva en la suspensión agravada.

Suspensión ordinaria, parcial y total

A continuación detallamos los derechos que se suspenden por un procedimiento ordinario. Se necesitan dos tercios de votos y hay posibilidad de dos autoridades competentes, la Asamblea Legislativa o el Consejo de Ministros. La segunda en suplencia de la primera. En materia de suspensión parcial de contenidos encontramos que sólo puede suspenderse el inciso 1º del Art. 6 Cn. Lo cual permite la censura en la libertad de expresión, excepto para los espectáculos públicos; pero no autoriza al secuestro de los instrumentos que sirven a la difusión del pensamiento, no valida la nacionalización de empresas de comunicación, y permite el ejercicio del derecho a respuesta. La suspensión parcial se restringe también al inciso 1º del Art. 7 Cn. Con lo cual se autoriza la suspensión del derecho de asociación y reunión, y no puede suspender la prohibición de existencia de grupos armados de carácter político, religioso o gremial. En el orden de la suspensión de derechos fundamentales en la totalidad de su contenido está el Art. 5 Cn. Con lo cual se suspende la libertad de ingreso y tránsito, libertad de elección domiciliar y el derecho a no ser expatriado. El Art. 24 Cn sufre también la autorización para suspender la totalidad de su contenido, y da la posibilidad de violar e interceptar la correspondencia, interferir e intervenir las comunicaciones telefónicas.

Suspensión agravada y parcial

La suspensión de los derechos fundamentales, especialmente los relacionados al juzgamiento, son suspendibles bajo el cumplimiento de condiciones agravadas. Los derechos de los incisos 2º de los Arts. 12 y 13 Cn sólo pueden ser suspendidos por la Asamblea Legislativa, y necesita de las tres cuartas partes de votos. Entendemos que estos derechos no pueden suspenderse por el Consejo de Ministros.

En este orden de ideas parcialmente se puede suspender el Art. 12 Cn, sólo en su inciso 2º. Con lo cual se niega la información de las razones de detención, y el derecho a defensor. Pero no suspende la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado según la ley y en juicio público, la obtención de declaraciones forzadas. Asumimos que no pueden suspenderse los derechos a no obtener declaraciones forzadas por la contradicción en que incurre el Art. 29 Cn. Primero suspende el inciso 2º del 12, que prohíbe declaraciones

forzadas, con lo cual estarían permitidas, pero no suspende el inciso en que se vician de nulidad. Resultado interpretativo es que no pueden suspenderse.

Autorización parcial está en la posible suspensión del Art. 13 inciso 2°. De imposible suspensión es el derecho que las órdenes de detención sean escritas, según la ley, a menos que las circunstancias de la flagrancia lo impidan. Prácticamente se trata de dar una mayor libertad a las autoridades administrativas, cuando permite que no se aplique el plazo de 72 horas, término preclusivo que obliga a poner al detenido a la orden del juez competente. Pero que en todo caso no pueden exceder de 15 días, según el inciso 2° del Art. 29 CN. No pueden suspenderse los plazos de la detención por inquirir, el derecho de la indagatoria, y en su caso de libertad. Queda a salvo la posibilidad de someter a medidas de seguridad reeducativas, reedaptación a "los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos". Las medidas deben ser conforme a la ley y controladas judicialmente.

IV. LOS REGLAMENTOS

En consonancia con Del Vecchio, la razón de existencia de los reglamentos está "en la necesidad de que las máximas generales establecidas por las leyes sean aproximadas a la actuación práctica mediante prescripciones particularizadas. La ley, por tanto, constituye el límite de su validez".⁴³⁹ Siguiendo la lógica jerárquica de posiciones normativas, y debido a las escalas de condicionamiento, de la Constitución a la ley, de la ley a las normas reglamentarias, los reglamentos ocupan una posición de tercer grado. Esta caracterización de los reglamentos entiende, que pueden ser según la ley, no contra ley, que si el reglamento ya más allá de las facultades que la ley otorga al gobierno para la ejecución de las mismas, el reglamento es jurídicamente nulo.⁴⁷⁰

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

⁷⁰ Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*. Pág.385.

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

Reale ha marcado, que el sentido propio de los reglamentos no debe confundirse con la ley. Los reglamentos -de ejecución-, en consecuencia no son lo mismo que las normas ordinarias. "Porque, siendo concreciones de la norma legal o destinándose a la ejecución de la misma, no pueden sobrepasar los límites señalados por la misma ley. Todo lo que en las normas reglamentarias o ejecutivas esté en conflicto con lo dispuesto en la ley no tiene validez y es susceptible de impugnación por quien se sienta lesionado"⁷¹⁴⁴¹. Los reglamentos que detallan ilegalidad importan para Reale, por la extensión del <<poder de legislar>> que confiere la Constitución⁷²⁴⁴². Inmerso en el razonamiento de Reale está la organización jerárquica de las normas jurídica; lo cual aplica para los reglamentos. Consecuencia interpretativa de esto, ha sido abordada por Recasens, al detener su pensamiento escrito en las fuentes habituales del derecho. Por lo que, "la ley tiene un rango superior a los reglamentos... Quién y de qué manera ha de emitir los reglamentos se halla determinado en ciertas leyes".

