

T  
342  
R 474P  
1962  
F. J. Y. C. S.  
Ej. 1

070589

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES



LA PROTECCION DEL ORDEN CONSTITUCIONAL  
EN EL DERECHO SALVADOREÑO

Y

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

PABLO MAURICIO ALVERGUE

PREVIA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Y

SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

ENERO DE 1962.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO GENERAL:

Dr. ROBERTO EMILIO CUELLAR MILLA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. ADOLFO OSCAR MIRANDA

SECRETARIO

Dr. JOSE IGNACIO PANIAGUA.

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES DE DOCTORAMIENTO

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE  
CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Dr. Julio Fausto Fernández  
Dr. Ulises Flores  
Dr. Rogelio Alfredo Chávez

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE  
MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Dr. Manuel Arrieta Gallegos  
Dr. Roberto Emilio Cuéllar Milla  
Dr. Oscar Lacayo Rosales

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE  
MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Dr. José María Méndez  
Dr. Francisco Arrieta Gallegos  
Dr. Francisco Alfonso Leiva

JURADO DE DOCTORAMIENTO PUBLICO

Dr. José María Méndez  
Dr. Francisco Bertrand Galindo  
Dr. José Enrique Silva

DEDICATORIA

Esta tesis representa la culminación de un largo esfuerzo que no hubiera podido realizar solo. Ha sido de capital importancia para ver realizados los frutos, el cariño, el aliento y la comprensión de seres a los que me encuentro unido por el vínculo familiar. Sin su concurso, a veces intangible pero real y positivo, no me habría sido posible comenzar ni llevar a feliz término la carrera universitaria.

Por ello, la dedico con gratitud y afecto,

A mis padres:

Jorge de Jesús Alvergue y Guadalupe Rovira de Alvergue

A mi abuela:

Juana Mena de Marchena y al que sin serlo por la sangre lo ha sido por su cariño y bondad Darío de Marchena

A mi esposa:

Julia Sonia Rivera de Alvergue

A mis hijas:

Sonia Janet, Sandra Guadalupe y Mirna Isabel.

## II

### INTRODUCCION.

Originalmente, esta Tesis fué concebida con el propósito de hacer una exposición de carácter doctrinal acerca del tema escogido, haciendo énfasis en los medios de control de la Constitucionalidad establecidos con el fin de mantener los actos de los órganos-estatales dentro de los límites trazados por la ley fundamental. Se trataba entonces de aplicar en lo posible los principios de la teoría jurídico-constitucional a nuestro Derecho Público a fin de esclarecer en la medida de mis posibilidades, algunos aspectos de nuestra Constitución en lo que toca al control jurisdiccional de la misma.

Lejos estaba de mi intención la idea de referirme a situaciones concretas de naturaleza política, en apariencia de escasa importancia para la ciencia jurídica. Pero debemos convenir con Carlos Cossio en que el derecho es conducta y por lo tanto vida humana. Esta afirmación del eminente jus-filósofo argentino en ningún campo adquiere mayor relevancia que en el del Derecho Constitucional, pues por su misma naturaleza, los conflictos constitucionales raras veces pueden ser encajados dentro de moldes pre-establecidos y rebasan casi siempre las previsiones de la ley.

Como ha acontecido entre nosotros, los hechos que se han suscitado a partir del mes de Agosto de mil novecientos sesenta, han sido en gran parte ajenos a toda normación legal, de ahí que habría sido inútil querer resolverlos manteniendo un estricto apego al texto constitucional. Por ello fué necesario recurrir a expedientes eminentemente políticos tratando de interpretar, no siempre con éxito

### III

-la voluntad soberana del pueblo, voluntad que cuando se produce un desquiciamiento del orden institucional, emerge en su forma pura a fin de restaurar el orden violentado.

Dado que el tema escogido tiene estrecha relación con los acontecimientos políticos que se han producido en nuestra Patria durante la época antes citada, la que ha coincidido con el desarrollo de esta tesis, no podía evadir el referirme en ella a situaciones reales de nuestra vida política. No pretendo desde luego que este breve trabajo sea un estudio exhaustivo de esos acontecimientos ni mucho menos, los he tocado porque comprendí que no es posible elaborar principios válidos de Derecho Constitucional si estos no se fundan en la dinámica histórica. Todo derecho auténtico debe extraer de la propia realidad las experiencias concretas que deberán servir para elaborar sobre ellas las soluciones del futuro.-

Naturalmente, el mayor o menor aprovechamiento del material de estudio que ofrece el proceso de desarrollo jurídico político de un pueblo -que en el caso nuestro ha sido extraordinariamente interesante durante el lapso a que he aludido- depende sobre todo del capital inicial de conocimientos teóricos con que se cuenta para descubrir en los hechos, a veces más pródigos en enseñanzas que el más crudito tratado de teoría, todo cuanto es de provecho para la ciencia jurídica. Se hace necesario observarlos atentamente y enmarcarlos dentro de una perspectiva adecuada para luego derivar soluciones correctas a los problemas que plantean. Estas soluciones en el caso del Derecho Constitucional tienen un valor superior al de otras ramas del derecho, ya que constituyen precedentes valio

#### IV

sos y devienen en principios generales, es decir, en verdaderas -- normas para el futuro.-

Desde luego carezco de ese capital inicial y por ello han sido grandes mis dificultades e inseguros mis pasos al moverme en-- un campo en el que muy pocos de nuestros Juristas han incursionado, de ahí que esas dificultades mías si bien no son raras en un estu-- diante, han sido un grave obstáculo para penetrar en la entraña de los problemas jurídico políticos nacionales, viéndome así obligado a conformarme con hacer de manera un tanto superficial, breves refe-- rencias a cuestiones cuya importancia demanda un tratamiento serio y profundo.-

Es así que finalmente me limito -como a menudo sucede- a destacar la importancia que tiene el estudio del Derecho Constitu-- cional en un medio como el Salvadoreño, que cuenta con una Consti-- tución magnífica desde el punto de vista de la técnica jurídica, mo-- derna por su contenido social, ejemplar por las garantías que consa-- gra para hacer efectivo el respeto a los derechos de la persona y - para mantener en general a los órganos del Estado dentro de sus lí-- mites, pero a la que le ha tocado normar una realidad social que no logra todavía ubicarse totalmente dentro del marco que la Constitu-- ción le ha trazado, acaso porque aún - no ha logrado su plena ma-- durez cívica, condición sine-quantum para una auténtica democracia.-

- 1- EL ORDEN JURIDICO POSITIVO Y LA NORMA FUNDAMENTAL.
- 2- LA CONSTITUCION.
- 3- CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL.-
- 4- CONSTITUCIONES RIGIDAS Y FLEXIBLES.

1- EL ORDEN JURIDICO POSITIVO Y LA NORMA FUNDAMENTAL

El derecho es una forma de vida social. La vida social posee estructuras normativas; es decir, genera fuerzas aceptadas por los miembros de una sociedad, como normas que determinan la conducta de esos miembros en uno y otro sentido y con distinto propósito. La expresión normativa más importante para la regulación de la vida social es el Derecho.

Todo Estado o Sociedad política se estructura mediante un orden jurídico, esto es un conjunto de normas jurídicas que determinan la organización Política de ese Estado, así como las relaciones del ente estatal con los individuos que lo componen y las de estos últimos entre sí.

El orden jurídico es en esencia, un sistema de normas jerarquizadas que forman un todo unitario y conexo cuyas partes guardan entre sí relaciones de coordinación y de subordinación. El principio que confiere a todo orden jurídico el carácter unitario inherente a todo orden o sistema, radica en que todas las normas integrantes de dicho sistema pueden ser referidas a una norma suprema, la cual recibe por esto el nombre de norma fundamental. En este sentido dice el eminente jurista austríaco Hans Kelsen: "Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental, constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental repre

senta, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden."

Una atenta observación del proceso de formación del Derecho nos permite comprobar que todo sistema jurídico presenta una estructuración escalonada en cuanto a las diferentes clases de normas que lo constituyen y que siguiendo la dinámica de este proceso en un sentido inverso, o sea yendo de las normas que ocupan el plano inferior en jerarquía, como puede ser una sentencia judicial o un contrato (negocio jurídico); hasta llegar a la norma fundamental o constitución, podemos percatarnos con toda claridad de que cada grado o estrato de normas se encuentra regulado, es decir, determinado jurídicamente en su producción por el superior y que una norma, al mismo tiempo -- que se funda en otra superior puede servir de sosten a otra de grado inferior.

Conforme a este planteamiento de la producción del Derecho, concluimos que en última instancia todo el orden jurídico descansa en la Constitución que viene a ser por ello la norma fundamental.

Llegados a este punto cabe preguntarse por el fundamento de la Constitución. Naturalmente que la respuesta que deba darse a esta interrogante tendrá que basarse en consideraciones extrajurídicas puesto que si el Derecho regula su propia producción, este tiene sentido dentro de un ordenamiento jurídico determinado y tomando como punto de partida que la Constitución es la piedra angular en que se apoya todo el sistema. Esta por consiguiente, debe descansar su validez en otra causa distinta, ya que de rechazar que existe un algo

en que se funde, tendríamos que llegar a la conclusión de que un determinado orden jurídico tomado en su conjunto flota en el vacío.

Dejando por sentado que ese fundamento es de distinta naturaleza de la Jurídica, nos encontramos con que la respuesta que se da a esta cuestión también se encuentra fuera del alcance de la ciencia jurídica, por lo menos cuando tal expresión se emplea en el sentido de ciencia del derecho positivo. Podría responderse con respecto a una Constitución determinada que esta se apoya en otra anterior y conforme a la cual fué dictada, pero necesariamente tenemos que -- llegar ya sea a una primera constitución, como cuando se constituye un nuevo Estado o a una Constitución nacida de la interrupción violenta del orden jurídico y que viene a sustituir a otra anterior que -- queda derogada, y con la cual no guarda nexo alguno, como sucede en el caso de una revolución.-

Colocados en esta situación ¿Puede hablarse de que existe una norma fundamental que sirva de sostén a la Constitución? Ello es evidente; la dificultad se presenta respecto a determinar la naturaleza de esta nueva norma. Para Kelsen, cuya opinión no compartimos totalmente pero puede servirnos como punto de referencia; que prescinde por razones metódicas de toda consideración "metajurídica" - en su teoría pura del Derecho, - que quiere ser a todo trance una teoría del Derecho Positivo, - el fundamento de la Constitución en sentido "Jurídico positivo" sería una norma fundamental Hipotética. Tal cuestión la enuncia de la siguiente manera: "pero si se pregunta por el fundamento de validez de la Constitución sobre lo que descansan--

todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de - las leyes, se llega talvez a una constitución más antigua y así por- último a la primera constitución histórica que fué promulgada por al gún usurpador o por algún colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del-- orden jurídico basada en esta constitución: que ha de valer como -- norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifes- tado como voluntad suya". ( el subrayado es nuestro). A este su-- puesto, Kelsen lo ha denominado Constitución en sentido lógico-jurí-- dico para distinguirlo de esa primera constitución establecida con-- forme al mismo y que sería la Constitución en sentido jurídico posi-- tivo.

El porqué la voluntad de ese primer constituyente históri-- co ha de valer como norma, tendrá que buscarse lógicamente en otra-- clase de consideraciones. Pueden ser los "factores reales de poder" de que habla Lasalle ó el reflejo de la voluntad social predominante a que alude del Vecchio, o el tan discutido Derecho Natural. Sobre-- este particular dice el maestro Luis Recasens Siches: "Así pues, la-- raíz de la norma fundamental o Constitución primera estaría consti-- tuida por un hecho sociológico y amparado por razones éticas de la - necesidad de que exista un orden jurídico; pues antes todavía que la exigencia de justicia (Esto es, que el Derecho sea justo) hay la ur-- gencia de que exista un Derecho (idea de seguridad y certeza jurídi-- ca.")

## 2- LA CONSTITUCION

Es preciso advertir antes de continuar el desarrollo de este capítulo que la palabra constitución está muy lejos de tener un sentido unívoco y que como dice Carl Schmitt, "en una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentra de alguna manera en una constitución y todo lo imaginable puede tener una constitución". Precisa por lo tanto determinar el concepto de constitución en sentido jurídico pues ese es el sentido en que se emplea la palabra constitución en este trabajo.-

El autor antes citado distingue entre concepto absoluto de Constitución y concepto relativo; en el primer concepto distingue tres acepciones diferentes: 1o.) "la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente". A todo Estado corresponde una determinada estructura por medio de la cual forma una unidad de tipo político que se manifiesta en una determinada ordenación social. 2o) "Una especial manera de organización política y social que presupone la forma en que cada estado regula las relaciones de supra y subordinación o sea por quien es ejercido el poder, y en este sentido hablamos de monarquía, Aristocracia o Democracia. 3o)"Una regulación legal fundamental, es decir un sistema de normas supremas y últimas". Este sentido es el especial de la expresión norma fundamental en cuanto todo el orden jurídico puede ser referido a ella como el punto en que descansa todo ese orden jurídico que como-

vimos atrás posee una estructura jerarquizada.

El sentido relativo de constitución se refiere a la ley -- constitucional concreta o sea a la constitución escrita dictada por un poder constituyente y que reviste en suma, determinadas características formales que la diferencian de las demás leyes.

Esta última acepción es la que nos interesa para nuestro estudio y por eso hemos creído necesario hacer ese previo deslinde del concepto de Constitución.

Naturalmente que este concepto formal de Constitución presupone una serie de ideas políticas que le sirve de substracto y que tiene íntima relación con las acepciones arriba transcritas, pues no es solamente el documento redactado en una forma especial si no que, ese documento debe poseer un contenido que en una determinada época representa la síntesis de la concepción que se tiene de lo que debe ser dentro del Estado, la particular organización de éste y la delimitación de la esfera individual de derechos como demarcación opuesta a la intromisión estatal dentro de esa esfera.-

Por ejemplo la Constitución del Estado de El Salvador como República obedece a circunstancias históricas determinantes de que al independizarse de España haya escogido la forma de gobierno republicano siguiendo la influencia de las ideas políticas esparcidas -- por los Estados Unidos de América, Francia y las demás naciones americanas que con anterioridad a la nuestra se habían emancipado de la madre patria.-

Este sería para nosotros el concepto ideal de constitución

y al menos en la actualidad, no aceptaríamos un cambio radical de estructura, cual sería por ejemplo adoptar una constitución de tipo comunista, puesto que las ideas políticas que han servido de base a la estructuración de nuestro modo ser político, obedecen a una concepción democrática liberal que todavía podemos considerar predominante, aunque se reconoce por la mayoría de los autores del Derecho Público que esa concepción se encuentra actualmente en crisis.-

El sentido relativo de Constitución se refiere a la Ley constitucional concreta, o si se quiere al conjunto de disposiciones incorporadas en un texto escrito denominado Constitución Política, dictada por un poder constituyente, y que reviste determinadas características formales, especialmente en lo que atañe a los procedimientos que se emplean en su reforma y que tiende a hacerlos más difícil lo que lo distingue de las leyes ordinarias.

Pero a continuación Schmitt sienta una distinción muy importante entre constitución y ley constitucional, porque según él -- sin esa distinción no es posible llegar al verdadero concepto de Constitución. Es necesario advertir el diferente sentido que en la terminología de este autor tiene la expresión ley constitucional, del que nosotros le atribuimos. Para dicho autor la expresión citada no significa toda ley dictada en la forma prescrita por la Constitución tal como lo entendemos nosotros, sino toda ley incorporada dentro del texto constitucional, pero que no es la Constitución propiamente dicha.

Para Schmitt; la verdadera esencia de la Constitución o sea lo que él denomina constitución en sentido positivo, "surge -- mediante un acto del Poder Constituyente" y "representa una manifestación existencial de la unidad política de una nación" que contiene solo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política; o sea, que cuando ese poder constituyente respondiendo a la particular manera de sentir de la unidad política del pueblo que representa, decide-- dar a esa unidad una conformación estatal determinada, ya sea al -- constituirse un nuevo Estado o al transformarse fundamentalmente uno ya existente, la unidad política que ha efectuado esa creación o transformación, ha actuado al través del poder constituyente de una manera consciente puesto que el poder constituyente actúa como sujeto de la voluntad del pueblo, voluntad cuyo propósito es darse una-constitución.-

La Constitución vale por virtud de la voluntad política - existencial de aquél que la dicta o sea, la unidad política que actúa al través del poder constituyente.-

En cambio según el mismo autor las leyes constitucionales descansan su validez en una constitución y la presuponen ,ya que el Derecho no es sino creación del Estado y en ese sentido, lógicamente debe presuponerse la existencia de ese E<sup>st</sup>ado que lo crea, puesto que sin un poder o autoridad política que adopte una decisión de carácter normativo, no es posible pensar la existencia de tal decisión.-

Esa manifestación consciente de voluntad política efectuada por el pueblo unificado, que se concretiza al darse una constitución, lo hace al través de lo que el autor llama las decisiones políticas fundamentales. Estas decisiones para Schmitt no -- tienen carácter de ley y ésta es otra diferencia que establece con respecto a las leyes constitucionales. Así por ejemplo la decisión del pueblo Salvadoreño a favor de un gobierno republicano popular y representativo adoptada según la constitución de 1841. Art. 2- (ya que en la de 1824 lo hace como Estado miembro de la federación de Centro América y por consiguiente es en la de 1841 en donde se constituye en Estado Unitario), es una decisión política fundamental que se ha mantenido hasta el presente y si bien es cierto - que ha existido siempre el anhelo de reconstruir la federación, en el orden interno de nuestra organización jamás se ha tratado de alterar el carácter republicano de nuestro país a pesar del gran número de Constituciones que se han promulgado desde su nacimiento - como Estado Unitario.-

De acuerdo con el autor citado, disposiciones como las - contenidas en el Art. 1- de nuestra vigente constitución que dice: "El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo y está limitada a lo honesto, justo y conveniente a la sociedad" no son leyes y por lo tanto no tienen carácter de ley constitucional, pero no por eso son algo mínimo o indigno de consideración; son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo --

salvadoreño y forman el supuesto básico para toda ulterior norma--  
ción, incluso para las leyes constitucionales.

Ahora bien, ante la conclusión a que llega Carl Schmitt -  
con respecto a la verdadera constitución, o sea ante las decisio--  
nes políticas concretas cabe preguntarse ¿si no tienen carácter --  
normativo cual es su valor jurídico? por que dentro de una teoría  
general del Derecho Constitucional no podríamos excluir la consti--  
tución propiamente dicha tal como la entiende el repetido autor, co  
mo no perteneciendo al orden jurídico, o mejor dicho, no podríamos  
aceptar que los preceptos referidos carezcan del carácter de ley -  
constitucional.-

Podría sostenerse cuando más dentro del campo constitucioo  
nal que esas decisiones poseen mayor jerarquía con respecto a las--  
que el llama leyes constitucionales, aunque esto también es discu--  
tible como tendremos oportunidad de ver en seguida, pero no que ca  
rezcan de carácter normativo. No es su naturaleza política las -  
que les dá esa importancia tan trascendental para la estructuración  
del Estado sino precisamente el hecho de transformarse en normas ju  
rídicas.

Ciertamente la unidad política es la que sirve de base a  
la organización Estatal pero solo al través de la expresión jurídi  
ca de la voluntad que esa unidad adquiere, manifestada en la Constituo  
ción es que se produce el fenómeno de creación del Estado. Por consiguiente  
te, jurídicamente no tiene sentido hablar de una voluntad soberana  
del pueblo sino es refiriendo tal afirmación a una disposición --

constitucional que así lo preceptúa.

El otras palabras, los principios supremos consagrados en una constitución con respecto a la forma de gobierno republicano, democrático o monárquicos o sobre quien esta llamado a detentar la soberanía, sí son decisiones de carácter normativo puesto que obligan a los poderes constituidos y a la nación toda, sustrayéndose únicamente de esa obligación la unidad política que ha establecido esos principios y que sí puede cambiarlos en el momento en que las circunstancias lo exijan, siendo por consiguiente su naturaleza jurídica del mismo grado que todas las disposiciones constitucionales. Pero este problema lo examinaremos con mayor detenimiento cuando estudiemos el poder constituyente.-

Por de pronto podemos concluir este tema, citando un párrafo de Carre de Malberg, que refiriéndose a la potestad del Estado dice: "desde el punto de vista especial de la ciencia del Derecho, la potestad dominadora del derecho aparece como teniendo su fuente en la Constitución del Estado, sin que el jurista tenga que remontarse más allá de la Constitución inicial con la que coincidió el nacimiento de la persona estatal. Fué esta Constitución en efecto, la que fundó la organización de la colectividad nacional, organización de la que resultan a la vez la unificación de la colectividad en una persona jurídica y la reducción de la voluntad del grupo en una voluntad unificada, que se expresará por los órganos constitucionales del grupo y que se convierte por eso mismo, jurí-

dicamente hablando, en la voluntad más poderosa que existe en el seno del grupo. Así, en el terreno particular de la ciencia -- del Derecho, la potestad estatal no puede considerarse sino como el resultado de la organización nacional, por cuanto que esta or ganización produce en la nación una voluntad estatal superior, en derecho, a cuantas puedan existir de hecho junto a ella.

### 3- CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL

De mucho mayor arraigo en la doctrina que la división hecha por Schmitt entre constitución y leyes constitucionales, es la clásica distinción entre constitución en sentido material y - constitución en sentido formal.

Desarrollado esta cuestión dice Kelsen: "supuesta la e xistencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional. El término Constitu ción es entendido aquí no en sentido formal sino material". Pã- ra Kelsen por consiguiente, constitución en sentido material es el conjunto de preceptos que por ocupar la más elevada jerarquía dentro del orden jurídico, regulan la cración de las normas jurí dicas generales o leyes secundarias. En cambio, la constitución en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de - normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la obser- vancia de precripciones especiales cuyo objeto es el dificultar- la modificación de tales normas, y se diferencia del concepto ma terial de la misma, en que a menudo encierra además otras norma-

ciones que no forman parte de la constitución en sentido material, - es decir, que no se refieren a la creación de normas jurídicas.

Ahora bien, solo dentro de una constitución escrita, promulgada de una manera especial y sujeta a requisitos especiales que dificultan extraordinariamente su reforma en comparación con las leyes secundarias, es que cabe hablar de constitución en sentido formal, pues respecto a una constitución como la de Inglaterra, que es de carácter consuetudinario, no sería propio hablar de una constitución en sentido formal puesto que la reforma de la misma en nada se diferencia de las leyes ordinarias.

Es conveniente advertir que el concepto de constitución - en sentido material expuesto por Kelsen que hemos transcrito anteriormente, es demasiado estrecho y si puede ser aceptable para la teoría jurídica, no coincide con el de la teoría política que es mucho más amplio, ya que este no se refiere solamente a las normas que regulan la creación de otras normas de grado inferior sino que comprende además aquellas normas que regulan la creación y la competencia de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales supremos. Este mismo concepto de Kelsen, ha sido expresado con mayor extensión por Jellinek cuando dice: "La constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y - por último, la situación de cada uno de ellos respecto al poder del Estado."

Pero no solamente la creación y organización de poderes y competencia quedan comprendidos dentro del concepto de constitución en sentido material que adopta la teoría política. Están además los derechos individuales o derechos fundamentales de la persona, mal llamados por algunos garantías individuales, puesto que éstas se refieren a los medios de protección de esos derechos. Por circunstancias históricas bien conocidas, tales derechos forman parte esencial de las constituciones de casi todos los países del mundo.

A este respecto nos parece oportuno citar un párrafo del gran constitucionalista mejicano Felipe Tena Ramírez, cuyo texto es: "Desde el punto de vista material, las constituciones del mundo occidentales, inspiradas en la norteamericana y en las francesas, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder. De aquí que la estructura de nuestra Constitución, (la mejicana) como todas las de su tipo, -en las que se incluye la nuestra desde luego- se sustenta en dos principios capitales: 1) la libertad del individuo es ilimitada por regla general, en tanto que la libertad del Estado para restringirla es limitada en principio; 2) Como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado se circunscriba y se encierre en un sistema de competencia."

Por lo que se refiere a las otras clases de normas que han sido incorporadas al texto constitucional y que forman parte de éste, sin participar de la calidad de las normas que forman la constitución en sentido material, es conveniente decir que la elevación

de determinadas normas al rango constitucional obedece a la necesidad en que se ve el legislador constituyente de salvaguardar principios de trascendental importancia en la vida política de un país -- y que no pueden quedar sujetas al capricho de asambleas ordinarias, sometidas incondicionalmente a la voluntad del gobernante de turno o del partido que en un momento dado constituye la mayoría dentro de los órganos legislativos ordinarios.

Así por ejemplo, entre nosotros o mejor dicho en nuestro régimen constitucional, la autonomía universitaria ha sido consagrada como principio constitucional para preservarla de los ataques de gobiernos antidemocráticos y poco respetuosos de la libertad, a fin de evitar que atenten contra esa autonomía y traten de suprimirla cuando resulte inconveniente a sus intereses políticos. La personalidad jurídica de la Iglesia Católica sería otro ejemplo de principio constitucional del tipo que venimos examinando.

