

Universidad de El Salvador

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO



T 342.029
G216F

"LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL"

Tesis presentada Por:

RAMON IVAN GARCIA
JESUS OSWALDO CORDOVA RIVERA

Para Optar al Grado de:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

JULIO 1991



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

T
342.029
G216f



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

DR. FABIO CASTILLO
RECTOR

LIC. CATALINA MACHUCA DE MERINO
VICE-RECTOR

LIC. FRANCISCO ELISEO ORTIZ RUIZ
FISCAL GENERAL

LIC. MIGUEL ANGEL AZUCENA
SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS
DECANO

LIC. JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA
SECRETARIO

LIC. BORIS ALFREDO MARTINEZ
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO PUBLICO

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

TRIBUNAL CALIFICADOR:

DR. ROBERTO ROMERO CARRILLO
PRESIDENTE

DR. HECTOR ANTONIO HERNANDEZ TURCIOS
PRIMER VOCAL

LIC. LUIS ANTONIO VILLEDA FIGUEROA
SEGUNDO VOCAL

ASESORES:

LIC. RAFAEL DURAN BARRAZA
AREA JURIDICA

LIC. JULIA JOSEFINA MOISA MIRANDA DE MOLINA
AREA DE METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION

Este humilde trabajo va en honra de todas aquellas personas que de una u otra forma me ayudaron a superar todos los obstáculos que se presentaron a lo largo del azaroso pero necesario camino del conocimiento, indispensable de recorrer cuando pretendemos ser útiles a nuestra sociedad.

No obstante, es de justicia reconocer, el mayor apoyo, moral y sentimental que me han brindado mi linda madre, AURELIA GARCIA, quien forjó mi personalidad y a quien debo todo lo que ahora soy, para ella va dedicado especialmente este triunfo; a mi esposa, MARTHA IDALIA DE JESUS PORTILLO DE GARCIA, quien con su cariño, comprensión y paciencia, me alentó en los momentos de desesperanza, este logro es reflejo del amor que siento por ella; a TATIANA YAMILETH, mi inspiración, a BRENDA PATRICIA y MARIO EMERSON, motivado por el ánimo de darle siempre lo mejor de mi vida, con paternal cariño; a mis hermanos, SAUL, BLANCA, DANILO y SALVADOR, por su incondicional ayuda, quiero que sepan lo mucho que quiero, estimo y aprecio; a mis cuñados y sobrinos, por todas las frases de aliento, aporte especial que motivó mi persistencia; a mi abuelo, MANUEL MARIA DE JESUS HUEZO y a mi tía LUISITA LARA, vuestro recuerdo vivirá siempre en mi corazón.

Especial agradecimiento para los Licenciados RAFAEL DURAN BARRAZA y JULIA JOSEFINA MOISA MIRANDA DE MOLINA, nuestros asesores, cuyos valiosos conocimientos estructuraron las sólidas bases de la investigación desarrollada, misma que, dicho sea de paso, es reflejo de su capacidad. Al Doctor JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS, por su sincera amistad y excepcional colaboración con mi persona; y, al Licenciado BORIS ALFREDO MARTINEZ, por su constante apoyo.

En momento de tanta emoción escapan a mi memoria muchas personas a quienes les debo un sincero agradecimiento; para todos ellos sirva decirles que siempre recordaré la oportuna y desinteresada colaboración, por lo cual, siempre tendrán, además de un amigo, un servidor.

RAMON IVAN GARCIA

El presente trabajo de tesis, va dedicado a todas las personas que ayudaron a formarme culturalmente; a la memoria de mis queridos y recordados abuelitos, CARLOS CORDOVA, TRANSITO ESPINOZA RIZO, JESUS AYALA y CRISTINA RIVERA, quienes forjaron el carácter de mis padres, quienes a su vez, forjaron el mío; un reconocimiento especialísimo a mis amados padres, JUAN CORDOVA AYALA y MARIA DEL CARMEN RIVERA DE CORDOVA a quienes dedico y debo todos mis triunfos, inclusive éste; a mi amada esposa, YANIRA ELIZABETH MORENO VALENCIA DE CORDOVA, quien con su amor y ternura siempre me ha impulsado a realizarme; a mis inolvidables hermanos, NETO, SAMARIS y SARITA, por el cariño que siempre me han dado; a mis eternos amigos YOHALMO, BETO, NELSON, MARVIN y OMAR, quienes siempre me han dado frases de aliento, estímulo especial para mi superación; a mis queridos suegros, DON GALO y NIÑA BERTA por su credibilidad y apoyo en mi persona.

Un humilde reconocimiento a nuestros asesores, Licenciados RAFAEL DURAN BARRAZA y JULIA JOSEFINA MOISA MIRANDA DE MOLINA, por sus invaluable aportes en la realización de la presente tesis; a mis profesores y amigos, ROBERTO CAMPO y Doctor JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS, por el apoyo y amistad que me han brindado; a mis innumerables amigos y parientes, de quienes quiero ser merecedor de su comprensión por no hacer mención de ellos en esta dedicatoria.

JESUS OSWALDO CORDOVA RIVERA

C O N T E N I D O

<u>T E M A</u>	<u>PAGINA</u>
INTRODUCCION.	i
CAPITULO I	
OBJETO DE ESTUDIO Y SINTESIS DEL DISEÑO DE INVESTIGACION	1
1.1. Generalidades.	2
1.2. Planteamiento del Problema.	7
1.3. Objetivos.	14
1.4. Marco Conceptual Metodológico.	16
1.5. Formulación de Hipótesis.	29
1.6. Métodos y Técnicas Utilizadas.	37
CAPITULO II	
CONCEPTOS GENERALES.	39
2.1. Noción de Fuente.	39
2.2. Las Fuentes del Derecho.	41
2.3. Clasificación de las Fuentes del Derecho.	43
CAPITULO III	
DERECHO CONSTITUCIONAL.	57
3.1. Antecedentes, Origen y Evolución del Derecho Constitucional.	59
3.2. El Derecho Constitucional en El Salvador.	78
3.3. Fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño:	102
a) Su clasificación.	
b) Orden de importancia.	

T E M A

PAGINA

CAPITULO IV

LA CONSTITUCION Y LA LEY.	110
4.1. La Constitución como Fuente Primaria (del Orden Jurídico secundario).....	113
4.2. El Principio de Legalidad:	117
a) Ley en sentido formal.	
b) Ley en sentido material.	
4.3. La Ley como Fuente del Derecho Constitucional.....	140
a) Los Decretos-Ley.	
b) Los Tratados y Convenciones.	

CAPITULO V

LA JURISPRUDENCIA, LA COSTUMBRE, LA DOCTRINA.	153
5.1. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho Constitucional. Su importancia.	154
5.2. La Costumbre como Fuente "Natural" de la Ley; como se convierte en Fuente del Derecho Constitucional.	169
5.3. La Doctrina y los Principios Generales del Derecho, como Fuentes del Derecho Constitucional en El Salvador.....	188

CAPITULO VI

CONCLUSIONES	199
6.1. Nuestro Punto de Vista, Frente a las Fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño.	202
6.2. Recomendaciones.	205

BIBLIOGRAFIA.

<u>T E M A</u>	<u>PAGINA</u>
CAPITULO IV	
LA CONSTITUCION Y LA LEY.	110
4.1. La Constitución como Fuente Primaria (del Orden Jurídico secundario).....	113
4.2. El Principio de Legalidad:	117
a) Ley en sentido formal.	
b) Ley en sentido material.	
4.3. La Ley como Fuente del Derecho Constitucional.....	140
a) Los Decretos-Ley.	
b) Los Tratados y Convenciones.	
CAPITULO V	
LA JURISPRUDENCIA, LA COSTUMBRE, LA DOCTRINA.	153
5.1. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho Constitucional. Su importancia.	154
5.2. La Costumbre como Fuente "Natural" de la Ley; como se convierte en Fuente del Derecho Constitucional.	169
5.3. La Doctrina y los Principios Generales del Derecho, como Fuentes del Derecho Constitucional en El Salvador.....	188
CAPITULO VI	
CONCLUSIONES	199
6.1. Nuestro Punto de Vista, Frente a las Fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño.	202
6.2. Recomendaciones.	205
BIBLIOGRAFIA.	

No obstante, considerar solo esa situación, significa ignorar puntos de igual o mayor importancia, tanto jurídica como política. Dentro de éstos puntos, mencionamos la aplicación e interpretación que se hace de los preceptos constitucionales, los intereses que se orientan a proteger, las limitaciones que para lograrlo impone a la sociedad y la naturaleza jurídica que observan en su mismo texto. Por ello, hemos procurado visualizar cómo es que la tendencia de los regímenes políticos asentados, sobre todo, en aquellos países que el materialismo histórico denomina como dependientes (conocidos por nosotros como tercermundistas), se inclinan hacia la solidificación de posiciones de poder en favor de un pequeño sector de la sociedad imperante dentro de cada estado; todo lo cual se evidencia en el sentido de que aquellos derechos y libertades establecidos a favor de las personas humanas dentro del texto constitucional, y que son el pilar fundamental sobre el que las mismas sientan su existencia, son más formales que reales para aquellos individuos que, por su situación económica, social o cultural, se ven marginados de la sociedad en que viven.

Así pues, ante la necesidad de vincular tales aspectos con lo que fué nuestro objeto central de estudio, además del estudio teórico-doctrinario de las fuentes formales del Derecho Constitucional, efectuamos un análisis de aquellos aspectos o manifestaciones objetivas que abstraímos de nuestra vida social y que influyen o han determinado el contenido de la norma jurídica, especialmente, la norma constitucional. Por cuanto, no debemos olvidar que la Constitución es la fuente originaria de donde fluyen todas las demás manifestaciones del esquema normativo y las que, necesariamente, deben apegarse a aquélla.

Ahora, como la Constitución para que sea eficaz debe observar su fuente creadora principal en otro elemento de mayor complejidad, tal como lo es la vida social misma, Con la interrelación de los diversos factores reales de poder que se manifiestan dentro de ella a través de sus Respectives Instituciones Políticas, nos referimos a ello sin perder de vista el lograr la consecución del propósito que nos motivó: la comprensión y asimilación del conocimiento acerca de las Fuentes de donde derivan o surgen las disposiciones constitucionales en El Salvador y del porqué el antojadizo y arbitrario manejo que de las mismas se ha hecho a lo largo de toda nuestra historia Constitucional.

CAPITULO I

OBJETO DE ESTUDIO Y SINTESIS DEL DISEÑO DE INVESTIGACION

Si como estudiosos de las Ciencias Jurídicas pretendemos hacer algún aporte de significativa importancia en la solución de los problemas que se suscitan, dentro de cualquiera de sus ramas, necesario será que el estudio en que nos enfrasquemos se enmarque en el área de la Investigación Científica; lo cual implica la adopción y utilización del Método Científico, como medio indispensable para la adquisición del conocimiento objetivo de la realidad. Desde esa perspectiva, y procurando ofrecer soluciones, por lo menos tentativas, hemos orientado nuestra visión de investigadores hacia la más importante rama (y, quizá por ello, la más polémica) de la Enciclopedia Jurídica: **El Derecho Constitucional**.

Pero, dada la amplitud y complejidad de esta específica rama del Derecho, nos hemos circunscrito a lo que, según nuestro parecer, es su punto medular: Las Fuentes de donde el Derecho Constitucional observa su origen.

Ahora, en vista de la inconsistencia que ha caracterizado a ese particular punto del Derecho Constitucional, la presente investigación procura encontrar respuestas a los problemas que, por su incidencia, determinan la fragilidad del mismo.

Iniciamos, con la anterior finalidad, por elaborar una síntesis del que fué el Diseño de nuestra investigación; en el mismo, se resume el contenido del Anteproyecto, con especial consideración de los aspectos más relevantes del mismo.

1.1. GENERALIDADES

Se ha pretendido hacer creer en los últimos años que El Salvador es un Estado de Derecho y, por ende, democrático. Tal aseveración se fundamenta en el hecho de que han existido consultas electorales, sobre todo las de la década anterior, orientadas hacia la creación de una nueva Constitución de la República (con la supuesta intención de "actualizarla" a la nueva realidad social salvadoreña) y con ello pretender que el régimen de facto instaurado el 15 de octubre de 1979 se convirtiese en lo que se define como Estado de Derecho, suponiendo la sujeción de la actividad estatal (y, consecuentemente, la actividad del elemento material del Estado: Los Gobernantes) a lo estipulado en la norma jurídica. Lo anterior, producto de múltiples y decisivos factores pero, quizás, el más importante ha sido la presión social de aquellos sectores considerados como "**populares**" (1), materializada en la existencia de la Coordinadora Revolucionaria de Masas, a fines de los años setenta.

La causa generatriz de tales acontecimientos se retrotraen a pretéritas situaciones surgidas dentro del ámbito social salvadoreño e, incluso, acontecimientos suscitados a nivel geopolítico que influyeron determinadamente en el acontecer político salvadoreño y que trascendió a otros aspectos de la Sociedad, como en lo económico y en lo jurídico.

Sobre este punto, es necesario aclarar que esos hechos no se pueden aislar de la contemporánea evolución histórica de la humanidad y

(1) Prescindiendo de consideraciones, sea filosóficas o sociológicas, en tiéndase como la gran masa de trabajadores carentes de medios de producción o de capital.

que ella, a su vez, es un reflejo (o culminación) de las contradicciones sociales manifiestas en la estructura social (2) poniéndose en claro la desnaturalización que ha observado el Estado en cuanto al desempeño de sus esenciales funciones y que derivan en el incumplimiento de aquellas exigencias que la sociedad (en conjunto, o a través de cada uno de los sectores que la integran) le plantea para su solución.

Tan complicada situación tiene su base (origen) en la misma naturaleza jurídica del Estado, cual es la de surgir como un necesario instrumento regulador de la convivencia social, mediante el control y subordinación de la voluntad humana; y en el sometimiento de que ha sido objeto por parte de un reducido sector social, reflejado en el hecho de que,

(2) Conjunto de grupos sociales (clases, fracciones de clase, categorías sociales y socio-profesionales, etc.) con sus relaciones mutuas de todo orden-económico, político, jurídico- que solo son inteligibles a partir de esa interdependencia recíproca (Colección Salvat "Temas Claves", tomo XIII, pág. 14).

En ese orden de ideas, hacemos referencia, cuando utilizamos el término "Estructura Social", a los individuos que integran la sociedad, las relaciones que entre ellos surgen, los fines que se proponen y los medios que para su consecución movilizan; ello implica la concurrencia, dentro de la estructura, de ciertos aspectos fundamentales para la misma: -el aspecto institucional, el aspecto demográfico el aspecto ecológico, La estratificación social genérica, los grupos étnicos.

La estratificación social apunta a la diversificación interna de la sociedad humana, por grupos determinados por la tradición, la distribución de las riquezas, el ejercicio del poder, el influjo social y otras causas; donde existe, inicialmente al menos, la voluntad, aunque después se perpetue por la fuerza; y donde, en consecuencia, caben fluctuaciones. Así los ascensos y descensos, los cambios y las mezclas.

(FUENTE: "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo III, páginas 249 y 250, de Guillermo Cabanelas).

toda la actividad estatal -sea política, jurídica o administrativa- se orienta hacia la sola satisfacción de los intereses del sector que predomina en la realidad social. En consecuencia, el Estado (y el elemento material que lo conforma) vela (y procura) porque no se menoscaben las bases estructurales sobre las que asienta el modo de producción y las instituciones que lo integran.

Esa circunstancia conlleva a que el poder económico, sector determinante sobre todos los demás elementos que conforman la estructura social y que constituye el arma fundamental para el dominio político, influya decisivamente tanto en la formulación, como en la interpretación del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el orden jurídico, en cualquiera de sus manifestaciones, se orientará hacia la consecución de un tan solo objetivo: satisfacer y proteger mediante la norma jurídica, los intereses hegemónicos de la élite social y del mismo sistema económico al que ella, además de pertenecer, determina.

Se pone de manifiesto, entonces, la subordinación del poder político al poder económico; en vista de lo cual, los gobernantes (en razón de ser el elemento material del Estado y consecuentemente, los ejecutores directos de las funciones estatales) estructuran las políticas, las leyes y, en fin, todo su quehacer en calidad de tales, conforme a los principios económicos establecidos por el factor real de poder (3) que prevalezca en la interrelación social.

(3) Sector de la sociedad que influye o determina en la toma de decisiones que hacen los funcionarios del gobierno. (nota de autores)

El ordenamiento jurídico, como instrumento del Estado para hacer efectiva la subordinación de la voluntad humana a la voluntad estatal, no escapa a la anterior problemática; así se ve que tanto la creación, reforma y derogación, como la interpretación de la norma jurídica, sufren la influencia política que, a su vez, está determinada por los principios económicos fundamentales del Régimen Económico.

Se da, obviamente, una correlación de factores que, aunque de naturaleza esencialmente distinta, se complementan entre sí; véase:

- El Poder Económico = Arma fundamental para el dominio político.
- Ordenamiento Jurídico = Instrumento del Estado para hacer efectiva la regulación de la conducta del hombre en sociedad.

- Ahora, si el ordenamiento jurídico obedece a lo que el poder económico determina, la regulación de la conducta humana (y todo lo que la norma jurídica implique) no será equitativa para todos los miembros o sectores de la sociedad, lo que degenera en el acentuamiento de las diferencias que antagonizan a los mismos. La norma jurídica se convierte en la materialización de la actitud servilista y condescendiente del gobernante, sobre todo el legislador, hacia los lineamientos pre-establecidos, no por la sociedad (como sería lo ideal), sino, de un reducidísimo sector de la misma. Con ello se ponen de manifiesto y se acentúan las deficiencias socio-políticas del sistema, en vista del incumplimiento de las facultades o atribuciones que el gobernante tiene como tal, frente al conglomerado social para el que se desempeña y debe su actividad.

Ciertamente, entonces, se da la inobservancia de diversos aspectos trascendentales que servirían (y son necesarios) para la adecuada estructu

turación del esquema normativo, que lo haga acorde a la realidad social específica en que se pretenda aplicar.

Dentro de tales aspectos, hemos sustraído uno de los más fundamentales: la inobservancia e, incluso, manejo arbitrario que el legislador (y todo aquel funcionario con potestad pública (4)), hace de los elementos básicos e indispensables para la elaboración de la norma jurídica, como lo son las Fuentes mismas del Derecho.

Así puede verse que, cuando se ha estado frente a la tarea de elaborar todo el componente jurídico (de nuestro país, por ejemplo), primero se han tomado en consideración razonamientos de carácter económico-político que interesan, en forma simultánea, únicamente al estrato social que hegemoniza en el país donde se crea la norma y a la potencia que a nivel geopolítico predomina e influye sobre éste, en razón al poder económico y a la dominación política que del mismo deriva.

Se pone en evidencia la inobservancia de otros aspectos sustanciales para la reforma y derogación de la Ley; los mismos que, se ponen de manifiesto en la misma vida social.

No obstante, hay momentos en que la presión social que ejercen los sectores mayoritarios de la sociedad, hace muy difícil (casi imposible) que el legislador se muestre indiferente ante tales inquietudes, cuando le corresponde ejercer su actividad. Ante tal imposibilidad, entonces,

(4) Atributo de la autoridad con que están investidas las personas que ostentan la titularidad sobre la potestad inherente al Estado y que, en consecuencia, están facultados para regir la convivencia de cuantos residen en territorio sujeto a sus facultades políticas y administrativas, según reglas obligatorias preestablecidas (La Ley). (Nota de Autores).

se sustituye (momentáneamente) la inobservancia, utilizándose en su lugar la sutileza política que tiende al engaño colectivo, puesta en evidencia con el manejo inadecuado, que deriva hacia lo injusto, de los aspectos trascendentales que sirven para la firme estructuración del esquema normativo.

Ahora bien, dentro de tales aspectos, revisten especial consideración las Fuentes del Derecho, en razón de que constituyen la génesis de la norma jurídica.

El presente trabajo de tesis se enfocó hacia esa problemática, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, por un simple y elemental motivo: Las fuentes del Derecho es un apelativo que se asigna a todo aquel fenómeno social que crea o influye en la norma jurídica en cuanto a su origen; pero, el ordenamiento jurídico observa una unidad orgánica en su composición, que centra su fundamento en una sección del mismo: El Derecho Constitucional.

En consecuencia, nos referimos a las Fuentes del Derecho Constitucional, por cuanto es la base del esquema jurídico y donde con mayor claridad se observan la utilización de las mismas, al momento de darle creación a la norma jurídica formal, las razones que motivan al legislador a adoptar tal o cual actividad y las consecuencias que lo mismo produce en la realidad social y, por ende, en la creación-aplicación de la norma jurídica dentro de ella.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema investigado es referido a las "**Fuentes del Derecho Constitucional**", por cuanto el fundamento del orden jurídico, en su totalidad, se centra sobre esa rama del Derecho; ahora bien, lo problemático del te

ma en mención, ha sido el determinar como es que la norma jurídica constitucional surge en el esquema jurídico salvadoreño; para lo cual se ha hecho un análisis, en forma individualizada, de cada una de las Fuentes del Derecho Constitucional, con el propósito final de establecer en forma objetiva el manejo arbitrario (cuando no la inobservancia) que de las Fuentes del Derecho en General y, específicamente, del Derecho Constitucional, hacen los funcionarios encargados de la elaboración de la Ley. Lo anterior se refleja en el hecho de que, la Constitución de El Salvador es una Constitución de carácter rígido (5), razón por la cual, los elementos de fondo que la conforman permanecen inamovibles por largos períodos de tiempo; conllevando a un marcado retraso de la norma jurídica con respecto a la realidad social hacia la que se orienta aplicar, dando origen a la desarmonía entre las relaciones materiales (sociales y económicas) y las relaciones formales (jurídicas) que integran la Estructura Social; lo que, seguidamente, degenera en un acentuamiento de la confrontación, de por sí ya existente, entre las clases sociales antagónicas que conforman dicha estructura.

Se aprecia, entonces, que tanto la rigidez que observa y caracteriza a la Constitución de El Salvador, así como el manejo arbitrario que de las Fuentes del Derecho hacen los funcionarios que tienen la responsabilidad de elaborar la Ley, se han puesto de manifiesto en la existencia de un Problema Social, cuya gravedad ha estado (y sigue estando)

(5) En cuanto que, permite modificaciones en su texto solo a través de un procedimiento especialísimo y que, para tal efecto, solo pueden ser dictadas por dos Asambleas Legislativas consecutivas (para el caso de la Reforma); o, por una Autoridad Superior, lo cual implicaría la concurrencia de una Asamblea Constituyente (para el caso de la Derogatoria). (Nota de Autores).

determinado por el nivel deficitario que la estructura social observa.

Pero, ésa problemática ha existido en nuestro país desde sus mismos orígenes como República, en razón a que, la Constitución Política desde sus raíces hasta la actualidad, ha sido el fundamento sobre el que se ha establecido todo el ordenamiento jurídico de los países que la han adoptado y donde, con mayor claridad, se pone de manifiesto la interrelación que se observa entre los diversos factores reales de poder y de las Instituciones Políticas que los mismos conforman, dentro de una específica realidad social.

No obstante, para lograr una mejor concepción de tal problemática se hizo imperioso remontarnos hasta los albores del Derecho Constitucional; es decir, hasta sus primeras manifestaciones como rama del orden jurídico. Partimos, pues, de considerar la motivación que se dio en el seno de la sociedad, que implicó la sustitución del Régimen Absolutista, caracterizado por la concentración del Poder Político, sea en una sola persona (Monarquía), sea en un reducidísimo grupo de personas (Régimen Aristocrático); en cuyo lugar se estableció un complejo sistema de división de poderes y atribución de competencias, con el afán de establecer palpables limitaciones a la otrora omnipotente actividad estatal.

Es a partir de la Revolución Francesa del Año 1799, que se empieza a hablar de "Constitucionalismo"; pero, tal revolución, fue decisivamente influenciada por la histórica corriente constitucionalista de Inglaterra (puesta de manifiesto con la Petición de Derechos de 1628-"Petitios of Right"-, el Acta de Habeas - Corpus de 1673, el Bill of Rights de 1689 y el Acta de Establecimiento de 1701) así como por la independencia de las "Trece Colonias" en 1776 con su previa influencia en la Declaración de

Derechos de Virginia del 29 de Junio de 1776, con la que se dio origen a los Estados Unidos de Norteamérica; y la posterior promulgación del texto constitucional de estos últimos, el año de 1787.

El ideal del Constitucionalismo se enfilaba hacia la consecución de un objetivo, cual era: La creación de mecanismos contralores de la actividad estatal. Es ante tal necesidad que surge la convicción de crear el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la Constitución como base del mismo; paralelamente surge la noción de Estado de Derecho (6) y, junto a ello, la necesidad de que dentro de la norma jurídica se reflejen las necesidades suscitadas en el seno de la Sociedad.

A pesar de que, puede afirmarse, se logró tal objetivo, éste se desnaturalizó en el sentido que, aún cuando se establecieron limitantes de carácter jurídico a todas aquellas actividades que manifestaban al quehacer estatal; la norma jurídica, desde sus mismos inicios, ha sido un mecanismo de expresión de la voluntad del sector predominante a nivel económico-político; así se deduce de la evolución observada por el ordenamiento jurídico, desde su origen hasta la época actual.

(6) Desde una posición simplista, e incluso absolutoria de excesos y abusos autocráticos, se proclama que la expresión "Estado de Derecho" es, en cierto modo, redundante. Porque todo Estado es creador del Derecho que en el mismo rige; y que, escrito o consuetudinario, en todos los pueblos existe un régimen jurídico.

Descartando tal aseveración, se entiende por Estado de Derecho a aquella sociedad, políticamente organizada, donde la Ley esta sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos; exigiendo, en la actualidad, la existencia y la vigencia de una Constitución.

(Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Guillermo Cabanellas, página 223).

Basta con una simple apreciación histórica, para confirmar la veracidad de lo anterior; la Revolución Francesa no fue otra cosa más que la culminación del amplio cúmulo de contradicciones sociales existentes a la época, determinadas por el anhelo de sustituir el esquema de dominación monárquico o aristocrático que rayaba en lo intolerable, producto del absolutismo que imperaba en el mismo.

Tal absolutismo orientaba su política hacia la satisfacción de los intereses sólo del sustrato social que conformaba la élite gobernante, limitándose el esquema normativo a contener únicamente la voluntad que del gobernante emanara. Así la realidad social, patéticamente mostraba la existencia de un sector social que vivía en la opulencia, mientras que los otros sectores se veían imposibilitados de ascender (o aspirar) a formar parte del mismo, debido al cerrado esquema social que impedía el movimiento de una escala social inferior a una superior; o, como era lo general, por la extrema miseria imperante en la gran mayoría del conglomerado social.

Pero, las contradicciones sociales que conllevaron al cambio del sistema social, sólo fueron el mecanismo del que una incipiente clase social (la burguesía) echó mano para poner de manifiesto el antagonismo clasista que derivó en el derrumbamiento del Régimen Absolutista.

Vencida la resistencia que el absolutismo (y el sector que lo conformaba) ofrecía a nivel político, se empieza a gestar, con su verdadera forma, el ordenamiento jurídico donde, claramente y sin objeción alguna, se plasma el pensamiento de la clase que, en sustitución de la moribunda monarquía, pasó a ostentar el poder político en virtud de la titularidad

que sobre el poder económico poseía. Así surge la norma jurídica influenciada por las ideas burguesas, que se reflejan en el logro político-económico de la época: El Liberalismo, fundamentado en la tesis de la libertad del individuo. Por consiguiente, la norma jurídica se constituye observando en su contenido la ideología (7) que propugna el (nuevo) sector dominante de la sociedad y, por supuesto, aquellos principios económicos fundamentales para el sostén y desarrollo del nuevo sistema.

El Salvador no se sustrae a tales acontecimientos, pues igual sucede en el seno de su Estructura Social. Las corrientes revolucionarias y los nuevos modelos de explotación económica, así como la subyugación del Reino Español a manos de Napoleón, contribuyeron a debilitar el dominio real que se ejercía en las colonias de América.

Tal coyuntura política permite que afloren los resentimientos entre la nobleza criolla, terrateniente de grandes heredades en las Colonias, y la nobleza real de España; surgen las ideas independentistas, no con el afán de hacer desaparecer las injusticias que se derivaban del sometimiento y la desmedida explotación monárquica que, además de lejana, era contraproducente con las nuevas ideas políticas; en su lugar, se procuraba por la imposición de un sistema de explotación local. En otras palabras, el objetivo de fondo era sustituir la clase dominante (la Nobleza Real Española), por una nueva (la Nobleza Criolla), a fin de evitar el reparto de utilidades entre las mismas, para lo cual, como

(7) Sistema de concepciones e ideas políticas, jurídicas, morales, estéticas, religiosas, incluso, filosóficas; y que son, en esencia, un reflejo de las relaciones económicas que se suscitan en una determinada Estructura. ("Diccionario de Filosofía", M.M.Rosental y P.F. Iudin, página 232).

siempre sucede en estos casos, se explotan demagógicamente ciertos términos que, supuestamente, conllevarían un beneficio para toda la colectividad. Desaparece el esquema político de gobierno local dependiente de España y se implanta un nuevo régimen de dominio local, que adopta las nuevas ideas políticas de control estatal (la Teoría de la División de Poderes).

No obstante, la burguesía criolla de las ex-colonias asegura sus intereses dentro del contenido mismo de la norma, planteando en ella lo conveniente y desechando lo que se considera nocivo para la estabilidad política de la nueva clase Hegemónica.

Pero, junto a todo ello, se da la concurrencia de una agravante: El manejo arbitrario que se hace de las Fuentes de Derecho, al momento de crear o dar origen a la norma jurídica; lo cual se facilitó en virtud de ser una República nueva y, en consecuencia, la manifiesta ignorancia sobre estos puntos del Derecho (y del Derecho mismo) por parte de los integrantes de la sociedad salvadoreña.

De esa forma, se afianzaron los intereses de clase dentro del texto mismo de la norma jurídica; dejando, incluso, abierta la posibilidad de una doble interpretación de la misma (reflejada en la existencia de los innumerables "vacíos" que pueden apreciarse en nuestro ordenamiento jurídico), para poder ir adaptándola a los cambios que se fueren suscitando en el seno de la Estructura Social, dando una interpretación distinta de la norma jurídica, según el caso y las exigencias del momento; obviando con ello, las posibilidades de cambio al interior del Orden Jurídico.

Consecuentemente, la Constitución como base del Esquema Jurídico de la República de El Salvador, se origina observando ese mismo contexto, es lógico entonces, que los principios generales y abstractos que conforman el texto constitucional, obedezcan a factores económicos definidos en atención a los intereses de la clase que detenta la propiedad sobre los medios de producción y, por ende, el control político.

1.3. OBJETIVOS

OBJETIVOS GENERALES

-A través del estudio, revisión y consideración efectuado sobre las diversas Constituciones que han nacido a la vida jurídica en El Salvador, y auxiliándonos de una adecuada bibliografía acerca de las Fuentes del Derecho, incluso, de bibliografía "informal" (periódicos, revistas, artículos, editoriales, etc.) sobre los mismos puntos; hemos pretendido demostrar, tanto teórica como prácticamente, que las Fuentes del Derecho, específicamente del Derecho Constitucional, han sido manejadas en forma arbitraria (8) y antojadiza por todos aquellos funcionarios que han tenido a su cargo la creación, derogación, reforma y, es más, el estudio-interpretación de la Constitución Salvadoreña, a todo lo largo de la historia jurídica constitucional de nuestro país.

(8) Procediendo con arbitrariedad, es decir, abusivamente, de modo caprichoso o injusto; se procede contra la ley, en consecuencia, ésta no tiene efecto, impera la iniciativa (voluntad) particular y se pretende servir el propio interés o conseguir una satisfacción siempre individual. ("Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"), Tomo I, página 351).

OBJETIVOS ESPECIFICOS

-Asimismo, hemos pretendido demostrar que la eficacia y objetividad de la norma jurídica en general, estará supeditada a la observancia o inobservancia que de las Fuentes del Derecho se haga al momento de crear el texto constitucional; por cuanto ello incide decisivamente en el desarrollo económico y, consecuentemente, jurídico, político e ideológico, de la sociedad salvadoreña.

Lo anterior queda en evidencia al observar el lento desarrollo y la subsiguiente anormal evolución que ha sufrido la sociedad en El Salvador; gran parte de responsabilidad en ello, ha tenido la rigidez que caracteriza a nuestra Constitución, complementada con el manejo arbitrario (9) de las Fuentes del Derecho; todo lo cual se ha venido a traducir en la existencia de un ordenamiento jurídico totalmente desfasado con la realidad social donde se aplica; llegando a lamentables extremos, como lo es presionar por un estancamiento social.

(9) Es decir, con los actos, conductas y procederes contrarios a lo justo, razonable o legal, inspirados sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos. (Idea de arbitrariedad planteada por Cabanelas, en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo I, página 352; que, por considerar acertada, los autores compartimos).

-El poner de manifiesto la arbitrariedad (10) de que se ha echado mano, al momento de crear, derogar y reformar el esquema jurídico salvadoreño, especialmente el Constitucional, - lleva el propósito de lograr persuadir, tanto a los Funcionarios Públicos, como a los profesionales y estudiosos del Derecho que tengan acceso a la presente Tesis, para que no permitan abusos en el manejo que, en el futuro, se haga de las Fuentes del Derecho Constitucional; ó, al menos, que muestren oposición (por supuesto, con fundamento Académico-Científico, para que la oposición sea significativa) cuando se ponga en evidencia tal manejo arbitrario.

1.4. MARCO CONCEPTUAL -- METODOLÓGICO

El Derecho Constitucional, en tanto materia jurídica sistemática, tiene su aparición a nivel mundial debido a ciertos acontecimientos que se han suscitado a lo largo de la evolución de la humanidad, mismos que han determinado el origen y el contenido de la norma jurídica constitucional.

-
- (10) O sea, la negación del Derecho mediante la violación expresa de su forma. La arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad en tanto que legalidad y cometida por el propio custodio de la misma, es decir, por el poder público y sus distintos órganos; entendiéndose lo de poder público en el más amplio sentido de la palabra. La arbitrariedad es conducta anti-jurídica de los órganos del estado:
- a) Por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada.
 - b) Por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar por relación a una norma superior.
 - c) Por transgresión de la esfera de su propia competencia ejecutiva (estos actos no se hallan sancionados necesariamente por el orden jurídico como delitos).
- "Filosofía del Derecho", Luis Legaz y Lacambra, página 651.

Es a partir del siglo XII que se empiezan a gestar modificaciones en el orden jurídico existente; con el surgimiento de una nueva clase social formada por comerciantes y artesanos, que tenían (o establecían) su asentamiento en las ciudades ("burgos") consideradas como incipientes centros de actividad; se vuelve imperiosa una reorganización correlativa del Derecho, por cuanto los "burgueses", aunque carentes de protección legal, tampoco estaban sujetos al poder feudal.

Comienza esta nueva clase social a luchar por la consecución de sus propios derechos, a los cuales denominan como Derechos Civiles; es así como empiezan a surgir los llamados "fueros" o "cartas" (llamadas también "capitulaciones"), como las concedidas por el Rey de España a ciertas ciudades importantes; así se mencionan: El Fuero de León, en el año 1020; el Fuero de Nájera, de 1076; el Fuero de Burgos, de 1073 y, por último, la confirmación de los derechos básicos de todo "**hombre libre**", lograda por las Cortes del Reino de León, de parte del Rey Alfonso IX, en el año 1188. Luego, en el año 1215, el Rey Juan sin Tierra de Inglaterra se vio obligado a aceptar (según la tradición) la Carta Magna "que los barones ingleses, espada en mano, le impusieron" (11); siendo esta carta la que constituye el primer antecedente del movimiento constitucional.

En todos esos casos, fue la decisiva presión que ejercieron los burgueses, la que produjo la materialización de los mismos y, subsecuentemente, al debilitamiento de la Constitución general feudal consuetudinaria.

(11) "Derechos Humanos", Biblioteca Salvat, Colección "Temas Claves", Tomo XVIII, página 12.

Seguidamente, surge en Italia (entre los años 1450 y 1550) una nueva corriente humanista (12) que, inspirada en la antigüedad clásica, postulaba a la Libertad de Pensamiento y de Acción, como derechos del hombre, tan indispensables "como el aire lo es para la respiración" (13). Se enarbola como estandarte de batalla política, el derecho a la libertad de conciencia (o pensamiento) que cada hombre "tiene" frente a las autoridades, sean civiles o eclesiásticas; lo cual se concreta con la Reforma protestante (14), las numerosas guerras "de religión" y en el conflicto general europeo que se desarrolló entre los años 1618 y 1648 (la llamada "Guerra de los Treinta Años"), concluido el cual, quedaría definitivamente asentada, en tanto derecho del hombre, la libertad de

- (12) Sustentada en los Principios Fundamentales de la Teoría del Estado de John Locke, la cual propugnaba por una diferente concepción de la humanidad y su historia, fundamentada en la Libertad de Pensamiento y de Acción del hombre; diversa a la concepción Greco-Romana que consideraba a la historia de la humanidad como un círculo, un eterno retorno, un volver a repetirse continuamente los hechos fundamentales.
- (13) "Revoluciones del Mundo Moderno", Biblioteca Salvat, Colección "Temas Claves", Tomo número IV, página 25.
- (14) La llamada "Reforma Religiosa", fenómeno clave de la Europa de los siglos XV y XVI, que sacudió los cimientos de la Iglesia Católica; se desencadenó en Inglaterra por la acción de los Reyes, quienes buscaron subordinar los intereses eclesiásticos a los intereses políticos, apoyándose en el clima general de desprestigio del papado, en la expectación de Reforma Espiritual existente en los sectores más influyentes de la sociedad y en los cambios derivados del renacimiento, que determinaron una nueva concepción social, moral y económica del mundo:
("Revoluciones del Mundo Moderno", Biblioteca Salvat, Colección Temas Claves, Tomo número IV, página 9; y "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 651).

Opinión y Religión, reflejada en la Tolerancia Religiosa que alcanzaría plena vigencia en las trece colonias inglesas de América del Norte con la promulgación, en la Asamblea de Maryland de 1679, de la Toleration Act.

A Inglaterra debe dársele el honor de haber sido el país que, de manera manifiestamente decidida, tomó la vanguardia en el incipiente constitucionalismo; por cuanto fué en ella donde se plantearon los términos de la lucha política-constitucional, reflejados en el ánimo de arbitrar los mecanismos para la garantía de los derechos individuales, estableciéndole límites al poder del Estado.

Es en ese afán que, en el año de 1628, se promulga el "Bill of Rights" (consagración de los llamados "Derechos Inmemoriales de los Ingleses", a favor de la burguesía media, de cierta parte de la nobleza y de los individuos enriquecidos por el comercio y la agricultura); el cual no fue atendido ni respetado por el Rey Carlos I, razón por la cual se generó la guerra civil (de 1643-1648).

El conflicto queda claro: por un lado, el Rey y la Nobleza que se oponían al establecimiento de restricciones a la actividad estatal (desempeñada por ellos mismos) y, por otro lado, el Sector Parlamentario (encabezado por Oliver Cromwell) que pretendía sujetar la actividad de la realeza y de todo el Estado, al Parlamento. El parlamento resultaría victorioso y materializaría su poder en el año de 1679 con el establecimiento del Habeas Corpus Act. (que garantiza la protección legal del individuo frente a decisiones arbitrarias y asegura la Libertad Individual); se solidifica la supremacía parlamentaria, con la puesta en vigencia de la Declaration of Rights, el año de 1689 (producto de la llamada

"Revolución Gloriosa" de 1688), ratificándose con ello, la consecución de los Derechos Políticos.

Con el asentamiento de los Derechos Políticos en Inglaterra, se da el punto de partida para la difusión de la Teoría Clásica del Derecho Natural (15), que fundamenta y universaliza estos derechos, criticando las clases que sustentaban al feudalismo, haciendo ver el carácter supuestamente natural y racional de la nueva sociedad burguesa, alegando la existencia de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas e inmutables.

Paralelamente se desarrolla la Doctrina de la Ilustración (16), según la cual, "la opresión, la pobreza y las calamidades del mundo, son consecuencia de la ignorancia del hombre; y, ésta puede ser anulada mediante el establecimiento de una educación conveniente, con lo que, la felicidad y abundancia serán el patrimonio de los hombres (17), se da entonces, la necesidad de ilustrar al mundo, dándole "luces" a la

(15) Doctrina Basada en el derecho ideal independiente del Estado, según la cual, los derechos de la persona humana se derivan de la razón y de la "naturaleza" misma del hombre. ("Diccionario de Filosofía", M.M. Rosental y P.F. Iudin, página 113).

(16) Corriente Político-Social que procuraba por eliminar las insuficiencias de la Sociedad Existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida difundiendo las ideas del bien, de la justicia y los conocimientos científicos. Para ello sostenían la concepción del papel determinante de la conciencia en el desarrollo de la sociedad, el deseo de explicar los vicios sociales por la ignorancia de las personas, por la incomprensión que éstas tengan de su propia naturaleza. (Diccionario de Filosofía, M.M. Rosental y P.F. Iudin, página 234).

(17) "Derechos Humanos", Biblioteca Salvat, Colección "Temas Claves", Tomo XVIII, página 14.

humanidad, "para que la felicidad reine para todos" (18). Con ese postulado, se empieza a atacar la estructura tradicional (sustentada en un régimen social basado en la desigualdad originaria de derechos, en función del nacimiento de la persona), tanto en su aspecto económico, como en lo político-social. Con tal objetivo, se ataca a las dos grandes instituciones sobre las que el orden vigente se sustentaba: La Iglesia y La Monarquía. La primera aplicación objetiva de tal ataque, se manifestó en las colonias inglesas de América del Norte; el mismo se vio apresurado por la exclusión que se hizo de los colonos norteamericanos del sistema parlamentario inglés, junto a la imposición de un fuerte sistema fiscal (manifiesto con el excesivo impuesto sobre el Té, el año de 1763); se redacta, entonces, una declaración de Derechos suscrita por los delegados de las trece colonias (Filadelfia, 1774) en la que se decide suspender el comercio con Inglaterra; ello fue la chispa que dio origen a la guerra, el gobierno de Londres declaró rebeldes a las colonias y envió tropas para someterlas; los colonos americanos respondieron creando una milicia y el conflicto se transformó en una guerra revolucionaria (que duró de 1775 a 1783) en el curso de la cual, tales colonias se declararon independientes de la Gran Bretaña (Declaración de Independencia del 4 de Julio de 1776, la cual tuvo como precedente la Declaración de Derechos del Estado de Virginia del 12 de Junio del mismo año). Cabe aclarar que, en el sentido estrictamente moderno de la palabra, la prime

(18) Este es el credo con el que los "Ilustrados" empezaron a difundir sus concepciones.

ra Constitución que se dio fue la del estado de Virginia (la antes mencionada "Declaración de Derechos del Estado de Virginia"), ya que fue el primer texto que contenía un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano; luego se promulgaría la Constitución Política de dichas colonias, dando origen a los Estados Unidos de Norte América.

A consecuencia de todos estos acontecimientos, se produce, por primera vez, el nacimiento de una nación como producto de la decisión común de defender los derechos humanos "a la vida", "la libertad" y "la felicidad" (19).

Tanto los documentos históricos del Constitucionalismo inglés, como los movimientos independentistas de los Estados Unidos, son los que constituyeron la base ideológica sobre la que se sustentaría, posteriormente, la Revolución Francesa iniciada el 14 de Julio de 1789 (con el asalto a la prisión de la Bastilla) y ésta, a su vez, con la proclamación de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", el 26 de Agosto de ese mismo año, las bases ideológicas del nuevo orden revolucionario.

El proceso revolucionario, puesto claramente de manifiesto el 16 de Julio de 1789 (cuando los Estados Generales Franceses (20), a inicia-

(19) "Derechos Humanos", Biblioteca Salvat, Colección "Temas Claves", Tomo XVIII, página 15.

(20) Asamblea Colegiada y deliberativa originada en Francia a partir del siglo XIV, integrada por las tres clases que en aquellos tiempos de la monarquía formaban la organización social francesa, a saber: clero, nobleza, y plebe; representada por la clase media, las dos primeras privilegiadas y la otra que fue llamada "Estado Llano" o "Tercer Estado". Cabe destacar que dentro de los "Estados Generales", cada clase votaba por separado, con lo cual, la representación popular siempre estaban en minoría; razón fundamental para que, en el año de 1789, los diputados del Tercer Estado promovieran la cuestión del voto no por "Estados", sino, por individuo. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 296.

tiva del "Tercer Estado" (21) se constituyeron en Asamblea Nacional y decidieron no disolverse hasta redactar una Constitución), produjo tres Constituciones (22), que fueron el fruto de las siguientes etapas por las que atravesó la Revolución:

1) La Constitución Moderada, ~~promulgada~~ en 1791, donde se proponía la monarquía parlamentaria, la total abolición de la Tortura, el Censo Electoral Restringido y la Prohibición de Huelgas y Asociaciones Obreras (23).

2) La Constitución De Avanzada, promulgada en 1793, donde la nueva ideología revolucionaria tuvo su máxima expresión, y en cuyo preámbulo se agregó una nueva declaración que incluía derechos "sociales", que no figuraban en la primera Constitución, tales como: derechos al trabajo, a la instrucción, a los medios de existencia y a la protección contra la indigencia, así como el derecho a la insurrección contra el poder opresivo.

3) La Constitución del año III, promulgada el 5 de Septiembre de 1795 por el llamado "Directorio" (que funcionó entre 1795 y 1799) en la cual se establecieron disposiciones que supusieron una vuelta a posiciones restrictivas de tipo conservador, entendiéndose como una "vuelta al pasado".

(21) Grupo Social, como se denominaba en el lenguaje de la época, al que pertenecían todos los que no fueran nobles ni clérigos; en consecuencia, era un grupo social, donde se incluían desde el vagabundo hasta el rico comerciante, pasando por el jornalero del campo y el artesano; con iguales características: obligación de pagar impuestos, necesidad de trabajar y carencia de privilegios.