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

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

En materia de regulación reglamentaria la Sala de lo Constitucional ha estimado la imposibilidad de regular los derechos fundamentales. A pesar de ello, nos parece adecuado tomar en consideración que para Pérez Tremps, "es difícil establecer a priori en qué casos son lícitos los reglamentos que afecten a los derechos fundamentales; puede decirse, sin embargo, 1º) que no caben habilitaciones genéricas a favor de la potestad reglamentaria para regular los derechos fundamentales; 2º) que la incidencia del reglamento sólo es posible

⁷¹ Miguel Reale: Introducción al Derecho. Pirámide. Madrid. 9ª Edición. 1989. Pág. 128.

⁷² Miguel Reale: Introducción al Derecho. Pág. 128.

respecto de elementos técnicos y complementarios de un derecho, no de la regulación de sus aspectos esenciales; y 3º) que hay campos donde la regulación del reglamento se encuentra prohibida, con carácter general, por la especial fuerza de la reserva de ley, en especial, en los terrenos penales y procesales".⁷³

V. LAS ORDENANZAS

Las ordenanzas son normas dictadas por órganos administrativos que tienen cierto nivel de autarquía.⁷⁴ Las ordenanzas más comunes son las creadas por la municipalidad, aduanas, universidad y fuerzas de seguridad. Su rango es el mismo que el de los reglamentos. Y están condicionados a las previsiones de ley.

El Centro de Estudios jurídicos tiene una interesante reflexión sobre las ordenanzas municipales. Estos enfatizan que <<las ordenanzas municipales no son leyes>>, lo cual podemos extender a cualesquier ordenanza. Las ordenanzas, refiriendo las municipales, son reglamentos para el mejor gobierno local; "normas de carácter general que se aplican dentro del municipio. Se emiten para regular asuntos de competencia municipal, tales como la administración de servicios, tasas, uso de la propiedad municipal, ornato público, nomenclatura, fiestas patronales, etc. Como todos los reglamentos, deben estar subordinados a la Constitución y a la ley; no pueden contradecirlas, sobrepasadas ni regular materias de competencia de la Asamblea Legislativa. No pueden imponer a los particulares obligaciones que no estén en las leyes; por ejemplo, pueden establecer cómo éstos usarán las calles, aceras, playas, plazas, etc., pero no pueden imponer deberes de otro tipo".⁷⁵

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

⁷³ Pablo Pérez Tremps. Teoría General de los Derechos Fundamentales. Págs. 150 y 151.

⁷⁴ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág. 84.

⁷⁵ Centro de Estudios Jurídicos. Las Ordenanzas Municipales no son Leyes. En la Prensa Gráfica del 23 de agosto de 1999. Pág. 24.

ley.⁷⁶ En este orden de ideas resaltamos la tesis de la jurisprudencia constitucional, que estimó inconstitucional, la regulación de derechos fundamentales por razón de la autoridad.

VI. LOS INSTRUCTIVOS

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

VII. LAS CIRCULARES

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

A partir de las definiciones del derecho administrativo la circular es la comunicación escrita del superior jerárquico hacia sus inferiores. Las circulares contienen indicaciones sobre los modos de comportamiento obligatorio de los inferiores. Linares sostiene que por lo general las circulares se presentan como instrucciones, caso en que puede existir por su infracción una sanción disciplinaria. Normalmente no se publican y pueden ser impugnadas vía administrativa y judicial.⁷⁷

VIII. LOS OFICIOS

Recorriendo el camino de las normas generales e individuales, los oficios son normas dirigidas a sujetos concretos. Los oficios predicen la individualización del destinatario de la norma. Son normas cuyo origen suele estar en las circulares; aunque, la regla suele disolverse con facilidad. Puesto que la ley

⁷⁶ Centro de Estudios Jurídicos. Las Ordenanzas Municipales no son Leyes. Pág.24.

⁷⁷ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.82 y ss.

directamente puede aprobarlos. Comentario especial, merecen en este apartado los memorandums; práctica que ha desatado una popularización sin precedentes en la Administración Pública, y no es excepción en la Administración de Justicia. A criterio nuestro, interpretamos que el término técnico ha de ser de oficios, o circulares en su caso, pero no, la de memorandums. Estos son, una mera copia de costumbres gerenciales en la Administración de Empresas Privadas.

En materia jurisdiccional, han sido aprobados para ordenar la práctica de determinadas diligencias a sujetos concretos o determinables por las competencias atribuidas. Según la posición del sujeto a quien se dirige la diligencia, los oficios se denominan: suplicatorios, si la petición es a un superior; requisitoria, cuando es a un igual; y provisión o orden, al dirigirse a un inferior; exhorto cuando el destinatario no está individualizado, pero es singularizable, en este caso el obligado será a "quien corresponda competencia"; las reglas procesales anticipan el exhorto para diligencias en el extranjero. A pesar de ello, ha sido práctica común el utilizarlos respecto de iguales⁷⁸.

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

Al referirse a los exhortos el Art. 27 CPRC dice en el inciso 2º que: "Cuando se libre exhorto que haya de cumplirse en el extranjero, la diligencia podrá ser cometida al funcionario a quien la ley del lugar le diere competencia para realizarla, o a los agentes diplomáticos o consulares salvadoreños acreditados en dicho lugar, si el interesado fuere salvadoreño; sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales".