Existe además en las constituciones modernas el capítulo consagrado al régimen de los derechos sociales y que en nuestra Constitución comprende cuatro aspectos: La Familia, Trabajo y Seguridad Social, Cultura y Salud Pública y Asistencia Social. Las normas que regulan tales cuestiones, son consideradas por Tena Ramírez dentro de las que integran la constitución en sentido formal. En nuestra opinión, tal inclusión, por lo menos en lo que se refiere al Trabajo y a la Seguridad Social, no obedece simplemente a dificultar la reforma o supresión de tales principios por parte del legislador secundario, sino más bien a la influencia que los derechos sociales

tienen en el mundo actual y que denota una verdadera transformación del concepto individualista de los derechos en un concepto social - de los mismos; es decir, que la preocupación del presente es la de realizar ante todo la justicia social. Esta tendencia tan evidente, estamos seguros que en un futuro no lejano transformará de manera radical los principios tradicionales del Constitucionalismo actual cuyos fundamentos democráticos liberales de inspiración individualista, se encuentra hoy en crisis como antes apuntamos y a no dudarlo, serán sustituidos por otros principios más humanos que sin destruir la libertad individual, tendrán por finalidad protegerla de manera más efectiva ya que el resultado de la experiencia individualista ha sido precisamente que la libertad se torna ilusoria cuando no se garantiza al individuo ciertos derechos de contenido económico que le permitan disfrutar de una existencia digna y de cierta seguridad material.-

#### 4- CONSTITUCIONES RIGIDAS Y FLEXIBLES.

Es de gran importancia la clásica división de las constituciones en rígidas y flexibles y aunque estas últimas son ya muy raras dentro del derecho positivo es conveniente su estudio pues su existencia obedece más que todo a cierta manera de ser tradicionalista de los pueblos que la han adoptado y a la continuidad histórica de las instituciones de dichos pueblos. Sobre este tema transcribimos los siguientes párrafos del autor español Manuel García Pelayo, cuyas ideas sobre el tema nos parecen suficientes para una exposición breve y clara del mismo.

"El contraste entre las nuevas constituciones que previenen un método especial de reforma y las de otros países surgidas de modo orgánico e inmanente, sugirió a Bryce una distinción que pasó a formar un concepto fundamental del Derecho Constitucional: la distinción entre constituciones rígidas y flexibles. Según Bryce, hay dos tipos de constitución: las que él llama viejas, que han crecido asimétricamente, tanto en su forma como en su contenido y que se componen de una variedad de leyes, convenios y costumbres, y las que él llama nuevas, que son obras conscientes, sistemáticas y exhaustivas. Más esta distinción tiende a borrarse con el tiempo y es preciso acudir a otra diferente, aunque en íntima relación con ella. Tal es la de constituciones rígidas y flexibles: a) la constitución flexible se caracteriza porque procede de la misma fuente que las leyes ordinarias, y por consiguiente, puede ser anulada o reformada por el mismo órgano y por el mismo método que dichas leyes; el ejemplo clásico de este tipo es la constitución inglesa, b) la constitución rígida deriva de una fuente diferente y de rango superior a la de las leyes ordinarias, y sólo es abrogable por dicha fuente; -a esta segunda clase pertenece la nuestra- en resumen: constitución rígida es aquella que para su reforma exige un órgano y unos métodos especiales, distintos de los que se precisan para establecer y reformar las leyes ordinarias. La constitución ocupa así una situación privilegiada, posee formalmente una mayor garantía de permanencia, situación a la que los juristas franceses han designado como superlegalidad constitucional."

"Pero la designación de rígidas y flexibles establecida por Bryce no es en modo alguno una designación arbitraria ni motivada por características puramente formales; Bryce les da uno u otro nombre porque las unas son elásticas, fluidas, dinámicas, móviles (moving) capaces de constantes modificaciones "mientras mantengan sus rasgos fundamentales"; en cambio, las otras son sólidas, cristalizadas, duras, fijas, estacionarias, sin posibilidades de alteración más que según un método prefijado o por ruptura revolucionaria."

"Por consiguiente, el problema de hasta qué punto la constitución representa una ordenación firme o una estructura de contenido variable a través del tiempo, es un problema que queda limitado a las constituciones rígidas, puesto que la característica de -- las flexibles es precisamente su carácter dinámico."

## CAPITULO II

### EL PODER CONSTITUYENTE

1- GENERALIDADES. 2- EL CONSTITUYENTE REVOLUCIONARIO. 3- EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION.

#### GENERALIDADES.

Para el estudio del Derecho Constitucional es de fundamental importancia la teoría del Poder Constituyente porque en dicha teoría se encuentra la base filosófico-jurídica y política de la superioridad de la Constitución como ley fundamental.

En su acepción más generalizada, el Poder Constituyente es la expresión de la soberanía ejercida por un pueblo directamente o por medio de sus representantes con el fin de constituirse en Estado, o de modificar el ya existente al través de una Constitución. Carl Schmitt lo define como "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política determinado así la existencia de la unidad política como un todo." Esta definición acorde con la dirección decisionista de toda la teoría constitucional de Schmitt, refleja sin embargo la influencia de la teoría contractual de Rousseau que tan profundas huellas ha dejado en el pensamiento político moderno y a cuya fuerza es casi imposible por ahora -- sustraerse.

Del concepto de Poder Constituyente que hemos esbozado se desprende que el estudio del mismo tiene íntima relación con el de la soberanía y si el Poder Constituyente ejercita la soberanía, el-

problema consiste en determinar en quien o quienes recae ese poder soberano o esa voluntad política. Esta cuestión nos conduce forzosamente al debatido tema de a quién corresponde el ejercicio de la soberanía dentro del Estado.-

Trataremos aquí de evitar un análisis extenso del problema de la soberanía ya que esto corresponde más bien a la teoría del Estado y nos limitaremos a los aspectos históricos y doctrinales más importantes en lo que se ajusten a la posición adoptada por nuestra Constitución.

En su Art. 1º), nuestra Ley Fundamental acoge el principio de la soberanía popular. En efecto, dice dicho artículo, "El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en pueblo y está limitada a lo honesto, justo y conveniente a la sociedad". La misma idea se encuentra expresada en el Art. 6º.-

Resulta de gran interés sobre este particular conocer la mente de nuestro legislador y es así como en la exposición de motivos del proyecto de constitución de 1950, encontramos en lo referente al artículo 10. el siguiente razonamiento: "Este artículo dice que la soberanía reside en el pueblo." "No quiere la comisión entrar al debate entre las teorías de la soberanía nacional, fundada por la Constitución francesa de 1791, y la soberanía popular, cuyo representante más destacado fué Rousseau. Pero el proyecto no acepta la teoría de la soberanía nacional que consagra el artículo 20. del anteproyecto. La universalidad de los Salvadoreños, a que aquí se alude, no es una suma de individuos, sino un ente distinto de los in



dividuos, en una palabra la nación. Una universalidad es jurídicamente distinta de sus elementos integrantes. Así ha sido entendida por intérpretes muy autorizados la concordante disposición que aparece en el derecho positivo francés. El proyecto se contenta con atribuir la soberanía al pueblo, elemento humano del Estado. La teoría de la soberanía nacional permitía el sistema monárquico. La atribución de la soberanía del pueblo, con exclusividad, si bien doctrinariamente no excluye la posibilidad de que el pueblo escoja un monarca, éste tendrá la calidad de delegado. La teoría de la soberanía nacional, creada en un momento de transición revolucionaria, concede en su primera concreción constitucional de 1971, al monarca la soberanía por derecho propio, en coparticipación con la Asamblea Legislativa. La teoría de la soberanía nacional permite también el sufragio limitado, fundado en el derecho de propiedad, o sea, permite sistemas en que la soberanía no coincide estrictamente con el pueblo en su totalidad. Pero permite también el sistema democrático en su plenitud. Definidas las cosas en nuestro país en favor de una democracia integral, es más breve y exacto señalar al pueblo como titular de la soberanía."

La explicación dada por la comisión nos parece confusa y contradictoria pues en la historia del pensamiento político se han producido dos concepciones principales sobre la cuestión de la soberanía en lo que se refiere al titular de la misma, a saber: Soberanía del monarca y soberanía popular. La primera nada tiene que ver con la soberanía nacional. Si dentro de esta es concebible la mo--

narquía, tal como dice la Comisión, también lo es dentro de la teoría de la soberanía popular como la misma comisión lo reconoce, siempre que el titular de esa soberanía sea el pueblo y no el monarca.

Por otra parte, nada tiene que hacer dentro de esa concepción el problema del sufragio limitado puesto que ese problema tiene la misma vigencia aún dentro del sistema de la soberanía popular.-

No nos interesa mayor cosa la soberanía del monarca puesto que para nuestra tradición republicana sólo puede tener un valor ilustrativo por lo que concentraremos nuestra atención en la soberanía popular, en cuya concepción se ha basado siempre nuestro derecho Constitucional. La soberanía sin embargo es una y ha sufrido una evolución cuyos rasgos sobresalientes trataremos de exponer a efecto de determinar cual ha sido su trayectoria, de suyo tan accidentada, que fué calificada por Jellinek con gran exactitud de "concepto polémico."

Según la doctrina francesa más difundida en la que ha tenido aceptación predominante el principio de la soberanía nacional - el Estado es un ente colectivo que personifica a la nación, o sea - que la potestad estatal no reside jurídicamente en los individuos - que la ejercen de hecho, sino en la persona estatal. Esta potestad que es exclusiva del Estado y que constituye su signo distintivo es la soberanía y significa un poder de carácter supremo que no admite otro superior ni siquiera igual dentro del Estado o fuera de él; esta doble función ha dado lugar a que la soberanía se haya dividido

en soberanía externa o independencia y soberanía interna o soberanía propiamente dicha como la denominan algunos, como si se tratara de dos clases distintas de soberanía cuando en realidad se trata de la misma cosa vista desde dos ángulos diferentes. Históricamente ha nacido el concepto de soberanía como el resultado de la lucha sostenida por los estados o mejor dicho las monarquías europeas para independizarse del imperio, del papado y del poder feudal en la edad media.

Durante ese período de las luchas monárquicas puede decirse que predominó la teoría de que la soberanía residía directamente en el monarca a quien por esto se le denominó el soberano. Esta tesis fué sostenida principalmente por Bodino y Hobbes. Los teorizantes de la revolución francesa introdujeron un cambio radical en la teoría de la soberanía cuando trasladaron ésta de las manos del monarca a las de la nación y finalmente al pueblo. Es difícil establecer la diferencia entre soberanía nacional y soberanía popular, pues con frecuencia se confunden ambas ideas, sin embargo puede decirse que por nación se entiende la colectividad indivisible de los ciudadanos, se trata pues de un ente abstracto, una entidad extra-individual, una universalidad como dice la comisión que encuentra su personificación en el Estado, mediante una constitución y es en virtud de esta personificación que adquiere la soberanía; en cambio de la doctrina de la soberanía popular, el pueblo es titular originario de la soberanía en virtud de un derecho primitivo anterior al Estado y a toda Constitución.

El sentido de la palabra soberanía ha asumido al través-- de la historia tres significados diferentes: en su sentido original designa el carácter supremo de una potestad plenamente independiente y en particular de la potestad estatal. En una segunda acepción significa el conjunto de los poderes comprendidos en la potestad estatal, identificándose con ésta. Finalmente, sirve para caracterizar la posición que dentro del Estado ocupa el titular supremo de la potestad estatal, y aquí la soberanía se identifica con la potestad del órgano, o soberanía del órgano como se le ha llamado. Estos tres diferentes conceptos se conservan actualmente, lo que da lugar a que no exista una completa claridad sobre tan importante -- cuestión.-

El concepto de soberanía como el poder supremo en lo interno y en lo externo que originalmente fué un concepto negativo pues no decía nada de la naturaleza del mismo, ha pasado a adquirir un sentido positivo cuando se considera ese mismo poder con todos sus atributos y se confiere a determinada persona o grupo (soberanía -- del órgano.)

Así Meyer citado por Carré de <sup>W</sup>alberg define la soberanía como sigue: "Es primeramente la cualidad en virtud de la cual, el estado soberano posee una independencia completa en el exterior y una superioridad absoluta en el interior. Y además la cualidad de la persona o del colegio que posee como titular primordial la potestad del Estado."

Aunque es imposible sustraerse a la costumbre de emplear - la soberanía atribuyéndola al órgano supremo dentro del Estado, en este caso al Poder Constituyente, en el texto constitucional Salvadoreño, tal atributo corresponde solamente al pueblo, como vimos en el Art. 1o.

Pero las dificultades con respecto a la equivocidad del - término soberanía no terminan aquí. Modernamente y especialmente-- en lo que se refiere a la doctrina política americana, existen ---- ciertas características peculiares que conviene puntualizar para se guir más fielmente la dirección que ha tomado en la actualidad el - tan discutido concepto de soberanía.-

Dice Tena Ramírez: "el Estado como personificación jurí-- dica de la nación, es susceptible de organizarse jurídicamente. Más como el Estado es una ficción (opinión que no compartimos) cabe -- preguntarse quién ejerce de hecho la soberanía. Así se llega de la soberanía del Estado a la soberanía del órgano; luego - pregunta - ¿como limitar ese poder a fin de proteger los derechos del individuo? "En este aspecto -dice- la doctrina europea no ha podido dar una res -puesta satisfactoria, Por cuanto deposita el poder soberano ficti -ciamente en el Estado y realmente en los órganos o en los gobernantes, la doctrina europea ha fracasado. Veamos ahora la gran experien- cia norteamericana conforme a la cual se destituye de la soberanía- a los gobernantes y se la reconoce originariamente en la voluntad- del pueblo externada por escrito en el documento llamado Constitu-- ción". En efecto, en el sistema americano, no se encuentra ningún

poder u organo jurídicamente ilimitado pues todos los poderes obran en virtud de facultades expresas y en consecuencia limitadas. El mismo sistema adopta en principios nuestra constitución, sin embargo se aparta del modelo norteamericano cuando sigue confiriendo al pueblo la calidad de soberano.

Los poderes públicos creados por la constitución no son soberanos ni con respecto a otros poderes ni contra los individuos pues la división de poderes y la protección de los derechos individuales que la misma constitución establece, ponen límites jurídicamente insalvables al poder público. Por su parte el pueblo titular de la soberanía agota por decirlo así, en la constitución todo su poder soberano. Aún la potestad de alterar la constitución solo puede ejercer por procedimientos establecidos en la misma. Sólo la ruptura violenta del orden constitucional permite al pueblo ejercer directamente la soberanía, y es aquí donde aparece la realidad de su titularidad, pero esta posibilidad si bien en nuestro medio tiene una importancia superlativa por la frecuencia con que esas rupturas del orden constitucional se producen, no ofrece mayores oportunidades para una teoría jurídica puesto que viene a constituir un aspecto negativo del derecho, por cuanto la revolución, como más adelante veremos, constituyen una negación del Derecho.

Del anterior análisis Tena Ramírez llega a la conclusión de que la soberanía una vez que el pueblo la ejerció reside exclusivamente en la constitución y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Kelsen es partícipe de esta misma opinión al-

decir de Tena Ramírez y trae a cuenta la siguiente cita de dicho autor: "solo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer . El poder físico, que es un fenómeno, natural nunca puede ser soberano en el sentido propio del término".

Según Schmitt en cambio la emisión de la constitución no agota ni absorbe ni consume el poder constituyente. Al lado y por encima de esa constitución sigue subsistiendo esa voluntad. Todo auténtico conflicto constitucional que afecta a las bases mismas de la decisión política de conjunto puede ser decidido tan solo mediante la voluntad del poder constituyente mismo.-

Como puede verse no existe un criterio unánime en cuanto las atribuciones que corresponden al poder constituyente, ni siquiera en la determinación de a quien corresponde su ejercicio, pues - si la mayoría de los autores se pronuncian porque corresponde al pueblo como titular de la soberanía, para unos se mantiene siempre latente en ese mismo pueblo; en cambio como acabamos de ver <sup>K</sup>elsen y Tena Ramírez llegan a concluir que una vez dictada la constitu--ción en ésta, en donde se subsume dicho poder. Esta última posi--ción parece ser a primera vista la de Carré de Malberg, quien hace la siguiente afirmación: "En principio únicamente la nación unifi--cada y personificada en el Estado es sujeto de la potestad pública (soberanía) pero la constitución es el conducto por el cual esta--

potestad, en lo que se refiere a su ejercicio, se comunica con los diversos órganos estatales. De hecho, y en derecho positivo, todo poder que se ejerce en el Estado tiene su origen en una devolución hecha por la constitución".

Sin embargo más adelante el autor últimamente citado hace una afirmación en la que vuelve a reconocer en el pueblo, el único titular de la soberanía cuando dice: "El Estatuto orgánico por el cual una pluralidad de hombres que concurren a formar una misma -- nación se constituyen en un cuerpo estatal unificado, debe ser lógicamente obra de estos mismos hombres. En otros términos, la soberanía primaria, poder constituyente, reside esencialmente en el pueblo en la totalidad y cada uno de sus miembros". La dificultad que ofrece la doctrina francesa proviene del uso ambiguo de la palabra nación que unas veces la identifica con el pueblo y otras lo distingue, pues como vimos atrás, dicha doctrina distingue entre soberanía popular y soberanía de la nación. Carré de Malberg esboza esa distinción expresando que en el sistema de la soberanía nacional solamente mediante un régimen representativo puede ser ejercida la soberanía, en cambio en la soberanía popular correspondería más bien a la democracia directa o cuando menos a la consulta directa por medio del referendun. El hecho de que no existan en su estado puro sistemas de gobierno, como los que él pretende caracterizar por medio de las dos clases de soberanía y el uso indistinto por otra parte de ambos términos hace toda diferencia superflua. Ya Sieyes, el padre del poder constituyente, confundía ambas ideas

cuando dice: "que la soberanía popular consiste esencialmente en el poder constituyente del pueblo. Por la constitución, el pueblo delega efectivamente algunas partes de su potestad en las diversas autoridades constituidas, pero conserva siempre para sí mismo el poder constituyente." O sea que al mismo tiempo que colocaba en manos del pueblo el poder constituyente, admite el régimen representativo. Esta extensión de la representación a la labor constituyente resulta ilógica al decir de Malberg pues colocándose en el punto de vista de Sieyes nos veríamos obligados a admitir que el régimen representativo si bien se concibe para actos corrientes de la soberanía constituida no puede adaptarse al acto fundamental de creación de la constitución. La representación política deriva precisamente de la constitución; por lo tanto la presupone. Antes de realizar el pacto, el pueblo se encuentra desorganizado y no puede tener representantes -- porque nadie tiene aún cualidad para representarlo. En otras palabras; resulta que la formación y organización inicial del Estado es un puro hecho que no admite ser incluido en ninguna categoría jurídica pues no está regido por principios de derecho.

Schmitt identifica también pueblo y nación pues dice: "El poder constituyente reside en el pueblo o nación tal como lo desarrolló Sieyes. La doctrina del poder constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política, y, por lo tanto -- una nación."

En análogo sentido al de Carré de Malberg se pronuncia dicho

autor respecto a la naturaleza fáctica de ese poder antes de dictar la constitución. Y en ese sentido expresa: El poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos. Cuando actúa -- dentro de esta propiedad inalienable, está "siempre en estado de naturaleza."

Parece haber cierta unanimidad en la teoría en lo que se refiere a la omnipotencia del poder constituyente. Al menos cuando actúa para constituir originariamente un Estado o como dice Recasens Siches cuando se trata de la producción originaria del Derecho. Este último afirma que el poder constituyente " es por su naturaleza i limitado y absoluto en cuanto no se halla sometido a ningún ordenamiento positivo y en tanto en cuanto no deriva su competencia de ningún otro poder sino que se funda sobre si mismo a fuer de primero y originario."

El carácter de ilimitado y absoluto atribuido a dicho poder se refiere solamente a que no está sometido a normas jurídicas, pues se supone que no existe ninguna vigente con anterioridad al mismo. En otras palabras, la ilimitación no es absoluta pues siempre existirían exigencias de carácter moral, de justicia y tradicionales como ocurre en el Derecho Inglés, que ofrecen una efectiva protección contra determinados derechos, especialmente aquellos que históricamente han sido considerados como derechos naturales de la persona, anteriores y superiores al Estado mismo.

Con esa reserva, la ilimitación del poder constituyente se reduce prácticamente a que se encuentra libre de sujetarse a formas-

pre-establecidas. A esta opinión se suma la de Schmitt quien sostiene que la voluntad constituyente del pueblo es inmediata. Es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional. Ninguna ley constitucional ni tampoco una constitución puede señalar límites a un poder constituyente y prescribir la forma de su actuación. La anterior ejecución y formulación de la decisión política a adoptada inmediatamente por el pueblo requiere alguna organización, - un procedimiento para el cual ha desarrollado la práctica de la moderna democracia ciertas prácticas y costumbres (asamblea nacional constituyente), convención con inmediato referendum, o sometida a la aprobación de los estados en caso de una constitución federal (plebiscito), Pero estas prácticas se refieren más que todo a la facultad constituyente ejercida de acuerdo con lo que la misma constitución determina para los casos de reforma o alteración de la misma.-

Como hemos visto al través de esta exposición, la función primordial del poder constituyente originario es organizar el estado, organización cuya expresión concreta se manifiesta en la constitución. O sea que el Estado se encuentra constituido en el momento en que la colectividad nacional fijada sobre un determinado territorio, posee de hecho órganos que expresan su voluntad, establecen su orden jurídico e imponen superiormente su potestad de mando.

Llegados a este punto puede decirse que el poder constituyente originario cesa en su función y desaparece por decirlo así -- del escenario político cuando cumple con su cometido de dictar la - constitución, para volver aparecer en caso de revolución o ruptura-

violenta del orden jurídico ya que sus atribuciones quedan en la -- práctica transferidas a los órganos establecidos y regulados por la misma constitución, pues ésta determina hasta las formas a seguir -- para efectuar su propia reforma.-

A continuación veremos los problemas que presenta la ruptura violenta del orden jurídico y la creación del nuevo derecho sin someterse a formas pre-establecidas.

#### EL CONSTITUYENTE REVOLUCIONARIO.

La cuestión de analizar el ejercicio del poder constituyente en casos de revolución o golpes de Estados, para muchos autores que se desenvuelven en el campo estricto de lo jurídico, carece de importancia pues estiman que la revolución no es más que la negación del Derecho. Así por ejemplo Carré de Malberg, no obstante reconocer -- que la mayoría de las constituciones francesas dictadas entre 1789 y 1875 habían tenido un origen violento, afirma que: "los movimientos revolucionarios y los golpes de Estado ofrecen de común que tanto -- unos como otros constituyen actos de violencia y se realizan por con siguiente fuera del Derecho establecido por la Constitución en vigen cia, por lo tanto-continúa- sería pueril preguntarse, en semejante caso, a quien corresponderá el ejercicio legítimo del poder constitu yente. Después del trastorno político resultante de semejantes acontecimientos no hay principios jurídicos ni reglas constitucionales;- ya no nos encontramos aquí en el terreno del derecho, sino en presen cia de la fuerza. El poder Constituyente caerá en manos del más-- fuerte. Unas veces será un dictador. En fin generalmente las cri-- sis revolucionarias originan un gobierno provisional y de ocasión, el

cual después de haber acumulado primeramente todos los poderes, incluso el de iniciativa constituyente, convocan en un momento dado a los electores con objeto de hacerles nombrar una asamblea constituyente que habrá de proceder al establecimiento de la nueva constitución." Así ocurrió por ejemplo en 1948, en nuestro país.

"En todas estas circunstancias lo cierto es que la nueva constitución no se confeccionará según el procedimiento, el modo constituyente y las formas que habrán sido puestas y prescritas por las anteriores. Al quedar ésta radicalmente abrogada por efecto - del golpe de Estado o la revolución, nada queda de ella y por consiguiente, no podrá proporcionar órganos para la confección de la constitución futura. El pueblo carece entonces de representantes regulares. Así pues, entre la antigua constitución y la nueva no existe ningún nexo jurídico, antes bien hay entre ambas una verdadera - resolución de continuidad un interregno constitucional, un intervalo de crisis , durante el cual la potestad constituyente de la nación - no tendrá más órgano que las personas o cuerpos que a favor de las - circunstancias, hayan conseguido apoderarse de ellas. En suma la - cuestión del poder constituyente se presenta aquí en los mismos términos que en la época de la formación originaria del Estado; se reduce a una cuestión de hechos y deja de ser una cuestión de derecho. Termina dicho autor reiterando lo dicho al principio. "Hay que abandonar esta primera hipótesis, en la cual la resolución y el ejercicio del poder constituyente no están regidas por el derecho pues en

en la ciencia del derecho público no hay lugar para un capítulo con sagrado a una teoría jurídica de los golpes de Estado, de la revo- lución y de sus efectos."