(22) Dentro del llamado "Ciclo de las Constituciones Revolucionarias del siglo XVIII" (1787-1799) "Las Constituciones Modernas", Paolo Biscaretti Di Rufia, página 291.

(23) "Derechos Humanos, Declaraciones solemnes, Contínuas Violaciones". Biblioteca Salvat, Colección Temas Claves, Tomo XVIII, página 16. En esta Constitución Moderada, se incluiría, a manera de preámbulo, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", del 26 de Agosto de 1789. ("Las Constituciones Modernas", op. cit., página 293).

No obstante, la Revolución Francesa estableció al reconocimiento en un solo conjunto, de los Derechos Individuales, Civiles y Políticos; fue el punto de partida para la Constitucionalización de los Estados (la sujeción del Estado al Derecho), base de la concepción actual del Estado de Derecho; y estableció la previa condición indispensable para la posterior formulación de los Derechos Sociales.

Se puede concluir, entonces, que la base del Derecho Constitucional se empezó a establecer, ineludiblemente, a partir de la misma Revolución Francesa. Surge el Constitucionalismo (24), con lo que se rompe definitivamente la estructura política del Estado Absolutista y se adopta una nueva, fundamentada en la Teoría de la División de Poderes propuesta por Montesquieu (quien fue el vehículo a través del cual convergieron: la teorización del absolutismo, propuesta por Hobbes, el radicalismo revolucionario de Cromwell; y las ideas de John Locke, teorizador y defensor de las conquistas de la "Revolución Gloriosa"); en vista de la imperiosa necesidad, surgida en ese momento, de crear un mecanismo que, a la vez de delimitar la esfera de atribuciones de cada uno de los "Poderes del Estado", garantice frente a las mismas, todos los derechos inherentes a la persona humana; todo con el ánimo de procurar la armonía social.

En El Salvador, las primeras manifestaciones de norma jurídica constitucional se dan en el año de 1824, con la promulgación de la Constitución del Estado Del Salvador el 12 de Junio (Que tuvo marcada influencia de las Constituciones de Bayona de 1808 y de Cádiz de 1812; y fue determinada por la Declaración de Independencia de los Estados Centroamericanos, suscrita el 15 de septiembre de 1821), y la Constitución Federal, el 22 de Noviembre de ese mismo año, que por ser nuestro país integrante de la Federación de Centro América, estaba sometido a los efectos de dicha Constitución.

Luego de la disolución de la República Federal de Centro América, el 30 de Mayo de 1838, con la disgregación de los Estados miembros de la

(24) Movimiento que expande y generaliza la elaboración de constituciones, donde se acomoda el funcionamiento de los Estados a dichas "Leyes Fundamentales", procurando la subordinación de aquellos a éstas. (Constitución frente a Arbitrariedad de Poder", Colección Salvat, "Temas Claves", Tomo X, página 11).

misma, surge la "República de El Salvador" y promulga su primera Constitución como tal, el 18 de Febrero de 1841.

Con la vigencia de esta Constitución, se pone fin a la anterior de nominación de "Estado Del Salvador"; en este punto, cabe destacar como nota importante, que todas las Constituciones que han regido en El Salvador ya como república, la Constitución de 1841 es la única que no ha nacido a la vida jurídica a través de un Decreto-Ley (25).

Esa curiosa coincidencia se manifiesta desde la Constitución de 1864, hasta la Constitución de 1983 (vigente), en las cuales se aprecia una doble peculiaridad: Que todas han tenido como antecedente un Decreto-Ley, que ha derogado la respectiva anterior Constitución; pero, además, un elevado porcentaje de las mismas, han tenido como razón principal, la modificación de aquellas disposiciones relativas a la alternabilidad en el ejercicio de la titularidad del órgano ejecutivo, ó al aumento en el período de duración del mismo.

Precisamente, en ésas peculiaridades, es donde se pone de manifiesto la inobservancia e, incluso, manejo antojadizo que los legisladores constituyentes salvadoreños han hecho de las Fuentes que, necesariamente, concurren en la norma jurídica al momento de su surgimiento; ello lo ha sido tanto de las llamadas Fuentes Formales, como de las Fuentes Reales o Materiales del Derecho.

(25) Disposición de carácter legislativo promulgada por el órgano (antes "Poder") Ejecutivo, sin ser previamente sometida al órgano adecuado (en este caso, el Legislativo), en virtud de alguna excepción circunstancial o permanente, previamente determinada. ("Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 204).

Ese problema ha llevado a que el ordenamiento jurídico salvadoreño se haya estructurado, en su mayoría, careciendo de técnica y sistematización.

En base a lo anterior, se puede afirmar que, sobre tal anomalía, no se han hecho ma yores esfuerzos para su erradicación.

Para comprender el trasfondo problemático del tema, fue necesario hacer una extracción de entre la extensa cantidad de clasificaciones que existen acerca de las Fuentes del Derecho en general y de las diversas consideraciones teórico-doctrinarias sobre las mismas, llegando a la conclusión de que las Fuentes con mayor incidencia dentro del esquema jurídico salvadoreño han sido: Las Fuentes Formales y las Fuentes Reales o Materiales (26).

(26) Compartiendo la idea de García Maynez sobre este tema diremos que: -Las Fuentes Formales son los diversos procesos de creación de las normas jurídicas.

-Las Fuentes Reales o Materiales son aquellos factores o elementos que determinan o condicionan el contenido del Derecho; así se habla que, las Fuentes Reales o Materiales, están compuestas por todos aquellos elementos ambientales que determinan las con diciones de la norma-jurídica.

Dentro de tales elementos se comprenden:

-La Convivencia humana y la constante evolución social.

-La coexistencia, sea pacífica o no, de intereses en pugna dentro de la sociedad.

-Todos aquellos hechos, que no son otra cosa más que variantes constantes, manifiestos a la largo de la evolución social. Como ejemplo de los mismos, se mencionan: una revolución, un golpe de estado.

Los anteriores elementos se materializan en la realidad política, determinada por el desenvolvimiento de las Instituciones Políticas; ello implica que la realidad política puede o no ser recogida por el ordenamiento jurídico que en ella impere.

Resumiendo, cuando mencionamos a las Fuentes Reales o Materiales del Derecho Constitucional, nos referimos básicamente a aquellos elementos ambientales cambiantes que determinan el contenido del orden jurídico y, a su vez, a la existencia de intereses diversos dentro de la sociedad; todo lo cual, llegado el momento, deberá regularse por el Derecho (convirtiéndose éstos, entonces, en una Fuente Primaria del mismo).

No obstante, para algunos tratadistas, este tipo de elementos se encuentran dentro de un campo Sociológico-Político y no estrictamente jurídico; lo cual, precisamente, constituye el elemento que nutre y forma el Derecho.

La realidad política en constante evolución, se traduce prácticamente en el desenvolvimiento real de las Instituciones Políticas y, siendo este aspecto de básica importancia dentro del Derecho Constitucional, las Fuentes Reales o Materiales deben considerarse como Fuentes de esta Rama del Derecho, ya que, las mismas podrían inclusive ser distintas a lo contemplado en los textos escritos. Por consiguiente, si se desea conocer el fin social, político y económico que generó una Constitución y si se observan dentro de la realidad social, genuinamente o no, los principios contenidos en la misma, necesario sería remitirse a las Fuentes Reales o Materiales.

(FUENTE: GARCIA MAYNEZ, Eduardo "Introducción al Estudio del Derecho" página 51).

Así, dentro de las Fuentes Formales, hemos comprendido a:

- a) La Ley.
- b) La Jurisprudencia.
- c) La Costumbre.
- d) La Doctrina.

Lo anterior, atendiendo el carácter eminentemente formal del Derecho; adecuándolas, en cada caso específico, a la naturaleza jurídica misma del Derecho Constitucional.

Luego, siempre en consideración de las Fuentes Formales, hacemos referencia a las más importantes manifestaciones de la Ley, en sentido "Material" (27):

a) Los Decretos Ley, por ser, tal como se dijo anteriormente, el fundamento sobre el que se han sustentado todas las Constituciones de El Salvador, a partir de la del año 1864, hasta la que se encuentra vigente en la actualidad; y, además, por ser el fenómeno jurídico-político que con mayor claridad pone en evidencia las deficiencias sociales que se suscitan en la estructura social salvadoreña, así como la correlación de fuerzas entre los diversos factores reales de poder que se desenvuelven en ella.

b) Los Tratados Internacionales, por la contemporánea importancia que los mismos tienen a nivel político; lo cual trasciende hasta el ámbito jurídico, poniéndose de manifiesto en la decisiva influencia que ejer

(27) Es decir, de aquellas normas jurídicas cuyos contenidos regulan una multiplicidad de casos, independientemente de que hayan sido dictadas o no por el órgano legislativo.

cen en la estructuración y contenido de las normas jurídicas; es más, la voluntad del legislador, en muchos casos, puede verse subordinada a lo preceptuado en una Convención o Tratado suscrito por la Comunidad Internacional y que, en un momento determinado, le inhiben de tomar una decisión o inclinarse por una actuación específica. Seguidamente, en alusión a las Fuentes Reales o Materiales, hacemos una apreciación general, por cuanto éstas, tal como afirma Legaz y Lacambra, son las causas materiales que originan al Derecho, siendo su naturaleza metajurídica y radican principalmente en la esfera sociológica.

Puede apreciarse la obligatoriedad que hubo de implementar la investigación, desde dos perspectivas:

-Por una parte, la investigación Documental; indispensable para que el estudio teórico-doctrinario respecto a las Fuentes del Derecho, nos permitiera poner en evidencia cómo es que, a nivel doctrinal, existen elementos esenciales para dar paso a la elaboración de un ordenamiento jurídico cuyo contenido se vea, en un alto grado, carente de incongruencias, como requisito exigible para la objetividad de la norma jurídica; estableciendo cuáles de dichos elementos han sido incluidos, y cuáles no, dentro del esquema jurídico de El Salvador.

-Paralelamente, la investigación de Campo; en razón a la necesidad que hubo de sustentar, con elementos sustraídos de la misma realidad jurídico-política salvadoreña, las hipótesis que conformaron nuestra teoría.

La investigación documental nos permitió conocer a uno de los elementos (las Fuentes del Derecho) que la técnica jurídica requiere para la elaboración del componente jurídico, sin la concurrencia de los

cuales no podría hablarse de un adecuado ordenamiento jurídico, sino, a lo más, de un incoherente ordenamiento jurídico.

No obstante, para la demostración de las hipótesis planteadas y la consecución de los objetivos definidos, tuvimos que acompañar los preceptos teóricos con los elementos objetivos que, sobre esos puntos, pudieron sustraerse de la realidad salvadoreña. Ello implicó inmiscuirnos dentro de la misma realidad, participando en ella, para sacar el consenso existente (en los casos que lo hubo) de la manera de pensar de aquellas personas con cierto grado de conocimiento sobre el que fue nuestro objeto de estudio; así como para determinar los motivos que han impulsado al legislador salvadoreño a observar la arbitraria actitud mostrada, incluso, hasta la época en la que el presente estudio se realizó, con respecto a las Fuentes de donde la Constitución tiene su origen y sustenta su existencia.

1.5. FORMULACION DE HIPOTESIS

Habiendo realizado un previo análisis del tema que fue sujeto a nuestra investigación, problematizamos al mismo, para luego inferir la causa del fenómeno producido como consecuencia de tal problemática.

Una vez efectuado lo anterior, hemos procurado dar una explicación lógica y apegada a nuestra realidad social, tanto de los orígenes, como de las consecuencias que el problema aludido ha puesto de manifiesto en el ámbito social salvadoreño; para ello, y con el propósito de aportar soluciones, al menos tentativas, formulamos las siguientes hipótesis:

-HIPOTESIS GENERAL

"La subordinación del poder político al poder económico, permite el manejo arbitrario que de las Fuentes del Derecho Constitucional hacen los funcionarios encargados de la creación, derogación y reforma de la Ley Primaria".

De la anterior hipótesis deducimos que el aspecto más general y determinante de la misma, lo constituyó la subordinación que existe del poder político, con respecto al poder económico (Variable Independiente = X).

Ahora bien, esta subordinación es la que influye, en esencia, a que los funcionarios encargados de la creación, derogación y reforma de la Ley Primaria, hagan un arbitrario manejo de las diversas Fuentes del Derecho Constitucional (Variable Dependiente = Y).

Como supuestos de comprobación de la anterior hipótesis, efectuamos el cruce entre las variables que, a nuestra consideración, la conformaron; de esta forma, establecimos los indicadores para cada una de las variables que, según nuestro parecer, reflejaban con mayor acierto lo tentativamente aseverado; dichos indicadores fueron los siguientes:

- Para la Variable Independiente:

- a) El proceso de privatización de la Banca (X_1).
- b) El revertimiento de la Reforma Agraria (X_2).
- c) La protección a los intereses de los dueños de los medios de producción (X_3).

- Para la Variable Dependiente:

- a) Derogación de la Ley Creadora de la Banca Estatal (Y_1).

b) Reforma a la Ley Básica de la Reforma Agraria (Y_2).

c) Creación y posteriores reformas a la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas (Y_3).

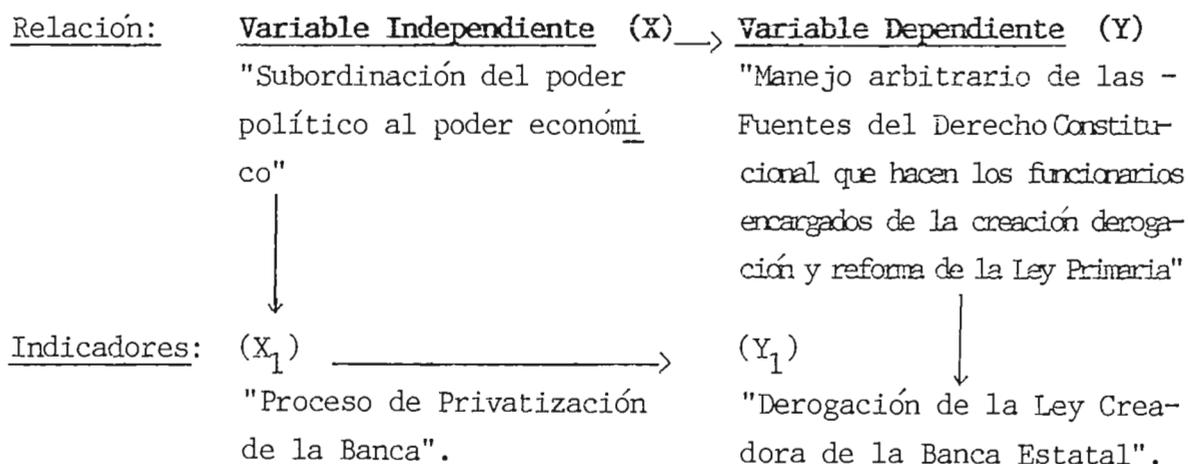
Disponiendo de los anteriores indicadores, el cruce de variables quedó estructurado así:

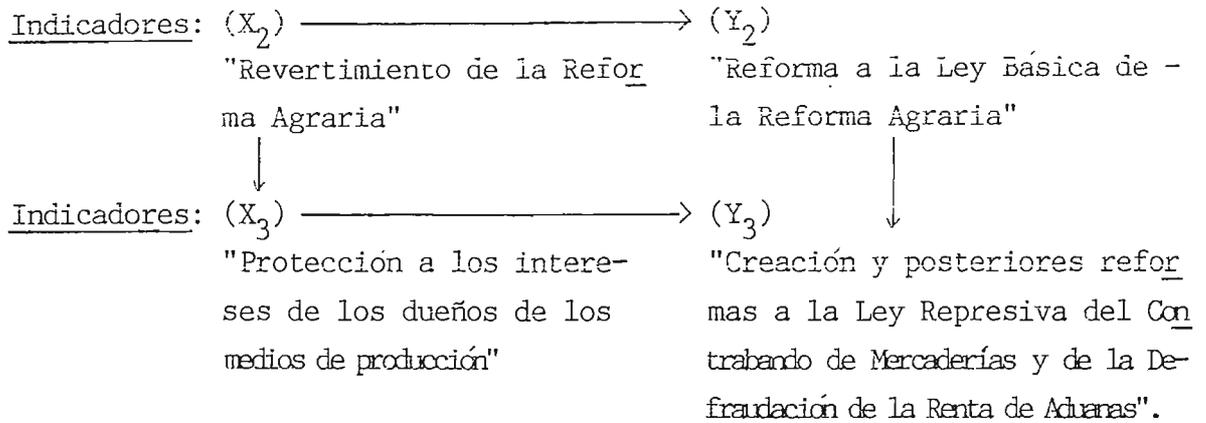
- "El proceso de privatización de la Banca, sólo es posible por medio de la derogación de la Ley Creadora de la Banca Estatal" ($X_1 - Y_1$).

- "El revertimiento de la Reforma Agraria, es posible mediante reformas a la Ley Básica de la Reforma Agraria" ($X_2 - Y_2$).

- "La protección a los intereses de los dueños de los medios de producción, se refleja en la creación y posteriores reformas a la Ley Represiva del Contrabando y de la Defraudación de la Renta de Aduanas" ($X_3 - Y_3$).

Esquemáticamente, la Hipótesis General quedó estructurada de la siguiente manera:





Del amplio aspecto que conforma el contenido de la hipótesis general, se sustrajeron dos elementos específicos, siempre en atención a la importancia dentro del tema investigado; con cada una de las cuales se elaboraron las siguientes hipótesis específicas:

la.) "Las deficiencias estructurales que se observan en la sociedad salvadoreña, influyen en el anormal retraso de la norma jurídica, con respecto a la realidad social donde se aplica".

De la anterior hipótesis, el elemento preponderante lo constituyen "Las deficiencias estructurales que se observan en la -- sociedad salvadoreña" (Variable Independiente = X).

Y, la consecuencia de ello, el "Anormal retraso de la norma jurídica, con respecto a la realidad social donde se aplica" (Variable Dependiente = Y).

Como indicadores de la Variable Independiente, tuvimos:

- a) Lenta administración de justicia, en hechos relevantes (X₁).
- b) La Cédula de Identidad Personal, un documento de identidad obsoleto (X₂).
- c) Alto índice delincucional (X₃).

Los indicadores de la Variable Dependiente, fueron:

- a) Ley de Creación de la Comisión Investigadora de Hechos Delictivos (Y_1)
- b) Ampliación del uso de Carnet Electoral, para realizar trámites económicos y legales en materia de identidad personal (Y_2).
- c) Reformas constantes al Código Penal y Procesal Penal (Y_3).

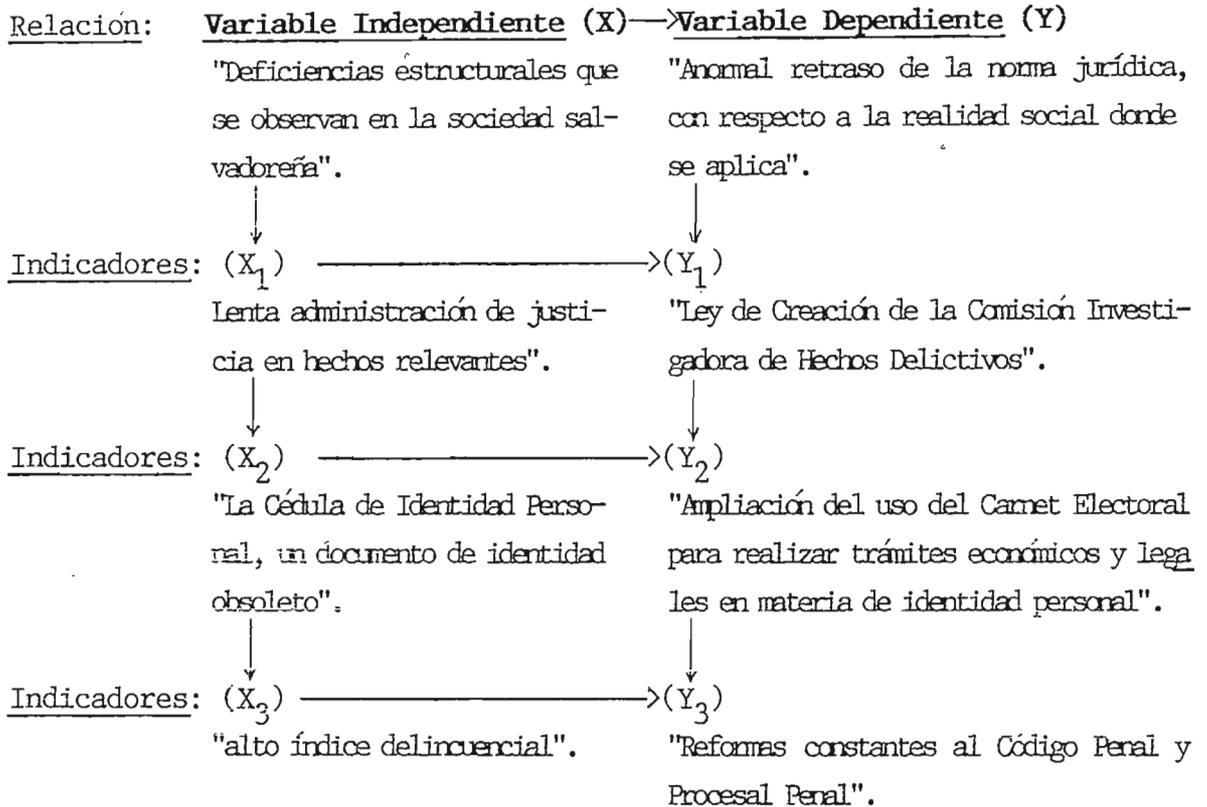
Utilizando los anteriores indicadores, el cruce de variables arrojó el siguiente resultado:

- "El Organo Judicial, en general, observa una marcada lentitud en cuanto a la administración de justicia se refiere, sobre todo, en hechos punibles relevantes; por lo cual se creó la Comisión Investigadora de Hechos Delictivos" (X_1-Y_1).

- "La Cédula de Identidad Personal es un documento de identidad obsoleto, por lo que, a través del decreto legislativo de fecha 21 de Agosto de 1990, se ha ampliado el uso del Carnet Electoral para realizar trámites legales y económicos, en materia de identidad personal" (X_2-Y_2)

- "El alto índice delincucional en la sociedad salvadoreña induce a la Asamblea Legislativa a decretar medidas represivas, tales como las constantes reformas al Código Penal y al Procesal Penal" (X_3-Y_3).

Esquemáticamente, la Primera Hipótesis Específica quedó estructurada de la siguiente manera:



2a.) "La inobservancia que el legislador hace de las diversas Fuentes del Derecho, al elaborar la Ley Primaria, produce la ineficacia de la norma jurídica".

De esta última hipótesis, el elemento más general e importante, lo constituye: "La inobservancia que el legislador hace de las diversas Fuentes del Derecho, al elaborar la Ley Primaria" (Variable Independiente = X); lo cual, a su vez, "Produce la ineficacia de la norma jurídica" (Variable Dependiente = Y).

Como indicadores de la Variable Independiente planteamos:

- a) La evolución y desarrollo de la sociedad (X₁).
- b) La realidad jurídica salvadoreña (X₂)

c) La falta de fundamento técnico del ordenamiento jurídico (X_3).

Asimismo, como indicadores de la Variable Dependiente tuvimos:

a) La rigidez de la Ley Primaria (Y_1).

b) Leyes no positivas (Y_2)

c) Disposiciones jurídicas de doble o múltiple interpretación (Y_3)

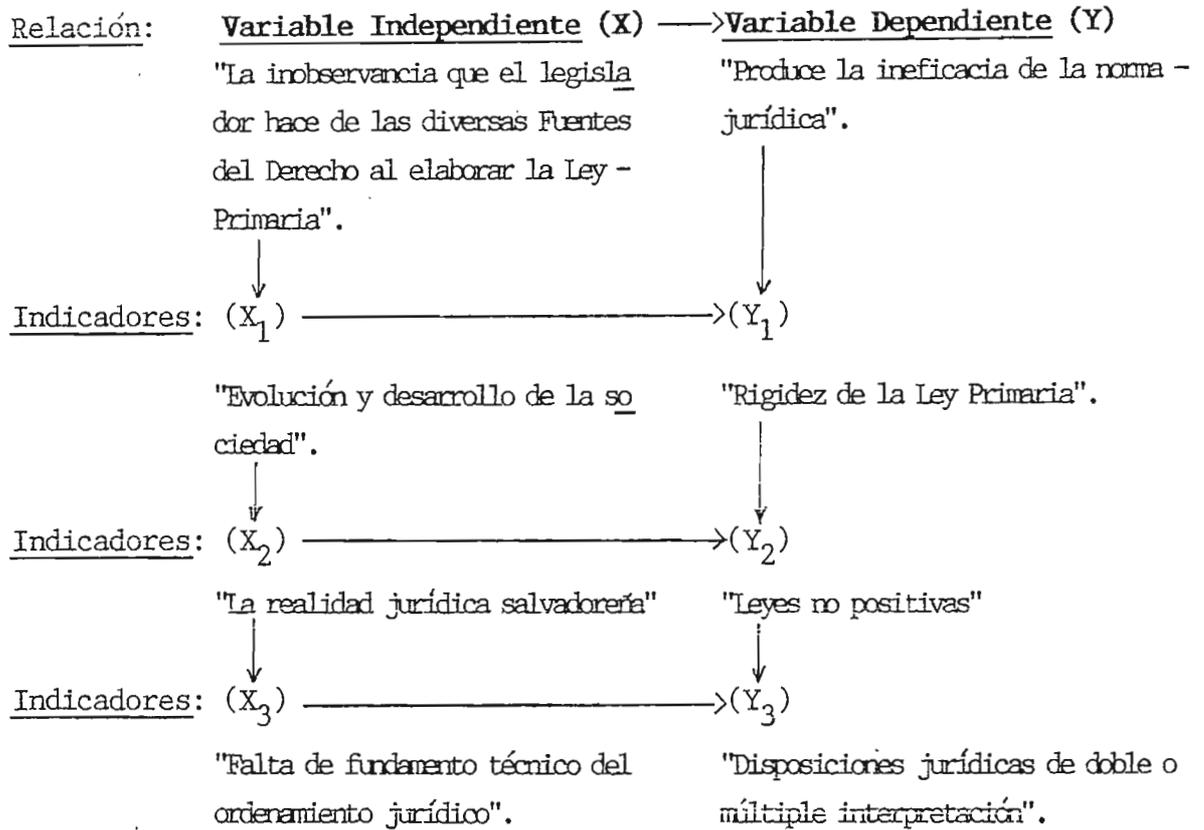
Habiendo tenido a disposición los antes mencionados indicadores, efectuamos el cruce entre los mismos y se obtuvo como resultado lo siguiente:

- "La evolución y desarrollo de la sociedad, se ven impedidos por la rigidez de la Ley Primaria" (X_1-Y_1).

- "La realidad jurídica salvadoreña no influye en el contenido de la Ley Primaria, por lo cual, ésta se vuelve en una ley carente de positividad" (X_2-Y_2)

- "La falta de fundamento técnico del ordenamiento jurídico salvadoreño, se refleja en la existencia de disposiciones jurídicas de doble o múltiple interpretación" (X_3-Y_3)

Esquemáticamente, la Segunda Hipótesis Específica quedó estructurada en la forma siguiente:



1.6. METODOS Y TECNICAS UTILIZADAS

Para poder avanzar, con éxito, en la adquisición del conocimiento sobre un objeto que es sometido a estudio, indispensable resulta hacerlo con fundamento y visión científica.

Procurando hacer algún aporte de importancia, aplicamos sobre el punto en el que se centró nuestro estudio y su correspondiente investigación, el Método Científico.

Ahora bien, para que con la implementación del referido método pudiésemos lograr la consecución de las metas establecidas, fue necesario auxiliarnos de otros métodos, tales como:

-La Inferencia Deductiva, por ser ésta, indispensable para sistematizar todo el material recabado y, con ello, sustraer el elemento problemático del tema, de entre la misma realidad objetiva manifiesta en la vida social salvadoreña; además, por ser un requisito que el Método Científico, necesariamente, requiere para poder aportar algún significativo hallazgo acerca del contenido de lo investigado.

El anterior método, a su vez, nos conllevó a hacer uso de la Inferencia Inductiva, por estar estrechamente vinculadas entre sí (con la Inferencia Deductiva); y, del Método Estadístico, necesario para poder graduar la gravedad en el índice de problemas que se nos presentaron a lo largo de la investigación.

Habiendo definido el punto a investigar y determinado la forma cómo realizar el proceso de investigación, dimos curso al mismo, utilizando diversas técnicas, a través de las cuales pudimos conformar, en mejor forma, el cuerpo de la presente Tesis.

Las técnicas de que echamos mano, fueron:

La Sistematización Bibliográfica; abstrayendo, de entre la variada bibliografía que tuvimos a disposición, aquellos temas de orden teórico-doctrinal a que, obligatoriamente, hubo necesidad de referirnos.

-La Observación Directa; con el propósito de captar aquellos hechos que se manifestaron en contemporáneos acontecimientos y que tuvieron incidencia sobre el que fué nuestro objeto de estudio.

-La Encuesta y La Entrevista; para poder auxiliarnos, con estadísticas, en la comprobación de nuestras hipótesis.

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

2.1. NOCIONES GENERALES

Aclaración Previa. Dada la multiplicidad de sentidos en que es utilizada la palabra "Fuente", lo que puede llevarnos a una errónea consideración de dicho término, se hace necesario determinar a cuál de esos sentidos hacemos referencia cuando mencionamos a la misma.

En primer lugar, valga decir que la palabra que por el momento nos ocupa, corrientemente se utiliza para hacer referencia a una realidad natural; ello se desprende de su misma significación gramatical, véase: Fuente (del latín Fons, Fontis) (1) "Manantial de agua que brota de la tierra". Asimismo, entre sus variadas acepciones, también se le entiende de las siguientes formas: "Principio, fundamento u origen de una cosa"; "Conjunto de elementos consultados por un autor, con el propósito de documentarse para compilar o recabar elementos que se consideren necesarios al escribir una obra"; "Aparato con que se hace salir agua en los jardines y en las casas, calles o plazas, para diferentes usos, trayendo la encañada"; "Cuerpo de arquitectura hecho de piedra, hierro, etc., que sirve para que salga el agua por uno o muchos caños dispuestos en el". Es evidente que, desde la perspectiva común y corriente, el vocablo "Fuente" puede aplicarse a un sinnúmero de situaciones que, por no ser de mayor utilidad, no viene al caso mencionar ni, mucho menos, profundizar en su contenido o significación.

(1) Diccionario Léxico-Hispano, Tomo Primero, página 686.

Interesa ver el sentido que la misma tiene en materia jurídica, por cuanto su utilización se inclina hacia la metáfora, tal como puede apreciarse en el párrafo precedente. Lo anterior se deriva de la circunstancia que la palabra, se emplea en sentido figurado, no solo en Derecho, sino también en el lenguaje corriente y en otras ciencias; pero, en todos los casos, se le considera como "La razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho" (2).

Partiendo de la acepción más sencilla y conocida del término Fuente ("El lugar de donde brotan las aguas"), queda en evidencia su aplicación metafórica, ya que, utilizando esta idea dentro de la materia objeto de la presente investigación, el mismo término adquiere el siguiente significado: "Fuente del Derecho es el manantial de donde brota el Derecho, o los procedimientos que se emplean para elaborar las normas jurídicas"; ello es acertado, por cuanto la significación natural implica que, -remontar la fuente de un río, es llegar al lugar donde sus aguas salen de la tierra-. -Asimismo, la significación jurídica del vocablo "Fuente" implica buscar el punto de partida, la razón primitiva o la causa generadora, de la cual surge la norma jurídica; en otras palabras, remontar la fuente del Derecho, es llegar al lugar donde la norma jurídica sale de entre la misma vida social.

(2) "División y Fuentes del Derecho Positivo", Manuel De Rivacoba y Rivacoba, página 55.

2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO

Para poder realizar un adecuado y específico estudio que nos lleve a saber a ciencia cierta, cuales son las fuentes de donde se origina y fundamenta el Derecho Constitucional como rama específica del ordenamiento jurídico; se vuelve prácticamente obligatorio (por indispensable) efectuar un previo análisis de lo que son las Fuentes del Derecho en General, en vista que, al referirse a las "Fuentes" de cualquiera de las ramas que conforman la enciclopedia jurídica, resulta obvio que se está haciendo alusión al fondo o tronco común de las mismas; y, es ese mismo tronco común, constituido por las Fuentes del Derecho en General, la base de donde parten todas las ramas del Derecho, en razón de lo cual, se vuelve imperioso tener algún conocimiento acerca de las fuentes u orígenes del aspecto general de donde derivan, en forma particular, cada una de las disciplinas jurídicas.

La sola palabra **Fuente** puede ser usada en extensos y variados sentidos; cuando se le conjuga con la palabra Derecho (dando origen a la expresión "Fuente del Derecho"), a efecto de aplicarla en el ámbito jurídico, parecería que su significado se simplifica por restringirse el área de aplicación solo a lo atinente al origen de la norma jurídica. No obstante, ello está muy por fuera de la realidad, por cuanto también existe una considerable multiplicidad de sentidos en que se utiliza la expresión "Fuente del Derecho" lo que, a su vez, redundaría en complicar su definición.

Sin embargo, y a pesar de que la susodicha expresión adolece de gran ambigüedad (en vista de que se emplea para designar fenómenos dife-

rentes), es lógico que todos sus significados se refieran, claramente, al origen del Derecho; es decir, al origen de aquel "Orden jurídico general, constituido por un sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad" (3).

Pero, como también este término puede ser tomado en variados sentidos, resulta necesario especificar su significado; por consiguiente tenemos que, la expresión "Fuentes del Derecho" a menudo se emplea para designar a las más adecuadamente llamadas Fuentes de Conocimiento o Históricas, en referencia a todos aquellos documentos que contienen el texto de una ley o conjunto de leyes, tales como: las Leyes del Digesto de Justiniano (Fuente del Derecho Romano); o el Fuero Juzgo (Compilación de Leyes establecidas en España por los reyes Godos; esencial fuente de la Constitución Política, Civil y Criminal de Castilla, España) (4), así como a los papiros o inscripciones de la antigüedad.

Asimismo, se utiliza para hacer referencia a las diversas formas en que la norma jurídica se manifiesta; a la forma de creación de la norma; a la razón que fundamenta la validez de las normas; e, incluso, a todos aquellos principios morales, doctrina, valoraciones, etc., que determinan la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica.

Queda en evidencia que la locución "Fuentes del Derecho" puede ser utilizada para referirse, en forma similar, a diversos aspectos, en su esencia, distintos.

(3) Vocabulario Jurídico, Eduardo J. Couture, página 217.

(4) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Osorio, página 329.

En consecuencia, resulta que cada una de las acepciones en que se ha utilizado la frase "Fuente del Derecho", da, o puede dar lugar, a una clasificación de las mismas, lo que requeriría un estudio por separado de ellas. Pero, realizar una labor orientada a ese respecto, además de extensa, que lejos de favorecer la sencillez y claridad de la investigación, acarrearía innumerables trastornos que volverían propenso a la confusión el estudio que se realizare observando tal patrón.

Así, pues, hay que precisar de entre los múltiples significados en que se la usa, a aquellos que sean más importante considerarlos (sea porque la generalidad de autores comparten el mismo criterio, sea porque son los que más se adecúan a la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico). Para ahondar en lo anterior, se hace necesario referirse a las diversas clasificaciones que, sobre la expresión "Fuente del Derecho", existen.

2.3. CLASIFICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Al hablar de las Fuentes del Derecho, es referirse a un complejo problema; el mismo se deriva del hecho que esa expresión adolece de gran ambigüedad, por cuanto se utiliza para hacer referencia a situaciones que comprenden sentidos distintos, cada uno de los cuales constituye o implica una cuestión diferente.

Por eso, antes de profundizar en la consideración de las Fuentes del Derecho que, desde la perspectiva constitucional salvadoreña, nos interesan, es conveniente precisar las distintas acepciones en que se emplea dicha expresión.

Así, se tiene que "Fuentes del Derecho" puede significar: (5)

1) Fuente del Conocimiento de lo que Históricamente es o ha sido Derecho.

Las llamadas más propiamente Fuentes de Conocimiento o Históricas, tales como: los antiguos documentos que contienen el texto de una Ley o conjunto de Leyes; colecciones legislativas, inscripciones y libros que la humanidad ha creado en su devenir histórico.

2) Acto concreto, creador del Derecho.

Actos que el hombre realiza y que producen consecuencias jurídicas; la legislación, la costumbre, las decisiones jurídicas, son un reflejo de ello.

3) Forma de manifestarse la Norma Jurídica.

En otras palabras, las diversas formas que adopta la norma jurídica en su manifestación dentro de la vida social; desde esa perspectiva, se enmarcan: la Ley, los Decretos, los Reglamentos y la Costumbre.

4) Fuerza creadora del Derecho, como hecho de la vida social.

Se habla, entonces, de todos aquellos actos creadores del Derecho; en ese sentido, la Costumbre en tanto hecho social, y el Acto Legislativo, son considerados como Fuentes del Derecho.

(5) Por el contenido esencialmente doctrinario de este tema, los autores hemos estructurado la presente clasificación de acuerdo a nuestro propio criterio, en consideración a las diversas posiciones que sustentan los autores más destacados sobre esta materia.

(Ver: "Introducción al Derecho" de Aftalion, García Olano y Vilanova, página 293 "Filosofía del Derecho" de Luis Legaz y Lacambra, página 525. "Fuentes del Derecho Positivo" de Manuel De Rivacoba y Rivacoba, página 56; "Introducción al Estudio del Derecho" de Abelardo Torré, página 247).

5) Para designar a la autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente.

Así tendríamos que, la Asamblea Constituyente, como manifestación por excelencia del Poder Constituyente, sería la Fuente de la Constitución; la Asamblea Legislativa, la Fuente de las Leyes en general.

6) Para referirse a la Fuente de (o al fundamento de) Validez jurídica de una norma concreta de Derecho.

En razón de que, el Derecho por ser un Sistema, está constituido por un todo ordenado y jerarquizado de normas jurídicas. El orden jerárquico existente entre las normas jurídicas, está determinado por las relaciones de Subordinación y Coordinación que se suscitan, tanto entre los preceptos de mayor generalidad (como la Constitución), y entre estos con las normas más individualizadas y particulares (como la Sentencia); prueba de ello es el hecho de que, una sentencia pronunciada en forma que evidentemente transgreda o contradiga un precepto constitucional, sería impugnada mediante la interposición del Recurso pertinente, en base a la nulidad o no validez de la referida sentencia.

Existe, entonces, una estructura escalonada dentro del ordenamiento jurídico (6) y que abarca a todas las normas jurídicas, y se entiende desde la norma "Fundamental" (7), hasta la norma de mayor concretización;

(6) Retomando la teoría de Hans Kelsen, respecto al "Monismo Jurídico"; y que se refleja, gráficamente, en la famosa "Pirámide de Kelsen", con la cual se explicaba que el Derecho constituye una unidad dentro de un específico Estado.

(7) o Lex Fundamentalís, en referencia a la Constitución, por ser esta la clave del Régimen Jurídico y Político de un país, en virtud de lo cual, posee una fuerza y jerarquía superior con respecto a las demás leyes.

Cit. "Teoría General del Estado" de G. Jellinek, página 416, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", de Manuel Ossorio, página 426.

lo cual determina que el fundamento de validez de una norma jurídica, está en otra norma jerárquicamente superior, en el sentido de que la norma tendrá la validez referida cuando, además de haber tenido su origen siguiendo el procedimiento establecido por otra norma superior y seguido éste por la autoridad u órgano competente, su contenido observa lo dispuesto por la norma fundante. La Constitución, según esta perspectiva, tendría su fuente de validez en una Constitución anterior, si ha sido dictada de acuerdo a los preceptos contenidos en ésta; de lo contrario, dicha fuente de validez, tendría que buscarse en la realidad social que se viva en un momento específico, sustrayendo de ella, primordialmente, a la (o las) norma (s) jurídica (s) que venga (n) a darle coherencia lógica a todo el sistema jurídico que exista en ese momento y dentro de dicha realidad.

Como se ve, cada una de las anteriores acepciones da la pauta para elaborar una clasificación de las Fuentes del Derecho; sin embargo, a continuación se hará referencia sólo de aquellas clasificaciones que, por su aplicabilidad o incidencia dentro del esquema jurídico salvadoreño, ofrecen algún grado de interés para la actualización del conocimiento sobre este tópico del Derecho.

Previo a ello, resulta necesario hacer mención de aquellas Fuentes que, aunque pertenecientes más al aspecto histórico del Derecho que al técnico, se emplean muy corrientemente al momento de dar origen a una norma jurídica; por cuanto resultan de gran utilidad, tanto en su proceso de formación, como en la interpretación de la misma; la mención anterior es sustentada en los países que, como el nuestro, observan una marcada dependencia económica-política, producto del sub-desarrollo económico que los caracteriza.

Lo anterior se observa claramente en el hecho de que los antecedentes del ordenamiento jurídico propio, son tomados y/o proceden (en forma íntegra o con ligeras variaciones) de un determinado precepto u orden jurídico extraño (es decir, extranjero).

Hacemos referencia a aquellas Fuentes que los autores y estudiosos de este punto de Derecho, denominan como Fuentes del Derecho en Sentido Histórico.

Examinando la frase "Fuentes del Derecho", tan sólo en su aspecto técnico (prescindiendo de aquellas consideraciones filosóficas), esta puede clasificarse de la siguiente forma:

1) Fuentes de Producción y Fuentes del Conocimiento. Desde la perspectiva de esta clasificación, la fuente de Producción es la que surge de la manifestación de voluntad de aquellos sectores de la sociedad que se encuentran dotados del poder de crear, en forma objetiva, el Derecho.

Así tenemos que, el Estado es un ente jurídico representativo de la sociedad que lo crea (y/o tolera), dentro de cuyas finalidades primordiales esta la de satisfacer las necesidades más incipientes del grupo social al que regula; pero, para hacer efectiva tal regulación, se requiere, esencialmente, que el Estado posea Poder. Bien, para que el poder del Estado sea efectivo se requiere de la existencia de una "plena" autonomía de voluntad (8); es decir, hipotéticamente, la voluntad estatal no puede verse sometida ante la voluntad de cualquier otro de los integrantes del conglomerado social al que pertenece, ni mucho menos, a

(8) O sea que, el Estado, en el desarrollo de sus específicas atribuciones (con el propósito de satisfacer las necesidades que el grupo social, para el que gobierna, le plantea), no debe verse supeditado a la voluntad o deseo particular de ninguno de los sectores que conforman la sociedad. (Nota de Autores).

la voluntad de un ente extranjero (o desvinculado de los intereses nacionales del Estado). A pesar de ello, puede apreciarse a lo largo del devenir histórico de la sociedad, que siempre han existido y existen, con mayor notoriedad en la actualidad, ciertos grupos sociales que inciden en la toma de decisiones que hacen los organismos del Estado (Gobierno), y son los llamados "Factores Reales de Poder"; en consecuencia, éstos están dotados, en forma objetiva, del poder de crear Derecho o, al menos, de determinar o influir la voluntad del ente u organismo a cuyo cargo está el crear la norma jurídica.

En cambio, la fuente de Conocimiento, está determinada por la manera propia y privativa que, cada uno de los sectores dotados de poder que componen la sociedad, tiene de crear el Derecho en forma objetiva. En ese sentido, se dice que cada fuerza social con potestad para dictar Derecho, lo hace tomando en cuenta la significación, que la norma jurídica a crear, tendrá dentro del esquema social; y, dicha significación, debe ser congruente con la función que la respectiva fuerza social desempeña en la comunidad.

En orden a todo lo anterior, se establece una interrelación entre ambos tipos de fuentes; por cuanto que, las supremas potestades políticas del Estado (que derivan de la titularidad del mismo, sobre el poder soberano) constituyen la que, en tal razón, se convierte en la fuente de conocimiento por excelencia.

2) Fuentes Originarias y Fuentes Derivadas. Clasificación que se hace atendiendo a la circunstancia de que las normas jurídicas se dicten, apoyándose o no, en normas anteriores. En ese sentido, las normas Originarias, son aquellas que surgen como producto de la convivencia social;

y que, para su validez y vigencia, no es indispensable que exista un fundamento jurídico previo; tal como sucede después de un proceso revolucionario (es decir, después de un radical cambio de Estructura Social), ya que, al manifestarse la revolución, ésta rompe con el esquema jurídico existente.

En otras palabras, el gobierno de facto que surge con posterioridad a un triunfo revolucionario, se convierte en el órgano creador (en forma originaria, pues su actividad no se sujeta rígidamente a ningún precepto preexistente) de las normas jurídicas; y éstas, a su vez, constituyen el fundamento de la validez jurídica del nuevo régimen.

De ahí la dialéctica interrelación entre el Gobierno Revolucionario (de Facto) y el Nuevo Derecho; ya que, aquél crea la norma jurídica en forma originaria (por cuanto la ruptura del anterior orden jurídico, implica la ilegalidad del régimen transgresor), como paso previo a la definitiva legitimación del mismo, a través del proceso de "Constitucionalización" (9).

Las Fuentes Derivadas, al contrario de las anteriores, son aquellas que para la validez y vigencia de las normas que origina, necesariamente deben fundamentarse en una norma o precepto jurídico anterior. Como tales, se ubica a:

-La Ley, considerada como la norma jurídica instituida a través del respectivo proceso de formación y dictada por órgano o autoridad competente (o sea, el titular de la potestad legislativa); la misma debe ob

(9) Proceso mediante el cual se pretende establecer la subordinación de todos los actos que emanen de los poderes Constituidos (que conforman el Gobierno Ordinario). A las disposiciones del ordenamiento jurídico surgido en el seno de una sociedad política, que se establecen, fundamentalmente, en una Constitución Escrita. ("Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 162).

servar, o al menos, no contradecir, los principios establecidos en la Constitución.