IX. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS JUDICIALES

La doctrina contemporánea admite la naturaleza de normas jurídicas para las resoluciones y sentencias judiciales. Algo que a principios del siglo hubiese sido totalmente inoceptable. En el afán de cualificarlas con seriedad se impregnó, en la actualidad, el rechazo de posiciones anteriores que negaron a estas la singularidad del mandato. Particularización que no es, por ahora sino una diferente cualidad especializada de una norma jurídica. En otras palabras, en una época temporalmente extensa, sólo se aceptó como normas jurídicas las legisladas en sus efectos para toda la población. Las decisiones

⁷⁸ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.82 y ss.

judiciales, a la par de este concepto, no legitimaron por exclusión, alguna significación de norma jurídicas. Las decisiones judiciales eran sentencias, sin más. Las sentencias judiciales no eran normas jurídicas; aunque parezca tautológica, eran <<sentencias per se>>.

La discusión, a partir de las descripciones de Santiago Nino, permiten citar a Sebastian Soler sobre si las sentencias judiciales son o no normas jurídicas. Santiago Nino menciona que "el profesor Sebastian Soler, especialmente, ha expresado una opinión negativa, sobre la base que las sentencias de los jueces no tienen algunas de las propiedades que, según él, son definitorias del concepto de norma jurídica, fundamentalmente de la generalidad, sin embargo, sin perjuicio de estudiar de la conveniencia de estudiar más a fondo los interesantes argumentos de Soler, la caracterización de la noción de norma jurídica que se ha formado en el primer capítulo parece ser más compatible con las propiedades que presentan las sentencias judiciales"⁷⁹.

Santiago Nino, al fundamentar la posición contraria a Soler recurre a Genaro Carrió. Creyendo demostrar el malentendido que niega facultades para los jueces de originar norma jurídica, especifica el carácter "creativo de los jueces en el derecho". Punto y seguido establece que, los jueces crean normas jurídicas particulares que no siempre se deducen de las leyes, aunque tampoco sea cierto que "Cada juez por separado sancione normas generales"⁸⁰. La función judicial creadora, ha sido concebida también en García Belaunde, aunque sus palabras completan que "queda por discutir de que clase de creación estamos hablando. Pero es indudable que la interpretación, sobre todo la judicial, tiene algo siempre de creadora, y no descubridora de algo preexistente"⁸¹.

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

⁷⁹ Carlos Santiago Nino: Introducción al Análisis del Derecho. Astrea, Buenos Aires. 2ª Edición ampliada, 1998. Pág. 149.

⁸⁰ Carlos Santiago Nino: Introducción al Análisis del Derecho. Pág. 149

⁸¹ Domingo García Belaunde: La Interpretación Constitucional como Problema. Ponencia en "Simposio Internacional sobre Derecho del Estado", organizado por la Universidad Externado de Colombia, del 4 al 7 de mayo de 1993.

resoluciones y sentencias judiciales, ha de mirarse en otra perspectiva, en las trasmutaciones especiales que suceden en la jurisdicción constitucional y en casación.

La formación de normas singulares ha sido uno de las reflexiones en Kelsen. Analizar la función Kelsen escribe: "desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre lleva a la sentencia judicial y de esta, a la ejecución de la sanción. Este proceso en que el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general o abstracto a lo individual o concreto. Se trata de un proceso de una individualización a concretización con incremento ininterrumpido"⁸²

X. LOS DECRETOS, ACUERDOS, ÓRDENES, PROVIDENCIAS Y RESOLUCIONES⁸³

Una cuestión que no está salvada con claridad es la que logre explicaciones satisfactorias de las notas distintivas para los decretos, acuerdos, órdenes, providencias y resoluciones. Al rescate de un fundamento que no se distance de la Constitución, nos abocaremos bajo aprobación de una interpretación análoga, a los supuestos constitucionales que moldean, en este tópico, las conductas esperadas de los funcionarios del órgano ejecutivo.

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

El lector puede deducir de la simple lectura que se juntan dos bloques que autorización la producción normativa en ése orden. Las atribuciones conferidas al Presidente de la República, y la otra a los funcionarios del ejecutivo. Ha de tenerse en cuenta la posibilidad de extender la

⁸² Hans Kelsen: Teoría Pura del Derecho. Universidad Autónoma de México. 5ª Edición. 1986. Pág. 246.

⁸³ Sobre la mañana que suscitan en el discurso jurisdiccional, la delimitación de contenidos de los decretos, acuerdos, órdenes, resoluciones, y providencias, puede acudir a la sentencia del 16 de julio de 1992, en el proceso de inconstitucionalidad 7-91. El fallo estimó la inconstitucionalidad del Registro de Organismos no Gubernamentales Extranjeros (ONG) creado por acuerdo del órgano ejecutivo.

sistematización al resto de actividad funcional en la Administración Pública, sobre la base de respaldos validados por la interpretación jurídica.

XI. LOS DECRETOS

La norma jurídica que comparte la forma de decreto puede contener normas primarias, secundarias o de tercer orden dictadas por el presidente, algunas veces debido a previsiones legales puede alcanzar un cuarto orden. En otras palabras, tiene permitido, el dictar ley general, de manera excepcional; y el preceptuar norma reglamentaria, según el ordinal 14° del Art. 168 CN, "que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde". En otros casos, por mandato constitucional los decretos representan la forma de ordenanzas municipales. Art. 204 CN ordinal 5°. Ante la extensión de contenidos, y la indiferencia en su utilización rigurosa por el constituyente, optamos por una solución rellena de escepticismo. En este sentido, los decretos, en nuestro sistema nacional, únicamente, es una forma por la que se presentan variedad de normas jurídicas. Por decreto se hacen normas constitucionales de reforma, leyes, reglamentos y ordenanzas. Nótese la amplia gama de contenidos que a la postre no asegura el encuentro con la naturaleza distintiva de los decretos⁸⁴.