Pero si el Derecho nada tiene que ver con tales problemas ¿dónde ubicarlos? porque sería erróneo desatenderse de hechos tan de cisivos en la vida de los pueblos, particularmente en el nuestro, - en el que las convulsiones políticas se han intensificado a tal gra do que quizás es mucho más importante en estos momentos para noso-- tros encuadrar fenómenos anormales dentro de una perspectiva jurídi ca que el simple hecho de estudiar la cuestión de la constituciona- lidad partiendo del supuesto del orden jurídico normal.

Trasladando el problema al campo de la Filosofía del Derecho nos encontramos con que ésta sí trata de encontrar una explica- ción y una justificación a estas situaciones, precisamente porque - se empeña en fundamentar la validez del derecho surgido de tales si tuaciones, no sin antes reconocer las enormes dificultades que plan tea incluso al filósofo, la justificación del Derecho surgido en -- condiciones ajenas al orden preestablecido. Así Recasens Siches - dice que el problema de la producción originaria del derecho se pre senta como angustiante para la Filosofía del Derecho cuando la pro- ducción originaria dimana de la ruptura violenta del orden jurídico anterior (revolución, Golpes de Estados, conquistas). El mismo au- tor reconoce que esa creación no es susceptible de ser explicada -- por el jurista estricto sensu porque este actúa dentro del sistema-

de derecho positivo vigente y al quedar destruido ese sistema, el-- jurista carece de base para enjuiciar desde un punto de vista loga-- lista los hechos que han destruido ese orden.-

Es necesario antes de continuar, dar una definición de lo que entendemos por revolución cuando usamos dicho término, puesto - que esa palabra tiene diversas acepciones y aquí es empleada en su-- sentido jurídico, como solución de continuidad en el desenvolvimien-- to del Derecho, o sea como caducación del sistema anterior y produc-- ción originaria de otro sistema. O como dice Tena Ramírez: la mo-- dificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Esta-- do. O sea, que puede hablarse de revolución en sentido jurídico--- cuando la norma fundamental existente hasta el momento en que la re-- volución se produce es sustituida por otra norma fundamental que -- sin apoyarse en la primera, viene a constituir la base de todo el-- nuevo orden jurídico que surge del cambio.-

Es en este sentido que puede hablarse de una verdadera re-- volución cuando nos referimos a la de 1948, pues efectivamente si no se operó una radical transformación en el plano de las institucio-- nes, si se transformó la base de nuestro orden jurídico ya que al a-- brogarse por el Consejo de Gobierno Revolucionario la constitución-- hasta entonces vigente, se produjo un interregno constitucional, -- siendo de notar que la convocatoria hecha para elección de una Asam-- blea Constituyente se efectuó sin apoyarse en ningún precepto cons-- titucional. Estas situaciones cuya ratificación corresponde en úl-- tima instancia a la historia, si bien no pueden ser encajadas plena

namente en los moldes previstos por el derecho, deben ser revestidos del ropaje jurídico para obtener la aceptación popular.

Creemos oportuno transcribir el informe rendido por la comisión de Legislación y Puntos Constitucionales sobre el decreto No. 5 del Consejo de Gobierno Revolucionario que abrogó la Constitución del 1886 y sus enmiendas desde 1945. Tal informe dice textualmente. "Palacio Nacional.- San Salvador, 31 de Mayo de 1950.- Señores Secretarios de la Honorable Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente.- Presente.- De acuerdo con la misión encomendada a los suscritos por esta Honorable Asamblea Nacional Constituyente para estudiar los Actos Legislativos, Administrativos etc. del Consejo de Gobierno Revolucionario, tenemos el honor de poner en vuestro conocimiento para su discusión y aprobación el siguiente dictamen: La justificación del Decreto No. 5 del Consejo de Gobierno Revolucionario de fecha veinte de Diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, se encuentran en tres órdenes de ideas concurrentes para el caso: a) RAZONES HISTORICAS, b) RAZONES POLITICAS, c) RAZONES JURIDICAS.

#### RAZONES HISTORICAS.

;"En el primer considerando de tal Decreto, se expresa:"que a partir del año de 1939, la vida jurídica de El Salvador, ha sido profundamente perturbada a causa de que Asambleas Constituyentes reunidas sin mandato legítimo y guiadas por intereses ocasionales se han dado a la tarea de reformar o derogar la Constitución Política-

decretada el año de 1886.

En efecto, el ordenamiento jurídico fundamental de 1886, a causa de circunstancias desfavorables en el desarrollo histórico nacional, que sufría la repercusión de la crisis que ha perturbado el mundo entero después de la Guerra Mundial de 1914-18 experimentó el ataque sistemático y continuo de las ideas autoritarias -- que señoreaban en Europa y en algunos países de América. Así vemos que, por satisfacer apetitos o intereses ocasionales, se reunen en 1939 una constituyente espúrea, que no representaba al pueblo sino a una voluntad despótica dominante: en 1944, por motivos del mismo orden, se repite idéntico fenómeno. De hecho, la Constitución del 86 había perdido su vigencia, siendo sustituida por leyes que no tenían su fundamento en la voluntad soberana del pueblo, sino en el capricho y la arbitrariedad de los detentadores del poder político. Este orden de cosas continuó después de los sucesos de Abril y Mayo de 1944. Y para encontrarle una solución transitoria, fué preciso el Decreto de los TRES PODERES, porque carecía básicamente del consenso general. Tal estado de cosas continuó a través del Régimen de fuerza de finales de 1944, del régimen que le sucedió, ficticiamente fundamentado en la Constitución de 1945, hasta culminar con el Decreto No. 253 del 13 de Diciembre de 1948.-

Estos acontecimientos determinaron el movimiento reivindicador del 14 de Diciembre de 1948. Era preciso poner fin al desorden político y jurídico que había reemplazado al ordenamiento de 1886. Por ello fué indispensable que el Consejo de Gobierno Revolu

cionario, que había asumido la responsabilidad histórica del momento, declarara abrogada una Constitución que desde hacía muchos años había dejado de regir la vida normal del pueblo Salvadoreño."

RAZONES POLITICAS;

Desde el punto de vista político había que efectuar muchos reajustes para tornar a la constitucionalidad normativa. Para liquidar esos saldos de un pasado todavía palpitante, se hizo indispensable un período pre-constitucional, que al mismo tiempo permitiera la continuación de la Administración Pública, informada por ideales de rectificación, diera oportunidad al pueblo Salvadoreño para que, mediante una Asamblea Constituyente, libremente electa y en consecuencia representativa genuina del pensar, del sentir y querer del pueblo Salvadoreño organizara su vida en un ordenamiento político-jurídico nuevo, sobre la base de la realidad actual, aprovechando las conquistas definitivas alcanzadas con la experiencia de la Constitución del 86, y poniéndose a tono con el estado actual de las ideas políticas que informan a los estados democráticos de corte moderno.

En el período pre-constitucional era preciso reconocer y garantizar los derechos fundamentales del hombre y de la sociedad pues ésto implicaba la idea de que el Poder Revolucionario al reaccionar contra la arbitrariedad no se colocaba en arbitrario sino que se sometía al Derecho que era ya patrimonio cultural del pueblo. Por eso se justifica que al quedar abrogada la Constitu

tución del 86, se dictaran las reglas jurídicas que normarían en lo fundamental la vida del pueblo Salvadoreño. De esta manera - el Poder Revolucionario dió vigencia a los preceptos de garantía de los bienes jurídicos fundamentales. Esto sin usurpar las funciones que corresponden al Poder Constituyente, cuyo titular directo es el pueblo.

El movimiento revolucionario no puede detener la vida política de una Nación; la encausa y ofrece la oportunidad para una nueva estructuración. La revolución es dinámica, es factor decisivo de vida; pero tiene que encausarse en normas reguladoras que impidan hasta la sospecha del despotismo."

#### RAZONES JURIDICAS.

"Es innegable el derecho de los pueblos a darse nuevas normas jurídicas cuando las circunstancias históricas así lo determinan. El pueblo es el titular de la soberanía, todo poder y todo ordenamiento emana de él. Sobre la voluntad jurídica del pueblo no cabe otra voluntad, ni otro poder. El pueblo tiene en todo momento el poder primario. Consecuente con esta convicción y asumiendo la representación del pueblo, el Consejo de Gobierno Revolucionario abrogó la Constitución de 1886, que ya había dejado de regir el acontecer histórico y ese acto abrogatorio fué esencialmente jurídico."

"Un orden constitucional, que ya ha dejado de tener validez, a causa del ataque de factores anárquizantes y por el ejer

cicio abusivo de un poder absoluto e ilegítimo, no puede aspirar a perpetuarse. El Régimen constitucional o se mantiene en su entera pureza o desaparece totalmente. No puede subsistir cuando sus fundamentos han desaparecido al golpe de los despotismos. Es una estructura muerta, que no puede revitalizarse con remiendos parciales. Y para volver a la norma constitucional es preciso estructurar una nueva Constitución dándole una estructura fuerte y armónica desde la base hasta los últimos detalles; es preciso una normatividad que se respete y que no esté sujeta a las continuas violaciones que la deforman y destruyen."

"Por eso, desde el punto de vista jurídico, el Decreto No.5 ha tenido y tiene plena justificación. Asentado sobre la base de la realidad social e histórica, ha tendido un puente sobre el caos del desorden para que la República arribe a su normalidad fundamental."

#### CONCLUSION.

"Así, desde el triple punto de vista de lo histórico, lo político, y lo jurídico, el Decreto No.5 del Consejo de Gobierno Revolucionario se justifica en la conciencia del pueblo. El movimiento del 14 de Diciembre, destruyendo el viciado sistema anterior, cristalizará con el Decreto de Constitución que esta Asamblea tiene que emitir, cumpliendo el mandato recibido directamente del pueblo en elecciones absolutamente libres, y en consecuencia la comisión que suscribe es de parecer que esta Asamblea,

cumpliría con un deber impostergable, al aprobar en todas sus partes el Decreto No.5 del Consejo de Gobierno Revolucionario."

Es sumamente importante un estudio de nuestra historia política a fin de determinar las causas históricas de nuestra -- inestabilidad constitucional, pues hasta la fecha contamos ya -- con 12 constituciones distintas a partir de 1824, siendo nuestro principal problema el respeto a la misma por parte de quienes de tentan el poder. La derogatoria de casi todas ellas es debido a que por falta de observancia de las mismas han terminado por per der su valor y caído en desuso, tal como manifestó la comisión -- refiriéndose a la de 1886.

Sin embargo, en un trabajo como el presente, no sería oportuno abordar tal estudio que presupone ante todo un enfoque histórico y sociológico que alargaría el desarrollo de esta te-- sis y que no habiendo sido previsto de antemano dificultaría --- ese desarrollo. Basta señalar por ahora la necesidad de que -- tal estudio se haga para lograr una mejor compensación de nues-- , tros problemas políticos actuales.

Cabe señalar también que tal fenómeno no es sólo nuestro, pues la mayoría de los países latino-americanos se han visto afectados por el mismo mal, producto de la falta de formación de una verdadera conciencia cívica que impida a demagogos y dictadores medrar a la sombra de situaciones de imposición y fraude electoral, reelecciones ilegales y reformas constitucionales arbi

trarias hechas con el propósito de legalizar las farsas políti---cas. No son revoluciones, en cambio, los Golpes de Estado o Cuar---telazos tan frecuentes entre nosotros que tienen por única finali---dad apoderarse del mando sin mudar el régimen existente y pretextando al contrario el respeto debido al mismo. Tales aconteci---mientos tan nefastos en la historia de nuestro país han impedido---que nuestro pueblo haya podido dirigirse con paso seguro a la --conquista de su libertad dentro de un auténtico régimen democráti---co, retrasando así nuestro progreso cívico y colocándonos a la za---ga de los países americanos en la realización de su destino.

Es sumamente tentador enjuiciar aquí la situación de nues---tra patria que en menos de seis meses, de Septiembre de 1960 a E---nero de 1961 han tenido ya tres gobiernos; sin embargo, por tra---tarse de un tema de naturaleza eminentemente político prescindi---mos de tal análisis que no podría ser de otra manera que políti---co y como tal expuesto a la unilateralidad propia de la aprecia---ción subjetiva, por lo que nos limitamos solamente a las conse---cuencias jurídicas derivadas de tales sucesos.

Nos preguntamos: 1o.) Si en nuestra constitución se re---conoce el derecho a la revolución o si se niega tal derecho a ---los salvadoreños. 2o.) Producida como efecto del ejercicio de---un derecho o como un simple hecho, una revolución, cuáles son --los argumentos para ligitar el derecho nacido de la misma.

Contestando la primera cuestión o sea la de si nuestro derecho constitucional reconoce el derecho de revolución respon---

demos negativamente. Aunque a primera vista, pudiera pensarse que el derecho de insurrección que la constitución vigente reconoce en el Art. 5o. para el caso de que se viole la alternabilidad en el poder, es un verdadero derecho a la revolución, dista mucho de serlo; y es que como dice Tena Ramírez: el derecho a la revolución puede tener en algunos casos, una fundamentación moral, nunca jurídica. Moralmente, se identifica el derecho a la revolución con el derecho de resistencia al poder político (derecho natural). El derecho a la revolución no puede existir porque sería un derecho a la violación del derecho "La revolución es siempre una desgracia, la crisis de una enfermedad: no entra dentro del capítulo de la Filosofía del Derecho, sino en la Historia por lo que se refiere al éxito y en el de la moral, por lo que hace a los motivos. La mayor responsabilidad que un pueblo o un hombre de Estado puede echar sobre sí es la violación del Derecho. Supone la imposibilidad moral de soportar el derecho formal. Solamente la inevitable ruina del pueblo o el conflicto que ha llegado a ser insufrible entre la moral y el Derecho pueden explicar la violencia del Derecho en función de la Moral. Con frecuencia el orden jurídico es injusto, pero su violación es, y origina una injusticia peor. "Las constituciones modernas han abandonado el principio romántico y hasta cierto punto demagógico de la constitución francesa de 1783 cuyo artículo 55 decía: "Cuando el gobierno viole los derechos del pueblo la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo el derecho más sa-

grado y el deber más indispensable."

Tales fórmulas son más propicias para fermentar el desorden al cual se trata de legalizar así por el motivo más insignificante y resultan innecesarias por cuanto derecho reconocido o no, el pueblo no tiene necesidad de que exista reconocimiento para ejercer un derecho natural.

Por otra parte, si la constitución contempla los medios por los cuales es posible transformar jurídicamente la ley fundamental resulta superfluo encomendar a la violencia lo que es posible hacer por medio pacíficos. Quedan en pie sin embargo un problema humano,; generalmente no es la injusticia del Derecho la que obliga a los pueblos a recurrir a la revolución como una solución sino la arbitrariedad y el abuso de los gobernantes que se apartan del camino trazado por la ley y convierten su voluntad en única ley y la fuerza en medio para hacer respetar esa voluntad.

En nuestro derecho como acabamos de ver, está reconocido el derecho de insurrección, pero las limitaciones de que está rodeado nos hacen concluir que es distinto al derecho a la revolución pues de conformidad con el Art. 175 "El derecho de insurrección que esta constitución reconoce, no producirá en ningún caso la abrogación de las leyes; queda limitado en sus efectos a separar, en cuanto sea necesario a los funcionarios mientras se sustituyen en la forma legal." Es decir, trata de impedir la violación del Derecho. Su propósito no es por lo tanto modificar violentamente los fundamentos constitucionales sino por el contrario, volver por los fueros del orden constitucional que ha sido alterado.

Tal limitación sin embargo, en la práctica resulta estéril ya que la realidad ha demostrado que queda a la interpretación discrecional de los insurrectos determinar hasta donde llegan las facultades concedidas por dicho artículo, quedando al menos en suspenso buena parte de los preceptos constitucionales. Tal fué la situación planteada con la caída del Coronel José María Lemus, caída cuya justificación se hizo descansar precisamente en el irrespeto de aquél a los derechos individuales garantizados en la constitución; pero una vez asumido el poder por la Junta de Gobierno, ésta a su vez irrespetó la constitución en cuanto se refiere a la existencia de los órganos estatales al asumir el poder ejecutivo y legislativo. Pero esto no puede ser de otra manera, pues el ejercicio del derecho de insurrección da lugar a que se produzca una situación que, si bien se encuentra prevista en la Constitución, no por ello deja de ser anormal. Por ello se ha llamado con razón a tales situaciones interregnos constitucionales, pues la forma en que se desarrollan depende más que todo de las necesidades circunstanciales, de ahí que tiene que regirse más por situaciones de hecho determinadas por factores políticos que por las previsiones del derecho, que en estos casos resultarían imposibles de ser formuladas y mucho más ser observadas.-

Es como si entraran en conflicto en un momento dado las dos partes en que se divide la constitución la parte orgánica y -- la parte dogmática o de los derechos individuales. Para mantener una de ellas es preciso sacrificar la otra. ¿Será- acaso que la -

teoría de la división de poderes es insuficiente para frenar la potestad estatal en defensa de los derechos de la persona? La verdad es que solo los hombres pueden como sujeto del derecho hacer ---- que este se cumpla o violarlo. Ningún sistema jurídico es sufi-- ciente por sí solo para garantizar la justicia, se necesita además que tanto los hombres que detentan el poder como el pueblo posean una conciencia Cívica y un sentido de responsabilidad suficiente- mente desarrollada para que las leyes formalmente vigentes, sean - encarnadas en la realidad vital de la nación.-

Pero volviendo al aspecto jurídico, hemos visto que tanto la constitución como el resto de las leyes están a salvo dentro de nuestra ley fundamental de los efectos de la insurrección.

Esta limitación no puede ser en modo alguno absoluta, de manera que impide el progreso del Derecho, pues sobre todo está la realidad actual y las exigencias que plantea no pueden ser satisfe- chas con un derecho que ya no responde a esas exigencias. En ese- sentido ha dicho Guillermo Sauer.

"Cuando los poderes estatales se mantienen aferrados a una rígida situación jurídica carente hace tiempo de vida, en oposi- ción con la convicción general del pueblo sin adaptarse a las pro- gresivas concepciones culturales, y permaneciendo sordos a todos - los deseos y apremios de aquél, se puede y es permitido llegar a - la revolución violenta, porque el antiguo derecho no es ya tal de- recho. El nuevo se halla en sus orígenes. La revolución no es nin- guna violación del Derecho, sino única y exclusivamente creación - del mismo (Guillermo Sauer citado por Tena.)

El Derecho positivo no puede consignar el derecho a la revolución porque este derecho es la negación de aquél. La constitución que estableciera el derecho a ser violado no sería una -- constitución. El derecho a la revolución no puede ser reconocido a priori en la ley positiva, sino sólo a posteriori. El derecho a la revolución se convierte en derecho positivo cuando es -- reconocido como tal por el pueblo expresa o tácitamente. Hay -- que convenir que la constitución del 50 en cierto modo fué impuesta pues fué dictada por un grupo que no representaba el sentir de la mayoría del pueblo Salvadoreño, pero más tarde su aceptación -- se hizo general, ya su vigencia si hoy se discute, no es debido a su origen sino a acontecimientos posteriores, pero sus preceptos -- están en la base de toda nuestra estructura jurídica y son invocadas por todos para justificar o para combatir los actos de los gobernantes. La constitución impuesta en un principio ha sido de ese modo, ratificando tácitamente por el pueblo Salvadoreño y reconocido como su ley suprema por los países extranjeros.

Lo dicho no significa que todo derecho nacido de una revolución sea forzosamente mejor que el anterior, no son raros los casos en la historia que el mismo derecho significa no solo un retroceso sino una burla para los pueblos, sucediendo en esto casos que el nuevo derecho no es tal sino la arbitrariedad o la dicta--dura disfrazada de derecho. Por eso para que el nuevo derecho -- pueda ser considerado como tal debe ser no solamente derecho en -- su aspecto formal, sino además debe ser aceptado como justo por --

la voluntad socialmente predominante, prestándole su adhesión espontánea para que tenga plena vigencia y no sea cumplida solamente por la fuerza.

EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION.

"No toda sustitución o reforma de la constitución representa producción originaria de un nuevo sistema jurídico, ni tampoco por ende, determina una solución de continuidad respecto del orden anterior". (Recasens Siches). O sea que también existen medios jurídicos establecidos por la misma constitución para poder reformarla. Como aspiraciones de todos los pueblos, especialmente de los americanos, existe la tendencia de dar a sus constituciones una permanencia y una inalterabilidad que al través de los años las mantenga vigentes al igual que la norteamericana, que con un número de enmiendas relativamente limitadas se ha mantenido la misma cerca de dos siglos. Pero como hemos visto antes, el problema particular nuestro, no es tanto proteger nuestra constitución de frecuentes reformas, sino el de mantenerla alejada de violaciones arbitrarias.

Sin embargo como cuestión de carácter teórico, pues algún día nuestra constitución tendrá plena vigencia-en estos momentos está en suspenso- es interesante examinar los diferentes problemas que podrían presentarse en caso de una reforma, aunque probablemente lo que suceda es que se dicte una nueva por considerarse que ésta ha sido ya derogada de hecho.-

La dificultad mayor que se presenta en la doctrina con -

respecto a la reforma o alteración de la constitución por los pro  
cedimientos legales es la de determinar hasta donde llegan los lí  
mites del poder establecido por la constitución para ejercer el -  
poder constituyente; Recasens Siches sienta como principio gene-  
ral que la reforma normal o legal de la constitución está limita-  
da por barreras infranqueables; puede abarcar una serie de puntos  
pero nunca el de la titularidad legítima del supremo poder. Es -  
decir, que si el supremo poder reside en el pueblo, una reforma -  
constitucional no podría por ejemplo transferir ese poder a un --  
monarca absoluto y viceversa; pues cualquiera de esos cambios sig  
nificaría una solución de continuidad, ya que el nuevo régimen -  
no se apoyaría en el anterior sino que vendría a ser una negación  
de lo que constituía el fundamento del anterior; el órgano autori  
zado para reformar la constitución ha obtenido de ésta la autori  
zación y sólo puede actuar dentro de la competencia señalada por la  
misma. Saliéndose de esa competencia estaría actuando como sobe-  
rano absoluto y por consiguiente crearía un derecho originario ne  
gando con ello el mismo fundamento de su propia competencia.

Además el citado autor no considera que el órgano encar-  
gado de reformar la constitución sera un verdadero poder constitu  
yente, dice: "De ningún modo debe confundirse el poder constituyen  
te con la competencia legal establecida por una constitución para la  
reforma parcial de alguna de sus normas." El poder titular de -  
esa competencia para la reforma de algunos preceptos de la consti  
tución no posee el carácter de poder constituyente estricto sensu,

por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma -- constitución que se va a reformar cuya identidad fundamental persistirá al través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan. Esa facultad de -- reformar la constitución aunque tenga carácter extraordinario es una competencia basada en el Derecho constituido, y a fuer de tal, esta limitada y regulada por éste.

La posición de Recasens Siches si bien es aceptable hasta cierto punto, no puede considerarse como un principio general para todas las constituciones, pues los sistemas varían, como veremos en seguida y aún la cuestión de la limitación y regulación de esa competencia no es tan sencilla como pudiera parecer a primera vista.

En el sistema democrático representativo se acepta que -- una vez el pueblo ha hecho uso de sus soberanía en la elección de una Asamblea especial denominada Asamblea Constituyente, cuya misión se limita exclusivamente a elaborar la constitución, en la -- cual queda materializada por decirlo así la soberanía, queda terminada la capacidad constituyente del pueblo. Aún la misma Asamblea constituyente desaparece al cumplir su cometido para dejar -- lugar a los poderes constituidos que son los que realmente tienen el carácter de permanentes, y cumplen las funciones del Estado. Estos poderes no son soberanos pues sus facultades están determi-- nadas expresamente en la misma constitución y por ende son limitados.

Más como hemos visto que sólo el poder constituyente tiene facultades para dictar constituciones y por otra parte resultaría ilógico pensar que sería preciso recurrir siempre a medios violentos cuando sea necesario introducir una modificación en la constitución, resulta conveniente que la misma constitución determine en qué forma se puede normalmente introducir esas modificaciones. Los sistemas que se siguen con tal fin son diferentes en los distintos países de ahí que las dificultades surgidas a causa del sistema adoptado son mayores en unos que en otros.

Así por ejemplo en Méjico, corresponde a un órgano especial formado por la asociación del congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados, la facultad de alterar la constitución. Tal organismo es denominado por Tena Ramírez, poder constituyente Permanente pues según afirma dicho autor "ese órgano -- tiene que participar en alguna forma de la función soberana desde el momento en que puede tocar la obra que es expresión de la soberanía."

De manera semejante, en la constitución francesa de 1875 a las cámaras deliberando separadamente a iniciativa de sus miembros respectivos o a petición del presidente de la República es a quien correspondía declarar mediante resoluciones tomadas en cada una de ellas por mayoría absoluta de votos, si habría lugar a revisar las leyes constitucionales; cuando las cámaras habían tomado cada una por su lado esa resolución, se reunían para proceder a la revisión en una asamblea única denominada Asamblea Nacional.

Ambos sistemas coinciden en que el organismo encargado de revisar la constitución no es totalmente distinto sino formado por organismos ya existentes.