Implica entonces que la validez y vigencia de la Ley (secundaria), está sujeta a los principios constitucionales establecidos con anterioridad y que pretende desarrollar; es más, debe observar el proceso de formación previamente establecido para tal efecto.

-La Jurisprudencia, en cuanto que, el pronunciamiento reiterado de los jueces sobre puntos específicos del Derecho, surge dentro de los marcos más o menos amplios de la Ley.

3) Fuentes Inmediatas y Fuentes Mediatas. Esta clasificación se hace en orden al grado de obligatoriedad propia, que observa la Fuente como tal.

Valga decir entonces, que las fuentes Inmediatas, poseen en sí mismas la fuerza obligatoria (la obligatoriedad es intrínseca a la Fuente).

En cambio, las fuentes Mediatas, se caracterizan por carecer en sí mismas de tal obligatoriedad, pero no por ello dejan de ser obligatorias. Ahora bien, la fuerza obligatoria que poseen (o llegan a poseer) es por cuanto que la reciben, en forma mediata o derivadamente, de una fuente Inmediata.

En ese orden de ideas, la Ley (considerada la fuente inmediata por excelencia, ya que posee obligatoriedad propia), puede observar ciertos vacíos en su contenido, ya sea textual o interpretativo; entonces, para subsanar las insuficiencias que derivan de tales vacíos, puede remitirse a la Jurisprudencia o a la Costumbre, las cuales no poseerían en sí mismas la fuerza obligatoria, sino subsidiariamente, por remisión y derivación de la Ley.

4) Fuentes Directas y Fuentes Indirectas. La presente clasificación se basa en la capacidad que la fuente tenga para producir normas jurídicas.

En ese sentido, las fuentes Directas son aquellas que tienen la suficiente capacidad para producir por sí solas el Derecho.

En cambio, las fuentes Indirectas son aquellas que no pueden producir, en forma independiente, la normas jurídicas que constituyen el Derecho.

En virtud de tal situación, es por la que también se les denomina a estas últimas como fuentes Coadyuvantes; lo cual se explica de la siguiente manera: Las fuentes Indirectas o Coadyuvantes son incapaces de producir, por sí mismas, normas jurídicas; no obstante, contribuyen indirectamente a través de una fuente Directa a la creación del Derecho, utilizando la capacidad que le es propia, produzca normas jurídicas.

5) Fuentes Formales y Fuentes Materiales. Se diferencian de acuerdo al doble aspecto que observa el contenido del Derecho y de las formas que este tiene de manifestarse.

Con referencia a las llamadas Fuentes Materiales o Reales, como fuentes del contenido de las normas, se dice que son todos aquellos factores y elementos de la realidad, sea ésta natural (tanto en el orden físico, como en el psíquico), cultural, económico, social, etc., que inciden, determinando, el contenido de la norma jurídica y, además, le suministran su substancia.

Los antes referidos factores y elementos que se abstraen de una determinada realidad objetiva específica, sea en la forma en que ésta se manifieste, no son otra cosa más que las necesidades o problemas (natura

les, culturales, económicos, sociales, etc.), que el legislador tiende a resolver a través de la aplicación de la particular norma jurídica y, además, lograr la consecución de los objetivos, las finalidades o los valores que el legislador se ha trazado (y propuesto) querer realizar en el medio social para el que legisla y hacia el cual se ha orientado la norma jurídica a aplicarse.

Por su parte, las fuentes Formales son los diversos modos de manifestación de las normas jurídicas y de las formas que reviste su aparición en la vida jurídica, en relación a su origen.

De todas las acepciones y clasificaciones antes relacionadas sobre las Fuentes del Derecho, interesa, por observar relevancia jurídica-técnica, la clasificación que se hace en orden a los diversos modos de manifestación de las normas jurídicas y de las formas que su aparición reviste en la vida jurídica; es decir, la que diferencia entre **FUENTES FORMALES Y FUENTES MATERIALES (o REALES)** de las normas jurídicas.

Tal clasificación observa suma importancia, en razón al carácter eminentemente formal del Derecho y, en que lo más propio y determinante en la constitución del mismo, son las formas que imprime a los variados y cambiantes contenidos que informan sus instituciones; punto en el cual, las Fuentes Formales adquieren importancia, además de jurídica-técnica, científica.

Valga aclarar que, las Fuentes Materiales de las normas jurídicas son innumerables (10), en cuanto a que, cualquier realidad (considerada ésta como reflejo de relaciones entre los hombres), puede proporcionar

(10) Ver nota de la página 25 Capítulo I.

la substancia de una norma jurídica. Así, por ejemplo, puede apreciarse en diversos ordenamientos jurídicos, que existen disposiciones atinentes a la edad para que la persona pueda ser considerada legalmente capaz de laborar (o sea, capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones laborales), los cuales varían de un orden a otro, pero que siempre están determinadas o, en otros términos, reciben su contenido de diversos factores de carácter biológico (en cuanto aptitud física para la realización de una obra o la prestación de un servicio), psíquico (reflejado en el desarrollo y la madurez anímica necesaria para mantener la compleja relación laboral), etc.; entonces, con mucha más facilidad, pueden encontrarse normas cuyo contenido provenga de realidades físicas, artísticas, científicas, económicas, religiosas, políticas, en fin, de cualquier relación que se de entre los sujetos que conforman la sociedad; o, incluso, de la relación hombre-naturaleza (por ejemplo, las normas de protección, conservación y fomento de los Recursos Naturales Renovables).

En cambio, las formas que una nueva norma tiene de aparecer e incorporarse en el ordenamiento jurídico, son muy limitadas. Sobre este punto, la opinión más generalizada, se centra en considerar que las Fuentes Formales del Derecho, son:

1) La Ley, considerada en el amplio sentido de norma legislada; o sea, agrupando a toda aquella norma jurídica de carácter general que ha sido establecida de manera deliberada y consciente, por órganos con Potestad Legislativa (es decir, por las supremas potestades políticas de un Estado).

La Ley constituye la fuente principal del Derecho, por cuanto se le da ese nombre específico a determinadas reglas jurídicas de observan-

cia general, que han sido formuladas y promulgadas por uno o varios órganos del Estado, dándole seguimiento a un específico proceso (el llamado "Proceso de Formación de la Ley" o "Proceso Legislativo"); las cuales, en conjunto, conforman la Legislación.

De ahí entonces su importancia, por cuanto a la Legislación se le denomina como "Ciencia de Leyes"(11) compuesta por un conjunto o cuerpo de leyes mediante las cuales se gobierna un Estado, o una materia determinada.

Resumiendo, si el Derecho es un Sistema de normas coercibles, que tiene por objeto regir la conducta humana en su interrelación (convivencia) social, y este Derecho es producto de la Legislación, no podría existir "Ciencia" del Derecho y sería imposible regir la conducta del hombre en la sociedad, si no existiera la "Ley" Jurídica (12).

2) La Costumbre Jurídica, conceptualmente, se le considera como: "El conjunto de normas jurídicas que se constituyen y manifiestan mediante la repetición, más o menos constante, de ciertos actos uniformes (análogos), por parte de una comunidad o de un grupo social determinado, ante circunstancias de idéntica naturaleza.

(11) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 419.

(12) Para diferenciarla de la Ley Científica, se entiende por "Ley Jurídica" a toda aquella norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas aplicables en determinados tiempo y lugar; dentro de esa idea, se entiende que comprende a todos aquellos preceptos dictados por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.

("Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 424).

En tanto forma creadora de normas jurídicas, se considera a la Costumbre como el modo más elemental de crearse el Derecho e, históricamente, anterior a cualquiera de las Fuentes Formales; y que da, a su vez, el fundamento sobre el cual se asienta el Derecho Consuetudinario.

3) La Jurisprudencia, referida a la interpretación que de la Ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.

Así pues, la Jurisprudencia se entiende como el criterio uniforme de resolver una determinada cuestión jurídica que resulta de una serie de fallos concordantes dictados por un mismo órgano jurisdiccional, en casos de idéntica naturaleza (13). (Ello se refleja en el Art. 3 de la Ley de Casación).

Se clasifica como Fuente Formal, por cuanto influye determinante-mente en la toma de decisiones que hacen los jueces u órganos jurisdiccionales, al momento en que éstos dictan sentencia o cualquier otro tipo de fallo, aplicando la norma jurídica al caso concreto o específico que se trate. Y, es mediante el modo de fallar que adopten, como crean la nueva norma jurídica, la cual se aplica posteriormente a los nuevos casos singulares de la misma naturaleza que las que, anteriormente, han resuelto uniforme y repetidamente.

4) La Doctrina. Definida como el conjunto de tesis y opiniones mediante las cuales, los tratadistas y estudiosos del Derecho, explican y fijan el sentido de las Leyes existentes o sugieren soluciones para questiones aún no legisladas (14)

(13) "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 410.

(14) Op. cit., página 262.

Se le entiende como Fuente Formal del Derecho, sólo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico se remite a ella y le delega la función creadora (con la consiguiente fuerza obligatoria).

En oposición a lo anterior, la Doctrina tendrá importancia como Fuente Mediata del Derecho; por cuanto la Doctrina de los autores, en su naturaleza y carácter, no es una norma, sino, la pretensión de obtener un conocimiento íntimo, con una finalidad teórica, de la norma jurídica.

CAPITULO III

DERECHO CONSTITUCIONAL

Antes de desarrollar el presente capítulo conviene establecer y esclarecer lo que debemos de entender por "Constitución" y "Derecho Constitucional". El Derecho Constitucional definiéndolo, es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de estos entre sí y con los particulares (1), definiéndola en forma más clara, el Derecho Constitucional sería el conjunto de normas jurídicas, fundamentales y principales, organizadoras de la sociedad estatal, sistematizadoras de sus instituciones, limitadoras de la discrecionalidad y arbitrariedad de los gobernantes, garantizadora de los derechos y libertades de los ciudadanos y orientadoras o directoras de la Política del Estado (2). Debemos de tener especial cuidado cuando utilicemos el concepto "Constitución", pues éste puede entenderse en dos sentidos básicos: El sentido formal y el sentido material.

Desde el punto de vista formal la palabra constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura fundamental del Estado; desde el punto de vista material, en cambio, aplícase a esa misma estructura, es decir a la organización política, a la competencia de diversos poderes(3) y a los principios concernientes al status de las personas.

(1) ABELARDO TORRE. Introducción al Derecho. página 495.

(2) J.A. González Casanova. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. página 193.

(3) Llamados hoy "órganos" en nuestra Constitución vigente.

En un primer sentido (propio de las ciencias naturales), la constitución de una cosa es su estructura esencial, su conformación, el modo en que está configurada, en virtud de la peculiar situación de sus elementos, y la forma en que estos se hallan relacionados entre sí; es natural que el pensamiento humano en un principio tendiera a aplicar este sentido material de constitución a las comunidades humanas, incluida la política. Este sentido material de constitución se halla aún vigente para aquellos constitucionalistas que distinguen entre las leyes fundamentales o constitución en sentido formal y la verdadera o básica o sea la suma de los factores reales de poder.

De acuerdo con esta doble posibilidad cabe hablar de Derecho Constitucional tanto en sentido formal como material. La acepción en que aquel concepto se tome, dependerá de la forma en que la palabra "constitución" se emplee.

Si entendemos el término en sentido material, habremos de admitir que todo estado tiene una constitución, tomada, en efecto, la constitución, en su acepción amplia. Se trata entonces, de un concepto de alcance y de valores muy generales. Si se quiere llegar a una situación intelectual hay que limitar la palabra "constitución" a la constitución del Estado, es decir a la unidad política de un pueblo, país o república.

La palabra constitución tiene, por tanto, diversos sentidos según los momentos históricos; en el presente, tal diversidad de acepciones nos permite destacar la riqueza significativa de una palabra que hoy se refiere, por lo común, al documento escrito que contiene la Ley fundamental de un Estado.

Es justo pues, el concepto de **LEX FUNDAMENTALIS**, que nos permite enlazar la antigua palabra latina "constitutio" con el actual sentido de constitución, grandemente ligado al "instrumental" de documento escrito, tomando esto como una regla general, siendo su gran excepción el Derecho Constitucional de Inglaterra, que se caracteriza por ser consuetudinario, no escrito.

3.1 ANTECEDENTES, ORIGEN Y EVOLUCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Desde que la humanidad ha entrado a la era de las instituciones, los pueblos civilizados, han vivido tres etapas sucesivas: Primera, la edad de la costumbre, de las instituciones primitivas y de las naciones; Segunda, la edad de la discusión, de la ley escrita y del Estado (como ente político); Tercera, la edad constitucional. Cada una de estas etapas ha tratado de salvar los inconvenientes de la que la ha precedido.

La etapa de la costumbre y de las instituciones primitivas tuvo la necesidad de organizarse para evitar los inconvenientes de la libertad ilimitada de la primera era del mundo (4), porque la convivencia social había llegado a esa altura de la historia social a ser imposible, dada la incompatibilidad existente entre el trabajo regular y la movilidad, esta última como característica propia de los primeros hombres, que por el desarrollo y capricho propio era nómada.

Es difícil hacer conjeturas, acerca de la época de aparición de las instituciones primitivas, pues por mucho que nos remontemos en la historia, siempre encontraremos instituciones, aunque sean de naturaleza arcaica.

(4) Llamada por el Materialismo Histórico como la Comunidad Primitiva.

Si hacemos una observación a la edad del Neolítico, considerado parte de la prehistoria de la humanidad, tendremos que referirnos necesariamente a la edad de la piedra pulimentada, y es cuando con mucha certeza puede emplazarse la aparición de las instituciones sociales. La edad de piedra pulimentada ha precedido a la de bronce y la de cobre, como ésta a su vez, ha precedido a la de hierro; dentro de la perspectiva del materialismo histórico, y tomando como fundamento el desarrollo histórico-social, de conformidad al libro de Federico Engels denominado "El origen de la Familia", el período neolítico se ubicaría en el estadio superior de la Barbarie y los orígenes o estadio inferior de la Civilización, el clima es parecido al actual, la fauna idéntica a excepción de algunas especies ya extintas, los hombres se dedican a la agricultura y a la ganadería; no habitan en cavernas, sino en chozas, en tiendas al aire libre o en casas construídas sobre pilotes, las cuales se aglomeran en aldeas; tienen animales domésticos, cultivos, cerámicas, arquitecturas, ideas religiosas, etc. existe evidentemente estabilidad social, en el sentido de sedentariedad, han ocurrido las tres grandes revoluciones sociales, y, por consecuencia, costumbres e instituciones.

Hacia fin de la edad de las costumbres primitivas aparecen las naciones en la civilización mediterránea, una vez que las sociedades se establecieron en el suelo de un modo definido; con esta fijación en el suelo y con los progresos de la población los cuadros sociales primitivos se rompen y se hacen necesarios otros nuevos, más vastos y flexibles; estos serán los cuadros nacionales.

La formación de las naciones (5) es un fenómeno de mucha importancia; primero porque dura y continúa en el mundo por los movimientos contradictorios del nacionalismo y del internacionalismo; segundo, porque las naciones constituyen la materia prima del Estado; y tercero, porque, desde el punto de vista constitucional, engendran oposición entre el poder de gobierno y la soberanía nacional.

Es razonable que, durante muchos siglos que dura la formación de las naciones, los grupos sociales no hayan carecido de una organización política y social. Una nación posee todos los elementos posibles de organización, excepto la centralización política, que le será proporcionada más tarde en virtud de su transformación en un Estado.

Obviamente, en las poblaciones que han llegado al estadio nacional, existía previamente el cuadro completo de la vida privada o de la vida civil, tal como hoy la concebimos, como la vida social por excelencia. Hay un régimen de familia que arranca de los remotos orígenes de la familia matriarcal; un régimen de propiedad privada y de comercio de bienes que se ha establecido con el sedentarismo pleno.

En las antiguas civilizaciones, que ya estaban constituídas en naciones, estas organizaciones de vida civil constituían una especie de Derecho común que los jurisconsultos romanos llamaban el Jus gentium (6), y que estaba, sin embargo, modificado por las particularidades del Derecho Civil de cada nación. Este régimen civil ha continuado siendo un ob-

(5) Se puede definir así a las naciones: grupos de población fijados en el suelo, unidos por un lazo de parentesco espiritual que desenvuelve el pensamiento de la unidad del grupo mismo. MAURICE HAURIOU. Principios de Derecho Público y Constitucional, página 31.

(6) Derecho de gentes. Manuel Ossorio. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales".

jetivo del Estado mismo, aunque, en algunos Estados ha sido objeto esencial y para otros ha sido irrelevante, casi en su totalidad. En resumen, la nación, como unidad viviente, está larvada.

Cuando una población ha salido de las costumbres y de las tradiciones orales para entrar en la época de la escritura, se producen entonces grandes cambios.

La discusión llega a ser posible porque las ideas fijadas por la escritura no corren el riesgo de volatizarse por la controversia ya existente, y porque la escritura propaga por doquier las nuevas ideas, sin temor de ser cambiada como sucedería, si las ideas se transmitieran oralmente. La prueba suprema de que existe una íntima vinculación entre la escritura y la discusión está en la imprenta, que es una escritura mecanizada y que en los tiempos modernos ha ayudado grandemente a la difusión de las ideas. Desde que la discusión es posible comienza a emplearse en los cenáculos donde se practica la escritura. En la edad media comenzó por las disputas teológicas y escolásticas en los monasterios y en las Universidades, únicas instituciones donde existían manuscritos.

La edad de la discusión se estableció lentamente en los asuntos políticos, y lentamente también descendió a las Asambleas populares. Fue tan difícil plegar a los hombres a las costumbres primitivas, como lanzarlos a la discusión, a la crítica y a la controversia.

Cuando se extendió suficientemente la escritura, se pensó en la conveniencia de redactar las costumbres, ordenándolas al escribirlas. Bajo esta forma de transición es como aparece la ley escrita; la redacción proporciona el mecanismo para introducir modificaciones en las costumbres, y, en la realidad, se hacen leyes. El poder de legislar por

escrito para los casos nuevos se sobrepondrá al poder de redactar las costumbres, hasta que llegue a suplantarlo totalmente.

Evidentemente la historia nos prueba la afinidad entre el Estado y la escritura que se ve reflejada en las leyes escritas, no obstante, y a pesar de las diversas afinidades, el Estado tiene orígenes históricos propios, y, por lo general, está determinado por las exigencias e intereses de la clase social hegemónica. La forma del Estado se reduce a una centralización política y jurídica; un gobierno central se superpone a la multiplicidad de los poderes nacionales, y un solo cuerpo de leyes o Derecho llega a sustituir a la multiplicidad de las costumbres nacionales, existe pues, unidad de gobierno y de Derecho.

La centralización de la nación, movimiento operado bajo la doble acción del poder gubernamental del Estado (7), en una época de discusión y de crítica, concluye en una reorganización racional de la nación.

Sería absurdo negar la superioridad del régimen de Estado, lo que puede traducirse perfectamente en Poder del Estado, que es de calidad superior, debido a que es un poder de superestructura, porque se ha superpuesto a los poderes primitivos y sobre todo porque a esta altura de la historia, cuenta con una fuerza militar que le sirve de defensa y de expansión exterior.

Conviene establecer una distinción entre los Estados Antiguos y los Estados Modernos. En los Estados Antiguos la discusión no se admitía

(7) Marta Harnecker, en su Libro "Los Conceptos Fundamentales del Materialismo Histórico", página 115, resume la doble función del Estado de la siguiente manera: El Estado tiene una doble función: Técnico-administrativa y de dominación política.

en lo concerniente a las creencias religiosas oficiales; había una religión de Estado, y, por ende, no era completa la libertad de conciencia; en los Estados Modernos existe una relativa libertad de conciencia. En cuanto a religión, cabe mencionar el Cristianismo, no solo porque con él se establece la separación entre Iglesia y Estado, sino porque para la fé cristiana es esencialmente una adhesión individual de la conciencia, movimiento que se produce libremente después de una incesante predicación y en medio de las contradicciones. El Cristianismo desde el punto de vista del Materialismo Histórico tiene sus orígenes en el Modo de Producción Esclavista.

El Estado por su naturaleza misma es coercitivo y desde sus orígenes ha empleado la fuerza militar para proteger a sus detentores, violando libertades y derechos inherentes a la humanidad, traducido esto en una forma más clara en, arbitrariedad e injusticia. Es comprensible que cuando, durante muchos años, se sigue una política semejante, que llega a repercutir en los derechos de los habitantes de una nación, se produzca una alteración de orden, sembrándose en todas partes, incluso en las posesiones coloniales, gérmenes de conspiración e insurrección.

El régimen constitucional ha comenzado a construir la baranda de seguridad contra el poder estatal.

Esta es la ~~edad~~ ^{era} en que las naciones, asustadas de la exageración del Estado y de los peligros que sus errores hacen correr a la libertad y la justicia, se esfuerzan en reaccionar restaurando, en los cuadros mismos del Estado, un orden de cosas esenciales; comienza el génesis del Constitucionalismo Moderno.

Es necesario aclarar que todas las Constituciones escritas de la época moderna resultan relativamente recientes, en cuanto no se remontan más allá de la época de las Revoluciones norteamericana y francesa.

Sólo la Gran Bretaña entre todos los Estados contemporáneos, constituye, en cierto sentido, la excepción a la regla mencionada, en cuanto presenta, al lado de un número considerable de normas consuetudinarias, con frecuencia provenientes de la Edad Media, a numerosas leyes ordinarias en materia Constitucional, promulgadas en los últimos decenios, varios actos normativos solemnes de edad muy remota, como la Magna Carta de 1215, el Bill Rights de 1689 y el Act of settlement de 1701.

El Derecho Constitucional, en cuanto a ciencia, como disciplina autónoma y sistemática es reciente, nace hasta entrado del siglo XIX, con uno u otro nombre aparece una tradición dentro de las ciencias políticas contemporáneas, a veces como Derecho Político, pero ya antes se pensaba en delimitar y profundizar cuestiones objetivas del Derecho Constitucional. Las primeras cátedras de Derecho Constitucional se dieron en Italia, en Pavia 1817 y Bolonia en 1878, teniendo en Francia lugar su codificación científica, formándose la disciplina que se ha conocido y denominado Derecho Constitucional común. El Derecho Constitucional en el sentido de régimen jurídico, data en general de la segunda mitad del siglo XVIII, que es cuando comienza el proceso mundial de surgimiento de Estados Constitucionales, con la organización de los Estados Unidos de Norteamérica en 1776 con su Constitución Federal de 1787 y en Francia con la Revolución de 1789. Pero en realidad, si bien en esa época comenzó un proceso mundial que se intensificó en el siglo XIX, es de reconocer que la cuna del Constitucionalismo ha sido Inglaterra, porque fue

allí donde primero se logró el reconocimiento efectivo y estable de los derechos fundamentales; ello ocurrió a fines del siglo XVII, con el afianzamiento definitivo del Parlamento sobre el Rey.

Conviene establecer que el primer país que se organizó institucionalmente (separación entre poder constituyente y poderes constituídos) fué Estados Unidos, y su Constitución ha sido la fuente inspiradora del régimen constitucional de los países latinoamericanos.

Hay que distinguir, dentro de las normas jurídicas, la ley de la costumbre, destacando la primera por ser la forma característica del Derecho Estatal y por haber prevalecido históricamente sobre la segunda en la mayoría de los Estados. Sin embargo, hay que mantener en todo momento unidos ambos tipos de normas; pues, en la práctica histórica, no puede trazarse una escisión radical entre una y otra; hay casos concretos, que con anterioridad hemos señalado.

Del recorrido histórico se desprende con cierta nitidez una serie de fases del proceso de construcción del Estado, veamos:

1a.) Revoluciones liberales frente al absolutismo monárquico. Las más importantes sin duda fueron, las inglesas de 1642 y 1688; la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791. Esta última abrió un ciclo revolucionario liberal en Europa.

2da.) Contrarrevoluciones restauradoras del antiguo régimen, como reacción al Liberalismo.

3era.) Revoluciones democráticas contra el Estado Liberal, las cuales al fracasar, lo consolidan a lo largo del siglo XIX europeo.

4ta.) Democratización del Estado Liberal, mediante reformas al sistema de representación y de sus instituciones políticas.

5a) Creación de Estados Socialistas y creación de nuevos Estados en las ex-colonias europeas.

A estas fases del proceso estabilizador moderno corresponden los siguientes movimientos de constitucionalización:

A) Los grandes modelos fundacionales del Estado contemporáneo.

Al primer gran período de revolución liberal corresponden los tres grandes modelos fundacionales del Estado contemporáneo: La Constitución Británica (cuya forma excepcional, prácticamente inimitada, no ha impedido, una irradiación universal de su principal contenido); la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787; y la Constitución Francesa de 1791.

En cuanto al primer modelo fundacional del Estado, hay que destacar la originalidad de la Constitución Británica; para mejor comprensión hay que retroceder en la historia, exactamente al período medieval que en el siglo XVII, fue imponiendo progresivamente en Inglaterra la soberanía del Parlamento sobre los monarcas. Hasta tal punto que la ruptura del pacto entre Carlos I y los Comunes en 1642 acabó con la vida del Rey y en la proclamación por Oliverio Cromwell, dictador comisionado por el Parlamento del Estado libre de Inglaterra. Oportuno es aclarar que la privatización del Derecho Público en la Edad Media había hecho de las Constituciones, unos contratos o pactos entre poderes según los usos políticos. El pacto entre el Rey y el Reino (que representa eje de las relaciones entre los monarcas y las Asambleas representativas) se halla en el origen histórico de las leyes fundamentales de la Edad Moderna. Las Constituciones medievales se consignaban por escrito (a diferencia de las leyes, que eran decretos imperiales del monarca o simples órdenes

personales) por su carácter de contrato o pacto, es decir, para dejar constancia y memoria perpetua de lo convenido, para poder alegar así, la obligación contraída y el derecho eventualmente violado. A manera de ejemplo, la revolución inglesa de 1642, que ajustició al Rey Carlos I, y la independencia de las trece colonias norteamericanas en 1776, que corta los lazos políticos con la Corona Británica, se fundamentaron en el principio medieval de ruptura del pacto fundamental entre el Rey y su pueblo.

Luego de la imposición del Parlamento inglés sobre el Rey y a partir de esta ruptura política fundamental, Cromwell inició la fundación soberana de un nuevo estado e intento imponer lo que se ha considerado como la primera Constitución o Ley Fundamental moderna, el Instrument of Government de 1653; sin embargo, su carácter coercitivo impidió que el Parlamento lo aceptáse. Tampoco lo aceptaron Escocia e Irlanda, naciones que Cromwell unió a Inglaterra y que, pese a integrarse sus parlamentarios en el Parlamento Inglés, siempre conservaron su conciencia nacional. Muerto Oliverio Cromwell en 1658 sin haber aceptado la Corona que le ofreció el Parlamento, pese a todo, se produjo la restauración monárquica y, de nuevo, en 1688, el Parlamento exigió la limitación de los poderes del Rey y proclamó la soberanía Parlamentaria. La consecuencia de este principio (que no ha variado substancialmente hasta hoy) es la imposibilidad de que el Reino Unido tuviera una Constitución o Ley Fundamental que limitara formalmente los poderes del Parlamento y que fijara establemente y con garantías un pacto Federal entre las naciones del Reino Unido. De esta soberanía unitaria y parlamentaria se deduce fácilmente la originalidad de la Constitución Británica. La libre

voluntad del Parlamento ha ido creando leyes de contenido constitucional a lo largo de los siglos, pero también ha conservado costumbres y convenciones. La opinión política ha controlado severamente las prácticas políticas del Parlamento, de los Gobiernos y de la Corona. El equilibrio de poderes se ha mantenido siempre dentro de la hegemonía del Parlamento. Todo ello sin "Constitución" como documento instrumental soberano, como texto legal que impone a todos los poderes y que no puede ser modificado fácilmente. La Constitución Británica, casi se confunde con la llamada Constitución material o régimen político que, social e históricamente, se produce en el Reino Unido. Es una amalgama de leyes escritas y de convenciones y costumbres políticas que, a menudo, tienen más fuerza que las leyes. Esta carencia de un texto único con carácter de super ley, supone una forma constitucional muy libre.

En cuanto al segundo modelo fundacional del Estado, hay que resaltar el carácter fundacional de la Constitución Norteamericana. Así pues, en puridad, la primera Constitución que reúne todos los requisitos tópicos del Estado Liberal es la de los Estados Unidos de América del 17 de Septiembre de 1787. Fue aprobada por una Asamblea Constituyente, representativa de las ex-colonias británicas. Incorpora a su texto, mediante algunas enmiendas inmediatamente posteriores, una tabla de derechos fundamentales garantizados; procede a una taxativa división de poderes; crea un Estado Federal, es decir funda la unidad del Estado a partir de Estados independientes soberanos, según el principio federador de Montesquieu, quien veía en una Gran República Federal el mejor sistema de equilibrios de poder. La Constitución Federal Norteamericana, no solo crea una Gran República formada por repúblicas pequeñas (los Estados que

constituyen la Unión), sino que otorga un gran poder de dirección y de gobierno al Presidente de la República y divide el poder legislativo en dos Cámaras, el Senado, de base oligárquica y conservadora, representante de los diversos Estados, y la Cámara de Representantes, de base democrática y nacional. La Constitución Norteamericana ha servido de modelo, su proclamación del derecho a la auto determinación de los pueblos, su origen constituyente popular y su republicanismo ha influido en las diferentes etapas de constitucionalización.

En cuanto al tercer y último modelo fundacional del Estado, es decir la Constitución Francesa de 1791, ésta influyó en las Monarquías europeas del siglo XIX, no obstante que estuvo vigente en un período muy corto debido a su incumplimiento, por parte de Luis XVI a quien el pueblo ajustició previo destronamiento; al final del reinado de Luis XVI, la burguesía liberal que ostentaba el poder político en forma hegemónica convirtió los Estamentos generales de 1789 en una Asamblea Nacional Constituyente; las teorizaciones de Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, quedaron reflejadas en esta primera Constitución europea, que consagró (formalmente) un nuevo tipo de régimen político: La Monarquía limitada en el marco de un Estado liberal de Derecho; La Constitución Francesa de 1791 inauguró toda una tradición constitucionalista del continente europeo.

B) Epoca de las Cartas Otorgadas.

El sustantivo de cartas otorgadas, deriva de una serie de documentos constitucionales, que en la generalidad eran llamados Cartas que los monarcas tuvieron que conceder ante la presión popular en la etapa contrarrevolucionaria restauradora del antiguo Régimen absolutista. En

estas cartas otorgadas, toda la autoridad residía en el Rey; pero el monarca las otorgaba bajo presión de su reino. Las cartas otorgadas en cuanto a su alcance liberador fué muy limitado; el carácter de concesión expresa el intento contradictorio de los monarcas absolutistas de hacer compatibles su soberanía tradicional con ciertas libertades de los estados. El carácter contradictorio radica en la no compatibilidad de soberanías antagónicas, la del Monarca y la Nación. Como paliativo los monarcas acudieron al pacto Rey-Reino; ejemplos: Jose Bonaparte, rey de España en 1808 otorgó a los españoles la Constitución de Bayona; Luis XVIII de Francia otorgó la Carta Constitucional en 1814.

No obstante de ponderar los movimientos de constitucionalización, hay factores que contribuyeron en forma decisiva a la formación del Derecho Constitucional como técnica autónoma y sistemática, dichos factores son:

1- La simplificación de la organización jurídico-político del Estado absolutista, surgiendo el sistema de la División de Poderes creado por Montesqueau, (a finales del siglo XVIII, con posterioridad a los grandes modelos fundacionales del Estado contemporáneo).

2- Las Constituciones escritas, con una esfera clara y sistemática, surgiendo con ellas el orden jurídico del Estado.

3- La conciencia e ideología política dominante del siglo XIX, que experimenta y vive altos criterios axiológicos, que considera a la norma, como una expresión de valor político que ayuda a la formación de un sistema de conceptos y de principios que demandan reivindicación.

La evolución constitucional puede ser dividida con gran facilidad en una serie concatenada y correlativa de ciclos, períodos o movimientos

constitucionales, según el criterio personal del investigador, pero la evolución constitucional puede ser dividida en forma esencial en dos grandes períodos (8).

El primer período de la evolución constitucional llega hasta 1918 y comprende cinco ciclos de constituciones. Este período se distingue por la adhesión de diversos textos constitucionales a los principios y doctrinas que caracterizan el llamado **CONSTITUCIONALISMO CLASICO**. Este período va de 1787 a 1918, en él se sucede un desarrollo progresivo de cinco ciclos, que comprenden igual número de Constituciones:

a-Revolucionarias del siglo XVIII, de 1787 a 1799. Este primer ciclo de constituciones se inició en 1776 con la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica; por primera vez en la historia se enunciaron afirmaciones de carácter universal respecto al derecho de todo pueblo a autogobernarse. En la Convención de Filadelfia en el año de 1777, fueron aprobados los artículos de la Confederación que para ese entonces eran trece, y que estaban destinados a convertirse en el primer texto constitucional federal moderno.

Las formulaciones de la Constitución norteamericana, eran bien conocidas por autoridades exponentes de los movimientos revolucionarios franceses, que se disponían a sacudir el ordenamiento estatal.

Referente a Francia, entre 1789 a 1799 se expidieron los siguientes documentos:

1º) "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", 26 de Agosto de 1789.

(8) Son varias las consideraciones y clasificaciones respecto al número de períodos y ciclos constitucionales, hemos adoptado esta división por considerar que es la más completa e ilustrativa. (Ver Biscaretti Di Rufia. La Genealogía de las Constituciones Modernas).

2º) Las Constituciones de los girondinos en Febrero de 1793, y la de los jacobinos en Junio de 1793. Su importancia radica en los "derechos sociales" que por vez primera eran enunciados en un texto legislativo.

3º) La Constitución del Directorio, 22 de Agosto de 1795, teniendo como novedad la fórmula singular de gobierno colegiado.

Referente a América Latina, la Constitución Federal norteamericana tuvo repercusiones hasta la primera mitad del siglo XIX, que es cuando las colonias españolas obtuvieron su emancipación.

b-Napoleónicas, de 1799 a 1815. A la Constitución del Consulado de 13 de Diciembre de 1799 (en donde Napoleón Bonaparte asumía la calidad de primer cónsul) siguió el Senado-consulta de 1802 que nombró a Napoleón Cónsul Vitalicio, y en 1804 la Constitución que estableció el Imperio, Imperio que fue derribado y con él cayeron diversos reinos, dotados generalmente de Constituciones especiales, creadas por Napoleón; en 1815, el Acta Adicional a las Constituciones del Imperio hizo el intento fallido de reconstruirlo por medio de una democratización.

c-De la Restauración, de 1815 a 1830. Las Constituciones legitimistas de la Restauración, produjeron pocas aportaciones sustanciales a la evolución de los ordenamientos Constitucionales europeos. El legitimismo fue requerido para salvar a Francia para así devolver las fronteras.

d-Liberales, de 1830 a 1848. El legitimismo cambió los Reinos absolutos en "autocracias constitucionales", y la Gran Bretaña cambió a una "aristocracia constitucional". Entre 1830 y 1848 aparecieron en Europa Constituciones inspiradas en las doctrinas liberales. En Francia, la Carta de Luis Felipe, de 1830, representó una primera solución de com

promiso, pues reformó el ordenamiento aceptado en 1814, pretendió hacer funcionar la monarquía en sentido parlamentario.

En Gran Bretaña, la Reform Act de 1832 amplió el sufragio, hizo más representativa la Cámara de los Comunes.

Fue en Bélgica en los años de 1830 y 1831 donde el legitimismo sufrió el más grande revés, por medio de su separación revolucionaria del Reino de Holanda. La Constitución Belga, proponía una monarquía parlamentaria. A este modelo se vincularon la Constitución prusiana de 1848-1850, que a su vez sirvió de inspiración a la del Japón de 1889, la del Reino de Cerdeña de 1848; también Constituciones de nuevos Estados como Grecia de 1864, 1911 y 1952; de Rumania de 1866 y 1923; y en Bulgaria de 1881, 1893 y 1911.

e-Democráticas, de 1848 a 1918. De la mitad del siglo XIX hasta los primeros años del siglo XX se dieron en Europa numerosas Constituciones, que se conceptualizan como democráticas, estaban proyectadas a la admisión progresiva de todas las clases sociales en el poder. En Francia con las tres Leyes Constitucionales de 1875; en Gran Bretaña el sentido democrático completó su curso, reduciendo con la primera Parliament Act de 1911, las atribuciones de la Cámara de los Lores, ordenamiento que fue reformado con mayor fuerza por la segunda Ley de 1949; otorgándose el sufragio universal en 1918, extendido al género femenino en 1928, diez años después.

El ciclo de las Constituciones democráticas hizo presencia en los siguientes países y Colonias autónomas: Dinamarca (en 1849-1866 y 1915), Holanda (en 1887), Luxemburgo (en 1848-1888 y 1919), Alemania (en 1849-1867 y 1871), Canadá (en 1867), Australia (en 1900) y Sudáfrica(en 1909).

El segundo período de la evolución constitucional va de 1918 hasta la actualidad. Al final de la primera Guerra Mundial las nuevas Constituciones comenzaron a diferenciarse profundamente, se estaban dando lugar a una nueva serie, mejorada y actualizada de Constituciones en los Estados de Democracia Clásica de Europa Occidental; el Constitucionalismo fundacional de la Unión de Repúblicas Soviéticas encontraba amplia aceptación en varios Estados de Europa Centro Oriental, aunado con otro fenómeno histórico, la crisis del Constitucionalismo Clásico o del Democrático en Italia y en Alemania. En el continente Africano surgían nuevos estados producto de la descolonización.

Al efectuar un estudio de las Constituciones expedidas en los Estados de Democracia Clásica desde el año de 1919 a la actualidad es conveniente separar dos movimientos constitucionalizadores.

El primer movimiento, sucedió en los años de 1919, se expidieron numerosas Constituciones Democráticas Racionalizadas.

Como consecuencias de la primera Guerra Mundial, es la creación de nuevos Estados nacionales y la desaparición de varios imperios plurinacionales, como los de Austria, Alemania y Turquía y en cierto aspecto, Rusia, lo que permitió la formación de pequeños Estados Nacionales, los que adoptaron en su mayoría gobiernos republicanos de democracia radical como reacción popular al centralismo autoritario de las monarquías depuestas. Las nuevas Constituciones Democráticas Racionalizadas se formularon en Estados de nueva formación, entre ellos podemos señalar: Finlandia de 1919, los Estados Bálticos de 1919 -1922, Polonia de 1921, Checoslovaquia de 1920, Yugoslavia de 1921 y de 1931. También los Estados que sirvieron de base a los regímenes derrotados en la guerra

adoptaron Constituciones Democráticas, como Grecia (1927) e Irlanda (1922, ya independizada de Inglaterra). También surgieron en los Estados vencidos, los cuales sobrevivieron, sólo por modificaciones sustanciales, señalándose las Constituciones de Alemania de 1919 (conocida como Constitución de Weimar), de Austria de 1920, con sus modificaciones posteriores de 1925 y 1929; de Hungría de 1920; y de Turquía de 1924.

Algunos Estados que habían permanecido neutrales tuvieron, no obstante, que democratizar sus ordenamientos, como ocurrió por ejemplo en España que se mantuvo al margen de las consecuencias directas del final de la Guerra, pero profundamente influida, España proclama la segunda República y se da democráticamente la Constitución de 1931.

Tarea difícil es exponer en detalle el contenido de cada una de las Constituciones antes mencionadas, pero no olvidemos que las mismas intentaron racionalizar los mecanismos de gobierno.

En este período, la expresión de limitación del gobierno por medio de la Teoría de los pesos y contrapesos de los poderes, la hegemonía de los Parlamentos, la proclamación de "Derechos Sociales" junto a los tradicionales Derechos Liberales y de los "Derechos Políticos" constituyen las principales innovaciones de un movimiento constitucionalizador que aspiraba la renovación o fundación de sus Estados. Hay que reconocer, que varias de estas Constituciones, se consideraron en exceso teóricas, pues fueron más el producto de elaboraciones doctrinales de gabinete, que del resultado de apreciaciones concretas. En todo caso, se habla de "Constituciones de Profesores", en cuanto ilustres conocedores del área constitucional colaboraron más que en su redacción a la elaboración, podemos citar a Preuss en Alemania de 1919, Kelsen en Austria de 1920 y

Posada en España de 1931.

El segundo movimiento constitucional, es posterior a la segunda Guerra Mundial y a la derrota de los regímenes autoritarios. Al terminar la segunda Guerra Mundial los constituyentes de Europa Occidental no ocupada por las fuerzas armadas soviéticas, permanecían fieles a los esquemas constitucionales clásicos, pero intentaron una actualización sustancial en el plano social y una equilibrada racionalización, dando así origen a las Constituciones de tipo Democrático-Social. Entre ellas podemos mencionar la de Islandia de 1944, de Francia de 1946 y 1958; de Italia de 1947; de Alemania Occidental de 1949; de Grecia de 1951; y de Turquía de 1946.

El período entre las dos guerras mundiales, en donde existe la oposición entre los Estados de Democracia Clásica y los Estados autoritarios no generó nuevos documentos constitucionales, en virtud de que los mismos principios, políticos y jurídicos, que constituían base, condujeron a una desvalorización de las garantías inherentes a las normas constitucionales.

Dentro del proceso estabilizador moderno, que comprende de 1945 a 1980, corresponde hacer mención al constitucionalismo de los nuevos Estados Africanos y Asiáticos. Su relativa originalidad proviene de que, si bien los regímenes de democracia popular son radicalmente diferentes a la democracia liberal, las Constituciones de sus Estados destacan aquellos aspectos que se consideran de mayor pureza democrática. Las Constituciones de Estados como la India, Argelia, Indonesia, Sudán, etc. son en la práctica imitaciones de documentos Constitucionales europeos. Algo semejante ocurre desde principios del siglo XIX en las Repúblicas

de América Latina, imitadoras del régimen federal de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Constituciones que ciertos entendidos caracterizan como Presidenciales.

Las Constituciones vigentes en el mundo contemporáneo representan un cuadro complejo, debido al gran número de textos constitucionales que se ofrecen a investigación. Para una síntesis más profunda, nos veríamos en la necesidad de reagruparlos, según a las formas de Estado a que se refieran, de tal forma de establecer orden y claridad en un mundo constitucional heterogéneo y múltiple, pero ello no es el objeto principal del presente trabajo de tesis.

3.2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

En los primeros tiempos de la colonia, Centroamérica como unidad geográfica coincidía con la unidad política comprendida en la llamada Audiencia de los Confines (9). Con el transcurso del tiempo se vió reducida al formarse la Capitanía General del Reino de Guatemala, que dependía del virreynato de México, pero que en la realidad siempre dependió del Reino de España. La Capitanía General de Guatemala, comprendía a principios del siglo XIX las provincias de Chiapas, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

(9) Audiencia de los Confines de Guatemala, gobernó en segunda instancia a Centro América (El primero de sus gobernadores fue Don Pedro de Alvarado) que a lo largo del período colonial era una unidad política y administrativa que se llamó Reino de Guatemala, siendo una demarcación dependiente del Reino de Castilla. David Alejandro Luna. "Manual de Historia Económica de El Salvador", página 96.

En la actualidad Centroamérica como unidad política, no comprende los territorios de Chiapas, por haberse adherido éste a México.

A principios del siglo XIX, las ideas de emancipación se habían hecho presentes en la colonia española centroamericana, primeramente por el descontento e inconformidad con la dominación española que cobraba tributo, por ser, sin duda la corona; segundo, las ideas políticas que Francia había lanzado al mundo que culminaron en la Revolución Francesa de 1789.

Gran importancia reviste en el movimiento revolucionario para la emancipación de Centroamérica los sucesos de Bayona en Mayo de 1808, cuando Carlos IV, cedió su corona a Napoleón Bonaparte, quien designa como rey de los españoles a su hermano José Bonaparte. Napoleón procede a redactar la Constitución de Bayona por medio de Cortes que confieren participación a las provincias de América; es su hermano José quien la otorga. En América había conocimiento que el Mariscal Murat había convocado en Mayo de 1808 a Cortes, y que éstos debían reunirse en Bayona, como realmente lo fueron el 15 de Junio de 1808. Con posterioridad se tuvo conocimiento que se había promulgado una Constitución, de tipo liberal, el 6 de Julio de ese mismo año. En su artículo 92, la Constitución concedía a las Provincias de América y Asia la representación parlamentaria, las que estaban representadas por veintidós diputados y uno de ellos correspondía a Guatemala y por vez primera en su historia, los pueblos americanos de origen latino supieron que existían Cartas Magnas o Constituciones, si se le prefiere llamar así, y esto sucedió, (oportuno es aclarar) no por las Cortes de Cádiz, sino por las de Bayona, las provincias, se informaron de que en ése documento, incluía preceptos

bilaterales, que significaban por un lado derechos y garantías y por otro, deberes y obligaciones, pero que correspondían en todo caso a los Americanos como sus legítimos titulares.

Cuando José Bonaparte, asumió el gobierno de España, el pueblo español empieza a conspirar y se organiza en juntas patrióticas que culminan con la Junta Central de Sevilla que se rebeló contra el usurpador y que posteriormente asumió la soberanía del pueblo español, mientras Fernando VII se encontrara en cautiverio y a quien se reconocía como legítimo Rey. La Junta se instauró el 25 de Septiembre de 1808 y convocó a las colonias para que integraran la Junta. Por dicha Junta, se dicta la Orden Real del 22 de Enero de 1809, y en ella se reconoce que las antiguas colonias forman parte esencial de la Monarquía Española. Esta Junta fue sustituida por el Consejo de Regencia Provisional que quedó establecido el día 2 de Febrero de 1810. La Regencia convocó a Cortes Generales y extraordinarias, doce días después de su establecimiento. A esa convocatoria acuden las Cortes de Cádiz (10) en la Isla de León. El 24 de Septiembre de 1810, con la asistencia de 102 Diputados, treinta de ellos pertenecen a las colonias y seis de ellos al Reino de Guatemala. El 24 de Febrero de 1811 las Cortes se trasladan a la ciudad de Cádiz y se reúnen en la Iglesia de San Felipe de Neri. El trece de Enero de 1812 se aprueba la Constitución de Cádiz que se promulga el 19 de Marzo de ese mismo año, nace la primera Constitución Española, en plena guerra de independencia antinapoleónica e inspirada en forma direc

(10) Las Cortes de Cádiz, eran una revisión completa a todo el sistema político colonial. David Alejandro Luna. Manual de Historia Económica de El Salvador, página 133.

ta de la Constitución Francesa de 1791. La Constitución de Cádiz significó una conquista para los americanos por el reconocimiento de iguales derechos para éstos y los peninsulares (11).