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

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

Las dificultades más serias en la valoración de los decretos, se estampan al valorar los decretos-leyes. Estos ocupan el espacio de los gobiernos de facto, que lideran rompimientos revolucionarios con el sistema constitucional. La

⁸⁴ Advertimos que no razonamos a la inversa. De la práctica, a la teoría. De los hechos a los supuestos. Lo cual en una metodología pro sistematización conceptual puede inducir a equívocos. Sin embargo, al menos, a este nivel de reflexión el decreto sólo es una forma de cualquier norma jurídica.

junta o el ejecutivo, legisla bajo esta forma, en sus actos iniciales que buscan consolidar el poder.

XII. LA COSTUMBRE

La costumbre ocupa en las fuentes del derecho un reconocimiento lógico. La condición de validez de la costumbre está en función que no contraríe la ley. Relacionado esta el Art. 2 del Código Civil CC. que dice: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Como puede verse el artículo es restrictivo a la conservación del principio de legalidad, pasado por el criterio del tiempo, y de la previsión para normar. Esto es, que debe estar prevista, y autorizada su aplicación por el legislador.

En Aftalión la costumbre es una norma jurídica que se produce espontánea, irreflexiva e inconsciente. "Surge anónimamente del comportamiento colectivo; todos y cada uno, con su conducta, con su consentimiento y con su acatamiento, admiten su preexistencia y le dan renovada vigencia en cada acto".⁸⁵ Para Linares la costumbre "es el comportamiento en interferencia intersubjetiva constante y uniforme, en un grupo social, conceptuado y reglado por normas jurídicas no dictadas por órganos del Estado, ni establecida convencionalmente por los particulares".⁸⁶

La configuración de la costumbre está condicionada a que reúna dos elementos básicos: la opinión jurídica de obligatoriedad de parte de la comunidad social, y la práctica constante del acto jurídico. El primero atribuye un sentido espiritual, que ingresa a las conciencias de los participantes bajo el cúmulo de la deontología coercible; y el segundo, participa de la naturaleza fáctica, que inclina la comprobación de hechos. García Maynez explica que está integrada por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo; y que tales reglas se transforman en derecho positivo "cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley"⁸⁷. Bidart Campos en la misma línea dice que la costumbre "son comportamientos repetidos con la convicción de que deben ser tal cual son, o sea, valorándolos como valiosos.... El fenómeno sociológico de la imitación juega un papel preponderante"⁸⁸

En el orden constitucional se ha distinguido varias dimensiones de la costumbre: una es la costumbre interpretativa o según la ley, también conocida como consuetudo secundum legem. Funciona como fuente de interpretación, porque supone la preexistencia de la norma constitucional. La doctrina afirma que en realidad no es derecho consuetudinario, sino derecho

⁸⁵ Enrique R. Aftalión y José Vilanova. Introducción al Derecho. Pág.652.

⁸⁶ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.87. Eduardo García Maynez: Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa, México.9ª Edición.1960. Pág.62.

⁸⁷ Eduardo García Maynez: Introducción al Estado del Derecho. Porrúa, México.9ª Edición.1960. Pág.62.

⁸⁸ German J. Bidart Campos: Filosofía del Derecho Constitucional. EDIAR, Argentina. Pág.57.

convertido en costumbre. La utilidad comporta una interpretación que determina los términos empleados por la Constitución, cuando éstos no son muy claros. La costumbre según la ley sirve para determinar competencia de la autoridad o actos que están confusos en la norma primaria. Para ello permite que tomen en cuenta los usos, prácticas y tradición. Un caso nacional fue antes de la reforma constitucional del Art. 137 Cn. Dicho artículo expresaba que el veto correspondía al órgano ejecutivo. Según el Art. 150 Cn., el órgano ejecutivo está conformado por el Presidente y VicePresidente, los Ministros y ViceMinistros. Lo cual hubiese significado por la letra impresa que a todos los funcionarios del Ejecutivo les correspondía el veto. Sin embargo la práctica era que el veto lo hacía el Presidente. Situación repetitiva que produjo más tarde la reforma constitucional de 1991, que detallo al Presidente como autoridad competente para vetar el proyecto de ley.⁸⁹

Una dimensión adicional de la costumbre es la que se denomina costumbre supletoria o *praeter legem*. Este tipo de costumbre como principio general no se admite, aunque sí por excepción. La costumbre supletoria comprende la aplicación de sus contenidos que van más allá de las normas constitucionales. La aplicación está sujeta a los casos de silencio y omisión de las normas primarias. Se requiere, para que sea válida su aplicación que guarde armonía con las normas constitucionales y se interprete con prudencia.⁹⁰

La doctrina menciona también la costumbre contra ley, modificatoria, derogatoria o *contra legem*. Esta costumbre pretende modificar las normas constitucionales. Lo cual la hace prohibida en la interpretación constitucional, y en el orden de validez de las fuentes normativas. Nuestra Constitución refuerza dicha prohibición en cuanto, el Art. 248 Cn establece el proceso de reforma constitucional; en tanto contraría los Arts. 86 y 142 Cn, que impide las modificaciones de las resoluciones del órgano legislativo⁹¹; y por el Art. 246 Cn, que impide la alteración de las normas constitucionales.