En el Derecho Salvadoreño en cambio, sus reformas son decretadas por un organismo distinto de conformidad con el Art.223 que dice: "La reforma de esta constitución solo podrá acordarse por los dos tercios de votos de los representantes electos a la Asamblea Legislativa". En la resolución que se adopte, se puntualizará a artículos que hayan de reformarse y se incluirá el proyecto correspondiente. La resolución y proyecto de reforma se publicará en el Diario Oficial y volverán a tenerse en consideración en la Asamblea Legislativa siguiente. Si esta los ratifica se convocará a una Asamblea Constituyente para que si lo tuviere a bien, decrete las reformas."

Como acabamos de ver nuestro sistema exige la convocatoria de una Asamblea Constituyente especial para que pueda decretar reformas a la Constitución. En la disposición citada solo se comprendió el término reforma; convendría pues determinar los alcances de dicho término a fin de precisar hasta donde puede llegar en un momento dado esa facultad de reforma. En otras palabras, cabe preguntarse si en uso de las facultades concedidas por el Art.223 sería posible dictar una nueva Constitución. La pregunta puede parecer a primera vista ociosa pues la redacción del artículo en referencia parece indicar que autoriza solamente reformas parciales.

Más como según el Art. 10., la soberanía reside en el pueblo quien pueda usar de ella cuando le convenga y como por otra parte sería-absurdo pensar que fuera necesario recurrir a los medios violentos cada vez que se tratara de darse una nueva Constitución aunque en la realidad así ha acontecido; es preciso buscar el procedimiento-jurídico por el cual es posible dictar una nueva constitución sin-que exista solución de continuidad entre la nueva y la antigua, --sino que por el contrario aquélla tenga su punto de apoyo en ésta, o determinar si ese procedimiento no existe en nuestro Derecho.-

Tal problema ha dado lugar a grandes dificultades en la-doctrina. Numerosos autores niegan al órgano revisor competencia-para reformar cierta porción de la constitución que de esa manera-resulta intocable para ese órgano.-

Carl Schmitt por ejemplo, que distingue el poder consti-tuyente del pueblo de todo poder constituido, o sea legal consti-tucional; dice:" que es especialmente inexacto organizar como poder constituyente, la facultad atribuida y regulada sobre la base de -una ley constitucional de cambiar, es decir de revisar determina-ciones legales constitucionales. También la facultad de reformar-o revisar leyes constitucionales es como toda facultad una compe-tencia legalmente regulada es decir limitada en principio. No pue-de sobrepasar el marco de la regulación legal-constitucional en --que descansa." El autor citado comprende dentro del concepto re-forma constitucional (revisión), la reforma del Texto de Leyes ---constitucionales vigentes hasta el momento. Aquí corresponde tam-

bién la supresión de prescripciones legales constitucionales aisladas y la creación de nuevos ordenamientos legal constitucionales - aislados.

Ahora bien, según Schmitt la facultad de reformarla constitución debe ser necesariamente limitada. En ese sentido manifiesta. "La competencia para reformar la constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y de limitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo no ilimitada, pues al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional es como toda facultad legal constitucional limitada y en tal sentido, competencia auténtica." Más adelante dice: "Una facultad de reformar la constitución significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras, pero solo bajo el supuesto de que quedan garantizadas la identidad y la continuidad de la constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la constitución contiene, pues tan solo la facultad de practicar en las prescripciones legales constitucionales reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc. Pero manteniendo la constitución; no la facultad de dar una nueva --- constitución ni tampoco la de reformar ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional." En igual forma, tampoco pudieran ser tocadas en vías de -

reforma las decisiones políticas fundamentales que como vimos en el primer capítulo, constituyen para Schmitt la verdadera constitución y son asuntos propios del poder constituyente del pueblo y no pertenecen a la competencia de instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales.

En análogo sentido se pronuncia Mauricio Houriou: "En --- Francia como en cualquier otro pueblo existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la constitución escrita y a fortiori, superior a las leyes ordinarias, sin referirnos a la forma republicana de gobierno para la que existe un texto, hay otros muchos principios que no necesitan texto por que lo característico de los principios es valer sin texto." Apoyándose en esos principios Hauriou sostiene la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma de la constitución.

Según cita de Tena Ramírez comparten la misma opinión el inglés W. Bagehot, el Italiano Paolo Barile, el Español Luis Sánchez Agesta, el Norteamericano William R. Marbury y el Argentino - Juvenal Machado Doncel, y los Mejicanos Emilio Rabasa, Jorge Gaxiola, Guilebaldo Murillo y Luis Felipe Canudas. Nosotros agregamos por nuestra parte al mejicano Ignacio Burgoa quien como veremos -- más adelante, discrepa de la posición de Tena Ramírez.

La opinión contraria es sustentada al decir del autor citado, por la casi totalidad de la doctrina constitucional francesa y por él mismo. Trae a cuenta una cita de Carré de Malberg según -

la cual el cambio de Constitución aunque sea radical o integral, no indica ni una renovación de la persona jurídica Estado ni tampoco una modificación esencial en la colectividad que en el Estado encuentra su personificación, no se sustituye un antiguo Estado por una nueva individualidad estatal. Pero en verdad, lo dicho por Carre de Malberg, no se refiere expresamente a los límites de la facultad de reforma de la constitución sino solamente a que una vez constituido el Estado en virtud de su constitución primera permanece el mismo aunque se dicten nuevas constituciones y al contrario, implícitamente dicho autor se pronuncia por la limitación aunque reconoce que en la práctica, es difícil poner límites a la actividad reformadora y estas dificultades prácticas son las que le hacen decir: "a decir verdad la idea de la soberanía nacional no exige de modo absoluto sino una sola cosa; que los constituyentes no pueden ejercer por si mismos los poderes que están encargados de instituir; cumplida esa condición la soberanía de la nación no incluye rigurosamente la posibilidad de que los constituyentes queden investidos de un poder ilimitado de revisión." "Lo único que se requiere para la validez de la reforma es que se lleve de acuerdo con las normas establecidas. Esta reforma puede ser más o menos extensa; puede tener por objeto bien revisar la constitución en algunos puntos -- limitados, bien derogarla y reemplazarla totalmente. Pero cualquiera que sea la importancia de este cambio constitucional sea total o parcial habrá de operarse según las reglas fijadas por la misma Constitución que se trata de modificar. La creación de la nueva--

Constitución solo puede ser regida por la constitución antigua la cual, en espera de ser derogada permanece aún vigente de tal modo que la constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede encadenándose con ella sin solución de continuidad.-

Tena Ramírez incluye en la misma tendencia a Duguit por afirmar éste que el poder revisor puede hacer una revisión parcial o total y puede aún cambiar la forma de gobierno y va más allá --- cuando dice que la asamblea nacional que ha votado la regla de que la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión, puede evidentemente abrogarla en cualquier tiempo. El moderno tratadista Burdeau refiriéndose a la misma prohibición constitucional de cambiar la forma republicana de gobierno dice: "que su valor jurídico es nulo, porque el poder constituyente de un día carece de título para limitar el constituyente del porvenir." Esta opinión nos parece extrema pues en ese caso sería nulo el valor jurídico de todas las leyes por que pueden ser derogadas.

El tratadista norteamericano Munro refiriéndose a la misma cuestión ha dicho "Una constitución es manifestación de la soberanía popular, y una generación del pueblo difícilmente podría imponer, para siempre una limitación a la soberanía de las futuras generaciones. Eso constituiría un gobierno de los cementerios." Tampoco estamos de acuerdo con esta opinión. Aceptando el derecho como voluntad normativa, como un querer del Estado distinto de las voluntades de los individuos que en un momento dado fungen como órganos, tal voluntad subsiste independientemente de la voluntad psi

Merece especial mención lo que disponía la Constitución de 1939 en su Art. 188, que literalmente dice: "La reforma de esta Constitución podrá hacerse: lo. Por una Constituyente convocada por acuerdo en actas plebiscitarias autorizadas por los dos tercios, -- por lo menos, de los ciudadanos hábiles para votar.

2o.- Por una Constituyente que deberá convocarse cada veinticinco años para introducir en ella las innovaciones que la experiencia exija. La Constituyente, en este caso y en el anterior, no tendrán ninguna limitación de facultades.

3o.- Por dos Asambleas Legislativas consecutivas; pero en este caso, la primera, con no menos de dos tercios de votos de los Diputados electos, deberán señalar concretamente el Artículo o Artículos que han de suprimirse o reformarse, publicándose tal resolución en el Diario Oficial; y la segunda con igual número de votos, si ratifica lo resuelto por la anterior, decretará las reformas, -- las que, para entrar en vigencia deberán ser publicadas en el mismo órgano oficial. Se estatuye que en esta forma no podrán alterarse de ninguna manera los Artículos comprendidos en los títulos I, V, VI, VII, VIII, y XII, y en este mismo Título XV, los que sólo podrán ser reformados por una Asamblea Constituyente."

Examinando las constituciones del pasado hemos podido darnos cuenta de que en ellas se han aceptado todas las corrientes examinadas desde las que autorizaban una reforma amplia hasta las que excluían ciertos artículos de toda reforma y las que prohibían

dentro de cierto lapso proponer reformas. Como hemos visto, la actual contiene una disposición que si bien puede considerarse amplia, es sumamente escueta en su redacción y por lo tanto resulta difícil precisar sus alcances. Pero si bien no excluye expresamente ningún artículo de ser reformado, tampoco da lugar a deducir de la expresión "reforma" que pueda referirse a una derogación y sustitución por una nueva. Carece de una disposición que permite aclarar el verdadero propósito del constituyente como la contenida en la parte final del Art. 39 de la constitución mejicana que dice: "El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno." Aunque este derecho podría deducirse del Art. 10. en cuanto que la soberanía reside en el pueblo y a contrario sensu de lo dispuesto en el Art. 8 pero en todo caso, nuestra constitución a nadie faculta expresamente para modificar su forma de gobierno.

Volviendo a la constitución Mejicana, dice Tena Ramírez- que el derecho derivado de la disposición que acabamos de transcribir debe entenderse como absoluto a menos de admitir que existen preceptos en la constitución que no alcanzan a ser modificados ni siquiera por el mismo pueblo que los consignó en la ley suprema "preceptos que tendrían que ser eternos, pues no sabemos de alguna autoridad superior al pueblo, capaz de modificarlas," "si hay autores que eximen de la potestad del órgano revisor ciertos preceptos, es precisamente porque consideran que su derogación o refor

ma incumbe al poder constituyente del pueblo, no porque estimen que tales preceptos son inmutables."

Podríamos sostener en el caso nuestro, la misma opinión que sustenta el autor mejicano? Pregunta esta que entraña serias dificultades de orden teórico y aún de orden práctico; incluso en el Derecho Mejicano tal criterio es objeto de serias objeciones. A sí por ejemplo Ignacio Burgos dice sobre el particular; de Acuerdo con la interpretación gramatical que puede sustentarse respecto al Artículo 135 constitucional, se desprende que, teniendo el congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados la facultad de reformar la constitución, sin restricción o salvedad alguna, es lógico que pueda modificarla totalmente, desde el momento que una reforma en el sentido amplio de la palabra, implica toda alteración. "Sin embargo nosotros no estamos de acuerdo con esta interpretación meramente gramatical de los términos relativos del precepto constitucional aludido, en primer término, porque la interpretación de tal índole es la menos idónea de las interpretaciones y en segundo lugar porque las condiciones a que nos conduce están desmentidas por diversas consideraciones, tanto de índole constitucional como doctrinal. "En efecto, el concepto de "reforma" implica necesariamente una modificación parcial, puesto que si fuera total se trataría de una sustitución o supresión. Una reforma es algo accesorio o anexo a algo principal que es precisamente su objeto. Por consiguiente cuando se elimina lo principal, la reforma no tie

ne razón de ser. Por tanto la facultad reformativa que el Art.135 confiere al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados solo equivale a una alteración parcial de la Constitución, por las razones ya dichas. Una reforma implica la adición, disminución, o modificación parcial de un todo, pero nunca su eliminación integral, porque entonces ya no sería reforma porque esta altera pero no extingue. "Burgoa, fundándose en que de conformidad con el Art. 39 corresponde al pueblo en calidad de soberano la facultad de modificar su forma de gobierno, afirma que tal facultad no podría ser conferida al órgano encargado de reformar la constitución pues el pueblo no pudo haberse despojado o desposeído de la soberanía para conferirla a dicho órgano, que sólo son titulares del ejercicio soberano limitado por la propia constitución y por la legislación ordinaria en general. El mismo autor trae una cita de Duguit que está en oposición con las reproducidas por Tena Ramírez a que antes hemos hecho referencia y que se refiere a la misma cuestión: dice Duguit que "sobre la potestad reformadora y legislativa de los poderes públicos, existen ciertas ideas, principios y tradiciones jurídicas y sociales que no pueden ser vulneradas por las autoridades. "Donde quiera que haya un legislador, incluso en los países que no practican el sistema de constituciones rígidas, estará siempre limitado por un poder supremo al suyo. En la propia Inglaterra donde la omnipotencia del parlamento está considerada como un principio esencial hay ciertas reglas superiores que la conciencia misma del pueblo inglés se resiste a dejar violar por el--

Parlamento."

Refiriéndose especialmente a la opinión de Tena Ramírez, Burgoa la impugna negando al poder revisor la calidad de constituyente por no ser un organismo unitario con sustantividad propia, por lo que no se puede decir que en el Derecho Mexicano la facultad reformativa de la Ley Suprema esté encomendada a un órgano especial sino que solamente se instituye una colaboración o -- cooperación entre el Poder Legislativo Federal y los Poderes Legislativos de Los Estados para alterar la constitución y por tanto no puede deducirse que la Constitución puede reformarse solo -- por un órgano especial distinto de los que la integran. En otras palabras, tales órganos son: constituidos y por tal motivo no actuarían ilimitadamente, sino conforme a sus facultades constitucionales y siendo constituidas no pueden componer sino otro poder constituido "porque lógicamente la naturaleza del todo se establece en razón directa de la naturaleza de las partes."

A pesar de que la argumentación de Burgoa es sólida, Tena Ramírez plantea una cuestión muy importante aunque su naturaleza ya no es jurídica sino política y por ende peligrosa para la estabilidad del orden constitucional. En este sentido dice: Si ni el pueblo directamente, (en Méjico no existe ni el plebiscito ni el -- referendum) ni un constituyente especial, ni los poderes constituidos pueden modificar en Méjico la Constitución, ¿quién podrá modificar los preceptos básicos, las "decisiones políticas fundamenta-

tales", la forma de gobierno, las garantías individuales, los derechos de los Estados, Etc.? Todo lo dicho anteriormente nos conduce a este dilema: o esos preceptos son perennemente invariables o para variarlos es preciso salirse de la constitución. El primer término no podemos admitirlo como no podemos admitir que la evolución de un pueblo joven como el nuestro pueda satisfacerse y realizarse in aeternum con las decisiones políticas que adoptó el constituyente de 1917. El segundo extremo no podemos sustentarlo doctrinariamente-- en una cátedra de Derecho Constitucional en un estudio donde el jurista se empeña en sojuzgar a principios de Derecho la vida eterna de la comunidad."

Tal dilema lo lleva forzosamente a concluir que el órgano constituyente del Art. 135 es el único investido de plenitud de soberanía para reformar o adicionar en cualquiera de sus partes la Constitución mejicana. Sin embargo se ve obligado admitir que si bien nada escapa a la competencia del poder revisor es condición indispensable que subsista el régimen constitucional que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época, considera esenciales para que exista una constitución y termina por afirmar que no se puede expedir formalmente una nueva constitución pero si se puede darla de hecho a través de la reforma.-

Para reforzar sus afirmaciones, el autor recurre a un argumento de carácter práctico; cual es el de que en un régimen re--

presentativo el pueblo no gobierna por si mismo y su autoridad como soberano se reduce a la de elector y por tanto no puede variar anárquicamente la forma de gobierno y las atribuciones de sus órganos. Tal argumento reviste gran importancia tanto en Méjico como en nuestro país; pues como muy bien dice: "Desde la Independencia-- hasta el triunfo de la República, (a nosotros todavía no nos han -- llegado ese hasta) todas las revoluciones se hicieron por el caudllo militar en nombre del pueblo, en contra de un sistema de legalidad y para derogar una constitución; en todos los manifiestos -- que se acompañaron a los cuartelazos es siempre el pueblo al que se hace hablar por boca del levantado en armas, en ejercicio siempre- activo y demasiado directo de su soberanía. Esta es una aplicación de la teoría demagógica de que el pueblo puede manifestar su voluntad soberana en la forma que le plazca. Más lo cierto es que si alguien debe estar sometido a la ley es precisamente el pueblo ." -- "Por eso-dice- no podemos admitir que una porción por mínima que - sea, de la ley constitutiva, quede a merced exclusiva del pueblo - porque al salir de lo normativo esa porción de la ley suprema, ingresa en lo anárquico."

Nuestra Constitución al adoptar el sistema de someter a la aprobación de dos asambleas consecutivas y a la convocatoria de una asamblea constituyente para que decrete esas reformas, evitó - el peligro de las reformas frecuentes y precipitadas, aunque el -- procedimiento sea un poco más lento y difícil que el de la consti-

tución Mejicana, pero queda siempre en pie el problema de determinar hasta donde llegan las facultades de esa constituyente cuestión que trataremos al final.-

En opinión de Tena Ramírez un sistema como el nuestro es preferible al de su país pues tratando de justificar su opinión dice que su interpretación aunque basada en la Constitución no significa que sea inmejorable y señala que los inconvenientes prácticos derivados de su tesis provienen del defecto de organizar la fun---ción constituyente en la forma que lo hace el Art. 135 "El defecto consite -dice- en que las cámaras federales y locales, integrantes del órgano constituyente no se forman por individuos designados para una función constituyente lo cual requiere aptitudes dis--tintas a las del legislador ordinario , de ese modo la voluntad de los electos no tienen por objeto la designación de los representantes constituyentes." Agrega como inconveniente el de que "los legisladores ordinarios pueden convertirse en constituyentes en cualquier momento y los electores que no eligieron mandatario constituyente carecen de la oportunidad de aceptar o rechazar las reformas y por último, la facilidad de efectuar reformas en un solo proceso dentro de un solo período legislativo y sin consultar al pueblo,--permite la prodigalidad de reformas que en la constitución mejicana ascienden a 17 lo que se considera excesivo. Para concluir y rindiendo sin saberlo, homenaje a nuestro sistema dice: A falta de

consulta inmediata al pueblo, conviene pensar en la forma que más se le aproxima. No parece desacertado conservar por lo que tiene de tradición y de experiencia al sistema que otorga la función revisora al congreso de la Unión asociada con las legislaturas de -- los Estados; más para atenuar las reformas prolijas y poco pensadas, abogamos por un sistema análogo al de 24 (constitución Mejicana de 1824 que establecía al examen por dos congresos de las reformas) que al dar intervención en las reformas a dos congresos sucesivos, permiten auscultar la opinión pública a través de la elección de representantes para el Congreso y las legislaturas que van a aprobar la reforma, autoriza a suponer que con el transcurso del tiempo se logre mayor ponderación y estudio y por último, dificulta disminuyén<sup>do</sup>las por ende, las reformas de la constitución." Esta última opinión no está en pugna según el autor con la de la posibilidad ilimitada de reformas" sino que solo agrega mesura y prudencia al ejercicio de una facultad que lo mismo se emplea para reformar preceptos menos importantes que la alteración de sus principios básicos."

De lo antes expuesto podemos concluir que desde el punto de vista de la técnica jurídica constitucional nuestro sistema es el más acertado para armonizar la ponderación en las reformas con la oportunidad de que pueda el pueblo influir en la conveniencia o inconveniencia de las mismas. Queda todavía sin embargo por resolver la dificultad del límite a que puede llegar la Asamblea -- Constituyente en su competencia reformadora.

Ya que es necesario que las revisiones no sean imposibles ni tampoco demasiado fáciles de emprender, pero que tampoco sean demasiado frecuentes y esto especialmente, a causa de que una revisión fácilmente llega a ser causa de agitación política para el país.

Como vimos antes, el Art. 223 no establece si la reforma puede hacerse en todo o en parte, pero al mismo tiempo, vimos que reforma indica modificación parcial. Nuestra Constitución no excluye ninguna disposición de ser objeto de reformas como sucede en las de otros países o como se establecía en otras Constituciones, nuestras del pasado. ¿Querrá esto decir que en la práctica - podría una Asamblea Constituyente convocada con el objeto de decretar reformas, convertirse en soberana y dar una nueva constitución? Hasta hoy no se ha presentado el caso de una revisión en nuestro derecho pero en la doctrina francesa se ha sostenido tanto la afirmativa como la negativa. En esta cuestión se podría aplicar a nuestro sistema las consecuencias derivadas de las tesis sostenidas por los autores franceses en vista de ser análoga la dificultad planteada en nuestro Derecho.

Quienes se pronuncian por la afirmativa han sostenido en Francia con respecto a la Constitución de 1875 que no existe en dicha Constitución disposición alguna que restrinja las facultades constituyentes de la Asamblea Nacional la cual está formada por el senado y la Cámara de Diputados. Aunque en el sistema establecido-

por nuestra constitución se trata de una Asamblea Constituyente -- Especial tampoco se le pone ninguna restricción a la facultad reformativa pues solamente dice que "en la resolución que se adopte, se puntualizará el artículo o artículos que hayan de reformarse y se incluirá el proyecto correspondiente." Esta resolución y proyecto deben ser publicados en el Diario Oficial y considerados por la siguiente Asamblea Legislativa la que si les ratifica convocará a una constituyente que decrete las reformas.-

Esta aparente limitación al poder constituyente impuesta por las Asambleas Legislativas encargadas tanto de proponer como de ratificar las reformas y convocar a una Asamblea Constituyente, esta en oposición con la concepción tradicional que asigna al poder constituyente facultades ilimitadas y por consiguiente superiores a las de los poderes constituidos. ¿Como explicar entonces que esa Asamblea Constituyente esté limitada solamente a tocar los artículos puntualizados por las legislativas cuya potestad es subalterna e inferior a la de la constituyente?. Este argumento ha sido considerado como irrefutable por quienes en el Derecho Público Francés sostienen las facultades de revisión ilimitada. Añaden que de nada serviría tratar de limitar los poderes de la Asamblea Nacional (constituyente). Aunque la constitución hubiera tenido la intención de hacer depender el alcance de la revisión de las resoluciones previamente adoptada por las cámaras, -dos asambleas legislativas consecutivas en nuestro caso- las decisiones de la Asam

blea Nacional que fueren más allá de las precisiones de las cámaras no dejarían de imponerse a todos los órganos constituidos, a causa de la fuerza superior inherente a la voluntad del órgano --- constituyente, y así, las limitaciones y prohibiciones dictadas por la constitución quedarían de hecho desprovistas de sanción. "Hasta tal punto esto es verdad que los poderes de una Asamblea Constituyente por su misma naturaleza, no son susceptibles de limitación!"

La anterior opinión se basa en un sentido demasiado absoluto del poder constituyente y a esto se debe que muchos autores - nieguen la calidad de constituyente propiamente dicho al órgano encargado de revisar la constitución. Así Recasens Siches dice que "de ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una constitución para la reforma -- parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de algunos preceptos de la constitución no posee el carácter de poder constituyente stricto sensu por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma constitución-- que se va a reformar cuya identidad fundamental persistirá a través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan.

Tendríamos que distinguir de acuerdo con la anterior opinión entre poder constituyente strictu-sensu y poder constiyente latu-sensu o sea poder constituyente absoluto y poder constituyente limitado pues no podríamos sostener en nuestro caso por ejemplo, que la Asamblea Constituyente encargada de decretar reformas

a la constitución no sea constituyente cuando nuestra Ley fundamental lo establece así expresamente, y aceptando que lo sea, no podríamos tampoco afirmar que por ser constituyente necesariamente debe ser ilimitada tal como han sostenido los autores franceses - según hemos visto.-

Pero volviendo al punto que tantas veces hemos dejado pendiente de si nuestra constitución permite reformas ilimitadas, problema de suyo difícil por el laconismo del constituyente y por el mismo significado gramatical del vocablo reforma que como vimos antes, tiene un sentido parcial dando por consiguiente la idea de limitación, sostenemos que a pesar de ese sentido gramatical, nuestra constitución permite la reforma indiscriminada y por consi---guiente ilimitada de la misma. ¿Querrá esto decir que sea fácil - llevar a cabo una reforma total con mucha facilidad? Este es ya un problema diferente, puesto que los aspectos prácticos de esta cuestión ofrecen una serie de dificultades que hacen sumamente difícil esa reforma total. En efecto toda reforma exige como condición previa que sea acordada por los dos tercios de los diputados-electos a la Asamblea Legislativa y que se puntualice el artículo o artículos que se hayan de reformar. Esto de por si ya da una idea de limitación puesto que no basta simplemente que la Asamblea declare que hay lugar a revisar la constitución como sucedía en la Constitución francesa de 1875 y por otra parte exige que se elabore el correspondiente proyecto de reforma. La publicación en --

Diario Oficial da la oportunidad de que el pueblo puede enterarse de dicho proyecto y como quería Tena Ramírez, permiten la consulta anterior al pueblo el cual puede influir entonces en la Asamblea Legislativa encargada de ratificar el proyecto y al mismo tiempo hacer oír su opinión sobre la conveniencia o inconveniencia de las reformas, cosa que servirá para determinar en definitiva la voluntad de la Asamblea Constituyente que se elegirá al efecto.-

Cabría preguntarse entonces en primer lugar si la Asamblea Legislativa encargada de ratificar, puede introducir modificaciones en el proyecto o limitarse solamente a ratificar o no dicho proyecto. Nada dice al respecto nuestra Constitución. La misma pregunta podría plantearse con respecto a la constituyente de si forzosamente tiene que atenerse a dicho proyecto.