Aprobada la Constitución de Cádiz se originaron dificultades para su aplicación en Centro América. Desde 1813 a 1814 se formularon quejas contra el Capitan General de la Provincia de Guatemala, señor José de Bustamante y Guerra, quien mantuvo el despotismo antiguo e irrespetó los principios Constitucionales que favorecieron a los indígenas. El descontento originó el levantamiento de 1811 que acaudilla el Presbítero y Doctor José Matías Delgado, Manuel José Arce, los hermanos Aguilar y Juan Manuel Rodríguez; y posteriormentes la conspiración de Belén de 1813. La actitud despótica de José de Bustamante se acrecienta cuando se conoce la proclama de Fernando VII del 4 de Mayo de 1814 que anula la Constitución de Cádiz; este acto significaba una evidente provocación a los anhelos reformistas de nuestras colonias, hizo que las luchas se radicalizaran y antagonizaran las fuerzas en pugna. Se perdió la credibilidad en los buenos deseos de la Madre Patria. La solución a los problemas políticos y económicos era la Independencia.

El proceso independencista de Centro América, es decir la lucha por la liberación del coloniaje español está comprendida entre el año 1808 el año de 1821. De este proceso de independencia podemos distinguir dos fases, marcadas ambas por los sucesos histórico-políticos externos a

(11) Los derechos y garantías proclamados hacía veinte años por los revolucionarios franceses brotaban en la tierra de hispanidad. David Alejandro Luna, Manual de Historia Económica de El Salvador, página 133.

Centro América. La primera fase, va del 5 de Noviembre de 1811 a principios de 1820, fase que se caracteriza por una solidez estructural (12) y un despotismo ilimitado. La segunda fase va de 1820 a 1821, con los cambios ocurridos en la península, se han suprimido los diezmos y el tribunal de la Inquisición.

El crecimiento de las ideas liberales, da lugar a que nazcan los primeros periódicos y partidos políticos centroamericanos, "El Editor Constitucional" que es el órgano de fracción liberal y "El amigo de la Patria", que es el órgano de la fracción conservadora.

Para el 15 de Septiembre de 1821, ambos grupos están de acuerdo en separarse de España, y así fué, sin violencias, sin derramamiento de sangre, se acuerda en el Palacio de los Capitanes Generales de Guatemala la Independencia de las Provincias Centroamericanas. "Es un hecho aceptado por la mayoría de los historiadores modernos, que ese grupo que se decidió a la Independencia no fue por amor a las ideas liberales Repúblicas, sino por temor a ellas" (13).

Conviene aclarar, que debido a la potencia económica y a la superioridad cultural de los blancos y mestizos, la pugna de Liberales y Conservadores, constituye el motor de nuestro devenir histórico hasta finales del siglo pasado.

Luego de la Independencia, la primera batalla se libra alrededor de la factura de la Constitución del Nuevo Estado. La República Federal

(12) Porque el poder español contaba como base social principal a los Terratenientes, al alto Clero y a los Grandes Comerciantes.

(13) Julio Alberto Domínguez Sosa. Breves consideraciones acerca de la Independencia y Federación Centroamericana, página 2.

de Centro América, empieza en 1824, con una Constitución de Corte Parlamentario (14) y es promulgada el 22 de Noviembre del año en mención. En ella determina que la Federación se compone de cinco Estados que son: El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica (exceptuando la provincia de Chiapas); que cada uno de los Estados es libre e independiente en su gobierno y en su administración interior; y le corresponde todo el poder que por la Constitución no estuviere conferido a las autoridades Federales. Esta fórmula vaga y no precisa del federalismo determina posteriormente la separación de los Estados.

Bajo la influencia del recuerdo de la tiranía real y de la explotación que sufrieron las provincias por parte de la aristocracia de la Capitanía Colonial, en la Carta Magna Nacional, se estatuye un gobierno central, el que llamaron Federal, el cual padecería de una gran debilidad.

Con el propósito de impedir que el pueblo centroamericano volviése a sufrir una tiranía y explotación, se limitó grandemente el ámbito de acción de los Poderes Centrales.

En primer lugar, en la Constitución Federal, a las antiguas provincias se les señaló una esfera mayor de competencia, que de ahí en adelante, se llamarían Estados.

Se estableció una rígida demarcación legal de las facultades federales. Las supremas autoridades del Estado Centroamericano tenían una

(14) Algunos historiadores como el Doctor José María Méndez, consideran que la Constitución Federal fue una copia de los Estados Unidos de América. Se dice que era una Constitución de corte parlamentario, pues establecía un régimen político en el que los Ministros son responsables ante el Parlamento, que constituye una Asamblea que ejerce el Poder Legislativo.

situación paradójica, si no había una disposición constitucional expresa que autorizara a esas autoridades para actuar, le estaba vedado hacerlo, aún cuando hubiera urgencia de proveer una necesidad general.

Se adoptó un sistema unicameral de una forma muy propia, pues la facultad legislativa corresponde al Congreso, cuyas resoluciones necesitan en términos generales de la sanción del Senado. El Congreso era elegido por representantes electos en razón de uno por cada treinta mil habitantes y el Senado estaba constituido de diez miembros electos, dos por cada Estado.

Trascendencia mayor tuvo el aspecto humano y pecuniario, que eran elementos trascendentales y necesarios para las labores de gobierno de la República Federal.

Para obtener los recursos pecuniarios, era preciso contar con la voluntad positiva de los Estados; el Congreso Federal tenía la facultad, si no eran suficiente las rentas de la Federación, de señalar la cuota correspondiente a cada Estado según su población y riqueza, para cubrir los gastos de la administración general (Art. 69 N° 7 y 178 N° 2, Constitución Federal).

Cosa parecida se preceptuó en lo relativo a la Fuerza Armada; a la Cámara Legislativa de cada Estado le competía fijar periódicamente la fuerza de línea, si se necesitase en tiempo de paz (Art. 178 N° 3 Constitución Federal).

De igual modo, se procedió en lo relativo a las relaciones de los Poderes Supremos de la República Federal. Para evitar la pasada tiranía como ya dijimos, se instituyó un Poder Ejecutivo, que carecía de potencia suficiente para una eficiente y acertada labor gubernamental; a este

Poder se le impuso una serie de limitaciones con el objeto evidente de que fuera imposible que el jefe de la Federación Centroamericana pudiese actuar arbitrariamente.

El Presidente de la República Federal Centroamericana carecía del derecho de iniciativa de Ley, facultad que competía únicamente a los secretarios de Estado, a los Diputados y al Congreso; esta medida fue tomada con el objeto de que los Ministros tuvieran control sobre el Presidente. En cuanto a la sanción o el veto de una Ley eran facultades propia de cada uno de los Estados, pues fue preceptuado que eran atribuciones del Senado, organismo que representaba directamente a los Estados.

Al Congreso le fueron asignadas ciertas facultades como: Levantar y sostener el ejército, dirigir la educación, arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los Estados, abrir vias de comunicación, administrar los correos de la República y velar por las libertades públicas (Art. 69 Constitución Federal), facultades propias del Poder Ejecutivo según la actividad política moderna.

El Presidente de la República no podía nombrar ciertos funcionarios de gran importancia con entera libertad; ejemplo: Tenemos el nombramiento de los Diplomáticos, del Comandante de las Armas de la Federación, de todos los oficiales del ejército, de los Ministros de Tesorería General y de los Jefes de las rentas generales (Art. 102 Constitución Federal), tenía que hacer los nombramientos de una nómina que le propusiese el Senado. Otra de las restricciones que tenía el Presidente, es que no tenía libertad para remover a los funcionarios de dicho poder (Ejecutivo) en los casos de ineptitud y desobediencia, pues estaba facultado única-

mente para suspenderlos por un período de seis meses, con pruebas justificativas y con acuerdo de las dos terceras partes del Senado (Art. 122 Cons.Fed.).

El poder ejecutivo estaba obligado a consultar al senado para las negociaciones y tratados con los países extranjeros, y sobre los negocios que se efectuaran de esas relaciones (Art. 115 Cons.Fed.).

El Presidente de la República, no controlaba directamente el ejército, únicamente le estaba concedido dirigir, pero para mandar necesitaba la aprobación del Senado, perdiendo así, la potestad ejecutiva. (Art. 102 y 119 Cons.Fed.).

Por medio de los Artículos 181 y 182 C.F., se dispusieron normas que garantizaron la seguridad del individuo, y limpiar todo estorbo a la autoridad para atajar el abuso.

Ninguna autoridad podía coartar en ningún caso, ni por pretexto alguno la libertad de pensamiento, de la palabra, de la escritura y de la imprenta, suspender el derecho de petición de palabra o por escrito, prohibir a los ciudadanos o habitantes de la república libres de responsabilidad, la emigración de país extranjero. (Art. 181 C.F.).

Ninguna autoridad podía en caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas, hacer lo siguiente: (Art. 182 C.F.).

1º Desarmar a ninguna población, ni despojar persona alguna de cualquier clase de armas que tengan en su casa, o de las que lleven ilícitamente.

2º Impedir las reuniones populares, que tengan por objeto un placer honesto o discusión sobre política y examinar la conducta pública de

los funcionarios.

3° Dispensar las formalidades sagradas de la Ley para allanar la casa de algún ciudadano o habitante, registrar su correspondencia privada, reducirlo a prisión o detenerlo.

4° Formar comisiones o tribunales especiales para conocer en determinados delitos o para alguna clase de ciudadanos o habitantes.

Fuera de lo expresado, no se introdujo en el primer texto constitucional Centroamericano, una institución política para el mantenimiento de la paz interior de la suspensión de Garantías o Estado de Sitio; únicamente se dispuso las facultades extraordinarias y detalladas (Arts. 181 y 182 C.F.) en caso de guerra contra la independencia nacional (Art. 69 N° 5. C.F.) facultad del Ejecutivo que era concedida por el Congreso.

El texto Constitucional prescribía que: "Cuando las circunstancias de la nación lo permitan, se construirá una ciudad para residencia de las autoridades federales, las que ejercerán en ella una jurisdicción absoluta y exclusiva" (Art. 55 C.F.), se considera un error trascendental porque no fue creado constitucionalmente las autoridades federales y regido por ellos mismos.

El Congreso resolvería en cada Legislatura el lugar de su residencia (Art. 64 C.F.), lo que generó que cohabitaran autoridades federales con las del Estado que se eligiera y que no se llevara a la realidad el artículo 55 de la Constitución Federal.

El culto de la Federación era católica, apostólica, romana (Art. 11 Constitución Federal).

Podemos observar que las disposiciones constitucionales fueron determinantes en la estructura política centroamericana, pero que la

anexión a México (15) contribuyó también al fracaso de la República Federal. No existía armonía, ni equilibrio entre los organismos federales y los distintos organismos estatales.

El primer Presidente de la República fué el General Manuel José Arce, quién en el período de su gobierno pasó en permanente lucha armada para sofocar la guerra civil que se desató en Centroamérica por la tendencia divisionista de sus Estados, producto de la lucha de los Conservadores y Liberales (16).

El General Manuel José Arce es separado de la presidencia antes de concluir su período, por medio de un golpe de estado, quién se vió obligado a depositar el poder en Mariano Beltranena, quién fungía como Vice-Presidente.

En el año de 1828, surge la figura del General Francisco Morazán, quién al frente del Partido Liberal, derrota a las tropas federales y en 1830 es electo Presidente de la República Federal. A sus iniciativas el Congreso Federal promulga reformas a la Constitución Federal el día 13 de Febrero de 1835. Estas reformas tienen como aspectos fundamentales el introducir la libertad de cultos, organizar técnicamente un sistema bicameral y normas tendientes a consolidar el sistema Federal.

(15) El día 5 de Enero de 1822, la Junta Provisional Consultiva decretó la anexión a México.

(16) El General Manuel José Arce, confrontó los alzamientos del Jefe de Guatemala Juan Barrundia y del Vice-Jefe Cirilo Flores. También enfrentó a Prado Jefe del Estado de El Salvador.

El Artículo 11 de la Constitución Federal de 1835 decía: "Los habitantes de la república pueden adorar a Dios según su conciencia. El gobierno protege la libertad de culto religioso".

En relación al sistema bicameral, el poder legislativo tenía un Congreso compuesto de dos Cámaras: La de Representantes y la del Senado; todo proyecto de Ley podía tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras (Art. 86 Constitución Federal de 1835).

Aprobado un proyecto por una Cámara pasaría a la otra para que lo aprobara o lo denegara. (Art. 91, C.F. 1835).

Los Estados podían constituirse, como convinieran, pero de manera que sus instituciones guarden armonía con las de la nación. (Art. 183 C.F. 1835).

La Constitución de 1835, en acatamiento a la de 1824, fué pasada a los Estados Centroamericanos, para que quedara como Ley Constitucional de la República Federal si era aprobada por mayoría absoluta; solo fué aceptada por Costa Rica, por lo que nunca entro en vigencia.

Debido a la inoperancia de la primera Constitución y la inaceptabilidad de las Constituciones Federales, puede manifestarse que la República Federal existió en todo momento de hecho; así pues el 30 de Mayo de 1838 el Congreso Federal decretó la libertad a todos los Estados para constituirse del modo que creyeran conveniente. El artículo primero decía: "Son libres los Estados para constituirse del modo que tengan por conveniente, conservando la forma republicana popular representativa y division de poderes".

Con posterioridad a la disolución legal de la Federación se hicieron nuevos intentos por rehacerla, pero la historia hoy nos proporciona

la respuesta, los Estados (hoy Repúblicas) optaron por la vida política individual (17).

El proceso constitucional salvadoreño en su origen, guarda íntima relación con la vida constitucional de la República Federal de 1824. Observemos: La primera Constitución se promulga el 12 de Junio de 1824. La dicta El Salvador como uno de los Estados Federados de la República Centroamericana cuatro meses antes de la Constitución Federal, por lo que la Constitución Salvadoreña sirve como base a la Constitución Federal de 1824.

Esta Constitución Salvadoreña, limita la libertad de cultos, declarando que la religión oficial es la Católica con exclusión del ejercicio de cualquier otra; se adopta un sistema unicameral sui generis.

La función legislativa la ejerce el Congreso, pero existe un Consejo Representativo encargado de sancionar o no las leyes y de prestar su anuencia para la derogación de las leyes.

El Poder Ejecutivo reside en el Jefe Supremo del Estado quién para el despacho de los negocios nombra un Ministro General.

El Poder Judicial se confiere a una Corte Suprema de Justicia y se otorga a los Alcaldes funciones judiciales.

El 2 de Febrero de 1841, el poder Constituyente de El Salvador, tomando en consideración el decreto de disolución de la República Federal, declara que El Salvador reasume su soberanía nacional, constituyéndose en República Soberana e Independiente. El 22 de Febrero de 1841, El

(17) Disuelta la Federación, el Jefe de Estado de El Salvador, Don Antonio José Cañas, convocó al pueblo salvadoreño a una Asamblea Constituyente que reorganizaría al país, y que en adelante sería República en vez de Estado.

Salvador promulga su primera Constitución como Estado soberano e independiente. El Gobierno es declarado republicano, popular y representativo; y era ejercido por tres poderes distintos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. (Art. 2 Cons. 1841).

Se adopta el sistema bicameral. La Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores (Art. 11 Const. 1841). Ambas cámaras ejercían el poder legislativo.

El poder ejecutivo era ejercido por un Presidente que duraba dos años en el ejercicio de sus funciones y no podía ser reelecto sino hasta que pasara igual período que concluía y comenzaba el primero de Febrero del año de renovación sin poder fungir un día más. Esta Constitución no contemplaba el cargo de Vice-Presidente, solo designados a la presidencia. Las atribuciones dadas al Presidente lo convertían en el Poder supremo dentro del Estado.

El Poder Judicial lo ejercía la Suprema Corte de Justicia y Tribunales inferiores. La Corte era electa por la Cámara en Asamblea General. Los jueces de primera instancia eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de la Corte Suprema.

Esta Constitución sufrió dos reformas. Una en el año de 1849, que recayó en el Artículo 44 que prohibía la reelección del Presidente; con la reforma permitía la reelección del Presidente en turno (18).

(18) La reforma fué a instancia del Presidente Doroteo Vasconcelos, con el objeto de ser reelecto.

La segunda reforma fué en 1859, la cual recayó en el mismo Artículo 44, pero ahora ampliando el período presidencial, de dos a seis años (19).

En el año de 1864, el Presidente Francisco Dueñas dictó una nueva Constitución, que en términos generales era análoga a la anterior.

En sus dos primeros artículos se desarrolla la tesis de la soberanía inalienable e imprescriptible y limitada a lo honesto útil y conveniente a la sociedad; se hizo énfasis de que todo poder emana del pueblo y los funcionarios son delegados del mismo.

El Poder Legislativo sigue manteniendo el sistema bicameral en la forma antes señalada.

Esta Constitución tiene dos reformas sustanciales: Una relativa a la libertad de cultos, la Constitución decía: "La religión católica, apostólica, romana, única verdadera, profesa El Salvador, y el gobierno la protegera con leyes sabias, justas y benéficas; pero se declara que todo hombre es libre para adorar a Dios según su conciencia, sin que ningún poder o autoridad pueda, con leyes, órdenes y mandatos, de cualquier naturaleza que sean, perturbar o violentar las creencias privadas. (Art. 4 y 5 Const. de 1864).

La otra reforma se da en el Artículo 33, que decía: "El período presidencial será de cuatro años, comienza y termina el primero de Enero del año de la renovación, y el Presidente no podrá ser reelecto, sino por una sola vez".

(19) La segunda reforma se dió cuando gobernaba el General Joaquín Cufrasio Guzmán, suegro del General Gerardo Barrios, a quién entregó el poder, quién posteriormente fué traicionado, derrocado y fusilado. A su caída Francisco Dueñas se proclamó Presidente.

El Presidente Francisco Dueñas terminó su período presidencial y logró su reelección (20). Con posterioridad consiguió la reforma al artículo en el párrafo anterior mencionado, en el sentido de que la reelección se permitiría hasta por dos veces consecutivas.

En 1871, el Presidente Dueñas es derrocado por el Mariscal Santiago González, quién subió al poder en calidad de presidente provisorio, quién quiso legalizar su condición de gobernante de facto; declaró derogada la Constitución de 1841 y procedió a elaborar una nueva. Nace así la Constitución de 1871.

Esta Constitución conservó la estructura de las anteriores; fue motivada por la reforma al artículo referente al período presidencial (Art. 43 Const. de 1864), el cual quedó redactado así: "La duración del período presidencial será de dos años y la persona que hubiere ejercido la presidencia en propiedad, no podrá ser reelecta sino después de haber transcurrido igual período, que comenzará y concluirá el primero de Enero del año de la renovación, sin poder fungir un día más".

En la Constitución de 1871 se adopta un sistema rígido para reformarla y se dispuso que sólo por medio de una Asamblea Constituyente se podía reformar la Constitución. La Constitución de 1864 en su artículo 102 decía: "Las reformas parciales de la Constitución solo podrán acordarse por los dos tercios de votos de representantes electos, en cada Cámara. Esta resolución se publicará por la Prensa; y no se tendrá por ley sino después de aprobada de la misma manera en la próxima legislatu-

(20) El período de la reelección era de 1869 a 1873, pero el Presidente Francisco Dueñas en su segundo período duró dos años.

ra. Cuando la opinión pública y el bienestar general exijan otras instituciones, se hará por una Representación Nacional Constituyente, cuya convocatoria debe ser acordada por la legislatura ordinaria en los términos expresados en este artículo". (21)

La Constitución de 1871 en el Artículo 128 al Artículo 102 en mención agregó: "En consecuencia el poder que contravenga a este mandato será considerado como usurpador y reputado como traidores a la patria los individuos que la ejerzan".

El período presidencial se había fijado en dos años; pero el Mariscal Santiago González en 1872 dictó una nueva Constitución para reformar la que había dictado en 1871, con el objeto de aumentar el período presidencial, nuevamente de dos a cuatro años, con la finalidad de seguir gobernando, así se estableció: "La duración del período presidencial será de cuatro años sin reelección inmediata, sino después de haber transcurrido igual período, que comenzará y concluirá el primero de Febrero del año de la renovación, sin poder funcionar un día más". (Art. 84 Const. de 1872).

En esta Constitución se estableció la institución de la Vista Pública, conocida hoy popularmente como Jurado, para los delitos graves contra la persona y la propiedad, y para los abusos de la libertad de imprenta.

En esta Constitución se incluyó un artículo transitorio que decía:

(21) La Constitución de 1841, en su Artículo 94 en cuanto a su reforma disponía: "Las reformas parciales de esta Constitución cuando sean propuestas por la cuarta parte de representantes de cualquiera de las Cámaras podrán acordarlas por los dos tercios de votos de los electos y con sanción del Ejecutivo; más, cuando la opinión pública lo exija para su totalidad, propuesta y acordada en los términos referidos se convocará a una Asamblea Constituyente para que la dicte. Las reformas parciales sobre garantías jamás se podrán acordar si no es ampliado las existentes. Tampoco podrá alterarse la división de poderes.

"Todos los funcionarios de los altos poderes ya sean de elección popular y ya del cuerpo legislativo que comenzaron a ejercer sus funciones en el año corriente de conformidad al Código Político del 16 de Octubre de 1871, continuarán funcionando hasta completar el período que respectivamente se les asigna en esta Constitución".

El Mariscal Santiago González transfirió el poder a Don Andrés Valle, por medio de comicios fraudulentos. Durante el gobierno de Andrés Valle hubo guerra entre El Salvador y Guatemala, en donde las tropas nacionales fueron derrotadas; producto de la derrota se celebró el armisticio o suspensión de hostilidades pactadas entre los países en contienda, en la ciudad de Chalchuapa, en la cual se convino que Andrés Valle se retiraría de la presidencia. El Presidente de Guatemala Justo Rufino Barrios y la Junta de Notables elegirían al nuevo presidente provisional. La Junta de Notables se reunió en la ciudad de Santa Ana y eligió al Doctor Rafael Zaldívar, quién legalizó su situación por medio de comicios que lo eligieron presidente para terminar el período de Andrés Valle, es decir hasta 1880.

El Presidente Zaldívar, decidió continuar en el poder, para ello convocó a una Constituyente, que dictó la Constitución de 1880, cuya finalidad principal era encontrar otro medio para prolongar el plazo presidencial, el Artículo 131 de la Constitución de 1880, decía: "Por esta sola vez la Asamblea Nacional Constituyente elegirá y posesionará directamente al Presidente de la república para el primer período presidencial constitucional". El Presidente Zaldívar aseguraba así la presidencia hasta el año de 1884.

En 1883, el Doctor Zaldívar dictó una nueva Constitución, que en

cuanto al período presidencial decía así: "La duración del período presidencial será de cuatro años, sin reelección inmediata, sino después de haber transcurrido igual período, que comenzará y concluirá el primero de Febrero del año de la renovación". Así se reformó el Artículo 79 de la Cn. de 1880 mediante el conocido procedimiento o ardid como lo llaman algunos autores, de convocar a una Constituyente, que dictando una nueva Constitución dejó el mismo artículo, ahora con el ordinal 76, que permitía la reelección. Esta Constitución no tenía justificación, más que la de ser instrumento para otorgar legalidad a la reelección de Rafael Zaldívar quién logró su objetivo y obtuvo derecho a un período presidencial que comprendía de 1884 a 1888.

En el año de 1885, el Presidente Rafael Zaldívar es derrocado por las fuerzas del General Francisco Menéndez, quién se autodeclara Dictador, convocando a una Constituyente que, con posterioridad fué disuelta por haber entrado en divergencias con el poder Ejecutivo que decretó: "Declárase que habiéndose disuelto el Congreso Constituyente sin llenar su alta misión en más de dos meses de estar organizado, continúa el ejercicio de la dictadura de que el gobierno provisional se haya investido por la voluntad de los pueblos, hasta que, calmadas las pasiones y entrada la república en reposo, se disponga lo conveniente".

Convocada y reunida una nueva Asamblea Constituyente, en el año de 1886, ésta decretó una nueva Constitución; en su texto fueron introducidos los principios como libertad de culto (Art. 12 Cn. 1886) que garantizaba el libre ejercicio de todas las religiones; el de enseñanza laica (Art. 33 Cn. 1886) que señalaba que la primaria era obligatoria; el derecho de insurrección (Art. 36 Cn. 1886).

Se introdujo en el poder legislativo el sistema unicameral, es decir solo había Cámara de Diputados.

El poder Ejecutivo recaía en un Presidente, el cual podía ser sustituido por un Vice-Presidente o por designados. El período presidencial era de cuatro años, no podía existir reelección, ni electo Vice-Presidente, sino después de un período igual (Art. 80-81-82 Cn. 1886).

Esa Constitución recogió los principios liberales y democráticos imperantes que aseguraban la vigencia de los derechos individuales, que el General Francisco Menendez había reconocido.

Del año de 1871 a 1886 se facturó un régimen constitucional de capitalismo liberal que estimuló a las clases económicamente fuertes, veamos: Se privó del derecho de sufragio al sector clerical, la libertad de enseñanza que debía de enmarcarse dentro de los preceptos, intereses e ideologías de la clase ostentadora del poder político, fueron eliminadas las tierras ejidales y comunales.

La Constitución de 1886 se mantuvo intacta hasta 1939, fecha en que fué reformada por el General Maximiliano Hernández Martínez, quién asumió la presidencia en 1931, mediante un golpe de estado al Ingeniero Arturo Araujo, siendo el General Martínez Vice-Presidente. En 1935 Martínez fué electo para presidente para el período de Marzo de 1935 a Marzo de 1939.

En 1939, siendo presidente el General Maximiliano Hernández Martínez, se convoca a una Asamblea Constituyente la cual se auto-otorga la facultad de designar directamente al presidente de la república, ardid anteriormente usado. El inciso tercero del Artículo 91 de la nueva Constitución, quedó así: "Excepcionalmente y por exigirlo así los intereses

nacionales, el ciudadano que habrá de ejercer la presidencia de la república del primero de Marzo del corriente año hasta el primero de Enero de 1945, según esta Constitución será electo por la Asamblea Nacional Constituyente, sin que por esta única vez, tenga aplicación las incapacidades a que se refiere el Artículo 94".

Por la Constitución de 1939 Martínez logró alargar el período presidencial de cuatro a seis años, o sea hasta el primero de Febrero de 1945.

En 1944 la Constitución de 1939 fue reformada, ya que el General Martínez deseaba continuar en el poder, convocó a una Asamblea Constituyente, reformando el Artículo 91, estableciendo que el presidente de la república, sería designado por los Diputados de la Asamblea Nacional Constituyente, así Martínez fue declarado presidente por seis años más.

Las Constituciones anteriores a esta mantienen el criterio democrático republicano y liberal con el inicio a la vida de la provincia Centroamericana. Las Constituciones hasta la presente (1939) han sido burladas por la alternabilidad en el poder. Las reformas violan la Constitución, especialmente la separación de poderes y los derechos individuales.

Esta Constitución estuvo en vigencia hasta el 14 de julio de 1944 (22).

La Reforma principal está en el Artículo 18, en él se reconoció el derecho del sufragio de la mujer.

(22) El General Martínez es derrocado en Mayo de 1944, a él le sucede el General Ignacio Menéndez.

Derrocado el General Martínez, se retrotrae el ordenamiento jurídico por medio del decreto número 251 del 29 de Noviembre de 1945 que pone nuevamente en vigor la Constitución política de 1886, introduciendo nuevas enmiendas con el objeto de adaptar las antiguas leyes a las circunstancias posteriores a la segunda guerra mundial. El decreto derogó la Constitución de 1939; no se llegó a elecciones, pues el día 21 de Octubre del mismo año, un golpe de estado encabezado por el Coronel Osmin Aguirre y Salinas derroca al General Andrés Ignacio Menéndez; en consecuencia el también General Salvador Castaneda Castro asume el cargo presidencial.

El 29 de Noviembre de 1945, Castaneda Castro promulga una nueva Constitución. Se conserva la estructura de la Constitución de 1886; se fija el período presidencial en cuatro años y se añade un capítulo sobre familia y trabajo. Se observa un tímido intervencionismo de estado.

Castaneda al final de su período, en 1948 exactamente en Diciembre, es derrocado, asume el poder el Consejo de Gobierno que dicta la Constitución de 1950, por medio de decreto número 05 de fecha 21 de Diciembre de 1948, acordó: 1) Abrógase la Constitución de 1886 y sus enmiendas de 1945; 2) Abrógase las leyes constitutivas; 3) El Salvador entra en su período pre-constitucional; y 4) Se respetarán los tratados y convenios suscritos por los gobiernos salvadoreños.

En esta Constitución se abandona la postura liberal y se adopta un sistema intervencionista, con nuevos principios.

El Consejo de Gobierno convocó a elecciones para designar Presidente y Vice-Presidente, comicios que se verificaron el 23 de Marzo de 1950; el 12 de Mayo de ese mismo año habiendo sido electo presidente Oscar

Osorio inaugura la Asamblea Constituyente.

La Constitución de 1950 removi6 la totalidad de las instituciones que eran defendidas por las Constituciones anteriores de corte liberal. La nueva Constitución tenia un corte social intervencionista, tenia como finalidad encauzar el estado hacia normas que fuesen acordes al proceso de desarrollo del sistema capitalista.

Los aspectos novedosos en esta Constitución eran respecto al territorio nacional y las personas jurídicas. También comprendia la doble nacionalidad, comicios permanentes en la Asamblea legislativa, iniciativa de ley, recurso de casación, régimen legal de empleados públicos, régimen económico, régimen de derecho social, propiedad administrativa.

Al Coronel Oscar Osorio, le sucede el Coronel José María Lemus en 1956, que a su vez es derrocado en 1960. Asume el poder la Junta de Gobierno, que tenia como principal objetivo ~~cimentar~~ la vida política.

El 25 de Enero de 1962, un golpe militar derroca la Junta de Gobierno y es organizado el Directorio Cívico Militar, quien convocó a una Asamblea Constituyente para declarar vigente la Constitución de 1950. La Asamblea convoca a ese efecto, se declara ante sí y por sí soberana, amplía el mandato popular y declara que no tiene límite alguno en su labor legislativa. Así es dictada la Constitución de 1962 que en el fondo es la misma de 1950, pero con reformas hechas para facilitar la llegada al poder de los que previamente habían sido designados. Las reformas tenían propósitos personalistas, la Constitución de 1962, en sus aspectos principales limitaba la separación de los funcionarios del Poder Ejecutivo, se fijó en cinco años el período presidencial, la enseñanza que se impartiría sería en su esencia democrática, se suprimió el

exámen ante la Corte Suprema de Justicia, previo ejercicio de la Abogacía.

El 15 de Octubre de 1979, el General Carlos Humberto Romero Presidente en turno, es derrocado por la Junta Revolucionaria de Gobierno, la cual gobernó por medio de decretos.

La décima tercera Constitución que es la que contiene el Decreto Legislativo N° 38 es sancionada y proclamada el 15 de Diciembre de 1983, siendo presidente el Doctor Alvaro Magaña Borja.

Consta esta Constitución de 274 Artículos. En primer lugar en su Artículo primero acepta la corriente humanista, apartándose de la tradicional corriente de regular desde el principio la organización del Estado.

En materia de nacionalidad reconoce a plenitud las teorías de Jus Soli y del Jus Sanguinis (Art. 90-91).

Se rompe con los tradicionales poderes del Estado, denominándolos órganos.

Se concede iniciativa de Ley a los Diputados, al Presidente de la República por medio de sus Ministros, a la Corte Suprema de Justicia (Art. 133).

Pero ésta Constitución, en lo que respecta al orden económico, sigue promoviendo y garantizando la sagrada e inviolable propiedad privada (Art. 101 y sigts).

Podemos notar claramente que nuestras constituciones han sido concebidas bajo el influjo de las corrientes ideológicas-políticas según la coyuntura mundial ajustadas a nuestra sociedad, en la cual se puede concebir que nuestra realidad social puede ser regulada por normas dicta

das por la razón, pero por la razón de quién? o de quienes?, la respuesta es obvia, la razón de la clase dominante, lo que explica el porqué las normas entran en discordancia con nuestra realidad social.

Nuestro régimen Constitucional ha sido eminentemente escrito, impregnado de una convulsa historia política, que ha impedido la formación de una verdadera vida constitucional.

Las Constituciones hasta ahora han garantizado los intereses de la clase dominante, pues han constituido una garantía para ellos y se han tenido de un carácter arbitrario, no obstante que nuestras Constituciones siempre han sido de tipo rígido.

3.3. FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, CLASIFICACION Y ORDEN DE IMPORTANCIA.

Al abordar el presente sub-capítulo en lo que respecta a las fuentes del Derecho Constitucional, nos vemos en la necesidad de hacer un apartado especial al estudio de la Constitución de Cádiz de 1812, debido a su determinante influencia en el origen y vida del Derecho Constitucional de nuestro país.

En el año de 1808 - cuando se dan las invasiones de Napoleón Bonaparte; España no escapó, quebrada, desorganizada y traicionada, fué usurpada, en ella se estableció un ejército extraño que quedó al mando de José Bonaparte. El día 2 de Mayo de 1808 la nación se levantó contra las fuerzas Napoleónicas, defendiendo así su independencia nacional. En nombre de la nación española mandaban Juntas Provisionales, Consejos de Regencia; a falta de una norma suprema para dirigir los asuntos provisionales producto del anarquismo se determinó la reunión de

las Cortes, las cuáles fueron convocadas por la Junta Suprema Central el 18 de Junio de 1810. Para integrar las Cortes se eligió un diputado por cada cincuenta mil habitantes; los hispanoamericanos tuvieron representación en las Cortes.

En las Cortes Constituyentes figuraban, como ya dijimos, representantes hispanoamericanos que proporcionaron medidas favorables para los pueblos americanos.

El principal orientador de la Constitución de Cádiz de 1812, fué sin dudas el Presbítero Diego Meniz Torredo quién era diputado, fué él quién desenvolvió el plan general de la Constitución española.

El día 18 de Marzo de 1812 fué promulgada la Carta Magna, que fué firmada por ciento ochenta y cuatro diputados, uno de ellos fué Don José Ignacio Avila, que representó y firmó por la "Provincia del Salvador".

Con la Constitución de Cádiz, se reinicia la vida Constitucional de España (23); la Carta Magna constituía una limitación a los poderes absolutos del Monarca. La Constitución Gaditana consta de cuatro partes, repartidas en 10 títulos y 384 artículos. La primera parte, trata de la nación (para esa época formada por españoles de ambos hemisferios) la cual es declarada libre, soberana e independiente; la segunda parte habla del Rey, concediéndole diversas facultades y prohibiciones, y se ocupa de la organización del Consejo del Estado; la tercera parte trata de la organización de los Tribunales, de la administración, de la deter-

(23) Se hace esta afirmación porque la Constitución de Bayona, dictada por Napoleón Bonaparte, de ningún modo representaba a la nación española, primero por su otorgamiento y segundo porque no tuvo vigencia ni aplicación positiva en el pueblo español.

minación de la competencia de los Tribunales; la cuarta y última parte, trata de los gobiernos de las provincias y pueblos, de las contribuciones, de las fuerzas armadas de mar y tierra.

Se observa que la Constitución de Cádiz era eminentemente liberal, pretendía armonizar lo antiguo y lo moderno; es bastante reglamentista, modificó en forma radical lo existente creando nuevas normas; se proponía crear una monarquía constitucional moderada, respetando las tradiciones españolas y garantizando la libertad individual.

Puesta la Constitución de Cádiz en vigencia, los criollos centroamericanos, basándose en el corte liberal de la Carta Magna, pudieron utilizar la libertad de imprenta y crear la opinión favorable de la independencia.

La Constitución de Cádiz tuvo influencia en la vida Institucional de El Salvador, por variadas razones: Participación hispanoamericana en su elaboración, el sentimiento de que la independencia era inevitable y los legisladores trataron de establecer un régimen que se conciliase con las aspiraciones hispanoamericanas, las libertades concedidas favorecieron la autonomía de estos pueblos.

En síntesis la Constitución de 1812 fué causa directa favorable para lograr la independencia de Centro América y por tanto de El Salvador. La influencia de la Constitución Gaditana en el régimen Constitucional de El Salvador la encontramos en el Art. 2 de la Constitución de 1841 que dice: "El gobierno es republicano, popular, representativo y será ejercido por tres poderes distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Sólo la calidad de republicano, diferencia al Gobierno creado por la Constitución de 1841 con el originado por la de 1812. En ambas se

consagra la soberanía de la nación y la división de poderes creada por Montesquieu. Lo expuesto en la Constitución de 1841 se repite en todas las Constituciones nuestras es sin duda, la mayor influencia de la Constitución de 1812. influencia que se ve reflejada en su forma, dogmática y orgánica.

En cuanto a los alcances es comparable con la Constitución de 1886 que declara que la soberanía era inalienable e imprescriptible y limitada a lo honesto, justo y conveniente a la sociedad. Otro alcance es la conciliación que fue considerada en la Constitución de 1824.

En las Constituciones de El Salvador, los principios generales han sido más o menos los mismos: Soberanía, clase de gobierno, división de poderes, derechos individuales, etc.

→ De lo expuesto podemos manifestar que la Constitución de Cádiz de 1812 es la fuente más importante del Derecho Constitucional Salvadoreño (24).

Sobre las fuentes del derecho en general y sobre las fuentes del derecho Constitucional, existen diversas clasificaciones de carácter teórico-doctrinario (25), pero de conformidad a la práctica jurídica salvadoreña, la clasificación que más se apega a nuestra realidad, es la tradicional, que clasifica a las fuentes en:

a) **Formales; y**

b) **Reales o Materiales**

(24) Hay historiadores que consideran que la Constitución de Bayona es la fuente más importante.

(25) Tal como se ha hecho referencia en el Capítulo II

Las fuentes formales tal como lo define Abelardo Torr  "Son los distintos modos de manifestaci3n del derecho positivo o si se quiere, de las normas jurídicas enfocadas con relaci3n a su origen" (26), estas fuentes formales son nacidas de hechos generales y abstractos; dentro de las fuentes formales tenemos:

→ - La Ley llamada por otros autores como "legislaci3n", considerada la más eficaz e importante de esta clase de fuentes, Eduardo García Maynez la define como "El proceso por el cual uno o varios 3rganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observaci3n general, a las que se d  el nombre específico de leyes" (27). En nuestra Constituci3n vigente, este proceso de formaci3n de Ley está regulado de los Artículos 133 a 143.

→ - La Jurisprudencia; debemos entenderla como "El criterio uniforme de resolver una determinada cuesti3n jurídica que resulte de una serie de fallos concordantes dictados por un mismo 3rgano jurisdiccional en casos de idéntica naturaleza" (28), o como dice Enrique Aftali3n "El sentido concordante de las resoluciones de los 3rganos jurisdiccionales del Estado; manifestando una repetici3n habitual y uniforme, que denota influencia de unos fallos sobre otros (29). En nuestro medio la jurisprudencia se establece por los tribunales de casaci3n en tres sentencias uniformes y contínuas, no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea en materia idéntica e igualdad de materias y sobre casos semejantes y parecidos (Art. 3 Ley de Casaci3n).

(26) Abelardo Torr . "Introducci3n al Derecho", pág. 277

(27) Eduardo García Maynez. "Introducci3n al Estudio del Derecho", pág. 52

(28) Op. Cit. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, pág. 71.

(29) Enrique Aftali3n. "Introducci3n al Derecho", pág. 362 y 263.

→ - La Costumbre; debe entenderse como una forma manifestativa específica de la realidad jurídica (30) y no en el sentido general de uso común; la costumbre tiene una práctica repetitiva, recurrente implantando en un conglomerado y considerados por estos como normas, aplicándoles un carácter de obligatoriedad; como dice Eduardo García Maynez, es el derecho nacido consuetudinariamente (31).

Las fuentes reales o materiales son todos aquellos factores o elementos materiales que determinan el contenido de las normas, son los hechos que engendran el derecho, Luis Legaz y Lacambra las define así: "Las fuentes materiales del Derecho son, todas aquellas realidades sociales cuya estructura es la subordinación, la integración o la coordinación y cuya existencia es una condición de realización de la justicia en un determinado círculo social, a través de las normas o sistemas de normas creadas por ellas (32).

Dentro de estas fuentes reales o materiales tenemos:

→ - Los Decretos-Ley; a nivel de régimen constitucional normal no son normas existentes; al contrario, se llaman así a las normas dictadas por los gobiernos de facto (33), en uso de facultades reservadas a la Asamblea Legislativa. En nuestra vida constitucional han sido muy abundantes, de las Constituciones Salvadoreñas sólo una (34) no tuvo como antecedente un Decreto-Ley.

(30) Luis Legaz y Lacambra. "Filosofía del Derecho", pág. 540.

(31) Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho", pág. 61.

(32) Luis Legaz y Lacambra. "Filosofía del Derecho", pág. 494.

(33) Abelardo Torre. "Introducción al Derecho", pag. 303.

(34) La Constitución de 1841, no tuvo como antecedente un decreto-ley.

→ - La Doctrina; Eduardo García Maynez la define así: "Se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación (35).

→ - Es necesario referirse a los tratados y convenciones internacionales, debido a que la actual política nacional se orienta al acatamiento de normas de carácter internacional. Como afirma Luis Legaz y Lacambra (36) "No hay comunidad política que sea tan perfecta como para bastarse así misma". No se puede negar que en la época actual nuestro país demuestra exagerada dependencia económica y política respecto a los Estados Unidos de Norteamérica, y los tratados y convenios son prolíferos.

En cuanto al orden de importancia de las fuentes del Derecho Constitucional, es necesario aclarar que el contenido de este derecho va más allá de las normas, no se queda en lo formal; se afirma esto porque las fuentes materiales contribuyen a determinar el contenido de las normas jurídicas; las fuentes formales representan un procedimiento de formación que constatan a las fuentes materiales. Las fuentes materiales expresan una tendencia determinativa respecto a lo jurídico.

Debido a la sobrevalorización de las fuentes formales puede ocurrir que la norma constitucional contenga aspectos alejados y diferentes de la realidad por lo que se vuelve necesario realizar un análisis comparativo de la realidad y no una simple auscultación formal para no

(35) Eduardo García Maynez. "Introducción al Estudio del Derecho", pág. 76

(36) Luis Legaz y Lacambra. "Filosofía del Derecho", pág. 786.

caer en un formalismo legal, pensemos a manera de ejemplo en una Constitución que ha perdido aplicación porque no es acorde a la realidad actual, seguro es que pensaremos que la Constitución debe ajustarse a las diversas transformaciones; con lo que concluiríamos que debemos conciliar el espíritu normativo con la realidad. De lo anterior podemos afirmar que de conformidad a su determinación, en orden de importancia primero serían las fuentes materiales y luego las fuentes formales.

CAPITULO IV

LA CONSTITUCION Y LA LEY

Es comprensible, aún para las personas de escaso nivel cultural, que el continuo devenir social se desarrolla dentro de un contexto sumamente complejo de normas de la más variada índole (sociales, morales, jurídicas, religiosas, incluso técnicas) las cuales permiten o, al menos hacen posible, la armonía y seguridad del accionar individual del hombre, con respecto a la actividad que desempeñan los demás semejantes; todo lo cual permite el simultáneo progreso colectivo.

Ahora bien, cada una de las partes que forman esa complejidad de normas, constituyen particulares universos de relaciones humanas, sujetos a su vez, a la regulación y control de parte de específicos órdenes o sistemas normativos. Dentro de esos órdenes o sistemas, nos interesa uno en particular: **El Jurídico.** (1)

El Ordenamiento Jurídico se encuentra conformado por una pluralidad de normas que constituyen un Sistema, por cuanto en él se integran, a su vez, subsistemas, divisiones o ramas, todas ligadas entre sí por

(1) O sea, aquel que sus normas, según la Teoría General del Derecho, observan las características de Exterioridad, Bilateralidad, Coercibilidad y Heteronomía. Características por las cuales se afirma que: "El Derecho tiene por objeto regular la conducta del hombre en su interferencia intersubjetiva" (Fuente: "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales", de Aníbal Bascuñán Valdéz, página 217; e "Introducción al Derecho", de Abelardo Torrè, página 122).

ciertos supuestos o principios (2) que, asimismo, las vinculan y armonizan.

Esa pluralidad de normas que originan, componen y dan sentido al ordenamiento jurídico, no se encuentran sueltas, mucho menos aisladas, sino que se hayan enlazadas por relaciones de Fundamentación; en virtud de las cuales, una norma jurídica se apoya o funda en otra (es válida), cuando la primera es creada de acuerdo al procedimiento previsto para ello en la segunda. La función de cada una de esas normas es diferente y va de "mayor a menor", por lo cual las inferiores toman su fundamento en las inmediatas superiores.