En el orden jurídico nacional, la costumbre, según dijimos, es limitada por un tercer requisito, que la condiciona a que sea reconocida por la ley, para que constituya derecho, Art. 2 del CC⁹². La práctica al tenor interpretativo niega la costumbre que contraría la ley, más no la que es según ella. Debemos entender que lo establecido por el Art. 2 CC, hace que la costumbre ocupe una condición de inferioridad a la ley. La norma dice que la costumbre es según la ley, y permite la costumbre supletoria, pero no la que contraría la

⁸⁹ Francisco Bertrand Gallindo, José Albino Tinetti y otros: Manual de Derecho Constitucional. Tomo I. Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial. San Salvador. 1ª. Edición 1992. Págs. 89 y 90.

⁹⁰ Francisco Bertrand Gallindo, José Albino Tinetti y otros: Manual de Derecho Constitucional. Pág. 90.

⁹¹ Francisco Bertrand Gallindo, José Albino Tinetti y otros: Manual de Derecho Constitucional. Pág. 90 y 91.

⁹² Abreviatura de Código Civil.

voluntad legislativa. La condición de inferioridad de la costumbre y en vista a su carácter, algunas veces supletorio, nos hace distinguir que la costumbre no necesita ser reconocida por el legislador para operar en el sistema jurídica. De ahí la validez de la *praeter legem*.

La conclusión que dirime la posición normativa de la costumbre y la ley ha sido posible por las aclaraciones doctrinarias que explican los conflictos históricos de ambas normas. Las relaciones de la costumbre y la ley parten para Del Vecchio de los fundamentos lógicos que sostienen a dichas normas. En primer lugar, son dos manifestaciones de la voluntad, con igual significado y base real. Aunque la costumbre la manifestación de la voluntad popular no es inmediata como en la ley, sino mediata. En segundo lugar se ha creído por algún tiempo que la costumbre es una fuente secundaria, por depender de la voluntad táctica del legislador; tesis de la época medieval, doctrinalmente abandonada.⁹³

La prevalencia de una u otra fuente debe ser examinada según los períodos históricos. El valor consuetudinario se acrecienta en las épocas primitivas. La escasa actividad legislativa justifica su importancia. Pero el derecho pasa de elaboraciones espontáneas o modos reflexivos. En este sentido se constituyen órganos de producción, se forman Asambleas Legislativas y nace la clase de los juristas. En este proceso la ley reafirma la costumbre. Consecuencia es que se construye el sistema jurídico, la costumbre se alberga en él, y se sostiene por la ley. Se justifica entonces la máxima "de que la costumbre deriva su autoridad de la voluntad del legislador, y vale sólo en cuanto la ley la reconoce". Afirmación que para Del Vecchio es insostenible, por el hecho sólo de corresponder a una fase de evolución.⁹⁴

La costumbre conserva un imperio extenso en los sectores del derecho en que la elaboración legislativa es mínima y lenta. Estamos en el período del derecho de las gentes. Época en que se origina el derecho internacional, de las relaciones entre Estados, luego que éstos se organizaron. En el derecho constitucional la elasticidad de las normas, hace que a veces se confíe en las elaboraciones consuetudinarias. Este delineamiento proviene afirmar más que todo para la Constitución inglesa. Para el derecho penal, la importancia de la costumbre es muy poca. Las reglas *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, impiden cualesquier arbitrariedad respaldada en prácticas atentatorias de la libertad. En los procedimientos civiles es considerable el valor superlativo y predominante de la ley. En el derecho civil, la costumbre vale "mientras tanto secunde la ley, o vaya más allá de ésta sin contradecirla. Del Vecchio conviene en la conclusión anterior respecto de la consuetudo *secundum legem* y la *praeter legem*. Inclusive tampoco desdice la validez de la *contra legem*, en relaciones anteriores a la promulgación de la ley, puesto que ésta no tiene efectos retroactivos."⁹⁵

⁹³ Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*. Pág. 380.

⁹⁴ Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*. Pág. 380 y 381.

⁹⁵ Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*. Págs. 381 a 383.

Del Vecchio concluye que la condición de inferioridad de la costumbre se evidencia en la época actual, por la necesidad de regulaciones fijas, uniformidad del sistema jurídico, precisión, seguridad jurídica, y por la facilidad, continuidad y permanencia de la producción normativa. Razones que difícilmente pueden superadas por la costumbre. Sin embargo Del Vecchio deja sentado que "la ley no excluye las otras fuentes del derecho; pero que en la fase actual las supera; acepta la colaboración de ellas, pero no puede en general ser dominada o subyugada por las mismas",⁹⁶ Debemos recordar al lector, que la máxima de Del Vecchio es aplicable para las normas inferiores, y no para las normas primarias, en tanto poseen un rango superior que la ley; asimismo tampoco es válido preferir la ley cuando entra en contradicción con los tratados, en tanto que aunque estos tienen la misma naturaleza y posición que la ley, la regla de interpretación hermenéutica prescrita por el inciso 2º del Art. 144 Cn. prohíbe caso de contradicción la prevalencia de la ley sobre el tratado. El mencionado artículo -inciso 2º del Art. 144 Cn- impide también el poder derogatorio y de modificación de la ley respecto de los tratados internacionales ratificados por El Salvador.