Para responder a esta cuestión, es preciso hacer las siguientes consideraciones: en primer lugar las reformas a la constitución se encuentran subordinadas a una condición previa cual es la de que la Asamblea Legislativa apruebe por los dos tercios de sus Diputados la reforma, puntualizando los artículos a reformar. De tal condición puede inferirse que solo puede comenzarse el proceso de reforma en virtud de ese acuerdo tomado por la Asamblea Legislativa y si ese acuerdo es indispensable, la reforma solo puede hacerse en la medida propuesta por dicha Asamblea, por lo tanto, la revisión sólo podrá referirse a los artículos designados por la --

resolución legislativa pues fuera de ellos ya no existe la condición que da lugar a la reforma y en consecuencia resulta jurídicamente imposible.-

Con base en el texto constitucional podemos responder a la primera pregunta que la Asamblea Legislativa encargada de ratificar no podría introducir modificaciones al proyecto, pues si a su vez quisiera agregar la reforma de otros artículos tendría que sujetarse al procedimiento ordinario y proponerlos como de iniciativa suya.

La misma respuesta podríamos dar a la segunda pregunta con la diferencia de que la Asamblea constituyente puede negarse a decretar las reformas o decretar las de solo una parte del proyecto que se le ha presentado.

Resulta de lo dicho que la fijación de la extensión del poder otorgado al órgano reformador no depende solamente de la Asamblea Constituyente llamada a decretar las reformas sino ante todo de la resolución tomada por la primera Asamblea Legislativa por lo que puede decirse que esa Asamblea queda asociada a la reforma por cuanto depende de su iniciativa determinar la competencia y límites de la misma. No es que la Asamblea constituyente reciba de las legislativas su potestad constituyente puesto que ésta la recibe de la Constitución directamente si no que solo puede ejercer esa potestad dentro de los límites trazados por la primera Asamblea cuando ésta puso en movimiento el aparato reformador.-

De esta conclusión se desprende la consecuencia de que en nuestro Derecho no exista una verdadera separación entre el poder constituyente (lato sensu) y los poderes constituidos, pues al someter a la Asamblea Constituyente a una condición restrictiva y por consiguiente opuesta a la doctrina tradicional de omnipotencia del poder constituyente quita a este toda superioridad sobre las asambleas ordinarias o mejor dicho toda independencia de las mismas, puesto que queda sujeta a la voluntad de dichas asambleas. En otras palabras tal asamblea constituyente no es soberana.

¿Podríamos sostener entonces que las Asambleas Legislativas participan de la potestad constituyente? O sea: ¿se encuentra dividida en nuestra Constitución la potestad constituyente entre las Asambleas Ordinarias y la Constituyente?. La respuesta afirmativa a tales preguntas sería exagerada pues no sería jurídicamente exacto decir que la potestad constituyente se encuentra repartida entre las dos clases de asambleas. Evidentemente la iniciativa corresponde a una Asamblea Legislativa que debe promover la revisión pero esta iniciativa se ejerce como lo que es, o sea simplemente como iniciativa análoga a la que corresponde al presidente por medio de sus ministros en cuanto a las leyes ordinarias o a la Corte Suprema de Justicia, pero incluso más restringidas que éstas puesto que está sujeta a una condición, la ratificación por parte de la Asamblea Legislativa siguiente; si esta ratificación no se produce ahí termina la iniciativa. Igual cosa podría decirse de

esta segunda Asamblea cuya competencia se reduce a la sola ratificación y convocatoria a la constituyente, teniendo por consiguiente menos intervención en el texto de las reformas propuestas que la primera asamblea. Es en definitiva la constituyente la que tiene el poder de decisión y en este sentido es dignificativa la expresión "para qué, si lo tuviere a bien, decretare las reformas."

Por otra parte la Asamblea que propuso las reformas ni siquiera existiría al momento de ser sometidas estas al conocimiento de la constituyente.-

Finalmente volvemos al problema de los límites de la Asamblea constituyente, límites que según vimos atrás, se reducen simplemente a que en principio dicha Asamblea solo está facultada para decretar las reformas que le han sido propuestas. Esta aparente limitación estaría conforme con el principio de que dicha Asamblea no podría ser soberana porque la soberanía corresponde esencialmente al pueblo pero tales limitaciones en la práctica resultarían ineficaces, pues no existiendo otra sanción directa para cualquier abuso de la facultad conferida y transpasados los límites trazados por una Asamblea Legislativa que formuló el proyecto de reformas, las que introdujese la Constituyente, de su propia iniciativa tendrían que aceptarse como válidas a menos que aceptáramos como algunos autores franceses, entre ellos Houriou, la inconstitucionalidad de disposiciones constitucionales, que podrían darse en la práctica, pero que por no haber sido prevista esa situación no se estableció ninguna forma de solución para esos problemas.

Hay que reconocer que en este sentido nuestra Constitución evita las deficiencias de la constitución francesa de 1875 y la de la constitución Mejicana que antes señalaba Tena Ramírez, -- pues al confiar la facultad reformadora a una Asamblea diferente -- totalmente de la que propuso las reformas y electa con ese exclusivo objeto, el pueblo ha tenido oportunidad de manifestar su opi nión sobre tales reformas y por consiguiente el mandato que ha -- conferido a los diputados constituyentes será bastante preciso -- su -- pliendo así la falta de sanciones jurídicas que en definitiva como tantas veces nos ha acontecido, resultan con un valor práctico muy pobre pues no solamente la letra de la ley es la que determina las acciones de los hombres o de los pueblos. Las probabilidades de la ley son limitadas y resultan vanas cuando los hombres -- carecen de principios morales y culturales que presenten una sólida base del respeto a la ley. Así dice Carré de Malberg: "Siempre llega un momento en que el Derecho es incapaz de asegurar -- por si solo el bien de la comunidad y de sus miembros y en que -- la legislación positiva al sentir que se acaba su poder para conseguir sus fines tiene que recurrir a las leyes de orden moral y a la cultura moral de los ciudadanos. La influencia del derecho comparada con la de la moral, es en definitiva modesta. El derecho consiste en prescripciones susceptibles de ser ejecutadas por -- medios correctivos; esto significa a su vez su superioridad y su -- debilidad pues si su sanción correctiva le dota de una fuerza parti

cular, por el mismo motivo sólo es capaz de regir las acciones externas de los individuos. La moral se impone en el fuero interno y domina hasta los móviles de los actos humanos. Por eso, el derecho casi no puede actuar más que en la superficie . Solo asegura el orden formal y externo. Su concurso es ciertamente indispensable para la realización de muchos de los fines sociales, pero por si sólo no basta para asegurar esta realización plena y entera."

### CAPITULO III

#### EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

- I- INTRODUCCION. 2- IDEAS GENERALES SOBRE LOS DIFERENTES SISTEMAS.  
3- ANTECEDENTES HISTORICOS. 4- EL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL  
DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS. 5- EL SISTEMA MEJICANO.  
6- SISTEMA ARGENTINO. 7- SISTEMA CHILENO.-

#### INTRODUCCION.

En los capítulos anteriores hemos visto los fundamentos - filosóficos jurídicos, históricos y políticos en que descansa la su premacía de la Constitución o Ley Fundamental con respecto a las le yes ordinarias o secundarias dentro del ordenamiento jurídico de un Estado.

Hemos visto así mismo, las formas que el Derecho Constitu cional ha establecido para resguardar el orden constitucional del Es -tado, de los ataques que por parte de las fuerzas políticas podrían provenirle.

Esta protección de carácter formal, deriva precisamente de la naturaleza sui-generis de las constituciones rígidas escritas, en las que se establece un procedimiento de reformas, llamado por - algunos de revisión, bastante complicado cuya finalidad es dificultar toda modificación o alteración de los principios plasmados en - una Constitución a fin de mantener a las fuerzas políticas dominan- tes, sometidas al imperio del Derecho.-

Pero hay además otras formas de garantizar no ya la vigen

cia formal de la Constitución como un todo sino la obediencia a sus preceptos y el respeto a los derechos de las personas, por ella con sagrados, que podrían ser violados por los órganos estatales bajo la misma forma del derecho, por medio de leyes, decretos, reglamentos, ordenamientos, etc., contrarios a la Constitución estatal. Estas violaciones pueden afectar tanto a la organización que la misma ley suprema instituye o afectar solamente los derechos de los particula res en el campo de los derechos individuales o de los patrimonia--  
les.-

Si esa organización y ese derecho pudieran ser violados im punemente, los preceptos constitucionales no pasarían de ser precep-  
tos teóricos o mandamientos éticos. Tal conclusión es inaceptable-  
pues si alguna ley debe ser cumplida y respetada es precisamente la  
Constitución" (Tena Ramírez.)

Pero no bastaría con esperar que la Constitución sea acep tada y cumplida voluntariamente; es necesario además prevenir las -  
posibles violaciones y repararlas una vez cometidas; para esto se -  
hace indispensable contar con medios de protección adecuada contra-  
esas transgresiones, que pueden ser tanto voluntarias como involun-  
tarias.

La defensa de la Constitución debe levantarse frente a -  
los poderes públicos tanto en sus relaciones entre si como en rela ción con los individuos. Por ello las Constituciones de todos los  
países y la nuestra de manera especial, como veremos oportunamente,

establecen una serie de medios en favor de los individuos para que éstos puedan hacer valer sus derechos a fin de mantener el respeto por parte de los órganos del Estado a los principios constitucionales, mediante una serie de recursos legales. En este sentido es digno de hacer notar que pocas constituciones, o quizá ninguna, establecen tantos medios de protección como lo hace la nuestra.

En efecto, en la Constitución de 1950, encontramos establecidos los siguientes medios de defensa constitucional: el recurso de inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los poderes legislativo y ejecutivo, contrario a los preceptos constitucionales establecido en el Art. 95; el recurso o juicio de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, estatuido en el Art. 96; el habeas corpus establecido en el Art. 164 y el recurso de amparo consagrado en el Art. 222. Tales son los recursos de carácter judicial que nuestra Ley suprema ha instituido para garantizar su cumplimiento. Además de esto se encuentra el recurso de casación por aplicación de una Ley inconstitucional pero éste está respaldado solamente por una ley ordinaria, la Ley de Casación que lo contempla en el Art. 10 numeral 3o. Esto sin contar con las sanciones establecidas en el capítulo de la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos para los funcionarios que infringen el texto constitucional.

Como puede verse, nuestro orden jurídico contiene todas --

las medidas de defensa con que cuenta el Derecho Constitucional, ya que en nuestra Constitución se han reunido todas aquellas formas - que en la historia del derecho Constitucional han aparecido en --- los diferentes países con el objeto de hacer efectiva la vigencia de la Ley Fundamental.-

Como está fuera de nuestro alcance y del propósito de es ta tesis estudiar los diferentes medios o recursos con que cuentan los particulares para hacer efectivos los derechos que nuestra Constitución consagra y que antes hemos enumerado, nos limitamos a mencionarlas y estudiaremos únicamente lo que se refiere a la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes decretos y reglamentos, pues son a nuestro modo de ver, los medios más importantes y de mayores alcances por lo que a la protección de la vigencia constitucional se refiere, ya que el recurso o juicio de inconstitucionalidad por ejemplo, constituye un verdadero límite tanto a las facultades del Poder Legislativo, jurídicamente irresponsable por las leyes que dicta, como a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia una verdadera potestad de control jurisdiccional de la función legislativa. La misma facultad se le confiere aunque más atenuada y solo con respecto a los casos en que se debe pronunciar sentencia a todos los tribunales mediante el recurso de inaplicabilidad.

Después de hecha esa breve referencia a nuestro derecho, expondremos algunas ideas generales sobre los diferentes sistemas -

de defensa Constitucional, los antecedentes históricos del control de la constitucionalidad así como a sistemas específicos adoptados por algunos países entre los que hemos escogido a Estados Unidos, Mejico, Argentina y Chile por ser dentro del Continente de los más representativos y los que mayor influencia han tenido o pueden tener en nuestro Derecho tanto al través de sus leyes como de la doctrina de sus expositores. Una vez analizados esos sistemas estudiaremos el nuestro.-

#### IDEAS GENERALES SOBRE LOS DIFERENTES SISTEMAS.

Los sistemas de defensa constitucional pueden ser clasificados en dos grupos entendiéndose a la naturaleza política o judicial que tenga el órgano al cual se ha encomendado esa defensa.

El primer grupo confía la guarda de la Constitución a un órgano político, que puede ser uno de los poderes existentes, o bien puede tratarse de - un órgano creado especialmente para que sirva de protector de la Constitucionalidad. Como ejemplo del primer grupo es según cita de Tena Ramírez -el propuesto por Carl Schmitt dentro de la constitución del Weimar y consistía en confiar dicho poder al presidente del Reich. Como ejemplo de órgano creado ad-hoc tenemos el Senado Conservador, que hizo su aparición en la Constitución --- Francesa del año VIII y el supremo poder conservador instituido en la Constitución Mejicana de 1836 a imitación del organismo Francés- antes citado.

El segundo grupo confiere la misión de velar por la cons-

titución al órgano judicial el cual tiene generalmente a parte de su misión de dirimir contiendas entre partes, el cometido especial de declarar si los actos, emanados de los poderes constituidos están de acuerdo con la Ley Suprema. El ejemplo típico de este grupo es el sistema Norteamericano.-

Puede también hacerse una segunda clasificación de acuerdo con las funciones encomendadas al órgano encargado de velar por la constitucionalidad ya que sus facultades pueden ser: resolver-- en forma general, erga omnes sobre la inconstitucionalidad, o definir la constitucionalidad solamente respecto al caso particular que se ventila y con eficacia solo respecto a él.

El segundo tipo de función se ejercita mediante demanda - del particular perjudicado por el acto inconstitucional y tiene por objeto paralizar dicho acto con respecto al quejoso, lo cual implica que conserve su validez para todos los que no lo reclaman.

Este es el caso del sistema Mejicano y el de nuestro re-- curso de inaplicabilidad actual. El mismo sistema establecían nuestras anteriores Constituciones como veremos en su oportunidad.

Existen otros sistemas que podrían llamarse mixtos, donde un mismo órgano puede hacer declaraciones generales y particulares según los casos. Este sería propiamente nuestro sistema ya que la Corte Suprema está llamada a resolver en las dos formas pues está facultada para hacer declaraciones generales según lo dispuesto en el Art. 96 de la Constitución y particulares según la facultad con

cedida en el Art. 95 debiendo tenerse presente que esta última facultad se extiende a todos los Tribunales pero que en última instancia es la Corte Suprema la llamada a pronunciar la palabra final en las controversias judiciales, pues ella las resuelve definitivamente mediante el recurso de Casación. Parecido sistema existía en España en la ley del Tribunal de 1933 pues la inconstitucionalidad de las leyes por no haberse observado la forma establecida en la Constitución producía efectos generales; en cambio en los casos de inconstitucionalidad material solo producía efectos respecto al caso concreto.-

#### ANTECEDENTES HISTORICOS.

El control jurisdiccional de la Constitucionalidad tiene sus orígenes en el Derecho Norteamericano con algunos precedentes en el Derecho Inglés, lo que se explica facilmente debido a que cuando se independizaron las 13 Colonias de Norte América, regían en ellas los principios del Derecho público Inglés, cuya característica más importante ha sido la omnipotencia del Parlamento, por sobre cuyas leyes ninguna norma o disposición dictada por cualquier otro órgano puede prevalecer.

Sin embargo, en la misma Inglaterra tal principio fué moderado en la práctica. Lord Eduardo Coke, magistrado inglés muy célebre por la influencia que ha tenido sobre esta materia "reconoció en los Jueces la facultad de examinar la validez de los actos del Parlamento y declararlos nulos cuando resultaran o repugnantes a --

las reglas del Derecho Común (Common Law) o a la razón." (Ghiglia--ni). Si bien su doctrina no tuvo un fundamento jurídico serio, tuvo una extraordinaria difusión que repercutió sensiblemente en favor de la causa del gobierno constitucional. Las Cortes de Justicia Inglesas al amparo de su opinión declararon algunos veces la nulidad de los actos parlamentarios contrarios a la equidad y a la razón o a los principios contenidos en la Carta Magna. No obstante, el Parlamento logró afirmar definitivamente su autoridad y su supremacía limitando así la facultad de examinar la validez de los actos normativos, reconociéndola únicamente para declararlos ineficaces cuando crearan una obligación de cumplimiento imposible o llevaran a consecuencias absurdas.

En Norte América, la idea de una supremacía de los Jueces por su competencia para examinar la validez de los actos del Parlamento, -doctrina de Lord Coke- encontró buena acogida y su aplicación práctica se facilitó debido a la autonomía de que gozaban las legislaturas locales, autonomía que les concedían las mismas cartas o cédulas constitucionales otorgadas por el Gobierno Inglés.

Cuando las Colonias se independizaron, dichas cartas o cédulas fueron sustituidas por sendas constituciones. En ellas no se estableció de manera expresa la potestad judicial de revisar la constitucionalidad de las leyes; sin embargo, inmediatamente después - de haber entrado en vigencia dichas constituciones, los tribunales - en algunos casos reclamaron para sí dicha potestad, a fin de confron

tar las leyes con la constitución local y declararlas nulas si estaban en contradicción con ella.

En la convención de Filadelfia de 1787, de donde nació la actual constitución de Estados Unidos se tuvo como propósito fundamental poner límites a los excesos de los poderes legislativos instituidos por las constituciones de las colonias, excesos de las cuales existían numerosos ejemplos. Los delegados a dicha convención se encontraban preocupados por la desconfianza que tenían en las Legislaturas cuyo predominio dentro de la organización creada por las constituciones locales era notorio. Se trataba por ello de encontrar una fórmula que permitiera frenar a las legislaturas en sus posibles excesos y al mismo tiempo asegurar la conformidad de las leyes que sancionaran, con la constitución federal.-

Con tal objeto, fueron propuestos a la convención distintos planes en los que se incluía la creación de organismos encargados de dar una intervención casi directa a los Jueces en la formación de la ley o de dar a los mismos la atribución expresa de aplicar las leyes federales no obstante cualquier ley en contrario de los Estados. Pero ninguno de dichos planes tuvo aceptación general pues hubo una oposición decidida a la intervención de los Jueces en el proceso legislativo y no se logró incorporar al texto Constitucional aprobado en Filadelfia una disposición expresa que les encomendara el control constitucional. Existía desde luego la intención de conferir ese poder al órgano judicial pues los miembros más des-

tacados de dicha asamblea estuvieron de acuerdo en admitir la revisión de la Constitucionalidad de las leyes por los Jueces. Especialmente Hamilton y Madison sostuvieron en "El Federalista" la doctrina de que sin que signifique dar supremacía al órgano judicial, los Jueces deben prescindir de la aplicación de una ley sancionada por el órgano legislativo cuando se halle en oposición -- con los textos constitucionales. Entre esa ley y la constitución debe preferirse la que tiene más fuerza y mayor validez, es decir la constitución, porque en cuanto ésta concreta la voluntad del pueblo aquélla en cambio solo refleja la intención de los representantes. Debido a que el Common Law o derecho consuetudinario goza en el derecho anglosajón de una verdadera supremacía respecto al derecho escrito aunque no se estableció expresamente esa facultad de los Jueces, como de hecho ya la ejercían, puede decirse que quedó sobreentendida.-

Por lo que toca a la Corte Suprema de Justicia, ésta no se pronuncia categóricamente sobre la facultad revisora de la Constitucionalidad de las leyes sino hasta en el año 1803 con ocasión del célebre caso conocido como "Marbury Versus Madison". Siendo en esa época presidente del Suprema Tribunal John Marshall, formuló la doctrina de que el poder de revisión de las leyes del congreso, para declararlas nulas si no se conforman con la constitución es esencialmente judicial.

El razonamiento en que se basó Marshall para llegar a-

tan importante conclusión es considerado incontraverible por muchos y es como sigue: "Que el pueblo tiene el derecho original para establecer para su futuro gobierno, los principios que en su opinión mejor logran su propia felicidad, es la base sobre la cual todo el sistema americano ha sido erigido. El ejercicio de ese derecho original, requiere un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. En consecuencia, los principios así establecidos, se estiman fundamentales. Y como la autoridad de los cuales emana, es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes.

"Esta voluntad original y suprema, organiza al Gobierno y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Puede marcarse un alto ahí o bien establecerse ciertos límites que no pueden ser propasados por ninguno de dichos departamentos.

El gobierno de los Estados Unidos encaja dentro de la última descripción. Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados; y para que esos límites no puedan ni equivocarse ni olvidarse, fué escrita la Constitución. ¿Con qué objeto se consig- nan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobierno de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equiparan. Este es un razonamiento demasiado --

obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la Constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la -- Constitución por medio de una Ley Común.-

"Entre estas alternativas no hay término medio. O --- bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales leyes, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

"Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, - entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es - una Ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por -- parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas, las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todogobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbibida en una constitución escrita y, en consecuencia, este tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

"Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿Puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? Esto equivaldría a desechar de hecho lo que ya ha sido establecido en teoría y a primera vista parecería una cosa tan absurda, que ni siquiera se prestara a discusión. Sin embargo, merecerá aquí ser estudiada con mayor atención.

"Indudablemente, es de la competencia y del deber del poder Judicial, el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decir sobre cuál es la aplicable. Así, si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso en forma que el Tribunal tiene que decidir este caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso, Esto es de la verdadera esencia del deber judicial.-

"Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.-

"Así pues, aquellos que desechar el principio de que la

Constitución tiene que ser considerada por los Tribunales como la Ley Suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los Tribunales deben cerrar los ojos con relación a la Constitución y mirar únicamente a la ley ordinaria.-

"Esta doctrina daría por tierra con el fundamento mismo de toda Constitución escrita. Establecería que una Ley que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno, es completamente nula, sin embargo, en la práctica es completamente obligatoria. Establecería que si el Legislativo hiciera aquello -- que le está expresamente prohibido, este acto a pesar de la prohibición expresa, en la realidad de las cosas, produce efectos. Se ría darle al Legislativo una omnipotencia práctica y real, al mismo tiempo que aparentemente se restringen sus poderes dentro de límites estrechos. Equivale a establecer límites y declarar al mismo tiempo que esos límites pueden ser traspasados a placer." (Tomado de Tena Ramírez quien lo tomó a su vez de la Revista Mexicana de Derecho Público No. 3).

La doctrina transcrita sentó un precedente quedando desde entoces reconocido y aceptado de manera definitiva en la jurisprudencia norteamericana, el control jurisdiccional ejercido por los Jueces, dando así eficacia práctica a las limitaciones que de manera expresa o tácita impone la Constitución norteamericana a los órganos federales o locales de los otros poderes.-

EL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN ESTADOS UNIDOS.

En el derecho público Estadounidense la facultad de control a que nos estamos refiriendo se denomina Revisión judicial y consiste dicha facultad en la potestad que tienen los tribunales para considerar una ley contraria a la constitución y negarle consecuentemente, su aplicación. Pero además los tribunales tienen otra facultad, cual es la de interpretar la constitución y las leyes en términos tales, que prácticamente, los tribunales se convierten en legisladores. En términos generales, es la primera facultad a que nos hemos referido lo que se conoce como revisión judicial, pero en repetidas ocasiones tal concepto ha abarcado los dos.

Para comprender mejor el sistema norteamericano, es necesario conocer las clases de normas que integran el orden jurídico de ese país. Dicho orden está constituido por tres tipos de normas.

- a) El Statute Law o derecho escrito o legislado.
- b) El common Law o derecho consuetudinario sancionado por los tribunales en las sentencias judiciales.
- c) La Equity, o equidad, similar a los edictos del pretor romano; proporciona medios jurídicos en aquellos casos en que el derecho consuetudinario o legislado no los garantiza o lo hace de manera imperfecta. De ahí que tiene un carácter subsidiario y se aplica a la defensa de derechos patrimoniales; a) para obligar al cumplimiento de obligaciones contractuales, b) para prevenir actos cuya ejecución produciría un daño irreparable. Tiene como sanción la pena correspondiente al desacato judicial.-

El control judicial de la constitucionalidad se ejerce - sobre el statute Law o derecho legislado y -como vimos atrás- no existe en la constitución de los Estados Unidos la facultad expresa de ejercicio de ese control pero lo cierto es que es ejercido - no solamente por el tribunal supremo, sino por todos los tribunales.