En atención a lo anterior, la llamada Escuela de Viena y Hans Kelsen como su máximo exponente, dieron origen a lo que, asimismo, Adolf Merkl denominara como Pirámide Jurídica, compuesta por "un orden gradado de diferentes capas de normas (3)" que integran, por razones de complementación, tanto a la Constitución, como a las leyes "secundarias", los Decretos, los Reglamentos (y todas aquellas disposiciones emanadas de la autoridad administrativa), pasando por las sentencias judiciales

(2) Bascuñán Valdés menciona la existencia, según su entender, de dos tipos de supuestos o principios:

a) Los supuestos absolutos, fundamentales o inexcusables; dentro de los que se mencionan, entre otros, el Principio del "Estado de Derecho", el Principio de la Jerarquía Normativa, por ende, de la validez por derivación; El Principio o Presunción del Conocimiento del Derecho, etc.

b) Los supuestos relativos, secundarios o excusables; así menciona el Principio de la Territorialidad del Derecho; el Principio de Irretroactividad; el Principio de la Generalidad del Derecho, etc.

("Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Aníbal Bascuñán Valdés, página 218).

(3) "Teoría Pura del Derecho", Hans Kelsen, página 94.

e, incluso, por las normas consuetudinarias y hasta por los contratos; situando en la base de tal pirámide a las normas jurídicas que observan un mayor grado de jerarquía y generalidad, y que son las que se incorporan dentro del texto de una Constitución escrita, en aquellos regímenes que, como el nuestro, adoptan una modalidad diversa a la del orden jurídico consuetudinario.

Pero, para mejor comprensión de lo anterior, resulta necesario dilucidar la siguiente interrogante:

- Qué significa para nosotros el Ordenamiento Jurídico?

Si partimos de la idea de que el ordenamiento jurídico "surge con el objetivo de reglamentar la vida social, tanto entre los particulares, como entre éstos y la Administración" (4) (entiéndase Estado); podemos decir que es el conjunto de normas y principios que regulan la conducta de los entes, tanto naturales como jurídicos, que forman parte de un conglomerado social.

No obstante, cada país tiene su propio y particular sistema jurídico, aún cuando observen convergencia sobre ciertos puntos con respecto a otro orden; por lo que, es razonable, la aplicación que se hace de la norma jurídica difiera de acuerdo a cada sistema.

Nuestro ordenamiento jurídico, por asentarse en su mayor parte sobre normas de carácter escrito, conforma un marco jurídico legislado, mismo en el que debe encuadrarse toda la actividad del Estado y de los particulares; marco al que Hauriou denomina como Bloque de la Legalidad (5), integrado por toda aquella norma jurídica establecida en forma

(4) Tal como lo manifiesta José Antonio García Trevijano, en su obra "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 1, página 407.

(5) Citado por García Trevijano, op. cit. página 408.

deliberada y consciente, que incluye a la Constitución, las leyes ordinarias, los Decretos y los Reglamentos.

4.1. LA CONSTITUCION COMO FUENTE PRIMARIA

(Del Orden Jurídico Secundario).

En la actualidad, nadie discute que la Constitución es la base(6) de todo orden jurídico y de donde derivan todas las demás manifestaciones del esquema normativo; razón por la cual, necesariamente, la Ley Secundaria observa como su principal fuente a la Constitución. Lo anterior es lógico y congruente si tomamos en cuenta que, la Ley, por regla general, tiene como objetivo principal e inmediato, el desarrollo y positiva aplicación de un precepto constitucional; tal patrón deben observar también aquellas leyes que la generalidad de autores llaman Leyes en Sentido Amplio (Reglamentos, ordenanzas, órdenes, decretos, etc., que han sido dictadas por una autoridad no perteneciente al órgano legislativo, en el ejercicio de sus funciones); caso contrario, todas esas leyes serían impugnables mediante la interposición de ciertos recursos, por ejemplo: El Recurso de Inconstitucionalidad, establecido en el Artículo 183 de la Constitución vigente, el cual consiste en la facultad de recurrir ante la Honorable Corte Suprema de Justicia (a tra-

(6) "Filosofía del Derecho"

Legaz y Lacambra, Luis

"El Derecho se configura como un sistema de legalidad porque la unidad de un ordenamiento jurídico se basa en una norma fundamental de la que derivan todas las demás" (op. cit., pág. 260).-

vés de la Sala de lo Constitucional), cuando por una ley, decreto, resolución o autoridad, se ha atacado alguna de las garantías establecidas en la Constitución; ello pone en evidencia la suprema jerarquía que el texto constitucional posee por sobre las demás manifestaciones del orden jurídico y con lo que se pretende evitar que la norma constitucional pueda verse atacada, desconocida, inobservada o adulterada en su texto (forma) o en su espíritu (contenido), por aquellos fallos o resoluciones que dictan los funcionarios con autoridad para crear o modificar la norma jurídica.

De ahí que resulta aceptable la división de las normas jurídicas, de acuerdo a su Jerarquía (7), donde se diferencia entre normas fundamentales (llamadas también "primarias" o "constitucionales"), y normas derivadas (o "secundarias"). Por cuanto, si se habla de un sistema escalonado de normas, implica hablar de la existencia de normas válidas, solo si estas han observado el procedimiento de elaboración (formación) señalado y su contenido no contradiga o se anteponga al de aquellas normas jerárquicamente superiores.

En ese orden de ideas, con seguridad podemos afirmar que son las normas constitucionales las que fundamentan y sientan la base de todo el sistema jurídico; consecuentemente, ocupan el plano más alto dentro del mismo y su validez no observa su origen en ninguna otra norma, por el contrario, son ellas las que, por supremacía, determinan la validez de las restantes normas del orden jurídico, mismas que deben encontrarse en armonía con aquellas, so pena de verse sometidas a ciertas sanciones,

(7) "Introducción al Estudio del Derecho", Abelardo Torré, página 148.

como lo serían, por ejemplo: la Nulidad o la Inaplicabilidad, según el caso (y que se encuentran contempladas, en tanto probabilidades jurídicas de recurrencia, dentro de nuestra actual Constitución, en los Artículos 164 y 185, respectivamente).

Muy diferente es la situación jurídica de las normas Derivadas, que son las restantes normas del sistema jurídico (llamadas comúnmente por diversos autores, como "secundarias", "comunes" u "ordinarias"), ya que éstas, en primer lugar, se encuentran subordinadas a las normas constitucionales; y, en segundo lugar, su validez está supeditada a la observancia, en forma y contenido, de los Principios establecidos en la Constitución.

Tenemos, pues, que la Constitución es la fuente primaria de donde emanan todas las disciplinas Jurídicas; y, a su vez, constituye la base de todo el ordenamiento jurídico, principalmente en los países que sustentan el Derecho escrito (tal es el caso de El Salvador) y en aquellos países que, aún teniendo su base en el Derecho Jurisprudencial (como es el caso de los Estados Unidos de América), rigen toda su actividad jurídica alrededor de una Constitución.

Si, como dijimos anteriormente, la Constitución es en el orden jerárquico la que ocupa el plano superior, es porque, precisamente, dentro de ella debe enmarcarse todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Tal aseveración puede explicarse en el simple hecho de que los principios generales y abstractos que señalan la conducta a seguir por el Estado y los particulares, con miras a obtener y/o mantener el orden social, están contenidos en la Constitución, estableciendo los deberes y atribuciones (derechos), tanto de los entes particulares, como de los tres

órganos fundamentales del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)(8); señalándoles a cada uno de estos últimos su respectiva competencia y función.

Asimismo, las leyes secundarias u ordinarias, por orientarse hacia el desarrollo de los principios generales de la Constitución en todas las ramas del Derecho (ya sea Civil, Mercantil, Administrativa, Penal, Laboral, Procesales, etc.), observan la obligación del respeto a la jerarquía de las normas, la cual, como puede apreciarse, se encuentra inserta en el Artículo 246 de nuestra Constitución, que a la letra dice:

"Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las Leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá (9) sobre todas las Leyes y reglamentos.

El interés público tiene supremacía sobre el interés privado".

A su vez, la autoridad que la Constitución posee a nivel formal, por sobre las demás leyes, se pone de manifiesto en el Artículo 142 Cn., que dice: "Para interpretar, reformar o derogar las leyes se observaran los mismos trámites que para su formación".

(8) Hacemos referencia a ello por cuanto, modernamente, todo Estado de Derecho tiene su base en el Principio de la Separación de Poderes, puesto que se le considera indispensable para asegurar la libertad de los ciudadanos, en la medida que limita el poder político, atribuyendo a órganos distintos, correspondientes a instituciones diferentes, el ejercicio de cada función estatal de modo que un individuo, un grupo de individuos, o una asamblea, no puedan, al mismo tiempo, dictar leyes y aplicarlas por vía administrativa o judicial. (Fuente: "Curso de Derecho Político", Pablo Lucas Verdú, Volumen II, página 126).

(9) El subrayado es nuestro.

Es evidente que las antes relacionadas disposiciones conllevan al propósito de procurar por la estabilidad y la supremacía de la norma constitucional, frente a la volubilidad política de los entes o personas que inciden en la creación, reforma o derogación de la Ley; la susodicha protección no fué puesta a disposición de las restantes normas integrativas del esquema jurídico, en razón, como es claro, a la privilegiada posición de que goza la Constitución dentro del esquema de las normas jurídicas.

4.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Hemos dicho que el Orden Jurídico es un conjunto compuesto de normas jurídicas, relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en dado momento, en una nación determinada, la vida social y las diversas instituciones que dentro de la misma se desenvuelven. Ahora bien, dentro de todo este ordenamiento jurídico positivo impera (ó, al menos, debería imperar) la Legalidad; por cuanto, en los sistemas de Derecho Escrito como el nuestro, el precepto legal tiene una jerarquía superior a todas las demás fuentes del Derecho.

Lo anterior se deriva del hecho que, la norma jurídica es un precepto general, abstracto, imperativo, intersubjetivo y coercible; pero, dentro de la dinámica de la norma jurídica, las características que observan mayor importancia son las de Imperatividad y Legalidad; de ahí que el Principio de Legalidad implique un indisoluble nexo que vincula al Estado con el Derecho, ya que, es mediante la Ley como se establece la forma y modo en que se va a realizar o conservar dicha relación, en un

momento determinado; incluso el Estado, para poder imponer sus mandatos, debe hacer uso de la Ley, lo cual se deduce del mismo texto del Artículo 1 del Código Civil, que dice: "La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Es el Ordenamiento Jurídico el que determina la conducta a seguir, tanto por los titulares del poder estatal, como por los particulares, y esto es lo que permite establecer un régimen de seguridad para los particulares, garantizando, primordialmente, la libertad de los ciudadanos, con el propósito de contribuir a lograr la Seguridad Jurídica ("Certeza de aplicación de la Ley", uno de los principales fines del Estado, tal como se desprende de lo redactado por el legislador Constituyente en el Artículo 1 Cn.).

En el Estado de Derecho, se entiende que toda la actividad que el mismo realice debe enmarcarse dentro de la Ley, para limitar, principalmente, el poder que, como titulares del poder soberano del Estado, ejercen los gobernantes y encargados de desempeñar las esenciales funciones del Estado.

En el Estado de Derecho se persigue la consecución de ciertos objetivos que tiendan a lograr el bienestar colectivo; y, para lograr dichos fines, se establece un régimen de derechos a favor de los particulares, procurando por la seguridad de los mismos y porque éstos no sean vulnerados. En ese afán, la voluntad del gobernante es sustituida por la Ley que, según nuestra Constitución (Artículo 86 Cn. "El poder público emana del pueblo") en relación con el Código Civil (Art. 1 C.), constitu

ye la voluntad popular y lo que da certidumbre y seguridad jurídica a los individuos.

El Principio de Legalidad determina las formalidades a seguir en la aplicación de las normas que conforman a cada una de las ramas que integran la Enciclopedia Jurídica; valga señalar, a manera de ejemplo, lo siguiente:

-En el Derecho Penal, el Principio de Legalidad se encuentra inmerso en la famosa expresión latina "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege" (No hay crimen ni pena sin ley previa) el cual, a su vez, se encuentra inserto y desarrollado en el Art. 11 Cn. (Garantía de Audiencia, que a la letra dice: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad... sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes..."), en el Art. 15 Cn. (Principio de Legislación y Tribunales Previos, y dice: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate,..."), en el Art. 21 Cn. (Principio de Irretroactividad de la Ley, que en lo medular dice: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente...") y en los Arts. 1 Pn. (Principio de Legalidad desarrollado en la Ley secundaria: "Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles,...") y 2 Pr.Pn. (Principio de Legalidad del Proceso Penal: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al delito..."); los cuales constituyen, tal como lo manifiesta Ossorio (10),

(10) "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 492.

una "garantía individual, en cuya virtud no se puede interpretar que un acto cualquiera es delictivo e incurso en sanción penal, si no ha sido considerado expresamente como tal en una norma anterior". En otros términos, que la configuración (tipificación) del delito tiene que • preceder al hecho delictivo, para que este pueda ser sancionado.

-En el Derecho Tributario, el Principio de Legalidad se materializa en la disposición constitucional que reza que "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una Ley y para el servicio público" (Art. 231 Cn., Principio de Legalidad Tributaria), complementado con lo dispuesto en el Art. 131 n° 6° Cn. (Que señala a quién corresponde dictar los tributos, y dice: "Corresponde a la Asamblea Legislativa:Decretar impuestos, tasas, contribuciones especiales, multas y demás), sino, previo establecimiento de las mismas en una disposición jurídica; como ejemplo de ello podríamos señalar a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, la cual establece en su Art. 1 Inc. 1° que: "Las personas naturales o jurídicas, ... pagarán un impuesto anual sobre el Patrimonio neto que posean en el territorio nacional ..." Así, la norma jurídica establece el hecho generador, el sujeto y la clase de impuesto, el monto, en qué forma y cuándo va a ser el momento en que se va a pagar dicho impuesto.

Puede verse que cada una de las relaciones que entre el Estado y el particular se generen, habrán de estar comprendidas en una Ley; así se podrá garantizar que los efectos de Derecho que en virtud de tales relaciones se susciten, estén, a su vez, determinados en la Ley. Queda claro, como se aprecia en los dos anteriores ejemplos, que el Principio de Legalidad se encuentra inmerso en cada una de las disposiciones

jurídicas; pero, fundamentalmente, el Principio de Legalidad se orienta a que toda decisión emanada de la voluntad, sea individual (particular) o administrativa (estatal), este conforme a la regla general preestablecida en la norma jurídica, con miras a lograr, como ya se dijo, la Seguridad Jurídica.

Sobre este punto, valga aclarar, que el principio en mención tiene una doble aplicación dentro de nuestra norma constitucional vigente, véase:

a) Cuando se trata de decisiones emanadas de una manifestación de voluntad individual de los particulares; en este caso, el Principio de Legalidad se pone de manifiesto en el Art. 8 Cn., que a la letra dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe" (Principio General de Legalidad), lo cual significa que cualquier persona será obligada a observar un determinado patrón de conducta, solo mediante una preestablecida norma jurídica que así lo indique claramente, en virtud de la ínsita coerción que la ley posee.

Reflejo de lo anterior, es lo establecido en el Art. 9 Cn., que dice: "Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento (regla general), salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley" (excepción que confirma la regla general); interpretando la disposición relacionada, llegamos a determinar, dentro de su contenido, el Principio de Legalidad, por cuanto los casos de excepción que menciona no salen de la esfera misma que el principio implica. Así tenemos que, los requisitos que se establecen para la relación jurídico-

laboral, son: La Justa Retribución y el Pleno Consentimiento. La Excepción a ello es:

- "... en los casos de calamidad pública....", tales casos habrán de ser contemplados dentro de un Decreto del órgano legislativo (conforme a los Arts. 29 Inc. 1º y 131 nº 27 Cn.) o del órgano ejecutivo (de acuerdo a lo estipulado en los Arts. 29 Inc. 1º y 167 nº 6º Cn.), el cual se promulgará inmediatamente a la materialización de la calamidad de que se trate. Por ejemplo: después de acaecido el terremoto del 10 de Octubre de 1986, se procedió a la tarea de remoción de escombros y asistencia a las personas que resultaron afectadas; pero, dada la calamidad general que dicha catástrofe generó, todos los habitantes de El Salvador, con aptitud física, quedamos en situación de "disponibilidad" para la realización de diversas tareas; caso típico: las labores de remoción de escombros y búsqueda de víctimas en el antiguo edificio Rubén Darío, aun cuando fueron realizadas mayoritariamente por voluntarios y cuerpos de socorro, también fueron desarrolladas con la participación, en muchos casos, "no voluntaria" de ciudadanos que contingencialmente pasaban por dicho lugar y fueron requeridos por la autoridad militar, a la cual no pudieron sustraerse, no por obediencia (o miedo) al personal militar, sino porque la ley, en ése momento, así lo obligaba, so pena de hacerse acreedor a una sanción.

En el ejemplo que queda relacionado, puede apreciarse que no se cumple con los requisitos que la relación jurídico-laboral exige: primero, porque fué un trabajo desarrollado gratuitamente, no se percibió la más mínima retribución (11) (salvo el reconocimiento de la Sociedad, que (11) Prescindimos de considerar el término "justa retribución", por ser el mismo, punto de divergencia e, incluso, acérrimas contradicciones tanto doctrinarias como reales, en el estudio del Derecho Laboral.

no es, ni por cerca, una retribución, desde la perspectiva Laboral); y, en segundo lugar, por el hecho de que, más de alguna persona desarrollara las labores asignadas sin el menor asomo de voluntariedad, las realizó por haberse visto forzada a hacerlo.

Como puede verse, en casos normales, el trabajador se somete a los efectos del vínculo jurídico laboral (relación trabajador-patrono), sólo cuando conviene a sus intereses o cuando él así lo desea (es decir, con la observancia de los requisitos establecidos en el Art. 9 Cn.).

Pero, en los casos de excepción, puede ser obligado a observar una específica conducta (en este caso, la prestación de un servicio o la realización de una obra) por Ministerio de Ley.

Cuando refiere, en el mismo Art. 9 Cn., ",..... y en los demás señalados por la ley", un sencillo ejemplo lo explica: el Art. 215 que hace referencia al Servicio Militar Obligatorio.

Asimismo, la existencia de la Usura ("Tasa de intereses excesiva, que se aplica en los Contratos de Mutuo") (12) como delito no tipificado en la legislación penal de nuestro país, es el más claro ejemplo de lo que nadie está obligado a privarse, si la Ley no lo prohíbe; a pesar de que en algunas legislaciones llegan a configurarla como hecho delictivo; y en materia civil constituye un vicio que da lugar ya sea a la nulidad del acto jurídico tachado de usuario, o a un reajuste equitativo.

(12) Tal como puede deducirse de la definición que hace Manuel Ossorio en la página 771, de su "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales".

Lo antes dicho permite que en El Salvador, cualquier sujeto con disponibilidad financiera que desee hacerse prestamista, pueda hacerlo; y, además, pueda establecer la tasa de interés a los préstamos que otorgue, en la cuantía deseada por él (de ahí la existencia de los llamados "Pactos Leoninos" (13), puestos de manifiesto en el famoso 10% mensual, que pareciera ser que está quedando en el desuso, por cuanto se observa un incremento generalizado últimamente en nuestro país); es decir, aún cuando desde el punto de vista moral, la Sociedad considera execrable una tasa de interés del 20% mensual, por ejemplo, ninguna persona está, o puede ser, obligada a imponer una cifra mayor o menor a ésta, por la simple y llana razón de que la ley no lo prohíbe. En otras palabras, el Principio de Legalidad se traduce en el Principio de Libertad. De ahí que tenga aplicación la frase latina que reza "Non omne quod licet honestum est" (no todo lo que es lícito, es también conforme a lo moral) (14).

b) Cuando se trata de decisiones emanadas de una manifestación de voluntad del Estado. (y cualquiera de los entes que lo conforman), el Principio de Legalidad se orienta hacia el establecimiento de un específico patrón de conducta: Todos los actos de la Administración Pública y del Estado en general, deben tener, como antecedente necesario

(13) Pacto Leonino, es "aquel contrato en que una de las partes se reserva un beneficio desproporcionado o notoriamente desigual con respecto a la otra parte"; Manuel Ossorio, op. cit., página 528. Lo cual produce lo que en Derecho Civil se denomina como "Lesión", es decir, cuando en los términos o cláusulas del propio contrato se establecen prestaciones que, por desproporcionada una de ellas con respecto a la otra, originan un daño evidente para la parte que resulta perjudicada (Manuel Ossorio, op. cit., página 421).

(14) Paulo, citado por Aníbal Bascuñan Valdés; "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales", página 208.

e indispensable, un Acto Regla; es decir, una disposición de carácter general, abstracta e impersonal. En ese sentido, el Principio de Legalidad se encuentra en el Art. 86 Cn. que en su Inciso primero establece que "El poder público emana del pueblo.....", y en el Inciso tercero continua diciendo "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". Ello se deriva del hecho que toda la actividad del Estado es de carácter jurídico, es el Derecho quien rige todos sus actos y no cabe ninguna posibilidad de que el Estado pueda realizar actos no comprendidos o autorizados, expresamente y con antelación, por una norma jurídica; en nuestro Derecho Positivo, la Constitución es el marco legal dentro del cual se tienen que desarrollar las relaciones entre el Estado y los particulares.

De ahí que se afirme, a nivel doctrinario, que el Principio de Legalidad es absoluto (en el sentido de que no tiene excepción), cuando se aplica a la realización de actos por parte del Estado; tal aseveración la ratifica el Art. 131 n° 21 Cn., que dice: "Corresponde a la Asamblea Legislativa.... Determinar las atribuciones y competencias de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se hubiere hecho"; lo cual, a su vez, es consecuencia de que en los Estados de Derecho, modernamente, no se conciba la idea de que la actitud de la Administración (y toda la actividad del Estado) se oriente hacia la solución de situaciones particulares, por fuera del esquema normativo; de ser así, estaríamos frente a actos propios de un Gobierno Arbitrario, es decir, contrarios, sea a lo justo, a lo razonable o a lo legal; en

vista que, dentro del Derecho, el valor Justicia es de igual jerarquía que con el de Seguridad (Jurídica).

La imposibilidad de que el Estado realice actos no previstos a autorizados por una norma jurídica, es absoluta; ya que, resulta imposible hacer alguna excepción, dada la indisoluble vinculación que existe entre el Estado y el Orden Jurídico vigente. Incluso, las facultades discrecionales (15) que derivan del ejercicio de la Potestad Discrecional, deben estar enmarcadas dentro de la norma jurídica; de lo contrario, estaríamos frente a un desconocimiento total del precepto legal; por cuanto, en el Estado de Derecho se entiende que toda la actividad del mismo tiene que enmarcarse dentro de la Ley, para poder así, limitar el poder de la Administración Pública; es el ordenamiento jurídico el que determina la conducta a seguir por los titulares del Estado (gobernantes) y esto es lo que permite establecer un Régimen de Seguridad para los particulares, garantizándose las libertades individuales de la persona humana y contribuyendo al logro de la Seguridad Jurídica; ya que los funcionarios públicos no pueden actuar sin basarse en una ley, por cuanto ésta es quien determina cómo, cuándo, en qué forma y lugar va a surtir efecto la actuación que ellos muestren.

El Principio de Legalidad pretende limitar la actividad del Estado en beneficio del particular; y, a diferencia de éste, lo que para la Administración estatal no está autorizado expresamente, está prohibido.

(15) Las facultades que el órgano administrativo posee para obrar de determinada manera, cuando lo crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender, para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas ("Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Manuel Ossorio, página 309).

En resumen, el único instrumento del que un funcionario público dispone para su actuación, es la Ley; sino, basta afirmar que el Estado sólo puede realizar determinado tipo de actos definidos en la Ley y, para hacerlos, tiene que auxiliarse de diversos órganos, los cuales, a su vez, son creados por una ley, misma que les delimita su esfera de atribuciones en atención a la materia, grado, tiempo, territorio y jerarquía.

De todo lo antes relacionado, podemos afirmar que el Principio de Legalidad posee ciertas características que le son propias, las cuales, a nuestro entender, son: (16)

a) Normatividad Jurídica. Implica, por un lado, que todas las actividades que los particulares desarrollen, deben serlo sin transgredir lo preceptuado en la norma jurídica; por otro lado, las actividades que el Estado desarrolle a través de sus respectivos órganos, en el ejercicio de sus específicas atribuciones, deben observar una doble obligatoriedad: Primero, necesariamente tienen que fundamentarse en la norma jurídica; y, Segundo, no salirse de lo que la misma norma jurídica establezca y permita. Caso de que algo no se encuentre establecido en la ley, los órganos del Estado no tienen facultad para realizarlo. Es decir, la totalidad de los actos que emanen del Estado, habrán de estar regidos en el ordenamiento jurídico.

b) Jerarquía Normativa. Para que impere la Legalidad, es indispensable el respeto al orden jerárquico que existe en el esquema jurídico; lo cual significa que ninguna norma inferior podrá estar sobre lo precep-

(16) Siguiendo la idea de Anibal Bascuñan Valdés, tal como lo manifiesta en las páginas 218 y 219 de su obra "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales".

tuado en una norma superior; en consecuencia, ningún acto realizado (sea por particulares o por el Estado) con supuesto apoyo en una norma inferior, será válido si ha transgredido lo dispuesto en una norma jurídica de jerarquía superior.

Por cuanto, si no existiera la jerarquización de las normas jurídicas, no podríamos hablar de unidad dentro del Sistema Jurídico y, al no existir unidad, conllevaría a un anormal desenvolvimiento del mismo.

Por ejemplo, una Sentencia (norma de mayor concretización) no puede ser dictada con transgresión de alguno de los Principios establecidos en la Constitución, ya que, el Art. 246 Cn. lo prohíbe expresamente cuando dice en su Inciso Primero: "Los principios..... establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio". Incluso, a nivel administrativo, si se da el caso de una orden dictada por un funcionario superior, ésta no podrá ser derogada o rectificada por otra orden si ella emana de un funcionario de igual jerarquía, mucho menos, de uno inferior.

c) Igualdad Jurídica. La misma se encuentra comprendida en el Art. 3 Cn., que a la letra dice: "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en las diferencias de..."; significa, entonces, que cuando la Asamblea Legislativa dicta normas, el Organó Ejecutivo las ejecuta y, además, gestiona los negocios públicos, así como cuando el Organó Judicial aplica la Ley a cada caso concreto; se debe actuar equitativamente y en forma imparcial. En otras palabras, todas las personas habrán de ser concesionarias, por igual, de aquellas prerrogativas o privilegios que la ley les establezca, sin negar en forma arbitraria

derechos a quienes en justicia les corresponden. La norma constitucional refleja el Principio de Igualdad Jurídica, a lo largo de un considerable número de disposiciones, por ejemplo: los Arts. 2, 4, 6 y 12 de la Constitución, todos los cuales observan algo en común, y es el de que, además de establecer garantías individuales, inician su texto con la frase "Toda persona...."

d) Razonabilidad. Todos los actos que el Estado realice en el ejercicio de sus específicas atribuciones, habrán de tener su justificación en normas jurídicas anteriores al acto, lo mismo que en hechos, conductas y circunstancias que lo originen. Pero, la aplicación de la norma jurídica se pondrá de manifiesto en un razonamiento jurídico, mismo que confiere derecho para proceder, en determinada forma, al funcionario público.

La razonabilidad implica que el acto estatal responde al proceso de la realización de los hechos que lo justifican. En ese sentido, un Proceso Judicial tendrá su base en los Artículos 11, 15 y 21 de la actual Constitución; pero, a su vez, para que el referido proceso tenga razón de ser, debe haberse dado la manifestación previa de un acto, hecho, conducta o circunstancia que lo habrá de justificar; ahora bien, cuando el juzgador (para el caso que ubicamos de ejemplo) aplica la ley al caso concreto, éste se encuentra obligado a razonar, siempre conforme a la ley, las resoluciones que dicte. Sino, véase lo dispuesto en el Art. 421 Pr. C., que a la letra dice: "Las sentencias recaeran sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en leyes

vigentes; en su defecto, en ... ", lo cual es ratificado por el Art. 427 n° 2° Pr.C., que dice: "En la redacción de las sentencias definitivas de la primera o única instancia se observarán las reglas siguientes... A continuación hara mérito, en párrafos separados que principiaron con la palabra "Considerando", de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten, de las pruebas conducentes y de los argumentos principales de una y otra parte, dando las razones y fundamentos legales que se estime procedentes y citando las leyes y doctrinas que considere aplicables"; incluso, el Inciso Primero del Art. 1238 Pr. C. es más amplio, a tenor de lo dispuesto en el mismo: "Todos los Jueces, según la gravedad de las circunstancias, podrán, en las causas que ante ellos penden, dar mandamientos de oficio, devolver escritos declarándoles inadmisibles por algún motivo legal y fundado y ordenar a su costa la impresión de sus sentencias".

e) Control Judicial. Se pone de manifiesto en la existencia de diversos mecanismos de control, los cuales están a cargo del Poder Jurisdiccional. El control judicial se refleja en la materialización de los Mecanismos de Control Constitucional, que la misma Constitución implanta, dada la posibilidad de transgresión de la Ley por parte del mismo Estado.

Desde esa perspectiva, se establecen Recursos como:

- El Recurso Amparo, en el Art. 247 Inc. 1° Cn., que dice: "Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución" (Entendiéndose precedente para la violación de todos los derechos, excepto el de la Libertad Física o Corporal).

- El Recurso de Exhibición Personal o Habeas Corpus, comprendido en los Artículos 11 Inc. 2º y 247 Inc. 2º, ambos de la Constitución; cuando la libertad transgredida es la Libertad Corporal.

- El Recurso de Inconstitucionalidad, establecido en el Art. 183 Cn. y el desarrollo del mismo en el Art. 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales; para cuando la ley quebrante o viole las normas constitucionales de una manera clara, manifiesta o indudable. Teniendo por objeto, este Recurso, garantizar la plena vigencia y correcta aplicación de las normas comprendidas en el texto constitucional, otorgando, incluso, a "cualquier ciudadano" la facultad de petición para dar trámite al Proceso de Inconstitucionalidad.

Asimismo, también existen otros métodos judiciales de ejercer control, a nivel normativo, en la observancia del Principio de Legalidad; así se tiene:

- La Inaplicabilidad de la Ley, o de cualquier disposición emanada de los órganos Ejecutivo y Legislativo, cuando éstas contraríen los preceptos estatuidos en la Constitución. Esta circunstancia se encuentra comprendida en el Art. 185 de la Constitución vigente.

- La posibilidad de desobediencia, que la misma Constitución establece expresamente, ante aquellos Actos Administrativos (decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones) emitidos con franco exceso de las facultades que la norma constitucional concede a los funcionarios de la Administración Pública (es decir, pertenecientes al Organismo Ejecutivo). Dicha posibilidad la regula el Art. 164 Cn., que hace referencia a la Nulidad de ciertos actos administrativos; la cual se refleja en la ineficiencia (desde la perspectiva jurídica) del acto, como consecuencia de carecer

de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; en otras palabras, cuando el acto adolece de un vicio, en virtud de haberse realizado éste con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido.

- El hecho de establecerse dentro del texto constitucional (en el Título VIII, Arts. 235 al 246 Cn.), diversos tipos y grados de responsabilidad deducibles en contra de los Funcionarios Públicos, ante la inobservancia o infracción que estos hagan de la ley; así se establecen:(17)

a) La Responsabilidad Civil, en referencia a la reparación pecuniaria del daño, cuando el funcionario ha causado un perjuicio a otra persona por abuso de autoridad, dolo o negligencia culpable en el ejercicio de sus funciones; fundamentada ésta responsabilidad, en el principio general de que "Todo el que ejecuta un hecho que por culpa o negligencia cause daño, está obligado a la indemnización de perjuicios". Frente al Estado, la responsabilidad civil se hace efectiva mediante la rendición de cuentas que éste, a su vez, tiene reglamentadas. Incluso, nuestro Ordenamiento Jurídico vigente regula la Responsabilidad Civil derivada de la comisión de un delito penal, así lo dispone el Art. 130 Pn. cuando

(17) Retomando la más corriente clasificación que la diversidad de autores hacen acerca de la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos:

- Responsabilidad Civil.
- Responsabilidad Penal.
- Responsabilidad Administrativa.

(Fuente: "Derecho Constitucional Mexicano", de Felipe Tena Ramírez, página 483 a la 502. 5a. edición.

"Manual de Derecho Constitucional", de Enrique González Flores, páginas 183 a la 192.)

dice: "Toda persona responsable de un delito o falta, lo es también civilmente. Todo el que haya sufrido daño que provenga del delito, tiene derecho a la reparación e indemnización", responsabilidad que, a su vez, estará condicionada al cargo que el funcionario público desempeñe dentro de la Administración Pública. Si el funcionario que delinque es de aquellos a quienes la Constitución concede el privilegio del Antejuiicio (en el Art. 236 Cn. y conforme a los Arts. 19 Pn. y 7 Pr. Pn.) y cuyo conocimiento corresponde a la Asamblea Legislativa, no podrá hacerse efectiva la responsabilidad civil en su contra hasta que la Asamblea Legislativa declare que hay lugar a formación de causa y se ordene procesar al funcionario, en cuyo caso, el particular tendrá que mostrarse parte civil, de conformidad al Código Procesal Penal; si la Asamblea Legislativa declara que no hay lugar a formación de causa, el particular no podrá hacer efectiva esta responsabilidad, sino hasta que el funcionario haya cesado en sus funciones (ya que hasta entonces se iniciará el Proceso Penal, en el que también se determinará la responsabilidad civil del Funcionario). En cuanto a los funcionarios cuyo antejuiicio corresponde conocer a la Corte Suprema de Justicia no hay problema, ya que estos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios establecidos para los delitos y faltas comunes que cometan.

b) Responsabilidad Penal, en referencia a la obligación que tiene el individuo imputado y culpable, de sufrir las consecuencias que la ley señala como sanción para los delitos previstos y castigados en el Código Penal y en leyes especiales. Para que exista delito es necesario que haya un hecho voluntario, que éste sea ilícito y culpable. Este tipo de

responsabilidad es tan grave, a nivel práctico y doctrinario, por cuanto, el hecho de que un funcionario público al cometer un delito, en su calidad de tal, convierte dicha calidad en circunstancia agravante (Art. 42 n° 9° Pn.), y esto se debe a que el funcionario público conoce la ley de una manera más exacta (o al menos se presume), por desempeñar una función pública. Ese mismo hecho de que un funcionario se valga de su calidad en la comisión de un delito, significa una doble falta: respecto a la víctima y respecto al Estado que ha investido al funcionario de un cargo para que lo ejerza con la corrección y dignidad propia del individuo que toma sobre sí tal obligación.

c) Responsabilidad Administrativa, es el tipo de responsabilidad que la administración estatal exige a sus funcionarios, con el fin de mantener la disciplina y la base de la organización jerárquica; doctrinariamente se clasifica este tipo de responsabilidad, desde dos puntos de vista:

- Desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria, es la responsabilidad en que incurre el funcionario público que en el ejercicio de su cargo comete faltas que violan las atribuciones y deberes establecidos en relación con el servicio o función que desempeña o que fuere su función, incurren en actos que hacen desmerecer la calidad de funcionario público. El poder disciplinario es ejercido por el Estado, quién determina su esfera de aplicación, procedimientos y la garantía jurisdiccional del funcionario.

- Desde el punto de vista de la responsabilidad contable (18), la cual se refleja en la existencia, dentro de nuestra legislación, de organismos especiales y procedimientos determinados para establecer ésta responsabilidad, mismos a los que están sujetos todos aquellos agentes de la Administración Pública que hayan hecho gestiones con dinero público (es decir, del Estado); de ahí que se hable de "Juicios de Cuentas" y de "Juicios de Responsabilidad". El primero procede en los casos que el agente público ha tenido a su cargo la recaudación y/o la custodia del dinero público y la guarda o distribución de bienes del Estado. El segundo tiene por objeto investigar los daños ocasionados a los bienes del Estado, sea por hechos, omisiones, negligencias o actos dolosos. Sobre este punto, valga aclarar que, según nuestra Constitución, es la Corte de Cuentas de la República a quién le corresponde la fiscalización de la Hacienda Pública en general y la ejecución del presupuesto en particular. Para el cumplimiento de tal objeto, se establecen los Arts. 195 al 199 Cn., junto con la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas.

- El Derecho de Insurrección, reconocido en el Art. 87 Cn., cuya finalidad se orienta hacia el restablecimiento del Orden Jurídico vigente que ha sido vulnerado por los gobernantes, en cualquiera de los tres siguientes aspectos:

(18) Responsabilidad Contable, es la que se utiliza para determinar si las cuentas son congruentes con los registros de ingresos y gastos; en otras palabras, sirve para determinar: si los gastos se han efectuado en la forma consignada, si éstos eran necesarios y si no han excedido a la cuantía del ingreso destinado para ello. (Nota de Autores).

1) La Forma de Gobierno (Republicana, Democrática y Representativa, según el Art. 85 Inc. 1° Cn.).

2) El Sistema Político (Pluralista, tal como lo establece el Inc. 2° del Art. 85 Cn., expresado a través de la existencia de diversos Partidos Políticos, por ser éstos el único instrumento para el ejercicio de la Representación del pueblo dentro del gobierno).

3) Los Derechos Consagrados en nuestra Constitución, en referencia a aquellas garantías y derechos fundamentales, sin cuyo respeto la vida de los ciudadanos se vuelve insostenible, inscriptible e insegura. Tales derechos son los siguientes:

a) Los Derechos Individuales (comprendidos desde el Art. 2 al Art. 28 Cn., inclusive).

b) Los Derechos Sociales (los regulados desde el Art. 32 al Art. 70 Cn.,).

c) Los Derechos Políticos (establecidos desde el Art. 71 al Art. 82 Cn.).

En resumen, el Principio de Legalidad consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada; ello presupone la conformidad entre la Legalidad y el Derecho, como básico e indispensable requisito para la consecución de la Seguridad Jurídica, la que, a su vez, es sinónimo de Regularidad Jurídica.

En todo régimen político imperante dentro de un Estado que asuma ser de "Derecho", el Principio de Legalidad es una de las consagraciones políticas más importantes; por cuanto, este principio constituye el asidero sobre el cual los Estados de Derecho fundan sus bases estructura

les y donde se encuentra el punto de apoyo de todo su sistema socio-político.

Todo lo antes expuesto, apunta hacia una sola dirección: El Principio de Legalidad impera tanto para la Ley en Sentido Formal, como para la Ley en Sentido Material (19).

Para mejor comprensión de lo aseverado, hay que hacer una distinción entre ambas formas de manifestación de la norma jurídica. En ese afán, hemos de aclarar primero que la norma se clasifica como "Formal" o "Material", atendiendo a diversos criterios que difieren entre si; ello se desprende de la consideración de varias posiciones, por ejemplo: En la moderna Teoría General del Derecho, Ley Formal es la que se refiere a la norma jurídica que ha sido dictada por el Organó Legislativo conforme a los procedimientos pre-establecidos en la Constitución; y, Ley Material, es aquella que alude a toda norma jurídica cuyo contenido regula una cantidad de casos diferentes, independientemente que tal norma haya sido dictada o no por el Organó Legislativo. No obstante, puede, y de hecho lo es, considerarse en sentidos diferentes; así se habla de un Criterio Objetivo (20) según el cual, la Ley en Sentido Material está determinada por la naturaleza de la actividad del Estado y no por el

(19) Hacemos referencia a esta diferenciación de la ley, por cuanto, al hablar de la misma, la generalidad de autores y estudiosos del Derecho son del criterio (cuando, por supuesto, la clasificación de las normas jurídicas se hace desde el punto de vista de su fuente) que la norma jurídica no siempre emana del Organó Legislativo; en razón a ello, siempre hacen distinción entre lo que es "Ley en Sentido Material", y lo que constituye "Ley en Sentido Formal".

(20) Tal como lo manifiesta Rafael Bielsa en su obra "Derecho Constitucional", páginas 116 y 117.

órgano del cual emana (por ello, a este criterio también se le llama "Substancial"); asimismo, se menciona un Criterio Subjetivo, que determina a la Ley en Sentido Formal sólo a aquella que emana del Poder Legislativo, con la aclaración de que, una Ley de tal naturaleza puede no contener norma jurídica; es Ley por el hecho de haber observado el procedimiento constitucional de su formación. Torr  (21), por su parte, describe a la Ley en Sentido Formal, como "Aquellas decisiones del Poder Legislativo y dictadas según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes, pero que carecen de contenido propiamente jurídico" (es decir, que no se refiere a la conducta humana en su interferencia intersubjetiva).

Por su parte, la Ley en Sentido Material la considera como "Aquellas decisiones del Poder Legislativo que, además de ser dictadas según el procedimiento formativo de las leyes, tienen un contenido jurídico propio". El mismo autor hace alusión a otra clasificación (22), según la cual, Ley en Sentido Formal es la llamada Ley en Sentido Estricto (denominada asi por el criterio Técnico-Jurídico; que considera sólo como normas jurídicas, a las emanadas del Poder Legislativo mediante el seguimiento de un específico proceso establecido previamente para tal efecto); y, Ley en Sentido Material, es la llamada Ley en Sentido Amplio (en consideración a todo el Derecho Legislado; consecuentemente, será Ley todo precepto dictado por autoridad competente, sea por órganos con

(21) "Introducción al Estudio del Derecho", Abelardo Torr , página 287.

(22) Complementada con la idea de Eduardo García Maynez, en la "Clasificación de las Normas Jurídicas", Introducción al Estudio del Derecho, páginas 79 y 80.

potestad legislativa = Asamblea Legislativa, sea por una autoridad en el ejercicio de sus funciones; en este último caso, se comprenderían a los Reglamentos, ordenanzas, ordenes, decretos, etc.).

Concretamente, puede apreciarse que cada punto de vista sostiene una definición diferente acerca de la Ley; sin embargo, las diferencias no son, en el fondo, sustanciales, y ello permite afirmar que todos son congruentes al afirmar que la Ley en Sentido Material es toda aquella norma de carácter general y obligatoria, con un contenido jurídico propio (sin importar el órgano o autoridad que la crea); por otro lado, la Ley, desde la perspectiva Formal, sería concebida como todo aquel acto emanado del órgano legislativo, mediante el cumplimiento del respectivo proceso de formación (aún cuando dicho acto carezca de un contenido estrictamente jurídico).

Ahora bien, conforme al concepto legal que de Ley tenemos (Artículo 1 del Código Civil) y al procedimiento que la Constitución prescribe para el nacimiento de la misma (en los Arts. 133 al 143 Cn.), deberíamos, como es lógico, inclinarnos por darle prioridad al punto de vista formal pues, en definitiva, el Derecho es de carácter formal, en esencia. (Por cuanto las normas que lo integran, por regla general, han de observar el antedicho proceso de formación).

Pero, como puede apreciarse en las clasificaciones antes relacionadas, la Ley, como fuente del Derecho Constitucional, es el resultado de una combinación de los puntos de vista Formal y Material; razón por la cual, afirmamos, que ambos puntos de vista no son incompatibles, sino combinables, en vista que, la norma jurídica debe ser congruente con la realidad donde ha de aplicarse, en consecuencia, debe comprender, además

del elemento puramente formal, el elemento real, objetivo, que habrá de abstraerse de la misma realidad social; es decir, pues, que para la conformación del ordenamiento jurídico, lo importante no es que se siga un proceso de formación, sino, que la norma jurídica sea precisamente eso: Jurídica (valga decir, que regule una conducta humana en su interferencia intersubjetiva).

4.3. LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Históricamente, las costumbres fueron anteriores a la obra del legislador. En la época primitiva de la evolución social existía una costumbre indiferenciada, caracterizada por una mezcla de prescripciones morales, religiosas, convencionales y jurídicas. Al independizarse el Derecho de la religión y la moral, el primero conservó su naturaleza consuetudinaria y fué en época relativamente reciente, cuando el proceso legislativo se inició (23) y fué así como aparecieron las primeras recopilaciones jurídicas sistemáticas, conceptualizadas algunas, como Códigos; ejemplos: En las regiones meridionales de Francia las llamadas "Poys de droit écrit"; en Alemania donde el Derecho escrito se impulsó en los siglos XIV y XV y fué nombrado como recepción del Derecho Romano; en el siglo XVIII diversos Estados de América del Norte formularon las primeras Constituciones escritas, etc.

En la mayoría de los Estados modernos la formulación es casi labor exclusiva del legislador; solo en Inglaterra y los países que han segui-

(23) Se exceptúa dentro de éste proceso legislativo al Derecho Romano, reunido en las recopilaciones de Justiniano en el siglo V, obviamente por haber surgido diez siglos antes en relación a este proceso.

do el sistema anglosajón predomina la costumbre.

La Ley, como ya habíamos expresado en el Capítulo III, es "la promulgación de determinada regla jurídica de observación general que ya formulada por uno o varios órganos de Estado mediante un proceso"; la ley, es la norma jurídica de carácter general y obligatorio, dictada por el o los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico confiere o atribuye el carácter de legislar, en nuestro medio lo constituye la Asamblea Legislativa (24).

En los países de Derecho escrito como el nuestro, la Ley es la más rica, importante y tal vez la principal fuente formal del Derecho.

Si bien en las épocas primitivas, la única modalidad del Derecho fué la costumbre, no se puede dudar que hoy día el primer plano corresponde a la ley, tal como la evidencian los regímenes jurídicos de los Estados actuales, nuestro país no es la excepción.

La preferencia de la ley (25) se explica por varias razones, observemos a continuación:

a) Mayor rapidéz en su elaboración, derogación y reforma, lo que permite su mejor adaptación a las necesidades cambiantes de la convivencia social e incidencia en la orientación del progreso social.

b) La ley por ser elaborada hipotéticamente en forma reflexiva, ofrece una mayor certeza y seguridad para las relaciones jurídicas.

(24) "La Asamblea Legislativa, es un cuerpo colegiado compuesto por Diputados, elegidos en la forma prescrita por esta Constitución, y a ella compete fundamentalmente la atribución de legislar". Artículo 121 de la Constitución de la República vigente.

(25) Según extracción de "Apuntes de introducción al estudio de Derecho". Páginas 23 y 24. Trinidad García, y de "Introducción al Derecho". Páginas 193 y 194. Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín.

c) Por estar consignadas por textos escritos, son de más fácil conocimiento que las normas consuetudinarias.