Por último solo hacemos referencia a la distinción clásica que se para a los usos y hábitos sociales; de los que se ha dicho que no participan de la conciencia de obligatoriedad. Por lo que no unifican costumbre. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador, ha usado indistintamente la costumbre y el uso. Por ejemplo el Art. 1 del Código de Comercio CCOM⁹⁷ regla que se acuda subsidiariamente a los usos y costumbre, por lagunas en los supuestos normativos del Código de Comercio. Similar tendencia aparece en el Art. 488 CCOM, que obliga a los comerciantes a ejercer sus actividades comerciales de acuerdo a la ley, usos mercantiles y buenas costumbres sin perjudicar al público ni a la economía nacional. En definitiva, la previsión legal de los usos autoriza su aplicación.

XIII. LA JURISPRUDENCIA

Un tema que aporta contenidos a las fuentes del derecho es la jurisprudencia. El concepto antiguo la acumulo como Ciencia del Derecho. Los Romanos en cambio dieron las primeras pautas que darían con los inicios de la noción. "La Ciencia del Derecho desde los textos primitivos, consagradores de las normas positivas y consuetudinarias, después de las respuestas de los prudentes, más tarde los glosas de la exégesis, hasta la influencia de los razonamientos filosóficos con los enlaces históricos y la sistematización de instituciones, es un largo caminar hacia la configuración como Ciencia Social"⁹⁸. Así la

⁹⁶ Giorgio Del Vecchio: Filosofía del Derecho. Pág.384 y 385.

⁹⁷ Abreviatura de Código de Comercio.

⁹⁸ Antonio Agundez Fernández: La Jurisprudencia, Ciencia, Técnica y Arte en el Derecho. En Antonio Agundez Fernández y otros: El Poder Judicial. Volumen I. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1ª. Edición.1983.Pág.363.

jurisprudencia determinaría" un saber jurídico y filosófico" que debe ser bebido por los jueces⁹⁹.

La parte científica del derecho, parece olvidarse en parte de nuestra pragmática jurisprudencial ordinaria de muchos países, en especial cuando derivan en conductas legalistas; Aunque de ella quedan aún restos en jurisdicciones constitucionales de avanzada; las que esperan un auge renovado. El concepto mínimo de jurisprudencia que predomina en la actualidad transpira sus concepciones en el conjunto de sentencias dictadas por los jueces y magistrados. Escéptico, al describir la actividad judicial de actualidad, Elizalde, describe que la doctrina jurídica latina es la que más ha contribuido a desnaturalizar la noción. La posición de lo práctico ha hecho que la aplicación y ejecución del derecho abandone el original sentido de la jurisprudencia¹⁰⁰.

Díez Picazo dice que la curiosa palabra que comenzó a designar una labor determinada de los tribunales, en la tradición occidental se comenzó a utilizar desde un momento no bien conocido y por razones un tanto oscuras¹⁰¹ García Maynez, depurado el concepto, sostiene que la acepción equivalente en la actualidad es la que comprende <<el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales>>¹⁰². Como puede verse hay un gran tránsito terminológico de la jurisprudencia asimilada a fallos, y concebida, por la doctrina y principios declarados judicialmente.

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

⁹⁹ Juan B. Vallet de Goytosolo: Jurisprudencia, Principios Generales y Equidad en el Pensamiento del Profesor Elías de Tejada. En obra del mismo autor: Estudios sobre Las Fuentes del Derecho y Método Jurídico. Montecorvo, Madrid. 1ª. Edición.1982.Pág.208.

¹⁰⁰ Pedro de Elizalde y Aymerich: La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y Límites. En Pedro Cruz Villalón y otros: El Poder Judicial. Volumen II. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1ª. Edición.1983.Pág.1060.

¹⁰¹ Luis Díez Picazo: La Jurisprudencia. En Antonio Antonio Fernández Agundez y otros: El Poder Judicial. Volumen I. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 1ª.Edición.1983.Pág.268.

¹⁰² Eduardo García Maynez: Introducción al Estudio del Derecho.Pág.68.

no se requiere la reiteración de fallos, basta el criterio sustentado por una sola sentencia>>¹⁰³

Elizalde en cambio fustiga la doctrina monojurisprudencial, y la pluraliza. En concreto, la jurisprudencia es habitualidad, lo cual exige que sea reiterada, constante, idénticos fallos o al menos más de una sentencia que adopte la misma doctrina. Es una necesidad para estabilizar la jurisdicción¹⁰⁴.

Un rudo y frecuente muestreo de la actividad creativa de la jurisprudencia está en la jurisdicción constitucional comparada. Se evidencian así, los deslices de las sentencias interpretativas hacia terrenos creadores, de innovación, manipulación, integración o adición de contenidos normativos no se contentan con fijar el único sentido al texto de un precepto constitucional¹⁰⁵. Menchén Herreros teoriza que la consideración de fuente del derecho pudo deberse al afán de destacar la fuerza y el sentido creativo de la jurisprudencia¹⁰⁶.

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

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

En el marco de otras excepciones es posible considerar que una sentencia sea de obligatoria obediencia para todos los operadores jurídicos, y todos los habitantes de la República. La regla general es que la decisión sólo obliga a

¹⁰³ Rodolfo Luis Vigo: Interpretación Constitucional. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1ª Edición.1993.Pág.172.

¹⁰⁴ Pedro de Elizalde y Aymenrich: La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y Límites.Pág.1062.