Para ejercitarse la facultad de control puede recurrirse a tres procedimientos diferentes: 1o) Las partes desde luego, pueden oponer la inconstitucionalidad por vía de acción o de excepción dentro de un juicio (case). 2o) Si las acciones establecidas por el derecho común (Common Law), no son adecuadas, quienes se consideran agraviados tiene a su disposición las acciones de equidad (equity), cuyo objeto inmediato es obtener que se libere la orden de suspender la aplicación del acto; 3o) Finalmente por una ley federal que data de 1934, han sido admitidas las acciones declarativas, es decir aquellas acciones promovidas exclusivamente con el objeto de obtener declaratoria de inconstitucionalidad de una ley respecto a un caso concreto.

Los criterios en que se apoya la jurisprudencia norteamericana para declarar la inconstitucionalidad de una ley son los siguientes: a) la doctrina de los derechos adquiridos y la de las limitaciones implícitas. La primera es bastante conocida entre nosotros especialmente por lo que se refiere a su importancia en la irretroactividad de las leyes.

Los principios respecto a la forma y contenido de la ley que sirven de pauta para declarar o derogar la inconstitucionalidad son el del "debido proceso legal" o "debido procedimiento legal" y el "poder de policía".

La regla del "debido procedimiento legal" tiene un significado impreciso y cambiante; podría definirse como "procedimiento razonable". Antiguamente significaba las reglas o procedimientos vigentes en el derecho consuetudinario o común, especialmente las relativas al enjuiciamiento de los delincuentes y tenía por objeto proteger la libertad individual, ya que todo enjuiciado tenía derecho a que se observara el debido procedimiento para juzgarlo. El debido procedimiento era pues, conformidad con los procedimientos judiciales u observancia de los mismos --- sin alterarlos ni quebrantarlos. Tal concepto evolucionó con el tiempo ampliándose su campo de aplicación hasta llegar a adquirir jerarquía de limitación constitucional a la actividad legislativa ya que, exige respeto a las leyes tradicionales y constituye un freno para mantener dentro de la constitución las actividades de los otros órganos del Estado.-

Ha servido especialmente dicha regla para limitar el "poder de policía" o sea la potestad reglamentaria ejercida "con el fin de asegurar al pueblo la salud, la paz, la moral, la educación y el orden público; y el poder de sancionar leyes con el objeto directo de aumentar la industria en el Estado y desarrollar sus recursos para acrecentar la riqueza y su prosperidad."

(citado por Chigliani). Como lo ha definido Freund: "el poder que tiene por objeto inmediato la protección de un interés público por el ejercicio de limitaciones e imposiciones sobre los derechos --- privados." (Chigliani). Tal poder de policía es también impreciso y cambiante según las épocas y lugares, encontrando como límite únicamente la regla del debido proceso legal.

Para determinar la legitimidad de una ley dictada en el ejercicio del poder de policía, se recurre al principio de la racionalidad que exige la existencia de una relación clara e inmediata entre el medio empleado y el fin propuesto, o sea, entre la ley y el objeto que se persigue con ella. Finalmente existe la regla del equilibrio conveniente que tiene por objeto armonizar la regla del debido procedimiento legal con el ejercicio del poder de policía, es decir el derecho individual con el colectivo, buscando un equilibrio entre el interés privado y el público. Como puede verse la gran amplitud, flexibilidad e imprecisión que se ha dado a -- las facultades concedidas al poder judicial, le confieren y en especial a la Corte Suprema, un poder tan grande que casi puede decirse que es necesario la aprobación de dicho tribunal para que -- pueda dictarse una ley. Por otra parte no existe para este poder ninguna limitación, pues como ha dicho el Juez Stone según cita de García Pelayo: "mientras que el ejercicio inconstitucional del poder para las ramas legislativas y ejecutivas del gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio -- del poder es nuestro propio sentido de autolimitación."

Con respecto a los límites en que la facultad de revisión es ejercitada cabe hacer notar que: En primer lugar la judicatura determina si la ley en cuestión está dentro de la competencia del órgano que la ha emitido y si los términos de dicha ley no rebasan las limitaciones impuestas por la constitución (constitucionalidad material).

Para hacer efectivas sus decisiones respecto a los funcionarios del Poder Ejecutivo los tribunales disponen de lo que se llama writs extraordinarios. Estos son los siguientes: a) mediante un writs quo warranto, la judicatura puede inquirir el derecho o título legal de un funcionario a su cargo; b) con un writ of injunction puede impedir a los funcionarios públicos que actúen sin autoridad legal apoyándose en una ley declarada inconstitucional, si tal actuación lleva consigo la lesión de derechos; y c) a través de un writ of mandamus ordena a un funcionario cumplir con su deber cuando de su omisión resulta la lesión de un derecho.

La judicatura no puede proceder por iniciativa propia a declarar la inconstitucionalidad de una ley sino que tal cuestión ha de plantearse en forma de incidente procesal. Los tribunales americanos vinculan con sus decisiones en casos análogos a los tribunales inferiores, por lo que una decisión del Tribunal Supremo, cierra en la práctica la aplicación de la ley en todos los Estados Unidos.

La inconstitucionalidad solo se decide a instancia de parte y cuando tal decisión sea necesaria para resolver el caso--

planteado.

Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad:

1o).- La declaración de inconstitucionalidad significa en principio que la ley no es aplicable al caso planteado, lo que no impide en consecuencia, que esa ley sea aplicada a otros casos, siempre que no se presenten idénticas circunstancias a las que motivaron la declaración de inconstitucionalidad pues si se presentan esas circunstancias, subsiste la declaración, ya que los tribunales por regla general se consideran vinculados en los casos subsiguientes al precedente sentado, si se presentan las mismas situaciones.

2o).- Debido al carácter de incidente procesal que tiene la invalidez de la ley, no existe declaratoria expresa de inconstitucionalidad sino que simplemente se abstiene de aplicar la ley inconstitucional como si no existiera, o sea que para el tribunal dicha ley adolece de una nulidad ab-inicio.

3o).- Del mismo carácter de incidente procesal deriva la consecuencia de que una ley puede ser considerada inconstitucional solo en parte en cuyo caso se anulan solamente las disposiciones contrarias a la constitución, subsistiendo las restantes siempre que entren ellas haya coherencia y sean intelegibles y no se desvirtúe el propósito de ley.-

4o).- La interpretación judicial. La función constitucional de los jueces se extiende además mediante la facultad de interpretación antes aludida, a un poder de verdadera transformación del -

mismo texto de la ley, ya que pueden decidir su no aplicación a-- casos previstos por el legislador y en cambio extender su aplicación a casos ajenos a esa previsión. Este particular sentido que tiene la interpretación en la jurisprudencia norteamericana obedece a la primacía que tiene el common Law sobre el derecho escrito, por lo que éste último debe encuadrarse y adoptarse al common Law que no es otra cosa como antes se dijo, que la costumbre sancionada por los tribunales, lo que les permite una enorme amplitud en la interpretación del derecho legislado interpretándolo en forma muy restringida cuando lo consideran contrario al common Law. Debido a esta particular situación, sin necesidad de declarar inconstitucional una ley pueden interpretarla del modo que les parezca más en armonía con la constitución y el common Law aunque el texto de la Ley manifieste contradicción con estos. Tal situación ha sido expresada por Rescoe Pound así: "Lo que al fin se convierte en ley no es lo que la legislatura desea, sino lo que los tribunales consideran como jurídicamente permitido." (García Pelayo).

Esta característica del Poder Judicial Norteamericano, especialmente de la Suprema Corte, es muy criticada debido a que ejerce un poder político y jurídico casi ilimitado ya que es tal la amplitud que da a los principios en que se base para ejercer la facultad de control, que prácticamente participa en forma activa tanto de la función legislativa como de la función política -- del gobierno.-

SISTEMA MEJICANO.

En el orden jurídico mejicano, el control de la constitucionalidad está encomendado al Poder Judicial Federal, con eficacia únicamente respecto al individuo que solicita la protección. En efecto, el Art. 103 de la Constitución Mexicana dice: "Los --- tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se - suscite: 1) por leyes o actos de la autoridad que violen las ga-- rantías individuales. 2) por leyes o actos de la autoridad Fede-- ral que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. 3) por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad Federal." El Art. 107 dice: Todas las contro-- versias de que habla el Art. 103 se seguirán a instancia de parte agraviada por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley que se ajustará a las bases siguientes: 1) La sentencia será siempre tal que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motive.

"El procedimiento judicial en que un particular demanda la protección de la justicia ante la Corte Suprema de Justicia -- contra el acto inconstitucional de una autoridad es lo que se llama el juicio de amparo." (Tena Ramírez).

Debe advertirse que en el derecho público mejicano el amparo llena las mismas funciones que el nuestro, pero en forma -- más amplia ya que siendo el único medio de control de la constitucionalidad suple la falta de un verdadero recurso de inconstitu--

cionalidad como el que nuestra actual constitución establece.

La defensa de la constitución en el orden jurídico mejicano aparece en la constitución de 1836, habiéndose confiado - la facultad respectiva a un organismo de índole política denominado Supremo Poder Conservador, del cual ya hemos hecho mención. Dicho organismo esta compuesto de cinco miembros. Sus facultades de control consistían en declarar la nulidad de los actos contrarios a la Constitución realizados por cualquiera de los tres poderes, debiendo para ello mediar solicitud de uno de los otros -- dos. Tal sistema no tuvo ninguna aplicación en la práctica y aca bó por desaparecer. Quedó sin embargo viva la importancia del - control de la constitucionalidad y su fracaso sirvió para que se tratara de mejorar el sistema, pensándose en confiar esa tarea al órgano jurisdiccional en vista de la inoperancia del órgano político. A esto contribuyeron en gran medida las ideas de Tocqueville expuestas en su célebre obra "La Democracia en América". Tal cambio que significó un verdadero progreso, fué logrado en la Constitución de 1857, desapareciendo al mismo tiempo el control político.

En 1917, la institución del amparo había adquirido ya - gran prestigio y arraigo en la conciencia popular mejicana y gozaba de una magnífica tradición jurídica, por lo que no hubo dificultad alguna para, que fuera incorporado a la Constitución de ese año, casi en la misma forma como se encontraba legislado en la de 1857, en lo que se refiere a la competencia atribuida al Po--

der Judicial Federal encargado de conocer de dicho Juicio.

Las características principales del amparo Mejicano han sido expuestas por Tena Ramírez quien dice: "Las ideas capitales sobre las que se erige el juicio de amparo, son las siguientes: 1) el juicio de amparo se sigue a petición de la parte agraviada -- por el acto inconstitucional; 2) esa parte agraviada tiene que -- ser un individuo particular; 3) la sentencia se limitará a resolver el caso concreto sin hacer declaración respecto de la ley o -- el acto que motivare la queja."

Como puede verse, el sistema en cuestión no tiende precisamente a la defensa directa de la constitucionalidad sino primordialmente a la defensa del individuo frente al Estado, que indirectamente se traduce en defensa secundaria y eventual de la constitución.

El auténtico control de la constitucionalidad es el que tiene por objeto mantener a los poderes del Estado dentro de sus respectivas competencias impidiendo sus interferencias recíprocas o que traspasen los límites marcados por la misma constitución. No es propiamente control constitucional el que solamente protege -- los derechos públicos de la persona cuando estos se ven amenazados por el poder público.

El amparo tiene por objeto además de proteger el interés particular evitar toda invasión de la jurisdicción federal en la -- local y viceversa. Aparentemente hay en este caso una salvaguarda de la parte orgánica de la constitución, pero según el Art. 107 -

de la misma, siempre es necesario que la invasión redunde en perjuicio de un individuo y sea él quien solicite la protección. En otras palabras siempre queda la defensa subordinada a la iniciativa individual que debe sufrir la lesión y pide que se repare el agravio producido a consecuencia del conflicto surgido entre los poderes públicos. Por ello es imposible en el derecho público mejicano el control de la constitucionalidad completo y auténtico.

Se advierte en dicho derecho, la necesidad de dirimir en alguna forma las querellas de los poderes motivadas por una invasión en sus órbitas constitucionales. En efecto, cuando la violación constitucional consiste en una invasión de jurisdicción ajena, puede surgir un conflicto entre el poder invasor y el invadido que afecta la forma de gobierno, altera la paz pública y repercute en la estabilidad misma del Estado. Para arreglar un problema de esa índole, no sirve el amparo que no remedia una situación general sino solo un problema particular. De ahí la necesidad de un procedimiento distinto para resolver el problema.

Las violaciones para las que ese procedimiento se hace necesario pueden prevenir de cuatro órdenes de poderes: 1) de alguno de los tres poderes federales con respecto a cualquiera de los otros dos poderes federales; 2) de algunos de los tres poderes estatales con respecto a cualquiera de los otros dos poderes estatales; 3) de los poderes de un Estado respecto a los otros Estados; 4) de los poderes federales respecto a los estatales y viceversa.

La primera de las cuatro hipótesis no se halla contemplada en la Constitución por lo que la jurisprudencia ha tenido que recurrir para resolver los casos planteados a una interpretación artificial: toda invasión de un poder en las atribuciones de otro, o toda acción fuera de los límites impuestos por la Constitución, se produce en forma de ley inconstitucional, o de acto atentatorio -- que no se funda en ley e implica en ambos casos infracción al Art. 14 que establece como garantía personal la aplicación de leyes anteriores y conformes con la constitución. Esta opinión expuesta originalmente por don Emilio Rabasa ha sido modificada por la Suprema Corte basándose en el Art. 16, según el cual nadie puede ser molestado sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No es autoridad competente la que lleva a cabo un acto para el que no tiene facultades constitucionales, ni hay causa legal del procedimiento cuando se invoca un estatuto que, por contrario a la Constitución no es ley.

Tal esfuerzo de la jurisprudencia apenas logra incluir bajo la protección del amparo las invasiones de los poderes federales entre sí, quedando sin resolución constitucional los conflictos de dichos poderes con los poderes locales.

El caso segundo se encuentra resuelto por el Art. 105 que otorga a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de las controversias surgidas entre poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos; el conflicto se plantea

por demanda del poder invadido en juicio ordinario del que conoce la Corte Suprema de Justicia en única instancia. La sentencia tiene alcance general sobre la cuestión planteada, pues al definir si los actos de un poder son o no constitucionales, se resuelve implícitamente acerca de la validez de sus actos. Esta es la única excepción al principio de que la declaratoria de inconstitucionalidad solo afecta al caso concreto.-

La insuficiencia del sistema mejicano hace decir a Tena Ramírez: El remedio total y radical de un conflicto de índole constitucional entre la jurisdicción local y la federal no existe en el Derecho Público Mejicano, los esfuerzos que hacen en la práctica para encontrarlo carecen de base constitucional; y concluye: "La solución no la da la constitución, para ello sería necesaria una reforma. Esa reforma no debe aprovecharse del juicio de amparo para resolver con él las querellas constitucionales de los poderes. El amparo tiene su misión propia que no es la de defender la constitución sino la de defender al individuo dentro del orden de la Constitución y fracasaría al querer resolver situaciones generales."

#### SISTEMA ARGENTINO.

Dentro del sistema Argentino de control de la constitucionalidad el recurso de inconstitucionalidad solo puede ser --- planteado al igual que en el norteamericano dentro de un juicio. Esto puede hacerse por vía de acción o de excepción, con el fin de obtener la declaratoria de invalidez de la norma jurídica que

perjudica al impugnante a fin de obtener el reconocimiento judicial de su derecho.

El control es jurisdiccional y es ejercido por el Juez que conoce del caso teniendo esa facultad todos los Jueces sin distinción ninguna, pudiendo como consecuencia de esa facultad declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada y prescindir de su aplicación al resolver el caso.

En cuanto se refiere a la Corte Suprema de Justicia, ésta ejerce el control en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva cuando se interpone directamente ante ella el recurso y por apelación ordinaria en calidad de tribunal de tercera instancia o mediante el recurso extraordinario.

Por la naturaleza propia del control en el Derecho Público Argentino, que solo puede darse dentro de un juicio, está sujeto a las siguientes limitaciones.

- a) Los Jueces no pueden hacer declaraciones en abstracto sino limitarse al caso que conocen. Como consecuencia de ese principio resulta que los Jueces argentinos cuando tienen alguna posibilidad de resolver un caso sin examinar la cuestión de constitucionalidad, deben abstenerse de pronunciarse sobre la legitimidad de la norma cuya validez se impugna pues de lo contrario su pronunciamiento sería inoficioso.
- b) Tampoco están facultados para evacuar consultas fuera de los casos en que deben decidir en el ejercicio de su jurisdicción.
- c) Están inhibidos de ejercer de oficio el control de la consti-

tucionalidad pues solo pueden hacerlo a instancia de parte intersada, debiendo ésta comprobar previamente el interés, el cual debe mantenerse durante toda la tramitación del juicio pues si el interés desaparece antes de dictarse la sentencia definitiva de última instancia, la declaratoria sería inoficiosa porque se pronunciaría en forma abstracta y teórica.

e) La cuestión de inconstitucionalidad planteada debe ser de aquellas que pueden ser debatidas en juicio para que los Jueces puedan decidir las en ejercicio de su función jurisdiccional; por lo tanto es necesario que haya lesión de un derecho garantizado por la constitución y que esa lesión resulte como consecuencia de un acto de los órganos legislativos o ejecutivos superando las limitaciones impuestas a su actividad funcional.

f) No pueden los tribunales examinar la actuación de dichos órganos cuando estos actúan en función política o de gobierno porque esa actuación no puede ser objeto de juicio y además su examen por los Jueces sería incompatible con la separación de poderes.

La legitimidad de las normas solo pueden ser revisadas si la solución del caso depende directamente de la incompatibilidad de dichas normas con la constitución, pues opera a favor de ellas una presunción de legitimidad. De esta presunción se desprende que en caso de duda, los Jueces deben decidirse por la legitimidad de las normas impugnadas.

Además, está vedado a los Jueces "examinar la política legislativa, el criterio observado al crear la norma y si ella es

oportuna o inoportuna, justa, equitativa, conveniente o perjudicial a los intereses públicos, eficaz o ineficaz para alcanzar el objeto propuesto." (Según jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina citado por Ghigliani).

Los Jueces no deciden erga omnes sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, solo se limitan a declarar si la norma se concilia o no con las disposiciones constitucionales.

Como puede verse, el sistema Argentino de Control de la constitucionalidad es bastante restringido en lo que se refiere a las facultades del poder jurisdiccional para ejercitarlo.

#### SISTEMA CHILENO.

El control de la constitucionalidad se ejerce en Chile mediante el recurso de inconstitucionalidad que fué introducido en la constitución de 1925. El Art. 86 inciso 2o. es el que lo establece y dice: "La suprema Corte, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal podrá declarar inaplicable, para ese caso cualquier precepto legal contrario a la constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación." "Alessandri y Somarriba definen el recurso de inconstitucionalidad: "Como aquél que tiene por objeto conseguir que la Corte Suprema declare inaplicable en juicio determinado, cierto precepto legal que se estima contrario a la Constitución." La declaración de inconstitucionalidad solo pro-

duce efectos para el caso concreto sometido a la decisión de la Corte Suprema. Y por lo tanto el acto que se tacha de inconstitucional sigue rigiendo en la República con el calificativo de ley, que es el que debe llevar en virtud de la presunción que envuelve su promulgación.

El recurso debe entablarse ante la Corte Suprema y puede conocer de él a petición de parte o de oficio.

La Jurisprudencia Chilena ha resuelto que las partes solo pueden solicitar el recurso de inaplicabilidad a la Corte Suprema cuando el asunto está ante otros tribunales diversos de aquél. Cuando dicho asunto está ventilándose en la Corte, los partes carecen de esta facultad y solo de oficio puede la Corte Suprema declarar inaplicable un precepto por inconstitucional.-

Requisitos para poder entablar el recurso de inaplicabilidad. 1) Debe existir un asunto sometido al fallo de un Tribunal cual quiera que sea su jerarquía y la naturaleza del juicio. 2) El recurso ha de interponerse mientras el juicio esté pendiente. 3) Es preciso que se objete de inconstitucional una ley que se pretende aplicar incluyéndose dentro del término ley los decretos, reglamentos u ordenanzas aunque esta opinión es muy discutida e incluso ha dado lugar a jurisprudencia contradictoria de la Corte. Suprema.

Cuando la Corte Suprema considera inconstitucional el precepto impugnado lo declara inaplicable y en este caso, el Juez que conoce del asunto debe abstenerse de su aplicación y resolver el juicio en conformidad con otra ley que resuelva el caso si la-

hay, o conforme a la equidad si no existe otra ley que sea aplicable. Pero la competencia de la Corte se limita a declarar la inaplicabilidad de la ley impugnada quedando en libertad el tribunal de aplicar la ley que estime conveniente, sin que al máximo tribunal pueda ordenarle nada en ese sentido.

EFFECTOS.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal produce el efecto de dejarlo sin aplicación en el juicio en -- que se interpone el recurso.

El precepto objetado sigue rigiendo, mientras no se derogue, y a él deberán conformarse los pleitos correspondientes si -- en cada caso no se invoca el recurso de inconstitucionalidad y no se obtiene la declaratoria de inaplicabilidad.

CAPITULO IV

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO  
PUBLICO SALVADOREÑO.

1- EL CONCEPTO DE GARANTIA. 2- EVOLUCION HISTORICA DE NUESTRO SISTEMA.- 3- ALCANCES DE NUESTRO CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. 4- VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD. 5- FORMA DE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD. 6- CONCLUSION.

EL CONCEPTO DE GARANTIA.

De lo dicho hasta aquí se desprende que el ideal en un sistema democrático constitucional -en el que toda la vida del Estado debe estar sometida al imperio del Derecho- es mantener incólume la Ley fundamental mediante el aseguramiento del principio de supremacía de la Constitución respecto a la legislación secundaria. Más, como sería utópico esperar que los poderes constituidos respetaran en todo momento la constitución sin necesidad de que existan medios jurídicos para hacer efectivo ese respeto, es imprescindible la existencia dentro del orden jurídico de cada país, de medios de Derecho más o menos eficaces e idóneos, tendientes a hacer prevalecer la Constitución sobre la actividad de los órganos estatales; es decir, el mero derecho declarado, existe la necesidad de agregar en el sistema jurídico, la garantía de ese derecho.

Por ello el concepto de garantía es de suma importancia en esta cuestión ya que un derecho sin una garantía práctica y eficaz que permita la reparación del derecho infringido no es más que

una declaración teórica y por lo tanto, carente de valor. De ahí que para cada derecho consagrado por la constitución se hace necesaria la existencia de un medio que permita el agraviado por la violación de tal derecho, reclamar ante la instancia correspondiente el respeto por parte del órgano que ha cometido la violación dejando sin efecto los actos contrarios a la ley constitucional.-

Sánchez Viamonte el autor argentino ya citado define la garantía como sigue: "Garantía es la institución creada en favor del individuo, para que armado con ella pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política." A continuación el citado autor afirma que "Todo derecho consagrado en la Constitución debe tener su correspondiente garantía para que sea efectivo mediante una acción institucional o de derecho público."

Con base en lo dicho por el citado autor es fácil ubicar dentro del concepto de garantía antes transcrito, los medios jurídicos de que hablamos. Debe advertirse sin embargo que solo merece el nombre de garantía la institución jurídica que constituye el amparo máximo de un derecho y este amparo debe ser siempre un amparo práctico de derecho, pues no podría llamársele garantía si aún queda al alcance de la iniciativa individual un campo de mayor jerarquía. Por eso garantía es en definitiva, "el amparo o protección jurídica que la sociedad ofrece al individuo para segu

rar la efectividad de algún derecho. Las garantías han sido creadas para dar a la Constitución una defensa concreta y práctica, en los casos particulares en que resulta afectada la vigencia y, también la supremacía constitucional.-"

"La aparición del término" garantía en el vocabulario del derecho público corresponde exactamente al reconocimiento de la persona humana como titular de la libertad y de los derechos que la forman." (ob. cit.) Las garantías a que nos referimos en particular, tal como antes lo hemos expresado, son aquellas que tienden a preservar la Constitución de las violaciones por parte de la actividad legislativa y de la aplicación abusiva por parte de los órganos del ejecutivo, de disposiciones o normas dictadas en contravención a la ley suprema. Por eso cuando un acto legislativo y por consiguiente normativo afecta la existencia de un derecho reconocido por la Constitución, la garantía consiste en la acción que permite al titular del derecho exigir una declaración de inconstitucionalidad por parte del órgano al que se ha encomendado la defensa de la constitución que en la generalidad de los Estados es el Poder Judicial.-

Esta reclamación de inconstitucionalidad contra cualquier ley reglamento ordenanza, edicto, etc. constituye una garantía para la defensa del derecho en si mismo y vale por igual contra toda norma que afecte derechos individuales, sean de la personalidad o del patrimonio.-

La acción de inconstitucionalidad puede estar dirigida a la defensa de la libertad como a la defensa del patrimonio. En ambos casos la garantía es de la misma naturaleza pues su carácter institucional sirve para la protección de cualquier derecho con idéntica eficacia pues su objeto es obtener la caducidad de la norma legislativa o por lo menos la invalidez de su aplicación al caso en litigio.-

El estudio de su evolución histórica nos permite afirmar que en un principio los medios de protección jurídica a que nos referimos se contrajeron a la libertad personal -el habeas corpus es el ejemplo más importante- pero poco a poco se fueron haciendo extensivos a otros derechos del hombre tales como la propiedad. Dicha extensividad alcanzó su máximo grado cuando llegó a abarcar la legalidad como garantía individual. Puede decirse que el respeto al principio de legalidad es la máxima conquista de la democracia en el campo jurídico.