Todo Derecho es siempre público por ser político y popular, pero hay que distinguir dentro del Derecho, aquel conjunto de normas que constituyen o fundamentan la sociedad política, es decir actualmente el Derecho Constitucional del Estado. De lo anterior podemos manifestar sin temor a equivocarnos que el Derecho Constitucional es Derecho Público. Su fuente normativo-primaria, ante todo y principalmente, es la ley fundamental o Constitución. Si bién es cierto el Derecho Constitucional es una parte (fundamental) del Derecho Público, bién es cierto que no lo agota, y dentro del mismo se distingue por tres características básicas (26):

a) Su autonomía formal, que constituye requisito especial de las leyes Constitucionales;

b) Su autonomía material, que constituye el peculiar contenido político de sus normas;

c) Su coordinación, de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

El Derecho Constitucional es el encargado de coordinar el resto del Derecho Público, principalmente al Derecho Administrativo (27), el Derecho Procesal (que regula la actividad jurisdiccional del Estado en cuanto a proceso), el Derecho Penal y el Derecho Financiero.

(26) Según José Antonio Gonzalez Casanova. "Teoría del Estado y Derecho Constitucional". página 231.

(27) Derecho Administrativo, es el regulador de la organización y actividad de los órganos y entes que dependen del Organismo Ejecutivo o de gobierno. Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Página 230.

La supremacía de la ley sobre otras normas jurídicas es inseparable de su carácter formal. La ley es una formalización en sí misma, pues fija o establece comportamientos de tiempo futuro de carácter obligatorio, además, la ley es formal en el sentido que, a partir de ella, será ley todo aquello que la misma establezca que lo es. Ya sea en la vida política como en la vida social, no existen materias que forzosamente, hayan de ser reguladas por la ley.

El Poder Legislativo ha ido asegurándose, a través del tiempo y mediante el instrumento formal de sus normas escritas, una reserva de ley, es decir, una serie de materias de la vida política y social que solo él puede regular y que son intocables por otro jefe de poder u organismo.

En principio, la primacía de la ley supone una capacidad de atraer cualquier materia a la formulación legal. El predominio de la ley es por tanto, la gran conquista teórica del Estado Liberal. Se comprende perfectamente que, al ser la Constitución la ley fundamental, sea ella quien establezca formalmente qué materias son constitucionales y que también sea ella quien decida qué materias son reservadas a la forma legal, o sea qué será ley y qué podrá ser en sentido contrario, regulado por otro tipo de normas, en todo caso inferiores a la ley.

Entrando en consideración de la ley (secundaria) como fuente del Derecho Constitucional, necesariamente tenemos que hacer referencia a:

a) LOS DECRETOS-LEYES; que como ya manifestamos en el Capítulo III, son normas dictadas por los gobiernos de facto, en uso de facultades reservadas en forma principal, a la Asamblea Legislativa; por lo que no

se trata de normas existentes en un régimen de normalidad Constitucional o Régimen de Derecho.

Los Decretos-Leyes, sólo pueden darse por medio de una revolución o bien un golpe de Estado, surgiendo así un gobierno de Hecho (De Facto); los Decretos-Leyes son emitidos por el Poder Ejecutivo al asumir funciones legislativas.

Consecuentemente, los decretos-leyes, son normas excepcionales con rango de ley y forma de decreto gubernamental, que tratan sobre materias propias y reservadas al Organo Legislativo.

Esta invasión clarísima del Poder Ejecutivo, queda neutralizada mediante la primacía formal de la Asamblea Constituyente que ejerce funciones legislativas; si el decreto-ley no es ratificado por la Asamblea Constituyente, no se convierte en ley formal y por tanto no deberá integrar en el ordenamiento jurídico definitivo. La ratificación, llamada por ciertos autores como convalidación, no otorga más que forma legal, pues ya tenía rango de ley y estaba vigente. La derogación o no convalidación significa que la vigencia del decreto-ley fué provisional(28).

En los Regímenes de Derecho donde impera la teoría de la "División de Poderes", los Decretos-Leyes no existen, no obstante aparecen y se imponen con rango de ley con el objeto de mantener la continuidad del orden jurídico en la vida social, pese al quebranto institucional del Derecho, al arrogarse facultades legislativas el Poder Ejecutivo, en virtud de la no existencia del Poder Legislativo que ha sido invadido o

(28) El paliativo de convalidación o no convalidación, se vé reflejado en el Artículo 253 de nuestra Constitución vigente.

subsumido por el primero; los Decretos-Leyes no son admitidos constitucionalmente en un gobierno que se precie de ser de "Derecho".

Los decretos-leyes, son sin duda potestad legislativa de los gobiernos actuales, que se han dado a la tarea de romper el hipotético credo de la no invasión o subsumisión de funciones o competencias correspondientes a otros órganos o poderes, pero la supremacía del Poder Ejecutivo y de la ley como forma, han permitido mantener la jerarquía, más política que jurídica del Organismo Legislativo (29), de la voluntad de los representantes de las naciones, países o repúblicas.

A nivel latinoamericano, nuestro país representa un claro ejemplo del irrespeto total al Régimen de Derecho, basta mencionar como ya lo habíamos señalado en el Capítulo III, que todas nuestras Constituciones, excepto la de 1841, han tenido como antecedente un Decreto-Ley.

El caso más reciente, es el golpe de Estado al Gobierno del General Carlos Humberto Romero el día 15 de Octubre de 1979. En un Régimen de Hecho se instauró la Junta Revolucionaria de Gobierno, que fué integrada por cinco miembros, dos militares y tres civiles, inicialmente sus integrantes fueron: Coronel e Ingeniero Jaime Abdúl Gutiérrez, Mayor Adolfo Arnoldo Majano, Ing. Mario Antonio Andino , Doctor Guillermo Manuel Ungo e Ingeniero Román Mayorga Quiróz.

Este Régimen de Hecho duró un poco más de cuatro años, tiempo durante el cual se diéron en abundancia los Decretos-Leyes, e incluso

(29) La teoría de "la División de Poderes", establece la igualdad jerárquica de los órganos fundamentales del Estado, no obstante lo anterior, la realidad política de nuestro país ha reflejado la existencia de supremacía del Poder Ejecutivo respecto a los Poderes Legislativo y Judicial.

las modificaciones en cuanto a la conformación de la Junta Revolucionaria de Gobierno (respecto a sus miembros).

El régimen de Derecho, fué restaurado el día 20 de diciembre de 1983, fecha en que entró en vigencia nuestra última Constitución.

b) Tratados y Convenciones. Conviene antes de ahondar sobre este tema definir los conceptos, así Manuel Ossorio define Tratado de la siguiente forma: "Nombre de las estipulaciones entre dos o más Estados, sobre cualquier materia o acerca de un complejo de cuestiones". (30)

La palabra convención, reconoce significaciones diversas, vale decir, que constituye una acepción multívoca; en el sentido que nos interesa, diversas ramas del saber jurídico le utilizan para expresar acuerdos o coincidencias que involucran a la casi totalidad de la Comunidad Internacional, así en Derecho Internacional Público, Etc. (31)

Los tratados y Convenciones entre los Estados (tal como los hemos definido), nos permiten pensar que las relaciones de los mismos, al igual que el de las personas naturales necesitan ser reguladas, de ahí la existencia de un Derecho Internacional (32), que puede clasificarse en: a) Derecho Internacional Público, que "es el que rige" las relaciones de los eStados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional" (33); y Derecho Internacional Privado, que "es el que establece, de entré varias normas

(30) Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Página 762

(31) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Página 803

(32) "La concepción del Derecho Internacional-Jus Inter Nationes-supone, la coexistencia de diversas soberanías. Determina, conforme política la naturaleza de las relaciones entre las personas Internacionales". Vicente Osvaldo Cutolo. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 283

(33) Abelardo Torr . Introducción al Derecho. Página 627

discordantes, pertenecientes a diversos Estados, cual es la aplicable a una relación jurídica que las pone en conflicto". (34)

En cuanto al Derecho Internacional Público, la experiencia nos demuestra que la vida internacional de los Estados no está regida por la voluntad arbitraria de sus gobernantes o representantes, sino por una serie de principios fundamentales (35), costumbres, Tratados entre los Estados, etc., que encuadran en normas jurídicas éstas relaciones internacionales.

En cuanto a la existencia del Derecho Internacional Público, hay muchos autores que le niegan la misma, — teniendo como punto de partida la frecuencia con que los países han infringido las normas internacionales, a ello agregan las siguientes consideraciones (36): a) Falta de ley; b) No hay un legislador común que dicte normas a los Estados; c) No existe autoridad o fuerza que las haga ejecutar; d) No hay un tribunal internacional que las aplique; y e) Falta de sanción.

No obstante lo anterior y sus argumentaciones, sostenemos que el Derecho Internacional Público existe y que si no esta depurado se debe a su vida sistemática relativamente corta. A las objeciones precedentes se puede señalar (37): a) Existe ley, los Tratados Internacionales son verdaderas leyes internacionales, el Derecho en sí no es indispensable que sea formulado en leyes escritas para existir, no olvidemos las relacio-

(34) Abelardo Torr . Introducción al Derecho. Página 775.

(35) Como ejemplos podemos señalar la igualdad jurídica de los Estados, defensa propia, etc.

(36) Vicente Osvaldo Cutolo. Introducción al Derecho. Página 284, y Abelardo Torr . Introducción al Derecho. Páginas 629-630.

(37) Vicente Osvaldo Cutolo. Introducción al Derecho, página 285 y Abelardo Torr . Introducción al Derecho. Páginas 629-630.

nes inter-estatales; y la costumbre internacional (anterior a las leyes o tratados internacionales) son ya Derecho; b) En la actualidad no existe un Poder Legislativo mundial-internacional, pero no debemos olvidar que los mismos países o Estados son quienes legislan, tanto en los casos de los tratados, como en las decisiones de Asociaciones Internacionales (38); c) No es válida la no existencia de autoridad que haga prevalecer decisiones o normas, existen organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comunidad Económica Europea (CEE), etc., que respaldados por ejércitos o fuerzas multinacionales hacen prevalecer las normas y decisiones tomadas por organismos de carácter internacional (39); d) No es valedera la carencia de un tribunal internacional, pues existen Cortes de Justicia, verbigracia: La Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en 1920 por la Liga de las Naciones. Además, existen los Tribunales de Arbitraje, Tribunales Internacionales de La Haya, etc., y e) En cuanto a la falta de sanción, esta argumentación es inexacta, el país que transgrede las normas internacionales se expone a bloqueos comerciales, congelación de fondos, represalias y lo que es más grave, a la guerra.

Consiguientemente, podemos afirmar, que el Derecho Internacional Público no tiene la perfección del Derecho Interno en general, pero la comunidad internacional de los Estados va encaminada a una organización política y jurídica tan completa como la del Estado más avanzado o ade-

(38) En el caso de las Asociaciones Internacionales, los Organos Legislativos, revisten la forma de Parlamentos Internacionales sui-generis, Abelardo Torr . Introducción al Derecho. Página 629.

(39) La Carta de las Naciones Unidas, faculta al Consejo de Seguridad a intervenir por medio de fuerzas armadas para mantener o establecer la paz y la seguridad internacional. Abelardo Torr . Introducción al Derecho, página 630.

lantado que se pueda mencionar.

El objeto del Derecho Internacional Público comprende múltiples materias, ya no se limita en su accionar a las relaciones políticas de los Estados, actualmente abarca aspectos jurídicos, económicos, financieros, culturales, intelectuales y morales.

En esta rama jurídica los temas principales son: Las personas internacionales, la protección internacional de los derechos y deberes del hombre, medios de solución de las divergencias internacionales, organización internacional de los Estados, navegación marítima y fluvial, aeronavegación y radiocomunicaciones entre los Estados, guerra terrestre, marítima y aérea, neutralidad, luchas civiles en cuanto representen problemas a la Comunidad Internacional, etc.

La fuente principal, la más importante del Derecho Internacional Público la constituyen los tratados, que hoy han relegado a la costumbre a un segundo peldaño; la afirmación se fundamenta en el extraordinario número de tratados existentes y que se celebran continuamente, normando aspectos variados de las relaciones internacionales.

Cuando se trata de actos sujetos al Derecho Privado que por su naturaleza deben sufrir la aplicación de legislaciones diversas y dar lugar a conflictos entre éstas; tales actos constituyen el objeto propio del Derecho Internacional Privado; conviene aclarar que generalmente se dice que los sujetos de las relaciones jurídicas de Derecho Internacional Privado, no son los Estados como entidades soberanas, sino los sujetos de Derecho Privado (40), es decir, los particulares, ya sean

(40) Derecho Privado: Rama del Derecho Positivo destinado a la regulación de los intereses que merecen la calificación de particulares. Rafael de Pino. Diccionario de Derecho, página 186.

personas individuales o colectivas y también los Estados cuando actúan como sujetos de Derecho Privado, es decir sin su calidad de imperium.

El Derecho Internacional Privado es muy importante, ya que abarca el conjunto de las actividades jurídicas de los individuos, que deben realizarse a través de límites y fronteras, vale decir entre residentes o domiciliados en países sujetos a distintas soberanías, y por lo tanto a distintas leyes.

Carlos Vico, define al Derecho Internacional Privado manifestando que "es el conjunto de principios y normas positivas que rigen las relaciones jurídicas que tienen algún elemento extranjero" (41). Dicho en otras palabras, es el Derecho que establece la regla aplicable cuando una misma relación jurídica se ha originado o se desenvuelve bajo distintas soberanías; ejemplo: Si una persona domiciliada en El Salvador muere en México, dejando bienes en ambos países, será necesario fijar cuál ley prevalecerá en lo relativo a la disposición de tales bienes.

En cuanto a las fuentes del Derecho Internacional Privado, debe tenerse en cuenta los tratados celebrados entre distintos países, para solucionar de acuerdo los conflictos de esta materia, sin menospreciar la costumbre, las leyes nacionales que se refieren a la aplicación de la ley con relación al territorio, la jurisprudencia de los tribunales que las aplican y la doctrina de los tratadistas.

Las Convenciones internacionales en la actualidad es indispensable considerarlas, ya sea entre dos o más Estados soberanos, pues representan, como anteriormente establecimos, el ajuste o concierto de aspectos, relaciones jurídicas o hechos de carácter internacional.

(41) Carlos M. Vico. Curso de Derecho Internacional Privado. Página 152.

En nuestro país dada la dependencia económica, política, social, cultural, etc., respecto a otros países considerados desarrollados, dependencia marcada principalmente con los Estados Unidos de Norteamérica, así como con países europeos: Alemania, España, Italia, por ejemplo, los tratados internacionales y Convenciones han sido abundantes, desde la misma existencia de la República de El Salvador; señalaremos para ilustración, algunos de los más importantes tratados y convenciones vigentes:

1) Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución A (III), de 10 de Diciembre de 1948.

2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2,200 (XXII) de fecha 16 de Diciembre de 1966 (42).

3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; adoptado y abierto a la firma y ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2,200 A (XXI) de fecha 16 de Diciembre de 1966.

4) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; aprobada en la novena conferencia internacional americana de la Organización de los Estados Americanos (OEA) Bogotá, Colombia, 1948.

5) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José;

(42) Este pacto entra en vigor el 23 de Marzo de 1976, de conformidad con el Artículo 49 del mismo, que literalmente dice: "El presente pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión en el poder del Secretario General de las Naciones Unidas". Declaración y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador.

suscrita en San José, Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969.

6) Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949. La cual refiere a conflictos armados internos o conflictos armados sin carácter internacional.

7) El Protocolo Segundo de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

8) Convenio sobre colaboración técnica con la República Federal Alemana. 30 de Septiembre de 1969.

9) Convenio Centroamericano sobre el ejercicio de profesiones universitarias y reconocimiento de estudios universitarios. 28 de Mayo de 1963.

CAPITULO V

LA JURISPRUDENCIA, LA COSTUMBRE, LA DOCTRINA

En el Capítulo III, cuando desarrollamos el subtema "Fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño , su Clasificación y Orden de Importancia", manifestamos que las fuentes materiales del Derecho consisten en aquellos factores o elementos humanos, sociales y materiales que determinan la causa o el origen del Derecho, es decir, que las fuentes materiales del Derecho representan la materia generatriz del Derecho.

En el plano indicado, el Derecho tiene como fundamento, causa, principio, al hombre en sociedad.

Si tomamos en consideración, que las fuentes formales del Derecho son las fuentes o causas que formalizan o le dan formalidad (1) al Derecho y que representan la estructura externa del Derecho originado en una fuente material, dichas fuentes (Formales) constituyen ciertos mecanismos conscientes de producción del Derecho, lo cual nos hace inferir que su aparición demuestra un grado avanzado de la sociedad (2).

Las fuentes materiales representan la fuente de contenido respecto de las fuentes formales del Derecho; ésa realidad tiende a proyectarse hacia una generalidad de posibles acontecimientos y para que tal proyección se convierta a su vez en realidad, surgen las fuentes formales del Derecho.

(1) Formalidad: Requisito exigido en un acto o contrato. Manuel Ossorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, página 325.
(2) Jorge Enrique Guier. "Historia del Derecho", página 382.

Dada la importancia de las fuentes formales, en el desarrollo de este Capítulo presentaremos diversas consideraciones respecto a la Jurisprudencia, la Costumbre y la Doctrina como Fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño.

5.1. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, SU IMPORTANCIA.

Antes de desarrollar el presente tema es necesario efectuar unas consideraciones previas.

En primer término, es necesario conocer la definición de Jurisprudencia y sus diversas acepciones, así Jurisprudencia (3) en términos concretos y corrientes, se entiende por la interpretación que de la Ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.

La palabra Jurisprudencia, posee fundamentalmente dos acepciones distintas (4); en una de ellas el concepto Jurisprudencia significa, en una acepción muy amplia, "conocimiento o saber jurídico" (5); Eduardo García Maynez, refiriéndose a esta misma acepción, la define como "Ciencia del Derecho o Teoría del Orden Jurídico Positivo" (6). En la segunda acepción, refiriéndonos a su sentido originario, "es la forma de conocimiento del Derecho inherente a la realización de lo que es justo" (7), otros autores en este sentido expresan que sirve para designar el

(3) Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, página 410.

(4) Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, página 68; y Enrique Lalaguna, Jurisprudencia y Fuentes del Derecho Positivo, página 19.

(5) Enrique Lalaguna, op. cit. página 19.

(6) Introducción al Estudio del Derecho, Eduardo García Maynez, página 68.

(7) Jurisprudencia y Fuentes del Derecho Positivo, Enrique Lalaguna, página 19.

conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales" (8).

Respecto a las acepciones, Abelardo Torr  plantea una tercera acepción en sentido restringido, asi expresa que Jurisprudencia es el "Conjunto de sentencias sobre un punto, orientada a un mismo sentido. Mas sencillamente, Jurisprudencia es el conjunto de sentencias uniformes" (9). Refiriéndonos a este sentido en el Capítulo I, definimos a la Jurisprudencia como el "Criterio uniforme de resolver una determinada cuestión jurídica que resulte de una serie de fallos concordantes, dictados por un mismo órgano jurisdiccional en casos de idéntica naturaleza" (10).

La Jurisprudencia ha sido llamada Derecho Jurisdiccional, Derecho Jurisprudencial, Derecho Judicial (en este caso sólo se hace referencia a las decisiones de los funcionarios del  rgano Judicial). Dentro de estas conceptualizaciones, podemos distinguir (11) la llamada Jurisprudencia Uniforme*, y es cuando las decisiones judiciales sobre un mismo punto o caso, observan una misma orientación; dentro de esta distinción ubicamos la tercera acepción, es decir, en sentido restringido, planteada como ya expresamos, por Abelardo Torr . La expresión tan conocida por nosotros: "Sentar Jurisprudencia", se refiere a este sentido. Distinguiamos también la Jurisprudencia Contradictoria*, y es cuando una misma cuestión, punto o caso es resuelto diversamente por los distintos jueces o tribunales o bien por un mismo tribunal en distintos fallos.

(8) Introducción al Estudio del Derecho, Eduardo García Maynez, pág. 68.

(9) Introducción al Derecho, Abelardo Torr , página 325.

(10) Op. cit., Manuel de Rivacoba y Rivacoba, página 71.

(11) Según Abelardo Torr , Introducción al Derecho, página 325.

* El subrayado es nuestro.

Al referirnos a la Jurisprudencia, lo prioritario será precisar el sentido en que se emplee la misma, de este modo evitaremos las confusiones o discusiones provenientes de la imprecisión terminológica debido a su multívoca acepción.

En la actualidad, el conocimiento científico y el conocimiento práctico del Derecho se contraponen como actividades distintas; así se habla de la Jurisprudencia Teórica (12) y la Jurisprudencia Práctica (13).

La distinción entre Jurisprudencia Teórica y Jurisprudencia Práctica se puede apreciar en casi todos los sistemas jurídicos contemporáneos, de un modo más o menos acentuado. Este dualismo, tiene un signo muy claro y son las contradictorias acepciones con que la palabra de origen romano IURISPRUDENTIA ha sido imprimida en los idiomas y lenguajes actuales; al tiempo que la voz inglesa JURISPRUDENCE y la alemana JURISPRUDENZ se hacen sinónimas o de igual significado en el lenguaje del Derecho, las locuciones correspondientes de los países latinos se reducen en su significado a la idea de interpretación del Derecho vigente, contenido en las decisiones judiciales.

La actual situación de la Jurisprudencia viene determinada por los hechos que dan una peculiar fisonomía a la experiencia jurídica contemporánea: el predominio del Derecho Escrito y el carácter acentuadamente especulativo que adquiere el Derecho.

(12) Esta expresión equivale a ciencia jurídica en el sentido de haber ordenado a la descripción y explicación sistemática del Derecho vigente; Martínez Doral, "La Estructura del Conocimiento Jurídico", página 55.

(13) Esta expresión se refiere al conjunto de decisiones de los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional y, más precisamente, a la interpretación constante y uniforme de los preceptos legales contenidos en esas decisiones; Clemente de Diego, Instituciones de Derecho Civil, página 441.

La expansión o extensión creciente del Derecho escrito, producto del desarrollo normativo del Estado moderno, es quizás el signo más claro de la desventura de la Jurisprudencia en nuestro tiempo. La noción INTERPRETATIO, clave de dos grandes figuras de la cultura europea que son el IUS CIVILE (14) y el IUS COMMUNE (15), se degrada al quedar atada la creatividad interpretativa al Derecho vigente. En el desarrollo a la modernidad, la Jurisprudencia comienza a perder su fuerza creadora como INTERPRETATIO IURIS (16), hasta quedar reducida al simple INTERPRETATIO LEGIS (17); con esta situación, la Jurisprudencia pasa a ocupar un lugar secundario en la doctrina de las fuentes del Derecho.

Al abordar la Jurisprudencia como Fuente del Derecho, corresponde necesariamente tratar dos problemas fundamentales de la misma: El primero, si la Jurisprudencia es o no Fuente del Derecho; segundo, si la Jurisprudencia es creadora o simplemente declarativa del Derecho.

-
- (14) IUS CIVILE; voz latina cuya traducción al castellano es Derecho Civil. Puede compararse al Jus Gentium. En el Derecho Civil antiguo de la primitiva ciudad-estado Romana, sólo se le aplicaba a los ciudadanos. Víctor James y Minnie Plano. Diccionario de Relaciones Internacionales. Página 362.
- (15) IUS COMMUNE; voz latina cuya traducción al Castellano es Derecho Común; éste tenía aplicación general a un pueblo. Emilio Marín. Locuciones Latinas. Página 354.
- (16) INTERPRETATIO IURIS; voz latina cuya traducción al castellano es interpretación o explicación del Derecho. Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Locuciones Latinas. Página 125.
- (17) INTERPRETATIO LEGIS; voz latina que significa traducida al castellano, interpretación o explicación de un texto legal. Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Locuciones Latinas, página 126.

La respuesta al primer problema, depende fundamentalmente de la organización política de cada país y de la importancia que dentro de ésta organización se puede reconocer a la Jurisprudencia en el proceso de realización del Derecho.

- Si entendemos a la Jurisprudencia como el criterio uniforme de resolver una determinada cuestión jurídica que resulte de una serie de fallos concordantes dictados por un mismo órgano jurisdiccional en casos de idéntica naturaleza, es decir, la tercera acepción restringida ya planteada, no hay duda que la Jurisprudencia es una fuente formal bien perfilada del Derecho, pues constituye el conjunto de normas emanadas de los Jueces en su actividad judicial. Cuando nos encontramos con una Jurisprudencia uniforme con valor obligatorio para todos los tribunales inferiores, la actividad jurisdiccional ha dado origen a una norma general, puesto que rige para un número indefinido de casos similares.

En cuanto a la sentencia aislada, es o no fuente del Derecho?; algunos autores contestan que no, porque consideran que son fuentes sólo las normas generales, sin embargo, nosotros retomamos la posición de Abelardo Torr y creemos que la sentencia aislada s  es fuente del Derecho, pues aunque es particular, porque el Juez al resolver un caso dicta siempre una norma individualizada (sólo obliga, en principio, a las partes en litigio) que, como un contrato, es una de las Fuentes Formales del Derecho.

Cabe hacer notar que la Jurisprudencia, además de ser Fuente Formal del Derecho, puede, en ciertos casos, desempeñar el papel de Fuente Material y, por lo tanto, no ser obligatoria; un ejemplo es el fallo de un tribunal, que inspira la sentencia de otro tribunal no

obligado a respetar dicho precedente.

Respecto al segundo problema, si la Jurisprudencia es creadora o simplemente declarativa del Derecho, partiremos en este aspecto, manifestando que la actividad jurisdiccional es siempre fuente de norma jurídica (18), puesto que el Juez, al sentenciar, dicta siempre una norma individualizada. El problema que se plantea acá, es determinar si la función de administrar justicia es creadora de Derecho, generando necesariamente algo nuevo a lo ya establecido por la Ley, o si la administración de justicia es declarativa, es decir, se limita sólo a declarar lo que establece la Ley.

Si consideramos la segunda opción, o sea que la administración de justicia es declarativa, estaríamos afirmando que el Juez no hace más que declarar en la sentencia lo que está en la Ley; esta posición comprendería una simple deducción psicológica, y como bien lo plantea Abelardo Torr  "la ley es la premisa mayor, el caso particular la premisa menor y, la sentencia, que surge por un frío razonamiento lógico, es la conclusión del psicolismo" (19).

Si determinamos que la primera opción es la correcta, tendremos que llegar a concluir que la actividad jurisdiccional, nunca es una mera deducción psicológica, sino una actividad creadora; esta aseveración responde al hecho de que toda ley permite siempre variadas interpretaciones, el Juez puede optar entre varias soluciones posibles dentro del marco de la Ley, pero si la operación fuera un psicolismo la solución

(18) Al hablar de Fuente, acá nos referimos a la actividad y, por consiguiente, no se habla de Fuente Formal.

(19) Abelardo Torr , "Introducción al Derecho", página 327.

forzosamente tendría que ser una; la función judicial es entonces creadora. Esta opción creadora destaca la verdadera función del Juez, quién ya no queda reducido a una máquina declarativa, por el contrario, adquiere función creadora del Derecho. El valor de la Jurisprudencia, no estriba en ser fuente de Derecho sino, cauce de su realización. La Jurisprudencia no crea norma jurídica de carácter general, pero es la condición de su eficacia, en cuanto establece la conexión entre el orden de los principios universales, las normas generales del Derecho que gobiernen la conducta humana y el orden de las decisiones jurídicas que resuelven conflictos de intereses particulares.

En la valoración de esta importancia creciente de la Jurisprudencia, se pueden distinguir tres grandes líneas de pensamiento (20), que destacan aspectos diversos de las relaciones entre Jurisprudencia y Fuentes del Derecho:

a) La Jurisprudencia completa el orden jurídico propuesto en las Fuentes del Derecho, y la medida de su autoridad está en función directa de la imperfección del Derecho; así, la Jurisprudencia puede ser considerada como Fuente complementaria del Derecho, de eficacia subordinada a la Ley;

b) La Jurisprudencia es una realidad viva que trasciende el plano del Derecho y que, como tal, puede erigirse en fuente de producción del Derecho, así puede convertirse en campo de batalla respecto a las fuentes formales reconocidas por el ordenamiento jurídico.

(20) Enrique Lalaguna. "Jurisprudencia y Fuentes del Derecho", página 151.

c) La Jurisprudencia es, en íntima continuidad con las Fuentes Formales, una tarea de interpretación mediante la cual el Derecho se realiza, y la actividad jurisdiccional crea.

La primera de estas formulaciones o aspectos, trata de dar una respuesta al problema del valor de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho. La validez que se aprecia en la Jurisprudencia se traduce en considerarla como "Fuente del Derecho", porque este concepto permite reconocer su función creadora. La función creadora de la Jurisprudencia se circunscribe a las situaciones de conflicto no cubiertas por el Derecho. Esta interpretación, puede considerarse como derivación de la concepción normativista del Derecho.

El segundo aspecto apuntado, va más allá del valor de la Jurisprudencia, y se funda sobre el hecho de que la actividad jurisdiccional no puede ser controlada por el ordenamiento jurídico y de que las contradicciones de la Jurisprudencia al Derecho, son reportadas con paciencia por el Estado. Dentro de los límites de la tolerancia política, el hecho jurisprudencial (21) se enfrenta a las determinaciones de otras fuentes normativas para definir, como supremo árbitro, la realidad jurídica, la suerte del Derecho escrito. La función creadora de la Jurisprudencia, según esta interpretación, no ocurre tan solo por los espacios vacíos o lagunas del ordenamiento jurídico, sino que se introduce en el terreno de las fuentes y prevalece sobre ellas.

(21) Hecho jurisprudencial, utilizado este concepto como un acto realizado producto de la actividad jurisdiccional. Enrique Lalaguna. Jurisprudencia y Fuentes del Derecho. Página 152.

En el tercer y último aspecto interpretativo, la autoridad de la Jurisprudencia no se circunscribe al terreno de las imperfecciones del Derecho, ni se funda en la posibilidad de una limitación extra de los órganos jurisdiccionales en el campo de las fuentes formales.

El valor de la Jurisprudencia no se mide por el grado de la rivalidad al Derecho, sino por su capacidad de conformar la realidad jurídica de acuerdo con el Derecho. Su función creadora no es, pues, una función normativa, ni mucho menos una función mecánica declarativa, sino una función prudencial-creadora, que opera de conformidad al Derecho, proyectando las prescripciones del Derecho, transformadas en sus últimas determinaciones sobre la realidad.

La función creadora de la Jurisprudencia implica la fidelidad del ordenamiento jurídico, que a su vez encuentra en esa función las posibilidades de su adecuación efectiva a la realidad; lo cual es acorde a la naturaleza y finalidad del Derecho, en cuanto este Derecho, no puede quedar reducido a la expresión abstracta y formal, contenidas en las normas jurídicas o legales, sino que es, ante todo, una realidad inobjetable, algo que a diario se realiza, en fin, una determinada manera de ordenar diferenciados conflictos de intereses que, entre los seres humanos, produce su coexistencia. Solo ésta real y constante interacción entre fuentes del Derecho y Jurisprudencia puede crear y mantener un orden social teóricamente justo.

En las fuentes formales, el Derecho se declara; en la Jurisprudencia el Derecho se realiza.

La conexión coordinada, precisa entre las fuentes formales y la norma jurídica particular que define lo que es justo en una situación

jurídica concreta o particular es el oficio propio del conocimiento y actividad jurídica prudencial.

La Jurisprudencia en nuestro país ha cumplido en gran forma la función orientadora, que por su naturaleza le corresponde; no obstante los obstáculos legales, la Jurisprudencia constituye un hecho que no puede pasar inadvertido dentro del sistema jurídico y que el legislador no puede evadir.

Previo a otras consideraciones, debemos distinguir la Jurisprudencia y la Doctrina Legal, ya que muy frecuentemente se les confunde y se utilizan ambas terminologías como sinónimos. Así debemos entender por Doctrina Legal, "La Jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes" (22). De la definición anterior, podemos inferir que la Jurisprudencia tiene como función determinar la doctrina legal, es decir, que la doctrina legal no siendo una ley escrita, ni creación jurisprudencial, su existencia depende de la Jurisprudencia.

En la Ley de Casación (23) se establece un instituto fiscalizador de legalidad en las actuaciones de los Jueces, tanto al aplicar la ley (sustantiva), como al aplicar las leyes procesales. Por otra parte, trata de uniformarse el procedimiento y contenido de las sentencias en las materias correspondientes.

(22) Artículo 3 N° 1, Inciso último de la Ley de Casación.

(23) Dada en el Salón de Sesiones de la Asamblea Legislativa en San Salvador, a los treinta y un días del mes de Agosto de mil novecientos cincuenta y tres, (aún vigente). Se rompe el silencio en torno a la Jurisprudencia, se hace de ella un reconocimiento especial, pues su regulación databa de 1859, exactamente en el Código Civil.

Esta situación responde al Principio Constitucional de que "Todos los hombres son iguales ante la ley" (24), así, si un caso "X" es sentenciado en forma "Y", significa que siempre que se presente el mismo caso "X", debe dictarse sentencia en forma "Y", de lo contrario, se violaría el Principio de Igualdad mencionado.

Por medio del recurso de Casación, se cumple la función fiscalizadora, que hace méritos y juicio respecto de la conducta de los Jueces al aplicar las leyes, tanto en el procedimiento, como en las providencias judiciales; así, la Casación fiscaliza a los Jueces, por lo cual la Casación es de estricto Derecho. Por medio de la Casación "se procura la observancia de las leyes por parte de los jueces, quienes al juzgar sobre los hechos de los particulares, deben conocer el alcance y significado de las leyes que tienen que aplicar" (25).

En ése sentido, la Casación constituye una especial garantía de la buena administración de justicia, desempeñando una función extraordinaria la cual es velar por la pureza de la ley, en la aplicación que hacen los Jueces de la misma, tanto en el fondo como en la forma.

Otro aspecto que debemos considerar, es la Jurisprudencia en forma de Doctrina Legal, reconocida por la Ley de Casación.

(24) Artículo 3 de la Constitución vigente.

(25) Calamandrei, Piero: "Casación Civil", página 14.

"La Doctrina Legal debe considerarse en nuestra legislación como una especial regla de interpretación judicial" (26); la doctrina se limita a crear una regla de interpretación que jamás llega a consistir ley, sino una forma de orientar la interpretación de los demás jueces, a fin de lograr la uniformidad de la Jurisprudencia. "Entendida en esa forma, la Doctrina Legal responde a su esencial naturaleza y finalidad, que no es otra que la de ser guía para la interpretación y aplicación del Derecho" (27).

Si bien la Doctrina Legal (28) no tiene la eficacia de las leyes, cumple una función congruente con la Casación que le dá vida y armonía dentro del sistema jurídico imperante.

La idea de la Casación, como ya expresamos con anterioridad en este Capítulo, responde a un principio constitucional: Igualdad de los hombres ante la Ley; Igualdad de las partes en el procedimiento judicial.

El Principio de Igualdad, encuentra una de las formas de canalizarse a través de la Casación (Instituto, órgano y recurso). La Doctrina Legal, al constituirse en regla de interpretación, puede ser desatendida por los Jueces, y ante esta situación, el recurso de Casación sirve como un correctivo, en atención al principio constitucional relacionado. Como lógica consecuencia, la Doctrina Legal logra unificar el criterio de los Jueces en la aplicación de las Leyes.

(26) Clará, Mauricio Alfredo. "La Interpretación del Derecho", página 81

(27) Clará, Mauricio Alfredo. Op. cit. página 81.

(28) Cuya denominación ha creado confusión respecto a su combinación terminológica, "Doctrina" por un lado y "Legal" por otro, nos dá la impresión, de que dicha doctrina es ley, cuando únicamente ha querido distinguirse entre la Doctrina de los Expositores del Derecho y la Doctrina de los Tribunales de Casación.

En resumen, podemos definir a la doctrina legal como una regla especial de interpretación establecida por el Tribunal de Casación, que cumple con la finalidad de unificar la Jurisprudencia. Dicha regla de interpretación, en esencia, no constituye norma jurídica, no constituye ley y, por lo tanto, no puede ser considerada como fuente del Derecho.

No obstante la conclusión anterior, la doctrina legal en un momento dado, puede llegar a constituirse en Fuente de Derecho, no precisamente por ser doctrina legal, sino por ser, ante todo, jurisprudencia, ya que ésta, de conformidad al Artículo 421 del Código de Procedimientos Civiles, a falta de ley, puede basar sus resoluciones en la doctrina de los expositores de Derecho, y a falta de éstos, inspirarse en consideraciones de buen sentido y razón. Una de las características de la Doctrina Legal, es su función integradora del Derecho, y en este único y excepcional caso existe la posibilidad de constituirse en verdadera fuente del Derecho.

En cuanto a la importancia de la jurisprudencia, hay que destacar que constituye un proceso de vitalización de la Ley; en el campo constitucional, cobra relevancia, ya que por su medio se actualiza la Constitución, pues desentraña el sentido y espíritu que la Asamblea Constituyente imprimió a las normas constitucionales. Cada Fallo pronunciado por la Sala de lo Constitucional, ha tenido como materia la casi totalidad de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, las que desde el punto de vista de su contenido se clasifican en: Igualdad, Libertad, Propiedad, etc., producto éstos fallos de recursos de Inconstitucionalidad, Amparo y Exhibición Personales (29).

(29) Artículo 1 Ley de Procedimientos Constitucionales.

Hay que mencionar que los tribunales Constitucionales ejercen con exclusividad la interpretación exclusiva y excluyente de la norma fundamental, y que la Jurisprudencia contenida en sus resoluciones es fuente directa del Derecho, así no solo vincula al tribunal constitucional sino que a todo tribunal y autoridad, pues el tribunal constitucional al pronunciar una sentencia, en sus considerandos, para fundamentar la resolución, el tribunal tiene que haber desarrollado y darle contenido a conceptos, principios y Derechos que a veces sólo aparecen enunciados en la Constitución o desarrollados de un modo muy general, dado el carácter de la norma fundamental, o sea que el tribunal desarrolla, llena y amplía el contenido de la Constitución misma y como es el único tribunal y autoridad que puede hacerlo, nadie puede cambiar ese contenido desarrollado, si no es el tribunal constitucional mismo, que en todo caso debe razonar y fundamentar el cambio de dirección del fallo. Por consiguiente ningún tribunal puede darle a las normas Constitucionales una interpretación diferente a la que le ha dado el tribunal Constitucional.

A continuación, presentaremos algunos casos de Jurisprudencia Constitucional: (30)

a) ACTO RETROACTIVO. (31)

.....En doctrina se dice que una Ley o un acto es retroactivo cuando vuelve sobre el pasado para estimar las condiciones de validez de un acto jurídico, destruyendo o modificando sus efectos jurídicos iniciales.

(Amparo N° 15-s-79. Sentencia 1985.)

(30) Dr. Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro. Derecho Constitucional Salvadoreño, catálogo de jurisprudencia. Página 1.

(31) Dr. Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho Constitucional Salvadoreño, catálogo de jurisprudencia. Página 2.

b) AMPARO CONSTITUCIONAL. (32)

.....El amparo Constitucional, como se ha señalado en otras resoluciones, es un juicio extraordinario que por razón de su materia tiende a preservar nada más los derechos que otorga la Constitución a las personas, frente a las acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados que violen o obstaculicen su ejercicio.

Amparo N° 1-L-84. Sentencia 1985.

c) IMPUESTOS EXTRAORDINARIOS. CARENCIA DE FACULTADES. (33)

.....Al carecer constitucionalmente el Organo Legislativo de facultades para decretar impuestos extraordinarios, el Decreto 481 señalado, así como sus adiciones, modificaciones y reformas hechas mediante Decreto Legislativo N° 579, deviene en inconstitucionalidades en su origen, inconstitucionalidad abarca todo el articulado de los mismos, situación que desde luego impide jurídicamente a esta Sala entrar a conocer del resto de los Artículos, impugnadas en las respectivas demandas por la razón fundamental que tanto su conocimiento como sus resoluciones carecían de contenido.

Inconstitucionalidad 7/86.

Ley de Impuesto para la Soberanía Nacional.

(32) Dr. Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro. Derecho Constitucional Salvadoreño, catálogo de jurisprudencia. Página 9.

(33) Dr. Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro. Derecho Constitucional Salvadoreño, catálogo de jurisprudencia. Página 146.

5.2. LA COSTUMBRE COMO FUENTE "NATURAL" DE LA LEY: COMO SE CONVIERTE EN FUENTE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Siguiendo en consideración de las Fuentes del Derecho que observan aplicabilidad en la conformación de la norma jurídica salvadoreña, especialmente la norma constitucional, toca hacer referencia a: La Costumbre.

Ahora, para poder entender en mejor forma cómo es que la Costumbre se convierte en fuente del ordenamiento jurídico, se vuelve necesario hacer referencia a su terminología. En ese sentido, y siguiendo la opinión más generalizada, definimos a la Costumbre como: "La observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica" (34), del mismo se pueden desglosar con claridad los elementos clásicos de esta Fuente del Derecho, a saber: (35)

(34) Retomando la definición que Ramón Badenes Gasset hace de la Costumbre, en su obra "Conceptos Fundamentales del Derecho; las Relaciones Jurídicas Patrimoniales", página 32; la cual es congruente con la consideración más corriente del término, en virtud de la cual, se establece a la Costumbre como "El conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes" (Ver: "Introducción al Derecho" de Abelardo Torre, página 311).

(35) Mismos elementos que la Doctrina distingue respecto a la Costumbre, basada en la definición que ULPIANO hace de ésta: La Costumbre es la forma espontánea de creación del Derecho; "es el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso". De acuerdo a ella los antes referidos elementos doctrinales son:

- a) El elemento Material, objetivo; constituido por la repetición constante y general de ciertos actos (el "Usus"), y
- b) El Elemento Espiritual, subjetivo; que estriba en la creencia o convicción de la necesidad jurídica de aquellos actos (la "Opinio Juris et Necessitatis").

(Fuente: Jorge Xifra Heras, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo I, página 132 y Paolo Biscaretti di Ruffia "Derecho Constitucional" página 158.

- A) La "Inveterata Consuetudo" = "La observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social".
- B) La *Opinio Jure Seu Necesitatem* = "La convicción de que la repetición constante responde a una necesidad jurídica".

La Costumbre, como forma creadora de normas jurídicas, corresponde su origen a la época en que se desconocía la escritura, es decir, cuando las normas jurídicas consuetudinarias precedían a las legisladas; ello fué lo que determinó que la Ley fuera por largos siglos la expresión y fijación de reglas consuetudinarias preexistentes. Así, antes de que la Ley se insertara en "Tablillas", tal como sucedía en la Roma antigua, y fueran expuestas al público para su conocimiento; no podría hablarse con solvencia respecto al ordenamiento jurídico legislado, sino, de un orden jurídico consuetudinario.

No obstante, a pesar del surgimiento de la legislación en Roma, con las "Doce Tablas"; la Costumbre siempre siguió conservando su capacidad de crear nuevas normas en forma independiente, es más, aún la de derogar las existentes; hasta que el emperador romano Constantino dispusiera prohibir que la Costumbre prevaleciera sobre la Ley. Sin embargo, los roces entre la Costumbre y la Ley escrita, se han venido manifestando desde los mismos orígenes de esta última, hasta la época actual.

Para poder apreciar en mejor forma tales roces, mismos que generan un conflicto jurídico entre ambas, se vuelve necesario hacer una diferenciación entre la Costumbre, como base del "Derecho Consuetudinario"; y la Ley, como fundamento del "Derecho Legislado", considerando a ambas como formas creadoras de normas jurídicas. En ése sentido, la sustancial diferencia (36) la encontramos en el hecho que la Costumbre, que históricamente ha sido la primera y, a la vez, exclusiva fuente de las normas jurídicas, se le considera como la forma espontánea de constitución del Derecho, surge inmediatamente de las manifestaciones sociales. Y, es precisamente ésa espontaneidad e inmediatez la que le diferencia de la Ley, la cual representa la forma Reflexiva de originarse el Derecho, surge en forma mediata, ya que, es el Poder Legislativo, como órgano fundamental del Estado, quién la crea en nombre y representación de la Sociedad. Siendo más precisos, podemos decir que la Costumbre dimana inmediatamente de la exteriorización de la voluntad dominante en la colectividad; ello no ocurre con la Ley, ya que ésta surge en forma mediata a través de la exteriorización de voluntad de los órganos del Estado, en especial del Legislativo.

(36) Nos referimos a la diferencia más importante, según nuestro parecer, aun cuando se mencionan otras diferencias, tales como: La lentitud, en cuanto a la formación, la indeterminación de autoría y la incertidumbre e imprecisión de la Costumbre; a contrario sensu de la rápida formación que se le puede imprimir a la Ley, de conocerse quiénes son las personas o entes que la crean y la certeza y seguridad que esta genera entre las relaciones jurídicas, en virtud de ser una expresión racional, derivada de la reflexión a la cual es sometida previo a su surgimiento en la vida jurídica. (Tal como se desprende de lo afirmado por Carlos Cossio; mismo a lo que hace referencia Aftalión, García Olano y Vilanova, en la nota de la página 350, de "Introducción al Derecho").

Tal diferencia pone en evidencia que el Derecho Legislado, fundado en Leyes escritas, codificadas y sistematizadas, sea difícilmente reformable; y que, el Derecho Consuetudinario, basado en repetidas prácticas ejercidas con el convencimiento de su obligatoriedad, sea más flexible y, por ende, reformable; acoplándose con mayor facilidad a la realidad social.

En ello estriba el hecho que la Costumbre, realmente, implica una mayor intimidad entre la norma jurídica y la realidad social en la medida que las normas escritas suponen cierta lejanía de los hechos sociales. Esto se pone en evidencia cuando las disposiciones jurídicas, en algunos casos, se ven urgidas de apoyarse en bases consuetudinarias para la eficacia, al menos mínima, en su aplicación.