¹⁰⁵ Antonio Torres del Moral: Principios de Derecho Constitucional Español. Atomo,Madrid. 2ª Edición.1988.Pág.414.

¹⁰⁶ Pedro Menchén Herreros: Jurisprudencia, Unidad y Evolución del Derecho. En Luis Martín Rebollo y otros: El Poder Judicial. Volumen III. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales,Madrid. 1ª. Edición.1983.Pág.1968.

los participantes en el proceso. Es el efecto conocido como inter-partes. Sin embargo, afirmando positivamente, hay un núcleo reducido de sentencias o decisiones que suelen traspasar la barrera del juicio, e impregnar sus consideraciones como normas generales, cuales normas ordinarias.

La vinculación genérica para todos, -con efectos erga-omnes- entronca con facilidad en la sentencia de inconstitucionalidad. Aquí la controversia se salva sin complicación. El artículo 10 de la LPRCN manifiesta en su inciso 1º que: "La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica." Y en el inciso 2º prosigue: "Si en la sentencia se declarare que en la Ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución".

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

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

En este orden de ideas, corresponde examinar ahora el caso del hábeas corpus y amparo, en donde abundante doctrina se ha vertido a fin de limitar sus efectos. Lo imprescindible en el análisis requiere el examen de la división típica de las sentencias. Una, la de los considerandos, fundamentaciones jurídicas o razonamientos del tribunal; dos, la decisión, el fallo o la conclusión lógica de los argumentos previos. La expresión mayoritaria perfila a las decisiones con efectos inter-partes, o sea, dotando a la decisión de la singularidad respecto de los sujetos intervinientes. La discusión nos remonta

también a los considerandos en donde para algunos, sus elaboraciones en conjunto son de vinculación general; o a veces, para otros, las elaboraciones en modo de justificación solo transmiten en algunos casos el efecto obligatorio genérico. De ahí que se necesita de una tarea de identificación de considerandos y justificaciones jurisprudenciales para concluir la existencia de una vinculación genérica.

Nos parece que el tema debe verse con especial cuidado. Frente a las partes de la ratio y de las obiter que se estructuran en una sentencia somos de la opinión que la regla general en los procesos de inconstitucionalidad es de vinculación general y obligatoria tal como se ha sostenido con anterioridad; en cambio para los procesos de amparo y hábeas corpus, respecto de la obiter el efecto ha de ser interpretantes. Analizando las ratio, el efecto debería canjearse a través de una regla general interpartes, pero que excepcionalmente sería genérica -vinculación general- si la justificación ha interpretado algún artículo o precepto constitucional. La fuerza de la Jurisprudencia en De Robles Rodríguez depende de la fuerza expansiva que tengan sus razones y de la medida en que alcancen valor suficiente -siempre susceptible de nueva discusión, matización y afinamiento- para constituirse en <<normas>> y para fundar expectativas razonables en la construcción de nuevas relaciones sociales que sean capaces de aludir un nuevo litigio"¹⁰⁷.

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

Al hacer el análisis de otra parte de la misma sentencia en que se reconoce el amparo contra leyes heteroaplicativas es útil recordar que asemeja para el amparo, en el caso presentado, a una especie de pronunciamiento de inaplicación de norma inconstitucional. Dice la sentencia: "el amparo contra leyes es prácticamente un medio de desaplicación de un precepto reputado como inconstitucional (...)" ; pues, al limitarse a hacer una declaración particular (la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de modo general y obligatorio es objeto del proceso de inconstitucionalidad), ordena la desaplicación en los casos de leyes heteroaplicativas o no aplicación en caso de leyes autoaplicativas." En consecuencia, según lógica jurídica personal hemos de obtener que si la inaplicación de norma inconstitucional, como control

¹⁰⁷ Federico Carlos Sainz de Robles Rodríguez: El Poder Judicial en la Constitución. En Antonio Fernández Agundez y otros: El Poder Judicial. Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.1ª. Edición.1983.Pág.24.

difuso, tiene un efecto interpartes, en este caso el efecto debe considerarse de igual manera. No se mal interprete tampoco que los procesos de amparo llevan todos una óptica de inaplicación, sino, en el caso objeto de análisis. Sin embargo la sentencia aludida es importante por las constantes preocupaciones jurisprudenciales que buscan conceder su propio efecto a los considerandos que se suscitan en las materias de amparo.

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

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

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

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

En adición a la fuerza jurídica de la jurisprudencia, vale reconocer, que su protagonismo principal, no sólo ésta en el aspecto de las normas y principios; sino también en los parámetros creativos axiológicos para adaptar a la coyuntura histórica la axiología constitucional. Que aunque cause resistencia interpretativa, cada vez avanza más la secuela de una obligatoriedad generalizada. Sirve a estos efectos el discurso de Robles Rodríguez en el apartado en que dice: "La fuerza creadora de la jurisprudencia. Creo que esto es también evidente para todos, basta reflexionar sobre lo que estamos haciendo; no se trata de terciar aquí en la discusión de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho; se trata de comprobar, basta con comprobarlo, que todos los valores, standars, conceptos indeterminados, no se pueden llenar más que a través de la fuerza expansiva de la resolución del caso práctico. Crecen; los valores no están simplemente en el limbo de las normas, están para encarnar en la vida social, mediante sentencias señidas al caso, pero remontándose desde el caso por la fuerza expansiva del valor que protege; están creando el cuerpo, el cuerpo tangible de los valores base de nuestra Constitución, y en la base de todas sus instituciones"¹⁰⁸.