Esto no podría ser de otro modo en un régimen de derecho, pues si al órgano legislativo le fuera permitido jurídicamente expedir normas legales a discreción sin ceñirse para ello a una regla superior se caería en el despotismo legislativo más absoluto, el cual sin restricciones ni frenos de ninguna clase, podría eliminar por su propia voluntad el régimen constitucional. Es preciso entonces que la constitución se encuentre a salvo de todos los actos que atentan contra ella provenientes de los poderes del Estado,

bien sean estos legislativos, ejecutivos o judiciales y el medio-encargado de hacer efectiva esa seguridad debe proceder contra -- todos ellos.-

Como hemos visto, tanto la doctrina como los sistemas - que hemos examinado, aceptan de manera unánime el control de la-constitucionalidad por parte del Poder Judicial pues la experien- cia ha demostrado la superioridad de éste sobre el control de la- misma ejercido por órgano político.-

Nuestro país acepta naturalmente esta forma de control- habiendo adoptado tal sistema desde que apareció por primera vez- en nuestro Derecho Constitucional el control de la Constituciona- lidad y es que como dice Tena Ramírez refiriéndose a la opinión- sustentada por Houriou sobre esta cuestión: "confiar al órgano -- judicial la defensa de la constitución es algo que parece emanar- de la naturaleza misma de aquel órgano." Si el Juez es el encar- gado de aplicar a los casos concretos las reglas de derecho y si- en esta función debe elegir entre la ley antigua y la ley nueva - entre la ley nacional y la extranjera, no hay razón para impedir- que prefiera entre dos disposiciones de distinta categoría es de- cir entre la constitución y la ley, entre la ley y el reglamento."

Pero el control directo o por vía de acción (Art.96) es el que consite en promover ante un órgano especial mediante un pro cedimiento también especial el juicio que tiene por objeto exclu- sivo y directo la defensa de la constitución.-

La conveniencia de que ese órgano especial sea el judi

cial está determinada por varias razones: en primer lugar es preciso que quien va a determinar sobre tan importante materia posea los conocimientos jurídicos necesarios; en segundo, que tenga la suficiente autonomía e imparcialidad para juzgar y la suficiente autoridad moral para que su decisión sea aceptada por los otros poderes. Es claro que tales cualidades las reúne solamente el órgano judicial. No puede desconocerse desde luego que todo juicio de índole constitucional tiene necesariamente que tocar aspectos políticos y que se corre el riesgo de complicar a la administración de justicia en cuestiones políticas que son verdaderamente peligrosos para la justicia, pero aún así, tal riesgo no es un argumento lo suficientemente poderoso como para privar al órgano judicial de dicha facultad, pues repetimos, que la experiencia ha demostrado ser la mejor solución.

#### EVOLUCION HISTORICA DE NUESTRO SISTEMA.

El control de la constitucionalidad en nuestro derecho Público aparece en la constitución de 1885; más como dicha constitución no tuvo una vigencia efectiva, debe decirse que realmente apareció en la célebre constitución de 1886. La de 1885, sin embargo, tiene alguna importancia pues sirvió de base a la del 86 - que adoptó su mismo texto a excepción de algunos pequeños cambios que le introdujo en su redacción. El Art. 38 de la Constitución del 85 decía textualmente: "Art. 38.- Toda persona tiene derecho de solicitar y obtener el amparo de la Corte Suprema de Justicia- o Cámara de 2a. Instancia, cuando cualquiera autoridad o indivi-

duo le restrinja su libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución. Una ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo este derecho." El Artículo transcrito pasó a la constitución de 1886 casi en idéntica forma, pues fuera de unos cambios - sin importancia como decir "pedir" en vez de solicitar fué incorporado a la expresada Constitución en el Art. 37 de la misma. La Ley especial que en el citado artículo se menciona fué la Ley de Amparo correspondiente. El Art. 2o. de la expresada ley de Amparo decía: "La demanda de amparo tendrá lugar contra los actos o providencias de cualquier autoridad o funcionario que viole las garantías individuales, ya sea por si o en cumplimiento o de una orden superior o de una ley." Como puede apreciarse, se trata de una forma muy incipiente de control de la constitucionalidad, pero no por ello deja de ser de gran trascendencia para nuestro derecho público puesto que representaba un gran adelanto con respecto a las constituciones precedentes.-

Llama la atención que tal control surgió en la forma del amparo lo que sin duda se debió a la influencia del Derecho Mejicano en tal constitución. Esa influencia se hace más visible al leer el Art. 3o de dicha ley pues dicho artículo dice: en su inciso 2o. "La sentencia será siempre tal que se concrete a personas naturales o jurídicas limitándose a protegerlas o ampararlas en el caso especial a que se contrae el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o el acto que lo motiva." -

Tal principio es reforzado aún más con el Art. 23 de la misma que dice: "La sentencia de amparo solo produce efecto en el juicio en que se hubiere pronunciado."

Como puede verse, el amparo tal como se encontraba en la Constitución de 1886, si bien podía servir para impugnar una ley inconstitucional no era un verdadero control de la constitucionalidad puesto que para que pudiera ejercerse se necesitaba al igual que en el sistema Mexicano que el acto o providencia de la autoridad o funcionario violara una garantía individual respecta a una persona determinada y solo esta persona podía reclamar de tal acto y la resolución dictada solo tenía valor para el caso específico, por lo que más que de proteger la constitución se trataba de proteger el derecho individual ya que la ley inconstitucional no sufría ninguna mengua en su vigencia pudiendo aplicarse a quien no reclamara de ella.

En la constitución de 1939 encontramos ya un caso de verdadero control constitucional de la función legislativa. En efecto, en el Art. 112 numeral 13o. de dicha Constitución se establece como atribución de la Corte Suprema de Justicia la siguiente: Declarar si son o no constitucionales los proyectos de ley en el caso del Art. 82 de esta Constitución y la ineficacia de los reglamentos del ejecutivo en cuanto invadan las atribuciones y facultades de los otros poderes." El Art. 82 a que el citado numeral se refiere, expresa: "Cuando la devolución (de un proyecto de-

ley) sea porque el Poder Legislativo lo ratificare en la forma establecida en el artículo que antecede inciso tercero, deberá el ejecutivo dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, dentro del tercer día y esta última oyendo las razones de ambos poderes, decidirá si es o no constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si la decisión fuera por la constitucionalidad el Poder Ejecutivo estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley.

Lo preceptuado en tales disposiciones confiere ya a la Corte suprema de Justicia un verdadero control de la Constitucionalidad aunque debe observarse que tal control puede solo ejercitarse a iniciativa del Poder Ejecutivo cuando la ley "inconstitucional" no es todavía una ley perfecta pues no ha concluido el proceso legislativo. Esa atribución existe en la constitución de 1950 en -- el Art. 52.-

En cuanto a la inaplicabilidad el Art. 128 de la Constitución de 1939 decía: Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales declarar la inaplicación de ---- cualquier Ley o disposición de los otros poderes, contraria a los preceptos constitucionales, en los casos en que se tenga que pronunciar sentencia." El siguiente Artículo regulaba el amparo contra leyes introducido por el constituyente de 1886, pues expresaba el Art. 129: "Podrá también entablarse ante la Corte Suprema de -- Justicia el recurso de amparo fundado en la inconstitucionalidad-- de una ley que se refiere a asuntos no ventilables ante los tribu-

nales, por su aplicación en un caso concreto y por toda persona a quien se perjudique en sus legítimos derechos."

De la lectura de los Artículos transcritos se nota la ampliación que experimentó al amparo, pues de la forma un tanto restringida de 1886 se pasó a una forma lo suficientemente amplia, en la que la Corte Suprema de Justicia adquiere una competencia más precisa respecto a su facultad de control de la constitucionalidad.

Sin embargo de la atribución expresa de dicha facultad a nuestro máximo tribunal, el fallo de la Corte Suprema quedaba siempre limitado al caso concreto por el cual se había impetrado la declaratoria de inconstitucionalidad, pues si bien se admitía el amparo contra leyes, sus efectos regían nada más para el caso concreto en que el recurso se interponía, circunstancia que viene a ser confirmada por las correspondientes disposiciones de la ley de Amparo. En efecto en el artículo 2o. de la expresada ley se decía: "El juicio de amparo tiene por objeto: 2o.- declarar que una ley no es aplicable en el caso contemplado por el Art. 129 de la Constitución."

Finalmente el Artículo 16 de dicha ley era más explícito aún ya que en la parte final del inciso lo.) preceptuaba que: "la sentencia se concretará a conceder o negar el amparo impetrado sin ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motiva. A continuación el inciso 2o.) expresaba: "Si se tratara del caso comprendido en el Art. 129 de la Constitución, la

Corte Suprema de Justicia resolverá sobre la existencia de la inconstitucionalidad de la ley que motiva el recurso declarando al mismo tiempo, no ser aplicable dicha ley al caso concreto."

Por la forma en que se encontraban redactadas las disposiciones en referencia, claramente se ve que se trataba en cuanto a sus efectos, del mismo recurso de inaplicabilidad para el cual se disponía de dos formas distintas de interponerlo: a) dentro de un juicio según lo dispuesto en el Art. 128, tal como se encuentra establecido actualmente en el Art. 95; y b) interponiendo el recurso de amparo cuando se tratara de asuntos no ventilables antes los tribunales. En ambos casos, las consecuencias que producía la sentencia eran las mismas.

En las reformas de 1944, las disposiciones de la Constitución relativas a la inaplicabilidad sufrieron modificaciones en caminadas a volver ineficaz en ciertos casos el recurso de inaplicabilidad.

Esto sucedía cuando dicho recurso se interponía contra leyes dictadas en cumplimiento de preceptos expresos contenidos en esa constitución pues de conformidad con el Artículo 57 de la misma se establecía: "Ningún poder, autoridad ni persona podrá restringir, alterar o violar las garantías constitucionales, sin quedar sujeto a la responsabilidad que establezcan las leyes; sin embargo las leyes y disposiciones que se dicten en cumplimiento de preceptos expresos contenidos en esta constitución, no se entenderán, en ningún caso, como restricción, alteración o violación de las garantías constitucionales."

Al Art. 128 se le agregó un inciso que decía: Este artículo no podrá aplicarse cuando se trate de las leyes y disposiciones a que se refiere la segunda parte del inciso primero del Art. 57, o disposiciones dictadas en virtud de las facultades extraordinarias concedidas con base en el Art. 77 de esta Constitución.

Casi el mismo agregado se hizo al Art. 129 pues rezaba: "Este recurso no procederá cuando se trate de las leyes a que se refiere la segunda parte del inciso primero del Art. 57 de esta Constitución." Por medio del Art. 77 la Asamblea podía conceder facultades extraordinarias al presidente para resolver discrecionalmente los problemas económicos, políticos y sociales que se le presentaran y dictar las disposiciones que las circunstancias reclamaran.

En otras palabras, en tales circunstancias para el caso del Art. 57 se establecía una verdadera presunción de derecho a favor de la constitucionalidad de las leyes o disposiciones dictadas con base en dicho artículo, y se daba al presidente poderes ilimitados para dictar disposiciones o leyes o para ejercer tales facultades extraordinarias.-

Tal absolutismo constitucional solo puede explicarse en un país en que el ejecutivo tiene de hecho tanto poder que viene a ser en determinadas circunstancias la personificación de la soberanía sin que las limitaciones impuestas por la constitución tengan ningún valor práctico, y ni siquiera su texto está a salvo de modificaciones arbitrarias. Afortunadamente tales reformas aproba--

das el veinticuatro de Febrero de 1944 tuvieron una vigencia muy breve pues formalmente duró esa vigencia hasta el 14 de Julio del mismo año, fecha en que se juró el retorno a la Constitución de 1886 y en la práctica su vigencia terminó con la caída del General Martínez el 9 de Mayo de dicho año.-

La Constitución de 1886 fué reformada en 1945 habiéndose incluido en el Art. 110 tanto la inaplicabilidad como el recurso de amparo en la forma en que dichas instituciones se encontraban redactadas en la Constitución de 1939. El Artículo en cuestión decía: "Dentro de la potestad de administrar justicia corresponde a los Tribunales declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición de los otros Poderes, contraria a los preceptos constitucionales, en los casos en que se tenga que pronunciar sentencia. Podrá también entablarse ante la Corte Suprema de Justicia el recurso de amparo fundado en la inconstitucionalidad de una ley que se refiera a asuntos no ventilables ante los Tribunales, por su aplicación en un caso concreto y por toda persona a quien se perjudique en sus legítimos derechos."

En resumen puede decirse que se disponía en las constituciones anteriores a la vigente de dos maneras de control de la -- constitucionalidad, el recurso de inaplicabilidad en aquellos casos en que los Tribunales tuvieran que pronunciar sentencia y el amparo cuando se tratara de asuntos no ventilables ante los tribunales. En ambos casos sin embargo, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley o disposiciones atacadas e-

ran los mismos pues sus efectos se limitaban a declarar inaplicable al caso concreto la ley o disposición impugnada.

En la Constitución de 1950 se opera un cambio fundamental pues se introduce una institución independiente en el Art. 96 cuyo tenor es: "La Corte Suprema de Justicia será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes decretos y reglamentos en su forma y contenido de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano." La inaplicabilidad se mantiene igual en esencia a como se encontraba en las Constituciones de 1939 y 1945.

Cabe preguntarse cuáles fueron las razones que indujeron al constituyente de 1950 a abandonar el procedimiento del amparo para impugnar las leyes contrarias a la Constitución adoptando -- un sistema novedoso y sobre todo, dar a la Corte Suprema un poder cuyos alcances quizá no han sido lo suficientemente evaluados hasta hoy pero que como veremos más adelante convierten al Poder Judicial en un Poder supremo dentro del Estado.--

Con tal objeto hemos examinado la exposición de motivos del proyecto de la actual constitución y no encontramos en ella -- una explicación a la introducción de cambios tan trascendentales-- pues con respecto al Art. 95 se dijo solamente: "Desde el punto de vista de los principios jurídicos esta disposición puede decirse que sobra ya que dentro de la potestad de administrar justicia -- queda implícita. Los Jueces tienen que dar preferencia a la Constitución." Tal afirmación de la comisión nos parece un tanto pre

citada, pues si bien es cierto que la Constitución es superior a las leyes ordinarias, no debe olvidarse que existe a favor de estas una presunción de legitimidad y los tribunales no pueden arrogarse oficiosamente una facultad que los convierte en controladores de la actividad legislativa; por lo tanto, y no existiendo entre nosotros una tradición en ese sentido de carácter jurídico fundada en el derecho consuetudinario tal como sucede en el derecho anglosajón, la disposición aludida es necesaria.

El Art. 96 se encontraba redactado en la misma forma que como aparece en el texto constitucional con la diferencia de que no tenía la frase "Y podrá hacerlo". Sobre dicha disposición, no obstante representar un cambio tan importante, la comisión, se limitó a decir: "Este artículo se funda en el 194 del anteproyecto. Prevee un caso de mayor importancia que el anterior. En efecto allá se resuelve la inconstitucionalidad para casos particulares, de aplicación en el asunto controvertido solamente. Aquí se trata de una declaración de inconstitucionalidad de efectos generales y obligatorios de manera que una vez hecha todos los tribunales deben plegarse a ella. Por eso solo corresponde a la Corte Suprema de Justicia."

"El artículo 193 del anteproyecto no se acepta porque la Corte puede usar de la facultad que allí se le concede, fundándose en otras disposiciones del proyecto. Está aceptado el juicio de amparo y el de inconstitucionalidad, de modo que en aquél puede declararse la mencionada inconstitucionalidad. El amparo -

que quiere establecer este proyecto, y que será reglamentado en la ley constitucional correspondiente, procederá en los casos de violación a ciertos derechos fundamentales, incluyendo el caso en que esta violación se realice con base en una ley secundaria contraria a la Constitución". El Art. 193 del anteproyecto a que se refiere el informe se encontraba redactado en la forma siguiente: "Podrá también entablarse ante la Corte Suprema de Justicia por toda persona a quien se perjudique en sus derechos, el recurso de amparo contra cualquier autoridad que trate de aplicar o aplique una ley inconstitucional, en casos no ventilables ante los tribunales comunes." Nos parece muy atinadas las razones que expresó la comisión para rechazar tal disposición pues efectivamente era innecesaria.

En la discusión que la Asamblea Constituyente llevó a cabo sobre el título respectivo no hubo discusión alguna sobre los Arts. 95 y 96 por lo que fueron aprobados en la forma en que se encontraban redactados en el proyecto, y la frase "y podrá hacerlo" fué introducida sin duda por la comisión de estilo ya que aunque varios artículos fueron reconsiderados después de su aprobación, dicho artículo no fué comprendido en la reconsideración.

Esta es a grandes rasgos la evolución histórica que ha experimentado el control de la Constitucionalidad en nuestro orden jurídico. Como antes hicimos notar, no encontramos en los documentos históricos de la constitución de 1950 las razones que indujeron al constituyente a pasar de la inconstitucionalidad con

efectos limitados al caso concreto, a la inconstitucionalidad con efectos generales y obligatorios para todos los tribunales, lo -- que equivale prácticamente a una verdadera derogatoria de la ley o disposición considerada inconstitucional. No sabemos tampoco-- de que constitución se tomó tal sistema pues de las constitucio-- nes americanas solamente la cubana de 1940 contiene una declara-- ción similar pero la acción popular a que da lugar solo puede ejer-- cerse por veinti-cinco ciudadanos como mínimo.

En la Constitución Suiza existe también un sistema se-- mejante pues los fallos de la Corte Suprema producen efectos gene-- rales con la diferencia de que la Corte conoce como instancia su-- perior en los juicios y no en virtud de una competencia especial.

ALCANCES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad com-- prende en principio, el examen de todos los actos y hechos de los órganos estatales que contengan violaciones a la Constitución. En consecuencia la competencia del órgano encargado del control, no-- se reduce únicamente al examen de las normas jurídicas y mucho -- menos a las emitidas por el Poder Legislativo.

Por ello cabe preguntarse si quedan incluidos ciertos ac-- tos de carácter normativo tales como los tratados internacionales. Es indudable que en nuestro derecho quedan incluidos pues aunque el Art. 96 no lo diga expresamente el Art. 8 dice que "ninguno de los poderes constituidos podrá celebrar o aprobar tratados o con-- venciones en que de alguna manera se altera la forma de gobierno--

establecido, o se menoscabe la integridad del territorio o la soberanía del Estado". Además de los casos expresados en dicho artículo, procedería la declaratoria de inconstitucionalidad respecto a cualquier tratado que contuviera violaciones a las disposiciones constitucionales. Por otra parte, el tratado tiene como emanación de la voluntad soberana, las características de la ley en su aspecto formal y material y en nuestro derecho los tratados no se encuentran equiparados a la constitución como acontece en la constitución de Estados Unidos y de otros estados que lo han tomado de modelo.-

Los actos del Poder Legislativo están sometidos al control jurisdiccional pues las leyes dictadas por él en uso de sus atribuciones son el objeto primordial de dicho control. De la misma manera, quedan comprendidos bajo el control los actos del Poder Ejecutivo, especialmente cuando éste actúa en uso de su potestad reglamentaria, pues en virtud de esta potestad puede dictar diferentes clases de disposiciones entre las que podemos distinguir los siguientes:

- a) Decretos o reglamentos de ejecución;
- b) Decretos o reglamentos por delegación;
- c) Decretos o reglamentos autónomos;y,
- d) Decretos leyes.

Con respecto a los primeros, tal facultad está establecida en el Art. 78 Cn. numeral 15 donde se dice que corresponde al Poder Ejecutivo: "Decretar su reglamento interior y los que fue--

ren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde.

El caso de los decretos o reglamentos por delegación se encuentran expresamente prohibidos en nuestra constitución pues - el Art. 4o. expresa: El Gobierno se compone de tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial que actuarán independientemente - de sus facultades, las cuales son indelegables y colaborarán en el ejercicio de las funciones públicas."

En cuanto a los Reglamentos autónomos tal facultad se -- desprende del mismo Art. 78 No.15 así como el Art. 75.

Finalmente en lo que se refiere a los decretos leyes, tam poco tiene el Ejecutivo facultades en este sentido pues tales decretos se dictan en situaciones de emergencia a condición de ser aprobados posteriormente por el Poder Legislativo y nuestra constitución prohíbe tales decretos pues dice el Art. 80: "Todos los decretos, ordenes y resoluciones que el Poder Ejecutivo emita excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nu-- las y no deberán ser obedecidas aunque se den a reserva de some-- terlas a la aprobación del Poder Legislativo."

Puede decirse por tanto que en todos los casos en que el Ejecutivo emita decretos o reglamentos por delegación o decretos-leyes, sobre materias de la competencia del Poder Legislativo, es tos están viciados de inconstitucionalidad y caen bajo el control jurisdiccional.

Quedan incluidos asimismo los actos administrativos y -

las ordenanzas municipales aunque para los primeros el medio de de fensa es el recurso de amparo que también es una forma de control.

Con respecto a los actos del Poder Judicial, no existe - en nuestra Ley fundamental disposición alguna que conceda a la Cor te la Facultad Legislativa o reglamentaria y no podría ser atacada de inconstitucionalidad por sus actos en ese sentido pues la única actividad legislativa consiste solamente en que puede dictar su re glamento interno. Por lo tanto, éste sería el único caso en que - cualquier disposición de dicho reglamento contrario a la Constitu- ción caería bajo el control. Por lo que toca a los actos ejecuta- dos dentro de la administración de justicia, el agravio es repara- ble dentro del mismo procedimiento por el Tribunal que aplicare -- una norma inconstitucional mediante el recurso de inaplicabilidad, haciendo uso del recurso de apelación en los casos en que procede y en último término interponiendo el recurso de casación por la - misma causa.-

#### VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La norma jurídica puede ser afectada por el vicio de in- constitucionalidad en dos formas: a) cuando por su objeto viola una prohibición expresa o tácita contenida en la Constitución o cuando el órgano carece de competencia para crearlos. b) cuando teniendo una competencia no se ajusta al procedimiento establecido por la - misma Constitución.-

En los dos primeros casos se trata de una inconstitucio- nalidad material o substancial o de fondo. En el tercer caso, es

decir cuando no se ha observado el procedimiento exigido para la creación de la norma, la inconstitucionalidad es formal. La incompetencia del órgano puede ser absoluta o relativa según si no se tiene ningún poder normativo o si se tiene pero no para crear la norma específica de que se trata.

La inconstitucionalidad puede ser total o parcial según afecte a la totalidad o a una parte del acto normativo.

Finalmente, dicha inconstitucionalidad puede ser manifiesta o no manifiesta. La primera se da cuando basta comparar la norma jurídica con las disposiciones de la Constitución para que resulte la contradicción y es no manifiesta cuando hace falta una investigación de hecho consultando el espíritu de la Constitución para que aparezca la oposición.-

Como hemos venido repitiendo, en nuestro derecho la inconstitucionalidad puede ser atacada de dos maneras, por medio del recurso de inaplicabilidad dentro de un juicio pueden ser atacadas las leyes y disposiciones de los otros poderes, contrarios a los preceptos constitucionales. ¿Pueden ser atacadas esas leyes y disposiciones tanto en el fondo como en la forma? -- Creemos que solo puede atacarse por medio de ese recurso la inconstitucionalidad de fondo ya que en uso de la facultad concedida por el Art. 95 los tribunales no están autorizados para examinar el proceso legislativo ni la competencia del órgano que ha dictado la norma y porque además, tal facultad está reservada de manera expresa a la Corte Suprema de Justicia pues el Art. 96 lo dice cla

ramente: "La Corte Suprema de Justicia será el único Tribunal --- competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes --- decretos y reglamentos, en su forma y contenido.-

De lo preceptuado en tal disposición se infiere que la - inconstitucionalidad formal de las leyes decretos y reglamentos - solo puede ser declarada por la Corte Suprema de Justicia median- te el juicio de inconstitucionalidad. Debe advertirse que es di- fícil en la práctica que tal especie de inconstitucionalidad lle- gue a producirse en nuestro medio, pues de conformidad con el Art. 52, la Corte Suprema tiene intervención en el proceso legislativo cuando el Poder Ejecutivo considera inconstitucional un proyecto- de ley y, además, de conformidad con el Art. 60 siempre que un -- proyecto de ley que no proceda de iniciativa de la Corte Suprema- de Justicia, tenga por objeto interpretar, reformar o derogar --- cualquiera de las disposiciones contenidas en los Códigos de la - República no podrá discutirse sin oír previamente la opinión de - aquél Tribunal.-

Es claro que tales disposiciones no comprenden todas -- las normas dictadas por el Poder Legislativo pues la última se re- fiere únicamente a los Códigos y en la primera, podría suceder -- que el Ejecutivo no reparara en la inconstitucionalidad y diera - su aprobación a una ley que adoleciera de tal vicio, pero tal pro- babilidad no deja de ser por ello un tanto remota en la práctica.