Puede apreciarse que, se denomina a la Costumbre "Fuente Natural" del ordenamiento jurídico porque, en primer lugar, ha sido la fuente típica del Derecho en las comunidades primitivas; llegando hasta el grado de influenciar ordenamientos de otro tipo, distinto del jurídico, tales como: El Moral y El Religioso. En segundo lugar, porque, a pesar de la creciente tendencia a la codificación y la función legisladora, aún no pierde por completo su capacidad de gestar nuevas disposiciones normativas, es más, no la perderá sino hasta que deje de existir vida social.

- LA COSTUMBRE Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL -

En la actualidad, y por influjo de la labor codificadora iniciada por los juristas creadores del Código Civil Francés: Portalis, Bigot-Preamenau y Tronchet, a iniciativa de Napoleón Bonaparte; la mayoría de los Estados han adoptado Constituciones Escritas (37).

Sin embargo, a pesar de ello, junto a los textos constitucionales existe siempre (38), en mayor o menor grado, un complejo de normas consuetudinarias que cumplen funciones propias que no pueden ser resueltas por el Derecho escrito.

(37) Dentro de la evolución del Ordenamiento Jurídico de Occidente resaltan, como necesarias excepciones a esta regla, los sistemas jurídicos de Inglaterra y de los Estados Unidos de América; por cuanto que, cuando se produjo el movimiento codificador en el continente americano, que significó la transmutación del Derecho Civil Común Consuetudinario en Derecho Legislado, éste no ejerció mayor influencia en el Derecho Inglés. Lo cual se pone de manifiesto en que, el Derecho Inglés ha permanecido siempre sustentado en el Derecho Consuetudinario que se refleja en la existencia del Uso Judicial ("Case Law"), consignado en las numerosas colecciones de sentencias ("Law Reports").

El Derecho Legislado ("Statute Law"), se manifiesta en Inglaterra, con el único fin de subsanar las deficiencias que pueda presentar el Derecho Consuetudinario en puntos determinados.

En los Estados Unidos de América, el ordenamiento jurídico se fundamenta, a pesar de tener Constitución Escrita, en el Derecho Jurisprudencial ("Jurisprudential Law").

Fuente: "Introducción al Derecho"; Aftalión, García Olano y Vilanova, página 352.

(38) Tal como lo manifiesta Jorge Xifra Heras en el Tomo I de su obra "Curso de Derecho Constitucional", página 132.

De ahí la existencia de actividades que son desarrolladas, exclusivamente, por la Costumbre y los llamados "Usos" Constitucionales (39).

Entre tales actividades se mencionan: la de complementar el orden jurídico en forma supletoria; una mejor interpretación del texto constitucional; determinar las facultades concedidas en los poderes discrecionales, además de justificar a aquellas instituciones que se fundan en las propias costumbres. Para mejor comprensión de lo anterior, se vuelve necesario hacer referencia a los requisitos que la Costumbre debe cumplir para ser considerada como Fuente del Derecho; sobre este punto, la opinión predominante (40) se orienta hacia consideración de dos diferentes tipos de condiciones, necesarias para el establecimiento y existencia de la Costumbre Jurídica, ellos son:

(39) "Usos" Constitucionales son aquellos preceptos que, careciendo de sanciones coactivas, se observan de un modo general; los cuales tienen un alto valor en los países que carecen de Constitución Escrita o la tienen breve o codificada (Fuente: Jorge Xifra Heras, "Curso de Derecho Constitucional", página 134). Generalmente son preceptos de mayor flexibilidad que la Costumbre, ya que no requieren de confirmación del tiempo, es decir, pueden surgir inmediatamente de una situación dada, o ser tomados de ordenamientos jurídicos extranjeros, siendo asimismo posible su desaparición del esquema normativo, sin dejar rastro o consecuencia alguna.

(40) En atención a lo expuesto por Aníbal Bascuñán Valdés, en la página 187 de su obra "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales"; complementado con la idea de Abelardo Torrè en "Introducción al Derecho", página 317.

- a) Los Requisitos Materiales, y
- b) Los Requisitos de Intención o Voluntad y de Formalidad.

Dentro de los Requisitos Materiales se ubican:

1- Pluralidad de Actos o Hechos Ininterrumpidos. En tanto que, un solo acto no forma Costumbre, si bién un acto determinado puede iniciar o ser el punto de partida de la misma.

2- Tiempo. La repetición de los actos o hechos constitutivos de la Costumbre, deben exigirse durante un espacio suficientemente dilatado de tiempo. (A este requisito hacían referencia los romanos, con la frase "longa inveterada consuetudo").

3- Extensión. La cual es de doble naturaleza:

Espacial (Territorial); los hechos o actos repetidos deben tener lugar en cierta extensión nacional o, por lo menos, regional.

Colectiva (Humana); es indispensable que la repetición constante sea colectiva, no necesariamente habrá de realizarla toda la colectividad, bastará con que ésta las acepte aunque sean menos quienes las realicen.

4- Uniformidad de los Actos. Entendiéndose que la uniformidad existe cuando los actos, aunque no sean materialmente iguales, revelan acatamiento a una misma regla o principio.

Dentro de los requisitos de Intención o Voluntad y de Formalidad se establecen:

1 - Conciencia de su Obligatoriedad. La costumbre debe practicarse con la voluntad de que valga como norma jurídica positiva, y no como

actos casuales o arbitrarios, aún cuando pudiese haber tenido su origen en ellos.

2 - El reposo de la voluntad sobre la "opinio iuris seu necessitatis". En razón a ello, si bien las personas puedan no tener la intención definida y clara de observar una determinada regla de Derecho, bastará con que tengan el impulso de actuar en justicia y de acuerdo con la conciencia general.

A pesar de que estos requisitos, la doctrina tradicional los reduce a sólo dos (41): El Elemento Material y el Elemento Subjetivo (los cuales son valederos también en el orden Constitucional); es de suma utilidad clasificarlos en la anterior forma, porque ello nos permite a su vez, diferenciar la Costumbre Constitucional de lo que es la Costumbre Jurídica en General.

En ése sentido, podemos afirmar que la Costumbre Constitucional se caracteriza por observar ciertas cualidades que le confieren una calidad distinta; así, haremos referencia de las mismas (42).

- En primer lugar, respecto a los sujetos que dan origen a la Costumbre en el ámbito constitucional; esta surge de los actos realizados por los funcionarios titulares de los órganos del Estado. Como puede apreciarse, el carácter anónimo y colectivo que determina la formación de las normas consuetudinarias comunes, no concurre en materia constitucional. En el Derecho Constitucional, la Costumbre no se produce por una tradición anónima en la que, quienes la ejercen, desconocen el sentido

(41) A los cuales ya nos hemos referido en la nota de la página 169

(42) Para ello, hemos tomado en consideración lo expuesto por Pablo Lucas Verdú, en el Volumen II, páginas 496 y 498, de su obra: "Curso de Derecho Político.

de la práctica, sino que procede de la actuación constante y uniforme de los órganos fundamentales del Estado (y de ningún modo de los particulares) cuya percepción es fácil porque es posible individualizarla inmediatamente.

De ahí la Publicidad de la Costumbre Constitucional.

- En segundo lugar, las costumbres ordinarias requieren, generalmente, un lento proceso de consolidación; la Costumbre Constitucional puede afirmarse como tal, en un período muy breve de tiempo, ello en cuanto que, ésta es más Racional que tradicional.

- En tercer lugar, la Costumbre Constitucional tiene razón de necesidad; en cuanto que, se-estructura-porque-los organismos estatales necesitan de ella para poder funcionar de manera regular y efectiva. Consecuentemente, el Contenido de las Costumbres Constitucionales no puede referirse nada más que a los problemas fundamentales del Derecho Constitucional-Público (tales como: la organización del Estado, las funciones públicas y las relaciones entre órganos); ello les permite tener un carácter de mayor elasticidad, propio de las cuestiones políticas, que no se dan en otro tipo de Costumbre.

Puede apreciarse, con cierta claridad, que aún en los países que poseen Constitución Escrita la Costumbre ejerce -ha ejercido o puede ejercer- considerable influencia y aplicación. Históricamente, a lo largo de la evolución del Derecho, numerosas instituciones del llamado Régimen Constitucional deben a ella su establecimiento y lo que es más importante otras instituciones han visto cambiado el sentido, o alcance, de sus funciones a causa de la Costumbre.

En El Salvador, la Costumbre no se configura como importante fuente del Derecho Constitucional, aún cuando sí lo es para otras disciplinas jurídicas. Para verificación de lo anterior, bástenos hacer referencia a la clasificación que de la Costumbre (en general) se hace.

La tradición doctrinal (43), teniendo en cuenta la posición en que se encuentre frente a la Ley, clasifica a la Costumbre en:

a) "Secundum Legem": Que es la Costumbre según la ley, llamada por ciertos autores como Costumbre Interpretativa. Este tipo de Costumbre se entiende desde una doble perspectiva:

-Según el modo usual de aplicar la ley; se entiende que la Costumbre se aplica por ~~una remisión implícita~~ de la ley.

-Como la Costumbre que adquiere vigencia por disposición de la ley; en ése sentido, la Costumbre "según ley" se convierte en fuente del Derecho por cuanto la ley remite a ella la solución del caso sujeto a la norma jurídica. En otras palabras, la ley se remite en forma expresa a la Costumbre; de ahí que, la norma consuetudinaria deriva su vigencia de una disposición de la ley.

(43) En atención a lo expuesto por:

Abelardo Torr , "Introducción al Derecho", página 315.

Aníbal Bascuñan Valdés, "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales", página 187.

José Mauricio Guerra Guerra, "Las Fuentes del Derecho Administrativo" (T sis), páginas 46 y 47.

Aftalión, García Olano y Vilanova, "Introducción al Derecho", páginas 354 y 356.

Paolo Biscaretti di Ruffia, "Derecho Constitucional", página 160.

b) "Praeter Legem": En alusión a la Costumbre "fuera de ley", conocida por Costumbre supletoria de la ley y denominada también como Costumbre Introdutiva; es aquella que tiene por objeto llenar algún vacío o laguna de la Legislación, en casos de que la Ley no disponga (no se aplique) ante un caso o conducta específicos; pero, sin contravención a precepto legal alguno.

En otras palabras, la Costumbre "Fuera de Ley" no contradice a la Ley, pero tampoco se encuentra amparada por algún texto legal.

c) "Contra Legem": La denominada Costumbre Contraria a la Ley o Costumbre Derogatoria. Esta modalidad de la Costumbre puede ser de dos tipos:

-Positiva. En referencia a aquel uso (Costumbre) que rectifica o contraría el precepto positivo formal; se pone de manifiesto un evidente roce entre la ley y la Costumbre, que raya en la irreconciliación entre ambas.

-Negativa. En alusión a la "Desuetudo" (el desuso de la norma legal); es decir, cuando lo preceptuado por la norma jurídica formal no se aplica en la realidad por la inobservancia colectiva de la misma.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, la Costumbre Interpretativa (o "Secundum Legem"), si bién es cierto que no ofrece mayor dificultad con respecto a su aplicación y vigencia, sí manifiesta problemas en cuanto a la consideración de si constituye o no una verdadera fuente del Derecho Constitucional. Para dilucidar tal problemática, com-

partiremos la opinión (44) de autores especializados (que es la opinión que sustenta la generalidad de estudiosos del Derecho, a la cual nos adherimos por considerarla acertada), en el sentido de que ésta Costumbre no es, por sí, Fuente del Derecho; sino que es la Ley que la acepta y se refiere (remite) a ella, la que sustenta la calidad de Fuente.

Así por ejemplo, la validéz de un fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia de la Haya, Holanda, deriva de la existencia de un Tratado (norma de derecho internacional particular); pero, a su vez, el Tratado deriva su existencia de una norma internacional pública general (consuetudinaria) (45) que establece la obligación de respetar y cumplir

(44) Paolo Biscaretti-di-Ruffia.

"Derecho Constitucional"

La Costumbre Interpretativa no asume la cualidad de fuente sino cuando llega, por esta vía, a innovar sobre la norma desprendida del texto legislativo (op. cit., página 160).

Asimismo: _____

Luis Legaz y Lacambra

"Introducción a la Ciencia del Derecho"

La Costumbre Según Ley no es, en rigor, Derecho Consuetudinario, sino el Derecho Escrito (legalidad) convertido en Costumbre; es decir, un Derecho cuyas normas escritas han sido realmente aceptadas por la Sociedad como formas de vida, o sea, vividas consuetudinariamente por ésta (op. cit., página 304).

(45) Hay que tener presente que, las principales Fuentes del Derecho Internacional Público, en su respectivo orden de importancia, son: la Costumbre y los Tratados. Se mencionan, además, las resoluciones de organismos internacionales (la O.N.U., por ejemplo), la Jurisprudencia de tribunales internacionales; la doctrina de los tratadistas y la Jurisprudencia de los tribunales nacionales (en cuanto aplican o pueden aplicar derecho internacional).

(Fuente: "Introducción al Derecho"; de Aftalión, García Olano y Vianova, página 574.)

lo suscrito en el Tratado; es decir, se asienta en la regla "Pacta Sunt Servanda" ("Los pactos han de ser cumplidos") (46), misma que, al igual que las demás reglas del derecho internacional general, observa el carácter de haber sido establecido por la Costumbre; en otras palabras, se fundamenta en una norma establecida por la conducta efectiva de los Estados en sus relaciones mutuas. En ese orden de ideas, podemos ubicar lo dispuesto en el Inciso Segundo del Art. 84 de la actual Constitución, que a la letra dice:"..... El territorio insular integrado por las islas, islotes y cayos que enumera la sentencia de la Corte de Justicia Centroamericana, pronunciada el 9 de Marzo de 1917 y que además le corresponden, conforme a otras fuentes del Derecho Internacional; igualmente otras islas, islotes y cayos que también le corresponden conforme al Derecho Internacional". Puede apreciarse, entonces, ~~que la anterior disposición se adapta a la frase con que la doctrina tradicional identifica a la Costumbre Secundum Legem: "el uso, la costumbre o práctica no pueden crear Derecho sino cuando las leyes se refieren a ellos (47). De ahí que se afirme lo aseverado por Biscaretti (48), al decir que la Costumbre Interpretativa (o Secundum Legem), que no asume, por lo demás, la cualidad de Fuente sino cuando llega, por esta vía, a innovar sobre la norma desprendida del texto legislativo (contribuye, en ciertos casos,~~

(46) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Manuel Ossorio, página 524.

(47) "Introducción al Derecho"; Aftalión, García Olano y Vilanova, página 354.

(48) Biscaretti, di Ruffia, "Derecho Constitucional", página 160.

como sería lo dispuesto en el Art. 19 del Código Civil, a descubrir el pensamiento del legislador).

En alusión a la Costumbre Introdutiva, Supletoria de la Ley o "Praeter Legem", Monroy Cabra (49) afirma que "es la Costumbre que disciplina relaciones no contempladas en la ley y que llena las lagunas de ésta"; consecuentemente, las normas de Derecho Consuetudinario supletorio de la ley, en ningún momento se oponen a lo prescrito en el Derecho Legislado, sino que las complementan. En virtud de tal circunstancia, tales normas consuetudinarias tienen vigencia como fuente paralela a la ley o subsidiariamente, y observarán eficacia tan sólo cuando la ley permita su aplicación. Siguiendo ésa idea, en vista que esta modalidad de la Costumbre adquiere eficacia cuando la ley misma la toma en consideración, se vuelve necesario especificar en qué momento y disciplinas jurídicas se manifiesta tal eficacia.

En ese sentido, se llega a convenir que la Costumbre Introdutiva se aplica en todos aquellos casos en los cuales una materia jurídica no ha recibido regulación alguna por parte de las normas escritas ó, por lo menos, ha recibido una regulación incompleta (50); lo cual vuelve necesaria la adopción de una técnica que supla tal deficiencia dentro del orden jurídico.

(49) Monroy Cabra, Marco Gerardo; "Introducción al Derecho", página 132.

(50) Compartiendo el punto de vista de Biscaretti, tal como lo manifiesta en la página 160 de la obra citada.

Es ante ése panorama que se plantea la problemática de determinar si la Costumbre "Praeter Legem" es o no Fuente del Derecho Constitucional.

El anterior problema, tal como lo manifiesta Rojina Villegas (51), no se suscita en la consideración de ciertas materias especiales, principalmente las mercantiles, donde la Costumbre ha conservado íntegra su autoridad y subsiguiente aplicación. Así puede apreciarse de lo dispuesto por el Art. 1 del Código de Comercio, que literalmente dice:

"Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres (52), y a falta de éstos, por las normas del ~~Código Civil.~~

Los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales".

Tal disposición se pone de manifiesto en otros artículos del mismo Código de Comercio; por ejemplo, el Art. 1027 Com. (que regula lo atinente a la compraventa mercantil) dice en su inciso primero: "Si la compraventa es sobre documentos, el vendedor cumplirá su obligación de entrega remitiendo al comprador el título representativo de las mercaderías y los demás documentos indicados en el contrato o exigidos por la costumbre". Asimismo, el Art. 1518 Com. (que se refiere al contrato de hospedaje) dice: "El Contrato de Hospedaje se regirá por el reglamento que expe

(51) Rafael Rojina Villegas, "Introducción al Estudio del Derecho", página 336
 (52) El subrayado es nuestro.

dirá la autoridad competente,.... . En lo no previsto por el reglamento se estará a la convención de las partes y, en su defecto a la Costumbre".

La Costumbre Contraria a la Ley, derogatoria o "Contra Legem", carece totalmente de valor jurídico, en cuanto desconoce o contraría la voluntad misma del Estado, expresada en el fundamental mandato legislativo: el Acto Regla (la ley). Respecto al Derecho Constitucional, tal circunstancia se deduce de lo dispuesto en el Art. 246 Inc. 1º: "Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados (53) por las leyes que regulen su ejercicio". Y, en el inciso segundo, continua diciendo "La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.... "; en la referida disposición constitucional se encuentra inserta la imposibilidad de que cualquier precepto constitucional carezca de vigencia por alguna ley ordinaria, mucho menos por la Costumbre.

Sobre este punto, Aftalión (54) hace referencia al Derecho Consuetudinario derogatorio, sinonimizándolo con la Costumbre "Contra Legem" y dice que aquél es el Derecho "que existe toda vez que una ley carece de vigencia por obra de la Costumbre, ya sea que nunca la haya tenido (o sea en los casos que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si ésta no existiera -desuetudo-; ya sea que, habiendo alcanzado vigencia, la haya perdido más tarde por la formación de una costumbre contraria -costumbre abrogatoria-"). Ahora bien, ninguna de esas dos manifestaciones de la Costumbre Derogatoria pueden sobreponerse al texto constitucio

(53) El subrayado es nuestro.

(54) Aftalión, García Olano y Vilanova; "Introducción al Derecho", página 356.

nal (al menos, desde la perspectiva teórica); ello se explica porque la Constitución es una ley de índole y carácter especial, en vista de ser sancionada por un organismo colegiado, a su vez, muy especial: el órgano (Asamblea) Constituyente.

En El Salvador, la Constitución se encuentra contenida dentro de un texto escrito, al que los teóricos del Derecho Constitucional llaman "ley de leyes" en cuanto se encuentra por encima de las leyes comunes sancionadas por la Asamblea Legislativa (que, dicho sea de paso, ejerce función legislativa ordinaria); de ahí que la Constitución sea la norma o conjunto de normas en las que fundan su validez las normas generales (55) que conforman el sistema jurídico de un Estado que se precie de Derecho.

De ahí que, en nuestro Derecho Constitucional no solo no se prevéa la Costumbre Derogatoria (tal como se desprende de lo regulado en el precipitado Art. 246 Cn. y de lo preceptuado en el Art. 248 Inc. 1º Cn. que dice: "La reforma de ésta Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los diputados electos...."; en ambas disposiciones se aprecia la clara omisión de la Costumbres), sino que, además, se le excluye. En atención a esto último, se establece el Art. 50 del Código Civil donde se Consigna que las leyes pueden derogarse o modificarse sólo por leyes posteriores.

Con ello se proscribe la posibilidad de que la Costumbre se oponga abiertamente a las normas legales, cualquiera que sea la naturaleza de éstas (no importando que sean constitucionales u ordinarias).

(55) "Introducción al Derecho"; Aftalión, García Olano y Vilanova, página 358.

Esta situación es la que deja abierta la posibilidad de existencia a un serio problema técnico-jurídico-social: Que la Costumbre sea la expresión del derecho justo y que la ley consagre el derecho injusto (56); en otras palabras, que se manifieste un conflicto entre la Justicia y la Seguridad Jurídica. Lo anterior es consecuencia de una característica esencial de la Costumbre: La de ser mudable con los cambios sociales (lo cual permite su mayor adaptabilidad a la realidad social; distinto a lo que sucede con la ley que, por su mayor rigidez, implica una seria inadaptabilidad dentro del medio social donde se aplica, situación que se vuelve más frecuente en la actualidad). En base a ello es que se pretenda sostener la prevalencia del Derecho Justo sobre el Derecho Injusto, que sería lo mismo decir que la Justicia (57) impere sobre la injusticia. Ahora bien, no siempre el Derecho y la Justicia son coincidentes, de ahí la existencia de derechos injustos que derivan en el asentamiento de la Teoría del Abuso del Derecho (58) dentro del esquema jurídico, lo cual apunta a que no se pueda desatender (desobedecer) una norma jurídica, so pretexto de calificarla como injusta. En consecuencia, y tal como se encuentra estructurado nuestro ordenamiento jurídico, cuando exista pugna entre la Justicia y la Seguridad Colectiva, siempre habrá de prevalecer esta última sobre aquella, aún cuando ello implique que la ley injusta impere sobre una costumbre justa;

(56) A esta situación hace referencia Rojina Villegas en su obra: "Introducción al Estudio del Derecho", página 344.

(57) "La virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde"; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio, página 411.

(58) Una excelente manifestación de esta Teoría, en nuestro país, lo es la existencia de la Usura, a la cual nos hemos referido en el Capítulo IV.

porque, para el Estado, en la consecución de sus fines, le es de mucha importancia velar por la observancia de la Seguridad Jurídica, aún cuando ello implique la existencia de derechos "injustos" (como lo fué, por ejemplo, la existencia de la Institución de la esclavitud fundamentada en un derecho, pero que representaba una real injusticia).

Lamentablemente, en El Salvador la Costumbre Derogatoria se ha manifestado a lo largo de su evolución constitucional, no para hacer prevalecer la Seguridad Jurídica, ni siquiera a la Justicia. Así se desprende de los numerosos cambios de Constitución que, principalmente, se han centrado en la alteración (modificación) del período de duración en la titularidad del órgano ejecutivo (59), en virtud del obstáculo que la Ley Fundamental ofrecía ante tal ambición.

(59) Véase, comparativamente y por ilustración, lo que disponía el Art. 84 de la Constitución Política del 9 de Noviembre de 1872, que decía: "La duración del período presidencial será de cuatro años sin reelección inmediata; sino después de haber transcurrido igual período, que comenzará y concluirá el primero de Febrero del año de la renovación, sin poder funcionar un día más". Este artículo fué la razón primordial por la que se dió origen a la Constitución de ése año, con el único propósito de modificar el Art. 43 de la Constitución del 16 de Octubre de 1871 que establecía: "La duración del período presidencial será de dos años y la persona que hubiere ejercido la presidencia en propiedad, no podrá ser reelecta sino después de haber transcurrido igual período, que comenzará y concluirá el primero de Febrero del año de la renovación, sin poder fungir un día más". Con el objeto de satisfacer, no la justicia, ni velar por la observancia y mantención de la seguridad jurídica; sino, la ambición personalista del entonces presidente, Mariscal Santiago González.

(Abstraído de la Colección Antropológica de Fredy y María Lesterneider: "Períodos Presidenciales y Constituciones Federales y Políticas de El Salvador", páginas 236 y 208, respectivamente a los artículos precitados).

5.3. LA DOCTRINA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO.

Este sub-capítulo comprende la doctrina y los principios generales del Derecho, ambos como fuentes del Derecho Constitucional Salvadoreño. Los desarrollaremos en su orden, haciendo las consideraciones previas y necesarias.

Para desarrollar la doctrina, primeramente vamos a definirla y luego haremos las consideraciones del tema.

Se entiende por doctrina, "todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del Derecho y que guían las reformas de la legislación, así como son pauta para la aplicación del Derecho" (60).

Eduardo García Maynez (61), por su parte manifiesta que "se dá el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación". Este autor considera que la doctrina representa el resultado de una actividad especulativa de los particulares, por consiguiente sus conclusiones carecen de fuerza obligatoria, y por grande que sea el prestigio de aquellos o bien las autoridades encargadas de aplicarlas.

(60) Marco Gerardo Monroy Cabra. Introducción al Derecho. Página 136.

(61) Eduardo García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Página 76.

No obstante las dos definiciones anteriores acerca de la doctrina, hemos considerado agregar la definición que nos proporciona Abelardo Torr  (62), por ser una definición más sencilla, al respecto dice: "Generalmente se entiende por doctrina, el conjunto de teorías y estudios científicos referentes a la interpretación del Derecho Positivo, para su justa aplicación".

Hecha la definición respectiva, hemos de manifestar, que desde los orígenes se le reconoció a la doctrina de los jurisconsultos gran influencia en la consolidación y progreso del Derecho.

Debemos recordar tal como lo expresa Eduardo García Maynez (63) que "las opiniones de ciertos jurisconsultos ilustres de la Roma Imperial, por ejemplo, eran obligatorios para el juez, por decisión expresa del emperador. Era práctica constante, desde el emperador Tiberio (42 a.c. 37 d.C.), que los jurisconsultos más eminentes reciban del emperador el Jus respondendi, Jus Publice, populo respondi, o sea el derecho de emitir dictámenes obligatorios para el juez, para el Judex privatus nombrado en proceso y para el magistrado. Siempre que el responsum que exhiba una de las partes provenga de un jurista autorizado y con él se guarden las formas de rigor (estar otorgado por escrito y sellado), el juez tiene que respetarlo en su sentencia, si no le presenta otro de diferente tenor, que reuna idénticas condiciones. Esta autoridad, de que un principio sólo gozaban las respuestas dadas especialmente para un proceso, exti ndese luego, por vía de costumbre, a cualesquiera otras

(62) Introducción al Derecho. Página 342.

(63) Introducción al Estudio del Derecho. Página 76 y 77.

formuladas con anterioridad, prescindiéndose también de la forma oficial y bastando que las opiniones las manifestásen en forma de doctrina en las colecciones de RESPONSA; consérvese noticia de que un rescripto (64) del emperador Adriano (76-138 d.C.), en que se confirma expresamente esta costumbre".

o Otro ejemplo, ocurrido en la antigua Roma nos lo expresa Luis Legaz y Lacambra, así: "Una célebre constitución del emperador Valentiano III, conocida con el nombre de "Ley de Citas", instituyó una especie de "Tribunal de los muertos", constituídos por las magnas figuras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, cuyas opiniones, y la de los autores citados por ellos, eran sancionados y refrendadas como fuente de Derecho en ciertos casos de laguna" (65)

En el Derecho Romano, la doctrina fué considerada como fuente formal, en el caso del emperador Adriano (ya mencionado en este sub-capítulo), quién les dió fuerza obligatoria a las opiniones de ciertos jurisconsultos cuando eran concordantes (*ius publice respondendi*).

Debemos aclarar, que en la antigua Roma no toda la doctrina fué obligatoria, pues solo tuvo dicho carácter una parte de ella y fueron las opiniones de ciertos jurisconsultos, como ya expresamos cuando eran concordantes, y eso durante cierto tiempo.

El Derecho Moderno, tiende a negarle a la doctrina el carácter de fuente formal del Derecho, ya que la considera como autoridad o bien la

(64) Rescripto; contestación de los emperadores romanos a las preguntas que le dirigían los magistrados y gobernadores de provincia. Ramón García Pelayo y Juan Testas. Diccionario Moderno Larousse. Página 895.

(65) Introducción a la Ciencia del Derecho. Página 411.

ubica dentro de las fuentes materiales; no obstante la tendencia general de considerar a la doctrina como fuente material, existen autores que suelen ubicarla entre las fuentes formales del Derecho, pero nosotros consideramos que esta última ubicación no es exacta y que debe de tratarse de un error, basta recordar que las fuentes materiales, son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas y que estos factores son las necesidades o problemas, que el legislador tiende a resolver y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el cual legisla; a esto hay que agregar, que la doctrina sirve como guía a los jueces y a los legisladores para la interpretación, explicación de las leyes, así como para la reforma de las instituciones, contribuyendo así al progreso del Derecho y su aplicación a los casos particulares concretos.

La influencia que ejerce la doctrina como fuente material es significativa, sobre los jueces porque cuando una determinada interpretación aparece sostenida por juristas de peso, es raro que los tribunales se aparten de ella; sobre el legislador, por cuanto éste se inspira en las obras, proyectos, comentarios, etc. de los juristas; de lo anterior deriva la importancia de la doctrina.

En nuestro medio, existe una ausencia casi total de juristas que se dediquen al estudio de solución a situaciones que no se encuentran previstas o reguladas en forma directa en nuestra legislación, de ahí, que es difícil hablar de doctrina de los juristas salvadoreños, pues ésta no ha sido muy prolífera, sobre todo en la década anterior. Lo que han hecho y siguen haciendo nuestros catedráticos de Derecho, jueces y legisladores en su generalidad es implementar el uso de doctrina de

autores extranjeros de gran prestigio.

No obstante la ausencia de los juristas, la doctrina sí tiene significancia e importancia como fuente material del Derecho que es, pues aún cuando no existe en nuestro esquema jurídico ninguna norma vigente que nos faculte para invocarla como tal, también es cierto que no existe alguna que la prohíba expresamente.

La doctrina en el campo Constitucional, en nuestro medio se encuentra contenida en las resoluciones y sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues a ella corresponde la potestad exclusiva y la responsabilidad especial de interpretar la Constitución, al administrar la justicia Constitucional. (66)

Consideramos un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción Constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa o implícitamente. Denominaremos interpretación, no tanto a la determinación del sentido jurídico de la norma, lo que realmente constituye la interpretación en el estricto sentido técnico-jurídico, como al estudio del origen de tales normas sub-constitucionales.

La Sala de lo Constitucional, al pronunciar una sentencia, en su contenido constituye la jurisprudencia en sentido estricto, pero siendo consecuente con lo manifestado sobre la interpretación Constitucional, se reproduce sobre todo la doctrina desarrollada en los considerandos que son el fundamento del Fallo, y en otras resoluciones definitivas e interlocutorias en las que se desarrolla sobre todo la propia materia de

(66) Art. 174 Cn., y Art. 53 Ley Orgánica Judicial, y Artículo 01 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

la Ley de Procedimientos Constitucionales, así como la evolución histórica de algunas instituciones, argumentaciones de Derecho Comparado (67), citas de jurisprudencia y autores extranjeros que ha tenido que hacer la Sala de lo Constitucional para justificar sus resoluciones.

Consecuencia directa del hecho de que la Sala de lo Constitucional ejerza con exclusividad la interpretación de la Ley Fundamental, es que la doctrina contenida en sus resoluciones es fuente directa del Derecho o sea que vincula al Tribunal Constitucional y a todo tribunal o autoridad.

Dentro de este sub-capítulo, corresponde establecer si los Principios Generales del Derecho (68) son fuentes del Derecho Constitucional en nuestro país.

Previo el desarrollo, haremos unas consideraciones más que necesarias son de carácter obligatorio.

En cuanto a qué son los Principios Generales del Derecho, los juristas han buscado afanosamente el sentido de la expresión, al respecto Luís Legaz y Lacambra (69) nos da dos interpretaciones:

La primera es la interpretación Histórica o Positivista, que consiste en esencia, en afirmar que los principios generales del Derecho son aquellos que inspiran una determinada legislación positiva.

La segunda interpretación llamada Filosófica o Yurnaturalista, se trata de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho, el fundamento

(67) Derecho Comparado; rama de la ciencia general del Derecho, que tiene por objeto el examen sistematizado del Derecho Positivo vigente en los diversos países, ya con carácter general o en algunas de sus instituciones, para establecer analogías y diferencias. Guillermo Cabanellas de Torres. Página 95 (Diccionario Jurídico Elemental).

(68) El subrayado es nuestro.

(69) Filosofía del Derecho. Página 604.

de toda legislación positiva.

En la primera de estas interpretaciones o concepciones parece quedar cerrada la posibilidad de aplicar los principios de Derecho Natural (70).

En la segunda interpretación o concepción, la acción de los principios del Derecho Natural queda limitada a un campo de aplicaciones subsidiarias.

Aún cuando teóricamente, la diferencia entre ambas interpretaciones es decisiva, teóricamente, la diferencia entre ambas concepciones puede reducirse, a condición de que no pretenda negarse (en el plano yusnaturalista) la posibilidad de principios trascendentales y universales suprapositivos. La distancia se acorta, cuando se observa, aún en el caso de que se trate de principios filosóficos universales, han de estar precisamente reconocidos en la legislación correspondiente, y no pueden prevalecer contra una determinación positiva contraria de esta.

Evidentemente, ni una interpretación abstractamente filosófica, ni una extremadamente positivista de los Principios Generales del Derecho posee justificación absoluta no solo ya teórica, sino tampoco dogmática. Sin duda, el jurista tiene que inferir los principios generales del contenido del ordenamiento jurídico. Ese acto de inferencia, es un método de remontarse a los principios, es decir donde toma su origen el Derecho, todo Derecho, y por tanto también el ordenamiento positivo de que se trate.

(70) Derecho Natural; el que basado en los principios permanentes de lo justo y lo injusto se admite que la naturaleza dicta o inspira a todos los hombres, como si la unanimidad entre los mismos fuera posible; aspiración que el Derecho Positivo tiende a concretar como ideal humano. Guillermo Cabanellas de Torres. Página 96. (Diccionario Jurídico Elemental).

Tomar su origen, significa, engendrar, nacer, adquirir carta de naturaleza en el mundo de las cosas reales. Así el Derecho vive primeramente en la conciencia del hombre como pensamiento o idea de justicia y consecuentemente como sentimiento de la injusticia, contra la que reacciona. Cuando este pensamiento y sentimiento es exteriorizado y cristalizado en un sistema de creencias colectivas, ha nacido un sistema de Derecho. La socialización es el proceso de engendramiento, emanación y nacimiento del Derecho, en el que los modelos de una obra intelectual, se tornan una realidad y por éso son principios, de los que el Derecho extrae su origen.

En definitiva, los principios generales del Derecho son "Derecho Natural", fundado en la naturaleza humana, pero este es siempre normatividad concreta y en los escalones más bajos de la reunión de varias partículas o concreción, el contenido yusnaturalista se esfuma o desaparece progresivamente.

En este sentido la normatividad yusnaturalista concreta, suple, confirma o contradice la normatividad positiva.

Otro aspecto a considerar es el valor de los principios generales del Derecho como fuente primaria del Derecho. La consideración es una convicción indiscutible. Por su propia naturaleza y por su valor fundamental, no pueden estar sometidos a un orden escalonado de preceptos, porque son los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, teóricamente también para el Derecho Constitucional. "Si los principios generales del Derecho, para serlo han tenido que inspirar la legislación y las costumbres; habrá, de rigor, que concluir que los principios generales del Derecho, no son una fuente más, que viene después de las otras, sino

que es fuente que está también dentro de las otras. Los principios generales del Derecho no son una fuente autónoma y aparte, sino que están en toda fuente de Derecho y, por tanto, no habrá propiamente una superioridad de ley sobre ellos, pues el sentido de la ley tiene que ser conforme a los Principios Generales del Derecho.

"El problema de la jerarquía entre las fuentes del Derecho, el problema de la prevalencia de una fuente del Derecho sobre otra, no se plantea realmente en relación con los principios generales del Derecho" (71).

En su verdadero significado, los Principios Generales del Derecho "son, más radicalmente que las otras, la verdadera fuente del Derecho y no son en el mismo sentido que las que son propiamente, pues son fuentes en el sentido de fundamento y no fuentes en sentido técnico-formal" (72).

De los Principios Generales del Derecho, como fuentes primarias materiales del ordenamiento jurídico se derivan dos funciones básicas en el ámbito de aplicación del Derecho: Interpretativa e integradora (73).

En la función interpretativa, los principios generales dominan, como base del sistema jurídico, todas las aplicaciones posibles del Derecho vigente. No se trata entonces de que los Principios Generales del Derecho se apliquen de una manera indirecta, a través de la aplicación de la ley y la costumbre, sino de que de la aplicación de éstas normas sólo puede hacerse coherentemente mediante principios generales, único modo de establecer a través de la interpretación el verdadero significado y el alcance real de cada norma en la unidad del sistema a

(71) García Valdecasas. El problema de las fuentes del Derecho. Página 36.

(72) Luís Legaz y Lacambra. Los Principios Generales. Páginas 56 y 57.

(73) Enrique Lalaguna. Jurisprudencia y Fuentes del Derecho. Página 328.

que pertenecen.

En la función integradora, que en todo caso implica la interpretativa de uno o varios principios generales, en defecto de la ley y la costumbre, los principios generales adquieren una más precisa significación normativa, adecuada a la situación litigada o enjuiciada. El hallazgo de esta precisa significación normativa de los principios generales está determinado críticamente por las circunstancias singulares de la situación litigiosa. La aplicación del principio general, en ésa precisa significación normativa que se le ha dado, se justifica entonces por la circunstancia de no existir para la situación en litigio una norma adecuada más concreta o menos general que la representada por el principio que se intenta aplicar.

La conversión de un principio general en norma positiva distinta de la ley y la costumbre, es un fenómeno que se produce en un proceso de interpretación del Derecho vigente, como normatividad jurídica total.

En nuestro país, los principios generales del Derecho dentro del orden jurídico, no constituyen una fuente formal, pero la razón jurídica tiende irremediablemente a hacer uso de tales principios, aún a falta de una autorización expresa de la ley, siempre que no se halle en ésta o en la costumbre reconocida, la norma exactamente aplicable. Por esto es preciso reconocer la eficacia de los Principios Generales del Derecho como fuente jurídica.

Teniendo en consideración como ya antes hemos expresado, que los Principios Generales del Derecho son los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, no podemos negar que en el orden Constitucional existen

principios que él incorpora o ha incorporado, en virtud de que lo que existe en el pensamiento pasa a ser objeto de creencia social y, sobre todo, a alcanzar vigencia jurídica en las normas que los desarrollan. Ejemplo de los Principios Generales que nuestra Constitución vigente ha incorporado, podemos mencionar: El Derecho a la vida (74), a la integridad física y moral (75), libertad de pensamiento (76), igualdad ante la ley (77), el que consagra la libertad integral del ciudadano(78), libre tránsito (79), etc.

(74) Artículo 2 Cn.

(75) Artículo 2 Cn.

(76) Artículo 6 Cn.

(77) Artículo 3 Cn.

(78) Artículo 4 Cn.

(79) Artículo 5 Cn.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

En este Capítulo plasmaremos las consecuencias y los aspectos más importantes, breves y sintetizados de nuestro trabajo. Asimismo, como el tema de este capítulo lo indica, expondremos nuestro punto de vista frente a las Fuentes del Derecho Constitucional, aportando conclusiones y recomendaciones respecto al tema que fué objeto del presente trabajo de Tesis.

Previo al desarrollo de lo anterior, debemos de recordar, tal como lo expusimos en el Marco Metodológico del Capítulo I, que nuestra investigación además de ser documental, es de campo; es por ello que, como resultado de esta última clase de investigación, corresponde plantear en este Capítulo, el Análisis e Interpretación de los datos recabados. Para efectuar el Análisis e Interpretación de Datos, haremos a continuación un análisis descriptivo general; con ese objeto, hemos separado la información obtenida en diferentes aspectos o rubros, los cuales son:

- 1- Aspecto Económico.
- 2- Aspecto Jurídico.
- 3- Aspecto Político.
- 4- Aspecto Social.

Dentro del Aspecto Económico, tal como la manifestamos en la Hipótesis General (1), el Poder Político está subordinado al Poder

(1) "La subordinación del poder político al poder económico permite el manejo arbitrario que de las Fuentes del Derecho Constitucional hacen los funcionarios encargados de la creación, derogación y reforma de la Ley Primaria".

Económico (93.5%) (2), esto se ve reflejado en el Proceso de Privatización de la Banca que solo es posible mediante la derogación de la Ley Creadora de la Banca Estatal (91.5%), en la Reversión de la Reforma Agraria (90.5%) y en la protección que se brinda a los intereses particulares de los dueños de los medios de producción, acto que se vé reflejado en la creación y posteriores reformas a la Ley Represiva del Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas.

Dentro del Aspecto Jurídico, partiremos diciendo que la Constitución de la República constituye el fundamento de todo el ordenamiento jurídico nacional (74.0%) y, que dentro de la misma no se refleja la interrelación de Factores Reales de Poder que convergen y coexisten en nuestra estructura social (81.0%), ésto tiene como causa, tal como planteamos en la Hipótesis General, el manejo arbitrario de las Fuentes del Derecho Constitucional que hacen los funcionarios encargados de la creación, derogación y reforma de nuestra Constitución. Así como lo expresamos en la Hipótesis Específica II (3), la inobservancia de las Fuentes del Derecho Constitucional produce la ineficacia de la norma jurídica (86.5%), así podemos notar que la Constitución observa disposiciones o leyes no positivas (88.0%), lo cual viene a ser indicador de la ineffectividad de la norma jurídica (86.0%) y, que a la vez, repercute en las leyes secundarias; ejemplo: Las definiciones por falta de fundamento

(2) Los porcentajes que relacionamos y que se encuentran en paréntesis, son el resultado que se obtuvo del procesamiento de las preguntas planteadas en la encuesta realizada; se incluyen en el texto, para una mejor ilustración y comprensión del dato recabado; el cual, dicho sea de paso, confirma nuestras hipótesis.

(3) "La inobservancia que el legislador hace de las diversas fuentes del Derecho al elaborar la Ley Primaria, produce la ineficacia de la norma jurídica".

técnico (83.5%), constantes reformas a los Códigos Penal y Procesal Penal (97.0%), la Cédula de Identidad Personal ya no constituye documento de plena fé pública (83.5%), disposiciones jurídicas de doble o múltiple interpretación (84.5%), etc.

En lo que respecta al Aspecto Político, acá podemos corroborar y haciendo referencia a la Primera Hipótesis Específica (4), las deficiencias estructurales que se observan en nuestra sociedad, dentro de las cuales podemos señalar: El nombramiento de los Jueces de Paz por vinculaciones partidarias (88.0%), la exigencia obligatoria coyuntural pre-eleccinaria del Carnet Electoral (96.5%), el acompañamiento del Carnet Electoral a la Cédula de Identidad Personal como requisito indispensable para efectuar trámites legales, no obstante su antijuricidad (95.0%) (5) todo lo cual viene a traducirse, como ya lo manifestamos en el primer rubro, en la subordinación del poder político al poder económico (93.5%).

Dentro del Aspecto Social, la segunda hipótesis específica, evidencia la inobservancia que el legislador hace de las diversas fuentes del

(4) "Las deficiencias estructurales que se observan en la sociedad salvadoreña, influyen en el anormal retraso de la norma jurídica, con respecto a la realidad social donde se aplica"

(5) Tal como se exigía de acuerdo a lo estipulado en el Decreto Legislativo N° 559 de fecha 21 de Agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 203, tomo N° 308 del 22 del mismo mes y año, que introducía reformas al Código Electoral en ese sentido; la ampliación del plazo para la exigibilidad del Carnet Electoral, conforme a los Decretos Legislativos, Números 706 y 707 de fechas 14 y 21 de febrero de 1991. Complementado con el Decreto Legislativo número 730 de fecha 9 de Marzo del corriente año, que establecía nuevas reformas al Código Electoral en el punto ya señalado. La antijuricidad de tal exigencia, sería reconocida por la misma Corte Suprema de Justicia al resolver favorablemente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Eduardo García Tobar, declarando la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo Número 559, el día 6 de Marzo del corriente año.

Derecho al elaborar la Ley Primaria, pues esto queda reflejado en cuanto la realidad jurídica salvadoreña no influye en el contenido de la ley primaria (74.5%); por otra parte, la evolución y desarrollo de nuestra sociedad debe adaptarse a la rigidez de nuestra Constitución (88.5%); este aspecto, que puede señalarse como una falla estructural, influye en el anormal retraso de la norma jurídica, con respecto a la realidad social donde se aplica; ejemplos: Lenta administración de justicia (92.5%), incumplimiento de la función rehabilitadora del delincuente por parte del Estado (95.5%), etc.

Habiendo así efectuado el análisis e interpretación de los datos recabados, podemos decir que las hipótesis (General y Específicas), de acuerdo a los resultados obtenidos, se comprobaron.

6.1. NUESTRO PUNTO DE VISTA FRENTE A LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO.

Después de haber efectuado el análisis de las Fuentes del Derecho Constitucional, hemos llegado a concluir que en nuestro medio, debido a la subordinación del poder político al poder económico, no todas las Fuentes del Derecho Constitucional han sido observadas al momento de crear, derogar o reformar la Ley Primaria; pues, los funcionarios que han tenido la facultad de crear, derogar o reformar la Ley Fundamental, arbitrariamente han hecho caso omiso de las Fuentes del Derecho Constitucional, reflejo de ello es, por ejemplo, la carencia casi total de Doctrina de autores salvadoreños (6); nadie puede objetar el hecho que, (6) Hacemos tal afirmación ya que, dentro de los raros casos de excepción, se mencionan los estudios del Dr. Francisco Bertrand Galindo.

en El Salvador, sólo la Doctrina de autores extranjeros tiene la calidad de Fuente del Derecho Constitucional.

En lo que respecta a los Principios Generales del Derecho en su función interpretativa, no siempre estos han sido coherentes en la aplicación de las normas; en su función integradora, que en todo caso implica la función interpretativa, en defecto de la Ley y la Costumbre, no siempre adquieren significación normativa. No obstante de que en nuestro país, los Principios Generales del Derecho no constituyen una propia Fuente,⁽⁷⁾ la razón jurídica tiende irremediablemente a hacer uso de ellos, por cuanto son elementos que sustentan o inspiran el Orden Jurídico, pues no podemos negar que en el orden constitucional, existen Principios Generales del Derecho incorporados en él.