En términos generales Elizalde diferencia la vinculación general de la jurisprudencia de los tribunales superiores y la del tribunal constitucional. La fuerza vinculante de la jurisprudencia para los inferiores es rechazada por el autor, justificando el peligro de la obsolescencia; que impide la elasticidad y capacidad para adaptar la jurisprudencia a nuevas situaciones. La vinculación sería una exacerbar la importancia de la seguridad jurídica¹⁰⁹. Recordamos, que la idea de estos argumentos se sientan en la posibilidad que las consideraciones de los tribunales superiores tengan un efecto tal cual norma jurídica producida por un legislador, cuando la jurisprudencia se reitera. La valoración es muy diferente al régimen recursivo, en que el fallo superior conduce a un cumplimiento obligatorio del inferior, según un efecto interpartes, o vinculante singularizado.

Para la Jurisprudencia Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad verifica por el contrario una vinculación general. Las buenas razones para optar en el sentido anterior están en la trascendencia del proceso y la especial posición del Tribunal Constitucional. En amparo la tónica debe seguir por el mismo camino que se estima en el ámbito de las inconstitucionalidades. Las atribuciones de tutela de los derechos fundamentales, al tenor de la última palabra, infieren junto a la dogmática reconocida en la Constitución, que la jurisprudencia constitucional está por encima de los restantes órganos jurisdiccionales¹¹⁰.

¹⁰⁸ Federico Carlos Saíenz de Robles Rodríguez: El Modelo de Juez en la Constitución. Discurso ante su Majestad el Rey Juan Carlos. En la solemne apertura de los tribunales. 19 de septiembre de 1984. En Poder Judicial número 13.

¹⁰⁹ Pedro de Elizalde y Aymerich: La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y Límites. Pág.1064. Pedro de Elizalde y Aymerich: La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Posibilidad y Límites. Pág.1080.

¹¹⁰ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.95.

XIV. LA DOCTRINA LEGAL

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

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

XV. LA DOCTRINA DE LOS EXPOSITORES DEL DERECHO.

Criterio Interpretativo y fuerza normativa subsidiaria

El parámetro de las opiniones de los expertos en el derecho, no representa, más que un criterio interpretativo, al que se puede acudir, para comprender en mejor forma los textos normativos aplicables. Sin embargo, algunas veces el legislador le da fuerza normativa. El cambio de naturaleza de la doctrina que influye en una sentencia puede transformarse por la conformación de lagunas legales. El Art. 421 CPRC obliga a fundamentar las sentencias en las leyes vigentes, pero en defecto, -puede ser normalmente por falta de previsión de supuestos para resolver el caso-, debe hacerlo en la doctrina de los expositores del derecho.

Significado de la <<falta de leyes vigentes>>

Un enfoque integrador de técnica interpretativa, nos permite opinar, que la falta de leyes vigentes, y por tanto la validez del uso doctrinal como norma jurídica supletoria, está en la línea de la inutilidad interpretativa varia, que

supone el orden jurídico civil y constitucional. Insistimos en aclarar que las valoraciones siguientes representan la consideración de condiciones para usarla con fuerza normativa, es decir como verdadera norma jurídica en que se transforma la opinión de un jurista. Esperamos que el lector no confunda el uso normal de la doctrina, como elemento auxiliar en la aplicación de normas jurídicas. En este caso, no hay fuerza normativa alguna.

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

Agotamiento de interpretaciones ordinarias

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

Agotamiento de interpretaciones constitucionales

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

Significado de la doctrina

Para Linares la doctrina enuncia ciertas verdades jurídicas, y se fundamenta en la opinión individual autorizada o en la opinión pública jurídica del hombre de derecho medio.¹¹¹ La doctrina puede entenderse también como el conjunto de teorías y estudios científicos referentes a la interpretación del derecho positivo. Maynez dota de características científicas a estos estudios; los propósitos pueden ser de especulación, sistematización normativa, interpretación de preceptos y señalar reglas de aplicación.

La doctrina que se fundamenta en la opinión individual autorizada, es la representación de una idea científica. "El creador descubre una doctrina, regla, principio, axioma, en el modo que es dable hacerlo en la ciencia del derecho: mediante la comprensión de las circunstancias del caso, de la norma y de la justa valoración de esa norma y del caso, y mediante la sistematización del resultado. El vocero es el jurista que toma esas reglas, principios, axiomas creados por el descubridor y sistematizados por aquel, los complementa en sus perfiles secundarios y los difunde".¹¹² En el segundo caso, la doctrina se utiliza cuando se ha formado opinión pública, lo que no ha sucedido en el primer caso." Su fuerza de convicción será en tal caso mucho mayor porque ha salido de los cenáculos de los creadores y voceros y al hacerse intersubjetiva tiene carácter objetivo".¹¹³

XVI. OTRAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Conde recuerda la influencia que se ejerce por el principio de constitucionalidad, el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley el principio de jerarquía normativa, del principio de publicidad las normas, del principios de seguridad jurídica, de la interdicción de la arbitrariedad.¹¹⁴

¹¹¹ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.95.

¹¹² Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.95.

¹¹³ Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Pág.957.

¹¹⁴ Enrique Alvarez Conde: Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los Derechos y Libertades. Pág.253 y ss.