#### FORMA DE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD.

La inconstitucionalidad puede ser planteada en nuestro

Derecho de dos formas diferentes: a) mediante el recurso de inaplicabilidad; y b) mediante el juicio de inconstitucionalidad.

El primero es un medio de control indirecto pues solo puede ser planteado dentro de un juicio. Por la forma que está redactada la disposición pertinente, todos los Jueces cualquiera que sea su jerarquía son competentes para conocer de tal recurso pues dice: "corresponde a los tribunales"; basta por ello que tengan que pronunciar sentencia para que estén facultados para declarar inaplicable cualquier ley que a su juicio sea contraria a los preceptos constitucionales. Debe hacerse notar que nuestras leyes procesales no reglamentan el trámite que deba seguirse cuando se interpone el recurso en cuestión, pero en vista de que el artículo hace mención de que "en los casos que se tenga que pronunciar sentencia," podría perfectamente sostenerse que tal declaración debe hacerse siempre en la sentencia definitiva. Tal circunstancia es confirmada por la Ley de Casación pues en el Art. 10. No. 3 de la misma se establece que tendrá lugar el recurso de casación "También contra las sentencias definitivas de Primera Instancia a las que la ley niega apelación, cuando en ellas se haya aplicado una ley inconstitucional." El Art. 30. de la citada ley dice: "el recurso por infracción de ley o de doctrina legal tendrá lugar. 2o. Cuando en la sentencia se haya aplicado una ley inconstitucional y en el caso de la parte final del numeral tercero del Art. 1o.-

Podemos concluir entonces que la declaratoria de inaplicabilidad deben hacerla los tribunales en la sentencia definitiva. Si no la hacen y aplican la ley inconstitucional, las partes disponen según el caso, del recurso de casación cuando se trata de sentencia definitiva que no admite apelación o de este último recurso en cuyo caso pueden alegar la inaplicabilidad en segunda instancia y si en ésta no se reconoce la inconstitucionalidad de la ley o disposición impugnada, pueden interponer el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia con base en el numeral 2o. del Art. 3o.-

Otra conclusión que puede sacarse respecto a la inaplicabilidad es que se trata de un medio de control indirecto; ésta puede plantearse sólo como excepción y en cualquier estado del juicio antes de la sentencia y produce efectos particulares, es decir, solamente en el caso concreto en que se interpone.

El segundo, o sea el juicio inconstitucionalidad es un medio de control directo pues está dirigido concretamente a atacar la validez de las leyes decretos y reglamentos en su fondo y en su forma, a fin de obtener una declaratoria con efectos generales. Al respecto ha dicho la Corte Suprema: "Presupuestos de la acción de inconstitucionalidad. El proceso de inconstitucionalidad se ha instituido con el objeto de que los principios, de rechos y obligaciones establecidas por la constitución política no puedan ser alteradas por las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido. De los Arts. 96 y 221 de la Constitución-

Política se deducen los presupuestos básicos de la acción de ---  
inconstitucionalidad, a saber: a) que la ley, decreto, reglamen-  
to cuya inconstitucionalidad se reclama esté en oposición o cla-  
ramente altere los principios, derechos y obligaciones que consa-  
gra, reconoce u otorga la Constitución Política". (Sentencia pro-  
nunciada en el juicio de inconstitucionalidad promovida con moti-  
vo de las reformas o la ley de la Compañía Salvadoreña del Café).

El procedimiento que permite poner en movimiento tal es-  
pecie de control está contemplado en el Título II de la Ley de --  
Procedimientos Constitucionales, no vamos a entrar a comentar --  
todo el articulado de la expresada ley porque además de que se tra-  
ta de un procedimiento de naturaleza breve y sencilla que no ofre-  
ce mayores problemas, nuestro propósito no ha sido desarrollar el  
aspecto procesal del tema escogido. Por ello, de tales disposi--  
ciones transcribimos únicamente el Art. 10 por ser de suma impor-  
tancia lo que dicho artículo contiene, pues en esa disposición se  
determinan los efectos y alcances que tiene la declaratoria de --  
inconstitucionalidad." Art. 10. La sentencia definitiva no admi-  
tirá ningún recurso y será obligatoria, de un modo general, para-  
los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y pa-  
ra toda persona natural o jurídica. Si en la sentencia se declara  
que en la ley decreto o reglamento no existe la inconstitucionalid-  
ad alegada ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarlos -  
so pretexto de las facultades que conceden los artículos 95 y 211  
de la Constitución Política". De la última parte del artículo --

transcrito se concluye que una vez declarada sin lugar la petición de inconstitucionalidad de una ley, está queda firme y tal declaratoria tiene también efectos generales y obligatorios para todos -- los tribunales de la misma manera que cuando se declara la inconstitucionalidad.

Una cuestión que hemos mencionado a la ligera y que conviene aclarar un poco más es la que se refiere al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; dijimos atrás que esta podía interponerse por vía de acción y de excepción. Respecto a la primera -- vía, esto es, un régimen de control jurisdiccional por vía de acción, su funcionamiento se desarrolla en forma de verdadero proceso judicial, con sus respectivas partes integrantes, y en el que -- el actor, o sea el afectado por el acto violatorio del orden constitucional persigue como objetivo la declaración de inconstitucionalidad del mismo, que debe dictar una autoridad distinta de la -- responsable. Debe hacerse notar que el criterio antes expuesto responde a la mayoría de los sistemas de control pues como hemos visto estudiando los sistemas norteamericano<sup>o</sup>, mejicano, argentino y -- chileno, es necesario haber sufrido el agravio para poder ejercitar la acción de inconstitucionalidad. En cambio, en nuestro juicio de inconstitucionalidad no es preciso que quien interponga el recurso se considere directamente agraviado, pues cualquiera puede ejercer la acción de inconstitucionalidad.

A diferencia de ese sistema en que la expresada declaración de inconstitucionalidad se pide en forma de demanda, en el ré

gimen de control por vía de excepción, la impugnación a la ley o acto violatorio no se hace directamente ante una autoridad judicial -- distinta sino que se lleva a cabo a título de defensa en un juicio-- previo en el que uno de los litigantes invoca la ley que se reputa-- inconstitucional y que el Juez del conocimiento ha aplicado. En consecuencia el ejercicio del control no asume la forma de juicio sui-generis sino que se traduce en una mera defensa alegada por uno de los litigantes en un proceso cualquiera, siendo por ende la misma - autoridad judicial la que reconoce la inconstitucionalidad de la ley y del acto correspondiente. Este es el caso de nuestro recurso de inaplicabilidad ya que es el Juez o tribunal encargado de pronunciar sentencia el que debe abstenerse de aplicar la ley o disposición inconstitucional y en caso de no hacerlo, el afectado dispone de los recursos del derecho común.

De lo antes expuesto surge una pregunta ¿Es la inconstitucionalidad contemplada en el Art. 96 un recurso strictu sensu o un juicio propiamente dicho en el sentido que comúnmente se atribuye a esta idea? A primera vista podría pensarse que es indiferente la - manera como se le denomine pero desde el punto de vista doctrinal - es de suma importancia determinar su verdadera naturaleza pues el - diverso nombre de juicio o recurso con que se designa a ese medio de control, será el efecto del análisis jurídico que se emprende sobre el particular.-

En el lenguaje corriente se habla siempre de recurso de - inconstitucionalidad y, aunque en un sentido lato no puede negarse-

que lo sea, es necesario determinar si desde el punto de vista procesal lo es efectivamente o se trata de un juicio de naturaleza especial.

Para ello es preciso hacer un análisis tanto de la naturaleza del juicio como del recurso. Escriche define el recurso como sigue: "la acción que queda a la persona condenada en juicio para poder acudir a otro Juez o Tribunal en solicitud de que se enmiende el agravio que cree habersele hecho." Supone siempre un procedimiento anterior en el cual ha sido dictada la resolución impugnada y su interposición suscita una segunda o tercera instancia, es decir, inicia un segundo o tercer procedimiento con el fin de que estos revisen la resolución atacada. Se trata por ello más que todo de un control de la legalidad.

No sucede lo mismo con el procedimiento establecido para el Art. 96 en la ley de Procedimiento Constitucional, pues el fin de dicho procedimiento no consiste en revisar ningún acto reclamado, ya que como antes dijimos, ni siquiera es necesario que quien hace uso de la acción de inconstitucionalidad haya recibido directamente agravio, mucho menos que exista una litis pendiente. Puede darse el caso que con motivo de un juicio pendiente, el particular haga uso de dicha acción pero esta será totalmente independiente del juicio en cuestión y sus efectos no incidirán directamente sobre el resultado del juicio. El fin de tal procedimiento es obtener una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, pues como volvemos a repetir, el juicio de inconstitucionalidad no se refiere a un

caso concreto sino a anular la propia existencia de la norma inconstitucional aunque todavía no haya tenido aplicación práctica. Se trata en conclusión de un verdadero juicio y no de un recurso pues es una controversia legal entre el particular y la autoridad responsable de la norma.

No hemos querido terminar este trabajo sin buscar en nuestra jurisprudencia algunas sentencias de nuestro máximo Tribunal -- que nos permitieran ampliar las escasas ideas que tenemos sobre un tema tan difícil y hemos encontrado solamente una en que la Corte-- Suprema de Justicia se ha pronunciado declarando la inconstitucionalidad de dos decretos.

Dicha sentencia de fecha 14 de Noviembre de 1960 fué pronunciada a propósito de un conflicto de -- competencia suscitado entre el Fiscal Militar de la Primera Sección del Centro y los Jueces -- 3o. y 5o. de lo Penal en relación con los informativos seguidos-- para averiguar daños en la Universidad, homicidio y lesiones en varias personas y sobre averiguar la muerte de Rodolfo Guardado Rivas. En el considerando VI de la sentencia sobre competencia antes referida la Corte dijo:

VI Para resolver la competencia sometida a la decisión -- de este Tribunal es necesario analizar previamente si la suspensión de garantías constitucionales a que se refiere el decreto legislativo de fecha 5 de Septiembre de este año publicado en el Diario Oficial No. 163 de la misma fecha, está o no ajustado a las normas --- constitucionales pertinentes, pues a juicio de la Corte es el pre-

supuesto necesario para resolver la competencia suscitada, ya que si se adopta por la afirmativa, procede decidir sobre dicha competencia conforme el Art. 178 del mismo cuerpo de leyes; por el contrario, si existe violación de la Carta Magna, los tribunales militares no han tenido ninguna facultad legal para conocer de los hechos relatados, puesto que por regla general los delitos de rebelión y sedición son juzgados por los tribunales del fuero común y sólo por excepción son competentes en esta clase de delitos los tribunales militares. Planteada así la situación cabe considerar: que la República está regida por la Constitución Política de 1950 la cual estatuye que las garantías constitucionales contempladas en los Arts. 154, 158 No. 1o. 159, y 160 solo pueden suspenderse en casos de guerra, invasión del territorio, sedición, rebelión, catástrofe, epidemia u otra calamidad general o de graves perturbaciones del orden público. Así mismo los funcionarios del Estado están en la obligación ineludible de respetar las disposiciones constitucionales y por tanto, no pueden a su arbitrio decretar la suspensión de tales garantías; esa suspensión debe descansar en la existencia verdadera no imaginaria de los casos previstos en el Art. 176 de la Constitución Política. Si los funcionarios son quienes propician o promueven las causas en que aparentemente tratan de fundamentar la suspensión, al grado de llegar a romper el orden constitucional, no puede tenerse -la suspensión- como un acto válido.

Expuesto lo anterior, cabe invocar el Decreto No. 1 de la Junta de Gobierno de El Salvador, de fecha veintiséis del mes -

de Octubre del año próximo pasado, que en lo pertinente dice: "El Gobierno que hasta el día de ayer presidía el Teniente Coronel José María Lemus cometió atropellos contra la ciudadanía violando -- flagrantemente las garantías individuales que consagra la Constitución; promulgó leyes contrarias a los principios constitucionales-- y a partir del mes de Agosto del año en curso, implantó el terror-- mediante persecuciones, encarcelamientos, destierros y otros actos contra la dignidad de las personas, sucesos que culminaron con la muerte de varios ciudadanos." Ese Decreto, fundado en el derecho de insurrección ampliamente reconocido por el Art. 175 de la Constitución Política, es ley de la República que tiene plena aplicación puesto que es la iniciación y fundamento del régimen actual, Del análisis del mismo se colige que además de enumerar en la parte transcrita los hechos ocurridos en Agosto y Septiembre, el abuso del poder se inició en forma grave el primero de ese mes y desde entonces surgió el derecho de insurrección. Por consiguiente, como los funcionarios que ocupaban los cargos principales en los ramos Ejecutivo y Legislativo propiciaron, promovieron y ejecutaron los desórdenes y las violaciones a la Constitución, no podían declarar legítimamente la suspensión de garantías. En verdad los funcionarios separados mediante el ejercicio legítimo de insurrección eran quienes estaban en franca contraposición de los principios normativos del Estado. Por otra parte, la suspensión de garantías constitucionales de que se ha hecho referencia tuvo su origen precisamente en la especial circunstancia de haberse ejercido por-

los ciudadanos, en forma legítima el derecho de reunión que reconoce el Art. 160 de la Constitución Política y fué con el propósito de limitar su ejercicio que se dictó la Ley de Reuniones Públicas- actualmente derogada-; pero como esta disposición legislativa fué- insuficiente para impedir o limitar el derecho de reunión, se declaró la suspensión de garantías. De las consideraciones anteriores se sigue, como conclusión obligada: a) que el decreto indicado en el encabezamiento de este párrafo es inaplicable al caso concreto en estudio y, en atención a ello, de conformidad con el Art. 95 de la Constitución Política procede decidirlo, en razón de ser- contrario, como antes se expresó a los preceptos constitucionales."

Con base en tal sentencia el señor Fiscal General de la República pidió la declaratoria de inconstitucionalidad de tales decretos y la Corte falló:

"Considerando:(III) que, en efecto, esta Corte se pronunció respecto de la inconstitucionalidad del decreto a que se contrae la petición del Fiscal General, al dirimir la competencia surgida entre los funcionarios mencionados en el primer párrafo de este fallo conforme los argumentos que en el mismo se reproducen y que son valederos para sustentar lo que habrá de resolver en el caso de estudio, que no será otra cosa que el reconocimiento de la inconstitucionalidad tanto de ese decreto primero como del que prorrogó sus efectos, cuyo objeto único era proporcionar a los poderes que les dieron vida, los medios necesarios para mantener la situación de agresión y violación de los derechos que la Constitución Política --

reconoce y garantiza; y es de suma importancia advertir que la situación creada durante los meses de Agosto, Septiembre y Octubre -- del año próximo pasado además de constituir una realidad incuestionable que se impone por si misma al Juzgador fué reconocida y expresada en el propio Decreto número uno antes mencionado que es el elemento constitutivo del régimen actual. Por tanto: de acuerdo con lo expuesto y los Artículos 96 C.F. 2, 9, 10, y 11 L.P. C., el Tribunal en nombre de la República declara la inconstitucionalidad de los Decretos legislativos números tres mil ciento veinte y cuatro y tres mil ciento cuarenta y tres, de fecha cinco de Septiembre y tres de Octubre del año próximo pasado respectivamente, publicado en el "Diario Oficial" correspondiente, por su orden, a los días cinco de Septiembre dicho y cuatro de Octubre siguiente del mismo año retro-próximo."

El Decreto No. 3124 mencionado en dicha sentencia es el siguiente: "La Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, CONSIDERANDO I - Que recientes sucesos acaecidos en el país han producido graves perturbaciones del orden público que ponen en peligro la paz y la tranquilidad de la Nación.-

II - Que los sucesos que han determinado la situación indicada son consecuencia del abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano, con olvido de los deberes correlativos cuya observancia es indispensable a una convivencia armónica.

III - Que es obligación de los poderes del Estado velar debidamente por la conservación de esa paz y tranquilidad y a ese--

fin es conveniente para fortalecer la acción de las autoridades en el cumplimiento de los deberes que les imponen la Constitución Política y las leyes secundarias, dictar disposiciones que faciliten una mayor defensa del orden Público.

POR TANTO: en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, con base en la resolución tomada en consejo de Ministros de esta fecha, DECRETA:

Art. 10.- Suspenderse las garantías establecidas en los artículos 154, 158 inciso 10. 159 y 160 de la Constitución Política en todo el territorio de la República, durante el período de 30 días.

Art. 20.- El presente Decreto entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Diario Oficial."

El otro Decreto a que la sentencia se refiere es el que prorrogaba por treinta días más la suspensión de garantías constitucionales.

Dos casos nos han llamado la atención en el juicio de in constitucionalidad cuyo fallo hemos transcrito, la primera es que la acción haya sido promovida por el Fiscal General de la República, cosa que nos parece indebida ya que es precisamente el Fiscal General el encargado según el numeral 10. del Art. 99 de la Constitución Política de "defender los intereses del Estado y la sociedad." y representar el Estado en toda clase de juicios (numeral 50 del mismo artículo). Pero si esto no fuera suficiente, el Fiscal es parte obligada en el juicio de inconstitucionalidad según lo esta--

blece el Art. 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales y es contrario a los principios procesales ser actor y reo en un mismo juicio. Por ello nos parece extraña la actitud asumida por el Fiscal al promover dicho juicio.

La segunda es que la Corte basó su argumentación, expuesta en el considerando VI de la sentencia sobre competencia, en una apreciación de carácter político sobre los hechos que dieron lugar al decreto que suspendió las garantías y al que prorrogó esa suspensión. Tal situación sólo puede explicarse a la luz de las circunstancias políticas que se vivían en el momento en que la sentencia fué dictada y teniendo en cuenta el cambio de régimen que se había experimentado hacía poco, pues desde el punto de vista jurídico se produciría un verdadero caos en la vida normal del Estado si la apreciación de los hechos efectuada por la Asamblea Legislativa en uso de sus facultades, para decretar la suspensión de garantías, fuera invalidada por la opinión de la Corte Suprema de Justicia basándose en una apreciación diametralmente opuesta de los mismos y excediéndose en sus facultades de control.-

Sin embargo debemos reconocer que en esas circunstancias los factores políticos eran más poderosos que la normal obediencia a la ley por lo que se hacía necesario sacrificar ésta y fundamentar el fallo en el derecho nacido de la insurrección. Por ello la Corte tuvo que apoyarse en el Decreto No. 1 de la Junta de Gobierno y en el enjuiciamiento que en los considerandos del mismo, se hacía del régimen depuesto.

CONCLUSION.-

Como conclusión de nuestro breve estudio podemos decir - lo siguiente:

a) Nuestra Constitución dispone de más medios jurídicos que ninguna otra para garantizar la efectividad de sus preceptos, pues los particulares cuentan con todos los recursos y acciones que es posible reunir en una sola Constitución.

b) La Acción de inconstitucionalidad establecida en el Art. - 96 es casi un caso único tanto por la amplitud para su ejercicio - como por la competencia que atribuye la Corte Suprema de Justicia- confiriéndole un extraordinario poder de control sobre los otros - poderes.

c) De lo antes expuesto se deriva una consecuencia cuyos alcances quizás hasta hoy no han sido apreciados en toda su extensión, cual es la de que nuestro régimen constitucional consagra una verdadera supremacía del Poder Judicial. Esta supremacía, es contraria a la clásica teoría de la división de poderes de Montesquieu, - quien consideraba a los tres poderes con análoga autoridad formal y con independencia mutua sin que ninguno prevaleciera sobre los otros o viceversa. Sin embargo, la doctrina de Montesquieu, tuvo una - existencia ideal pues si en la teoría tuvo una gran aceptación, no sucedió lo mismo en las constituciones que se inspiraron en sus -- doctrinas. Las distintas constituciones han dado siempre a uno de los poderes cierta superioridad o hegemonía sobre los restantes. - Por ello puede hablarse de gobiernos presidenciales o parlamenta--

rios, según la supremacía descansa en el ejecutivo o Legislativo.-  
Nuestro Gobierno en ese sentido, es decir, en el jurídico y no en el político, podría considerarse jurisdiccional por la naturaleza de las facultades concedidas al Poder Judicial y en especial a la Corte Suprema de Justicia.-

Si bien es verdad que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial deben respetar y subordinarse a la Ley Fundamental, en este último Poder encontramos una facultad que no es simplemente de lisa y llana supeditación a la Constitución, sino -- que estriba en protegerla o preservarla contra los actos de los otros poderes que la contrarían. Esa atribución no es otra que la -- de ejercer el control constitucional mediante el conocimiento de -- los juicios de inconstitucionalidad, cuya procedencia y extensión -- constituyen el fundamento lógico y jurídico, sine-quantum de la supremacía jurisdiccional. La Corte Suprema de Justicia tiene como -- fin esencial y primordial el de tutelar el régimen creado por la -- Constitución contra actos de cualquier autoridad. Existe por lo -- tanto la posibilidad jurídica de invalidar la actuación violatoria -- desplegada por los poderes responsables en cada caso concreto que -- se presente, al constituirse prácticamente en órgano revisor superior -- confrontando el acto o la ley reclamados con la Constitución. Esta facultad le permite ejercer una función de control que viene a ser superior a la de cualquier otro supremo tribunal del mundo pues en ejercicio de la facultad consagrada en el Art. 96 puede prácticamente derogar las leyes, decretos y reglamentos dictados por los Poderes

Ejecutivo y Legislativo .-

Más para bien o para mal, a esa supremacía en lo jurídico no ha correspondido una supremacía en lo político y la autoridad de nuestro máximo Tribunal contrariamente a como sucede en Estados Unidos, se ha ejercido en forma **asaz moderada**.-

- o -

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA. -

- Alessandri y Somarriba..... Derecho Civil Tomo I- Parte General y las Personas.
- Burgoa Ignacio. .... El Juicio de Amparo.
- Carré de Malberg Roberto. .... Teoría General del Estado.
- Del Vecchio Georgio. .... Filosofía del Derecho.
- Dabin Jean. .... Doctrina General del Estado.
- Eschiche Joaquín. .... Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.
- García Pelayo Manuel. .... Derecho Constitucional Comparado.
- Ghigliani Alejandro. .... El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad.
- Gallardo Miguel Angel. .... Cuatro Constituciones Federales de América y Las Constituciones Políticas de El Salvador.
- Jellinek Jorge. .... Teoría General del Estado.
- Kelsen Hans. .... La Teoría Pura del Derecho. Doctrina General del Derecho y del Estado.-
- Legaz La Cambra Luis. .... Filosofía del Derecho.
- Porrúa Pérez Francisco. .... Teoría General del Estado.
- Recasens Siches Luis ..... Filosofía del Derecho.
- Sánchez Viamonte Carlos. .... El Constitucionalismo.
- Schmitt Carl. .... Teoría de la Constitución.
- Tena Ramírez Felipe. .... Derecho Constitucional Meji- cano.
- Actas de la Asamblea Nacional Legislativa.

Pasan.....

Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales No. 16.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia pronunciadas en los juicios de inconstitucionalidad promovidos el 1o. por el señor Carlos Alberto Bondanza en representación de la Compañía Salvadoreña del Café; el 2o. por el Doctor Mario Castrillo Zeledón en su carácter de Fiscal General de la República.-

Constitución y Ley de Procedimientos Constitucionales.

## INDICE GENERAL DE CAPITULOS

### CAPITULO UNO CONCEPTOS FUNDAMENTALES

	Pag.
1- EL ORDEN JURIDICO POSITIVO Y LA NORMA FUNDAMENTAL.-----	1
2- LA CONSTITUCION -----	5
3- CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL Y EN SENTIDO MATERIAL ---	
4- CONSTITUCIONES RIGIDAS Y FLEXIBLES -----	16

### CAPITULO DOS EL PODER CONSTITUYENTE

1- GENERALIDADES -----	19
2- EL CONSTITUYENTE REVOLUCIONARIO -----	32
3- EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION--	48

### CAPITULO TRES EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1- INTRODUCCION -----	79
2- IDEAS GENERALES SOBRE LOS DIFERENTES SISTEMAS -----	83
3- ANTECEDENTES HISTORICOS -----	85
4- EL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIO- NALIDAD EN ESTADOS UNIDOS -----	92
5- EL SISTEMA MEJICANO -----	99
6- SISTEMA ARGENTINO -----	105
7- SISTEMA CHILENO -----	108

### CAPITULO CUATRO EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO PUBLICO SALVADOREÑO

1- EL CONCEPTO DE GARANTIA -----	111
2- EVOLUCION HISTORICA DE NUESTRO SISTEMA -----	116
3- ALCANCES DE NUESTRO CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD -----	127
4- VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD -----	130
5- FORMA DE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD -----	132
6- CONCLUSION -----	146