Habiendo finalizado el presente estudio, y orientados por los objetivos y las hipótesis formuladas en el Diseño de la Investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1 - La Constitución de 1983, es la peor de todas las Constituciones que hemos tenido (8), porque en ella se establecen disposiciones increíblemente aberrantes, como lo establecido en el Art. 29 Inc. 2º de la Constitución vigente, que literalmente dice: "También podrán suspenderse las garantías contenidas en los Arts. 12 Inciso segundo..."; con tal disposición se deja abierta la posibilidad de anular la esencia de

(7) Pues, la Constitución en ningún momento se remite, formalmente, hacia tales principios.

(8) Tal como lo afirmara el Dr. Jorge Alberto Gómez Arias y que fuera reafirmado por el Dr. Francisco Roberto Lima, en la conferencia sobre Reforma Constitucional, que ambos juristas, junto al Dr. Rubén Zamora sirvieran en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, el día 11 de Abril de 1991.

uno de los derechos fundamenales de la persona humana, y que se sustenta en el Derecho Penal: El Derecho a Guardar Silencio.

2 - La Constitución de la República de El Salvador (vigente), se caracteriza por estar condicionada por conveniencias partidarias, mismas que se encuentran contenidas en el actual texto constitucional, en razón a aprovechar la protección que les concede la dificultosa reforma de éste (y que determina nuestra rigidez constitucional); sirva de ilustración el más elocuente ejemplo: La Propiedad Privada elevada a precepto constitucional, para evitar una posible desaparición o sustancial modificación de ella en el sucesivo devenir social, conclusión que se desprende de lo establecido en el Inciso Primero del Artículo 105 de la Constitución ("El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de Propiedad Privada...").

3 - La inobservancia de las diversas Fuentes del Derecho Constitucional, se pone en evidencia cuando apreciamos una lamentable situación que se suscita en el medio político-constituyente salvadoreño, con preocupante frecuencia: Aún cuando a nivel teórico, en términos generales se define a la Ley como "La expresión racional del Derecho", nuestras Constituciones se han caracterizado por haber sido elaboradas con precipitación e impreparación, sin mayor visión técnica jurídica, es decir, no se han establecido en forma deliberada y consciente. De ahí la enorme cantidad de problemas estructurales que de su interpretación han derivado.

4 - El lento desarrollo observado por la sociedad salvadoreña, ha sido determinado en gran parte por la rigidez de las Constituciones, esto a su vez, ha sido producto de que la sustitución de una Constitu-

ción por otra, no ha sido con el objeto de satisfacer necesidades sociales, expresadas en una totalidad de situaciones reales, sino más bien, como medida emergente de solución a un problema político específico: Evitar el riesgo de posibles cambios en la estructura social de nuestro país.

5 - Las Fuentes Formales del Derecho, que constituyen el afluente principal de las normas constitucionales, en El Salvador no han sido observadas en su verdadero sentido técnico jurídico.

6 - Las Fuentes Materiales del Derecho Constitucional han sido de poca significancia, si tomamos en cuenta que, en El Salvador lo único que ha existido como Fuente Material del Derecho Constitucional son los Decretos-Ley.

7 - En la evolución constitucional salvadoreña, se ha reflejado siempre el manejo arbitrario de sus fuentes jurídicas; ello se observa tanto en la elaboración, derogación, como en la reforma de la Constitución.

8 - Irrespeto total al Régimen de Derecho (Constitucional), reflejado en la materialización de los fatídicos Golpes de Estado, que han precedido a cada Constitución a partir de 1861.

6.2. RECOMENDACIONES

De conformidad a las conclusiones expuestas en el apartado anterior, presentamos las siguientes recomendaciones:

1 - El dinamismo inherente a la vida social no puede enmarcarse en las rígidas disposiciones de la Ley, que se vuelve incapaz de abarcar

la totalidad de situaciones reales que se suscitan en la realidad social. Ante tal situación, que se agrava con el manejo arbitrario e inobservancia de las Fuentes del Derecho, es imperioso que el legislador, sea este Constituyente u ordinario (9), adopte conciencia de la esencial función que desempeña al momento de crear, reformar o derogar la norma jurídica, especialmente si ésta es constitucional. En consecuencia, de la obligación que tiene de cumplir sus funciones en forma deliberada y consciente, para una mejor adecuación racional del Derecho.

2 - Consideramos que en El Salvador se deben incrementar todos los medios e incentivos necesarios para que prolifere el estudio de los temas jurídicos, en especial los de Derecho Constitucional, en razón a la erradicación de la inconsistencia técnico-jurídica que adolece nuestro Ordenamiento Jurídico y que se acentúa en la Constitución actual.

Solo así podemos abrigar la esperanza de llegar a tener leyes con verdadero sentido técnico-jurídico, de jurisprudencia abundante y consistente, de Doctrina propia y de la Costumbre, como manifestación directa de las inquietudes sociales, influyendo en el contenido jurídico de la norma. Evitando con ello en lo sucesivo, disposiciones absurdas y de alto contenido antijurídico como el Artículo 1 del Decreto número 114 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de fecha 8 de Febrero de 1980, que a la letra rezaba: "Reconócese la vigencia de la actual Constitución Política de la República en lo que fuere compatible con la naturaleza

(9) Entendiéndose por Legislador "Ordinario" a aquel que integra una Asamblea Legislativa como órgano constituido.

del presente régimen y no contrarie los postulados y objetivos de la Proclama de la Fuerza Armada del 15 de Octubre de 1979 y su línea de gobierno...".

3 - A la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL, como organismo que le corresponde la actualización del Orden Jurídico en El Salvador, se le recomienda proceder a la revisión de la Constitución vigente.

4 - A las Facultades de Derecho de las diversas Universidades del país, se recomienda que sobre la base de la presente Tesis, realicen estudios, trabajos, foros, y demás actividades, que tiendan a contribuir a la superación del Derecho Constitucional salvadoreño.

5 - A las Asociaciones de Profesionales del Derecho e Institutos Jurídicos, se les recomienda que sobre la base de la presente Tesis realicen estudios, trabajos, foros , ponencias, y otros actos que contribuyan a la solución de problemas de carácter constitucional, de tal forma que ello constituya la superación del Derecho Constitucional salvadoreño.

APENDICE

Dado los acuerdos entre Gobierno de El Salvador (GOES) y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) y en razón de la incidencia de éstos en la vida Constitucional Salvadoreña, no obstante que nuestro trabajo de tesis ha concluido, nos vemos en la obligación de elaborar un apartado dedicado a las "Resoluciones tomadas por varias personas por común", es decir acuerdos. (1)

Antes, conviene definir el concepto "Acuerdo", así el Doctor Guillermo Cabanellas de Torres, nos dice: "El acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencias de personas que llevan a un mismo fin". (2) Tomado este concepto como valedero, podemos decir que el fin perseguido por las partes al inicio de este apéndice mencionado, es la "Paz".

Para que podamos comprender la importancia que los acuerdos tienen en el Derecho Constitucional Salvadoreño, haremos una reseña cronológica de los mismos.

El 15 de septiembre de 1989, en la Ciudad de México el Gobierno de El Salvador (GOES) y el Frente Farabundo Martí Para la Liberación Nacional (FMLN), acordaron entablar un proceso de diálogo con el objeto de poner fin por la vía política al conflicto en El Salvador.

(1) Pelayo, Ramón y Testas Jean . Diccionario Moderno Larousse. Pág. 20.-

(2) Dr. Guillermo Cabanellas de Torres. Diccionario Jurídico Elemental. Pág 14.-

En diciembre de 1990, en forma separada, el Gobierno, presidido por el Presidente Alfredo Cristiani y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), pidieron al Secretario General de las Naciones Unidas, señor Javier Pérez de Cuéllar, que les asistiera en la búsqueda de la paz.

A partir de ese momento, los esfuerzos se concentraron en el establecimiento de un marco de referencia, con el objeto de determinar la mecánica, ritmo y plazo para el fin del conflicto armado. Este marco al que nos hemos referido es el llamado ACUERDO DE GINEBRA del 4 de abril de 1990. (3) Por el mismo medio, el Gobierno de El Salvador (GOES) y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), se comprometieron a no abandonar unilateralmente las negociaciones.

Dado lo anterior, se diseñó una agenda general y un calendario del proceso completo de negociación que fueron anunciados en Caracas, Venezuela el 21 de mayo de 1990; a este concierto se le llamó ACUERDO DE CARACAS. (4)

El proceso comprende dos fases. En primer término, el documento firmado en Caracas, estableció que sujeto a la aprobación del Consejo de Seguridad, se iniciarían de manera simultánea la verificación de esos acuerdos políticos.

La agenda de los acuerdos políticos incluyó:

- 1.- La Fuerza Armada;
- 2.- Los Derechos Humanos;
- 3.- Los Sistemas Judiciales y electorales;

(3) Ver Anexo Número 1.

(4) Ver Anexo Número 2.

- 4.- La Reforma Constitucional;
- 5.- Los problemas socio-económicos; y
- 6.- Verificación por la Organización de las Naciones Unidas.

La segunda fase de las negociaciones conduciría al establecimiento de garantías y condiciones necesarias para la reincorporación de los integrantes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), dentro de un marco de legalidad, a la vida civil, institucional y política del país.

El 26 de julio de 1990, el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, firmaron en San José de Costa Rica, un acuerdo sobre derechos humanos, el cual incluyó el establecimiento de una misión de verificación de las Naciones Unidas para vigilar a nivel nacional el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales; a este concierto de voluntades se le denominó ACUERDO DE SAN JOSE. (5)

En abril de 1991, tras una prolongada ronda de negociaciones, el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, acordaron reformas constitucionales sobre:

- 1.- Fuerza Armada;
- 2.- Sistema Judicial;
- 3.- Derechos Humanos; y
- 4.- Sistema Electoral.

(5) Ver anexo número 3.

Lo anterior fué denominado ACUERDOS DE MEXICO. (6)

La Asamblea Legislativa que concluyó su período el 30 de abril de 1991, adoptó todos los acuerdos de México, precisamente en su último día de mandato; la entrada en vigencia estaría sujeta a la ratificación por parte de la actual Asamblea Legislativa.

El día 11 de septiembre de 1991, en solemne acto y por mayoría absoluta, la Asamblea Legislativa ratificó las primeras seis reformas Constitucionales, en materia de Derechos Humanos, que la Comisión de Legislación y puntos Constitucionales sometió a su consideración.

El día 25 de septiembre de 1991, la Asamblea Legislativa, ratificó once artículos de la Constitución sobre el sistema electoral.

El día 25 de septiembre de 1991, el Gobierno de El Salvador y Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica, concordaron depurar y reducir la Fuerza Armada de nuestro país, (7), no debemos olvidar, que este aspecto de reforma Constitucional ya fué adoptado y que aún queda pendiente por ahora su ratificación.

De la anterior reseña, aún cuando las diversas clasificaciones doctrinarias no contemplan como fuente creadora del derecho Constitucional a los Acuerdos,

(6) Ver anexo número 4 .

(7) Ver anexo número 5 .

(entre dos o más sectores de la sociedad pertenecientes a un mismo Estado), esto, en el caso de El Salvador, se han convertido por hoy, en la fuente más inmediata de nuestro Derecho Constitucional, reflejo de ello son las reformas Constitucionales que se están ratificando en la actualidad, mismas que a su vez están sentando el precedente único en la historia Constitucional de El Salvador por ser la primera vez, desde su fundación como República, que se reforma la Constitución, observando el procedimiento que contempla la misma (8), sin mediar un fátidico golpe de Estado.

(8) Artículo 248 Constitución Vigente.

**COMUNICADO DE PRENSA, DESPUES DE LA REUNION DE GINEBRA PRESIDIDA
POR EL SECRETARIO GENERAL, ENTRE LOS REPRESENTANTES DEL GOBIERNO
DE EL SALVADOR Y LOS DEL FRENTE FARABUNDO MARTI PARA LA LIBERACION NACIONAL**

A solicitud de los Presidentes centroamericanos y en el marco del mandato de buenos oficios que me confirió el Consejo de Seguridad a través de la resolución 637, del 27 de julio de 1989, he celebrado consultas con el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) con miras a convenir el formato, la mecánica y el ritmo de un proceso orientado a lograr, en el plazo más breve posible, bajo mis auspicios, el fin definitivo del conflicto armado en ese país. He aceptado llevar a cabo este esfuerzo a pedido del Gobierno y del FMLN y porque he recibido seguridades de ambas partes de que existe un propósito serio y de buena fe de buscar dicho fin por la vía de la negociación. Como resultado de mis consultas, el Gobierno y el FMLN han convenido en los puntos que se enumeran más adelante, que tienen el propósito de asegurar que el proceso se desarrolle de una manera eficiente y seria, y que fomente la confianza mutua mediante garantías apropiadas.

Estimo que la preservación escrupulosa de estas garantías, más allá de su importancia intrínseca, dará una indicación de la voluntad y capacidad de las partes para cumplir con los compromisos que contraigan en el curso de la negociación. En este entendido, el Gobierno y el FMLN se han comprometido a no abandonar el proceso de negociación.

1. El propósito del proceso será el de terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña.

El objetivo inicial será el de lograr acuerdos políticos para la concertación de un cese del enfrentamiento armado y de todo acto que irrespete los derechos de la población civil, lo que deberá ser verificado por las Naciones Unidas, sujeto a la aprobación del Consejo de Seguridad. Logrado lo anterior, el proceso deberá conducir al establecimiento de las garantías y las condiciones necesarias para la reincorporación de los integrantes del FMLN, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, institucional y política del país.

2. El proceso se realizará bajo los auspicios del Secretario General y de manera continua e ininterrumpida.

3. Con el objeto de asegurar el buen resultado del proceso de negociación, el Gobierno y el FMLN aceptan un método que será desarrollado mediante dos tipos de actividades complementarias: el diálogo directo entre comisiones negociadoras con la activa participación del Secretario General o su Representante y la intermediación del Secretario General o su Representante entre las partes, asegurándose que tanto el Gobierno como el FMLN estén comprometidos al más alto nivel. El Secretario General procurará que dichas actividades se realicen de manera que contribuyan genuinamente al éxito del proceso. El Gobierno y el FMLN asegurarán que sus comisiones negociadoras estén plenamente facultadas para discutir y concertar acuerdos.

AGENDA Y CALENDARIO DEL PROCESO COMPLETO DE NEGOCIACION

AGENDA GENERAL

1. El objetivo inicial será el de lograr acuerdos políticos para la concertación de un cese del enfrentamiento armado y de todo acto que irrespete los derechos de la población civil, lo que deberá ser verificado por las Naciones Unidas, sujeto a la aprobación del Consejo de Seguridad

PRIMERO: ACUERDOS POLITICOS

1. Fuerza armada.
2. Derechos humanos.
3. Sistema judicial.
4. Sistema electoral.
5. Reforma constitucional.
6. Problema económico-social.
7. Verificación por las Naciones Unidas.

SEGUNDO: CONCERTACION DE UN CESE DEL ENFRENTAMIENTO ARMADO Y DE TODO ACTO QUE IRRESPECTE LOS DERECHOS DE LA POBLACION CIVIL

2. Establecimiento de las garantías y las condiciones necesarias para la reincorporación de los integrantes del FMLN, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, institucional y política del país

1. Fuerza armada.
2. Derechos humanos.
3. Sistema judicial.
4. Sistema electoral.
5. Reforma constitucional.
6. Problema económico-social.
7. Reincorporación de los integrantes del FMLN.
8. Verificación por las Naciones Unidas.

3. Acuerdos finales para la consolidación de los objetivos del acuerdo de Ginebra y su verificación por las Naciones Unidas en lo que sea pertinente

Nota: La secuencia de los temas enumerados dentro de cada fase no supone un orden taxativo de consideración y puede ser alterada de común acuerdo.

Los acuerdos deben ser inherentes a la naturaleza de la fase de que se trate. Los temas políticos se han ubicado en sus respectivas fases, pero, dada la complejidad de algunos de ellos, es posible que aspectos de los mismos se traten en otras fases. Todo esto depende de la dinámica de la negociación.

CALENDARIO

A la luz de la agenda general del proceso completo de negociación contenida en el literal anterior, el Gobierno de El Salvador y el FMLN convienen en que el objetivo inicial previsto en el numeral 1 del acuerdo de Ginebra de 4 de abril de 1990 deberá ser alcanzado antes de mediados de septiembre de 1990, siempre y cuando se llegue a acuerdos sincronizados, calendarizados y susceptibles de verificación, de ser pertinente, de manera de asegurar que todos los componentes de dicho objetivo inicial estén debidamente concertados.

Esta fecha tendría la ventaja adicional de favorecer la realización de un proceso electoral legislativo y municipal en un ambiente de tranquilidad, amplia participación y libre de intimidación.

Resulta difícil fijar una fecha perentoria para la conclusión del proceso completo. Esta dependería de factores que no es posible ponderar desde ahora, tales

13. La Misión tendrá por objeto imponerse sobre el estado de los derechos humanos en El Salvador, respecto de hechos o situaciones existentes a partir de su instalación, así como adoptar toda iniciativa que estime apropiada para la promoción y defensa de tales derechos. En ese sentido, ejercerá sus funciones dentro del propósito de favorecer el respeto y la garantía de los derechos humanos en El Salvador y de contribuir a la superación de aquellas situaciones en las cuales dichos respeto y garantía no sean debidamente observados.

14. El mandato de la Misión incluirá las siguientes facultades:

a) Verificar la observancia de los derechos humanos en El Salvador;

b) Recibir comunicaciones emanadas de cualquier persona, grupo de personas o entidad existente en El Salvador, que contengan denuncias sobre violaciones a los derechos humanos;

c) Visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin previo aviso;

d) Asentarse libremente en cualquier lugar del territorio nacional;

e) Entrevistar, libre y privadamente, a cualesquiera personas, grupos e integrantes de entidades o instituciones;

f) Recoger, por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente;

g) Formular recomendaciones a las Partes, de acuerdo con las conclusiones que haya extraído de los casos o situaciones que le haya correspondido examinar;

h) Ofrecer su apoyo al Órgano Judicial de El Salvador en orden a coadyuvar al perfeccionamiento de los medios judiciales de protección a los derechos humanos y el respeto a las reglas del debido proceso legal;

i) Dirigirse al Fiscal General de la República;

j) Diseñar y ejecutar una campaña educativa y divulgativa sobre derechos humanos así como sobre las funciones de la propia Misión;

k) Hacer uso de los medios de comunicación social en cuanto sea útil para el cumplimiento de su mandato;

l) Informar regularmente al Secretario General de las Naciones Unidas y por su medio a la Asamblea General.

15. Las Partes se comprometen a brindar su más amplio apoyo a la Misión. En tal sentido, se obligan a:

a) Proporcionar a la Misión todas las facilidades que ésta requiera para el cumplimiento de sus funciones;

b) Velar por la seguridad de los integrantes de la Misión así como por la de aquellas personas que le hayan suministrado informaciones, testimonios o pruebas de cualquier género;

c) Facilitar con toda diligencia cualquier información que les sea requerida por la Misión;

d) Atender con la mayor prontitud las recomendaciones que les sean dirigidas por la Misión;

e) No entorpecer el cumplimiento de las funciones de la Misión.

16. Cada una de las Partes designará un delegado que servirá de enlace con la Misión.

17. En caso de que la Misión reciba comunicaciones referentes a hechos o situaciones acaecidas con anterioridad a su instalación, podrá remitirlas, si lo estima pertinente, a los órganos competentes.

18. El hecho de que un caso o situación haya sido considerado por la Misión, no impedirá la aplicación, respecto de los mismos de los procedimientos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

ACUERDOS DE MEXICO

El Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (en adelante "las Partes"),

Reiterando su propósito de avanzar con prontitud hacia el restablecimiento de la paz, la reconciliación nacional y a la reunificación de la sociedad salvadoreña, tal como es voluntad común del pueblo salvadoreño, expresada por ambas Partes en el Acuerdo de Ginebra del 4 de abril de 1990;

Considerando que las negociaciones de paz que se realizan de conformidad con el mismo Acuerdo de Ginebra y con la Agenda de Caracas del 21 de mayo de 1990 requieren de varias reformas constitucionales que recojan los acuerdos políticos que de ellas emanen;

Teniendo presente que urge someter a la Asamblea Legislativa cuyo mandato vence el 30 de abril de 1991 aquellas reformas constitucionales sobre las cuales las Partes han alcanzado acuerdos, aun si éstos son parciales y no agotan el tema en los términos en que está previsto por la Agenda de Caracas;

Considerando que diversas materias sobre las que se han alcanzado acuerdos pueden ser puestas en práctica a través de la legislación secundaria o de nuevos acuerdos políticos que desarrollen el texto constitucional;

Han alcanzado los acuerdos que se sintetizan a continuación y que comprenden reformas constitucionales y materias que fueron remitidas a legislación secundaria así como otros acuerdos políticos:

1. FUERZA ARMADA

1. Acuerdos sobre reformas constitucionales destinadas a:

a) Definir con la mayor claridad el sometimiento de la Fuerza Armada al Poder Civil.

b) Creación de la Policía Nacional Civil, para el resguardo de la paz, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como en el rural, bajo la dirección de autoridades civiles. Queda expresamente entendido que la Policía Nacional Civil y la Fuerza Armada serán independientes y estarán adscritas a Ministerios diferentes.

c) Creación del Organismo de Inteligencia del Estado, independiente de la Fuerza Armada y bajo la autoridad directa del Presidente de la República.

d) Redefinición de la justicia militar en orden a asegurar que sólo sean sometidas a ella aquellos casos que afecten de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar.

2. Otras materias que estuvieron en la mesa de negociaciones fueron remitidas a la legislación secundaria o al conjunto de acuerdos políticos sobre Fuerza Armada. Entre éstas figuran:

a) Los cuerpos paramilitares.

b) El reclutamiento forzoso.

c) Aspectos relativos a la dirección de los cuerpos de seguridad y de inteligencia de Estado.

d) Aspectos referentes a los efectivos de la Fuerza Armada y la Policía Nacional Civil.

e) El énfasis que debe ponerse, en la formación profesional de los miembros de los cuerpos de defensa y de seguridad pública, en la preeminencia de la digni-

lancia sobre la elaboración, organización, publicación y actualización del registro electoral.

2. Otras materias que estuvieron en la mesa de negociaciones fueron remitidas a la legislación secundaria y a otros acuerdos políticos. Aun cuando todavía está por negociarse el conjunto de acuerdos políticos sobre Sistema Electoral que las Partes han contemplado en la Agenda de Caracas, en el curso de la presente ronda, han alcanzado los siguientes acuerdos:

a) La formación del registro electoral deberá hacerse de manera que las listas de ciudadanos con derecho a voto sean publicadas con veinte días de anticipación, cuando menos, a la fecha de la elección. Se establecerá un procedimiento sencillo y expedito para dar curso a las correcciones legítimas que solicite cualquier interesado.

b) Dentro de los sesenta días siguientes a la instalación del nuevo Tribunal Supremo Electoral se constituirá una Comisión Especial, presidida por éste e integrada con representantes de todos los partidos legalmente inscritos y que podrá incluir expertos independientes, para preparar un proyecto general de reformas al sistema electoral.

4. COMISION DE LA VERDAD

Se ha convenido en crear la Comisión de la Verdad, que estará integrada por tres personas designadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, oída la opinión de las Partes. La Comisión elegirá su Presidente. La Comisión tendrá a su cargo la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad. La Comisión tendrá en cuenta:

a) la singular trascendencia que pueda atribuirse a los hechos a ser investigados, sus características y repercusión, así como la conmoción social que originaron; y

b) la necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.

Las características, funciones, facultades y demás cuestiones referentes a la Comisión de la Verdad se expresan en el documento anexo correspondiente.

5. DECLARACION FINAL

Las Partes dejan constancia de que el anterior enunciado representa una síntesis de los principales acuerdos políticos a los que han llegado durante la ronda de negociaciones que ha tenido lugar en México, D.F., entre el 4 de abril de 1991 y la presente fecha. Dicha síntesis en ningún modo puede disminuir, desvirtuar o contradecir el texto auténtico de la totalidad de los acuerdos alcanzados, que se acompañan como anexo al presente documento.

Asimismo las Partes reafirman su compromiso de ejecutar todas las acciones que sean necesarias para dar pleno cumplimiento a lo convenido. En particular, el Gobierno de El Salvador se compromete solemnemente a promover ante la Legislatura vigente la aprobación de las reformas constitucionales acordadas entre las Partes en esta ronda de negociaciones. Lo relativo a la ratificación de dichas reformas será materia de consideración en el marco de las negociaciones en curso, en el contexto del calendario para la aplicación de los futuros acuerdos.

Las Partes se comprometen a continuar las negociaciones dentro de un esquema concentrado, que continuará la discusión de la temática convenida en la Agenda de Caracas, en orden a alcanzar, con prioridad, un acuerdo político sobre la Fuerza Armada y los acuerdos necesarios para el cese del enfrentamiento armado bajo la verificación de las Naciones Unidas.

Estas negociaciones requerirán de una cuidadosa preparación adicional con base en el importante trabajo que se ha adelantado en el curso de los últimos meses y más intensamente en las últimas semanas. Dicha preparación es inherente al proceso de negociación, de modo que no debe considerarse que éste queda interrumpido. En efecto, se ha previsto una breve reunión directa de carácter organizativo a principios de mayo y la reanudación de la negociación directa en la segunda quincena. Como de costumbre, ni las fechas precisas ni el lugar serán materia de anuncio previo.

ACUERDO DE NUEVA YORK

El Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (en adelante "las Partes"),

Convencidos de la necesidad de dar un impulso final al proceso de negociaciones que actualmente llevan a cabo con la activa participación del Secretario General de las Naciones Unidas, de manera que a corto plazo pueda alcanzarse el conjunto de acuerdos políticos requerido para terminar definitivamente el conflicto armado que padece nuestro país;

Conscientes de que, para lograr el objetivo así enunciado es indispensable crear un conjunto de condiciones y garantías que aseguren el cumplimiento cabal de dichos acuerdos políticos por ambas partes,

Han llegado al siguiente acuerdo político:

I. COMISION NACIONAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA PAZ

1. El cumplimiento de todos los acuerdos políticos alcanzados por las Partes quedará sometido a la supervisión de la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz (COPAZ). COPAZ es un mecanismo de control y participación de la sociedad civil en el proceso de cambios resultante de las negociaciones, tanto en relación con la Fuerza Armada en particular, como con los demás puntos de la agenda.

2. Composición.

- a) COPAZ quedará integrada por dos representantes del Gobierno, incluido un miembro de la Fuerza Armada, dos del FMLN y uno por cada uno de los partidos o coaliciones con representación en la Asamblea Legislativa.
- b) El Arzobispo de San Salvador y un delegado de ONUSAL tendrán acceso a sus trabajos y deliberaciones, en calidad de observadores.

3. Decisiones. COPAZ adoptará sus decisiones por mayoría.

4. Atribuciones.

- a) COPAZ no tendrá facultades ejecutivas, puesto que corresponde a las Partes, por intermedio de sus mecanismos internos, la ejecución de los acuerdos de paz.
 - b) COPAZ será obligatoriamente consultada por las Partes, antes de adoptar decisiones o medidas relativas a
- 

2 *Handwritten initials*

aspectos relevantes de los acuerdos de paz. Asimismo, COPAZ podrá consultar a las Partes, al más alto nivel, cada vez que lo estime conveniente. En caso de discrepancia sobre si una materia debe ser sometida a COPAZ, ésta dirimirá.

- Handwritten mark*
- c) Cada vez que por lo menos tres de sus miembros así lo soliciten, COPAZ será convocada de inmediato y su opinión oída.
 - d) COPAZ tendrá acceso directo al Presidente de la República y se reunirá con él cada vez que la misma Comisión o el Presidente así lo estimaren conveniente.
 - e) COPAZ tendrá acceso y podrá inspeccionar toda actividad o sitio vinculados con la ejecución de los acuerdos de paz.
 - f) COPAZ estará facultada para emitir toda clase de conclusiones y recomendaciones relativas a la ejecución de los acuerdos de paz y para hacerlas públicas; y las Partes se comprometen a cumplir con ellas.
 - g) COPAZ estará facultada para preparar los anteproyectos legislativos necesarios para el desarrollo de los acuerdos a los que se haya llegado, tanto en el tema "Fuerza Armada" como en los demás puntos de la agenda.
 - h) COPAZ estará facultada para supervisar la puesta en práctica de los acuerdos alcanzados por las Partes, tanto en el tema "Fuerza Armada" como en los demás puntos de la agenda.
 - i) COPAZ tendrá a su cargo la preparación de los anteproyectos legislativos necesarios para procurar a todos los lisiados de guerra y a los familiares de los combatientes caídos que corresponda, de ambas partes, su incorporación al sistema de prestación social del Estado, o una adecuada compensación económica, según lo prevea la ley.
 - j) COPAZ, en lo relativo al cumplimiento de sus funciones, estará facultada para dirigirse a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, a través del Secretario General.
 - k) COPAZ estará plenamente facultada para organizar sus trabajos del modo que lo estime más conveniente y para nombrar los grupos o subcomisiones que considere útiles.
- Handwritten signature*

para el cumplimiento de su misión. Para ello, tendrá su propio presupuesto.

Forma. COPAZ, además de ser el producto del presente acuerdo político, será sancionada por ley.

Duración.

- a) Entre este acuerdo y el de cese del enfrentamiento armado, dos representantes del Gobierno, incluido un miembro de la Fuerza Armada, dos del FMLN y uno por cada uno de los partidos o coaliciones con representación en la Asamblea Legislativa trabajarán con un régimen de funcionamiento especial de carácter transitorio definido por ellos mismos. Dentro de estos trabajos estará incluida la preparación del anteproyecto de la ley que formalizará a COPAZ.
- b) El anteproyecto de la ley que formalizará a COPAZ será presentado ante la Asamblea Legislativa dentro de los ocho (8) días siguientes a la firma del cese del enfrentamiento armado. La instalación formal de COPAZ tendrá lugar dentro de los ocho (8) días siguientes a la promulgación de dicha ley.
- c) COPAZ quedará disuelta una vez concluida la ejecución de los acuerdos de paz, lo cual será determinado por ella misma, mediante acuerdo que cuente con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, por lo menos.

Garantías internacionales.

- a) La creación de COPAZ será respaldada expresamente en la resolución que adopte el Consejo de Seguridad sobre los acuerdos de paz.
- b) El Secretario General mantendrá informado al Consejo de Seguridad sobre la actividad de COPAZ y su efectividad.
- c) COPAZ será respaldada por gobiernos que se encuentren en posición de apoyar efectivamente la garantía requerida por los acuerdos, así como los trabajos de la misma. En particular, la cooperación de esos gobiernos se concebirá y prestará de manera que coadyuve a los propósitos de los acuerdos de paz, lo mismo que a su cabal cumplimiento.

4
ES
[Handwritten signatures]

I. DEPURACION¹

Se acuerda un proceso de depuración de la Fuerza Armada, en base a la evaluación de todos sus miembros por una Comisión ad hoc.

La participación de la Fuerza Armada será de dos de sus miembros, que sólo tendrán acceso a las deliberaciones de la misma.

II. REDUCCION DE LA FUERZA ARMADA

Los criterios para la reducción de la Fuerza Armada serán acordados entre las Partes.

Los criterios, entre otros, deberán determinar las pautas en base a las cuales:

- a. Se determinará el tamaño a que quedará reducida la Fuerza Armada, en tiempo de paz.
- b. Se elaborará el plan de reducción (forma, calendario, presupuesto, etc.).

IV. DOCTRINA DE LA FUERZA ARMADA

Se llegará a un acuerdo para la redefinición de la doctrina de la Fuerza Armada con base en la concepción que resulte de los acuerdos sobre ese tema y de la reforma constitucional. Se está en el entendido de que la Fuerza Armada tiene por misión la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad del territorio y de que esa doctrina debe partir del principio según el cual la actuación y el régimen de la Fuerza Armada se enmarcarán dentro de los principios que emanan del Estado de Derecho, de la primacía de la dignidad de la persona humana y el respeto a sus derechos; de la defensa y el respeto a la soberanía del pueblo salvadoreño; de la noción de la Fuerza Armada como una institución al servicio de la Nación, ajena a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cualquier otra discriminación; y de la subordinación de la institución armada a las autoridades constitucionales.

¹Los mecanismos para seleccionar a todos los participantes en Comisión ad hoc, así como los criterios de evaluación y otras medidas relacionadas con la depuración se tratarán en la negociación comprimida.

[Handwritten signature]

SISTEMA EDUCATIVO DE LA FUERZA ARMADA

Se dará plena vigencia, en toda su amplitud, al acuerdo alcanzado en México el 27 de abril de 1.991, según el cual la formación profesional de los miembros de la Fuerza Armada pondrá énfasis en la preeminencia de la dignidad humana y de los valores democráticos, en el respeto a los derechos humanos y en el sometimiento de dichos cuerpos a las autoridades constitucionales. Los acuerdos a los que se llegue en esta materia comprenderán la normatividad que garantice los aspectos anteriores así como los sistemas de admisión y docencia.

VI. POLICIA NACIONAL CIVIL

La agenda para la negociación relativa a la Policía Nacional Civil, prevista en la reforma constitucional aprobada en los Acuerdos de México, incluirá los siguientes temas²:

- a) Creación de la PNC³. Doctrina. Régimen jurídico.
- b) Disolución de la GN y la PH como CUSEP.
- c) Personal de la PNC.
 - 1°) Evaluación de personal de la PN.
 - 2°) Incorporación de nuevo personal. Sistema de selección y formación pluralista y no discriminatorio.
 - 3°) Perfiles y entrenamiento.
 - 4°) Asesoría internacional y apoyo, coordinados por las Naciones Unidas. La organización de la PNC, de la Academia Nacional de Seguridad Pública y la selección de su personal serán el objeto de estrecha cooperación y supervisión internacionales.
 - 5°) Régimen transitorio.

²Las negociaciones sobre la Policía Nacional Civil y sobre los CUSEP están avanzadas. Las Partes están en posesión de un documento de trabajo que refleja los progresos alcanzados.

³Dada la complejidad y el tiempo necesario para su creación, el proceso de organización de la nueva Policía Nacional Civil debe iniciarse de inmediato, es decir, sin esperar a otros acuerdos políticos ni al cese del enfrentamiento armado. A tal fin, ya se ha comenzado a prestar la asesoría internacional requerida.

TEMA ECONOMICO Y SOCIAL

1. Las tierras que exceden del límite constitucional de 245 hectáreas, así como aquellas que son de propiedad del Estado y que no sean actualmente reservas forestales de acuerdo con la ley, serán destinadas a satisfacer la necesidad de tierras de campesinos y pequeños agricultores que carezcan de ellas. Para este fin, el Gobierno procurará, además, adquirir las tierras ofrecidas en venta al Estado.

2. Se respetará el estado actual de tenencia de tierras, dentro de las zonas conflictivas, mientras se da una solución legal satisfactoria al régimen de tenencia definitivo. Las formas y plazos para la ejecución de este acuerdo, serán convenidos dentro de la negociación comprimida.

3. Se revisarán las políticas de otorgamiento de créditos al sector agropecuario.

4. Las Partes remiten a la negociación comprimida, como parte de la temática económica y social, la consideración de las siguientes materias:

- a. Medidas que son necesarias para aliviar el costo social de los programas de ajuste estructural.
- b. Formas convenientes para la cooperación externa directa destinada a impulsar proyectos de asistencia y desarrollo de las comunidades.
- c. La creación de un Foro para la concertación económica y social, con la participación de los sectores gubernamental, laboral y empresarial, con el objeto de continuar resolviendo la problemática económica y social. El Foro podrá abrirse a la participación de otros sectores sociales y políticos en calidad de observadores, en las condiciones que el mismo Foro determinará.

III. RESTO DE LA AGENDA

Otros aspectos aún pendientes en el tema "Fuerza Armada" se relacionan con la garantía del cumplimiento de los acuerdos. No se hace mención directa a ellos, porque están sujetos a ser convenidos en la negociación comprimida. En todo caso, su cumplimiento y puesta en ejecución estarán sometidos a la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz.

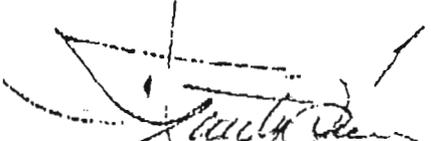


la negociación comprimida de los temas pendientes, que debe considerarse como parte del presente acuerdo. Los temas de esa agenda que hayan sido a su vez materia de acuerdos de principio en el presente acuerdo, estarán sujetos a ser considerados y negociados de conformidad con los criterios y principios definidos en el mismo.

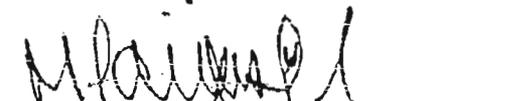
eva York, 25 de septiembre de 1991

representación del
Gobierno de El Salvador:

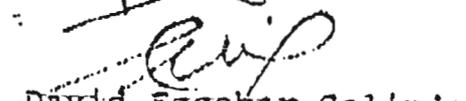
En representación del Frente
Farabundo Martí para la
Liberación Nacional:

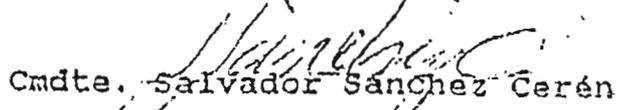

Oscar Santamaría

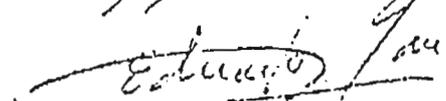

Cmdte. Schafik Handal

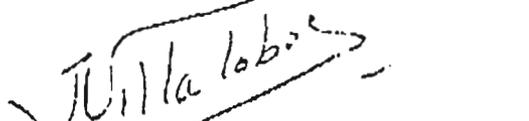

Mauricio Ernesto Vargas

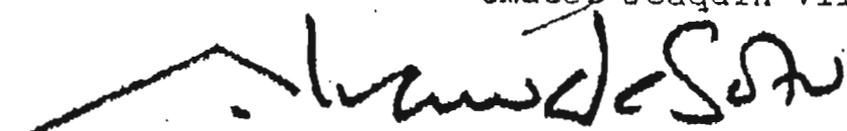

Cmdte. Francisco Jovel


David Escobar Galindo


Cmdte. Salvador Sánchez Cerén


Cmdte. Eduardo Sancho


Cmdte. Joaquín Villalobos


Alvaro de Soto
Representante del Secretario General
de las Naciones Unidas

BIBLIOGRAFIA

1. Aftalión, Enrique R., García Olano, Fernando y Vilanova, José. Introducción al Derecho. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina. 1972.
2. Badenes Gasset, Raúl. Conceptos fundamentales del Derecho. Las relaciones Jurídicas Patrimoniales. Maracombo S.A. de Boixareu Editores. Barcelona, España. 1972.
3. Baena Paz, Guillermina. Instrumentos de Investigación. Editores Mexicanos Unidos S.A. México, 1982.
4. Bascuñan Valdez, Anibal. Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1960.
5. Bielsa, Rafael. Derecho Constitucional. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, Argentina. 1959.
6. Biscaretti di Ruffia, Paolo. Las Constituciones Modernas. Editorial Tecnos. Reimpresión. Madrid, España. 1973.
7. Biscaretti di Ruffia, Paolo. La Genealogía de las Constituciones Modernas. Editorial Tecnos, Madrid España. 1965.

8. Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho Constitucional. Editorial Tecnos. Madrid España. 1973.
9. Bonnacase, Julien. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial José M. Cajica Jr. Madrid 1973.
10. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos I III. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1988.
11. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires, Argentina. 1990.
12. Código Civil. General Gerardo Barrios. 1859.
13. Código Penal. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1973.
14. Código Procesal Penal. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1974.
15. Colección Salvat. Temas Claves. Aula Abierta Salvat. Tomos IV - X - XIII - XIV - XVIII. Salvat Editores S.A. Barcelona, España. 1981.
16. Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico.

17. Constitución de la República de El Salvador de 1983. Asamblea Legislativa de La República de El Salvador.
18. Cutolo, Vicente Osvaldo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1955
19. De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 7º Edición. Editorial Porrúa S. A. México. 1978.
20. Diego, Clemente de. Instituciones de Derecho Civil. Editores Mexicanos Unidos S.A. 1979.
21. Dominguez Sosa, Julio Alberto. Breves consideraciones acerca de la Independencia y Federación Centroamericana. Editorial Universitaria San Salvador. 1975.
22. Dominguez Sosa, Julio Alberto. Ensayo Histórico de las Tribus Nonualcas y su Caudillo Anastasio Aquino. Ministerio de Educación. San Salvador. 1964.
23. Doral, Martín. La Estructura del Conocimiento Científico. Editorial Nacional S.A. México. 1977.
24. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Bibliografía OMEBA. Editores-Libreros. Buenos Aires, Argentina. 1965.

25. Galindo Pohl, Reinaldo. Guión Histórico de la Ciencia del Derecho. Tomo I Editores U.C.A. San Salvador. 1978.
26. Gallardo, Ricardo. Las Constituciones de la República Federal de Centroamerica. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1958.
27. García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Argentina. 1984.
28. García Trevijano Fos, José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. 2º Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1968.
29. García, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1959.
30. González Casanova, José Antonio. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. 2º Edición. Editorial Vicens-Vives. Barcelona, España. 1983.
31. González Flores, Enrique. Manual de Derecho Constitucional. Editorial B. Costa-Amic. Mesones 14, México. 1958.
32. Guier, Jorge Enrique. Historia del Derecho. Editorial Costa Rica. San José, Costa Rica. 1968.

33. Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. Derecho Constitucional Salvadoreño, Catálogo de Jurisprudencia. 2º Edición Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador. 1991.
- 34. Haoriou, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. 2º Edición. Editorial Reus.
35. Harnecker, Marta. Los Conceptos Fundamentales del Materialismo Histórico. 25ª Edición. Editores Siglo XXI. México. 1974.
36. Hernández Trejo, Rigoberto. Tratados, Convenciones y Acuerdos Internacionales vigentes en El Salvador, 1963 a 1970. Tomo XIII. Editorial Ahora. San Salvador, El Salvador. 1972.
38. Jellinek, G. Teoría General del Estado. Compañía Editorial Continental S.A. México D.F. 1956.
39. Kelsen, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Nacional S.A. México D. F. 1948.
40. Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA). Argentina. 1971.
41. Lalaguna, Enrique. Jurisprudencia y Fuentes del Derecho Positivo. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1969.

42. Legaz y Lacambra, Luis. Filosofía del Derecho. Editorial BOSH. Barcelona, España. 1960.
43. Legaz y Lacambra, Luis. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial BOSH Barcelona 1962.
44. Lesterneider, Fredy y María. Períodos Presidenciales y Constituciones Federales y Políticas de El Salvador. Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación. El Salvador. 1980.
45. Ley de Casación. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1959.
46. Ley de Impuesto sobre el patrimonio. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1986.
47. Ley de Procedimientos Constitucionales. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1960.
48. Ley Orgánica Judicial. Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. 1961.
49. Luna, David Alejandro. Manual de Historia Económica de El Salvador. Editorial Universitaria. El Salvador, 1986.
50. Marín, Emilio. Locuciones Latinas. Editorial Progreso S.A. México D.F. 1966.

51. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1973.
52. Mouchet, Carlos y Zorraquín Ricardo. Introducción al Derecho. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1970.
53. M. Rosental y P.F. Tudin. Diccionario de Filosofía. Akal Editor. 1989.
54. Organización de Estados Americanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. O.E.A. 1987.
55. Organización de las Naciones Unidas. Declaración y tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en El Salvador. O.N.U. 1990
56. Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1984.
57. Pelayo, Ramón y Testas, Jean. Diccionario Moderno Larousse. Impresión Larousse. 1980.
58. Pórrua Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Editorial Pórrua S.A. México 1979
59. Rivacoba y Rivacoba, Manuel. División y Fuentes del Derecho Positivo. Editorial EDEBAL. Valparaiso, Chile. 1968.

60. Rojina Villegas, Rafael. Introducción al Estudio del Derecho. 2º Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1967.
61. Schmitt, Carl. Legalidad y Legitimidad. Aguilar Editores, Madrid, España 1971
62. Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1943.
63. Sutherland, Arthur E. De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Tipografía Editora Argentina. 1972.
64. Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 5º Edición, Editorial Porrúa S.A. México. 1961.
65. Torrè, Abelardo. Introducción al Derecho. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1975.
66. Universidad Autónoma de México. Derecho Constitucional. Revista Imprenta S.J.A. México. 1984.
67. Verdú, Pablo Lucas. Curso de Derecho Político. Volumen II. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España. 1974.
68. Vico, Carlos M. Curso de Derecho Internacional Privado. 2º Edición Corregida y aumentada. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires. 1939.

69. W.M. Jackson. Diccionario Lexico-Hispano. Tomo I. Jackson Inc. Editores.
México D.F. 1978.

70. Xifra Heras, Jorge. Curso de Derecho Constitucional. Editorial BOSCH.
Barcelona, España. 1957.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

71. Centro Universitario de Documentación e Información. Informativo semanal PROCESO. Nº 412 - 1989, Nº 434 - 1990, Nº 474-476-479-482-483-485-487-488
91. Suplemento 482-1991

72. Hojas de Información ONUSAL - EL SALVADOR Nº 1 al 8 1991

73. Revista de Extensión Cultural de La Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas". ECA Nº 466-467, Agosto de 1987. ECA Nº 502, Agosto de 1990
ECA Nº 504 octubre 1990. ECA Nº 510, abril 1991. ECA Nº 511, mayo 1991.
ECA Nº 512, junio de 1991.

74. Servicio Informativo del Centro Pastoral de la UCA. CARTA A LAS IGLESIAS.
Nº 241 15 de septiembre de 1991.